

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

J. C. Paye, La anomia en el derecho. **J. A. Seijas Quintana**, Responsabilidad civil médica. **E. Rodríguez Achútegui**, El derecho de defensa en el juicio verbal civil. **J. M. Lozano Ibáñez**, Regulación de extranjeros y control de la arbitrariedad. **M. F. Bagüés**, Las oposiciones: análisis estadístico. **G. P. Lopera Mesa**, Diversidad cultural y derechos sociales. **F. J. Pereda Gámez**, Hacia un nuevo Consejo General del Poder Judicial. **M. Taruffo**, Consideraciones sobre prueba y motivación. **P. Andrés Ibáñez**, Sobre prueba y motivación. **D. R. Pastor**, ¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? **J. M. García Moreno**, La reforma del proceso penal en Bulgaria.

En este número: Andrés Ibáñez, Perfecto, magistrado, Sala Segunda, Tribunal Supremo.
Bagüés, Manuel F., profesor visitante en el Dpto. de Economía de la Empresa, Universidad Carlos III (Madrid).
García Moreno, José Miguel, magistrado, Audiencia Provincial de Segovia.
Lopera Mesa, Gloria Patricia, profesora de Universidad EAFIT, Medellín (Colombia).
Lozano Ibáñez, Jaime, magistrado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.
Pastor, Daniel R., catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Buenos Aires (Argentina).
Paye, Jean Claude, sociólogo, autor de *La fin de l'Etat de droit* (Ed. La Dispute).
Pereda Gámez, Francisco Javier, magistrado, Audiencia Provincial de Barcelona.
Rodríguez Achútegui, Edmundo, magistrado, Juzgado Mercantil nº 1, Bilbao.
Seijas Quintana, José Antonio, magistrado, Sala Primera, Tribunal Supremo.
Taruffo, Michele, catedrático de Derecho Procesal Civil, Universidad de Pavia (Italia).

Jueces para la Democracia. Información y Debate

publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Consejo de Redacción: Perfecto ANDRES IBAÑEZ (director), Jesús FERNANDEZ ENTRALGO, Javier HERNANDEZ GARCIA, Alberto JORGE BARREIRO, Ascensión MARTIN SANCHEZ, Ramón SAEZ VAL-CARCEL. Secretario de redacción: José Rivas Esteban.

Correspondencia: *Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4º B. 28036 MADRID.

E-mail: info@juecesdemocracia.es <http://www.juecesdemocracia.es>

Suscripciones MAXIPACK S.L. Av. del Sistema Solar nº 3 A. Parque Tecnológico.

28830 San Fernando de Henares. Madrid.

Tel 91 677 53 60

Fax 91 674 93 00

Email: suscripciones@maxipack.es

Precio de este número: 10 € (IVA INCLUIDO)

Suscripción anual (nacional): 24 € (3 números).

Europa: 30 €

Resto: 36 €

Depósito legal: M. 15.960 - 1987. ISSN 1133-0627. Unigraf, S. A., Móstoles (Madrid).

INDICE

	<u>Pág.</u>
Debate	
— <i>Inscripción de la anomia en el derecho</i> , Jean Claude Paye	3
— <i>Responsabilidad civil médica: ¿obligación de medios, obligación de resultados?</i> , José Antonio Seijas Quintana	8
— <i>El derecho de defensa en el juicio verbal civil tras la STC 60/2007</i> , Edmundo Rodríguez Achútegui.....	17
— <i>'Como gustéis'. El proceso de regularización de extranjeros y la falta de control por los tribunales de la arbitrariedad reglamentaria</i> , Jaime Lozano Ibáñez	22
Estudios	
— <i>Las oposiciones: análisis estadístico</i> , Manuel F. Bagüés	25
— <i>Diversidad cultural y derechos sociales</i> , Gloria Patricia Lopera Mesa	36
— <i>Hacia un nuevo Consejo General del Poder Judicial: la necesidad de unas nuevas bases de actuación</i> , Francisco Javier Pereda Gámez.....	53
Teoría/práctica de la jurisdicción	
— <i>Consideraciones sobre prueba y motivación</i> , Michele Taruffo	71
— <i>Sobre prueba y motivación</i> , Perfecto Andrés Ibáñez	80
Internacional	
— <i>¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina</i> , Daniel R. Pastor	95
— <i>La reforma del proceso penal en Bulgaria</i> , José Miguel García Moreno.....	128
Apuntes	
— <i>Un juez de instrucción visita el palacio del Jefe del Estado (francés)</i>	145
— <i>USA en Guantánamo: el trato a los vivos y el trato a los muertos</i>	146
— <i>La 'absolución' de Fabra</i>	147
— <i>Berlusconi: interés por la justicia</i>	147
— <i>La magistratura progresista y MEDEL, según el SISMI</i>	148
— <i>Una nueva directora para la Escuela Judicial</i>	149
Extractos/abstracts	

DEBATE

La inscripción de la anomia en el derecho*

Jean Claude PAYE

En nombre de la guerra contra el terrorismo las poblaciones deben renunciar a sus libertades: ese el mensaje que nos dirigen de manera regular. No obstante, la suspensión de nuestros derechos no será temporal como en los estados de excepción, si no que se instala en el largo plazo y también se inscribe en la ley. El nuevo orden jurídico que se pone en vigor reclama de los ciudadanos que se entreguen totalmente al poder ejecutivo, confiándole la mayor parte de las prerrogativas judiciales, otorgándole el poder no sólo de aplicar sino también de decir el derecho. Ese es el objetivo de la última ley norteamericana.

El presidente Bush ha suscrito la ley de Comisiones Militares el 17 de octubre de 2006. La nueva ley legaliza las comisiones militares, tribunales especiales que fueron creados por un decreto presidencial inmediatamente después de los atentados del 11 de septiembre. El estado de excepción fue invocado para justificar la creación de esta jurisdicción, tan liberticida que vulnera incluso el Código Militar. Esos tribunales han sido instaurados para juzgar a extranjeros sospechosos de terrorismo contra los que no hay pruebas admisibles ante una jurisdicción civil o militar.

LA DECISION DE LA CORTE SUPREMA

Esas jurisdicciones fueron declaradas ilegales por una resolución de la Corte Suprema de 29 de junio de 2006¹. El fallo estipula que las comisiones militares no tienen la facultad de enjuiciar porque sus estructuras y procedimientos violan los derechos de defensa recogidos en el Código Militar de los Estados Unidos y en la Convención de Ginebra de 1949.

La Corte rechazó las pretensiones de la Casa Blanca que afirmaba ostentar la potestad de crear esos tribunales especiales, en función de los poderes de comandante en jefe del ejército de los que disponía el Presidente y de la resolución aprobada por el Congreso después del 11 de septiembre de 2001 que le confirió prerrogativas extraordinarias con la finalidad de prevenir nuevos atentados. En sus razonamientos la Corte subrayaba que es el Congreso quien tiene el poder de declarar la guerra y de organizar los procedimientos relativos a los prisioneros de guerra.

La decisión de la Corte Suprema suscitó el entusiasmo de las asociaciones de defensa de las libertades civiles, que la recibieron como “una victoria para el estado de derecho en los Estados Unidos”. La secuencia de los acontecimientos, la legalización de las comisiones militares por la *Military Commissions Act* de 2006, vino a demostrar que la resolución de la Corte Suprema aunque indicara un retorno del papel de la ley, esta ya no es fundamento de un estado de derecho, si no de un régimen totalitario que entrega a la administración el poder de suprimir el *habeas corpus* a cualquier extranjero.

* Texto publicado en *Justice*, nº 190 de 2007.

Traducción de Almudena González.

¹ Hamdan v. Rumsfeld (nº 05-184), <http://www.supremecourtus.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf>.

La decisión mayoritaria de la Corte Suprema ha dejado, además, la puerta abierta al Gobierno para alcanzar sus objetivos. No modifica el estatuto de los prisioneros de Guantánamo. Tampoco ordena el cierre de la prisión. El fallo autoriza, más bien, al gobierno a buscar otra manera de juzgar a los prisioneros según la ley. Incluso, una opinión minoritaria suscrita por el juez Stephen Breyer le indica la vía a seguir: si «el Congreso no ha dado un cheque en blanco al ejecutivo, nada impide al Presidente volver ante el Congreso para pedir la potestad que estime necesaria». En efecto, es el camino que va a tomar la administración. Las cosas van a ir muy rápido, ya que el Gobierno se anticipó a la respuesta de la Corte Suprema. La *Military Commissions Act* del 2006² será adoptada definitivamente por el Senado el 29 de septiembre de 2006.

El Gobierno ya se había enfrentado a un juicio en la Corte Suprema el 28 de junio de 2004³ que concluyó que las personas detenidas en Guantánamo tenían derecho de acceder ante los tribunales civiles para que revisaran la legalidad de su privación de libertad. El poder ejecutivo se ha opuesto siempre a esta decisión judicial. Reaccionó proponiendo ante las Cámaras una ley que neutralizaba la decisión de la Corte Suprema. La *Detainee Treatment Act* de 2005⁴ ofreció al Presidente Bush la posibilidad legal de impedir a los detenidos imputados como combatientes enemigos que presentaran un recurso de *habeas corpus* ante un tribunal civil. Firmada el 30 de diciembre de 2005 por el presidente Bush esta ley fue adoptada sin deliberación en comisiones parlamentarias. Los presos de Guantánamo han visto así reducido a la nada su derecho de hacer examinar la legalidad de su detención.

LEGALIZACION DE LAS COMISIONES MILITARES

La ley de comisiones militares de 2006 va a confirmar la potestad confiada al Gobierno para detener indefinidamente a extranjeros sospechosos de terrorismo e instaura un sistema que permite juzgar a estas personas por comisiones militares. Prevé igualmente un sistema formal de revisión del juicio ante un tribunal civil. El Tribunal de Apelación del distrito de Columbia es la única jurisdicción superior competente para conocer los asuntos enjuiciados por las comisiones militares. Pero sólo está autorizada a verificar la regularidad del procedimiento seguido. No hay investigación sobre la veracidad de los hechos planteados por la acusación.

Al votar esta ley, el Congreso ha entregado de manera permanente al poder ejecutivo prerrogativas judiciales extraordinarias contrarias a la Constitución. Gracias a la nueva ley, las comisiones militares pueden aceptar testimonios de referencia y confesiones obtenidas con malos tratos. Si la tortura está formalmente prohibida, “un cierto grado de coerción” está permitido y es el Presidente el encargado de fijar el nivel de dureza de los interrogatorios. “Pruebas” obtenidas mediante confesiones arrancadas en países que practican la tortura son igualmente admisibles. Recordemos que este tipo de “pruebas” permitieron establecer que Irak disponía de armas de destrucción masiva, lo que justificó la invasión del país.

Al mismo tiempo, la ley impide toda persecución de agentes norteamericanos por torturas o malos tratos cometidos antes del fin del año 2005. Lo que permitió al Presidente Bush declarar, en el momento de firmar la ley, que el texto autorizaba a la CIA a continuar su programa de detención y de interrogatorios de personas sospechosas de terrorismo en las prisiones secretas situadas fuera de los Estados Unidos⁵.

² S.3930 Military Commissions Act of 2006, <http://www.govtrack.us/data/us/bills.text/109/s/s3930.pdf>

³ <http://www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/-03334.pdf>

⁴ Detainee Treatment Act of 2005, December 31, 2005, http://www.justicescholars.org/pegc/detainee_act_2005.html.

⁵ William Branigin, « Bush Signs Bill Authorizing Detainee Interrogations, Military Commissions », *Washington Post*, October 17, 2006.

El sistema de las comisiones militares va reduciendo cada vez más el derecho de defensa. El acusado no puede elegir a su abogado, que es un militar designado por el poder ejecutivo. El acusado puede ser apartado de ciertas fases del proceso por razones de seguridad nacional y no tiene acceso a la totalidad del expediente si algunas partes han sido clasificadas como secreto oficial.

La ley no permite a los detenidos el derecho a ser juzgados en un plazo razonable, ni siquiera ante una comisión militar. Con este hecho se perpetua la facultad concedida al Ministro de Justicia de mantener indefinidamente en detención gubernativa a cualquier extranjero sospechoso de terrorismo. Mientras que la *Executive Order* de noviembre de 2001, que instauró estos tribunales especiales, limitaba su competencia a los extranjeros capturados fuera del país, la *Military Commissions Act* la extiende a los extranjeros residentes en los Estados Unidos.

¿ENEMIGOS COMBATIENTES O ENEMIGOS DEL GOBIERNO?

Esta ley inscribe por primera vez en el derecho la noción de enemigo combatiente ilegal. Otorga a esa incriminación un carácter directamente político al designar como tal a personas «comprometidas en actos hostiles hacia los Estados Unidos o que, intencional y materialmente, soporten dichas hostilidades». Esta definición es tan imprecisa que puede ser aplicada a movimientos sociales o a actos de desobediencia civil. Lo que tiene gran importancia porque la categoría de enemigo combatiente se aplica también a los nacionales. Sólo los enemigos combatientes ilegales extranjeros tienen derecho a intérprete ante las comisiones militares. Los enemigos combatientes que posean la nacionalidad norteamericana podrán recurrir a las jurisdicciones civiles para plantear una demanda de *habeas corpus*.

Sin embargo, esta ley que legaliza las comisiones militares fue concebida desde un principio para aplicarse al conjunto de la población, nacionales incluidos. El primer proyecto es particularmente explícito en cuanto a este efecto. La resistencia de algunos parlamentarios republicanos limitó la competencia de estos tribunales a los extranjeros. Vista la rapidez con la que fue aprobada, la ley mantiene aún huellas del objetivo inicial. Así, la noción de enemigo combatiente ilegal que fundamenta la creación de los tribunales especiales incluye a los nacionales. Además, entre las infracciones que pueden ser juzgadas por una comisión militar se encuentra la que castiga a toda persona que «habiendo jurado fidelidad o deber a los Estados Unidos»⁶, mantiene intencionalmente acciones hostiles ante los USA o sus aliados. ¿Quién, además de un ciudadano norteamericano, puede encontrarse en una situación de fidelidad o de deber ante los Estados Unidos?

Entre las infracciones que pueden ser enjuiciadas por las comisiones militares se encuentran tipos que se enfrentan directamente a las luchas sociales, como la noción de ataque a una propiedad protegida o la relativa al pillaje, que transforma toda ocupación ilegal en terrorismo. El carácter directamente político de estos delitos es también indicativo de la inicial intención del gobierno de poder juzgar a los norteamericanos ante dichas comisiones.

UN NUEVO ORDEN POLITICO

Hasta ahora los poderes especiales que la administración había asumido descansaban sobre el voto del Congreso, después del 11 de septiembre se ha establecido que: «El Presidente está autorizado a emplear todas las fuerzas necesarias y apropiadas contra las naciones, organizaciones o personas que han planificado, autorizado, ejecutado o ayudado a los ataques terroristas ocurridos el 11 de septiembre de 2001, o

⁶ *Military Commissions Act* de 2006, artículo 950v.(b)26.

que hayan albergado a dichas organizaciones o personas, con el fin de prevenir futuros actos de terrorismo contra los Estados Unidos de dichas naciones, organizaciones o personas»⁷. Si esa decisión había conferido de manera abstracta al Presidente la potestad de asumir prerrogativas extraordinarias, la *Military Commissions Act* inscribe ese poder en el derecho.

La inscripción de la anomia en la ley impide que pueda ser justificada, como en la *Executive Order* de noviembre de 2001, a partir del estado de excepción. La *Military Commissions Act* instala la excepción en la norma. Provoca una mutación en el orden jurídico y político que, de modo permanente, pone fin a la separación de poderes. Crea un derecho puramente subjetivo que pone en manos del poder ejecutivo. Este puede designar a cualquier persona como combatiente enemigo, decidir la detención administrativa de por vida de cualquier extranjero o, si decide juzgarlo, puede nombrar los jueces militares y determinar el nivel de coerción de los interrogatorios. El texto legaliza presiones, físicas o psíquicas, próximas a la tortura.

De esa manera, la *Military Commissions Act* permite criminalizar acciones políticas de ciudadanos norteamericanos y lanza al conjunto de los extranjeros, sospechosos de terrorismo, a un sistema de pura violencia. Esta última realidad no solo concierne a los extranjeros detenidos fuera del territorio norteamericano por el ejército o la CIA y a los extranjeros residentes en los Estados Unidos, también, por ejemplo, a cualquier habitante de la Unión Europea. En el marco de los acuerdos de extradición suscritos en junio de 2003⁸, toda persona residente en un Estado de la Unión Europea imputada de terrorismo podrá ser entregada a las autoridades norteamericanas para ser sometida al arbitrio del poder ejecutivo.

La primera condena pronunciada por una comisión militar, la del “talibán australiano” David Hicks, revela la capacidad de que dispone el Gobierno de los Estados Unidos para que otras naciones legitimen el nuevo orden jurídico mundial que le confía el poder de suprimir el *habeas corpus* a cualquier ciudadano no norteamericano. Al aceptar que ese prisionero de Guantánamo pueda cumplir su pena en Australia, el gobierno de ese país reconoce de hecho estas jurisdicciones de excepción que vulneran tanto el derecho internacional como las Constituciones norteamericana y australiana.

La legalización de las comisiones militares se inscribe también en la tradición judicial desarrollada en Occidente. Se ubica en la estructura de un sistema jurídico siempre doble: Estado de derecho restringido para los nacionales y violencia pura para los extranjeros. Si el objetivo inicial del Gobierno de tratar a los norteamericanos como a extranjeros suprimiendo así el *habeas corpus* para el conjunto de la población, no se ha alcanzado, es, sin embargo, un “buen comienzo”, como expresó el senador republicano Lindsay Graham⁹.

⁷ Authorization for Use of Military Force, Pub. L.107-40, §§1-2 115 Stat. 224.

⁸ Consejo de la Unión Europea, ST 8295/1/03 rev 2 de junio de 2003.

⁹ Patrick Martin, «*Bush veut étendre aux citoyens américains les procédures de Guantanamo*», WSWS.org, le 2 août 2006. <http://www.mondialisation.ca/index.php?context=viewArticle&code=MAR20060802&article=2889>.

Benefíciate del Plan "Queremos ser tu Banco".



COMISIONES
DE SERVICIO¹
INDEFINIDAMENTE

Y además aprovecha las condiciones especiales del
Convenio de Colaboración del Santander con la
Asociación de Jueces para la Democracia

Relájate durante **un fin de semana en una isla**

Sólo por llamar a Superlínea 902 24 24 24² e identificarte como miembro de la Asociación de Jueces para la Democracia, participarás en el sorteo mensual³ de fines de semana para 2 personas en las islas de Mallorca, Tenerife, Formentera, Lanzarote y La Palma.

¡Llama ahora y consigue tu viaje! **902 24 24 24**

Queremos
ser tu banco

 Santander
EL VALOR DE LAS IDEAS

150
AÑOS

(1) Comisiones no financieras. Beneficio de carácter no contractual. Consulta las bases en oficinas Santander o en www.queremossertubanco.com

(2) Coste de llamada desde España 0,833€/minuto. IVA no incluido.

(3) Consultar bases en oficinas Santander. Primer sorteo en junio de 2007. Promoción válida hasta el 31/12/2007.

Responsabilidad civil médica: ¿Obligación de medios, obligación de resultados?

José Antonio SEIJAS QUINTANA

I

En terminología comúnmente aceptada, se viene distinguiendo entre medicina curativa, necesaria o asistencial, y medicina voluntaria o satisfactiva. La primera actúa ante una determinada patología, y se califica nítidamente como de arrendamiento de servicios. La segunda, es aquella en la que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, puesto que se actúa sobre un cuerpo sano, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético, o lo que es lo mismo para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo, por lo que la actividad médica se desarrolla en el ámbito de una relación contractual próxima al régimen jurídico del arrendamiento de obra o intermedia entre éste y el arrendamiento de servicios si a la finalidad curativa de la intervención se añade la satisfactiva, con la consecuencia de que la libertad de opción por parte del cliente es superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa, como precisa la Sentencia de 2 de julio de 2002, y ello supone entre otras cosas una atenuación de la exigencia del elemento subjetivo de la culpa para proteger de manera más efectiva a la víctima (STS 24 nov 2005).

Quien recibe el servicio tiene la consideración de paciente. El que reclama una obra, adquiere la condición de cliente.

Esta distinción se advierte con claridad en la vieja sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1950, así como en la de 25 de abril de 1994, citadas en la de 22 de julio de 2003, en la que se perfilan muy claramente las distintas obligaciones que comporta la actuación médica o médico quirúrgica, según se trate de curar o mejorar a un paciente.

En función de una y de otra, se establece a su vez otra clásica distinción. Me refiero a la obligación de medios y de resultado, que aparece en la sentencia de 26 de mayo de 1986, dictada al enjuiciar un problema derivado de una úlcera duodenal por la que el paciente llevaba sometido a tratamiento médico unos nueve años antes de ser operado. Dice lo siguiente: la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico, que no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una "obligación de medios", es decir, se obliga no a curar al enfermo sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica; por ello su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revela un desconocimiento cierto de sus deberes, sin que se pueda exigir al facultativo el vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad, por exigir sacrificios desproporcionados o por otros motivos, y sobrevenido el resultado lesivo.

Esta doble y diferente obligación se reitera en numerosas sentencias del Tribunal Supremo. Entre las últimas, la de 24 noviembre 2005, referida a un caso de lesiones y secuelas sufridas por un enfermo afectado de un proceso conocido como Angina de Ludwig, derivado de una previa extracción de la pieza 47 (2º molar inferior derecha). Y se utiliza para exonerar a los médicos, dentista y otorrino, del resultado gravemente dañoso que su intervención tuvo para el paciente, con la siguiente declaración: "Tampoco se aprecia ninguna deficiencia en el tratamiento dispensado al actor, en esa relación médico-enfermo de la que deriva una obligación de medios y no de resultados, que no

garantiza la curación y si el empleo de las técnicas adecuadas, como con reiteración ha declarado esta Sala (SSTS 26 de mayo de 1986; 7 de febrero de 1990; 24 de marzo 2005), ya que, diagnosticado con acierto, se le aplicaron de forma adecuada los fundamentos de la *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle”.

Resumidamente esta obligación de medios comprende, según la sentencia de 11 de febrero de 1997, lo siguiente:

a) La utilización de cuantos medios conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con el enfermo concreto. La sentencia de 24 de noviembre de 2005, en un caso en que era posible tanto la intervención neurológica como la radiológica, deja a cargo del médico la decisión de poner al alcance del paciente los recursos que le parezcan más eficaces siempre que sean aceptados por la ciencia médica o susceptibles de discusión científica.

b) La información en cuanto sea posible, al paciente o, en su caso, familiares del mismo del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas. Este deber de información en las enfermedades crónicas, con posibles recidivas o degeneraciones o evolutivas, se extiende a los medios que comporta el control de la enfermedad; y

c) La continuidad del tratamiento hasta el alta y los riesgos de su abandono. Es razón por la que la sentencia de 8 de febrero de 2006 (hipertensión severa) responsabiliza al médico que no controló la evolución ni los síntomas inequívocos manifestados por el medicamento suministrado a la paciente, conociendo su estado.

La obligación de medios se reitera, asimismo, en las llamadas pruebas diagnósticas. La *lex artis*, dice la sentencia de 15 de febrero de 2006, supone que la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena. Implica por tanto un doble orden de cosas: en primer lugar, la obligación del médico de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles (STS 23 sep 2004). En segundo, que no se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen.

II

Este planteamiento inicial adquiere especial importancia en función de la intervención que se lleve a cabo, y, en particular, a la hora de incardinar en una o en otra el caso que se somete a la consideración de los facultativos, cuando se trata de intervenciones plásticas, reconstructivas o reparadoras, dirigidas a la corrección de defectos congénitos o adquiridos con posterioridad, o en la cirugía estética, mediante la que se pretende el embellecimiento del individuo, su perfeccionamiento físico.

La separación de ambas modalidades no es muy clara en los hechos, sobre todo, como dice la doctrina mas autorizada, a partir de la asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquicos y social, y no sólo físico, lo que obliga a admitir que una intervención quirúrgica de estas características puede considerarse

curativa del malestar psíquico inherente a ciertas deformidades y defectos de naturaleza física por cuanto no se puede obligar a una persona a convivir con un defecto habiendo recursos médicos para solucionarlo.

Pero lo cierto es que una y otra han conducido a soluciones jurídicas distintas, especialmente en la cirugía estética, al tratarse de una especialidad que modifica la regla general desde la idea de que aun configurando la relación contractual de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, se viene a exigir la obtención del resultado perseguido por el paciente y asumido por el médico que realiza la operación.

Un caso singular es el que recoge la sentencia de 20 de junio de 2006, en que se condena al ISFAS. Se trataba de una intervención quirúrgica consistente en “dermolipectomía abdominal”, de la que la paciente resultó con secuelas de cierta entidad. Se trataba de determinar si se estaba ante una responsabilidad contractual o extracontractual, teniendo en cuenta que la intervención estética no estaba cubierta por el ISFAS y que los médicos, se dice, “entraron de forma sorprendente y anómala a resolverla”. Se entiende que hay un “vínculo jurídico” y que la prescripción no es la anual sino la quincenal, conforme al criterio ya sustentado por este Tribunal en sentencias anteriores (26 enero; 1 de marzo y 19 de junio de 1984). La particularidad del caso estriba en la distinta consideración que para el ISFAS tenía la intervención plástica y la estética. Aquella cubierta. Esta no. De ahí la valoración que la Sala hace de los hechos al objeto de precisar la relación mantenida por la paciente con el Centro que llevó a cabo la intervención.

Dice la sentencia de 26 de julio de 2006 que “la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato —tratándose de un contrato de prestación de servicios; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía—, como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad o de medios, caracterización que recuerda la reciente sentencia de 23 de marzo de 2006, con cita de abundantísima jurisprudencia. Como tal obligación de medios, se cumple con la realización de la actividad prometida, aunque no venga acompañada de la curación del lesionado, con tal de que se ejecute con la diligencia exigible en atención a la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de personas, tiempo y lugar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.101 y 1.104 del Código Civil”.

Son varias las sentencias que se han ocupado de estas cuestiones, no sin precisar que algunas han encontrado un notable eco literal y acrítico en numerosas sentencias de Juzgados y Audiencias, teniendo en cuenta lo variable de las situaciones que se presentan y que las respuestas de las ciencias de la salud a un determinado problema no son las mismas.

— STS 25 de abril 1994: (vasectomía) la obligación de medios se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente —que no paciente—, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si esta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisas para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención.

— STS 31 enero 1996 (vasectomía): se desestima el recurso de casación, confirmando la sentencia de la Audiencia, porque el propio recurrente mantuvo que se había producido “el fracaso de la operación en cuanto al resultado, que era lo perseguido con la operación”, y la sentencia de la Audiencia mantuvo que se ejercitaba en la demanda una acción de incumplimiento contractual, ya que de la operación de vasectomía no se produjeron los resultados esperados.

— STS 11 febrero 1997 (vasectomía): en el arrendamiento de obra, se afirma, no cabe duda que el resultado actúa como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, asimismo, además, como tal resultado concreto para quien realiza la intervención, sin que, como ocurre, cuando hay desencadenado un proceso

patológico que, por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que atajar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquel en la salud eleve a razón primera de la asistencia los medios o remedios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible.

— STS 28 de junio de 1999: refiere un caso de tratamiento dental, intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis. Para el TS, la relación jurídica entre demandante y demandado deriva del contrato entre paciente y médico, consistente en un tratamiento dental, intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis; contrato que tiene la naturaleza de contrato de obra, que, como define el artículo 1.544, en relación con el 1.583 del Código civil, es aquel por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto.

Precisa la sentencia que, si bien es cierto que la relación contractual entre médico y paciente deriva normalmente de contrato de prestación de servicios y el médico tiene la obligación de actividad (o de medios) de prestar sus servicios profesionales en orden a la salud del paciente, sin obligarse al resultado de curación que no siempre está dentro de sus posibilidades, hay casos en que se trata de obligación de resultado en que el médico se obliga a producir un resultado: son los casos, entre otros, de cirugía estética, vasectomía y odontología; este último supuesto lo recoge la sentencia de 7 de febrero de 1990, la cual, tras referirse al contrato habitual de prestación de servicios, añade: "...salvo en el caso de que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias...".

Corolario lógico es entender que la obligación del médico, propia de contrato de obra, era obtener el resultado de sanear ("rehabilitar" dice el dictamen pericial) la boca del paciente. Y tal resultado entiende no se obtuvo, "no cumplió la obligación —obligación del resultado—".

— STS 11 diciembre 2001: se diagnosticó "protusión del maxilar superior" y se aconsejó al paciente la intervención quirúrgica, que se practicó efectivamente el día 23 de marzo de 1977; esta intervención no produjo el resultado pretendido. No estando conforme la paciente demandante con este resultado y de acuerdo con el médico, éste le practicó una nueva el día 3 de julio siguiente. Esta tampoco produjo resultado satisfactorio, al infectarse los injertos, dando lugar a que el maxilar volviese a la posición que ocupaba tras la primera intervención; tras lo cual siguió un tratamiento en los Estados Unidos de América que solventó su problema; éste terminó con tres intervenciones de cirugía plástica, en Barcelona, quedándole secuelas.

La sentencia de la Audiencia había calificado la relación de arrendamiento de servicio. Sin embargo, dice, "en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa como en el presente caso, la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte —el paciente— se obliga a pagar unos honorarios a la otra —médico— por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso". La sentencia recuerda que otra de 28 de junio de 1999 contempla el caso de un tratamiento odontológico, similar al presente, rehabilitación de la boca que no logró el resultado y fue otro odontólogo el que la rehabilitó finalmente, por lo que se estimó la demanda.

— STS 22 de julio de 2003 (mejora del aspecto físico y estético de los senos): la actividad médica, señala el Tribunal Supremo, se desarrolla en el ámbito de una relación contractual, que participa en gran medida de la naturaleza de contrato de arrendamiento de obra que intensifica una mayor garantía en la obtención del resultado perseguido, ya que, si así no sucediera, es obvio que el cliente-paciente no acudiría al facultativo sino en la seguridad posible de obtener la finalidad buscada de mejoría estética. La sentencia condena por haberse infringido el deber de información. El resultado de la operación, nos dice, no se acomodó a las expectativas y confianza que la recurrente había depositado en el médico para la mejora y estética de sus senos, al

acrecentarse las cicatrices que le afectaban y presentarse antiestéticas. Esta doctrina, ya se había expresado anteriormente en la de 28 junio 1997, referida a un supuesto de operación de cirugía estética o “lifting” (estiramiento de la piel del rostro y eliminación de la papada).

— STS de 10 febrero 2004: evita calificar de medicina satisfactoria, una operación de corrección de miopía, dada su evidente incidencia curativa.

— STS 22 de junio 2004 (reducción de mamas principalmente orientada a remediar los dolores de espalda derivados de su hipertrofia mamaria así como una osteoporosis en fase inicial, intervención de la que se derivó una necrosis masiva del único pecho intervenido con la consecuencia final de pérdida total de la zona areola-pezones). La sentencia condena al médico, que tenía la cualificación profesional de catedrático numerario de Universidad, que a la razón desempeñaba la cátedra de Patología Quirúrgica, y que se jubiló poco después, y era, además, médico especialista en Cirugía General pero carente de la especialidad en Cirugía Plástica. Le condena porque acometió la intervención tras aconsejársela personalmente a la actora recurrente, y se comprueba que su experiencia quirúrgica se centraba muy especialmente en el cáncer de mama, es decir, en la extirpación de tumores y no en la reconstrucción del pecho. Dice la sentencia que “no es aceptable sin más que la finalidad primordialmente correctora de la reducción mamaria, disminuir el peso de la zona del pecho para aliviar los dolores de espalda de la paciente y frenar la osteoporosis que ésta padecía en fase inicial, disminuyera, hasta casi eliminar su significación jurídica, la importancia que para la actora-recurrente tenía el resultado final de la intervención en el aspecto estético o plástico”.

El juicio de reproche es múltiple: falta de información a la paciente del concreto riesgo de necrosis subsiguiente a la intervención; aplicación de una técnica de los años 60; intervino una sola mama cuando todo apuntaba a una única intervención para las dos; la intervención tuvo una duración de cuatro horas que tampoco se corresponde con la normalidad; la atención postoperatoria no fue la mejor de las posibles, puesto que diez días después de la intervención el demandado-recorrido autorizó a la actora-recurrente a regresar al pueblo de su residencia, citándola para diez días después, siendo entonces cuando detectó la necrosis.

— STS 21 de octubre 2005: se enfrenta a un supuesto de secuelas padecidas por la demandante tras someterse a una intervención quirúrgica con la finalidad de hacer desaparecer unas pequeñas cicatrices de la cara; secuelas consistentes en unas cicatrices queloides en el labio inferior y en el mentón, y un consiguiente trastorno psíquico. La sentencia considera que la intervención quirúrgica está bien realizada porque “está prevista en el estado de conocimiento de la ciencia médica en el momento de su práctica como idónea para conseguir el resultado pretendido y fue practicada correctamente con arreglo a la técnica y práctica médica”. Sin embargo condena al médico al apreciar la infracción de este deber de información.

III

Con todo, habrá que preguntarse si en la actualidad es posible sostener esta clásica distinción entre obligación de medios y de resultados y si el problema realmente no está tanto en la obtención del resultado perseguido, que engloba el necesario éxito de la operación realizada, cuanto en poner los medios adecuados a disposición del paciente, y en especial en la información que se le debe ofrecer, teniendo en cuenta que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y que la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resultan de cualquier otro tipo de cirugía: hemorragias, infecciones, cicatrización patológica o problemas con la anestesia, etc.

Lo contrario supone poner a cargo del médico una responsabilidad de naturaleza objetiva, en cuanto se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado en la realización del acto médico, toda vez que el daño se equipara al resultado no querido ni esperado, ni menos aun garantizado, por esta intervención, al margen por tanto de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad, impidiéndole demostrar la existencia de una actitud médica perfectamente ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es tal cuando una persona se somete a una intervención de esta clase pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual.

La sentencia de 21-10-2005 es buena muestra de ello. Se trata de una operación en el ámbito de la medicina satisfactiva o voluntaria en la que una mujer se somete a una intervención consistente en tratamiento dermoabrasador por láser quirúrgico CO2 con la finalidad de hacer desaparecer unas pequeñas cicatrices puntiformes en la región peribucal y mentón provenientes de una depilación eléctrica realizada hacía algunos años, a resultas de la cual resultó con unas secuelas consistentes en unas cicatrices queloides en el labio inferior y el mentón, y un consiguiente trastorno psíquico calificado por los especialistas de “neurosis de angustia”.

El Juzgado de 1ª Instancia apreció la concurrencia de caso fortuito porque, al deberse la aparición del queloide a una anormal o patológica cicatrización atribuible a la predisposición genética de la actora, sin que haya métodos analíticos ni exploraciones especiales que permitan sospechar tal desarrollo, sólo anticipable cuando existan unos antecedentes personales en tal sentido, el resultado lesivo producido era de todo punto imprevisible y científicamente inevitable, de modo que la única forma de haber salvado la aparición del queloide era no haber realizado ninguna operación, por lo que aplica el artículo 1.105 CC con la consecuencia procesal de sentencia desestimatoria.

La sentencia de la Audiencia, mantiene la de instancia en cuanto al queloide, y rechaza que hubiera una obligación de información previa, dada “la naturaleza absolutamente extraordinaria e imprevisible del queloide”.

El Tribunal Supremo resuelve el caso sin una mención directa a la obligación de medios y resultados, y entiende que no hubo un “aseguramiento del resultado” por el médico a la paciente, el cual no resulta de la narración fáctica de la resolución recurrida, ni cabe deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética —dado que la actora se prestó a la intervención facultativa para mejorar su aspecto estético—, y por consiguiente incardinable en lo que se denomina medicina voluntaria o satisfactiva, respecto de la que se entiende que hay una aproximación al régimen jurídico del arrendamiento de obra o que se trata de una figura intermedia entre éste y el arrendamiento de servicios, porque, en cualquier caso, habrá de valorarse la existencia de los elementos de la causalidad y culpabilidad.

Descarta, asimismo, que sea posible aplicar la doctrina del “resultado desproporcionado o enorme” porque ésta hace referencia al resultado “clamoroso” inexplicado o inexplicable” y en el caso hay una causa que explica la producción del resultado de hipertrofia o queloide de la cicatriz, que es la predisposición genética a tal efecto de la piel de la paciente.

Entiende, en definitiva, que la intervención quirúrgica del médico está prevista en el estado de conocimiento de la ciencia médica en el momento de su práctica como idónea para conseguir el resultado pretendido y fue practicada correctamente con arreglo a la técnica y práctica médica, por lo que ningún juicio de reproche hace al facultativo en el ámbito de la culpabilidad.

Pero incluso, afirma, falta el elemento de la causalidad en su secuencia de causalidad jurídica —criterio de imputación objetiva o de atribuibilidad del resultado—, puesto que una cosa es que haya causalidad física o material —*questio facti* para la casación—, porque el queloide se generó como consecuencia de la intervención quirúrgica, y sin ésta no habría habido aquel, y otra causalidad jurídica —juicio perteneciente a la

questio iuris—, bien porque se entienda aplicable la exclusión en virtud del criterio de imputación objetiva del “riesgo general de la vida”, bien porque no ha sido la intervención la denominada causa próxima o inmediata, ni la causa adecuada, criterio éste (para unos, filtro de los restantes criterios de imputación; para otros, residual de cierre del sistema, y que, por ende, opera cuando no sea aplicable alguno de los previstos específicamente en la doctrina —riesgo general de la vida, provocación, prohibición de regreso, incremento del riesgo, ámbito de protección de la norma, consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo, y de la confianza—) que descarta la causalidad cuando, como dice la doctrina, “el daño aparece como extraordinariamente improbable para un observador experimentado que contara con los especiales conocimientos del autor y hubiese enjuiciado la cuestión en el momento inmediatamente anterior a la conducta”.

Y en ello, dice, encaja el supuesto de autos y la apreciación de la resolución recurrida, pues aún cuando en la misma se alude a la imprevisibilidad, y no cabe estimar no previsible aquel tipo de complicaciones que en ocasiones se pueden producir, es obvio que no cabe cargar en la actuación del agente las que tienen carácter excepcional, dependen de condiciones genéticas del sujeto concreto (paciente) y que no existe posibilidad normal de conocer o averiguar con anterioridad a la intervención. Por lo que hay una ausencia de causalidad jurídica (en cuya órbita se sitúa el caso fortuito del artículo 1.105, aparte también en todo caso de culpabilidad (reproche subjetivo).

Ahora bien, si bien el TS no realiza ningún reproche sobre la actuación quirúrgica del médico, sí que aprecia la responsabilidad por la información dada a la paciente con el argumento de que en los casos de medicina satisfactiva se acrecienta el deber de información médica de los riesgos previsibles, con independencia de su probabilidad, quedando sólo excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención. Circunstancia, por otra parte, que es bastante frecuente en los casos sometidos a enjuiciamiento de los juzgados y tribunales.

La cicatriz queloidea —poros abiertos— consiste en un tumor formado por el tejido fibroso que aparece en personas predispuestas genéticamente a producir excesiva respuesta tisular ante un trauma cutáneo. La ciencia médica conoce tal posibilidad como consecuencia de una intervención, con independencia de la técnica quirúrgica utilizada, y el médico demandado no sólo, obviamente, conocía la misma, sino que incluso ya le había sucedido en un quehacer profesional con anterioridad, por lo que se añadía su propia experiencia personal.

Se trata por lo tanto de un riesgo previsible, que, aunque muy improbable, lo que excluye la responsabilidad en la práctica de la intervención, no excusaba del deber de información, a cuyo efecto el médico podía, y debía haber hecho saber a la paciente la pequeña posibilidad de que ocurriera el suceso y su causa, para la misma, dentro de su autonomía, asumir el riesgo de las eventuales dificultades de cicatrización defectuosa.

IV

La sentencia ofrece dos aspectos de interés en la más reciente jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

El primero tiene que ver con el criterio de imputación. La sentencia aplica los criterios de la llamada imputación objetiva, distinguiendo lo que es la relación física o material de la causalidad jurídica o imputación objetiva para atribuir o no el resultado dañoso al facultativo.

Las sentencias de 2 y 5 enero, 9 de marzo y 7 de junio de 2006, declaran que se trata de un presupuesto previo al de imputación subjetiva que implica un juicio de valoración mediante el cual debe determinarse si el resultado dañoso producido es objetivamente atribuible al demandado como consecuencia de su conducta o actividad en función de las obligaciones correspondientes a la misma, contractuales o extracontractuales,

y de la previsibilidad del resultado dañoso con arreglo a las reglas de la experiencia, entre otros criterios de imputabilidad admitidos, como los relacionados con el riesgo permitido, riesgos de la vida, competencia de la víctima, ámbito de protección de la norma, causalidad adecuada, provocación y prohibición de regreso,

El segundo, se refiere a la información. La sentencia 4 de octubre 2006, sigue la línea marcada por la del queloide, en un fallido implante capilar, con importantes secuelas. Sostiene que estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado, paciente o cliente, conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesidad de la misma. Y ello, sin duda, obliga a mantener un criterio más riguroso a la hora de valorar la información, más que la que se ofrece en la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención.

La información es, por consiguiente, un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica, especialmente en estas intervenciones médicas no necesarias, como es la cirugía estética, en las que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma.

Y es el caso que a través de la información también es posible prometer o comprometer un resultado satisfactorio al término de la operación. Ocurre así en el supuesto contemplado en la sentencia de 4 de octubre en el que se capta la voluntad del cliente a través de la difusión de una campaña publicitaria “capaz de inducir a error al consumidor o usuario (artículo 8 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios) en la que el escaso rigor lleva fácilmente a la conclusión de que el tratamiento es sencillo y sin resultado negativo posible, aludiendo a la existencia de “especialistas” en cabello cuando ciertamente los médicos que asistían en el centro no tenían la consideración de tales”.

Esta práctica supone no solo un evidente desajuste entre la operación que se lleva a cabo y lo que se oferta al cliente mediante la publicidad, sino que viene en cierto modo a garantizar el resultado comprometido y deja al margen cualquier valoración sobre los elementos que conforman la responsabilidad que pudiera derivar de la intervención médica para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no cumplimentado (que de otra forma no cabría deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética —STS 21 de octubre 2005—), y no los medios que se ponen a disposición del paciente, sería suficiente para responsabilizar al facultativo, al margen de los elementos de la causalidad y culpabilidad.

V

Que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica, no excluye la responsabilidad civil que resulta de la omisión de una correcta información del riesgo de la intervención. Al paciente o cliente se le debe informar de lo siguiente: a) de las medidas a adoptar para asegurar el resultado de la intervención una vez practicada, y que también debe abarcar la de preparación para la intervención; b) de las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado; y c) de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia.

Si así no fuera, el daño que fundamenta la responsabilidad resulta por infracción del deber de información, previo al consentimiento, y de la materialización del riesgo previsible, y es independiente de que la intervención se desarrolle con plena corrección

técnica. Pues es del todo evidente que esta situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista normativo (antes, Ley General de Sanidad —Ley 14/1986, de 25 de abril—; ahora, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica—), tanto si existe un vínculo contractual —contrato de servicio sanitario, sea arrendamiento de servicio o de obra— como si no, operando entonces la relación entre quienes prestan la asistencia médica y el usuario en el campo extracontractual (STS 2 de julio 2002).

La falta de información implica una mala praxis médica que no solo es relevante desde el punto de vista de la imputación sino que es además una consecuencia que la norma procura que no acontezca, para permitir que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), como precisa la Sentencia de 2 de julio de 2002.

El derecho de defensa en el juicio verbal civil tras la STC 60/2007

Edmundo RODRIGUEZ ACHUTEGUI

La reciente sentencia del Tribunal Constitucional 60/2007, de 26 de marzo, que estima un recurso de amparo, aborda la polémica cuestión de la aportación del dictamen pericial en el juicio verbal regulado en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC). En este caso se estima el recurso por haberse denegado a la parte demandada la aportación del dictamen pericial junto con la contestación de la demanda, que el juez justifica en que no se aportó antes de la celebración de la vista.

Como es conocido, el problema nace de la tormentosa tramitación legislativa de la LEC, a la que afortunadamente para todos, se dio la vuelta como un calcetín durante la tramitación parlamentaria, evitando perpetuar el proceso civil escrito, como pretendían los autores del proyecto de ley. El proyecto preveía un juicio verbal con contestación escrita y otro oral, pero el texto definitivo sufrió notables y positivos cambios, que facilitaron que la regla se haya convertido en un juicio de contestación verbal notablemente sencillo¹.

Pero tal modificación en la regulación del juicio no vino acompañado de un cambio parejo de la regulación de la prueba. Esta se contiene en la LEC en el Título I del Libro II, con carácter común para todo tipo de procesos. En materia de pericial la norma dispuso un régimen que en parte se sustenta en un presupuesto que casi nunca concurre: que en el juicio verbal hay contestación escrita. Como coordinar estos preceptos ha sido problemático y las soluciones de los juzgados, dispares.

REGULACION LEGISLATIVA

Los preceptos en conflicto son, esencialmente, los artículos 265.4 y 337 LEC. El primero dispone que *“en los juicios verbales, el demandado aportará los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes a que se refiere el apartado 1 en el acto de la vista”*. Esa remisión señala en el subapartado 4º que a toda demanda o contestación habrán de acompañarse *“los dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 337 y 339 de esta Ley”*. Este régimen se completa con el artículo 336, que señala que la prueba pericial ha de presentarse con la demanda y la contestación.

En este sistema se produce una remisión al artículo 337, cuyo apartado 1 dispone que *“si no les fuere posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o antes de la vista en el verbal”*.

¹ El artículo 439 del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (BOCG 13 noviembre 1998) disponía en su apartado 1º que la demanda fuera la prevista para el juicio ordinario, y en el segundo, que fuera demanda sucinta. Para contestar la del apartado primero el artículo 443.1 establecía que en providencia se facilitaría un término de veinte días para que el demandado la contestara en la forma prevista para el juicio ordinario, mientras que la demanda sucinta daría lugar a la inmediata citación a juicio. El artículo 439.1 reservaba el juicio verbal con contestación escrita para 1º) arrendamientos urbanos excepto desahucio por falta de pago; 2º) retractos; 3º) tutela sumaria de la posesión; 4º) Alimentos; 5º) tutela del derecho al honor, intimidad y propia imagen, o tutela judicial civil de cualquier derecho fundamental; 6º) propiedad horizontal; 7º) asuntos del automóvil; 8º) peticiones de prohibición o cesación de publicidad ilícita; 9º) reclamaciones superiores a 300.000 ptas.

Del primero de ellos se deduce que el demandado debe presentar los dictámenes periciales con la contestación de la demanda. Del segundo podría desprenderse que es necesario aportar el dictamen antes de la celebración de la vista en el juicio verbal.

Y sin embargo ha de darse explicación a ambas normas, para dar coherencia al conjunto legal, que incurre en alguna contradicción si no se tiene en cuenta lo señalado con anterioridad, es decir, que el proyecto de LEC regulaba dos tipos de juicio verbal, con y sin contestación escrita, pero finalmente la norma definitiva restringió al máximo la eventual contestación escrita, que ha quedado reservada exclusivamente a los procedimientos de familia del artículo 770, de manera que la regla general es el juicio verbal sin contestación escrita.

INTERPRETACION DE ESAS NORMAS

Cuando los juzgados se enfrentaron a la coordinación de un sistema de prueba que no fue modificado para adaptarlo a un juicio verbal sin contestación escrita encontraron múltiples dificultades, de todos conocidas, para adaptar las previsiones en materia de prueba a una vista sin apenas preparación previa. De ahí que muchas interpretaciones de los órganos jurisdiccionales facilitarían la obtención previa de prueba, admitiendo que se propusiera por el actor incluso con la propia demanda, o que la fase preparatoria del artículo 440.1 LEC fuera más extensa que lo que recoge la norma, pudiendo incluso reclamarse prueba documental o testimonios escritos conforme al artículo 381.1 LEC.

En materia pericial el conflicto se ha resuelto con dos visiones, restrictiva y amplia, como ha sucedido con otras materias como la citación de las partes a juicio para declarar, la ampliación de los supuestos de anticipación de prueba a supuestos no previstos en la regulación del juicio verbal o la conveniencia de permitir conclusiones en la vista². Los partidarios de la primera pretendieron exigir la presentación del dictamen pericial antes de la vista, apoyándose en lo dispuesto en el artículo 337 y en que, a su juicio, podía causarse indefensión al actor, que a diferencia del demandado, desconoce el dictamen pericial de la otra parte y no tiene tiempo para citar al perito³.

Esa interpretación choca frontalmente con lo dispuesto por el artículo 264.4 y su remisión al 264.1, es decir, la aportación del dictamen pericial con la contestación en la vista, igual que ocurre con las alegaciones, excepciones, poder o documentos. Cremades Morant sostiene que estos dictámenes sólo pueden aportarse *“si actor o demandado lo manifiestan en la demanda o en la contestación, de ser ésta escrita...”*⁴.

En efecto, para comenzar, dicho precepto tiene la rúbrica *“Anuncio de dictámenes cuando no se puedan aportar con la demanda o contestación. Aportación posterior”*. El título del artículo 337 revela que la norma no puede aplicarse a los casos en que el demandado presenta el dictamen pericial con la contestación, porque lo que disciplina es un supuesto distinto: que al no ser posible esa presentación conjunta con la contestación se anuncie para un momento posterior.

Esto es lo que ocurre en el juicio ordinario y en el juicio verbal con contestación escrita del artículo 770 LEC en materia de familia. Sin embargo, nunca puede suceder en el juicio verbal común, porque la contestación es verbal y es con la contestación, como resalta el artículo 260.4 y su remisión al 260.1, cuando se presenta el dictamen pericial.

² En el polémico debate sobre la necesidad o no de conclusiones en el juicio verbal es esperanzador el *“Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria, Jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona, en materia civil y mercantil”*, remitido el 20 de octubre de 2006 por el Consejo de Ministros a las Cortes, actualmente (mayo 2007) en la Comisión de Justicia del Congreso, que propone un procedimiento general para jurisdicción voluntaria que remite al juicio verbal con especialidades, entre las que se dispone en sexto lugar que *“una vez practicadas las pruebas, el administrador permitirá a los interesados formular oralmente sus conclusiones”*.

³ Así la SAP Lleida, 8 de junio de 2005, AC 2006\1132, justifica la denegación de la prueba por presentar-se justo antes de iniciarse la vista impidiendo al actor su examen sosegado.

⁴ Cremades Morant, Joan. *“Ley de Enjuiciamiento Civil comentada”*, VV.AA., Edit. SEPIN, Madrid, 2000, pág. 796.

Pero además en la redacción del artículo 337 LEC se señala exactamente lo mismo. El apartado 1 comienza indicando “*si no les fuere posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la demanda o contestación...*”. Si el demandado presenta el dictamen pericial con la contestación, es decir, en la vista, no se da el presupuesto en el que se fundamenta la exigencia de aportación previa⁵. No se puede forzar el artículo para entender que dice lo contrario de lo que dice, que es, tajantemente, que se tendrá que anunciar la aportación posterior cuando no se puede hacerlo en la contestación a la demanda.

Lo demás que indica tiene su razón de ser tanto en los antecedentes de su formación legislativa como en el hecho de que, aunque sea excepcional, se siga manteniendo un juicio verbal con contestación escrita. En esos casos sí es exigible la aportación previa, no en los demás.

También se critica que la presentación inmediata de la pericial impide su sosegado examen. Cierto es que así sucede y que el demandante no tendría tiempo para citar al perito a que comparezca, como permite el artículo 337.2 LEC. Pero ambas objeciones se superan teniendo en cuenta que si el perito del demandado no acude a instancia de éste no podrá ratificar el dictamen conforme al artículo 346 LEC, y por lo tanto la prueba carecerá de validez, por lo que salta a la vista que le habrá convocado y estará a disposición de las partes. Por otro lado, el mismo problema puede presentarse con la documental y en los juzgados se proveen los medios precisos para que el actor pueda examinarlos con detenimiento.

Es habitual que se facilite la lectura y examen de documentos al actor en la misma vista, que se retrase unos minutos o se conceda un receso si son voluminosos, o que incluso se acuerde el aplazamiento de la vista, en supuestos excepcionales, si el volumen de la documental aportada lo requiere. Sin embargo lo más frecuente es que el demandante no precise acudir a estos remedios excepcionales, continuando la vista sin protesta alguna.

RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA DENEGACION DE LA PRUEBA

La STC 60/2007, de 26 de marzo, analiza la relevancia constitucional de la denegación de la prueba en un amparo. Se trata de un supuesto en que un vecino demanda a otro por unas filtraciones, aportando un dictamen pericial, y el demandado trata de presentar con la contestación a la demanda, es decir, en el acto de la vista del juicio verbal, un dictamen pericial de un arquitecto técnico. El juzgado lo deniega, condena al demandado que recurre ante la Audiencia, que también rechaza la admisión de la prueba.

En el Fundamento Jurídico 3º la STC recuerda su doctrina anterior, señalando que para que pueda concederse amparo por vulneración del artículo 24 CE, es decir, por haberse afectado el derecho a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, es necesario “*que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea decisiva en términos de defensa*”⁶.

El Tribunal Constitucional no analiza la interpretación legal de los preceptos de la LEC. Lo que afronta es si la denegación de prueba puede afectar al derecho funda-

⁵ Las SAP Jaén 29 de marzo, JUR 2003\198650, y 28 de octubre de 2003, AC 2003\2292, afirman que tratándose de un juicio verbal común cuya contestación no es por escrito, el momento para la aportación de los dictámenes periciales es también el de la contestación en el propio juicio al igual que el resto de los documentos (art. 265.4º LEC), sin que lo dispuesto en el artículo 337 de la LEC sea aplicable “*al juicio verbal común*”, pues se refiere a aportación “*posterior*” a la contestación escrita, lo que sólo está previsto en la LEC para algunos juicios verbales especiales en los que la contestación es por escrito (art. 748 y ss). En el mismo sentido, la SAP Guadalajara de 4 de marzo de 2003, AC 2003\1314.

⁶ Cita las STC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2º; 219/1998, de 17 de diciembre, FJ 3º; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5º; 26/2000, FJ 2º y 45/200, FJ 2º.

mental a la tutela judicial efectiva, del que es manifestación el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Recuerda además que es quien solicita amparo el que ha de razonar *“la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas”*.

Con tal fin el condenado en aquel procedimiento explica que si se trataba de un asunto de daños por humedad, su prueba era pertinente, porque se trataba de dilucidar el origen de la misma, para lo que es adecuado la opinión de persona experta, y un arquitecto técnico lo es. Por otro lado señala que la propia sentencia recoge esa argumentación, porque se sostiene en la pericial de la parte demandante para asegurar que el origen de los daños es la humedad ocasionada por el demandado, prueba que no había sido desvirtuada, según la sentencia, por otra de semejante entidad.

El Tribunal Constitucional analiza entonces tanto la causa de inadmisión de la prueba pericial como la trascendencia que tenía en el asunto en cuestión, con el fin de resolver si el derecho fundamental ha sido vulnerado.

MOTIVACION ARBITRARIA O IRRAZONABLE

En cuanto a lo primero, es decir, si la denegación de la prueba resulta arbitraria o irrazonable, el Tribunal Constitucional recuerda que el juez de instancia denegó la prueba con fundamento en la falta de presentación previa que exige el artículo 337 LEC, pero que la norma aplicable no era esa, sino los artículos 265.1, 265.4 y 336 LEC, todos los cuales señalan que los dictámenes periciales han de aportarse, cualquiera sea la clase de juicio en que se pretenda, con la demanda y contestación.

Dice la sentencia que *“en el juicio verbal, debido a que la contestación a la demanda se realiza oralmente en la vista, el dictamen aportado por el demandado debe introducirse al tiempo de la contestación oral, es decir, en la vista (arts. 265.4, 336.1 y 336.4 LEC)”*.

Por eso entiende que la interpretación realizada por el juez de instancia, *“exigiendo, con base en el artículo 337.1 LEC, la aportación en el juicio verbal de los dictámenes periciales por parte del demandado con anterioridad a la vista no se corresponde, como queda señalado, con lo expresamente previsto en el artículo 265.4 LEC, que se refiere a la aportación de los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes en el acto del juicio verbal”*.

Añade a continuación que *“el artículo 337 LEC no resulta aplicable en la situación que se produjo en el caso, pues regula los supuestos en los que las partes no pueden aportar los dictámenes periciales en la fase de alegaciones, y por ello lo «anuncian» en sus escritos de demanda y contestación; es decir, se trata de una norma excepcional, únicamente prevista para esta eventualidad, no para la norma general del juicio verbal en el que siempre es oral la contestación a la demanda”*.

Esa interpretación del Tribunal Constitucional, aunque se haga para analizar la arbitrariedad o razonabilidad de la inadmisión de la prueba, refrenda la posición de quienes no rechazan la aportación de prueba en el juicio verbal sin contestación escrita, considerándose la inadmisión *“no conforme a las exigencias constitucionales de tutela judicial efectiva, puesto que ha dado lugar a la negación a la parte demandada de la posibilidad de que se practicara una prueba en principio pertinente y que cabría hubiese resultado decisiva para la resolución del pleito”*.

EL CARACTER DECISIVO DE LA PRUEBA DENEGADA

Finalmente analiza el Tribunal Constitucional si la denegación de la prueba ha sido decisiva, puesto que su doctrina anterior exige que concurra tal circunstancia para po-

der otorgar amparo⁷. Entiende el Tribunal, compartiendo el criterio del recurrente y del Ministerio Fiscal, que en este caso sí fue decisiva tal inadmisión, al tratarse de un asunto de daños originados por humedad, en el que se discutía si procedían de un elemento comunitario u otro propiedad del demandado, recurrente en amparo. Dice la sentencia que *“Desde ese punto de vista la prueba pericial latu sensu considerada resulta, prima facie, de obligada práctica por su posible carácter determinante”*.

Es decir, que precisamente por el tipo de procedimiento, en el que son esenciales conocimientos técnicos para determinar el origen de los daños o su importe, la prueba pericial, incluso sin conocer el contenido del razonamiento jurídico empleado por el juzgado para resolver, resulta pertinente en todo caso, ya que resulta esencial para alcanzar una convicción sobre lo que es objeto del litigio.

Es interesante resaltar que el Tribunal Constitucional afirma que el juicio de razonabilidad sobre la declaración de impertinencia de la prueba se puede hacer incluso sin conocer el ulterior razonamiento del juez en su sentencia, atendidos los términos del debate. Es decir, que hay ocasiones en que, sin necesidad de conocer la resolución posterior, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinente puede considerarse vulnerado si se constata que era un medio adecuado para alcanzar la convicción que se precisa para resolver el conflicto.

Pero además en este caso dice la STC 60/2007 que *“la trascendencia de la prueba cuestionada se confirma tras el examen de la motivación de la valoración de la prueba realizada”* en las sentencias de primera y segunda instancia, pues en ambas se mantiene que *“el informe pericial de la actora no ha sido desvirtuado por prueba de similar nivel o entidad, y ello en una situación procesal de rechazo de la práctica de la prueba pericial propuesta por el demandado y de admisión de la práctica de la prueba pericial propuesta por la actora”*, cuando ambas perseguían esclarecer si la humedad producida en la vivienda de la actora procedían o no de filtraciones de la terraza del demandado.

La sentencia supone una buena noticia, pues debería evitar exigencias injustificables en cuanto al modo de presentar la prueba, incrementará las garantías del proceso verbal y evitará abusos que cercenan el derecho a practicar los medios de prueba pertinentes para sostener una pretensión. Esperemos que pronto suceda algo semejante frente a la restrictiva práctica de impedir conclusiones orales en el juicio verbal.

⁷ STC 116/1983, de 7 de diciembre, 147/1987, de 25 de septiembre, 50/1998, de 2 de marzo, y 357/1993, de 29 de noviembre

‘Como gustéis’. El proceso de regularización de extranjeros y la falta de control por los tribunales de la arbitrariedad reglamentaria

Jaime LOZANO IBAÑEZ

I

El proceso de regularización de extranjeros abierto por la disposición transitoria tercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 diciembre 2004, que aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica de extranjería, exigió, como uno de los requisitos para el acceso al mismo, el que el extranjero estuviese empadronado en algún municipio español con anterioridad al 8 de agosto de 2004.

Ya con este texto cabía plantear qué pasaría si alguien demostrase, incluso con documentos públicos, haber residido en España desde entonces, pero no cumpliera con el requisito del empadronamiento. Era posible interpretar que lo que el Decreto quería era la residencia anterior a dicha fecha, pero que, para facilitar la tarea de gestión de los expedientes, limitó el medio de prueba al empadronamiento efectivo. Si tal cosa fuese así, cabría plantear la posible ilegalidad del precepto, pues el artículo 80 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo Común permite la utilización de cualquier medio de prueba en el procedimiento administrativo. No obstante, cabía también mantener la ilusión de que el empadronamiento no era un mero medio de prueba de la residencia, sino un requisito constitutivo en sí mismo, como indicativo (por ejemplo) de una especial integración del extranjero en su comunidad.

Ahora bien, esta ilusión resultó definitivamente imposible cuando posteriormente, por mera Resolución administrativa (de 15/4/2005) la Administración decidió ampliar el rango de los documentos “que acreditan la estancia en España con anterioridad al 8 de agosto de 2004”, estableciendo una lista cerrada de los mismos.

Ciertamente, tales documentos, se decía, había que aportarlos al tiempo que el extranjero se empadronaba; sin embargo, dicho empadronamiento era ya de fecha posterior al 8 de agosto, con lo cual en cualquier caso se incumplía lo establecido en el R.D.

Así pues, quedó demostrado que de lo que se trataba era de acreditar la estancia, no el empadronamiento, pese a que en dicha resolución se reclamase que el extranjero se empadronase al tiempo de aportar los documentos.

Ahora bien, al definir tales documentos en la Resolución aludida, la Administración los limitó a ciertos documentos públicos, eliminado cualquier otro documento, incluso público, que podría probar exactamente con el mismo nivel de fiabilidad la estancia y permanencia en España. A mi juicio, era clara la pretensión de la Administración de no “liar” los expedientes, de permitir resolverlos “*sin pensar*”: “*o está uno de estos papeles, o no está*”.

En más, posteriormente la presidenta del INE aprobó ciertas “aclaraciones” (20 de abril de 2005) dando una nueva versión sobre los documentos admisibles.

II

Lo hasta aquí narrado de forma condensada no pasaría de ser una chapucera actuación administrativa en una materia donde lo que está en juego (la vida y estabilidad de miles de personas) no debería dar lugar a tal clase de frivolidades.

Pero lo que causa cierta melancolía es comprobar cómo, pese a los intentos encomiables de algunos jueces de lo Contencioso-administrativo, las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, en su gran mayoría, han *tragado* con el reglamentismo de la Administración y no han hecho el esfuerzo que supondría levantar brevemente la vista desde el Reglamento hacia al Ley y los principios generales del Derecho (fuente de control del Reglamento según los más añejos manuales en materia administrativa) para defender derechos elementales de las personas que, a mi juicio, han quedado así dañados irremisiblemente.

Las Salas, por lo general, han aceptado cualquier lista cerrada de documentos que la Administración haya “tenido a bien aprobar” (esta expresión puede leerse en alguna sentencia), despachando sin más a quien no tuviera la suerte de poseer uno de tales documentos, aunque pueda poseer otros muchos, incluidos los públicos, que acreditan suficientemente la estancia.

En efecto, resulta sorprendente que los tribunales hayan considerado que la Administración es libre para determinar los documentos aptos para probar un hecho, y se hayan abstenido de asumir su función valorativa para, con aplicación de lo establecido en el artículo 80 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo Común, permitir la aportación de prueba ante la Administración, y sopesarla luego, sin sujeción a lo que a la Administración le parezca bien limitar o ampliar, siempre con simple vista a no complicar demasiado sus trámites.

El argumento, por lo general, ha sido este: el proceso de regularización es extraordinario; la Administración *abre la mano* excepcionalmente; luego la puede abrir cómo y hasta donde se quiera.

Sin embargo, este argumento olvida que la Administración está obligada a actuar sin arbitrariedad (art. 9.3 C.E) y que si se abre un proceso, aunque sea excepcional, podrán establecerse los requisitos del mismo, pero no limitar los medios para acreditarlos. La Administración puede no abrir un proceso de regularización; pero si lo abre, no es libre de abrirlo de cualquier manera y sin sujeción a límites, leyes ni principios, que claramente atribuyen a toda persona (también a la extranjera) la posibilidad de hacer prueba.

Han caído también los tribunales, a mi entender, en el intento de la Administración de “salvar las apariencias” al vincular, en la Resolución de 15/4/2005, la aportación de nuevos documentos a un acto de empadronamiento. Este empadronamiento no tiene nada que ver con el empadronamiento exigido originalmente en el Decreto, pues se trata de un empadronamiento no anterior, sino posterior al 8/8/2004; pero para guardar las apariencias, el documento nuevo se aporta ante el Ayuntamiento al empadronarse, en lugar de ante la Subdelegación del Gobierno. Como se ve, la propia Administración se aparta absolutamente del esquema de su propio Real Decreto, admitiendo lisa y llanamente la prueba de la estancia aun sin empadronamiento *anterior* al 8 de agosto; y sin embargo los Tribunales la siguen acriticamente, admitiendo que lo incumpla hasta donde ella misma considere aceptable. Pues bien, o se impide que lo incumpla, o si lo incumple y admite la acreditación por otros medios, entonces no es libre para decir cuáles sean estos.

III

A mi juicio, en esta cuestión los tribunales de la jurisdicción Contencioso-administrativo hemos perdido una ocasión de oro para dejar claro a la Administración que su potestad reglamentaria no puede ejercerse con olvido del principio de interdicción de la arbitrariedad o de derechos procesales que son indiscutibles, como es el derecho a la prueba; causa sorpresa y desazón ver que son los jueces, que tutelan diariamente el ejercicio de este derecho procesal, quienes hayan dudado tan poco en darlo por derogado sólo porque la Administración, a través de una Resolución administrativa, ha decidido no *complicarse la vida* en la tramitación de los expedientes de regularización.

En algunas de las sentencias a que me refiero pueden leerse expresiones tales como que la Administración “*ha tenido a bien*” fijar los requisitos en cuestión, como si se tratase de un soberano sólo sujeto a su real voluntad; o se puede leer también cómo se hace referencia al autor de la resolución administrativa de 15 de abril de 2005 (a saber, la Presidencia del INE y la Dirección General de Cooperación Local) como “*el Legislador*”, prueba manifiesta de la renuncia a distinguir, dentro de la “amalgama” normativa, las normas con un rango y con otro, y a sacar las debidas consecuencias que derivan de tal distinción.

Desearía llamar la atención sobre la necesidad de que los Tribunales de esta jurisdicción (como los de otras) asuman consciente y militantemente que su única sujeción es a la Ley y los principios del Derecho dimanantes de la Constitución; y desde luego a los reglamentos, pero sólo cuando estén en consonancia con aquéllos (art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), así como a la necesidad consiguiente de depurar críticamente, dentro de un magma normativo que a veces resulta aplastante, las normas reglamentarias que no sean acordes con principios básicos del derecho o con la Ley. De otro modo seremos meros medios para la aplicación burocrática de las reglas que la Administración tenga a bien emitir.

Las oposiciones: análisis estadístico

Manuel F. BAGÜÉS

*“¡Las oposiciones! Esto es todo un mundo.
Quien estudie las oposiciones conocerá España”.*

Miguel de Unamuno, 1899

1. INTRODUCCIÓN

La selección de los miembros de los cuerpos del estado se realiza a través del llamado sistema de oposiciones¹. Las oposiciones cuentan, a priori, con una serie de potenciales ventajas e inconvenientes. Desde la perspectiva de la equidad, una de las mayores virtudes de las oposiciones es su potencial capacidad para limitar la discriminación². Sin embargo, autores como el sociólogo Pierre Bourdieu (1989) sostienen que la igualdad de oportunidades puede verse dificultada por la existencia de favoritismos y por las barreras que crea el alto coste, directo y en términos de oportunidad, que conlleva la preparación de este tipo de pruebas. En relación con su eficiencia, se ha destacado la capacidad de las oposiciones para medir con precisión la posesión por parte del opositor de unos conocimientos específicos sobre el Estado y las Administraciones Públicas que los estudios universitarios por sí solos no proporcionarían³. Por otra parte, periódicamente se cuestiona si las oposiciones realmente consiguen medir la calidad de los opositores en dimensiones que sean realmente relevantes⁴. Finalmente, la oposición tendría la ventaja, según algunos juristas, de ser “el sistema más económico de formación para la administración, pues traslada íntegramente al aspirante a funcionario la carga de la preparación”⁵. No se puede olvidar, al mismo tiempo, los altos costes que el sistema de oposiciones genera en términos de lo que los economistas denominan *costes de búsqueda de rentas*. En este sentido, en España hay unos 175.000 individuos desempleados dedicados a tiempo completo a la preparación de oposiciones⁶.

Para poder valorar en su justa medida la relevancia de los argumentos anteriores es imprescindible un análisis empírico de los sistemas de selección específicos que están siendo implementados en las oposiciones. En este artículo ofrecemos una amplia serie de datos e información estadística sobre los procesos de selección que realizan los principales cuerpos del estado en el área de Justicia: abogados del Estado, cuerpo judicial,

¹ Este mecanismo de selección consiste en “una o más pruebas en las que los aspirantes a un determinado puesto muestran su respectiva competencia, juzgada por un tribunal”, *Diccionario de la Real Academia Española*, 22^o edición, 2001.

² Por ejemplo, Mora & Ruiz-Castillo (2003) afirman que “*in many countries, openings in certain occupations within the public sector are filled through publicly advertised examinations, open to anyone with the appropriate educational credentials. Therefore, it would appear that in the public sphere there is less room for gender discrimination*”. A su vez, Ramón Tamames (2005) sostiene que las oposiciones “es una de las pocas garantías que tenemos de un cierto principio de igualdad de oportunidades.”

³ José Ramón Parada Vázquez, 2000.

⁴ El Dr. Gregorio Marañón (1947), por ejemplo, a la vez que denominaba a las oposiciones una “fiesta bárbara”, sostenía que el opositor, sea a cátedras o a cualquier otra función pública, sólo se ocupa de lo que ha preparado, y triunfa únicamente si tiene grandes capacidades de exposición, incluso de teatralidad.

⁵ José Ramón Parada Vázquez, pág. 457, año 2000.

⁶ Encuesta de Población Activa, 2004.

cuerpo fiscal, Consejo General del Notariado, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles y secretarios judiciales. La evidencia empírica analizada revela la existencia de graves deficiencias en el diseño de los procesos de evaluación. Estas deficiencias afectan tanto a la eficiencia como a la equidad del proceso. Como veremos, las posibilidades que tiene un candidato de superar una oposición dependen de una manera muy significativa del azar y de una serie de elementos ajenos a su calidad⁷.

La estructura del artículo es la siguiente. El apartado 2 presenta el análisis empírico, analizando tanto la eficiencia como la equidad del sistema. La sección 3 resume los resultados y propone una serie de reformas que, en opinión del autor, podrían mejorar la calidad de las evaluaciones.

2. ANÁLISIS EMPÍRICO

Un sistema de selección óptimo debe satisfacer al menos dos condiciones. En primer lugar, debe ser eficiente, entendiendo la eficiencia como la capacidad del sistema para evaluar con precisión la calidad de los candidatos. En segundo lugar, es deseable que el sistema de selección garantice la igualdad de oportunidades entre los candidatos, independientemente, por ejemplo, de su sexo o de su origen socio-económico⁸. Naturalmente, los dos objetivos mencionados, eficiencia y equidad, deben ser alcanzados a través de mecanismos que minimicen los costes generados, tanto para los implicados como para la sociedad en su conjunto. A continuación analizamos empíricamente la eficiencia y la equidad de los sistemas de evaluación implementados en las oposiciones.

2.1 Eficiencia

El diseño de la evaluación debe permitir que los evaluadores puedan valorar con precisión la calidad de cada candidato. Para ello, la estructura del proceso de evaluación debe facilitar que todos los opositores sean evaluados en condiciones semejantes. Es decir, el diseño del sistema debe evitar que las calificaciones obtenidas por algunos opositores sean el reflejo de las condiciones en las que se realizó su evaluación y no de su calidad. En esta sección estudiamos si las evaluaciones realizadas a los opositores se ven afectadas por (1) el orden de evaluación, (2) el momento en que se realiza la evaluación y (3) los conocimientos del tribunal.

2.1.1 Orden de evaluación

El orden en el que es evaluado un opositor puede afectar a sus posibilidades de éxito por diversos motivos. En primer lugar, cuando un proceso de evaluación está compuesto por una serie de ejercicios eliminatorios, el orden determina el tiempo de que dispone cada candidato para preparar cada examen sucesivo, pudiendo así influir en su rendimiento. Por ejemplo, en las oposiciones a notario convocadas en el año 2005, el primer llamamiento del primer ejercicio comenzó en mayo del 2006 y acabó en febrero de 2007. Esto conlleva que aquellos candidatos situados al principio de la lista hayan dispuesto de unos diez meses más de tiempo para preparar el segundo ejercicio y, en caso de aprobar, también dispongan de más tiempo para preparar el tercero. Ade-

⁷ Una descripción más detallada de los resultados presentados en este artículo está disponible en Bagüés (2005), Bagüés *et al.* (2007) y Bagüés y Esteve-Volart (2007). Por otro lado, aunque sería muy interesante analizar si los conocimientos que se exigen hoy en día en las oposiciones son adecuados, esto requeriría información sobre el desempeño futuro de los opositores. En ausencia de esta información, este artículo únicamente contrasta la calidad de las evaluaciones, dados los conocimientos exigidos.

⁸ Estos dos objetivos, eficiencia y equidad, no siempre coinciden. Cuando la calidad de un candidato no es perfectamente observable, desde un punto de vista puramente informativo un evaluador maximiza la calidad esperada de su evaluación si hace uso de aquella información que posee acerca de la calidad del grupo al que pertenece el candidato. Esto es lo que se denomina discriminación estadística.

más, el orden de evaluación también podría afectar a los evaluadores, bien por la existencia de sesgos cognitivos o bien por las limitaciones que introduce la irreversibilidad de las calificaciones⁹.

Gracias al sistema aleatorio con el que en las oposiciones se asigna el orden de llamamiento, resulta fácil estudiar la potencial existencia de sesgos de evaluación asociados al orden. La asignación del orden a través de un mecanismo aleatorio garantiza que, en términos estadísticos, no existan diferencias significativas en la calidad de los opositores en función del número que ocupan en la lista de llamamiento.

La Tabla 1 muestra la relación entre el orden obtenido en el sorteo por los candidatos y su tasa de éxito. Como variable explicativa el orden de llamamiento ha sido construido como el cociente entre la posición que ocupa el opositor dentro de su tribunal y el número total de opositores que componen el tribunal¹⁰. Esta variable toma un continuo de valores entre 0 y 1, correspondiendo el 0 al primer candidato en ser evaluado y 1 al último. A pesar de que esta variable es, por construcción, el producto de un sorteo aleatorio, observamos que aquellos opositores que obtuvieron uno de los primeros números tienen más posibilidades de aprobar la oposición que aquellos que recibieron uno de los últimos¹¹.

Tabla 1. Efecto del orden de Convocatoria

	Ab. del Estado	Juez y Fiscal⁽¹⁾	Juez y Fiscal⁽²⁾	Notarios	Registros	Sec. Judicial
Orden	0,26	0,20*	-0,03	0,51***	0,60**	0,61***
Nº Observaciones	1.588	25.541	5.265	5.498	3.283	9.904

Notas: El coeficiente *Efecto Orden* representa la diferencia en las probabilidades de éxito del primer opositor de la lista y el último, calculado a partir de una estimación *probit* donde se incluía como control la convocatoria. Las convocatorias analizadas han sido las siguientes. En Abogado del Estado, años 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2006; en Juez y Fiscal(1) 1999, 2000, 2001, 2002; en Juez y Fiscal(2) 2003, 2004, 2005; en Notarios 1997, 1999, 2001, 2003; en Registros 1997, 2000, 2001, 2003, 2005; en Secretario Judicial 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003.

*, **, *** representan grados de significatividad de los resultados de un 10%, 5% y un 1% respectivamente.

El efecto del orden varía según la oposición: en las oposiciones a Secretario Judicial las tasas de éxito de los opositores que obtuvieron uno de los primeros números fueron un 61% superiores a la tasa de éxito de los opositores situados al final de la lista; en registros, un 60%; en notarías, un 51%. En los tres casos la probabilidad de que este efecto sea únicamente producto del azar es inferior al 5%. También observamos un efecto orden de un 26% en las oposiciones a abogado del Estado, aunque en este caso el efecto no es estadísticamente significativo. Por último, en las oposiciones a la Carrera judicial y fiscal se observa un efecto orden únicamente en las convocatorias anteriores

⁹ En principio es posible reducir la duración de los ejercicios aumentando el número de tribunales. El *trade-off* es la lógica pérdida de eficiencia en la selección debido a una posible falta de homogeneidad en el nivel de exigencia de los tribunales o, en el caso de que a cada tribunal se le asigne un número fijo de plazas, por la probabilidad de que los candidatos de mejor nivel no hayan sido repartidos homogéneamente entre los distintos tribunales. En general existirá un dilema entre prolongar la oposición a lo largo del tiempo o, por otro lado, aumentar el número de tribunales de manera que el número de candidatos asignado a cada tribunal sea menor.

¹⁰ En particular, con el fin de que la medida estuviese acotada entre 0 y 1 el orden relativo se ha definido como el cociente entre la posición que ocupa el candidato dentro del tribunal y el número total de candidatos en el tribunal, donde se ha sustraído una unidad tanto al numerador como al denominador.

¹¹ ¿Hasta que punto es posible descartar que las diferencias observadas sean meramente el producto de la casualidad? Estadísticamente es posible cuantificar cual es la probabilidad de que los resultados observados sean únicamente producto del azar. El grado de significatividad de un coeficiente indica cual es la probabilidad máxima de que la casualidad haya generado la evidencia empírica observada. En general se tiende a hablar de resultados significativos estadísticamente cuando esta probabilidad está por debajo del 5%.

al año 2003: hasta entonces los primeros opositores de la lista tenían una ventaja de un 20% respecto a los últimos. Sin embargo, a partir de dicho año, coincidiendo con la introducción de un examen preliminar eliminatorio tipo test, las diferencias en las tasas de éxito asociadas al orden han desaparecido.

La existencia de una tendencia decreciente en las notas asociada al orden es consistente con el mayor tiempo de que disponen los candidatos situados al principio de la lista para preparar los últimos ejercicios y, asimismo, con la existencia de sesgos de evaluación por parte de los evaluadores (ver Bagüés, 2005).

2.1.2 Efecto Lunes

Cuando un sistema de evaluación es impreciso, esto puede también verse reflejado en la aparición de sesgos sistemáticos asociados a variaciones en las condiciones en las que se ha realizado la evaluación. En esta sección analizamos si el día de la semana en que se produce una evaluación afecta a las calificaciones. Una serie de estudios han mostrado que, en distintos ámbitos, el estado de ánimo de los individuos puede variar a lo largo de la semana, especialmente los lunes. Dicho día puede disminuir la tasa de asistencia al trabajo¹², la productividad de los trabajadores¹³ o incluso la rentabilidad de las inversiones bursátiles¹⁴.

Poseemos información detallada sobre el día en que se realizó la evaluación en las últimas cinco convocatorias de las oposiciones a notario¹⁵. Con el fin de contrastar si ser evaluado un lunes tiene algún efecto sobre las calificaciones se ha construido la *dummy* dicotómica *lunes*, que toma valor 1 cuando la evaluación tuvo lugar dicho día, tomando valor cero en otro caso. Dado que la capacidad del candidato para influir *ex-ante* sobre el día de la semana en que será evaluado es prácticamente nula, se puede considerar que esta variable es, dado el ejercicio y el llamamiento, independiente de la calidad del candidato. Es decir, *ex-ante* no cabe esperar que los opositores evaluados los lunes sean sistemáticamente peores o mejores que los que son evaluados unos días antes o unos días después. Además, también hemos introducido como control el orden de llamamiento, que podría estar correlacionado ligeramente con el día de la semana.

Tabla 2. Efecto Lunes – Oposiciones a Notario

Var. Dep.	Aprobar Examen	Aprobar Examen	Finalizar Examen
Lunes	0,10**	0,11***	0,00
Sin Retraso		0,04	0,04
Nº Observaciones	6.173	6.146	6.063

Notas: El coeficiente *Lunes* representa la diferencia en las probabilidades de éxito de un lunes y un opositor evaluado cualquier otro día, calculado a partir de una estimación *probit* que incluía como controles el orden de convocatoria, el llamamiento, el ejercicio y el año.

Han sido analizados los dos primeros ejercicios de las convocatorias de 1997, 1999, 2001 y 2003 y el primer ejercicio de 2005.

Como muestra la columna (1) de la Tabla 2, ser examinado en lunes reduce en cerca de un 10% las posibilidades de aprobar. Este resultado es robusto al control de las características personales de los candidatos —experiencia, género— o a la inclusión

¹² Dicho efecto ha sido por ejemplo documentado por Card & McCall, 1996.

¹³ En Alemania se utiliza el término Montag's Auto (coche del lunes) para referirse a los coches de baja calidad o "limones".

¹⁴ Esta anomalía fue reportada por primera vez en 1931 en un artículo de M. J. Fields.

¹⁵ Convocatorias de Madrid (1997), Barcelona (1999), Madrid (2001), Zaragoza (2003) y primer ejercicio de Valladolid (2005). Hemos considerado únicamente los dos primeros ejercicios, dado el carácter escrito del tercero.

de las notas obtenidas anteriormente por el candidato (ver Bagüés 2005). En la columna (2), para diferenciar el efecto lunes de un potencial efecto aplazamiento se ha introducido como control la variable *dummy* “sin retraso”, que toma valor uno si el opositor fue evaluado el mismo día en que fue convocado y valor cero si tuvo que “hacer pasillos” más de un día. La inclusión de este control incrementa el efecto negativo que conlleva ser evaluado un lunes. Por otro lado, aquellos opositores que son evaluados “sin retraso” tienen un 4% de posibilidades más de aprobar que el resto, aunque este efecto no es significativo a niveles estándar.

¿A qué se debe el efecto lunes? A priori podría tener su origen bien en una evaluación menos benevolente por parte del tribunal, bien en un peor desempeño de los candidatos. Una información disponible que nos puede ayudar a identificar el origen del sesgo es la información sobre las *retiradas*. En notarías, si un candidato no es capaz de contestar a alguna de las cinco preguntas del examen oral debe retirarse sin que sea emitida una nota. La decisión de retirarse la toma el propio candidato y, salvo raras excepciones, no depende del tribunal. Como muestra la columna (3) de la Tabla 2, los lunes la tasa de opositores que acaba su ejercicio es estadísticamente similar a la de cualquier otro día. Esta evidencia parece descartar que los lunes el desempeño de los candidatos sea inferior y sugiere sin embargo que la menor tasa de aprobados es atribuible a una menor benevolencia en la evaluación por parte del tribunal.

2.1.3 Conocimientos del tribunal

Otro factor que puede afectar a la evaluación son los conocimientos de los evaluadores. Si los evaluadores observan con más precisión la calidad de los candidatos en aquellas áreas que conocen mejor, un evaluador que haga un uso óptimo de la información disponible tenderá a dar más importancia a las *señales* observadas en estas áreas (Bagüés y Perez-Villadóniga, 2005). Además, diversos estudios han observado que los individuos tienden a dar una valoración más favorable a aquellas personas que presentan unas actitudes similares a las suyas, lo que se conoce como paradigma de “similitud-atracción” (Byrne, 1961). Ambas hipótesis predicen que los evaluadores darán más importancia a aquellos ejercicios que dominan mejor.

Una potencial fuente de diferencias en los conocimientos de los distintos tribunales que evalúan una misma oposición es la especialidad a la que pertenece el catedrático de universidad miembro del tribunal. La Tabla 3 muestra la especialidad a la que pertenecía el catedrático de universidad en los distintos tribunales de las oposiciones a la carrera judicial y fiscal correspondientes a los años 2003, 2004, 2005 y 2006. En trece ocasiones se trataba de un especialista en una materia evaluada en el segundo examen oral —Derecho Procesal—, mientras que en ocho ocasiones se trató de un especialista en un área evaluada en el primer examen oral —Derecho Penal y Derecho Civil—.

Tabla 3. Especialidad del Catedrático de Universidad – Oposiciones a Juez y Fiscal

	2003	2004	2005	2006
Tribunal 1	Procesal	Procesal	Procesal	Procesal
Tribunal 2	Procesal	Procesal	Procesal	Procesal
Tribunal 3	Civil	Penal	Procesal	Civil
Tribunal 4	Penal	Penal	Procesal	Procesal
Tribunal 5		Penal	Penal	Procesal
Tribunal 6		Procesal		Penal

Nota: Derecho Civil y Penal están incluidos en la primera parte del temario. Derecho Procesal está incluido en la segunda.

El diseño de estas oposiciones, donde el reparto de los opositores entre los tribunales se hace a partir de un sorteo aleatorio, genera grupos cuya calidad media es estadísticamente similar. Por lo tanto, cabría esperar que las tasas de aprobados en cada uno de los ejercicios no varíe significativamente entre los distintos tribunales. Además, la disponibilidad de la nota obtenida por el candidato en el examen test preliminar facilita una *proxy* consistente de la calidad de cada candidato.

Sin embargo, como muestra la Tabla 4, la dificultad de los ejercicios varió significativamente en función del área de conocimiento del catedrático miembro del tribunal. En particular, las notas han sido significativamente inferiores cuando el catedrático miembro del tribunal es un experto en el área evaluada. Este resultado es robusto al control del género del candidato, su experiencia, su origen geográfico y la nota obtenida en el test preliminar.

Es decir, dados dos opositores de idénticas características y que han obtenido la misma nota en el examen preliminar tipo test, aquel opositor que por sorteo es asignado a un tribunal cuyo catedrático es experto en Derecho Penal o Derecho Civil tiende a obtener en el primer ejercicio oral una nota 0,63 puntos (significativamente) inferior a la nota obtenida por el opositor que es evaluado por un tribunal cuyo catedrático es especialista en Derecho Procesal. Lo contrario ocurre en el segundo examen oral¹⁶.

Tabla 4. Efecto del Área de Conocimiento del Catedrático de Universidad – Oposiciones a Juez y Fiscal

	Nota Ejercicio 1	Nota Ejercicio 2
Catedrático Experto en el Ejercicio 1	- 0,63***	0,64
Nº Observaciones	7.109	1.334
Nº Observaciones no censuradas	1.621	508

Notas: El coeficiente ha sido calculado a partir de una estimación *tobit* donde únicamente se observan las notas de aquellos opositores que han obtenido más de 12,5 puntos (sobre un máximo de 25 puntos). La estimación incluye como controles el año, el género del candidato, su experiencia, la nota obtenida en el examen inicial tipo test y su provincia de origen. La columna (1) incluye datos de las convocatorias correspondientes a 2003, 2004, 2005 y 2006. La columna (2) incluye 2003, 2004 y 2005.

2.2 Equidad

La práctica totalidad de las pruebas que se realizan en las oposiciones no son anónimas. Esta falta de anonimato abre la posibilidad a la existencia de comportamientos discriminatorios por parte de algunos evaluadores. La discriminación podría responder a dos motivaciones bien distintas.

En primer lugar podría existir la denominada *discriminación estadística* (Phelps, 1972; Arrow, 1973). Este tipo de discriminación puede surgir si los evaluadores saben que los candidatos pertenecientes a un determinado grupo poseen una calidad superior en alguna dimensión no fácilmente cuantificable o susceptible de ser evaluada. En este caso, los evaluadores podrían decidir otorgar una calificación más alta a los candidatos pertenecientes a dicho grupo, para así tener también en cuenta su mayor calidad media en la dimensión no evaluable. En segundo lugar, podría ocurrir que, simplemente, los evaluadores tuviesen preferencia por determinados candidatos, independientemente de su calidad. Este comportamiento se conoce habitualmente como discriminación por gusto (Becker, 1957; Goldberg, 1982).

¹⁶ Una descripción detallada de este análisis puede hallarse en Bagüés *et al.* (2007).

En esta sección analizamos la potencial existencia de discriminación en las oposiciones en función del sexo, del origen geográfico o del parentesco de los opositores. En primer lugar, la Tabla 5 muestra (un análisis *probit* de) la relación existente entre las características de un opositor y la probabilidad de que finalice con éxito la oposición.

Los candidatos varones tienen tasas de éxito significativamente mayores en las oposiciones a abogado del Estado y a notario, pero su probabilidad de éxito es significativamente menor cuando opositan a Secretario Judicial.

También hemos estimado las tasas de éxito de los candidatos en función de si poseen algún familiar en el Cuerpo del Estado al que opositan. En concreto, como *proxy* del parentesco hemos utilizado la posesión por parte del opositor de un apellido compuesto que coincidiese con el apellido de algún miembro del cuerpo del estado al que aspira¹⁷. Estos candidatos tienen tasas de éxito significativamente superiores¹⁸. El coeficiente es significativamente positivo en cuatro de los cinco casos estudiados: abogado del Estado, donde tienen un 133% más probabilidades de aprobar; en notarías, un 89%, y en secretario judicial, un 99%. En las oposiciones a la carrera judicial y fiscal los parientes tenían una tasa de éxito un 136% significativamente superior en las convocatorias realizadas antes del año 2003, cuando se introdujo un examen preliminar tipo test. A partir de este año la tasa de éxito de los parientes ha sido únicamente un 49% superior, no siendo esta diferencia significativamente diferente de cero. Por último, en las oposiciones a registrador no se observan diferencias significativas en las tasas de éxito de parientes y no parientes. La inclusión de controles adicionales, tales como la posesión de un apellido compuesto o la experiencia no afecta significativamente a los coeficientes estimados (ver Bagüés, 2005).

Tabla 5. Tasas de éxito en función del género y parentesco de los candidatos

	Ab. del Estado	Juez y Fiscal⁽¹⁾	Juez y Fiscal⁽²⁾	Notarios	Registros	Sec. Judicial
Varón	0,30**	0,03	0,09	0,23***	0,06	- 0,16*
Pariente	1,33*	1,36***	0,48	0,89***	- 0,23	0,99*
Nº Observaciones	1.588	25.520	13.790	8.678	4.206	9.904

Nota: Los coeficientes han sido calculados a partir de una estimación *probit* donde también se incluye como control la convocatoria en que se realizó el examen. El coeficientes Varón representa la diferencia entre las probabilidades de éxito de un candidato varón y una candidata. El coeficiente Pariente la diferencia entre un candidato que posee un apellido compuesto similar al de algún miembro del Cuerpo del Estado al que oposita y el resto de candidatos, calculado a partir de una estimación *probit*.

Las convocatorias analizadas han sido las siguientes. En Abogado del Estado, años 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2006; en Juez y Fiscal(1) 1999, 2000, 2001, 2002; en Juez y Fiscal(2) 2003, 2004, 2005; en Notarios 1993, 1995, 1997, 1999, 2001, 2003; en Registros 1995, 1997, 2000, 2001, 2003, 2005; en Secretario Judicial 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003.

Naturalmente, el hecho de que ciertos grupos de candidatos tengan mayor éxito no refleja necesariamente la existencia de discriminación o favoritismo sino que también podría deberse, simplemente, a la existencia de diferencias de calidad entre los distintos grupos de candidatos. Por ejemplo, aquellos opositores que poseen un familiar en el cuerpo del estado al que aspiran es posible que posean una mayor calidad si la mayor cercanía a la profesión ha aumentado sus conocimientos o, complementariamente, les ha facilitado el acceso a mejores preparadores.

¹⁷ La *dummy* parentesco tomaría valor 1, por ejemplo, si un opositor a Notarías se apellidase Fernández-Bagüés y al mismo tiempo existiese algún notario apellidado Fernández-Bagüés. Ver más detalles sobre la construcción de esta variable en Bagüés (2005).

¹⁸ Dado que la metodología utilizada para identificar a los *parientes* sólo captura una fracción de los candidatos que poseen familiares en el Cuerpo del Estado al que opositan, los coeficientes estimados a continuación deben ser considerados únicamente como un límite inferior del efecto real del parentesco.

Utilizaremos dos estrategias para averiguar si el mayor éxito de algunos grupos de candidatos en algunos exámenes refleja únicamente diferencias en calidad o, por el contrario, es el producto de la existencia de discriminación por parte de algunos evaluadores. En primer lugar, los evaluadores pueden favorecer a determinados candidatos sólo si les es posible observar su identidad. Comparando las notas obtenidas por los opositores cuando han sido evaluados de manera anónima respecto a cuando han sido evaluados de manera no anónima es posible estimar si los individuos pertenecientes a ciertos grupos han sido discriminados¹⁹. En segundo lugar, si la existencia de diversas tasas de éxito tiene su origen en un comportamiento discriminatorio por parte de algunos evaluadores, la composición de los tribunales afectará al tamaño de este sesgo. En particular, analizaremos si el número de hombres o de mujeres que forma el tribunal de evaluación afecta a las calificaciones obtenidas por los opositores y opositoras.

2.2.1 ¿Importan las características de los candidatos?

En la convocatoria del año 2003 de la oposición a juez y fiscal se introdujo un test como prueba preliminar²⁰. Dado que el contenido en evaluado en el test coincide con el temario del primer examen oral celebrado en las convocatorias anteriores 2003²¹, es posible comparar las notas obtenidas por los distintos grupos de opositores en presencia y en ausencia de anonimato. La Tabla 6 muestra las tasas de éxito obtenidas por los opositores a juez y fiscal en el primer ejercicio en los años 2001, 2002, 2003 y 2004 en función de su género, su procedencia y su parentesco.

Tabla 6. Tasas de éxito en función del género, procedencia y parentesco de los opositores – Primer ejercicio de las Oposiciones a Juez y Fiscal

	2001	2002	2003	2003
Varón	0,14*	-0,11	0,27***	0,09**
Pariente	1,02**	0,81*	0,15	0,01
Experiencia	0,81***	0,86***	0,77***	0,76***
Residente en Madrid		0,10	- 0,11**	- 0,10**
Nº Observaciones	5.374	5.114	4.974	4.732

Notas: Los coeficientes han sido calculados a partir de una estimación *probit* donde también se incluye como control la convocatoria en que se realizó el examen. La interpretación de los coeficientes es similar a la Tabla 5. En los datos correspondientes al año 2001 estaba disponible la provincia donde residía el opositor.

En los cuatro años considerados tener al menos un año de experiencia aumenta muy significativamente —entre el 76% y el 86%— las posibilidades de éxito. El efecto de las demás variables consideradas depende, sin embargo, de cómo se realizó el examen: oralmente o tipo test. En los años 2001 y 2002, cuando el examen era oral, aquellos opositores que poseían un apellido que coincidía con el de algún miembro del cuerpo judicial o fiscal obtuvieron tasas de éxito significativamente superiores (entre el 81% y el 102%) al resto de opositores. Sin embargo, en los años 2003 y 2004, cuando el examen fue tipo test, las tasas de éxito de los parientes en este primer ejercicio fueron similares al resto de opositores.

La introducción del test también ha afectado a los candidatos residentes en Madrid, quienes han pasado de obtener tasas de éxito superiores (aunque no significativamente) a tener un probabilidad de aprobar significativamente inferior en los exámenes tipo test celebrados en las convocatorias de 2003 y 2004.

¹⁹ Ver, por ejemplo, Goldin y Rouse (2000) o Blank (1999).

²⁰ El motivo de este cambio fue "reducir el número de Tribunales calificadoros que valoran los ejercicios". Nota Informativa sobre las Pruebas de Ingreso en las carreras judicial y fiscal a convocar en 2003, Comisión de Selección, 25 de febrero de 2003.

²¹ A partir de 2004 un 20% de la materia evaluada en el test proviene de la segunda parte del temario.

Por otro lado, los candidatos varones también parecen haber mejorado su rendimiento a raíz de la introducción del test²². Este mejor desempeño de los varones en los exámenes tipo test es consistente con estudios anteriores²³. Sin embargo, parece más difícil de explicar el desempeño relativamente peor en los exámenes tipo test por parte de los candidatos residentes en Madrid y los candidatos que poseen parientes dentro del cuerpo judicial o fiscal.

2.2.2 ¿Importan las características de los evaluadores?

En esta sección estudiamos si las posibilidades de éxito de un opositor o una opositora dependen del número de hombres y de mujeres que componen el tribunal al que han sido asignados²⁴. Hemos analizado aquellas oposiciones que cuentan con varios tribunales dentro de una misma convocatoria —fiscal, juez, notario y secretario judicial—. En total hemos estudiado 48 convocatorias celebradas entre 1987 y 2005, donde tomaron parte cerca de 150.000 candidatos y unos 2.300 evaluadores. En cada convocatoria, el reparto de los opositores entre los distintos tribunales se realiza mediante un mecanismo aleatorio. Por lo tanto, más allá de la variabilidad que el azar pueda haber generado en la calidad y cantidad de opositores y opositoras que han sido asignados a cada tribunal, no deberían existir diferencias estadísticamente significativas en el número de varones y mujeres que resulta elegido en cada tribunal. La existencia sistemática de diferencias estadísticamente significativas entre tribunales reflejaría la presencia de sesgos de evaluación por parte algunos evaluadores.

Como muestra la columna (1) de la Tabla 7, el porcentaje de opositores aprobados que son mujeres es significativamente mayor en aquellos tribunales donde hay más evaluadores varones. La probabilidad de que esta correlación observada sea producto del azar es menor del 1%. Igualmente, las posibilidades de éxito de una candidata son significativamente mayores si es asignada por sorteo a un tribunal donde el número de evaluadoras es relativamente menor (columna 2) y, por el contrario, un candidato varón tiene más posibilidades de éxito si es asignado a un tribunal donde el número de evaluadoras es relativamente mayor (columna 3).

Tabla 7. Tasas de éxito en función del número de mujeres que componen el tribunal – oposiciones a fiscal, juez, notario y secretario judicial (1987-2005)

Variable Dependiente	Proporción de mujeres entre los aprobados	Nº de opositoras aprobadas	Nº de opositores varones aprobados
Número de mujeres en el tribunal	- 0,016***	- 0,032**	0,038*
Nº Observaciones	294	294	294

Notas: La unidad de observación utilizada es el tribunal. La columna (1) presenta el resultado de una regresión lineal donde la variable dependiente es la proporción de los opositores aprobados que son mujeres. En la columna (2) y la columna (3) tanto el número de opositores varones aprobados y el número de opositoras aprobadas figuran en logaritmo. Los resultados son similares si en su lugar se considera un efecto lineal. En las tres regresiones se ha incluido como control la convocatoria de la que formaba parte el tribunal (ej: oposición a notario año 2003) y los errores estándar han sido calculados utilizando *clusters* a nivel de convocatoria.

²² La introducción del test no sólo supuso un cambio en el método de evaluación, también se modificó el porcentaje de candidatos que eran aprobados en el primer ejercicio. Para evitar que este hecho distorsione nuestros resultados se ha realizado también la estimación considerando que para aprobar el test es necesario una nota tal que el porcentaje de aprobados sea similar al que superó el primer ejercicio en la convocatoria de 2002 (el 10,7% de los candidatos). Los resultados son similares a los anteriores (ver Bagüés, 2005).

²³ Ver por ejemplo Ferber *et al.* 1983.

²⁴ Una descripción detallada de este análisis figura en Bagüés y Esteve-Volart (2007).

En términos cuantitativos, la presencia de una mujer adicional en el tribunal disminuye (aumenta) aproximadamente en un 3,5 por ciento las posibilidades de éxito de las candidatas (los candidatos varones). Es decir, la evidencia empírica muestra que un aumento en el número de mujeres que forman parte de los tribunales de oposición no conseguirá aumentar las posibilidades de éxito de las opositoras. Incluso, paradójicamente, las reducirá.

3. CONCLUSIÓN

A menudo se considera que la existencia de las oposiciones garantiza un proceso de selección objetivo e imparcial en el acceso a la función pública. Este artículo ha analizado la calidad de estos sistemas de evaluación, en su actual diseño, en el área de Justicia.

El análisis empírico realizado sugiere que actualmente las posibilidades de éxito de un opositor dependen muy significativamente de una serie de factores ajenos a su calidad. En primer lugar los opositores se ven enormemente afectados por el azar. El orden de llamamiento o el día en que un opositor es convocado afecta significativamente a la probabilidad de aprobar. La importancia de estos factores no es anecdótica. En tres de los cinco casos estudiados, el orden de llamamiento, decidido a través de un sorteo aleatorio y por tanto independiente de la calidad de los opositores, influye en el éxito hasta tal punto que los opositores situados al principio de la lista tienen unas tasas de éxito superiores en más de un 50% a las de los opositores situados al final de la lista. Ser evaluado un lunes, evento también aleatorio, reduce significativamente las tasas de aprobados en más de 10%.

En segundo lugar, también observamos que las notas de los exámenes varían en función del perfil de conocimientos de los evaluadores. En las oposiciones a juez y fiscal, por ejemplo, la presencia entre los miembros del tribunal de un catedrático de universidad experto en una de las materias evaluadas en el ejercicio reduce (significativamente) en unos dos tercios de punto las notas obtenidas por los opositores.

En tercer lugar, la evidencia empírica observada pone en duda la equidad del sistema. Los candidatos emparentados con miembros del cuerpo del estado al que aspiran tienen tasas de éxito significativamente superiores —en torno al 100%— al resto. Este resultado es robusto al control de la experiencia, el género o la procedencia geográfica de los opositores. Aunque las mayores tasas de éxito podrían simplemente reflejar la mejor calidad de este grupo de opositores, resulta preocupante el hecho de que cuando la evaluación ha sido anónima —examen tipo test— los parientes han obtenido calificaciones estadísticamente similares al resto de opositores.

Además, la evidencia también apunta hacia la existencia de localismos. Los candidatos residentes en Madrid, cuyo desempeño tiende a ser mejor en las evaluaciones no anónimas, han obtenido tasas de éxito significativamente inferiores cuando el examen realizado ha sido tipo test.

En último lugar, las opciones de los opositores y opositoras dependen también significativamente del género de los miembros del tribunal al que han sido asignados. Analizando las evaluaciones realizadas entre 1987 y 2005 en las oposiciones a la carrera judicial, carrera fiscal, secretario judicial y notarías, observamos que aquellas opositoras que fueron asignadas a un tribunal compuesto por relativamente más mujeres han tenido tasas de éxito significativamente inferiores. Aunque el efecto es modesto, cada mujer adicional en el tribunal reduce en cerca de un 3,5% las posibilidades de éxito de una opositora, la evidencia sugiere que aumentar el número de mujeres en los tribunales de oposición no aumentará las posibilidades de éxito de las opositoras, sino todo lo contrario.

3.1 Reformas

La presencia de estos sesgos plantea serias dudas sobre la bondad del sistema en su actual forma y sugiere la conveniencia de una serie de reformas. En primer lugar, parece conveniente generalizar la realización de un examen test o similar al comienzo de la oposición. El test garantiza la existencia del anonimato en al menos uno de los ejercicios de la oposición, limitando los potenciales favoritismos. Además, la presencia del test podría servir para que se redujese el número de candidatos por tribunal, permitiendo quizás que los evaluadores pudiesen dedicar más tiempo a aquellos candidatos con opciones reales de aprobar la oposición.

En segundo lugar, y a semejanza con otros países de nuestro entorno²⁵, se debería imponer de una manera efectiva el anonimato y la doble evaluación en todos aquellos ejercicios que se realizan por escrito. En la actualidad, aunque en general las bases de las oposiciones establecen que "el Tribunal adoptará las medidas necesarias para garantizar que los ejercicios de la fase de oposición que sean escritos y no deban ser leídos ante el órgano de selección, sean corregidos sin que se conozca la identidad de los aspirantes", esta disposición tiene sin embargo poca relevancia práctica dado que la casi totalidad de los exámenes escritos son corregidos mediante su lectura pública por parte del candidato.

Finalmente, la naturaleza de algunos de los problemas hallados revela una alarmante ausencia de *accountability* por parte de los evaluadores. A modo de ejemplo anecdótico, en las oposiciones a notario actualmente en curso se ha constituido únicamente un tribunal que debe evaluar a casi un millar de candidatos. Como se muestra en este artículo, es muy probable que ello genere enormes diferencias entre las probabilidades de éxito de aquellos opositores que, gracias al azar, han obtenido uno de los primeros números de la lista de convocatoria y aquellos opositores situados al final de la misma²⁶.

BIBLIOGRAFIA

- Arrow, K. J. (1973). The Theory of Discrimination. Orley Ashenfelter and Albert Reeds, eds., *Discrimination in Labor Markets*, Princeton, NJ: Princeton University Press: 3-33.
- Bagüés, Manuel F. (2005). ¿Qué determina el éxito en unas Oposiciones? FEDEA WP 2005-01. <http://www.fedea.es/pub/Papers/2005/dt2005-01.pdf>
- Bagüés, Manuel F. y Berta Esteve-Volart, Can gender parity break the glass ceiling? Evidence from a repeated randomized experiment, FEDEA WP 2007-15. <http://www.fedea.es/pub/Papers/2007/dt2007-15.pdf>
- Bagüés, Manuel F.; Felgueroso, Florentino y María José Pérez-Villadóniga (2007) On the optimal composition of evaluation committees: Evidence from Public Exams, mimeo, Universidad Carlos III.
- Becker, G. S. (1957). *The Economics of Discrimination*, Chicago: University of Chicago Press.
- Blank, R. M. (1991). The Effects of Double-Blind versus Single-Blind Reviewing: Experimental Evidence from The American Economic Review, *American Economic Review*, 81(5): 1041-1067.
- Bourdieu, Pierre (1989). *La noblesse d'État. Grandes écoles et esprit de corps*. Paris, Editions de Minuit.
- Byrne, D. (1961). Interpersonal attraction and attitude similarity, *Journal of Abnormal and Social Psychology*, vol. 62, pp. 713-15.
- Card, David & Brian P. McCall (1996). Is Workers' Compensation Covering Uninsured Medical Costs? Evidence from the Monday Effect. *Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 49, No. 4, pp. 690-706.
- Ferber, Marianne A., Bonnie G. Birnbaum and Carole A. Green (1983), Gender Differences in Economic Knowledge: A Reevaluation of the Evidence, *Journal of Economics Education*, Vol.14(2), pp. 24-37.
- Fields, Michael J. (1931). Stock Prices: A Problem in Verification. *Journal of Business*, 4, 415-418.
- Goldberg, Matthew S. (1982). Discrimination, Nepotism and Long-Run Wage Differentials. *Quarterly Journal of Economics* 307-319.

²⁵ En Italia se aplica sistemáticamente el anonimato y la doble evaluación externa en los procesos de selección de la Administración de Justicia. En este sentido el Regio Decreto n. 12/1941, Art 125, establece que *"ultimate le prove scritte, la commissione esaminatrice forma due copie di ciascun elaborato scritto e invia ciascuna di esse ad un correttore esterno nella materia di competenza del medesimo. Le copie sono rigorosamente anonime, e individuate mediante codici di identificazione difforni fra loro. Per ciascun elaborato i correttori incaricati della correzione sono individuati mediante sorteggio, facendo in modo che il carico complessivo di ciascuno non superi tendenzialmente il numero di cinquanta."*

²⁶ Otro caso preocupante es la reciente supresión del test inicial en las oposiciones a la carrera diplomática.

Goldin, C. and C. Rouse (2000). "Orchestrating Impartiality: The Impact of Blind Auditions on Female Musicians", *The American Economic Review*, 90(4): 715-741.

Marañón, Gregorio (1947). *Discurso a la Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales*.

Mora & Ruiz-Castillo (2003). *Gender Segregation by Occupation in the Public and the Private Sector. The Case of Spain*. Departamento de Economía, Universidad Carlos III, pág. 2, wp 03-16.

Parada Vázquez, José Ramón (2000). *Derecho Administrativo, Organización y Empleo Público*. Marcial Pons, Madrid.

Phelps, E. (1972). *The Statistical Theory of Racism and Sexism*. *American Economic Review*, 62(4): 659-61.

Tamames, Ramón. *La fiesta bárbara otra vez*, 1 de diciembre de 2005, Estrella Digital.

Unamuno, Miguel de (1899). *De la enseñanza superior en España*.

novedad estrotta

REINHART KOSELLECK

Crítica y crisis. Un estudio sobre la patogénesis del mundo burgués

ENRIQUE DUSSEL

Política de la liberación. Historia mundial y crítica

SIMONE WEIL

Escritos históricos y políticos

ALEJANDRO NIETO

Crítica de la Razón Jurídica

FRANCISCO SOSA WAGNER e IGOR SOSA MAYOR

El Estado fragmentado. Modelo austro-húngaro y brote de naciones en España (5ª ed.)

JUAN-RAMÓN CAPELLA

Entrada en la barbarie

ELENA LARRAURI

Criminología crítica y violencia de género

BARTOLOMÉ CLAVERO

El Orden de los Poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional

CORNELIUS CASTORIADIS

Democracia y relativismo. Debate con el MAUSS

JUAN A. CRUZ PARCERO

El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos

JOSÉ ANTONIO PÉREZ TAPIAS

Del bienestar a la justicia. Aportaciones para una ciudadanía intercultural

GERARDO PISARELLO

Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción

JOSÉ MARÍA SAUCA y MARÍA ISABEL WENCES (Eds.)

Lecturas de la sociedad civil. Un mapa contemporáneo de sus teorías

JEAN-JACQUES ROUSSEAU

Profesión de fe del vicario saboyano y otros escritos complementarios

DANIEL MORENO

Santayana filósofo. La filosofía como forma de vida

JÜRGEN HABERMAS

Verdad y justificación (2ª ed.)

GUSTAVO ZAGREBELSKY

El derecho dúctil (7ª ed.)

LUIS DE SEBASTIÁN

África, pecado de Europa (3ª ed.)

MAURIZIO FIORAVANTI

Los derechos fundamentales (5ª ed.)

MAURIZIO FIORAVANTI

Constitución. De la antigüedad a nuestros días (2ª ed.)

JUAN-RAMÓN CAPELLA

Elementos de análisis jurídicos (4ª ed.)

JUAN-RAMÓN CAPELLA

Fruta prohibida (4ª ed.)

EDITORIAL TROTTA

Tel. 34 91 543 03 61

Ferraz 55. 28008 Madrid

editorial@trotta.es - www.trotta.es

Diversidad cultural y derechos sociales*

Gloria Patricia LOPERA MESA

INTRODUCCION

La diversidad cultural se ha convertido en un rasgo estructural de la mayoría de sociedades contemporáneas que, quizás sin excepción, pueden ser calificadas en mayor o menor medida como sociedades “multiculturales”. En ello han incidido, entre otros factores, el desplazamiento e interacción de distintos grupos humanos provocado por la colonización y las migraciones, como también el resurgimiento de los localismos, los nacionalismos y la reafirmación de las identidades grupales que parece acompañar al fenómeno de la globalización¹. Pero además de admitir la existencia de sociedades culturalmente diversas como un hecho incontestable, se ha cobrado conciencia de la importancia y del valor que adquiere tal diversidad, lo cual ha llevado a muchos a considerar con razón que, dado que es imposible e injustificable levantar barreras que permitan a una sociedad aislarse de las influencias externas que llegan por múltiples vías, «hoy en día la única opción abierta a cualquier sociedad es la de gestionar y construir el potencial creativo de la diversidad»².

Tal reconocimiento y valoración positiva de la diversidad cultural convive en casi todas las sociedades del entorno occidental con la pretensión de construir una moral universal basada en la atribución de ciertos derechos básicos a todos los individuos de la especie humana, con independencia de su status social, género, etnia y del contexto cultural en el que se desarrollen sus vidas. Pretensión que ha encontrado plasmación jurídico positiva en las constituciones y declaraciones de derechos humanos. Así las cosas, uno de los principales retos que en la actualidad se plantea a la filosofía política y jurídica es dar una respuesta adecuada a las tensiones que pueden llegar a plantearse entre la pretensión de universalidad de los derechos —la cual formula una exigencia básica de trato igual para todas las personas, *con abstracción* de las diferencias que existen entre ellas— y el respeto a la diversidad cultural —que por el contrario formula una exigencia de trato desigual *en razón* de las diferencias; trato desigual que puede suponer ya sea la exigencia de nuevos derechos, de derechos con contenido diferenciado, o bien, por el contrario, de suspender la vigencia de ciertos derechos al interior de determinadas comunidades en aras de preservar su identidad cultural.

En esta ocasión me ocuparé de examinar la relación entre derechos fundamentales y diversidad cultural desde la perspectiva de los derechos sociales, presentando algunos de los argumentos que justifican la atribución de derechos sociales culturalmente diferenciados, llamando la atención sobre algunos de los conflictos que origina la existencia de este tipo de derechos y proponiendo criterios para su resolución. Tal enfoque adquiere un interés especial porque en él se conjugan demandas de redistribución y de reconocimiento, dos de las principales exigencias que, como bien ha señalado Nancy Fraser, debe satisfacer una teoría de la justicia que quiera ser pertinente en la actualidad³. Por otra parte, dado que tanto los argumentos a favor del reconocimiento de

* Versión reelaborada de la ponencia presentada en Toledo el 18 de enero de 2007 en el curso de postgrado “Globalización, multiculturalismo y derechos sociales”, organizado por las áreas de Filosofía del Derecho y Derecho del Trabajo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

¹ Para una descripción del fenómeno véase a Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, trad. C. Castells, Barcelona, Paidós, 1996, pág. 13.

² Bhikhu Parekh, *Repensando el multiculturalismo*, trad. S. Chaparro, Madrid, Istmo, 2005, pág. 258.

³ Vid. Nancy Fraser, “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas en torno a la justicia en una época ‘postsocialista’”, en *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, trad. M. Holguín e I. C. Jaramillo, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997, págs. 17-54; de la misma autora, “La justicia social en la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, trad. M. Holguín e I. C. Jaramillo, Bogotá, Cijus – Estudios Ocasionales, 1997, págs. 9-29.

derechos culturalmente diferenciados, como los conflictos a que pueden dar lugar varían en función del tipo de minoría cultural de la que estamos hablando, voy a delimitar mi análisis al reconocimiento de derechos culturalmente diferenciados para miembros de las comunidades indígenas⁴.

1. LOS DERECHOS SOCIALES Y LAS EXIGENCIAS DE REDISTRIBUCION

Uno de los pocos acuerdos que es posible encontrar en la literatura sobre derechos sociales se refiere a la falta de claridad y de constancia en el uso que aqueja a dicho concepto. Por ello considero conveniente aclarar en qué sentido se hablará aquí de derechos sociales fundamentales (1.1.), para luego referirme a la vinculación entre los derechos sociales y las exigencias de redistribución (1.2.) y, finalmente, ocuparme de algunas cuestiones a propósito de la universalidad de los derechos sociales (1.3.).

1.1. El concepto de derechos sociales fundamentales

Hablaré de *derechos sociales* para referirme a los derechos subjetivos que tienen por objeto acciones positivas fácticas por parte del Estado. Por *derechos sociales fundamentales* entenderé derechos fundamentales —derechos subjetivos con un grado de importancia tal que su reconocimiento no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria— que tienen por objeto prestaciones en sentido estricto, esto es, acciones fácticas del estado⁵. Como indicadores del grado de importancia que cualifica a un derecho social como fundamental pueden considerarse dos criterios: uno formal, su reconocimiento en constituciones o instrumentos de derecho internacional vinculantes para los poderes públicos; otro material, su vinculación con la satisfacción de necesidades básicas.

Los derechos sociales son una modalidad de derechos a prestaciones positivas, pero no agotan esta categoría. Para explicarlo seguiré la clasificación propuesta por Alexy, quien distingue entre derechos a acciones negativas o derechos de defensa y derechos a acciones positivas del estado. Esta última categoría incluye tres tipos de derechos⁶: (1) *derechos a protección*, esto es, derechos a prestaciones normativas, como por ejemplo a que el estado dicte normas que regulen las condiciones de los

⁴ Sobre los diversos tipos de minorías culturales y la relevancia de tal distinción llama la atención Will Kymlicka, quien diferencia, por un lado, entre las *minorías étnicas*, resultado de la migración de individuos y familias que llegan a una sociedad distinta, a la que pretenden integrarse sin perder al mismo tiempo su identidad cultural y, por otro lado, las *minorías nacionales*, que constituyen «grupos que formaban sociedades completas y operativas en su tierra natal histórica antes de verse incorporadas a un Estado mayor», que disfrutaron alguna vez de autogobierno o llegaron a ser estados independientes y aspiran de nuevo a conseguir la autodeterminación y mantener su identidad cultural. Vid. del autor, *Ciudadanía multicultural*, citado, págs. 25 y s.; del mismo, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, trad. T. Fernández y B. Eguibar, Barcelona, Paidós, 2003, pág. 33 (nota 6). Aunque, en principio, los grupos indígenas quedarían comprendidos dentro de las «minorías nacionales», de acuerdo con la clasificación del Kymlicka, el propio autor se refiere a las objeciones que ha suscitado dicha inclusión. *La política vernácula*, citado, págs. 167 y s. Por otra parte, sobre la falta de exhaustividad de la clasificación de Kymlicka llama la atención Juan Antonio Rivera, «Multiculturalismo frente a cosmopolitismo liberal», en *Tolerancia o barbarie*, M. Cruz (comp.), Barcelona, Gedisa, 1998, págs. 155-186, aquí pág. 157.

⁵ Sigo en este punto a Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005, pág. 37, y a Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1986), trad. E. Garzón Valdés, 1ª ed. en castellano, 2ª reimp., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pág. 432.

⁶ En un sentido similar, Víctor Abramovich y Cristian Courtis distinguen tres tipos de obligaciones positivas: a) obligación de establecer algún tipo de regulación, sin la cual el ejercicio del derecho no tendría sentido (asimilable, aunque no por completo, a los «derechos a organización y procedimiento» de Alexy); b) obligación de limitar o restringir las facultades de los particulares o de imponerles obligaciones de algún tipo necesarias para garantizar el ejercicio del derecho por parte de su titular (se trataría de los «derechos a protección» en la clasificación de Alexy); c) obligación de proveer de servicios a la población, ya sea exclusivamente a cargo del Estado o a través de formas de cobertura mixta (se trataría de los «derechos de prestación en sentido estricto o derechos sociales fundamentales» en la terminología de Alexy). *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004, págs. 32 y ss.

contratos de trabajo, o que prohíban a particulares atentar contra la vida de sus conciudadanos; (2) *derechos a organización y procedimiento*, es decir, derechos a que el estado regule procedimientos o cree determinadas instituciones necesarias para garantizar derechos: organización electoral, sanitaria, judicial, etc.; (3) *derechos a prestaciones en sentido estricto o derechos sociales fundamentales*: se trata en este caso de derechos del individuo a exigir del estado la prestación de bienes y/o servicios que «si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente,— podría obtenerlos también de particulares»⁷.

Por otra parte, aunque se defina a los derechos sociales como derechos de prestación en sentido estricto ello no implica acoger la identificación que tradicionalmente suele hacerse entre derechos civiles y políticos (o derechos de libertad) y obligaciones de no hacer y entre los llamados derechos sociales y obligaciones de hacer. Más bien creo que la estructura de ambos tipos de derechos es algo más compleja, pues involucra un complejo de obligaciones, tanto negativas como positivas, a cargo del Estado. Dicha estructura puede ser reconstruida de modo adecuado acudiendo, de nuevo, a la distinción que propone Alexy entre el *derecho fundamental como un todo* o en *sentido lato*, entendido como un haz de posiciones y normas vinculadas interpretativamente a una disposición o un conjunto de disposiciones de derecho fundamental, y el *derecho fundamental en sentido estricto*, que denota cada una de estas posiciones y normas que integran el derecho fundamental como un todo. Puestos en relación estos conceptos cabe afirmar que una disposición de derecho fundamental garantiza tantas posiciones iusfundamentales cuantas normas puedan ser vinculadas interpretativamente a su enunciado, lo que da cuenta de la pluralidad de significados que cada uno de estos últimos puede acoger⁸. Así, por ejemplo, a la disposición formulada en el artículo 49 de la constitución colombiana, según la cual «Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud», pueden adscribirse diversas posiciones iusfundamentales: a) derecho de defensa a no impedir el acceso de los ciudadanos a los servicios de salud, a no desmontar los servicios de salud existentes; b) diversos derechos de prestación, entre otros, el derecho a que el estado dicte normas que regulen el acceso a los servicios de salud, establezca los procedimientos y organismos necesarios para conformar un sistema sanitario y garantice la efectiva prestación de asistencia médica a los ciudadanos.

Pero al interior de un derecho fundamental en sentido lato no sólo coexisten una pluralidad de posiciones y normas iusfundamentales de diverso tipo (derechos a algo, libertades, competencias), sino que a su vez éstas se encuentran garantizadas mediante normas de diverso tipo: algunas de ellas mediante principios dotados de validez *prima facie* (las cuales definen el contenido inicial o *prima facie* del derecho) y otras mediante reglas dotadas de validez definitiva (las cuales conforman el contenido definitivo del derecho)⁹. La coexistencia de ambos tipos de normas, reglas y principios, dentro de la estructura normativa del derecho fundamental como un todo, suministra la clave para entender el carácter dinámico y conflictivista que asume la determinación del contenido de los derechos, pues una posición inicialmente adscrita con carácter *prima facie* puede consolidarse como una posición definitiva si no existen razones más

⁷ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, pág. 482. Una definición similar adopta Luis Prieto, para quien los derechos sociales son «derechos prestacionales en sentido estricto, esto es, aquellos cuyo contenido obligacional consiste en dar o en hacer bienes o servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener en el mercado si tuviera medios suficientes para ello», «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, págs. 67-116, aquí pág. 81.

⁸ Al respecto vid. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, capítulo 4, págs. 173 y ss.

⁹ En tal sentido señala Alexy que «no basta concebir a las normas de derecho fundamental sólo como reglas o sólo como principios. Un modelo adecuado al respecto se obtiene cuando a las disposiciones iusfundamentales se adscriben tanto reglas como principios», reiterando más adelante que «en el haz que constituye el derecho fundamental como un todo hay que incluir tanto posiciones definitivas como *prima facie*», *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, págs. 138, 244.

fuerzas que justifiquen su restricción; por el contrario, quedará desplazada cuando razones más fuertes, vinculadas a la protección de otros derechos fundamentales o bienes colectivos, justifiquen su restricción.

Hechas estas anotaciones sobre el concepto y la estructura de los derechos sociales fundamentales, paso a ocuparme del tema de su fundamentación.

1.2. Los derechos sociales fundamentales como instrumentos de redistribución

Buena parte de los discursos de fundamentación de los derechos sociales vinculan a estos con exigencias de redistribución. En efecto, los derechos sociales fundamentales aparecen como instrumentos para compensar las desigualdades sociales y económicas generadas por el desigual reparto de los bienes sociales que genera el modo de producción capitalista. Como ha señalado Luis Prieto, «los derechos sociales se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustantiva, esto es, como derechos [...] a gozar de un régimen jurídico diferenciado en atención a una desigualdad de hecho que trata de ser superada»¹⁰. En un sentido similar Víctor Abramovich y Cristian Courtis señalan que «un rasgo común de la regulación jurídica de los ámbitos moldeados a partir del modelo de derecho social es la utilización del poder del Estado, con el propósito de equilibrar situaciones de disparidad —sea a partir del intento de garantizar estándares de vida mínimos, mejores oportunidades a grupos sociales postergados, o de compensar las diferencias de poder en las relaciones entre particulares—. De ahí que el valor que generalmente se resalta cuando se habla de derechos sociales es la igualdad, en su vertiente material o fáctica»¹¹. Por su parte, Rodolfo Arango subraya la vinculación de los derechos sociales con la justicia compensatoria, como instrumentos para equilibrar situaciones de déficit que deben ser resueltas con carácter previo a la distribución de cargas y beneficios; compensación previa que constituye condición necesaria para garantizar que todas las personas serán tratadas de manera igual¹².

Así, en la medida en que los derechos sociales fundamentales tienen por objeto garantizar aquellas prestaciones positivas dirigidas a asegurar a todos ese nivel de vida mínimo que constituye el presupuesto para el ejercicio de la libertad, compensando o igualando a quienes por su posición desventajosa en la escala social no pueden procurarse dichos bienes por sus propios medios, tales derechos constituyen instrumentos de una política de redistribución o de distribución igualitaria de las condiciones fácticas necesarias para el disfrute de la libertad.

1.3. La universalidad de los derechos sociales fundamentales

Uno de los atributos que se predica de los derechos fundamentales es el de su universalidad, siendo a la vez ésta una de las principales fuentes de tensiones entre la garantía de los derechos fundamentales y el respeto a la diversidad cultural. Universalidad que puede ser entendida en tres sentidos distintos: desde el costado activo, como exigencia de titularidad universal (los derechos fundamentales son derechos de todos); desde el costado pasivo o de los destinatarios (los derechos fundamentales son derechos exigibles frente a todos); desde la perspectiva del objeto (los derechos fundamentales tienen el mismo contenido para todos)¹³. Para el tema que nos ocupa, interesa examinar el predicado de la universalidad de los derechos sociales fundamentales

¹⁰ «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustantiva», citado, pág. 77.

¹¹ *Los derechos sociales como derechos exigibles*, citado, págs. 56 y s.

¹² *El concepto de derechos sociales fundamentales*, citado, pág. 337.

¹³ Sobre los diversos significados que adquiere el concepto de universalidad en relación con los derechos, vid. Francisco Laporta, «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4, 1987, págs. 23-46, aquí págs. 32 y ss.

desde la doble perspectiva de los titulares y del objeto de los derechos sociales fundamentales. La primera de estas perspectivas nos llevará a determinar en qué sentido puede predicarse universalidad de los derechos sociales y si la universalidad en cuanto a la titularidad de los derechos resulta o no incompatible con la exigencia de reconocimiento que involucra el respeto a la diversidad cultural. La segunda perspectiva nos llevará a establecer si la universalidad del objeto de los derechos sociales fundamentales exige que estos tengan un contenido uniforme o si, por el contrario, es compatible con la existencia de prestaciones sociales culturalmente diferenciadas.

1.3.1. **La titularidad universal de los derechos sociales fundamentales**

El significado más extendido de universalidad, entendida desde el lado activo o de la titularidad de los derechos, se refiere a que una exigencia moral sólo puede ser formulada como un derecho fundamental si puede ser atribuida a todo ser humano con independencia de sus circunstancias particulares. Como señala Francisco Laporta, «la noción de 'universalidad' implica por sí misma el hacer caso omiso de instituciones y roles para poder adscribir derechos morales a *todos* al margen de su circunstancia vivencial o contextual...significa el reconocimiento práctico de todos los seres humanos como agentes morales»¹⁴. Así entendida, la universalidad plantea al menos dos problemas en relación con los derechos sociales:

En primer lugar, se trataría de un atributo predicable de los derechos sociales en tanto exigencias morales pero no de los derechos sociales tal y como están reconocidos en las constituciones actuales, que en su mayoría reservan la titularidad de los derechos sociales sólo a los ciudadanos (definiendo a su vez la ciudadanía en términos de nacionalidad). Podría entonces decirse que la universalidad de los derechos sociales da cuenta de una exigencia moral que sólo ha sido satisfecha de manera imperfecta en el derecho positivo.

El segundo problema se refiere a una inconsistencia entre el predicado de la universalidad —que lleva a atribuir la titularidad de los derechos a “todos” los individuos, con abstracción de sus circunstancias específicas— y la caracterización de los derechos sociales como derechos destinados a compensar las posiciones de desventaja social y económica que impiden a ciertos individuos acceder a los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de sus necesidades básicas —que conduce a atribuir la titularidad de los derechos sociales sólo a los individuos situados en una posición de desventaja. De este modo, si se confieren a “todos” los individuos, al margen de su condición económica y social, los derechos sociales perderían buena parte de su sentido y justificación, vinculada, recuérdese, a exigencias de redistribución y justicia compensatoria. Pero si se atribuyen sólo a los individuos pertenecientes a un determinado grupo social (los económicamente desaventajados), los derechos sociales perderían su carácter universal. A mi modo de ver, en el caso de los derechos sociales fundamentales, si se quiere seguir predicando el atributo de universalidad, éste debe redefinirse para entenderlos como el derecho de todos los individuos a obtener las prestaciones positivas fácticas necesarias para la satisfacción de sus necesidades básicas en caso de estar en una situación de desventaja que le impida satisfacer dichas necesidades por sí mismo. En definitiva, no creo que la universalidad implique la titularidad de los derechos al margen de toda circunstancia, sino el derecho de todo individuo que se encuentre en las circunstancias que justifican la atribución del derecho.

Así entendido, el problema se traslada a determinar cuáles son las circunstancias bajo las que se justifica atribuir a un individuo derechos sociales: ¿es sólo el estar en situación de desventaja social o económica o también el pertenecer a una minoría cultural?

¹⁴ *Ibíd.*, pág. 33.

Como tendré ocasión de fundamentar más adelante, a partir de un ejemplo concreto, la circunstancia relevante para la atribución de derechos sociales es la desventaja en la posición social o económica que impide a los individuos satisfacer por sí mismos sus necesidades básicas. La pertenencia a una minoría cultural es, en sí misma, un criterio irrelevante para determinar la atribución de derechos sociales. Lo que sucede es que, en el caso de muchas minorías culturales, y de manera especial en el caso de los pueblos indígenas, concurre en muchos individuos la doble condición de pertenecer a sectores de la población económicamente en desventaja y a la vez pertenecer a culturas minoritarias y que históricamente han padecido discriminación. En estos casos, la atribución de derechos sociales a los miembros de comunidades indígenas pretende satisfacer tanto exigencias de redistribución como de reconocimiento, pues al remover obstáculos o compensar desventajas que impiden la participación social de dichos individuos en igualdad de condiciones, los derechos sociales contribuyen a erradicar algunas de las situaciones que afectan de manera negativa la estima social de las personas pertenecientes a dichos colectivos.

1.3.2. *El contenido universal de los derechos sociales fundamentales*

La universalidad, puesta en relación con el contenido de los derechos sociales, nos lleva a preguntarnos si aquella exige que los derechos sociales fundamentales tengan un contenido uniforme o si, por el contrario, es compatible con prestaciones sociales culturalmente diferenciadas.

He dicho antes que tales derechos tienen por objeto aquellas prestaciones positivas fácticas orientadas a satisfacer las necesidades básicas de los individuos. La cuestión es entonces si puede formularse un catálogo de necesidades básicas susceptibles de universalización. Esta ha sido una de las cuestiones más debatidas por quienes se han dedicado a profundizar en la teoría de las necesidades. No es mi intención ni estoy en posibilidad ahora de entrar a fondo en el debate. Tan sólo puedo tomar prestadas las conclusiones a las que han llegado algunos autores, en el sentido de afirmar, en primer lugar, la objetividad del concepto de necesidad básica, pues como se ha dicho con razón, «a diferencia de ‘desear’ o ‘querer’ [...] ‘necesitar’ obviamente no es un verbo intencional. Lo que necesito no depende del pensamiento o del funcionamiento de mi cerebro [...] sino de cómo es el mundo»¹⁵.

Aun cuando se admita la objetividad del concepto de necesidad, afirmar la universalidad de las necesidades resulta más problemático pues es notorio que las personas no sólo tienen deseos y preferencias distintos, sino que también difieren en sus necesidades. Pero tales diferencias se reducen considerablemente cuando, tras distinguir entre “necesidades instrumentales”—aquello que necesitamos para alcanzar fines contingentes— y “necesidades absolutas o categóricas”—aquello que necesitamos para alcanzar fines que no requieren ulterior justificación—, referimos el concepto de necesidades básicas sólo a estas últimas. Si aceptamos que un fin último y universalizable lo constituye el mantener las condiciones para que los seres humanos puedan existir y actuar como agentes morales, hemos dado un paso decisivo para fundamentar la universalidad de las necesidades básicas¹⁶. Como afirma Zimmerling: «la vinculación del

¹⁵ David Wiggins, “Claims of Need”, citado por Ruth Zimmerling, “Necesidades básicas y relativismo moral”, *Doxa*, 7, 1990, págs. 35-54, aquí pág. 47.

¹⁶ Si es preciso ofrecer una justificación de tal fin último diría con Ruth Zimmerling que «para que tenga sentido hablar de moral hay que presuponer, por un lado, la existencia de seres humanos capaces de actuar libremente, y, por otro, que estos seres puedan también seguir actuando». De esta premisa se derivan dos criterios básicos que han de orientar el discurso moral: un “*prejuicio*” a favor de la libertad, según el cual toda restricción de la libertad humana requiere una justificación; un “*prejuicio*” a favor de la pervivencia del agente humano, esto es, a favor de mantener aquellas condiciones necesarias para que el ser humano pueda actuar como un agente moral. *Ibid.*, pág. 39.

concepto de necesidades básicas con la 'integridad física y síquica' de las personas [...] y su distinción de aquellas necesidades que lo son sólo en el sentido más débil de ser medios necesarios para perseguir preferencias particulares, es así el paso decisivo para establecer la universalidad de las necesidades básicas»¹⁷. La noción de necesidad básica formulada por esta autora suministra una buena base no ya para elaborar un catálogo definitivo de necesidades básicas (lo que por otra parte no tiene mucha utilidad), pero sí para fundamentar cuándo estamos en presencia de una necesidad tal que pueda fundamentar la exigencia de una prestación positiva del estado orientada a satisfacerla. Tal definición reza así: «*N es una necesidad básica para x si y sólo si, bajo las circunstancias dadas en el sistema socio cultural s en el que vive x y en vista de las características personales P de x, la no satisfacción de N le impide a x la realización de algún fin no contingente —es decir, que no requiere justificación ulterior— y, con ello, la persecución de todo plan de vida*»¹⁸.

A la anterior conclusión podría objetarse que las personas difieren incluso en aquello que requieren para mantener su vida e integridad; que además no es posible suministrar una lista exhaustiva de las necesidades básicas, pues ello requiere de información empírica y nunca podemos estar seguros de haber descubierto todos los hechos relevantes en un contexto determinado; que estas necesidades son históricamente variables, pueden cambiar de un individuo a otro e incluso para el mismo individuo a lo largo de su vida. No obstante, tal objeción se atenúa, aunque no se elimina por completo, señalando que la universalidad de las necesidades básicas reside en sus aspectos genéricos, no en las características de lo que se requiere para satisfacerlas. Así, por ejemplo, si bien es universalizable la necesidad de alimentarse como condición para mantener la integridad física y síquica, no lo es la cantidad y cualidad de los alimentos, pues ello depende de las circunstancias particulares de cada individuo; del mismo modo, es universalizable la necesidad de mantener o restablecer la salud como condición para asegurar la integridad de las personas, pero no lo son los medios que se adopten para satisfacerla, esto es, las específicas prácticas médicas y sanitarias empleadas para mantener o restablecer la salud.

En definitiva, aun cuando pueda considerarse universalizable la exigencia moral de que todo individuo tenga derecho a obtener del estado los bienes y servicios que requiere para satisfacer sus necesidades básicas cuando no esté en condiciones de hacerlo por sí mismo, la cuestión de cuáles sean tales bienes y servicios puede variar de un período histórico a otro, de un individuo a otro y de una cultura a otra. La pregunta es si esto último, el hecho innegable de la diversidad cultural, constituye un criterio relevante para fundamentar la exigencia de prestaciones sociales culturalmente diferenciadas.

Ello nos conduce a la cuestión de si, además de exigencias de redistribución, los derechos sociales pueden y deben acoger exigencias de reconocimiento.

2. EL RESPETO A LA DIFERENCIA CULTURAL Y LAS EXIGENCIAS DE RECONOCIMIENTO

La respuesta al interrogante que se acaba de plantear obliga a revisar las razones por las cuales se considera importante reconocer y brindar acomodo a las diferencias culturales. Al respecto es posible identificar dos grandes líneas argumentales: la primera de ellas destaca el papel que desempeña la cultura en la construcción de la identidad individual, mientras que la segunda subraya la importancia de la cultura para la expansión de la libertad y la autonomía de los individuos.

¹⁷ *Ibíd.*, pág. 48.

¹⁸ *Ibíd.*, pág. 51.

2.1. Cultura y construcción de la identidad individual

Este argumento en defensa del valor de la diversidad cultural involucra las siguientes premisas: (a) la cultura es un componente central en la construcción de la identidad de los individuos; (b) el reconocimiento y respeto de la cultura de la que se forma parte es condición para el reconocimiento de la propia identidad, (c) la que a su vez constituye una necesidad humana básica. En el desarrollo de esta tesis ha jugado un papel decisivo la obra de Charles Taylor, quien destaca cómo mientras en las sociedades premodernas la identidad individual estaba vinculada al rol que la persona ocupaba dentro de la jerarquía social, con el advenimiento de la modernidad, las antiguas jerarquías sociales se derrumban y el concepto de “honor”, intrínsecamente desigualitario, es lentamente desplazado por la idea de dignidad, esta última entendida en un sentido universalista e igualitario, dado que no se confiere en función del status social sino en virtud de los atributos comunes a todos los seres humanos. Este cambio trajo como consecuencia que la identidad de los individuos ya no venga determinada desde fuera, por el lugar que se ocupa en la jerarquía social, sino que pase a ser entendida como una construcción individual, como autorrealización personal¹⁹.

Pero la construcción de la propia identidad no es un proceso solipsista o monológico, sino dialógico, dado que uno de sus componentes más importantes es el reconocimiento por parte de los demás, el cual juega un papel crucial en la manera en que los individuos llegan a comprenderse a sí mismos²⁰. En la construcción de la propia identidad y en el reconocimiento por parte de los otros juega un papel decisivo la pertenencia a un grupo, en tanto éste provee un lenguaje común, un sistema de significados compartidos, de creencias acerca de lo bueno, que definen el marco en cuyo interior los individuos realizan sus elecciones vitales. Asimismo, la pertenencia a un grupo permite a sus miembros identificarse con los demás individuos que forman parte del colectivo y a la vez cobrar conciencia de las particularidades que les distinguen de otros individuos y grupos humanos²¹. La construcción de la propia identidad requiere entonces del reconocimiento por parte de los “otros”; pero este diálogo con los otros no tiene lugar en el vacío sino en el seno de comunidades culturales concretas, razón por la cual la falta de reconocimiento, o el falso reconocimiento, de una determinada cultura ocasiona un daño a los individuos que han forjado su identidad al interior de ella. El menosprecio de ciertas culturas minoritarias o la exigencia de que sus miembros se asimilen a la cultura dominante como condición para lograr su reconocimiento social genera un daño y constituye una forma de opresión. Siendo así, el reconocimiento ya no sólo de los individuos sino de las comunidades culturales en las que éstos se insertan, se convierte en una necesidad vital²².

Los anteriores argumentos llevan a Taylor a sostener que una extensión lógica de la política de la dignidad conduce no sólo a abogar por la supervivencia de las diferentes

¹⁹ Charles Taylor, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, trad. M. Utrilla de Neira, México, FCE, 1993, págs. 45 y s.

²⁰ Al respecto Taylor sostiene que «nuestra identidad se moldea en parte por el reconocimiento o por la falta de éste; a menudo, también, por el falso reconocimiento de otros, y así, un individuo o un grupo de personas puede sufrir un verdadero daño, una auténtica deformación si la gente o la sociedad que lo rodean muestran, como reflejo, un cuadro limitativo, o degradante o despreciable de sí mismo. El falso reconocimiento o la falta de reconocimiento puede causar daño, puede ser una forma de opresión que aprisione a alguien en un modo de ser falso, deformado o reducido». *Ibid.*, págs. 43 y s. Sobre el carácter dialógico de la existencia humana y el importante papel que juega el lenguaje y la interacción con los otros en la definición de la propia identidad llama la atención en las págs. 52 y ss.

²¹ En tal sentido afirma el citado autor que, «puesto que la identidad moderna se concibe como lo que me diferencia entre mis semejantes e iguales, no podría residir únicamente en una lealtad universal que podría ser la de todo el mundo. Hace falta que me particularice, y esto incita a menudo a identificarse con un grupo histórico entre otros». Charles Taylor, “Identidad y reconocimiento”, trad. P. Carbajosa, *Revista Internacional de Filosofía Política*, 7, 1996, págs. 10-20, aquí pág. 15.

²² Sobre este punto en la obra de Taylor llama la atención Neus Torbisco Casals, voz “Multiculturalismo”, en Base de Conocimiento Jurídico www.iustel.es

culturas, sino a reconocerles igual valor, sobre la base de presumir que todas aquellas culturas que han logrado mantenerse durante un período considerable de tiempo tienen algo importante que decir a todos los seres humanos²³, pues del mismo modo que «todos deben tener derechos civiles iguales e igual derecho al voto, cualesquiera que sean su raza y su cultura, así también todos deben disfrutar de la suposición de que su cultura tradicional tiene un valor»²⁴.

Cabe señalar, no obstante, que algunos de los autores que destacan la importancia del reconocimiento de la diferencia cultural cuestionan su consideración como una «necesidad humana universal abstracta» para en su lugar concebirla desde una perspectiva pragmática que le vincula a las luchas por el poder social²⁵, e igualmente proponen desarrollar una teoría crítica del reconocimiento, donde se distingan las pretensiones de reconocimiento que promueven la igualdad social de aquellas otras que la retardan o socavan.²⁶

2.2. Cultura y expansión de la autonomía individual

Esta segunda línea de defensa del valor de la diversidad cultural ha sido desarrollada por teóricos liberales interesados en remontar la irrelevancia a la que ha sido confinada la cultura en la tradición liberal. El liberalismo apuesta por conferir a los individuos una amplia libertad para elegir, desarrollar y revisar su plan de vida. Para ello es importante que las personas cuenten con la información acerca de las diversas concepciones de vida buena y la capacidad para evaluarlas y elegir entre ellas o forjarse una propia, así como las libertades y recursos necesarios para dirigir sus vidas de acuerdo con su propia concepción de lo bueno, sin exponerse a la discriminación o al castigo. En resumen, deben existir condiciones para que los individuos puedan forjar y revisar su concepción del bien, así como para actuar de acuerdo con ella.

Las culturas societales suministran al individuo un elenco de opciones y proyectos de vida, pero además constituyen «un léxico compartido de tradición y convención» que permite otorgar sentido y valor a dichas opciones, razón por la cual la posibilidad de participar de una determinada cultura se convierte en condición para la elección individual entre distintos proyectos de vida. Pero, ¿basta con el acceso a cualquier cultura—caso en el cual sería suficiente garantizar el acceso a la cultura de la mayoría a fin de evitar los costos de diverso tipo que implica el promover el mantenimiento de culturas distintas—o existen razones que hagan valiosa la pertenencia a la propia cultura? Al respecto señala Kymlicka, siguiendo un argumento de Margalit y Raz, que «la familiaridad con una cultura determina los límites de lo imaginable». Por tanto, si una cultura

²³ Charles Taylor, *El multiculturalismo...*, citado, pág. 106.

²⁴ *Ibid.*, pág. 100. No obstante, este autor aclara que reclamar que el estudio de cada cultura se aborde a partir de una presuposición de su valor no equivale a exigir que formulemos el juicio concluyente de que su valor es grande o igual al de las demás (pág. 101). El llamado de Taylor parece ser pues, a no descalificar a priori a ninguna cultura como carente de valor, más no a suspender el juicio crítico sobre el valor de ciertas prácticas culturales en relación con otras ni, menos aún, a adoptar una actitud de condescendencia, que enmascara un falso respeto, frente a las culturas minoritarias.

²⁵ En tal sentido se destaca el planteamiento de Nancy Fraser quien sostiene que tesis como las de Taylor y Honneth, que conciben el reconocimiento de la diferencia como una necesidad humana universal abstracta, «desconocen que las necesidades de reconocimiento de los grupos subordinados difieren de aquellas de los grupos dominantes. Al borrar de hecho el problema del poder, les resulta imposible explicar por qué los grupos dominantes, tales como los hombres y los heterosexuales, evitan por lo general el reconocimiento de su diferencia (de género y sexual), e invocan universalidad en lugar de especificidad. Análogamente, no pueden explicar por qué los movimientos sociales de los grupos subordinados, tales como las mujeres y los afro-norteamericanos, han exigido reconocimiento de su propia peculiaridad únicamente en aquellos momentos históricos en los cuales parecía imposible obtener plena paridad en la participación de otra manera». Nancy Fraser, «La justicia social...», citado, pág. 26. En el mismo sentido Will Kymlicka afirma que «gran parte del discurso sobre la política del reconocimiento ha exagerado el grado en que se desea el reconocimiento como tal y ha descuidado examinar en qué medida el ‘reconocimiento’ implica realmente cuestiones subyacentes de distribución de poder y de los recursos», *La política vernácula*, citado, pág. 76.

²⁶ Nancy Fraser, *Iustitia Interrupta*, citado, págs. 10, 18.

sufre un proceso de decadencia o está discriminada, ‘las opciones y las oportunidades abiertas a sus miembros disminuirán, serán menos atractivas, y el seguimiento de las mismas tendrá menos probabilidades de éxito»²⁷. Y aunque los miembros de una cultura minoritaria o en decadencia podrían, en principio, optar por integrarse a la cultura dominante, se trata de un proceso muy lento y relativamente costoso y difícil para los individuos; de ahí que no pueda exigirse a las personas que asuman esos costes a menos que voluntariamente decidan hacerlo. Así pues, la exigencia de igual consideración y respeto por los individuos que alienta el liberalismo, comprendería una exigencia de igual consideración y respeto por las culturas en las que estos se integran.

Por otra parte, como ha señalado Bhikhu Parekh, fomentar la existencia de culturas distintas contribuye a expandir la libertad humana, en tanto «permite a los hombres ver lo contingente de su cultura y relacionarse con ella más libremente, sin pensar que es su destino pertenecer a ella». Igualmente, la diversidad cultural nos permite apreciar y asimilar con menores traumatismos las diferencias existentes en el seno de nuestra propia cultura, en tanto «una cultura o religión que se considere la mejor, y suprima a las demás o tema y evite el contacto con ellas, tiende a tener una idea unificada y homogénea de sí misma y a suprimir asimismo las diferencias y ambigüedades internas»²⁸.

Finalmente, cabe destacar la interdependencia entre las dos líneas argumentales en defensa del valor de la diversidad cultural a las que me he referido, vinculadas a la identidad y a la autonomía, respectivamente. Sobre este punto llama la atención Kymlicka cuando afirma que «en principio, tanto la cultura minoritaria propia como la cultura dominante podrían satisfacer el interés de la gente por la cultura como interés basado en la autonomía, pero las consideraciones de identidad proporcionan poderosas razones para vincular el interés y la autonomía de la gente con su propia cultura. La identidad no desplaza a la autonomía como defensa de los derechos culturales, sino que más bien proporciona una base para especificar qué cultura habrá de proporcionar el contexto para la autonomía»²⁹.

Las anteriores premisas permiten apoyar dos ideas fundamentales: 1) si se asume un compromiso con la promoción de la libertad y la autonomía de los individuos, es necesario igualmente asumir el compromiso de proteger las culturas que existen en la sociedad, en tanto éstas suministran el “horizonte de comprensión” necesario para que los individuos puedan forjar su propia identidad; 2) dado que el reconocimiento por parte de los demás de la propia identidad es una necesidad humana básica, es preciso alentar modelos de convivencia que posibiliten el reconocimiento igualitario de los individuos y de las diferentes culturas que constituyen el horizonte de comprensión de tales identidades.

3. HACIA UN MODELO DE DERECHOS SOCIALES CULTURALMENTE DIFERENCIADOS

Llegados a este punto la pregunta que surge es ¿cómo diseñar un modelo de derechos sociales que garantice el igual respeto por las diferencias culturales?

Una respuesta inicial a esta cuestión la ofrecería un liberalismo “ciego a las diferencias culturales” que, inspirado en el principio de *neutralidad* estatal, sugiere tratar a la cultura del mismo modo que a la religión, esto es, como algo circunscrito a la esfera privada pero no un criterio relevante en la toma de decisiones públicas. El estado, al igual que debe abstenerse de intervenir en materia religiosa, ya sea promoviendo o prohibiendo determinadas creencias religiosas, debe hacer lo propio en relación con la cultura. Tal sería un arreglo satisfactorio para lograr el igual respeto por las diferencias

²⁷ Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, citado, pág. 128.

²⁸ Bhikhu Parekh, *Repensando el multiculturalismo*, citado, pág. 253.

²⁹ Will Kymlicka, *La política vernácula*, citado, pág. 81 (nota 7).

culturales de no ser por el hecho de que el estado no puede ser neutral en materia cultural. Ni el estado menos intervencionista puede dejar de tomar ciertas decisiones que tienen importantes repercusiones culturales, como por ejemplo la escogencia de una lengua para comunicarse con sus ciudadanos o el sistema de pesos y medidas. Si esta observación, en general, es acertada, su verdad se pone aún más de manifiesto cuando se exige del estado la protección de derechos sociales, ya que en este ámbito no es posible eludir la necesidad de tomar decisiones que materializan una determinada concepción de las necesidades básicas y de los medios para satisfacerlas, que privilegia las concepciones de una determinada cultura y deja por fuera las concepciones culturalmente minoritarias; piénsese en el diseño de los planes de estudio o de las prestaciones médicas y sanitarias que se financiarán con recursos públicos. Así pues, el modelo de neutralidad estatal, en general impracticable, lo es más aún cuando se trata de diseñar políticas orientadas a la satisfacción de derechos sociales. Un modelo de derechos sociales “ciego a la diferencia” se resuelve en una política social “asimilacionista”, esto es, en modo alguno neutral ante las diferencias culturales sino, por el contrario, en una política que impone a las minorías culturales ver satisfechas sus demandas de salud, educación, vivienda, trabajo, etc., de acuerdo con las concepciones culturales de la mayoría o de quienes tienen el poder de hablar en su nombre. Este modelo no conduce pues al igual respeto por las identidades culturales sino a privilegiar unas en detrimento de otras.

Por ello, del mismo modo que en su momento la conciencia de las diferencias sociales y económicas llevó a impugnar la idea de igualdad puramente formal del liberalismo y a poner de manifiesto cómo esta contribuía a perpetuar situaciones de desigual libertad material, en las últimas décadas se ha consolidado la idea según la cual la propia exigencia liberal de igual consideración y respeto por todos los individuos le obliga a abrir los ojos a la diferencia cultural.

En tal dirección se inscriben las respuestas del llamado “liberalismo multicultural”, basadas en la crítica a la pretensión de neutralidad estatal en materia cultural. Como lo advierte Will Kymlicka, los estados modernos de hecho se han forjado mediante un proceso de “construcción de nación” que ha implicado la toma de decisiones que favorecen determinadas manifestaciones culturales (en el mejor de los casos las de la mayoría) y representan una desventaja para las minorías culturales. Estas decisiones sitúan a los individuos pertenecientes a la cultura dominante en mejor situación que los individuos que participan de culturas minoritarias. Estos últimos deben hacer un esfuerzo de adaptación y transformación de su identidad si quieren ser reconocidos como participantes de la interacción social o ver satisfechas necesidades básicas: aprender una lengua diferente, someterse a tratamientos médicos en los que no confían o que incluso pueden resultar contrarios a sus creencias y renunciar a sus prácticas médicas tradicionales, admitir que se destinen recursos públicos a que se financien prácticas culturales distintas de las propias y a la vez renunciar a ver reproducidas las prácticas culturales que contribuyeron a definir su horizonte de sentido³⁰.

Desde esta perspectiva se afirma, en consecuencia, que si no es posible la neutralidad estatal en materia cultural sí que es exigible la *imparcialidad*, esto es, que las decisiones del estado favorezcan por igual a todas las culturas o, de no ser posible, se adopten medidas que compensen las desigualdades injustificadas a las que están sometidos los miembros de los grupos culturalmente minoritarios. Uno de los mecanismos para ello es el reconocimiento de derechos culturalmente diferenciados, para el caso que nos ocupa, de derechos sociales culturalmente diferenciados.

Esta última solución, además de encontrar acogida en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, ha sido incorporada en un instrumento de derecho internacional específicamente referido al tema. Se trata del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos

³⁰ Will Kymlicka, *La política vernácula*, citado, págs. 41 y ss.

Indígenas y Tribales en países independientes, suscrito en 1989 y ratificado por varios países latinoamericanos³¹. En el artículo 2 de dicho convenio se establece que los gobiernos deben adoptar medidas «b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida». El artículo 22, por su parte, se refiere a la obligación de asegurar la puesta en marcha de programas de formación profesional que respondan a las necesidades especiales de las comunidades indígenas. El artículo 25 dispone que los sistemas de seguridad social y salud deben adecuarse a la organización social de dichos pueblos, teniendo en cuenta sus “métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales”. El artículo 26 señala que los miembros de pueblos indígenas han de acceder a una educación a todos los niveles, al menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional y el 27 establece que los planes de estudios «deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales». El artículo 28 señala que debe promoverse la preservación de las lenguas indígenas, pero también la enseñanza de la lengua oficial del país a las comunidades indígenas. Finalmente, el artículo 31 de dicho instrumento establece que los planes de estudio deben velar por que los libros de historia y demás material didáctico hagan un reconocimiento adecuado de las diversas comunidades culturales que conviven en el país.

Expuestas las razones que avalan el reconocimiento de derechos sociales culturalmente diferenciados, paso ahora a examinar dos modalidades que podrían adoptar tales derechos y los problemas asociados a cada una de ellas.

3.1. Derecho a prestaciones adicionales en razón de la pertenencia a una minoría cultural

Un ejemplo de este tipo de derechos lo constituye el otorgamiento de un subsidio alimentario a las mujeres gestantes y menores de cinco años pertenecientes a los pueblos indígenas establecido en la legislación colombiana (art. 8 Ley 691/2001). La pregunta que se plantea en este caso es si, además de la pertenencia a un grupo de población que tiene necesidades nutricionales especiales (mujeres gestantes, niños) y que carece de recursos para satisfacerlas por sí mismos, el formar parte de una minoría cultural constituye una propiedad relevante para respaldar la concesión de una prestación alimentaria adicional a los miembros de las comunidades indígenas.

Se trata de una cuestión problemática pues, por un lado, los déficit nutricionales y la carencia de recursos para procurarse una adecuada alimentación no aquejan sólo a la población indígena, sino a muchos otros habitantes de las zonas rurales y de los cinturones de miseria de las zonas urbanas en países como Colombia. En esas condiciones, la pertenencia a una minoría cultural parecería ser, en sí misma, un criterio irrelevante para la asignación de los subsidios que establece una discriminación injustificada en contra de las mujeres gestantes y niños menores de cinco años en condiciones de pobreza pero que no pertenecen a comunidades indígenas. Sin embargo, por otra parte no es posible ignorar que los indígenas latinoamericanos han estado sometidos durante siglos a un proceso de discriminación que todavía hoy les sitúa en condición de

³¹ El convenio ha sido ratificado por 17 países: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominicana, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú y Venezuela.

desventaja para acceder a los medios requeridos para satisfacer necesidades básicas, entre ellas la alimentación. Tal situación se refleja en las dramáticas cifras de desnutrición que se registran en la población infantil de estas comunidades³².

La Corte Constitucional colombiana, al declarar la constitucionalidad de la medida, tuvo en cuenta esta última circunstancia y consideró que, si bien existen otros grupos de población que presentan problemas de desnutrición, el otorgamiento de un subsidio a la población indígena constituía una medida de discriminación positiva o inversa a favor de comunidades marginadas de tiempo atrás de los servicios más esenciales. Esta decisión contó con un salvamento de voto en el cual se argumenta que la norma establece una discriminación injustificada, por cuanto los problemas nutricionales de menores y mujeres gestantes se presentan en un gran porcentaje de la población y no sólo entre los miembros de comunidades indígenas³³.

A mi modo de ver, la justificación de otorgar las prestaciones adicionales en razón de la pertenencia a una minoría cultural requiere, como condición necesaria acreditar que *la pertenencia a este grupo es una fuente de necesidades básicas o de discriminación que sólo aqueja a los miembros de la minoría cultural o bien que les sitúa en una posición de desventaja en relación con los individuos no pertenecientes a dichos grupos minoritarios*, cosa que parece posible acreditar en el caso del subsidio alimentario, pues aunque no sólo los miembros de las comunidades indígenas afrontan problemas de desnutrición, los índices de desnutrición que aquejan a estos últimos son mayores que los que se registran en otros sectores de la población. Con todo, es preciso llamar la atención sobre las especiales exigencias de fundamentación que han de acompañar este tipo de medidas, pues si no logra acreditarse que la pertenencia a una minoría cultural sitúa a los individuos en una situación de especial desventaja en relación con otros sectores de población, se corre el riesgo de que tales medidas agudicen los problemas de reconocimiento, al ser percibidas como un privilegio injustificado a favor de dicho grupo, lo que puede llevar a alimentar sentimientos de hostilidad en su contra por parte de otros individuos y grupos sociales que comparten las mismas condiciones de marginalidad que los harían también merecedores de este tipo de prestaciones.

3.2. Derecho a prestaciones adecuadas a las diferencias culturales.

Esta segunda modalidad de derechos sociales culturalmente diferenciados ya no supone, como en el caso anterior, la atribución de prestaciones adicionales para los miembros de una minoría cultural, sino la adaptación del contenido de los derechos prestacionales reconocidos a todos los individuos (salud, educación, vivienda, etc.), para acomodarlos a las particulares concepciones que una minoría cultural tenga acerca de sus necesidades básicas o de los medios a emplear para satisfacerlas. Un ejemplo lo constituye la cuestión de si tienen los miembros de una comunidad indígena el derecho a recibir atención médica de acuerdo con los parámetros de la medicina tradicional indígena, habida cuenta de las diversas concepciones que tienen dichas comunidades sobre la enfermedad y su tratamiento.

Para dar respuesta conviene retomar la distinción efectuada anteriormente entre el contenido inicial o *prima facie* de un derecho fundamental y su contenido definitivo. Para el caso de los derechos sociales fundamentales podría admitirse, siguiendo a

³² Según cálculos de la UNICEF, la desnutrición afecta a más del 70 por ciento de los niños indígenas en toda Colombia. En el primer semestre de 2007 se registró el deceso de varios niños indígenas que habitaban un albergue para desplazados en el departamento del chocó sobre el Pacífico Colombiano. Según un estudio realizado con los niños ubicados en este albergue, de los 116 niños entre los 0 y los 5 años que permanecían allí, el 86,7% padecía desnutrición crónica, entre leve y severa, y el 12,9% padecía desnutrición aguda. Fuentes: www.unicef.org/colombia/ y "El hambre y la desnutrición enlutan a indígenas Embera Chocó y Risaralda", en: www.etniasdecolombia.org/actualidadetnica/detalle.asp?cid=5309, páginas consultadas el 29 de junio de 2007.

³³ Corte Constitucional colombiana, sentencia C-088/2001.

Rodolfo Arango, que su contenido inicial o *prima facie* está integrado por «todas las posiciones jurídicas que se le pueden adscribir a un enunciado normativo o a una 'red de enunciados normativos' por medio de *razones válidas*»³⁴. A su vez, el contenido definitivo del derecho estaría integrado por aquellas posiciones jurídicas cuya adscripción pueda ser fundamentada en *razones válidas y suficientes*. Esto último implica que para consolidar una posición iusfundamental como definitiva es preciso efectuar una ponderación entre las razones válidas que cuentan a favor de la adscripción de dicha posición y las razones en contra de la misma y que las primeras logren imponerse sobre las segundas.

Sobre la base de esta distinción podría afirmarse entonces que los miembros de las comunidades indígenas tienen *prima facie* el derecho a recibir atención médica de acuerdo con los parámetros de su medicina tradicional. Existen una red de enunciados normativos que respaldan dicha adscripción, tales como los artículos 2.2 y 25.2 del Convenio 169 de la OIT: «Los servicios de salud deberán... tener en cuenta... sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales», además de los enunciados constitucionales referidos a la salud y a la protección de la diversidad étnica y cultural. Además de argumentos interpretativos básicos (de orden literal), como razones válidas para fundamentar dicha adscripción cuentan lo dicho antes a propósito de que si bien la salud, esto es, la conservación de la integridad física y síquica es una necesidad universalizable, no lo son los medios para satisfacerla. En consecuencia, si no cabe reclamar la neutralidad (porque es inevitable que un estado social tome decisiones en materia sanitaria), si cabe reclamar su *imparcialidad*, con lo cual, del mismo modo que los miembros de la cultura tradicional tienen un derecho a reclamar acceso a la medicina occidental, también los individuos pertenecientes a minorías culturales tendrían, en principio, igual derecho a reclamar acceso a su medicina tradicional.

Pero para llegar a afirmar que tal derecho *prima facie* se consolida como un derecho definitivo es preciso que las razones a favor de la adscripción del derecho derroten en una ponderación a los argumentos que se oponen a la misma. Una tal ponderación no puede hacerse en abstracto, en el vacío, sino teniendo en cuenta las circunstancias concretas —sociales, económicas y culturales— en las que se debate a propósito de la garantía de tales derechos. Con todo, es posible anticipar dos argumentos que, de manera general, pueden oponerse a la consolidación de un derecho definitivo de los miembros de comunidades indígenas a acceder a su medicina tradicional: el primero señala que la creación de prestaciones culturalmente diferenciadas puede suponer un incremento del coste de los servicios; el segundo se refiere a que un derecho tal puede implicar vulneración de otros derechos fundamentales.

El argumento del coste pende, en general, sobre la garantía de los derechos sociales fundamentales al tener por objeto prestaciones que inevitablemente comprometen recursos económicos siempre escasos. Pero en este caso dicho argumento adquiere mayor relevancia, por cuanto los esfuerzos de reproducción cultural resultan onerosos, tanto más cuanto más diversas sean las comunidades culturales que habitan al interior de un mismo país. La protección de la medicina tradicional indígena está estrechamente ligada a la protección de su territorio, pues de ello depende la disponibilidad de agua potable, alimentos, plantas de uso medicinal, minerales y animales; pero además, la recuperación de este saber y la capacitación del personal sanitario es costosa³⁵. Por otra parte, teniendo en cuenta la realidad latinoamericana, donde el acceso a prestaciones mínimas de salud esta vedado a amplios sectores de la población, y donde hay tantas otras necesidades (vivienda, educación, trabajo, etc.) sin satisfacer, reclamar el acceso a medicina tradicional indígena parecería ser un lujo que no podemos permitirnos.

³⁴ Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, citado, pág. 20.

³⁵ Sobre los componentes que involucra el derecho a la salud desde la perspectiva de las comunidades indígenas vid. Anne Sophie Merche, Alejandra María García y Alejandro Mantilla, *Los derechos en nuestra propia voz. Pueblos indígenas y DESC: una lectura intercultural*, Bogotá, ILSA, 2006, págs. 171 y ss.

Así pues, aunque la garantía definitiva de un derecho como el que venimos analizando dependa de las “posibilidades fácticas”, y sin desconocer que ante todo corresponde al legislador las decisiones acerca del reparto de recursos escasos para satisfacer necesidades múltiples, creo que es posible consolidar como definitivo el derecho a acceder a la medicina tradicional en los casos en los que ya exista infraestructura para prestar este servicio sanitario especial. La Corte Constitucional colombiana adoptó una decisión en tal sentido al resolver favorablemente la tutela interpuesta por un indígena de la comunidad Yagüas del Amazonas, de 72 años de edad y enfermo de cáncer de próstata, quien estaba recluido en una cárcel de Bogotá, a donde había sido trasladado desde su región de origen con el fin de someterlo a tratamiento médico “científico”, el cual fue rechazado por el paciente. Esta persona solicitó reiteradamente ser trasladado de nuevo a Leticia, argumentando que allí tenía acceso a la medicina tradicional indígena³⁶. La administración penitenciaria negó el traslado argumentando precisamente que el recluso se encontraba sometido a tratamiento médico convencional. La Corte consideró que «aunque no es obligación del Estado suministrar medicina alternativa a un recluso, salvo que ya exista infraestructura», tutelaba el derecho de esta persona a recibir la medicina tradicional indígena en virtud del principio que ordena el respeto de la diversidad cultural³⁷.

El segundo de los argumentos que se oponen a la consolidación de un derecho definitivo de los miembros de comunidades indígenas a acceder a su medicina tradicional, se refiere especialmente a la puesta en práctica de tratamientos que puedan poner en peligro la vida de los pacientes. En este punto conviene introducir la distinción que propone Jesús Mosterín entre rasgos culturales “imponderables”, los cuales «reflejan meramente las convenciones sociales del grupo y los gustos adquiridos de los individuos, por lo que no pueden contrastarse con la realidad externa, ni hay manera de sopesarlos o compararlos unos con otros de un modo objetivo», como ocurre, por ejemplo, con las distintas formas de saludarse que adoptan diversas culturas. Por otra parte, los rasgos culturales “ponderables”, que constituyen «meros instrumentos para realizar una función bien definida y es posible medir objetivamente lo bien o mal que la cumplen, con independencia de las convenciones grupales»; así, por ejemplo, un cuchillo sirve para cortar y puede constatarse objetivamente que un cuchillo de acero corta más y mejor que uno de piedra o madera, lo cual no depende de las convenciones o las tradiciones, sino de la estructura física de la realidad³⁸.

Podría afirmarse con este autor que el desarrollo de la anatomía científica, basada en la observación de cosas realmente existentes, como huesos, arterias y nervios, es un rasgo cultural ponderable y el conocimiento de la ciencia médica actual ha trascendido muchas barreras culturales porque algunas de sus conocimientos y prácticas curativas han demostrado ser un instrumento superior a otras prácticas culturales para preservar la vida (en efecto, muchos de los avances importantes se producen en países no occidentales como India, China o Japón). No pretendo entrar aquí en una discusión sobre si se trata o no de un conocimiento universalizable, aunque sobre el punto considero que las conclusiones avaladas por el método científico, aunque falsables, pueden ser tenidas por válidas a falta de prueba en contrario. Tan sólo quiero afirmar que, cuando se trata de tomar decisiones como si se deben o no financiar ciertas

³⁶ En su escrito de tutela el solicitante alega que: «El tratamiento que ellos me están haciendo, para tratar el cáncer de la próstata, consiste en una combinación de las siguientes plantas: guarapurana con uña de gato y murare, tratamiento que me ha calmado y frenado el avance del cáncer prenombrado. Tratamiento que se hace imposible de realizar acá en esta ciudad capital dada la lejanía con el territorio del asentamiento indígena y la imposibilidad económica por cubrir las erogaciones provenientes del encomendaje. Este proceder médico puede parecer frente al entendimiento de la ciencia médica convencional de occidente como el más grande de los absurdos, sin embargo para nosotros y para nuestra cultura es el resultado infalible de la tradición médica indígena, la cual me veo en la franca obligación de acatar por principio y por convicción».

³⁷ Corte Constitucional colombiana, sentencia T-214 de 1997.

³⁸ Jesús Mosterín, *La naturaleza humana*, Madrid, Espasa Calpe, 2006, págs. 246 y s.

prácticas médicas tradicionales o incluso si deben prohibirse, no es posible permitirse un *non liquet* pretextando el respeto a la diversidad cultural, sino que es preciso decidir con apoyo en la información más fiable de la que se disponga. Por eso allí donde pueda argumentarse con premisas empíricas seguras que un tratamiento propio de la medicina tradicional de un grupo minoritario es contraproducente por poner en peligro la vida de las personas creo que existirían razones para que su prestación no se consolidase como un derecho definitivo a cargo del Estado. Un supuesto distinto es si además debe prohibirse su práctica. Este sería un caso de paternalismo estatal, justificable en relación con menores, pero no con personas adultas que hayan tenido acceso a toda la información relevante acerca del peligro de dichas prácticas. Lo que no puede justificarse so pretexto de defender la integridad cultural de una comunidad es impedir a sus miembros que puedan acceder a la información necesaria para evaluar las prácticas médicas de su comunidad o a las prestaciones propias del sistema sanitario oficial. En tal sentido, como bien lo señala Garzón Valdés, «el aseguramiento de la calidad de agentes morales de los individuos que integran una comunidad nacional culturalmente heterogénea, requiere de un movimiento en dos direcciones: por una parte, las autoridades nacionales deben promover la homogeneidad asegurando el derecho de todos los habitantes a la satisfacción de todas sus necesidades básicas; por otra, los representantes de las comunidades indígenas deben estar dispuestos a abandonar reglas o principios de comportamiento si, dadas las circunstancias actuales, ellos contribuyen a aumentar su vulnerabilidad»³⁹.

En conclusión:

1. El sentido de proteger la diversidad cultural es enriquecer las opciones de las que disponen las personas para elegir y revisar sus planes de vida. Todas las medidas que apunten a favorecer esta diversidad, y con ello a expandir la libertad humana, cuentan en principio con razones a favor de su adopción. En cambio, aquellas medidas que tiendan a enclaustrar a las personas en un horizonte cultural determinado, o a convertir a los individuos en medios para preservar las costumbres del grupo deben ser rechazadas y en todo caso excluidas del lenguaje de los derechos.

2. Los derechos culturalmente diferenciados no deben ser pensados como estímulos para fidelizar al individuo a su cultura, para que permanezca atado a su horizonte cultural y no se anime a salir de él precisamente para no dejar de recibir los beneficios que le reporte la pertenencia a cierta minoría cultural. Por eso, un modelo de derechos culturalmente diferenciados no debe otorgar a los individuos ventajas sobre otros en razón de la pertenencia a una determinada cultura, sino limitarse a compensar las desventajas reales que padecen los individuos que pertenecen a grupos culturalmente minoritarios. Si las decisiones culturales del estado en materia lingüística, educativa, sanitaria, suponen poderosos incentivos o presiones para que el individuo abandone sus prácticas culturales y se asimile a la cultura mayoritaria, los derechos culturalmente diferenciados sólo se dirigen a contrarrestar las presiones para abandonarla con medidas que le permitan permanecer en ella si así lo prefiere, sin padecer por ello rechazo o menosprecio.

³⁹ Ernesto Garzón Valdés, "El problema ético de las minorías étnicas", en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 519-539, aquí pág. 534.

Hacia un nuevo Consejo General del Poder Judicial: la necesidad de unas nuevas bases de actuación*

Fco. Javier PEREDA GAMEZ

1. INTRODUCCION

Estamos viviendo una larga etapa de provisionalidad del actual Consejo General del Poder Judicial, en funciones desde el pasado mes de noviembre de 2006. Algunos se sentirán comprometidos por el aforismo ignaciano (“en tiempo de tribulación, no hacer mudanza”), pero este período de espera genera en otros un clima favorable para reflexionar sobre lo sucedido y para estudiar unas nuevas bases de actuación para el futuro Consejo.

Un planteamiento científico riguroso de cómo debe ser un nuevo Consejo General del Poder Judicial exigiría aportaciones de la Ciencia Política (en concreto, de la Doctrina de las Organizaciones), de la Sociología, de la Filosofía Política y de otras ramas del saber. El Derecho constitucional y el Derecho Orgánico Judicial podrían completar el sustrato legitimador de un análisis de tal tipo.

Frente a ello, planteo hoy y aquí una reflexión menos exigente. Mi propósito es analizar la actual situación en relación con quien suscribe, como un “estudio de caso”, el caso de los jueces y su autogobierno visto desde la perspectiva de un “sujeto” del sistema, de un “paciente”, sociológicamente hablando, que ha vivido la realidad directa e indirecta de todos los Consejos del Poder Judicial desde la promulgación de la Constitución. En este sentido, el hecho de haber conocido los sucesivos Consejos desde que este órgano constitucional se puso en marcha, sus fracasos y sus pequeñas grandezas, está en la base de la exposición que ahora inicio. Solo pretendo aportar algunos elementos de análisis de proyección subjetiva, unas reflexiones personales sobre la posibilidad de que nuestro siempre deficitario Consejo pueda mejorar, en una nueva etapa. Con la exposición de este “caso” podrán, acaso, los expertos en Sociología, Filosofía y Ciencia Política, enriquecer sus análisis.

La reflexión se realiza desde la atalaya que me concede mi extracción profesional de juez, la experiencia acumulada con la edad y mi condición de ciudadano. Desde este último parámetro, mi aportación parte de una visión de alcance político, en el sentido propio del interés por la *polis*, en razón de mi pertenencia a la ciudadanía, pero no va a ser la propia de una actividad política. Mi exposición no tiene fundamento (pretende no tenerlo) en mis ideas o convicciones políticas, ni para defender ningún programa político sobre como deba ser el Consejo en el futuro. Por ello, me voy a limitar a reflexionar genéricamente sobre cómo debería ser la actuación de un nuevo Consejo General del Poder Judicial. No es mi objetivo actuar como portavoz de ningún proyecto asociativo para el nuevo Consejo, ni del proyecto de la asociación profesional a la que pertenezco, porque ello corresponde a los candidatos elegidos y al Secretariado, ni de ninguna otra asociación, por corresponder también a los candidatos y órganos de dichas asociaciones tal tarea y porque, además, el acceso a dichos proyectos es opaco y difícil. Por dicha opacidad de los programas, tampoco es posible (porque faltan los materiales necesarios) un trabajo de síntesis que, con superación de las ideologías concretas, permitiera, por vía inductiva, una descripción de las coincidencias asociati-

* Este trabajo es una versión corregida del texto de la ponencia desarrollada en las Jornadas sobre “La crisis del Poder Judicial”, organizadas por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica y el Area de Filosofía del Derecho de la UPF/EHU, en Oñate (Guipúzcoa), los días 14 y 15 de diciembre de 2006.

vas sobre unas nuevas bases de actuación. Más difícil aún sería el empeño cuando surgen candidaturas independientes apoyadas por importantes sectores de la carrera judicial.

Plantear unas “nuevas bases de actuación” para el nuevo Consejo me sugiere un intento de concreción de la “visión” y de la “misión” de este órgano. Más que exponer líneas programáticas o de apuntar aspectos concretos de política judicial (actividad propia de quienes luchan por acceder al poder), querría situarme en el terreno de los “valores en juego” para el correcto desarrollo de las funciones de este órgano constitucional. Por ello, voy a utilizar una terminología anglosajona, tomada de la ciencia de las organizaciones, que se fija en los principios pero incluye también el análisis de las debilidades y amenazas y de las fortalezas y oportunidades y apunta a la descripción de posibles instrumentos de mejora. En otras palabras (las propias de la terminología del método continental), se trata de concretar la priorización de valores, de establecer los objetivos generales de cualquier Consejo y, acaso y en último término, de apuntar algunos objetivos, por áreas de actuación, que puedan ser de común aceptación y no estén condicionados a la particular extracción ideológica o política de los nuevos vocales.

Me voy a centrar en un breve análisis del entorno (la descripción de la situación actual, especialmente de los últimos años), que me lleva a una constatación severa, como punto de partida, de las debilidades y amenazas del Consejo, como órgano constitucional (menos como organización administrativa), tanto desde la perspectiva interna (la general desafección de los jueces sobre la tarea del Consejo), como externa (la consideración general de la opinión pública de que se trata de un órgano altamente politizado y poco eficaz).

En esta perspectiva, voy a exponer mi particular opinión sobre la “misión” última del Consejo y sobre la visión que, a mi criterio, ha de guiar la tarea de gobierno de los jueces. Tras ello, intentaré describir las debilidades y amenazas (la debilidad institucional y la amenaza partidista) y las fortalezas y oportunidades (la persistencia del fundamento democrático, el conocimiento de la cultura de la deliberación y la aún dimensionada estructura organizativa del órgano), para acabar por apuntar algunas oportunidades de mejora y algunos instrumentos para su alcance (la elaboración de un código de comportamiento de los vocales, el establecimiento de un protocolo democrático de actuación y la reforma de la estructura administrativa).

El análisis que voy a realizar no puede apoyarse, en todos sus extremos, en bases objetivas (técnicas, científicas) y por ello es en gran parte tributario de apreciaciones personales. Las afirmaciones que verso y el resultado al que llego deben tomarse con las debidas reservas y las someto, ya desde ahora, al debate, a la deliberación y a las lógicas reglas de comprobación y contraste.

2. UNA APROXIMACION AL “ANALISIS DEL ENTORNO”: LA CRITICA DE PARTIDA

Desde la perspectiva interna, es claro el desapego general de los jueces por su órgano de gobierno. A una opinión muy extendida sobre la insuficiente actuación del Consejo ante las necesidades de la Justicia, se une la crítica sobre su insuficiente defensa de los intereses del colectivo judicial. Cabe citar algunos ejemplos: la falta de reconocimiento de los esfuerzos personales, la imprevisión sobre expectativas de progresión profesional, la desatención de los riesgos del estrés, del *burn out* y de la depresión, la insuficiente actuación en materia de apoyos y sustituciones externas (suplencias), las dificultades para acceder a cursos de formación con liberación de tareas, la imposición de sistemas de retribución basados en la productividad y no en la calidad (con pérdida de haberes en determinados supuestos, sistema que ahora se pretende reeditar), la aceptación acrítica, por parte del Consejo actual, de la creación de la categoría de “jueces

en expectativa de destino” a causa de una deficiente programación presupuestaria gubernamental, etc. Todos ellos son ejemplos de la persistencia de críticas fundadas, aunque generalmente éstas no trascienden a la opinión pública.

En relación con las concretas competencias, las críticas persisten. El Servicio de Inspección mantiene una impronta disciplinaria, tímidamente activa respecto a planes de apoyo y de refuerzo y alejada de las tareas de una real auditoría de la planta y de la oficina judicial, imprescindible para llevar a cabo sucesivas reformas. Han sido mal recibidas por los jueces las noticias sobre expedientes informativos a compañeros en relación a actuaciones judiciales en materia de violencia doméstica y, en general, los anuncios de actuaciones inspectoras en razón de la tramitación de expedientes de repercusión política o mediática, de las que los implicados, en algunos casos, han sido los últimos en tener conocimiento. Se critica, al tiempo, la resistencia del Consejo a proteger a los jueces que se sienten inquietados, con una interpretación muy restrictiva de las previsiones del artículo 14 LOPJ. Por otro lado, la Estadística judicial, base necesaria de conocimiento para cualquier reforma, tampoco funciona bien.

La selección y formación inicial de los jueces no despierta interés para la mayoría de los miembros de la carrera judicial y en torno a un 20% de los jueces no participan, desde hace años, en ningún curso de formación. Los sucesivos Consejos han perpetuado productos formativos anquilosados, que no son suficientemente atractivos, y algunas actividades han llegado a sugerir, a personas no versadas, que se ampara un cierto “turismo judicial”.

Pocos se interesan sobre la función informativa del Consejo en relación con anteproyectos de ley y la política de nombramientos está absolutamente denostada, reconducida a un reparto de cargos entre las diferentes “sensibilidades”, reflejo a su vez de la mayoría y minoría políticas de turno y que no atiende, con carácter preferente, a criterios de mejor mérito o mayor capacidad.

Se ha ganado en materia de provisión de medios materiales (ordenadores, libros, bases de datos, publicaciones jurisprudenciales, etc.), debido en parte a las ayudas de las Comunidades Autónomas.

En cuanto a la perspectiva externa, la imagen del Consejo ante la opinión pública no queda mejor parada. Es interesante e ilustrativo echar un vistazo a la prensa, para constatar la instalación de la política partidista en la calificación de las tareas del Consejo, con titulares nada recatados: “Los *conservadores* del Poder Judicial *exigen* dos de las tres presidencias del Supremo y bloquean su renovación” (*El País*, 10 de marzo de 2005); “La mayoría del CGPJ ofrece desbloquear los nombramientos. De las siete plazas vacantes en el Supremo, tres serían propuestas por el sector minoritario” (*El Mundo*, 20 de enero de 2006); “Mayoría y minoría del CGPJ *se reparten* cuatro presidencias de TSJ” (*ABC*, 21 de junio de 2006); “Dos vocales *conservadores querían echar* al juez del Olmo” (*El País*, 14 de septiembre de 2006); “*El sector del PP en el Poder Judicial se niega a defender a Garzón de la campaña de insultos*” (*El País*, 4 de octubre de 2006).

En ocasiones, las informaciones generan mayor alarma: “El gobierno estudia quitar poder a la *cúpula judicial* para evitar su *rebeldía*” (*La Vanguardia*, 28 de enero de 2006), aun recogidas en medios secundarios: “Martín Pallín retira su candidatura a presidir la Sala II del TS al sentirse *objeto de ‘mercadería’* por el CGPJ” (*Europa Press*, 17 de marzo de 2005); “La APM está convencida de que el Gobierno *entregará la justicia a los nacionalistas*” (*Diario de Noticias*, 26 de octubre de 2005) y reflejan que el Poder Judicial no ha sabido encontrar la necesaria equidistancia.

En suma, está en boca de la opinión pública la “Excesiva politización” (*La Vanguardia*, 6 de abril de 2006), la “División” (*Avui*, 20 de abril de 2005), el “Enfrentamiento” (*La Razón*, 14 de abril de 2005), la “Fractura” (*El País*, 30 de marzo de 2005), la “Guerra interna” (*La Razón*, 31 de marzo de 2005) de nuestro Consejo General del Poder Judicial.

El último Consejo (de hecho, la mayoría que lo gobierna) se ha mostrado especialmente beligerante con las opciones de política legislativa sobre la reforma de la casación, el Estatuto de Autonomía de Cataluña, el matrimonio homosexual, la justicia de proximidad y los consejos de justicia autonómicos. Cualquier ciudadano puede participar de determinadas críticas sobre el diseño de algunas de estas reformas (lo han hecho las asociaciones judiciales y varios juristas de prestigio), pero lo preocupante es el “activismo” parciario del Consejo, elaborando informes que no son el resultado de un trabajo interno de reflexión, debate y acuerdo y que, en algunos casos, ni siquiera han sido solicitados.

Se ha abandonado la cultura de la deliberación, una metodología de trabajo muy arraigada en la función judicial, que no logra trascender porque se parte de la imposibilidad de convencer a quien piensa de otra manera¹, sin duda por su fuerte dependencia partidista y asociativa. La decisión está predeterminada antes de cualquier deliberación o debate. El Consejo actúa como un órgano de puro poder, en el que la posibilidad de persuadir a través del diálogo y la discusión está excluida a priori por planteamientos políticos o corporativos previos al debate, reduciendo el momento democrático a la votación, cuando el momento fundamental de una democracia es el debate.

Todo ello supone una pérdida de legitimidad moral frente a los gobernados y frente a la opinión pública. Especialmente, respecto a la política de nombramientos, la designación de cargos (magistrados del Tribunal Supremo, Presidentes de Audiencia Nacional y del Tribunal Superior de Justicia y, en gran medida, Presidentes de Audiencias Provinciales) se tiñe de adscripciones ideológicas y llega a afectar a la profesionalidad e incluso a la honorabilidad de los candidatos, que pueden verse sometidos a un “cambio de cromos”. Como dice Gómez, cada candidato puede quedar marcado por el voto que recibe, para toda su carrera, como “conservador” o como “progresista”, con un efecto desmoralizador demoledor².

La sospecha se extiende a cualquier nombramiento, incluso reglado (los jueces de instrucción de la Audiencia Nacional, por ejemplo) y la mancha de desconfianza se alarga a cualquier juez que intervenga en un asunto de importancia política o de trascendencia mediática.

Tal situación ha revertido, perversamente, en la tarea de cada juez. Si no se para esta rueda, se acabarán interpretando en clave exclusivamente ideológica las decisiones de los jueces inferiores o los votos de un compañero de Sala, en los asuntos concretos. Sin duda es por ello que se instaura, como mecanismo de defensa, una clara tendencia de los jueces a alejarse de sus órganos de gobierno³.

Afortunadamente, los jueces seguimos juzgando en clave técnico-jurídica. Pero, hoy por hoy, todo lo que dicen los jueces parece derivar de su (presunta) adscripción ideológica⁴. Por otra parte, la crítica de los medios de comunicación y de una parte de la opinión pública se tiñe, a veces, de una concepción de la defensa del Estado como organización política suprema, como centro de poder y como “casa común” de los tres poderes, y no contempla la defensa del Estado de Derecho, como garante de los derechos individuales y sociales.

¹ Gómez Martínez, C.: “La crisis del modelo de autogobierno del Poder Judicial y perspectivas de reforma”, Congreso de Granada de Jueces para la Democracia, 2005.

² Gómez, *La crisis*, 4.

³ Es interesante comparar nuestra situación con la de Alemania, donde un juez escabino designado por el Partido Ecologista evoluciona y modera sus posturas hasta coincidir con las de los jueces profesionales, cuando se trata de resolver un asunto concreto (Mueller, G.: “La situation en Allemagne”, en las Jornadas *Justice et politique en Europe*, ENM, París, 29 noviembre a 3 diciembre 2004. Su reflexión está recogida en Pareda Gámez, F.J.: “Justicia y política en Europa”, *Jueces para la Democracia*, n.º 53, junio 2005, pág. 89. No niego la evidencia de que los jueces tenemos diversas tendencias políticas. Pero afirmo con rotundidad que la reflexión, el debate y el uso de la técnica jurídica nos lleva, en la inmensa mayoría de casos, a resolver en el mismo sentido los conflictos que se nos someten.

⁴ Así, en el caso Atuxa, sobre su negativa a disolver Socialista Aberzaleak, y las sucesivas intervenciones de la juez instructora y de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en las decisiones del juez Garzón o de la juez Gallego sobre los peritos del 11-M, etc.

3. LAS “DEBILIDADES Y AMENAZAS” DEL CONSEJO

Las debilidades y amenazas del Consejo General del Poder Judicial (en su composición actual y en las anteriores) habrán sido largamente debatidas y han sido ya diagnosticadas con rigor. Desde mi punto de vista, las dos principales son su debilidad institucional y la amenaza partidista, como consecuencia del sistema electivo de los vocales.

A) La debilidad institucional

El Consejo, en general, es una “institución en penumbra”⁵, del que un 72% de los españoles no tiene una idea razonablemente clara sobre sus funciones y responsabilidades. Esta apreciación no ha variado desde su creación, hace ahora 25 años, y se imputa a circunstancias diversas, como su propio diseño estructural (con una renovación completa al cien por cien cada cinco años)⁶ y los cambios en el modo de selección de sus miembros (3 modelos en dos decenios). No menos importancia tiene, a mi criterio, el déficit rotundo de funcionamiento democrático, sometido a una dinámica parlamentaria de pactos y a la disciplina partidaria, la falta de una definición real de la política judicial a seguir en campos fundamentales y, en fin, el puro juego de las mayorías.

No es extraño que, en estas circunstancias, la ciudadanía valore con un aprobado justo a la institución (un “5”), frente a una mejor nota, cinco lustros antes. En concreto, los ciudadanos consideran, en clara mayoría, que el Consejo no es transparente y claro a la hora de informar (83%), no es independiente del gobierno y de los distintos partidos (76%) y no rinde cuentas de su actuación (82%).

La crítica es más intensa cuando se consulta la opinión misma de los jueces, que daban una nota de un 6,2 (sobre 10), en 1984, pasaron a un 4,8 en 1987, a un 5,2 en 1990 y 1993, a un 5,6 en 1999 y a un 5 en 2003, tras el cambio del sistema de elección⁷. El argumento de descontento más invocado es que el Consejo es un órgano basado en criterios políticos y no profesionales, y ya no tanto su falta de eficacia. La consideración de que el Consejo defiende la independencia judicial (afirmación que sólo admite la mitad de la carrera judicial), está más extendida entre los jueces noveles que entre los veteranos, que dan una opinión mayoritariamente negativa⁸.

Más allá de los datos, la realidad diaria hace ver un desinterés y un desapego claro de los jueces (al menos esa es mi visión) respecto a la actividad del Consejo, aunque cada vez los compañeros quieran estar mejor informados⁹.

Este órgano constitucional funciona bien como órgano de gestión. El Consejo “ha aprobado”, en general, en temas como los concursos de traslado y de ascenso, permisos, licencias y situaciones administrativas (gestión de tareas que está reglada y en la

⁵ Toharia Cortés, J.J. y García de la Cruz Herrero, J.J.: *La Justicia ante el espejo. 25 años de estudios de opinión del CGPJ*, ed. CGPJ, Madrid, 2005, 48.

⁶ La permanente “adolescencia institucional” que diagnostican Toharia y García de la Cruz no deriva tanto, a mi criterio, de la falta de generación de una memoria histórica interna (que los vocales de extracción judicial tienen muy presente y el Cuerpo de Letrados va manteniendo y transmitiendo), sino de la indefinición de la verdadera misión del Consejo, la falta de aceptación institucional de la defensa de la independencia judicial y el déficit democrático en su funcionamiento. En este sentido, los avatares sobre el sistema de designación de sus miembros y sus concretas actuaciones han desprestigiado al órgano constitucional.

⁷ Los datos del estudio de Toharia y García de la Cruz se realizan sobre un total de 5 puntos. He doblado las cifras para facilitar la comparativa con las opiniones de los ciudadanos y para adecuarla a las referencias habituales de los barómetros de opinión.

⁸ El 48% de los jueces encuestados afirman que el Consejo defiende adecuadamente la independencia judicial y el 47% lo niegan; el 58% de los jóvenes contestan en sentido afirmativo y el 50% de los mayores, con más de 15 años de experiencia, contestan en sentido negativo (Toharia y García de la Cruz, *La Justicia*, 56).

⁹ Toharia y García de la Cruz, *La Justicia*, 55.

que el Consejo se limita a administrar) y el apoyo al juez con medios materiales (bases de datos, bibliografía, tarea editorial, Cendoj¹⁰, Punto Neutro Judicial), en una actividad parcialmente supletoria de la tarea de otras administraciones públicas.

El Consejo no merece crítica evidente en la gestión de las relaciones internacionales (se ha mejorado la forma de designación de los participantes en misiones exteriores), pero más digna de matiz es la valoración de las tareas de gobierno en materia de selección y formación de jueces y de inspección y función disciplinaria, que ya he recogido. Las críticas más aceradas de la actuación del Consejo se centran en la falta de transparencia (la pérdida de imagen, el fracaso de las políticas de comunicación con el Parlamento, con los ciudadanos y con los jueces) y en la deficiente aplicación de las políticas de género.

En otro sentido, la crítica no se realiza tanto contra las decisiones concretas como contra la falta de políticas claras de actuación. Los vocales que acceden al cargo no elaboran un Programa de actuación, las primeras sesiones del Consejo no se destinan a consensuar un programa conjunto y a establecer las políticas fundamentales (selectiva, formativa, informativa, etc.) y solo se han afrontado parciales ámbitos de actuación consensuada (atención al ciudadano, política de imagen). El déficit se visualiza especialmente en las relaciones con los medios de comunicación social, en la tarea informativa de proyectos de ley y en la política de nombramientos.

B) La amenaza partidista

La permeabilidad de este Consejo (y de los precedentes) a los intereses partidistas (y a los intereses asociativos y personales) ha lastrado enormemente, como bien diagnostica Carlos Gómez, la proyección externa, hacia la ciudadanía, de este órgano constitucional y también su proyección interna, hacia la carrera judicial¹¹. El nuevo sistema de elección de los vocales no es puramente democrático. De extracción asociativa, con una designa de candidatos tres veces mayor de los necesarios, o por obtención de avales entre jueces no asociados, la elección democrática se mediatiza con la posterior selección y designación de los nuevos vocales por las Cortes Generales.

La primera experiencia del nuevo sistema ha producido un desembarco en las tareas de gobierno de una nueva mayoría, que ha integrado sectores judiciales hasta ahora apartados del ejercicio del poder. Aparentemente más representativa de la carrera judicial, la nueva mayoría no supera las críticas de seguidismo¹² (lo que ha propiciado, sin duda la aparición de nuevas asociaciones judiciales). La política judicial se ha instalado en el bloquismo y el frentismo¹³ y ha llegado a reflejar posturas estridentes, partidistas¹⁴ y, en algunas materias, de tintes sectarios¹⁵.

El sistema de partidos aporta al Consejo, con demasiada frecuencia, vocales de obediencia política, ya a los partidos mayoritarios de implantación estatal, ya a los

¹⁰ El Cendoj obtiene la máxima nota (7,2, sobre 10) en el estudio de Toharia y García de la Cruz; los nombramientos y la atención por la oficina judicial, la peor (4,8, sobre 10).

¹¹ Gómez Martínez, *La crisis*, 2.

¹² "La participación asociativa se ha saldado al precio de consolidar la generalizada opinión que ve en las asociaciones meros apéndices togados de los partidos políticos, o peor aún, cabezas de puente de éstos en el poder judicial [...] Es difícil pretender que la opinión pública no nos vea politizados, en el mal sentido de la palabra, el de la política partidaria[...] El panorama es desolador" (López Keller, C. "La independencia del Poder Judicial: un viaje de ida y vuelta", *Jueces para la Democracia*, n.º 51, noviembre 2004, pág. 36).

¹³ Aunque el Tribunal Constitucional ya declaró, en la STC 108/1986, que el Consejo ocupa una posición autónoma y no subordinada a los demás poderes públicos y que los Vocales no son delegados o comisionados del Congreso y del Senado ni están vinculados al órgano proponente (FD 10).

¹⁴ El apoyo incondicional, por ejemplo al Ministerio de Justicia en la creación de la figura de los Jueces en Expectativa de Destino.

¹⁵ La desafortunada comparación con animales, por ejemplo, de los miembros de un matrimonio homosexual, felizmente retirada del texto final.

partidos minoritarios o nacionalistas¹⁶. No se oculta la pertenencia a los partidos o la simpatía de los vocales por cada uno de ellos. Los vocales de designación política no responden, en general, al perfil de grandes personajes de reconocido prestigio en relación con el pensamiento o la cultura jurídica, con actividad profesional en el ámbito jurisdiccional y con una concepción política clara del poder judicial. No son los representantes de la “sociedad civil” los que son nombrados vocales por designación parlamentaria, sino representantes “políticos” de sus respectivas formaciones de origen.

Por otra parte, el movimiento asociativo judicial propone a las Cortes hasta tres veces más candidatos de los que son necesarios. Realmente, no estamos ante un mecanismo de “ternas”, en las que se sitúa en primer lugar a la persona que la asociación considera más capacitada. La elección parte del origen territorial de los candidatos (procurando que todos los territorios se sientan representados), del número de votos que reciben (con corrección, en algunos casos, por discriminación de género), o de procesos de votación indirecta o de designación orgánica. La composición de listados cerrados (cada asociación los suyos) reduce la representatividad directa (mejor garantizada si todos los jueces pudieran votar a todos los candidatos), con mecanismos próximos a un sistema de “cooptación” y en perjuicio del cuerpo de electores. La oferta abierta de candidatos (3 por plaza) es engañosa, porque los poderes políticos no aseguran la elección con criterios ajenos a la máxima afinidad ideológica a sus postulados¹⁷.

Como dice Javier Hernández, la traslación al Consejo y, por tanto, al Gobierno de los jueces encargados de velar por su independencia, del esquema parlamentario de mayoría y minoría política y la consiguiente aplicación o reducción de procesos decisionales basados en la dinámica de enfrentamiento entre partidos, puede menoscabar los deseables niveles de independencia externa e interna de los jueces y, sobre todo, la confianza de los ciudadanos en la existencia de un poder judicial no sometido a los vaivenes y coyunturas partidistas¹⁸. Los jueces no reconocen al Consejo como “su” órgano de gobierno, porque opera como una asamblea con su mayoría y su minoría, en sesión plenaria incluso para cuestiones de pura acción de gobierno o de gestión, lo que comporta su ineficacia: “El dualismo deriva en manipuleísmo: cuando una opción es asumida por un sector es, automáticamente, anatemizada por el otro y se “politiza” el tema aunque en su origen fuese de naturaleza predominantemente técnica”¹⁹.

Decisiones basadas en el mero juego de la mayoría (con frecuente inclinación impúdica del Presidente del Consejo a favor de ésta) ha confirmado la desilusión de importantes sectores de la judicatura y la persistencia del escepticismo de la opinión pública. La falta de independencia del Consejo y de sus integrantes respecto a los partidos políticos y las asociaciones; la ausencia del debate y la imposición de la disciplina de voto; la pérdida de la función arbitral de su Presidente; la

¹⁶ El número total de vacantes a cubrir (20) se erige, también, en un *handicap* para asegurar la mayor excelencia de todos los nombrados (a menos plazas, hay más posibilidades de una selección acertada, si el proceso es correcto).

¹⁷ El nuevo mecanismo sugería una aparente voluntad despolitizadora” (Hernández García, J.: “A propósito del Proyecto de Ley de Reforma de determinados cargos judiciales: una reforma necesaria pero insuficiente”, *Jueces para la Democracia*, n.º 52, marzo 2005, pág. 4), con una aproximación a los sistemas italiano y francés, pero ha producido consecuencias indeseables, como la de dejar fuera del gobierno de los jueces a una asociación entonces muy representativa, la Asociación Francisco de Vitoria, y a los jueces no asociados.

¹⁸ Hernández, *A propósito*, 3. El autor transcribe las advertencias del Tribunal Constitucional en sus sentencias 45/1986 y 108/1996. De la segunda toma el siguiente párrafo: “se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial”.

¹⁹ Gómez, *La crisis*, 4.

perpetuación del sistema de cuotas y el “intercambio de cromos”, la falta de motivación de las decisiones²⁰, la deficiencia de los mecanismos de rendición de cuentas, información y control...

La desilusión de muchos jueces no mejora con la consideración de la tarea de las asociaciones, que ha favorecido más las aspiraciones personales que la participación en el Consejo como medio para alcanzar los fines asociativos (o los objetivos ideológicos y políticos subyacentes de algunos asociados). Un interesante movimiento alternativo (la creación de nuevas asociaciones y las candidaturas independientes) refleja que el colectivo no está satisfecho con los actuales canales de representación, pero el problema se puede reproducir, en tanto que pocos de los nuevos compañeros accederán al cargo y aún están por ver sus objetivos y su adaptación o superación de las viejas dinámicas.

La crítica es algo más beneficiosa para alguno de los Consejos anteriores, en los que hubo intentos de debate democrático, aunque finalmente se impuso la cultura de la transacción, en su manifestación de reparto de cuotas de poder y de cargos.

Ello implica una clara denuncia de déficit democrático y apunta, por tanto, a la reformulación de las relaciones de los vocales con los partidos y las asociaciones que les apoyan, a la necesidad de asumir la democracia como proceso (de debate, de deliberación), a concebir el gobierno como tarea en beneficio, también, de las minorías y a la exigencia de mejorar el procedimiento de trabajo interno y la organización administrativa.

Parto, por todo ello, de un diagnóstico negativo sobre la actuación del Consejo, a pesar de algunos logros específicos, porque el funcionamiento del órgano constitucional no responde aún a las expectativas de la ciudadanía y de los jueces.

4. LA MISION Y LA VISION DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El Consejo General del Poder Judicial es, legalmente, el órgano de gobierno del Poder Judicial (arts. 122.2 CE y 104.2 LOPJ), lo que significa el gobierno de los jueces (nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario²¹). El cometido del Consejo, en relación con sus competencias orgánicas, se ha identificado con demasiada frecuencia con la gestión administrativa de la carrera judicial, con cubrir los puestos de trabajo y con controlar los errores o los excesos de los jueces en sus destinos.

También se ha proclamado como misión del Consejo la de garantizar la “independencia” del Poder Judicial, bajo cuya invocación se justifican todos los actos del órgano, del alcance o del signo que sean. El gobierno de los jueces ha de asegurar la independencia judicial, pero esta tarea no es de competencia exclusiva del Consejo ni se puede interpretar en un sentido formal. La existencia del Consejo es “una garantía más de las que el ordenamiento establece” a tal fin, en la medida que la independencia se conecta a sus atribuciones y competencias, pero el Consejo no es un órgano “representante” del Poder Judicial, en el sentido de representación política (STC 45/1986, en especial, FD 8), ni agota el sentido de su existencia en la gestión de la carrera judicial, como presupuesto de un ejercicio independiente del trabajo de los jueces.

El ejercicio de las competencias del Consejo no es ajeno a la política, entendida como el “criterio o directriz de acción elegida como guía en el proceso de toma de

²⁰ La falta de motivación no hace sino fomentar la sensación de arbitrariedad (Gómez, *La crisis*, 4). Así lo ha recogido la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sus resoluciones anulatorias de nombramientos (casos Gómez Bermúdez y terna del Parlamento del País Vasco). No obstante, en el futuro habrá que velar porque la motivación sea seria y responda a parámetros técnicos.

²¹ Esta es la especificación constitucional de las funciones de gobierno (art. 122.2 CE). Los artículos 107 y 108 LOPJ las amplía a las de selección y formación, publicación jurisprudencial, información de proyectos de ley y disposiciones generales y a las auto-organizativas.

decisiones al poner en práctica o ejecutar las estrategias, programas y proyectos específicos del nivel institucional” o como las “orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado”²².

Si dejamos de lado el fundamento iuspositivista y la referencia abstracta a la independencia, podemos convenir, desde la doctrina de las organizaciones, que la misión y el cometido del Consejo General del Poder Judicial no pueden quedar constreñidos a la definición legal de sus atribuciones y tienen un alcance mucho mayor, porque el Consejo ha de estar al servicio de la sociedad a la que sirve. Gobernar el poder judicial no significa sólo mandar con autoridad, regir, o dirigir a sus miembros, sino también guiar, sustentar y alimentar la finalidad última de la existencia de los jueces.

Por ello, quisiera describir la misión fundamental del Consejo como la de *asegurar el progreso y la mejora de la organización judicial a través del progreso personal de los jueces, para conseguir una Justicia mejor*.

Concebir la misión en estos términos, de progenie técnica, permite amparar las diversas concepciones y las distintas sensibilidades sobre la Justicia. Si aceptamos como norte que lo básico es facilitar el progreso personal de los jueces, porque ello revierte en el bien común, las diversas opciones políticas o asociativas pierden preeminencia. No tienen porqué contraponerse las derechas y las izquierdas, la justicia técnica y la justicia social, la justicia como poder del Estado y como servicio público, la defensa de los jueces como Autoridad y como ciudadanos integrados socialmente.

Si el nuevo Consejo consensúa una misión organizativa de tal alcance, perderán peso específico las referencias a la independencia o la integración social como signos de identidad asociativa y ganará terreno un enfoque intimista y respetuoso de los jueces en el que la excelencia técnica y la valía personal (como marco de los criterios de mérito y capacidad) encuentren cabida. En esta misión básica pueden encajar todas las concepciones que rechacen ver en el Consejo un órgano de control de los jueces, del signo que sea.

Este marco de referencia debería trabajarse con rigor y debatirse y consensuarse su sentido. Esta debiera ser la primera tarea del nuevo Consejo, afrontada con modestia intelectual y personal y con amplitud de miras, y tal concepción debería estar siempre presente en todas las actuaciones y decisiones del nuevo Consejo.

Si se acepta esta premisa, podemos construir una “visión” del órgano de gobierno de los jueces que, a grandes rasgos, podría basarse en cuatro puntales:

1. Identidad: Reformulación del marco de relaciones institucionales. El Consejo necesita encontrar su lugar, en el juego institucional y social. Sentado que el Consejo no es la suma de vocales heterogéneos sino la síntesis consensuada de propuestas, es evidente que deben romperse los lazos directos con partidos y asociaciones, cuidar las relaciones de la institución con los otros poderes del Estado y con las Comunidades Autónomas, en razón del programa que se establezca, e incrementar los puentes de relación con la ciudadanía (atención al ciudadano, asociaciones cívicas, defensor del pueblo, etc.). También deben reformularse las relaciones con los jueces (no sólo con las Salas de Gobierno, los Presidentes de Audiencias y los Decanos), mediante contactos directos y evitando la cultura del “seguidismo” y las visitas y relaciones de pleitesía.
2. Opinión: Posicionamiento de fondo, cuando ocurran hechos que afecten gravemente a los derechos humanos y a los derechos fundamentales o a la exigible tutela de los tribunales. No se trata de tomar partido en todos los debates sino de situar al Consejo en el debate ciudadano y social cuando la sociedad española viva momentos decisivos y de transmitir la visión institucional ante hechos de

²² *Diccionario de la Lengua Española*, RALE, 1992, 21ª ed., 6ª acepción.

gran significación colectiva. Los atentados del 11-M, el 25º aniversario de la recuperación de las libertades democráticas o el fin de la violencia etarra (cuando se produzca), han de merecer un posicionamiento institucional. El Consejo también debe cuidar de la difusión, no solo interna, de las resoluciones judiciales de órganos superiores que pueden interesar a la ciudadanía y a la opinión pública.

3. Visión externa: Definición de las grandes líneas del diseño del servicio público judicial. De forma ajena a la actividad de otros órganos de poder²³, el Consejo no debe cejar en consensuar una visión comúnmente aceptable de cómo conseguir el progreso y la mejora de la organización judicial²⁴. No se trata de rechazar o criticar las opciones de política legislativa del gobierno de turno, ni de elogiarlas, sino de mantener una reelaboración ideológica constante como marco de la acción de gobierno. Algunos antecedentes se han dado sobre la obtención de este tipo de consensos, como en la elaboración del Libro Blanco de la Justicia de 1997 y en los debates sobre las últimas reformas procesales y el desarrollo de esta visión externa podría instrumentarse a través de una unidad administrativa o un centro de estudios superiores de la Justicia.
4. Visión interna: Desarrollo integral de la carrera judicial. El Consejo debe elaborar y mantener una visión clara de la carrera judicial que administra. Es cada vez más urgente la definición de perfiles, el establecimiento de un itinerario profesional claro y la identificación del nuevo rol del juez, ante la reforma de la oficina judicial.

Desde la primera perspectiva, junto a un perfil del opositor que ha sido muy criticado, y a la indefinición del perfil que se pretende de quien ingresa y egresa de la Escuela Judicial (es conocido el debate sobre si es un “alumno” o un “juez en prácticas”), no hay progreso alguno en la definición de los perfiles profesionales del juez de entrada²⁵ (de pueblo, de cinturón, de costa, de instrucción, civil...), de los magistrados unipersonales (al servicio de Juzgados diversos) o colegiados (con múltiples posibles destinos) ni de los magistrados del Tribunal Supremo.

Tampoco existe una visión clara sobre los itinerarios profesionales posibles²⁶ para conseguir un mejor servicio, un progreso personal de los jueces y una Justicia mejor. Hoy por hoy, se identifica progreso con multiplicación de órganos especializados y no con la progresión de la carrera profesional de cada juez²⁷. Se prima el “encerrarse” en una especialización y no la capacidad de transformación y de adaptación, con riesgo de atribuir a los especialistas el monopolio de la interpretación²⁸. No se definen los “tramos” profesionales, ni se relaciona el acceso a cargos superiores con una mayor preparación. No se retribuye, ni se promociona, ni se recompensa en razón del esfuerzo personal. La

²³ Por ejemplo, con la suscripción del Pacto de Estado por la Justicia, por parte de los partidos políticos, de 2002, lamentablemente ineficaz por su denuncia por parte de los partidos que los suscribieron.

²⁴ La reclamación constante de nuevos “medios personales y materiales” es ya insuficiente.

²⁵ Notable excepción es el trabajo del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, sobre “Perfil professional del jutge de primera instància i instrucció”, septiembre de 2006 (facsimilar).

²⁶ Simplemente, se toleran las especializaciones sucesivas de órganos y se va atendiendo a las urgencias legislativas (juzgados de lo penal o de familia, juzgados de violencia doméstica) o se crean especialidades (juzgados y especialización de menores o de lo mercantil), sin tener en cuenta que la perpetuación de los jueces en los mismos órganos o su especialización en una concreta materia tiene riesgos funcionales (la “apropiación” del poder en un área de conocimiento y las dificultades de avance interpretativo, por ejemplo) y personales (el cansancio y el anquilosamiento, por poner dos ejemplos) que no siempre compensan la “seguridad jurídica” y la mejora del servicio que se predica como fundamento.

²⁷ Un juez recién ingresado, que sirve un juzgado de partido, pasará sucesivamente por diversos destinos (juez de cinturón, especialista, juez de capital, juez de sala...). No es bueno que un juez permanezca sólo meses en su primer destino ni que a los 30 años sea ya magistrado de una Audiencia Provincial (donde trabajará 40 años en lo mismo). Este tipo de situaciones y otras similares se han dado con frecuencia.

²⁸ Este riesgo es, precisamente, el que se pretende conjurar en países como Francia, Italia o Alemania con sistemas de rotación en las sucesivas funciones judiciales y en las diversas especialidades por materias.

formación y la inspección no se corresponden con la visión “itinerante” de cada opción personal. No se han desarrollado las previsiones de la LOPJ sobre formación quinquenal, ni se trabajan los itinerarios formativos de forma paralela a los profesionales (salvo en la programación de breves cursos, por cambio jurisdiccional o por especialización).

La oficina judicial que se avecina apartará definitivamente al juez de las funciones de dirección, compartidas en el más complejo reparto competencial que conozco²⁹. Es hora de establecer una nueva visión de la tarea del juez, más centrado en las competencias técnicas, analíticas y personales del poder de decisión que en las competencias relacionales y funcionales³⁰.

5. LAS FORTALEZAS Y OPORTUNIDADES DE UN NUEVO CONSEJO

La desilusión actual puede ser vencida si se asumen determinados valores de la cultura representativa, ajenos a la mecánica de la cooptación y de la “correa de transmisión”. La clarificación de la misión del Consejo ha de ayudar a tal fin y el escepticismo puede superarse si se profundiza en el método democrático, aunque no se participe de la misión y de la visión que acabo de exponer.

La concreción de unas nuevas bases de actuación del Consejo General del Poder Judicial debe partir de las fortalezas de los colectivos que lo sustentan, a quienes corresponde el nombramiento de los vocales: las de los partidos políticos de representación parlamentaria y las de las asociaciones de jueces y los jueces no asociados. Creo ver dos fortalezas básicas: el fundamento democrático del poder y la transposición de la cultura de la deliberación.

A) El fundamento democrático

Jueces hondureños admiraban, hace pocos días, los términos respetuosos de un acalorado debate asociativo, en la Sección Territorial de Catalunya de Jueces para la Democracia. Las actuaciones de anteriores Consejos no fueron tampoco ajenas a un cierto *fair play* discursivo. Bueno es este punto de partida, el del respeto físico y verbal del oponente (no necesariamente adversario), pero el debate democrático es mucho más, sea en el seno de una asociación, sea (con mayor motivo) cuando se trata de gobernar el poder judicial.

El gobierno del poder judicial se puede entender de tres formas, en tres sucesivas etapas: como una manifestación de un criterio decisonal democrático³¹, como un ejercicio de los derechos democráticos de participación y decisión³², o como un ejercicio filosófico–aplicativo³³ de principios y valores.

²⁹ No sé de ninguna organización administrativa ni empresarial en la que las facultades de dirección y decisión estén tan atomizadas (el juez es el jefe último de la oficina judicial, pero también mandan el Secretario, el Gerente territorial, la Comunidad Autónoma o el Ministerio de Justicia, la Sala de Gobierno y el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial...).

³⁰ Se puede consultar el trabajo del CEJFE de la Generalitat de Catalunya citado en la nota 25 y los trabajos de Fernández Entralgo, con ocasión de la instauración de la figura del Juez de Sentencia, en Honduras (facsimilar, Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ, 2001).

³¹ En una transposición de las doctrinas sobre interpretación del ordenamiento jurídico, esta tesis se acomodaría, por ejemplo, a las reflexiones de Puig Brutau, Albaladejo y Blasco.

³² El ejercicio del poder en el Consejo, con base en el ejercicio de los derechos democráticos, es compatible con una concepción de la acción política entendida como la búsqueda “utilitarista” de unos objetivos y con una formulación de la acción política como conjunto de deberes, como ocurre en la concepción kantiana (el imperativo categórico) pero también con una formulación de la acción política basada en derechos. Ver Dworkin, R.: *Los derechos en serio*, ed. Ariel, 1977; *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1978. Siguiendo el símil comparativo, esta concepción tendría ciertas concomitancias con las ideas de Ferrajoli y de Perfecto Andrés.

³³ Acaso, guardando las distancias, Hart, Dworkin, Bayón, Nino, Waldron o Moreso serían juristas con quienes emparentar esta visión filosófica del poder, como símil del ordenamiento jurídico.

En el primer caso, el ejercicio de la democracia pivota sobre el juego de mayorías y minorías, con el resultado, en el caso del poder judicial, que venimos denunciando. En el segundo, hay que compatibilizar el derecho de acción y participación con el ejercicio democrático del poder de decisión, de forma que no se decida automáticamente en razón de las propias concepciones ideológicas. El ejercicio de la acción política ha de incluir la defensa de los principios democráticos básicos de participación de los demás (si nos inspiramos en Dworkin), a través de un procedimiento democrático.

No es democrático el mero ejercicio del poder de decisión sometido a las concepciones morales o ideológicas, al “programa” preconcebido, del individuo, de la asociación o del partido que lo ejerce. Junto a las aspiraciones de una acción política (o asociativa) “útil”, basada en el “deber ser”, en tener que alcanzar unos determinados objetivos, ha de tener juego una acción política basada en los derechos políticos fundamentales. Hay que calibrar, además, que el derecho de acción política debe responder, en su formulación y en su ejecución, a los principios y valores más ampliamente admitidos por la sociedad.

Los derechos políticos básicos actúan como límite a las políticas basadas en el cálculo coste-beneficio³⁴ y a las decisiones por simple mayoría. En una visión más kelseniana, los derechos de participación y decisión política comportan, ante principios imprecisos, una constitución de detalle de la forma en que el ejercicio del poder queda limitado.

Es suma, el funcionamiento del Consejo debe ajustarse a los valores democráticos. Cada vocal debe vislumbrar en su tarea no solo un objetivo ideológico, según sus concepciones políticas o asociativas, sino a qué valor o valores fundamentales responde su ámbito decisonal. Debe analizar la etiología de la decisión a tomar, desde la perspectiva de la norma jurídica, ideológica o moral que le guía, pero atendiendo al principio de gobierno democrático y, en su defecto, a los principios y a los valores y garantías constitucionales implícitos en la formulación de las reglas democráticas.

El problema de los anteriores Consejos ha sido de representatividad, no de mayorías (simples o cualificadas). Un vocal que vota un determinado acuerdo debe velar porque su voto no represente a su asociación o a un partido político concreto sino a la mayoría de los sujetos que se van a ver afectados (guiado por la búsqueda del consenso total y pasando por las mayorías cualificadas —de dos tercios, tres quintos, etc.— hasta llegar al 51% como peor solución). No se trata de ejecutar mi programa, de “colocar a los míos” o de defender los intereses de quien me nombra, sino de adoptar acuerdos o designar a aquellas personas que merezcan la confianza de la mayor parte posible de los representantes de la soberanía popular y, a su través, de la mayor parte posible de la ciudadanía.

Es preciso, por ello, consensuar las reglas de gobierno y aplicar con rigor las normas del debate democrático, mediante el establecimiento de un programa de actuación que especifique la misión y la visión de la institución. De forma contraria, una formulación vaga de los objetivos, de la visión y de la misión de un nuevo Consejo, producirá inevitablemente una lectura partidista, la que deja en manos de la mayoría de turno la “última palabra”³⁵.

B) La cultura de la deliberación

Cualquier política judicial debe partir de un ejercicio de modestia y de independencia respecto a las propias convicciones ideológicas, en la búsqueda de un patrimonio común.

³⁴ Bayón, J.C.: “Derechos, democracia y constitución”, en *Neoconstitucionalismos*, ed. Trotta, Madrid, 2003, 211.

³⁵ Bayón, “Derechos”, 215.

Los jueces estamos bastante acostumbrados a someternos al criterio de los compañeros en las deliberaciones colectivas y es una lástima que esta cultura (que está en la base de la democracia) no sea trasladada, por los propios jueces que son nombrados vocales, al trabajo del Consejo. La cultura de la deliberación es una fortaleza importante del sistema judicial que debe ser aprovechada en el gobierno del poder judicial: el conocimiento de los propios postulados, el distanciamiento crítico de los propios condicionamientos, la falta de posicionamientos previos ante las cuestiones a decidir, la escucha de argumentos de contrario, la autocrítica, el intercambio posicional, la motivación de las decisiones...

La motivación de las decisiones adquiere, en concreto, capital importancia, por su valor eugenésico y por su engarce democrático. La razón dada debe responder a un análisis epistemológico de la función de gobierno, que se basa en la solución equilibrada de los conflictos y en la paz social y responde a unos fundamentos, una técnica y la superación de los factores de distorsión.

La deliberación se *fundamenta* en el aislamiento del entorno de procedencia, la intención ética, el conocimiento profundo de los detalles, el presentimiento de probabilidad, la afectación de la imagen (la configuración mental del resultado), la ejemplaridad de la decisión, el valor ritual, el ajuste al tiempo reglado, el riesgo de error, etc. La deliberación responde a una *técnica*: la lectura, la determinación de las zonas oscuras, la composición de lugar, el dominio de la técnica de decisión y de ejecución, la fase de duda crítica y la construcción del razonamiento.

Hay que evitar, por último los *factores de distorsión*: la intuición, los prejuicios, la imaginación, el dogmatismo, la disciplina ideológica o de partido y la consideración de las consecuencias como factor decisonal. Ello no debe impedir la consideración del “entorno de la decisión” (el contexto, la realidad social) y “las consecuencias de la resolución” como factor complementario (imaginar el momento o la forma ejecutiva).³⁶

C) La estructura organizativa

La tercera fortaleza del Consejo General del Poder Judicial se halla, a mi entender, en su peculiar organización administrativa. Se trata de un organismo del Estado de pequeñas dimensiones, en el que es más fácil trabajar, en relación con un gran Ministerio o alguna Consejería autonómica.

Las facultades de auto-organización permiten un funcionamiento muy ágil en Pleno, Comisiones, Vocalías Delegadas y Unidades diversas. El Consejo dispone de un cuerpo de letrados dinámico, de extracción fundamentalmente judicial, con capacidad de autogestión y de integración en equipos. La duración media del cargo no puede superar los diez años y ello implica una renovación constante. La especialidad de la función obliga a los letrados de procedencia judicial a “dejar la toga en casa”, pero permite integrar su alta preparación y capacidad de trabajo al servicio de la institución. La tarea es intensa en algunas áreas y produce, satisfacción general en los usuarios (Cendoj, Escuela Judicial, Relaciones internacionales, etc.).

Sin embargo, persisten algunas sombras en el sistema como la crítica a la formulación de normas sobre estatuto interno *ad casum*, la designación de demasiados cargos de letrado con criterios de procedencia asociativa, sin tratarse de cargos de confianza, y una cierta tendencia a la burocratización en los últimos tiempos.

6. NUEVOS INSTRUMENTOS PARA UN NUEVO CONSEJO

Si hasta ahora, siguiendo la metodología anglosajona anunciada, he analizado el entorno, las debilidades y amenazas y las fortalezas y oportunidades del Con-

³⁶ Thuillier, G.: *L'art de juger*, ed. Economica, París, 2001.

sejo, quiero acabar mi exposición apuntando tres instrumentos metodológicos que pueden ser útiles, a mi criterio, para establecer las nuevas bases de actuación del Consejo General del Poder Judicial: la sujeción de los vocales a un código ético, el establecimiento de un procedimiento más profundamente democrático y la reforma de la organización administrativa.

A) Un código de comportamiento

La propuesta de Carlos Gómez de un Código de Comportamiento de los vocales del Consejo General del Poder Judicial, aprobada en el Congreso de Jueces para la Democracia, en Granada, el año 2005, ha sido asumida por los candidatos de Jueces para la Democracia a vocales del Consejo³⁷ y, si su filosofía es aceptada por todos, puede ser un instrumento útil para la recuperación del prestigio del órgano constitucional.

Gómez recoge siete enunciados, desarrollados en 23 principios, que intento resumir:

1. Independencia política de los vocales, indispensable para que el Consejo pueda actuar como garante máximo de la independencia de los jueces.

Ello ha de implicar renuncia a la militancia política de los que no sean jueces y libertad de criterio y de actuación respecto al partido que haya apoyado el nombramiento. Los vocales mantendrán las relaciones institucionales indispensables para el desempeño de sus funciones evitando que dichas relaciones redunden en beneficio personal, presente o futuro, del propio vocal.

2. Independencia respecto a las asociaciones judiciales.

Ello ha de suponer la renuncia a la militancia asociativa, sin perjuicio de reuniones periódicas con la asociación de procedencia y con las demás, para informar de la gestión y oír las opiniones y críticas a su actuación. Los vocales pueden recibir sugerencias de las asociaciones judiciales pero no admitirán instrucciones de los órganos directivos sobre cuestiones concretas que deban decidir.

3. Integridad, mediante comportamientos que promuevan la confianza de los ciudadanos y de los jueces y magistrados.

Por ello, los vocales no admitirán regalos ni tratos de favor, más allá de los de pura cortesía, ni retribución por conferencias o actos académicos para los que fueran requeridos como consecuencia del desempeño de su cargo. Darán cuenta anual de sus gastos personales o de representación hechos con cargo a fondos públicos y tratarán a los letrados y personal del Consejo evitando personalismos.

4. Transparencia y motivación de las resoluciones.

Ello incluye facilitar el acceso de los jueces, si lo solicitan, a los expedientes relativos a un nombramiento al que haya optado o a otros que les afecten, promover protocolos y procedimientos de adopción de decisiones, publicidad en la red de los currícula de los candidatos, entrevistas o *hearings* plenarios y en audiencia pública y motivación

³⁷ "Programa de actuación conjunta de JpD y Vocales del CGPJ que sean elegidos por el Congreso y el Senado", noviembre de 2006, elaborado por el Secretariado Nacional.

escrita de los nombramientos, incluyendo las razones de rechazo de candidatos alternativos³⁸. El autor propone también diálogo franco y abierto con los jueces de cada territorio y carácter público para las sesiones plenarias del Consejo.

5. Relaciones con los medios de comunicación, en las que se distingan con claridad las posiciones personales respecto a las institucionales.

Además, las decisiones que afecten a un juez deberán ser conocidas antes por éste que por los medios de comunicación social.

6. Respeto a la diversidad cultural y lingüística de España.

Los vocales no exigirán la traducción de documentos escritos en una lengua oficial en cualquiera de las Comunidades Autónomas de España y en los actos en que intervengan intentarán expresarse, al menos parcialmente, en la lengua de dicha Comunidad.

7. Promoción de la igualdad de género.

Se trata de promocionar la efectividad de este principio en las actuaciones de los vocales.

En suma, se trata de someter la propia actuación a principios y valores tan elementales como los de libertad, transparencia, responsabilidad y defensa de la igualdad y la diversidad de los ciudadanos.

B) Un protocolo democrático de debate

A mi modesto entender, las nuevas bases de actuación pasan también por un ejercicio de “ósmosis”, de forma que los nuevos vocales del Consejo reflexionen y se den cuenta de que la composición del cuerpo judicial del que mayoritariamente proceden, no responde, en proporción, a los parámetros sociológicos de la sociedad española (por extracción social, por extracción profesional, por formación técnica, sexo o concepciones ideológicas, etc.). Los españoles no somos mayoritariamente varones, juristas, de familia solvente y de derechas (o de izquierdas)³⁹. En sentido similar, el cuerpo judicial no se corresponde, en sus concepciones políticas e ideológicas, con la pluralidad de la sociedad a la que sirve. Los vocales no han de estar, por tanto, al servicio de la ideología ni de la corporación sino al servicio de la sociedad. Es evidente que los miembros del Consejo, antes que representantes de los jueces son representantes del pueblo⁴⁰ y su tarea debe estar al servicio de la ciudadanía, de las mayorías pero también de las minorías.

Si se asume la necesidad de rectificar las propias opiniones y decisiones con criterios de mayor representatividad y de superior servicio a la sociedad (mayorías y minorías) no será difícil lograr el nombramiento de un presidente capaz de dirigir un órgano colegiado y plural⁴¹.

³⁸ En el mismo sentido, Hernández García, *A propósito*, 8; y García Fontanet, A. “La crisis política del poder judicial”, *El País*, 28 de diciembre de 2004.

³⁹ A título de ejemplo, el 62% de españoles menores de 40 años o mayores de 70 son juzgados por jueces de entre 28 y 70 años, el 39,5% de la población española no tiene estudios medios o superiores y todos los jueces tienen estudios superiores, más de la mitad de la población son mujeres y solo el 44% de los jueces lo son. El 54% de jueces son menores de 40 años (datos extraídos de Toharia-García, *La justicia*, 2 a 57). Además, es evidente que los jueces no somos científicos y, por eso, hemos de ser receptivos a un mundo en el que la ciencia tiene enorme importancia.

⁴⁰ La fórmula ideal sería, acaso, la elección directa por el pueblo de 12 vocales (de la Cuadra, B.: “El Poder Judicial que viene”, *El País*, 7 de octubre de 2006).

⁴¹ De la Cuadra, *El Poder*, cit.

El Consejo debería, en este sentido, atender la denuncia de infracciones de derechos fundamentales y de libertades públicas, porque con ello no hace ningún servicio al partido en el Gobierno o al partido que haya designado la mayoría de vocales, sino un servicio a la sociedad.

Un protocolo democrático de debate implica establecer un procedimiento detallado del proceso de toma de decisiones, especialmente cuando se trate de decisiones de Pleno. No pueden acordarse posicionamientos en temas de importancia (generalmente no urgentes, porque no están vinculados a medidas concretas de gobierno) con premuras, por los cauces actuales, en el que la balanza se inclina por razones exclusivamente numéricas y se instrumentaliza la introducción o retirada de puntos del orden del día, las suspensiones unilaterales de algún debate o el ejercicio abusivo del voto de calidad, con excesivo peso de mecanismos propios de la dinámica parlamentaria.

C) Una modernización de las estructuras administrativas

Por último, el Consejo, como organización administrativa, necesita reformas. Varias auditorías se han llevado a cabo y bueno será dejarse aconsejar por los especialistas para evitar la burocratización de una estructura administrativa que ha merecido elogios en el pasado. Algunas reformas han sido acometidas en este mandato pero deben seguir otras en línea bien definida.

El sistema de Vocalías Delegadas parece funcionar bien (como lo fue en Consejos anteriores), pero no siempre existe una coordinación adecuada con las Comisiones y con el Pleno.

El cuerpo de letrados y el personal administrativo presenta un elevado nivel de motivación y competencia, pero es preciso establecer algunas medidas correctoras y nuevos estímulos de progresión profesional.

En todo caso, se nota que faltan mecanismos de evaluación y rendición de cuentas, tanto de la actividad política de los vocales como de la actividad administrativa de las Comisiones, Vocalías y Unidades del Consejo. La calidad del servicio público que debe prestar este órgano constitucional debería poder ser contrastable⁴².

7. A MODO DE CONCLUSION: LA NECESIDAD DE RECREAR UNA VERDADERA POLITICA JUDICIAL

Es preciso encontrar una vacuna contra la inflamación política del Consejo y de los jueces y en este sentido, no creo que hayan de ser imposibles los intentos de despolitización⁴³. De lo que se trata es de llevar a cabo un ejercicio responsable de autocrítica y someterse a un proceso sincero de aprendizaje.

No es suficiente con el “antídoto” de una mayoría cualificada de tres quintos de la Cámara⁴⁴ para asegurar que el Consejo cumpla su misión. Es preciso, como dice García Fontanet, el cumplimiento, por parte del Parlamento y de los partidos, “de un programa ético, de unos principios morales, en su actuación configuradora” para superar un sistema en que las mayorías parlamentarias han impuesto su lógica política en los sucesivos Consejos, pero también es necesario que el propio Consejo haga su propio camino.

⁴² El reciente Real Decreto 1418/2006, que crea la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, es el último instrumento normativo que pretende alcanzar esta finalidad.

⁴³ Como sostiene García Fontanet, *La crisis*, cit.

⁴⁴ La misma solución se aplica a la designación de cargos del Tribunal Supremo (Ley Orgánica 2/2004, de 28 diciembre, que modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), sin atisbar otros mecanismos de debate democrático (motivación de la decisión y sistema de control contra la arbitrariedad, publicidad interna y externa de los currícula de los candidatos, entrevistas o *hearings* previos para el conocimiento y control de la trayectoria profesional, control por parte de la opinión pública y, en especial de los colectivos profesionales (Hernández, *A propósito*, 8).

Entiendo, por ello, que el Consejo General del Poder Judicial necesita recrear una verdadera política judicial. Coincido con Carlos Gómez en que el Consejo no ha conseguido encontrar su rol en el juego institucional y no ha configurado opinión propia en los temas nucleares de su competencia, como la responsabilidad disciplinaria o la promoción en la carrera judicial, sin capacidad para hacer valer criterios propios diferenciados de los del ejecutivo⁴⁵.

Es evidente que el Consejo debe fijar y desarrollar “políticas” (de nombramientos y de ascensos⁴⁶, de selección, formación y especialización, de auto-organización, de auditoría, de inspección y apoyo, de comunicación e imagen) y ha de reformular el marco de sus relaciones institucionales (con el Parlamento, los partidos, las Comunidades Autónomas, las asociaciones, los colectivos profesionales⁴⁷ y la sociedad civil). Y ha de fijar políticas respecto al cumplimiento de la facultad informadora de leyes, que ha de incluir la propuesta de correcciones de técnica legislativa.

Pero también debe llevar a cabo reflexiones de fondo sobre los derechos fundamentales, la tutela judicial efectiva y otros derechos, valores y principios constitucionales⁴⁸ y ha de pronunciarse, con respeto a la libertad de diseño de la acción política del Gobierno de turno, de los partidos y de las asociaciones, sobre las grandes líneas de organización del servicio público judicial (lucha contra la pendency y las dilaciones, calidad, especialidades, “observatorios”, redes judiciales, riesgos laborales) y sobre las condiciones de trabajo y las necesidades del colectivo judicial (diseño de perfiles profesionales, política de módulos, de retribuciones, etc.)

Estas son mis modestas reflexiones sobre el tema que se me ha propuesto. Ojalá que, en poco tiempo y merced a un trabajo serio de los nuevos vocales, el aprecio de los jueces por su órgano de gobierno supere la desconfianza y el desinterés y que la sociedad reencuentre en el Consejo el sentido de la justicia que es patrimonio común de todos.

En definitiva, más que cambios legales, lo que se necesita son reformas en los comportamientos⁴⁹. Habrá que renovar la confianza en la calidad humana de los nuevos vocales y, por ello, los jueces seguiremos esperando que nuestros nuevos gobernantes sean “unas buenas personas”, en la mejor concepción de la utopía. Sólo así podrá mejorar la Justicia en nuestro país.

⁴⁵ Gómez, *La crisis*, 9. El autor critica severamente el uso de las competencias disciplinarias con carácter discrecional, para fines políticos.

⁴⁶ Diseño y descripción de perfiles, concreción de los criterios de mérito, capacidad, igualdad y paridad.

⁴⁷ La práctica muestra una proliferación excesiva, a mi juicio, de los Convenios institucionales y una falta de reflexión y de posicionamiento en áreas muy sensibles (presencia del Presidente en el Congreso, respeto a la soberanía popular en la elaboración de las leyes, etc.)

⁴⁸ En este sentido, definida la potestad de informe de proyectos de ley y disposiciones generales sobre aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales, de informe de leyes penales y de régimen penitenciario y de informe de otras normas que les atribuyan las leyes (art. 108.1, e, f y g LOPJ) esta competencia se ha desarrollado, en general, en términos de excelencia técnica pero, lamentablemente y en los últimos tiempos, no siempre se ha desarrollado ajena a una carga política o ideológica de origen partidista, religioso o sociológico. En palabras de Gómez, en ocasiones los vocales han sido “más papistas que el papa”, en una mezcla de fidelidad política y corporativismo (Gómez Martínez, C.: “La crisis del modelo de autogobierno del Poder Judicial y perspectivas de reforma”, Congreso de Granada de Jueces para la Democracia, 2005, 3).

⁴⁹ García Fontanet, *La crisis*, cit.

TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

Consideraciones sobre prueba y motivación*

Michele TARUFFO

1. LA OPCION DE LA RACIONALIDAD

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

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

En un primer plano, el más general, la opción a favor de una concepción racional de la decisión judicial puede hacerse —o *no* hacerse— por la sociedad en su conjunto, es decir —más específicamente— en el marco de la cultura y del sistema político de una sociedad determinada. Para aclarar este punto, más que un ejemplo positivo, puede servir un importante ejemplo negativo. Consideremos la Alemania de la década de los treinta: en una situación en la que la cultura filosófica se expresaba, sobre todo, a través del pensamiento intrínsecamente nazi de Heidegger, y en la que el régimen se alimentaba de los irracionalismos más variados como la *Heimat*, el *Volkgeist* y la “sangre alemana”, era simplemente imposible una concepción racionalista de la decisión judicial. Por lo tanto, fueron surgiendo concepciones del proceso según las cuales no tenía sentido pensar de forma racional en la prueba de los hechos ya que todo criterio de decisión estaba destinado a ser apartado en nombre del único valor de referencia posible, representado por la voluntad del *Führer*. No es ninguna casualidad que en ese contexto se pudiera pensar en una “administrativización” de la justicia civil que habría supuesto la anulación de toda garantía procesal así como el sometimiento de las partes al albedrío del juez, considerado como *longa manus* del poder absoluto del Estado.

Pero no es necesario recurrir a ejemplos tan extremos. De hecho, en estas últimas décadas, existe una preferencia, más o menos marcada, por alguna forma de irracio-

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

nalismo en muchos sectores de la cultura post-moderna, que se manifiestan con especial claridad cuando se desestima, o se niega sentido, al problema de la verdad, en general y en sus manifestaciones procesales; y cada vez que el sistema político se desentiende simplemente de las maneras y de los criterios con los que se administra justicia. En cuanto a la banalización del problema de la verdad, el ejemplo más significativo lo constituye el pensamiento de Richard Rorty. La falta de atención del sistema político a los criterios de administración de justicia es muy común, al igual que la falta de opciones precisas sobre la función y finalidades del proceso civil y penal. Esto supone que el valor de la racionalidad no forma parte del cuadro de los que se entiende deben inspirar la actuación social y, por ende, la actuación de los jueces. Análogamente, la indiferencia del sistema político hacia la comprobación racional de los hechos en un proceso —cuando no es incluso oposición a que los jueces establezcan la verdad, como acontece sobre todo a la hora de investigar y juzgar a los políticos— abre el camino a ideologías no racionales de la labor del juez.

En un segundo nivel, el legislador puede optar o no por la concepción racional de la decisión judicial. El signo de esta opción se encuentra en las normas relativas a las pruebas, sobre todo en las atinentes a su valoración, así como en las que imponen la obligación de motivar. Por ejemplo, un ordenamiento que aún prevea reglas de prueba legal — y en la medida en lo haga— no adopta una concepción racional de la decisión, ya que reemplaza la valoración posiblemente racional de las pruebas que el juez podría realizar en un caso concreto por una determinación general y abstracta llevada a cabo por el legislador. El objetivo de esta opción no es una comprobación racional de la verdad de los hechos pues las normas de prueba legal están encaminadas a preconstituir una clase de certeza puramente formal, que nada tiene que ver con la verdad. El ejemplo más evidente se halla en las normas que —en el caso de Italia— prevén aún el juramento decisorio: una prueba legal que representa el último reducto histórico de las ordalías y que determina el resultado de la controversia por medios que no son nada racionales.

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

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

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

En cuanto a la motivación, es evidente que el ordenamiento está orientado hacia una concepción racional de la decisión judicial cuando impone a los jueces la obligación de motivar sus propias decisiones. Es sabido que esta obligación existe en muchos ordenamientos tanto en el nivel de las normas ordinarias como en el de los principios constitucionales (así, por ejemplo, en España, Portugal e Italia), con la consecuencia de que el juez está obligado a ofrecer una justificación racional de su decisión. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el factor de racionalización consustancial con la obligación de motivar la decisión judicial no concurre siempre y no es siempre eficaz. De hecho, por un lado, hay ordenamientos (como, por ejemplo, el estadounidense) en los que la obligación de motivación no existe. Por ello, las sentencias de primer grado, en las que se fijan los hechos basándose en las pruebas, por lo general, no están motivadas. En concreto, el *jury* norteamericano nunca motiva su veredicto que, por lo tanto, queda siempre falto de todo fundamento racional. Por otro lado, hay que considerar también que en algunos ordenamientos (por ejemplo, es el caso de Italia) existe la tendencia a ver la obligación de motivar como un factor de ineficiencia de la justicia, pues hay quienes piensan que los jueces “malgastan” su tiempo escribiendo las motivaciones de las sentencias y, por lo tanto, se tiende a limitar o reducir su aplicación. Esta tendencia no puede compartirse —aunque sólo sea porque choca con la garantía constitucional de la motivación— pero su misma existencia que, a veces, tiene traducción legislativa, demuestra lo escasa que puede llegar a ser la adhesión a una concepción racional de la decisión judicial. Otro perfil del asunto es el que atañe al problema del carácter completo de la motivación, pero sobre él volveré más adelante.

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

Por lo que se refiere a la motivación de la sentencia, este juez se inclinará a no “tomar en serio” la obligación correspondiente o, de todos modos, a no entenderla en sentido racional. Esto podrá inducirle a redactar una motivación ficticia —una *Scheinbe-*

gründung como la que los canonistas sugerían a los jueces eclesiásticos para no debilitar la autoridad de sus sentencias— es decir a preparar un discurso que, en realidad, no contiene ninguna justificación racional de la decisión, o —más simplemente— a omitir la justificación de la decisión en materia de hechos, acaso tratando de cubrir esta falta con una superabundancia de la motivación en derecho.

2. LA CONCEPCION RACIONAL DE LA PRUEBA

La opción de valor entre racionalidad y no-racionalidad concierne, de manera específica, a la concepción de la prueba y de su función en el contexto del proceso, por lo tanto merece un análisis más específico. Dicha opción es inevitable porque, en relación con la prueba y su función, existen concepciones diferentes. Al respecto, el análisis debería ser bastante amplio, sin embargo, por imperativo de brevedad, me limitaré a tratar sus aspectos más esenciales.

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

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

Ante todo, es útil especificar que en el proceso cabe hablar tan sólo de verdades *relativas* pues, desde hace tiempo, las verdades absolutas son patrimonio exclusivo de alguna metafísica o religión integrista. Pero la verdad procesal es relativa también en otro sentido muy importante: en el de que la misma se funda exclusivamente en las pruebas obtenidas en el proceso. En consecuencia, es “relativa” porque está en relación con el grado de confirmación que las pruebas pueden atribuir a los enunciados sobre los hechos del pleito. Por lo tanto, pueden darse distintos niveles de verdad en la comprobación de los hechos, según el fundamento que las pruebas atribuyan a la afirmación de que esos hechos son verdaderos o falsos.

Desde otro punto de vista, hay que puntualizar que la verdad de la que se habla en el proceso ha de concebirse (sin caer en formas de realismo ingenuo) como *aproximación* en la reconstrucción procesal de los hechos a su realidad empírica e histórica. Sin entrar en uno de los problemas más complejos que conciernen al concepto de verdad, me limitaré a decir que el proceso implica la adhesión a una concepción *correspondentista* de la

verdad; precisamente porque exige que se determine, sobre la base de las pruebas disponibles, si los hechos de los que dependen las posiciones jurídicas objeto de la controversia se produjeron efectivamente en el mundo “exterior” que se supone existente y cognoscible. Esto lleva a excluir que se pueda verdaderamente aplicar en el contexto procesal —a pesar de la existencia de una literatura bastante amplia en este sentido— una concepción radicalmente “narrativista” de la verdad, según la cual la verdad de un enunciado fáctico podría depender tan sólo de su *coherencia* con otros enunciados, en el marco de una narración asumida como la única dimensión en la que tiene sentido hablar de los hechos. Al respecto, cabe observar que si bien es cierto que en el proceso los hechos entran bajo forma de enunciados, y que las narraciones fácticas son muy importantes en toda la dinámica del procedimiento, esto no convierte el proceso en una suerte de concurso en el que se galardona la mejor narración desde el punto de vista literario por ser narrativamente más coherente. En realidad, el proceso sigue siendo un lugar en el que se tiende a establecer cuál es la narración “más verdadera” en cuanto confirmada por las pruebas disponibles, ya que la confirmación probatoria de la verdad de los hechos es la condición fundamental de la justicia de la decisión.

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

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

Sin embargo, hay al menos una perspectiva en la que puede decirse que en el proceso la prueba desempeña una función persuasiva: se trata de la perspectiva del letrado, quien recurre a la prueba para persuadir al juez de que acepte la solución favorable a su cliente, no teniendo ni el más mínimo interés en que la decisión favorable se funde o no en la verdad de los hechos. Es más: al letrado le interesa que no se averigüe la verdad, cuando ésta podría conllevar su derrota. En realidad, el objetivo que persigue el letrado es ganar, no descubrir la verdad. Por lo tanto, no es de extrañar —más aún, es fisiológico— que el letrado utilice la prueba para persuadir al juez para que le dé la razón. Sin embargo, el punto de vista del letrado no es el único posible o el único que pueda explicar la naturaleza y la función de la prueba. Más bien al contrario, si se considera que una de las funciones fundamentales del proceso es llegar a la mejor aproximación posible a la realidad de los hechos, es evidente que la función persuasiva de la prueba, que ciertamente existe, no sirve para definir su naturaleza. Así se ve claramente que, desde el punto de vista de los protagonistas del proceso, la perspectiva más importante es la del juez: éste no ha de persuadir a nadie, pero sí tiene la obligación de adoptar decisiones justas en cuanto fundadas en una reconstrucción verdadera de los hechos del pleito.

La segunda concepción de la prueba —como ya se dijo— parte de la premisa de que el proceso ha de orientarse a la búsqueda y la comprobación de la verdad de los hechos. Y además también de la premisa adicional de que la verdad de los hechos no es el resultado de una actividad inescrutable que se desarrolla en el interior del juez —como, en cambio, afirma la versión ya citada de la *intime conviction*— sino que es el

producto de una labor de conocimiento que se estructura en pasos cognoscibles y controlables, como el acopio de información, la comprobación de su fiabilidad, el análisis de su relevancia y la formulación de inferencias lógicamente válidas que conducen a conclusiones justificadas racionalmente. Dicho de otra forma, la verdad no resulta de una intuición individual misteriosa sino de un procedimiento cognoscitivo estructurado y comprobable de manera intersubjetiva.

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

Una faceta relevante del carácter racional de la prueba es la que surge a la hora de hablar de la valoración de las pruebas y de la existencia de estándares en función de los cuales se considera lícito afirmar que un hecho “ha sido probado”. Bajo el primer perfil, hay que referirse a la extensa literatura que —aun sirviéndose de modelos y perspectivas metodológicas diferentes— tiende a desarrollar el análisis de los modelos racionales del razonamiento del juez sobre los hechos. Tanto si se hace referencia a las teorías cuantitativas de la probabilidad y al teorema de Bayes como si se tienen en cuenta la probabilidad lógica y los patrones del razonamiento inferencial, existe, de todos modos, una actitud extendida encaminada a interpretar el razonamiento probatorio del juez según los modelos de valoración racional de las pruebas, basados en inferencias y cadenas de inferencias naturalmente válidas. Si bien no nos vamos a adentrar aquí en la discusión analítica de esos modelos, cabe destacar que las distintas teorías a las que se hace referencia, comparten el rechazo de las concepciones irracionalistas para las que la valoración de las pruebas sería simplemente un acto de intuición subjetiva del juez.

Bajo el segundo perfil, hay que tener en cuenta que establecer que un hecho ha sido probado no depende —una vez más— de la simple *intime conviction* del juez sino de la aplicación de criterios que se consideran racionales y que, además, pueden variar según el tipo de proceso o de decisión de que se trate. Cuando, por ejemplo, se afirma que en el proceso penal, la prueba de la culpabilidad del acusado ha de establecerse “más allá de toda duda razonable” o que tiene que alcanzar un nivel de fundamento equivalente a una “probabilidad altísima” o a la “certeza práctica”, se hace referencia a criterios de medición del grado de confirmación probatoria de la culpabilidad que presuponen un fundamento racional del juicio sobre los hechos, basado en las pruebas. Asimismo, cuando se afirma que en el proceso civil está vigente el estándar de la “probabilidad prevaleciente”, o del “más probable que no”, el juicio positivo sobre el hecho se vincula a un análisis comparativo de las distintas hipótesis en presencia, a tenor de la confirmación que las mismas reciban, en cada caso, de las pruebas disponibles. Lo que presupone necesariamente el empleo de criterios racionales de valoración.

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

Finalmente, hay que tener en cuenta también un fenómeno que en los últimos años ha ido cobrando cada vez más relevancia en todos los ordenamientos, en el contexto de la prueba de los hechos. Se trata de las llamadas *pruebas científicas*, es decir del uso de métodos científicos como instrumentos probatorios a utilizar en el marco del proceso. En torno al tema de las pruebas científicas, se ha ido creando una literatura considerable y han surgido numerosos problemas concernientes sobre todo al control de la validez de los conocimientos y de los métodos científicos que se utilizan para comprobar la verdad

de los hechos en el proceso. No cabe adentrarse aquí en el fondo de estos problemas que, sin embargo, tienen una relevancia decisiva en los procesos civiles y penales contemporáneos. No obstante, se impone una consideración general. Por un lado, el incremento del uso judicial de los conocimientos científicos reduce proporcionalmente la inevitabilidad del uso del sentido común, con todas sus características de vaguedad, incertidumbre, subjetividad y falta de fiabilidad de las “nociones” que lo constituyen: aumenta, por lo tanto, el grado de certeza y de posibilidad de control de la información de que el juez puede disponer para constatar los hechos. Por otro lado, se refuerza la convicción de que los hechos de la causa puedan y, por lo tanto, deban verificarse con instrumentos dotados de validez científica y de que la actividad decisoria del juez pueda y, en consecuencia, deba ser extraída del dominio de la irracionalidad subjetiva.

3. LA MOTIVACION DEL JUICIO DE HECHO

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

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

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

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

El principio de plenitud de la motivación tiene dos implicaciones más que atañen, especialmente, al problema de la prueba y al juicio sobre los hechos. La primera impli-

cación es que una motivación completa debe incluir tanto la llamada *justificación interna*, relativa a la conexión lógica entre la premisa de derecho y la premisa de hecho (la llamada *subsunción* del hecho en la norma) que funda la decisión final, como la llamada *justificación externa*, es decir, la justificación de la elección de las premisas de las que se deriva la decisión final. La justificación externa de la premisa de hecho de la decisión se refiere a las razones por las que el juez ha reconstruido y fijado de un cierto modo los hechos de la causa: estas razones se refieren, básicamente, a las pruebas que el juez utilizó para decidir acerca de la verdad o la falsedad de los hechos (en el sentido que ya se aclaró anteriormente). Por lo tanto, la justificación externa de la fijación de los hechos implica que el juez tiene que proporcionar argumentos racionales sobre cómo valoró las pruebas y acerca de las inferencias lógicas por medio de las cuales llegó a determinadas conclusiones sobre los hechos de la causa. Dicho de otra forma: la determinación de los hechos estará o no justificada según las pruebas sobre las que la misma se funde y la racionalidad de los argumentos que vinculan el resultado de las pruebas al juicio sobre los hechos.

La segunda implicación del principio de plenitud de la motivación con referencia a las pruebas es doble y puede formularse así: por un lado, es preciso que la justificación cubra también la *valoración* de las pruebas, porque es evidente que, por ejemplo, establecer si un testigo es o no es creíble representa un punto central de la fijación probatoria de los hechos. Es por lo que el juez tiene que explicar por qué motivo consideró aquel testigo creíble o no creíble. Asimismo, el juez tiene que explicar según qué inferencias entendió que cierto indicio llevaba a una determinada conclusión relativa a un hecho de la causa. Por otro lado, contrariamente a lo que ocurre en algunos ordenamientos (es el caso de Italia), es necesario que el juez desarrolle su motivación no sólo con referencia a las pruebas que él mismo valoró positivamente y de las que —por tanto— se valió para fundamentar la decisión, sino también —y especialmente— con referencia a las que consideró no fiables, sobre todo si las mismas eran contrarias a la reconstrucción de los hechos que llevó a cabo. En efecto, pues admitir que el juez motive sólo basándose en las pruebas favorables a su juicio sobre los hechos, implica, *de facto*, el riesgo denominado *confirmation bias*, típico de quien queriendo confirmar su valoración, selecciona la información disponible escogiendo tan sólo la favorable y descartando a priori la contraria, introduciendo de esta forma una distorsión sistemática en su propio razonamiento. De todos modos, la valoración negativa de las pruebas contrarias es indispensable para justificar el fundamento de la decisión: precisamente porque la prueba contraria es el instrumento de control de la validez racional y del fundamento probatorio de toda reconstrucción de los hechos, la demostración de que es inatendible es condición necesaria de que resulten fiables las pruebas favorables a dicha reconstrucción.

De todos modos, es preciso eliminar un malentendido que surge a menudo en los discursos sobre la motivación. Es el que consiste en considerar que la motivación es una especie de grabación del razonamiento que el juez ha desarrollado para llegar a la decisión. Según esto, en lo relativo a la motivación del juicio de hecho, la motivación consistiría en levantar una especie de acta de lo que el juez pensó a la hora de obtener las pruebas, de valorarlas y de llegar a la decisión final. Es una concepción errónea: de hecho, hay que distinguir entre el razonamiento que condujo al juez a la decisión y el razonamiento con el que la justifica. El primer razonamiento tiene carácter *heurístico*, procede por hipótesis comprobadas y falsadas, incluye inferencias abductivas y se estructura en una secuencia de opciones hasta la opción final acerca de la verdad o de la falsedad de los hechos. La motivación de la decisión consiste en un razonamiento *justificativo* que —por decirlo de alguna forma— presupone la decisión y va dirigido a mostrar que hay buenas razones y argumentos lógicamente correctos para considerarla válida y aceptable. Naturalmente, puede haber puntos de contacto entre las dos fases del razonamiento del juez: el juez que sabe que debe motivar será inducido a razonar correctamente también cuando esté valorando las pruebas y formulando la decisión; el mismo juez, a la hora de redactar la motivación, podrá utilizar los argumentos e inferencias que formuló al

valorar las pruebas y configurar la decisión final. Sin embargo, esto no demuestra que las dos fases del razonamiento del juez tengan la misma estructura y la misma función ni menos aún que una pueda considerarse como una especie de reproducción de la otra.

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

4. IDEOLOGÍAS DE LA DECISION SOBRE LOS HECHOS

Por las reflexiones anteriores, debería ser evidente que bajo el problema de la prueba y de la motivación discurre una dicotomía fundamental, que condiciona la entera formulación del problema. Se trata, como ya se apuntó al comienzo, de una dicotomía que tiene un carácter esencialmente ideológico y que atañe a los modos diferentes de concebir la decisión sobre los hechos y a sus implicaciones no sólo filosóficas sino políticas. Esta dicotomía se puede expresar haciendo referencia a la alternativa fundamental entre irracionalidad y racionalidad así como explicitando de forma sintética las implicaciones correspondientes.

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

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

Al respecto, puede destacarse, además de lo que ya se apuntó anteriormente, que resulta evidente una estrecha conexión entre la ideología racional de la decisión judicial y, en concreto, de la decisión sobre los hechos, y la concepción democrática de la administración de justicia. En efecto, no sólo la idea de la motivación como instrumento de control externo de la justificación de la decisión está relacionada con una concepción democrática del ejercicio del poder. También la verdad —según han demostrado recientemente filósofos tales como Michael Lynch y Bernard Williams— es un valor propio de las sociedades democráticas, mientras los regímenes autoritarios se fundan sistemáticamente en la mentira y en la falsificación. Entonces, también en el contexto procesal, la verdad sobre los hechos ha de considerarse como un valor político irrenunciable.

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

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

Son, es evidente, formulaciones muy simplificadas que, sin embargo, tienen la ventaja de poner de relieve dos cosas. La primera es que se trata de concepciones caracterizadas por una fuerte coherencia interna, pues sus diversos aspectos se articulan en grupos armónicos de ideas. La segunda es que, precisamente por esta razón, las mismas son sustancialmente diferentes y no pueden solaparse ni siquiera parcialmente. Por lo tanto, los términos de la alternativa fundamental entre las diferentes ideologías de la decisión judicial sobre los hechos, deberían ser bastante claros.

Sobre prueba y motivación*

Perfecto ANDRES IBAÑEZ

INTRODUCCION

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

Es por lo que me parece que sigue teniendo actualidad el reproche de Carnelutti a sus colegas, hace ahora más de 70 años, al imputarles la exclusiva dedicación al estudio del «proceso» con descuido del «juicio». Y, en efecto, es ciertamente lo que hay: desentendimiento del verdadero núcleo de la actividad jurisdiccional.

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

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

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

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

* Texto de la intervención del autor en el seminario sobre “Prueba y motivación” organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, del Colegio de Registradores de la Propiedad, en Madrid, los días 21-22 de junio de 2007.

desactivarlo. Conviene recordar que cabía un ejercicio de plano de la disciplina por parte de los tribunales *superiores* dentro de la propia sentencia dictada para resolver un recurso.

En lo que sigue, voy a centrarme en ciertas implicaciones polémicas de los términos del par que da título a este texto; y, eso sí, con particular atención al proceso criminal, que es el que profesionalmente me ocupa, visto en su vertiente práctica.

LA LIBRE CONVICCIÓN: ¿CIERRA O ABRE UN PROBLEMA?

En el contexto sumariamente descrito, el modo canónico de proceder judicial traduce el más puro decisionismo inmotivado con fundamento en una inteligencia irracional, incluso romántica del principio de libre convicción. Es la que se expresa en el *mandamiento* que los autores de un acreditadísimo manual teórico-práctico, muy difundido en los años 60 del pasado siglo dirigían a los jueces: «no hay por qué razonar y sería procesalmente incorrecto hacerlo, sobre qué elementos de juicio han contribuido a formar la convicción» (Sáez Jiménez y López Fernández de Gamboa). Ya que la convicción «depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son expresables a través de la motivación» (STS-2ª 1993).

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

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

Es claro que sólo el carisma —de «unción carismática y santo orgullo» habló De Miguel Garcilópez— podría legitimar semejante proceder *por iluminación*. De ahí la recurrente tendencia a imprimir a la *misión* del juez el tópico sentido *sacerdotal*, perfectamente reconocible también en la liturgia y el folclore de las rituales autocelebraciones del rol. (De nuevo la ya aludida coherencia entre diseño orgánico y sentido de la función).

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

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

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

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

PROCESO CONTRADICTORIO Y CONOCIMIENTO JUDICIAL

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

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

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

Así, en ese paso, aparentemente obvio, del *no hay reglas de derecho* al *no hay reglas de ninguna clase*, en tema de valoración de la prueba, se dio la espalda a una preocupación por el rigor en la formación de la convicción judicial, que había estado bien presente en el pensamiento de juristas ilustrados tan representativos como Beccaria y Muratori. Muy expresivamente en el primero, empeñado en que el proceso penal fuera «indagación indiferente del hecho», única forma de acceder al conocimiento de lo acontecido en la realidad extraprocesal, en un marco en el que, en palabras de otro exponente de ese movimiento, Murena, «la verdad es el fundamento de la justicia».

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

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

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

Tal forma de aproximación al mismo impone una significativa inflexión en la cultura de los jueces en lo relativo al modo de desempeño del propio rol. Que no puede estar presidido en exclusiva por la preocupación de asegurar la regularidad, en sentido

burocrático, de la sucesión de trámites; ya que el verdadero sentido de éstos se cifra en ser cauce hábil para el ingreso en la causa de la información relevante sobre el *thema probandum* en condiciones de fiabilidad.

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

Bajo este prisma, *el hecho* de posible relevancia penal objeto, primero, de investigación, se presenta como un resultado, a la identificación de cuya causa (previsiblemente una acción humana) habrá que llegar, en la reconstrucción del caso. Así, la imputación será una hipótesis de trabajo, tan fértil como lo permita la habilidad de los concurrentes en la causa para interpelar al contexto de vestigios y datos. Si esa hipótesis inicial, u otra que le hubiera sustituido, se demuestra lo bastante explicativa como para *iluminar* la escena y puede contar con apoyo bastante en pruebas, estará justificada la apertura del juicio. Y que la misma entre ya en él *sub specie* de acusación formal, para ser discutida en ese nuevo ámbito; sólo o en concurrencia con otras, total o parcialmente alternativas, que se le opongán.

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

Por otra parte, dentro de la misma lógica, el juicio, el *plenario* en la semántica tradicional, debe su centralidad —apenas formal en el caso del sistema *mixto*— no sólo a que es el ámbito en el que el imputado *recupera* sus derechos como sujeto procesal, sino, esencialmente, a que es el espacio en el que, merced a esta circunstancia, podría contrarrestarse, en la dialéctica del contradictorio, el probable sesgo —y consiguiente déficit de calidad epistémica— en el tratamiento de los datos de soporte de la imputación, formulada en régimen de patente unilateralidad en la instrucción.

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

Es por lo que, por más literatura jurisprudencial que *se le eche*, las sentencias fundadas en la recuperación (sólo) formalmente contradictoria de adquisiciones unilaterales de la instrucción —y por lo común condenatorias— tienen un inequívoco tufo de falacia. En este caso, por la razón de método a que acaba de aludirse y por la jurídica de que, además, el marco de las diligencias policiales, de las que suelen proceder, también regularmente, esos elementos *de juicio*, está caracterizado por la debilidad de las

garantías del imputado, al ser intensamente coactivo. Es lo que hace que las hipótesis construidas en semejante entorno, generalmente con datos que tienen en el sospechoso la principal fuente (y fuente a *rentabilizar*), a más del lastre derivado de la inevitable *parcialidad objetiva* de investigador, acusen el que se deriva directamente de la posición de poder incontrastable en la que actúa.

PRESUNCION DE INOCENCIA: GARANTIA NO SOLO JURIDICA

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

Es bien sabido que, como instituto, su ingreso en el proceso penal fue impulsado por el progresivo efecto de la escandalosa bestialidad del proceso penal del antiguo régimen en el despertar de una nueva, incipiente, conciencia social de los derechos de la persona. Pero lo cierto es que su alcance no se agota, ni mucho menos, en esta relevante perspectiva.

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

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

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

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

El principio de presunción de inocencia como regla de juicio introduce un esencial factor de complejidad en el tratamiento de la imputación/acusación. Exige rigurosamente que ésta sea sometida al *punto de vista externo*, el de un sujeto tercero, imparcial por diverso y ajeno a aquél a quien se debe la elaboración y postulación de la misma como tal. Así, cuando ésta prevalece sin más, en virtud de alguno de los subterfugios *jurídicos* en los que hoy es tan fértil la *justicia* «negociada» *made in USA*, lo que realmente ocurre es que se cancela ese momento de *exposición*, de *control de calidad* y, consecuentemente, de riesgo para la hipótesis acusatoria, dando lugar a que

sea el *punto de vista interno* (el del acusador) el que ocupe la totalidad del espacio del proceso. Que se degrada en tanto que proceso de adquisición de conocimiento y también como institución de garantía.

CONTRADICCIÓN Y PRUEBA

A la luz de estas consideraciones cobra todo su sentido el requerimiento de que la prueba se produzca realmente en régimen de interlocución actual sobre los elementos de la imputación y los de descargo. Dando cumplimiento a la aspiración central del proceso acusatorio de que la convicción se forme en el juicio como efectivo fruto de la contradicción. Es decir, que la contradicción incida en la propia génesis de aquélla, en el preciso momento del examen de los distintos medios probatorios. Por tanto, contradicción *para* obtener conocimiento relativo al *thema probandum* y no contradicción *sobre* una *prueba* que ya hubiese entrado constituida como tal en ese ámbito.

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

Si tal era el punto de vista de legislador liberal, soberano absoluto en el tratamiento de la materia, en ausencia de una disciplina constitucional del proceso de carácter directamente preceptivo, como la que rige para nosotros desde 1978, no parece descabellado afirmar que la posibilidad de recurrir a informaciones *probatorias* elaboradas fuera/antes del juicio —como no sea acudiendo al incidente probatorio— tendría que entenderse en la actualidad mucho más limitada.

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

Lamentablemente, el camino recorrido desde 1882, va en dirección opuesta a lo previsto por el autor de la Ley de E. Criminal y no obstante la obligada incidencia en ésta de la Constitución de 1978. Porque el régimen de lecturas de diligencias de la instrucción, e incluso policiales (al margen del supuesto de las diligencias irreproducibles del aludido art. 730 Lecrim) tiene hoy una casi incondicionada vigencia en el proceso penal, en la jurisprudencia de todas las instancias.

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

La otra vía de penetración de la patología procesal de que se trata, está en el uso de las declaraciones precedentes de testigos y también de las del imputado, cuando presenten divergencias con las producidas ante el tribunal. El cauce utilizado es el del artículo 714 Lecrim, que autoriza a poner de relieve las posibles contradicciones, en demanda de una explicación. La ley no dice expresamente con qué alcance, pero éste se hace claro, por dos razones: la centralidad del juicio, y el hecho de que (a diferencia de lo que ocurre en los supuestos del art. 730 Lecrim) la fuente de prueba —insustituible— está presente en ese acto.

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

Pues bien, nuestra jurisprudencia penal discurre radicalmente al margen de este planteamiento y *atribuye* al tribunal la facultad de *optar* entre una y otra manifestación, situadas en el mismo plano por la simple lectura, a pesar de que, en rigor, se está en presencia de una sola declaración atendible como tal, que es la del juicio. Además, extiende la previsión legal, que habla únicamente «del testigo» al imputado. Y va todavía más allá, pues donde el legislador sólo contempla el uso con ese fin de la declaración «prestada en el sumario», se ha convertido en norma el recurso a las del atestado. Esto, ya antes de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en un pleno no jurisdiccional, de 28 de noviembre de 2006, estableciera que: «Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia». Y dice bien «la jurisprudencia», elevada aquí a la categoría de fuente de derecho *praeter* e incluso *contra legem*.

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

Ambas maneras de argumentar son, nuevamente, expresión del ya denunciado modo reductivo de abordar las cuestiones en presencia, al atender en exclusiva a la vertiente jurídica, dentro de la que, además, se opera una nueva reducción, dado ese modo infra-legal de entender las garantías procesales.

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

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

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

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

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

EL JUEZ EN EL ENJUICIAMIENTO

El principio de libre convicción entendido en la versión psicologista y cuasi-mística que ha prevalecido durante tanto tiempo y cuenta aún con indudable vigencia, tiene continuidad, por demás coherente, en cierto sentido de la intermediación. En una manera de concebir el conocimiento como supuestamente hecho posible por el solo contacto directo del juez con las fuentes personales de prueba, en especial los testigos, *en virtud* de lo «visto y oído» en/de cada declarante.

Esa relación se supone tan singular que permitiría al tribunal extraer conclusiones necesariamente válidas del discurso del testigo y del imputado, sobre todo en lo relativo a la credibilidad, por lo observado en los dos planos en que el mismo se articula, el propiamente verbal y el gestual. Éste, en particular, sería una fuente privilegiada de información, sólo accesible al juzgador de instancia; y es lo que le permitirá pronunciar «una decisión sobre los hechos fundada en la impresión —subrayo lo de “impresión”— obtenida» por ese medio (STS-2ª 2039/2001, de 6 de noviembre). Como resultado, un fallo con tal fundamento tendrá que ser irrecurrible, por la total ausencia de competencia al respecto de cualquier otro tribunal que, en razón de la falta de presencia en el acto original de obtención de la prueba, carecería de datos esenciales (los transmitidos en clave visual) para enjuiciar el juicio de instancia. No podría «censurar la apreciación que [de la testifical] hizo el tribunal *a quo*, que es el único que puede realizarla en virtud del principio de intermediación». (STS-2ª 1626/2002). Pues no se trataría sólo de valorar «lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial», que es lo que cae dentro del ámbito de la intermediación (STS-2ª 845/2004, de 22 de junio).

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

Por consecuencia, es también un tópico muy consolidado en este sector de la cultura judicial, que allí donde no quepa tal clase de aprehensión sensorial *directa* de los datos nucleares de la imputación, no podrá hablarse, en rigor, de prueba, sino *sólo* de inferencia, cual si se tratase de otra vía de acceso a otra clase de conocimiento. Así, «las intenciones y ánimos, como todos los elementos subjetivos de los tipos penales no son objeto de prueba ni entran en el ámbito de acción de la presunción de inocencia, sino que han de ser inferidos...» (se lee en un informe de la Fiscalía del Tribunal Supremo). De aquí también otro tópico muy arraigado, que sólo recientemente empieza a ser cuestionado por alguna jurisprudencia. Es el que se concreta en el postulado de que, en la sentencia, la sede propia de esos elementos no es el apartado de hechos sino el de los fundamentos de derecho, pues las correspondientes afirmaciones expresan la conclusión de un razonamiento, discursivamente mediada, por tanto, al no ser fruto de la mera observación. Es por lo que ha sido comunmente aceptado que el solo acceso posible a la casación de las impugnaciones con ese contenido es el de la infracción de ley (legalmente reservada para cuestionar eventuales defectos de subsunción) y no el de la vulneración del derecho a la presunción, que es el específico de las cuestiones probatorias, en lo que tengan de discutible en tal instancia.

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

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

Este modo de operar tiene una consecuencia demoledora de orden teórico. Es que genera esencial y grave confusión sobre la calidad del conocimiento que permite el proceso penal, un saber sobre hechos pasados, al que sólo cabe acceder por *comprobación*. Como escribe Taruffo, haciendo uso de «nociones y de modelos de análisis provenientes de otros sectores de la experiencia, ya sean de carácter científico o tomados del sentido común o de la racionalidad general». Por lo que, en tal sentido, en el plano epistémico, el procedimiento no difiere del generalmente empleado en la obtención de conocimiento empírico sobre cualesquiera otros datos o actos de los que forman la vida de relación en la experiencia humana. Y, es verdad que, en el caso concreto, podrían prevalecer ciertas limitaciones instrumentales de orden constitucional y legal, lo que dará lugar a que se deseche la hipótesis acusatoria, a una reflexiva renuncia a cualquier intento de saber acerca de la misma, porque el precio sería la vulneración o puesta en riesgo de ciertos valores básicos. Un supuesto en el que prima el derecho a la presunción de inocencia, imponiéndola de manera definitiva como «verdad legal».

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

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

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

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

Estas y otras muchas afirmaciones del género que podrían traerse aquí, ponen de manifiesto una subcultura jurisprudencial construida rigurosamente al margen de las más importantes aportaciones de la psicología del testimonio y de otras disciplinas que se ocupan de las cuestiones relativas al conocimiento. Y no se trata sólo de avances de última hora, pues indicaciones sumamente valiosas en la materia, instruyendo a los jueces acerca de las dificultades de los medios de prueba a que se viene aludiendo, están ya presentes en obras como *La crítica del testimonio*, de Gorphe (cuya traducción al castellano es de 1933). Una subcultura que atribuye el máximo valor a las adquisiciones (supuestamente) probatorias menos fiables y que libra a la incontrolable subjetividad del juez y atípico *psicólogo* la fijación de aspectos centrales de la *quaestio facti*, que, recludos, además, en ese ámbito innacesible, quedan excluidos de toda posibilidad de control en otra instancia.

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

Las peligrosas consecuencias de ese modo de operar judicial tienen en la actualidad un campo privilegiado de operaciones en las causas seguidas por actos de los

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

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

— Concurren:

- abstracta verosimilitud de la acción denunciada;
- (+) ausencia de móvil espurio (apreciada con intermediación y —muy— *en conciencia*);
- (+) reiteración de la misma versión (generalmente estereotipada) de ciertos hechos...

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

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

MOTIVAR: QUE, COMO Y PARA QUE

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

En efecto, en su noción más obvia, motivar es dar cuenta del porqué de lo resuelto. Un porqué cuyo destino es ser intersubjetivamente valorado, para lo que ha de exteriorizarse y contar con presupuestos explícitos suficientemente identificados, que es lo que dará la imprescindible transparencia al discurso de soporte, haciéndolo susceptible de control racional. Se trata, por tanto, de una clase de ejercicio intelectual en riguroso antagonismo con esa concepción de la sentencia que, según se ha visto, dota de total opacidad a la *ratio decidendi*. Es la que se expresa inmejorablemente en la prescripción jurisprudencial de que el fundamento de la valoración «permane[za] incógnito en

la conciencia de los juzgadores»; y en la prohibición de «dar explicaciones» al respecto, dirigida a éstos por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en una conocida sentencia de 1978.

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

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

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

En el deber constitucional de motivar rectamente entendido, son advertibles de inmediato las mismas dos dimensiones a las que ya me he referido, también estrechamente interimplicadas. La (más bien) jurídica de garantía y la epistémica. Algo que se pierde de vista con la mayor frecuencia.

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

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

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

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

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

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

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

En línea con estas consideraciones me parece útil traer aquí una cuestión, recurrente en la jurisprudencia. Es la suscitada por la ya tópica afirmación de que el

justiciable no tiene derecho a una determinada extensión de la motivación, que sirve para validar (sedicentes) ejercicios de ésta de extremo esquematismo, en los que se deja sin fundamento expreso aspectos nucleares de la decisión. Cuando lo cierto es que, a mi entender, *sí existe* ese derecho, pues el deber de motivar debe cubrir todo el campo de ésta, sin dejar zonas oscuras.

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

No es inimaginable, en hipótesis, un fallo inmotivado y, sin embargo, objetivamente acorde con la información resultante de los antecedentes probatorios. Pero ¿cómo saberlo? Pues el incumplimiento del deber (jurídico) de motivar, por la inexpresividad de la sentencia, impedirá evaluar la calidad de la decisión y nadie está obligado a presumir que sea la debida; más bien lo contrario. A lo que hay que añadir que (en el plano epistémico) incurre en falacia quien —el juzgador, en este caso— pretenda que una proposición sobre hechos es verdadera sólo por presentarla como tal; ya que esa cualidad debe acreditarse expresamente y la carga de hacerlo incumbe a quien afirma (aquí el juez o tribunal).

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

Cuando resoluciones de este perfil son recurridas por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, lo más normal es que resulten convalidadas en uso de un constructo argumental que se nutre de alguna tópica referencia a las ventajas de la inmediación, que de este modo se convierte en una suerte de blindaje de aspectos básicos del juicio de hecho; con el añadido de la igualmente tópica, ya aludida, afirmación de la inexistencia de un derecho a determinada extensión de la motivación, que por eso, suele decirse, puede ser «sucinta».

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

Lo que se postula no es, en modo alguno, una suerte de motivación *diabólica*, sino la exteriorización intelectualmente honesta y suficiente de una *ratio decidendi* en materia de hechos, reflexivamente formada; única manera de cumplir el deber constitucional que nos ocupa. Un modo de operar que es el idóneo para dotar de la dignidad y la profesionalidad necesaria al ejercicio de la jurisdicción y que, además, resulta perfectamente practicable —pues hay quien lo hace— en las condiciones estándar de trabajo. A pesar de que no sean nunca las ideales en términos de carga competencial.

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

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

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

Si estos pasos son de inexcusable cumplimiento para formar criterio con solvencia acerca del *thema probandum*; dotarlos de expresión escrita es el único instrumento al alcance del juzgador para, confiriéndoles la imprescindible objetividad, controlar el propio discurso sobre la prueba, evitando la deriva hacia las peligrosas *certezas* morales fundadas en datos inaferrables, cargadas de infiscalizable subjetividad, a las que antes me he referido. Diría que en ese verbalizar el proceso de formación de la convicción, poniéndolo «negro sobre blanco», radica algo así como «la prueba del nueve»: es lo que permite ver si la secuencia probatoria está bien construida, si presenta o no saltos lógicos, si conduce sin forzamientos a lo resuelto, en definitiva, si *funciona*. Es también lo que la franquea a terceros. La manera de *comprobar* si la convicción puede decirse racionalmente alcanzada y de justificarla como tal ante el afectado por ella y, en general, ante el lector de la sentencia.

INTERNACIONAL

¿Procesos penales sólo para conocer la verdad?

La experiencia argentina

Daniel R. PASTOR

1. DESCRIPCIÓN DE UN FENÓMENO PECULIAR

A. La situación

Al menos desde el siglo xx después del ocaso de cada régimen político autoritario se han producido diversas experiencias para tratar de reconstruir la suerte de los afectados por la opresión desarrollada desde el Estado¹. Ellas han sido muy variadas y sus diferencias han dependido de múltiples factores, principalmente del grado de dominio del poder que tuvieron, ya en Democracia, los autores de los crímenes, por un lado, y las víctimas supervivientes, por el otro. Lo normal ha sido conocer lo sucedido por su difusión, pero también por el resultado de los procesos judiciales llevados a cabo contra los sospechosos. Donde los procesos judiciales no eran posibles, se recurrió a las llamadas “comisiones de la verdad”. Mi trabajo se refiere a la muy peculiar experiencia argentina que empezó con una comisión de la verdad² que en lugar de ser creada como alternativa al enjuiciamiento penal fue pensada también como base de los necesarios procesos judiciales³. Se esperaba que, al menos en parte, las circunstancias establecidas por esta Comisión respecto de casi unas diez mil víctimas de crímenes de Estado resultarían precisadas y pormenorizadas en investigaciones penales y juicios⁴. Esta política siguió su curso normal hasta que la solución judicial fue excluida por las leyes que impidieron la continuación de los procesos.

Los crímenes, con independencia de su naturaleza, sus particularidades y su gravedad, representan hechos del pasado cuyo conocimiento, en una sociedad democrática, puede ser tratado de maneras muy diversas. Ante la obligación estatal de castigarlos surge el deber judicial de conocerlos. Pero también se puede resolver no castigarlos y, por tanto, no investigarlos, de modo que se impone así desde la autoridad la decisión

¹ “En tiempos de un cambio de sistema político con profundas modificaciones también de tipo normativo, es muy natural la reconstrucción jurídico-penal del pasado con el interés de justificar que ese pasado debe ser aclarado segura y completamente” (Hassemer, W.: “La responsabilidad penal por crímenes de Estado y el cambio de sistema político en Alemania bajo la lupa de las causas de justificación”, trad. de D. Pastor, en NDP 1998/A, pág. 74). *Vid.* también, (inédito), Eiroa P.: “Memoria y justicia en la experiencia de la Comisión sudafricana para la verdad y la reconciliación”. Muchas de las experiencias concretas del siglo xx han sido analizadas por Nino, C.: *Juicio al mal absoluto*, trad. de M. Böhmer, Buenos Aires, 2006, pág. 43 y ss. Acerca de las cuestiones penales fundamentales que plantea la superación del pasado, *vid.* además Hirsch, H.: “Derecho penal del Estado de derecho e injusto dirigido estatalmente”, trad. de A. Gil Gil, en Hirsch, H.: *Derecho Penal. Obras completas*, Buenos Aires, 2000, t. II, pág. 209 y ss. En general sobre el problema de fondo de verdad, memoria, historia y futuro, *vid.* AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, trad. de S. Peña, Buenos Aires, 2006.

² La Conadep (Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas) creada por decreto del presidente Alfonsín de 15 de diciembre de 1983.

³ Informa Nino, cit. n.º 1, pág. 133, que “la mayor parte de la evidencia colectada por la Conadep fue decisiva en los juicios que seguirían”.

⁴ *Vid.* Méndez, J.: “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, en Abregú, M./Courtis, C.: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 1997, pág. 527.

colectiva de “olvidarlos” (amnistía). Ahora bien, si no pueden ser castigados, su conocimiento podría ser mantenido, de todos modos, como cuestión estatal (propaganda) o quedar librado a la elaboración privada (historia). Casi todas estas opciones han sido puestas en práctica para la superación de lo sucedido con los crímenes de Estado en Argentina, según se verá más abajo, pero lo central para este trabajo es el análisis de la utilización del proceso penal y de los cuerpos judiciales previstos para llevarlo a cabo con el fin de satisfacer un “derecho a la verdad” que obliga a poner en marcha la maquinaria de la justicia criminal sólo para saber qué pasó exactamente respecto de esos crímenes sin posibilidad de enjuiciar a los sospechosos y condenar a los culpables. Por tanto, si bien no son procesos penales en sentido estricto recurren sin embargo, para cumplir su peculiar fin, a la actuación de los jueces penales por medio de las reglas del proceso penal, con lo cual es evidente que el derecho procesal penal tiene al respecto algo que decir, más allá incluso de que, en buena medida, estos procesos tienen mucho de “punitivos” en sentido amplio. De otro modo no se explica por qué se recurre a jueces y procesos penales si no se trata de juicios penales. Es por ello que esta práctica, que ha sido bautizada con el nombre de “juicios de la verdad” o “juicios por la verdad”, resulta llamativa ya porque en realidad sabemos bien que no son propiamente juicios y no sabemos nada demasiado preciso acerca de qué es la verdad⁵.

B) Alcances del llamado “derecho a la verdad”

En el ámbito latinoamericano es un lugar común considerar que el Estado, respecto de los llamados “delitos de lesa humanidad” (con más propiedad: “delitos contra la humanidad”) y de las denominadas “graves violaciones de los derechos humanos”, tiene, junto al deber de llevar a cabo procesos penales con el fin de investigar y castigar a los culpables, una obligación independiente de informar todo lo sucedido con las víctimas⁶. Un derecho “a la verdad” —algo bastante impreciso y ambiguo, por cierto— no existe positivamente y se duda de que pueda haberlo, por ello se ha dicho que “la verdad sobre el derecho a la verdad” sigue siendo una materia en la cual todavía hay que ponerse de acuerdo⁷. No obstante ello, los intereses individuales que están detrás de la búsqueda, no de “la verdad”, sino de información de lo sucedido a las víctimas del

⁵ La relación entre derecho y verdad es tan antigua como compleja. Kelsen asimila la pregunta por la justicia a la pregunta acerca de qué es la verdad que el gobernador romano formuló a Jesús de Nazaret (Kelsen, H.: *¿Qué es la justicia?*, trad. de L. Calvera, Buenos Aires, 1987, pág. 7). *Vid.*, más pormenorizadamente, Häberle, P.: *Verdad y Estado constitucional*, trad. de G. Mañón Garibay, México, 2006; Bertolino, P.: *La verdad jurídica objetiva*, Buenos Aires, 1990; Neumann, U.: *La pretensión de verdad en el derecho y tres ensayos sobre Radbruch*, trad. de M. Hernández, Bogotá, 2005; Volk, K.: *La verdad sobre la verdad*, trad. de E. Sarabayrouse, Buenos Aires (en prensa). Aquí, naturalmente, no se puede abordar además la discusión filosófica, epistemológica, semiótica y lingüística acerca de “la verdad”, problema central de la cultura occidental de Platón a Davidson, pasando por Aristóteles, Agustín de Hipona, Kant, Wittgenstein, Heidegger, Russell, Gadamer, Foucault y Habermas, por citar sólo algunos pensadores que se ocuparon detenidamente del problema. Una clave interpretativa para aproximarse no tan desarmado a esta cuestión la brinda el debate entre Engel, P./Rorty, R.: *¿Para qué sirve la verdad?*, trad. de A. Grieco y Bavio, Buenos Aires, 2007.

⁶ *Vid.* Méndez, cit. n.º 4, pág. 522; Oliveira, A./Guembe, M.: “La verdad, derecho de la sociedad”, en Abregú/Courtis, cit. n.º 4, pág. 541 y ss.; Guzmán, N./Otero, J.: “La casación, la verdad y la autoincriminación. El fallo ‘Corres’ y la historia de una tensión”, en CDJP [Casación], t. I, pág. 503 y ss.

⁷ *Vid.* Naqvi, Y.: “The right to the truth in international law: fact or fiction?”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n.º 862, 2006, pág. 273. Este autor, a lo largo de todo el trabajo citado, pone en duda incluso que algo como la verdad, que como concepto es prácticamente inasible, pueda ser el contenido de regulaciones normativas. En el mismo sentido, *vid.* Guzmán/Otero, cit. n.º 6, pág. 506. Por esta razón este derecho es considerado todavía como algo “emergente” (*vid.* Méndez, cit. n.º 4, pág. 520 y ss.). La Comisión Europea de Derechos Humanos, en torno del problema del negacionismo, ya había afirmado, sin embargo, que los crímenes cometidos en Auschwitz no pertenecen sólo a la historia: las familias de los víctimas siguen conservando un derecho a la memoria de lo sucedido con sus seres queridos (informe del 14-7-1984 del caso “T. c. Belgique”). El TEDH, en varios casos, ha seguido la misma línea general de tolerar la restricción de la libertad de expresión sólo en el caso excepcional de que ésta sea utilizada para efectuar una defensa pública de crímenes de guerra pasados cuya revisión deba ser evitada como medida necesaria en una sociedad democrática (asi, p. ej., en la doctrina de la sentencia “Lehideux e Isorni c. Francia” del 23-9-1998). Como parte de las extravagancias habituales de los tribunales penales internacionales el ICTY anuncia desde su “Homepage” que entre sus objetivos se cuenta el de “imponer la verdad judicial con el fin de impedir

delito (especialmente en el caso de los desaparecidos) merecen sin duda una regulación jurídica que los reconozca, canalice y proteja pues se trata de valores elementales dignos del mayor respeto social. Esto sí surge positivamente en el derecho internacional humanitario, p. ej. del artículo 32 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 (aprobado en 1977) en el cual se reconoce “el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros” que hayan tomado parte en conflictos armados, guerras de liberación o de lucha contra la opresión, especialmente en el caso de desaparecidos (art. 33), y también a recuperar los cuerpos de los fallecidos o a conocer el lugar de su sepultura y a acceder a ella (art. 34). Aquí no se habla de “la verdad” en momento alguno.

Es interesante de todos modos, para medir después las capacidades del proceso penal para cumplir este propósito, describir cuáles son los contenidos de este “derecho a la verdad” que implica como contracara —y esto es lo que más importa— una obligación para el Estado.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya en su Informe anual 1985/1986 estableció que “toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. A la vez, nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos. Tal acceso a la verdad, supone no coartar la libertad de expresión; la formación de comisiones investigadoras cuya integración y competencia habrán de ser determinadas conforme al correspondiente derecho interno de cada país y el otorgamiento de los medios necesarios para que sea el propio Poder Judicial el que pueda emprender las investigaciones que sean necesarias”⁸. Aquí no está totalmente claro todavía si esas investigaciones judiciales deben estar orientadas al castigo de los culpables o si persiguen exclusivamente una función epistemológica.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Velásquez Rodríguez” (sentencia del 29-7-1988) señaló que como parte de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos humanos los Estados debían asegurar a las víctimas una investigación seria de los crímenes cometidos⁹. En esta sentencia la obligación de investigar no aparece como un fin en sí mismo. Aquí se trata, antes bien, de investigar con el fin explícito de “identificar a los responsables”, “imponerles las sanciones pertinentes” y “asegurar a la víctima una adecuada reparación”¹⁰.

Ante ello, la Comisión Interamericana, en el Informe n.º 25/98, acentuó los alcances del “emergente” derecho a la verdad en sí mismo respecto de las graves violaciones de los derechos humanos, como parte de los derechos convencionales pero independiente del castigo efectivo de los culpables¹¹. Este derecho, reiteró la Comisión, implica una obligación estatal con los familiares de las víctimas de esos hechos y con la sociedad como parte de las obligaciones y deberes asumidos por los Estados Parte, especialmente de lo dispuesto en los artículos 1.1, 8, 13 y 25 de la CADH¹². Para la Comisión “el derecho a la verdad constituye un derecho de carácter colectivo, que permite a la sociedad tener acceso a información esencial

el revisionismo”, aunque sólo lo hace en la versión francesa de esta propaganda en Internet (*vid.* www.un.org/icty/glance-ff/index.htm), dado que en la versión en inglés este objetivo no es mencionado (*vid.* www.un.org/icty/glance-e/index.htm). Desde el punto de vista político, en Europa, después de 1989, se exigió derecho a la verdad respecto de lo sucedido en los Estados totalitarios estalinistas, siendo Václav Havel —poeta, prisionero del régimen anterior y después Presidente democrático de Checoslovaquia y luego de la República Checa— quien primero presentó esta exigencia (*vid.* Häberle, cit. n.º 5, pág. 2).

⁸ CIDH, Informe Anual 1985-1986-OEA/Ser.LV/II.68, Doc. 8 rev. 1, pág. 205 (*apud* Informe 25/98 de la CIDH, n.º 46).

⁹ *Vid.*, acerca del derecho a la verdad en esta sentencia, Méndez, cit. n.º 4, pág. 528.

¹⁰ Sentencia cit., párr. 174.

¹¹ *Vid.*, acerca de las prestaciones que según este Informe integran el derecho a la verdad, también Guzmán/Otero, cit. n.º 6, pág. 508.

¹² Informe 25/98, párr. 85.

para el desarrollo de los sistemas democráticos, y un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía. La Convención Americana protege el derecho a acceder y a recibir información en particular en el caso de los desaparecidos, en los cuales la Corte y la Comisión han establecido que el Estado está obligado a determinar su paradero. En ese sentido, la Corte ha señalado que “El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida [...], el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance”¹³. En este Informe, finalmente, la Comisión sostuvo que “forma parte del derecho a reparación por violaciones a los derechos humanos, en su modalidad de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad, de conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos. El derecho de una sociedad a conocer íntegramente sobre su pasado no sólo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos, sino que tiene el objeto de prevenir futuras violaciones”¹⁴.

Posteriormente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe n.º 21/00¹⁵, reconoció, al aprobar una solución amistosa, la existencia de un derecho a la verdad derivado de la CADH (de otro modo la Comisión no hubiera podido tratar la petición que alegaba la violación de la Convención) que “consiste en el agotamiento de todos los medios para alcanzar el esclarecimiento de lo sucedido con las personas desaparecidas”; se aclara al respecto que “es una obligación de medios, no de resultados, que se mantiene, en tanto no se alcancen los resultados, en forma imprescriptible”¹⁶. Se establece en este texto también que “el Gobierno argentino gestionará la normativa para que las Cámaras Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal de todo el país tengan competencia exclusiva en todos los casos de averiguación de la verdad sobre el destino de las personas desaparecidas”¹⁷. Debido a que en el caso se llegó a una solución amistosa resulta ilustrativa, para conocer los alcances pormenorizados del derecho reconocido por las partes en su acuerdo bendecido por la Comisión, la posición de la peticionaria. En este sentido, el derecho a la verdad y el derecho al duelo—derivados de las garantías a una tutela judicial efectiva (se invocan el art. 8.1 y el in-faltable art. 25 de la CADH)—obligan al Estado argentino (en virtud de su deber de respetar los derechos: CADH, art. 1.1) a determinar lo ocurrido con los detenidos desaparecidos¹⁸. La obligación comprende la reconstrucción de las historias particulares de cada uno de los detenidos desaparecidos¹⁹. Se trata del “derecho de los familiares a conocer el destino final de sus seres queridos y el derecho de la sociedad a conocer con detalle la metodología utilizada por la dictadura militar para exterminar a decenas de miles de argentinos”²⁰.

¹³ Informe cit., párr. 88 (la cita de la Corte corresponde al párr. 188 de la sentencia “Velásquez Rodríguez”).

¹⁴ Informe cit., párr. 95.

¹⁵ Informe del 29.2.2000 del caso n.º 12.059: “Carmen Aguiar de Lapacó” (Argentina). Este informe, que contiene una regulación precisa y detallada de la obligación estatal de buscar e informar la verdad en estos casos, supera a su antecesor, el Informe n.º 25/98.

¹⁶ Informe cit., párr. 17, punto 1. Esta era precisamente la idea de derecho a la verdad de Méndez, expuesta ya en su artículo de 1997, cit. n.º 4, pág. 532, respecto de lo cual aclara que “no es inconcebible que ciertos aspectos de la verdad estén perdidos para siempre”.

¹⁷ Informe cit., párr. 17, punto 2. La normativa nunca fue aprobada por el parlamento, de modo que Argentina ha incumplido esa parte del acuerdo (vid. Schiffrin, L.: “Derecho y política de la verdad”, en Arnold, J./Simon, J./Woischnik, J. (eds.): *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina*, México, 2006, pág. 349).

¹⁸ Informe cit., párr. 2.

¹⁹ Informe cit., párr. 10.

²⁰ Informe cit., párr. 12. Obsérvese al paso que, en castellano, decenas de miles quiere decir que se trata de más de veinte mil.

Para la doctrina, lo que el derecho internacional, expresado por medio de la Comisión y de la Corte IDH, impone es “investigar las violaciones a los derechos humanos hasta la averiguación de toda la verdad [...]. El Estado debe poner a disposición de los interesados y de la sociedad en general toda la información que posee”²¹. Se trata de informar acerca del destino y la eventual localización de los cuerpos de los muertos como parte del derecho de sus parientes a los duelos impedidos y a contar con un lugar de sepultura para sus seres queridos²².

En resumen, el llamado derecho a la verdad es igualmente un derecho de los individuos interesados directamente en el conocimiento de lo sucedido con sus allegados como un derecho de toda la sociedad a saber todo lo ocurrido.

Con este contenido no hay nada todavía que, ante un deber impuesto por tratados internacionales, indique que esta obligación estatal de averiguar e informar deba ser satisfecha exclusivamente por medio del Poder Judicial, sino que resulta adecuada toda forma de cumplimiento apropiado de ese deber para evitar la tan temida “responsabilidad internacional” del Estado²³.

En la evolución de la cuestión en Argentina se fueron combinando las experiencias en torno de los medios para satisfacer este derecho, tal como se trata a continuación, llegándose finalmente a la idea de utilizar al proceso penal sólo con el fin de descubrir la verdad.

C) Tiempo de conocer para saber y pensar

No bien finalizada la dictadura el gobierno democrático debió, de modo inusual, impulsar la investigación de los hechos pasados ante un sistema judicial acostumbrado a no involucrarse con los crímenes de Estado²⁴. Este programa se basaba en tres pilares: (a) una decisión oficial del Gobierno de enjuiciar penalmente por lo menos a los máximos responsables del pasado terrorismo estatal²⁵; (b) la introducción de una fuente de competencia civil, *ad hoc* y subsidiaria, para evitar que la jurisdicción militar, originalmente competente, frustrara el enjuiciamiento²⁶; y (c) la creación de una comisión para investigar lo sucedido de modo que su informe sirviera a la vez al esclarecimiento público integral y de base para el proceso penal contra las Juntas que tuvieron el máximo poder durante la dictadura militar²⁷. Esto dio lugar, a su vez, a otras tres conse-

²¹ Oliveira/Guemebe, cit. n.º 6, pág. 548 y s.

²² *Ibid.*, pág. 549 y ss. En esa dirección también la sentencia de la Corte IDH “Bámaca Velásquez” (Guatemala) del 25.11.2000.

²³ Así, p. ej., Méndez, cit. n.º 4, pág. 531 y ss., aunque con reservas, pues en caso de incumplimiento este autor constituye al Poder Judicial en garante de la obligación, aunque para ello cae en la contradicción de afirmar, en la misma página, que al derecho internacional le es indiferente qué dependencia del Estado cumpla la obligación y si no se cumple la división de poderes no excusa, pero a la vez que “es al estamento judicial al que compete la *responsabilidad* por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno” (lo destacado me pertenece). En pág. 534 Méndez señala que es el Poder Ejecutivo el indicado para cumplir la obligación y el Judicial su garante.

²⁴ *Vid.*, más detalladamente acerca del desarrollo histórico del tratamiento de los crímenes de nuestra última dictadura militar y acerca de la política de búsqueda de la verdad en aquellos años, Nino, cit. n.º 1, pág. 119 y ss., y 170 y ss.; Guzmán/Otero, cit. n.º 6, pág. 493 y ss.; y el informe sobre Argentina de Schiffrin, cit. n.º 17, pág. 333 y ss.

²⁵ En 1983 entre las medidas del Gobierno Alfonsín se promovió por decreto la persecución penal de los principales jerarcas de la dictadura y de la guerrilla. Tal como lo reconoce el propio Presidente de aquel entonces, el Dr. Raúl Alfonsín, “a través de los decretos 157 y 158, pusimos en marcha el procesamiento de los responsables de la violencia que ensangrentó al país” (Alfonsín, R.: “*Carlos Nino: jurista y filósofo de los derechos humanos y la república democrática*”, prólogo a Nino, cit. n.º 1, pág. 13).

²⁶ “La estrategia general del gobierno democrático pretendió que el régimen militar se juzgara a sí mismo; es decir, se *autodepurase*” (Sancinetti, M.: *Derechos Humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires, 1988, p. 11). *Vid.*, más detalladamente sobre este punto, Schiffrin, cit. n.º 17, pág. 334 y ss.; Novaro, M.: “Derechos humanos y política democrática. Las tareas de la historia y de la justicia entre populismo y liberalismo” (inédito).

²⁷ *Vid.* más pormenorizadamente sobre la Conadep, Nino, cit. n.º 1, pág. 132 y ss. Según Alfonsín, cit. n.º 25, pág. 17, “el caudal de información que reunió la Conadep [...] resultó decisivo para que la Fiscalía pudiera elaborar y formular en un lapso breve su acusación en el juicio a las Juntas Militares. También sirvió para las acusaciones en otros juicios iniciados contra el personal de seguridad y militar involucrado”.

cuencias: (a) se produjo un informe oficial acerca de los crímenes de la dictadura (el *Nunca Más* de la Conadep), especialmente respecto de la metodología sistemática tendente a la desaparición forzada de personas²⁸; (b) se sustrajo el enjuiciamiento de los hechos a la jurisdicción militar ante su inercia y se lo transfirió a la jurisdicción federal de lo penal²⁹; y (c) se obtuvo la condenación de los principales conductores del Gobierno militar³⁰.

La política de derechos humanos del Gobierno Alfonsín ha sido caracterizada como de búsqueda de la verdad incondicionada y castigo limitado³¹. La Conadep dio a conocer “un informe exhaustivo y conmovedor, el *Nunca Más*, que se convertiría en esencial elemento de prueba y alcanzaría un status de verdad histórica mayor de la que todos, incluido Alfonsín, pudieron imaginar”³². Pero, en cuanto a la persecución limitada, la propia sentencia que condenó a los jefes de la dictadura estableció que todas las responsabilidades penales respecto de los hechos debían ser investigadas para que los eventuales culpables, claro es, también fueran condenados³³. Hasta aquí, más allá de las evidentes reservas que surgen respecto de las posibilidades —y de las inconveniencias de todo tipo— del proceso penal como método para descubrir la verdad, se confiaba en que esas investigaciones judiciales, como parte de sus tareas necesarias, arrojarían algo de luz acerca de la determinación de la metodología terrorista del Estado militar, de la identificación de los responsables y del destino de las víctimas, miles de las cuales continuaban desaparecidas³⁴.

Luego de esto, en parte por decisión propia previa, en parte debido a las presiones del entonces todavía importante poder militar, el Gobierno Alfonsín trató de limitar las investigaciones a los hechos cometidos por los responsables de mayor jerarquía³⁵. Como consecuencia de esta situación fueron puestas en vigencia las leyes de “punto final”³⁶ y “obediencia debida”³⁷ que impidieron la continuación de las investigaciones, salvo para el caso de hechos considerados imperdonables³⁸. Posteriormente, los indultos del Gobierno Menem extinguieron las penas impuestas y las acciones penales en curso, salvo respecto de los autores no abarcados por las leyes de punto final y obediencia debida que tampoco resultaron indultados por estos hechos³⁹. Como es

²⁸ “Se logró la reconstrucción del *modus operandi* del terrorismo de Estado y el relevamiento de su infraestructura. Se contabilizaron 8.960 casos de desaparición de personas y se identificaron unos 380 centros clandestinos de detención” (*ib.*).

²⁹ Ante el retraso rayano en la desidia de los órganos militares encargados de juzgar a las Juntas Militares de la dictadura, “la Cámara Federal se avocó entonces al conocimiento de la causa, y la sustrajo de la jurisdicción militar” (Sancinetti, cit. n.º 26, pág. 15).

³⁰ Sentencia de la CCC Fed. de Buenos Aires del 9.12.1985 en la causa n.º 13/84. El texto completo se puede consultar en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13>.

³¹ *Vid.* Novaro, cit. n.º 26; Nino, cit. n.º 1, pág. 119 y ss.

³² Novaro, cit. n.º 26.

³³ Considerando décimo segundo de la sentencia. Según Novaro, cit. n.º 26, la propuesta de Alfonsín de responsabilizar limitadamente los crímenes de la dictadura “quedó rezagada frente a las expectativas de los organismos, los fallos de algunos jueces y el activismo de algunos fiscales, y la visión predominante en la opinión pública y cierto periodismo, que ahora tenderían a converger en la idea de que cualquier límite al ‘juicio y castigo a todos los culpables’ era un retroceso y una traición”.

³⁴ Novaro (cit. n.º 26) p. ej. considera que el denominado juicio a los ex Comandantes “fijó fehacientemente la verdad de lo sucedido en los centros de detención”.

³⁵ Según Alfonsín: “Por supuesto hubiera sido deseable que la persecución fuera contra todos los que hubieran cometido delitos, pero hacerlo colocaba en serio riesgo al proceso mismo de la transición. Resultaba absolutamente impensable llevar adelante el proceso a miles de integrantes de las Fuerzas Armadas y de Seguridad (la mayoría en actividad) que participaron de una u otra manera en la represión ilegal [...]. Nuestro objetivo no podía ser el juicio y condena a todos los que de una u otra manera habían vulnerado los derechos humanos, porque esto era irrealizable, sino alcanzar un castigo ejemplificador que previniera la reiteración de hechos similares en el futuro” (cit. n.º 25, pág. 21).

³⁶ *Vid.*, con la información acerca de las motivaciones y los alcances de esta ley, Nino, cit. n.º 1, pág. 148 y ss. Acerca de las objeciones jurídicas que mereció esta norma, *vid.* Sancinetti, cit. n.º 26, pág. 61 y ss.

³⁷ *Vid. ib.*, pág. 89 y ss., y 126 y ss., sobre las críticas jurídicas respecto de esta otra ley.

³⁸ Delitos referidos a menores de edad y delitos contra la propiedad.

³⁹ *Vid.* Nino, cit. n.º 1, pág. 159 y s.

sabido, las normas en cuestión fueron derogadas por el Parlamento argentino diez años después y, con posterioridad, otra ley declaró que las privaba de todo efecto jurídico. A partir del ejemplo de una pionera resolución judicial de 2001⁴⁰ los tribunales comenzaron a privar de efectos jurídicos a las leyes conocidas como de “punto final” y de “obediencia debida”. Tal criterio fue ratificado por la Corte Suprema sólo en 2005⁴¹. Así, desde entonces, fueron reabiertos o iniciados los procesos penales hasta ese momento impedidos por las normas mencionadas. Los indultos de 1989 y 1990 parece que correrán la misma suerte, si es que al menos la coherencia es considerada todavía un valor indisponible entre nosotros⁴².

D) Tiempo de conocer para saber e informar

De esta evolución lo que interesa al tema de los procesos penales de la verdad es lo sucedido en el período intermedio, de casi veinte años, que hay entre las leyes que impidieron juzgar y castigar los crímenes de la dictadura y la ratificación de las decisiones judiciales que, muy tardíamente, privaron de todo efecto jurídico a tales normas. Ante la imposibilidad de castigar se imponía, necesariamente, la inoperancia de investigar. Sin embargo, ante la impotencia y la frustración penales, se llegó a un compromiso, en gran medida informal, entre los activistas situados a uno y otro lado de los procesos penales (víctimas, fiscales y jueces). Se estableció así que, caduca la obligación estatal de punir los crímenes de la dictadura, el Estado debía al menos cumplir con su deber de informar a los familiares de las víctimas acerca de lo sucedido⁴³. Lo notable de esta situación comprensible fue que para ello se escogió como medio al proceso penal⁴⁴.

Ante la imposibilidad de investigar y castigar se pasó entonces, sin reforma de la ley, a implementar procesos penales para investigar e informar⁴⁵. Por entonces se pensó que resultaba “imprescindible contar con las facultades que posee el Poder Judicial para recabar información sobre los hechos pasados [...]. Es por eso que el objeto del proceso que en su momento se iniciara no se encuentra agotado”⁴⁶. Nacen así ante los estrados de la jurisdicción de lo criminal y como continuación de los juicios penales abortados los llamados, no sin cierta exageración, “juicios de la verdad”. En estos procesos todo el vestigio que queda del sujeto pasivo es su transformación de imputado

⁴⁰ Resolución del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 4 de 6-3-2001 dictada en el caso conocido como “Simón” y firmada por el juez G. Cavallo y los secretarios H. Folgueiro y P. Parenti. *Vid., más detalladamente sobre el tema, la Presentación de H. Folgueiro y P. Parenti —y las contribuciones allí reunidas— en un volumen especialmente dedicado a esta sentencia (CDJP n.º 16, pág. 17 y ss.).*

⁴¹ CSJN, expediente S. 1767. XXXVIII “Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc., causa n.º 17.768”, resolución del 14.6.2005.

⁴² Al momento de escribir estas líneas se espera una decisión de la Corte Suprema que avale las declaraciones judiciales de inconstitucionalidad y nulidad de los decretos en cuestión.

⁴³ Se ha dicho al respecto que cuando “se imponga un obstáculo insalvable a la obligación de investigar, procesar y sancionar penalmente a los responsables [...] el Estado sigue obligado a indagar la verdad [...] y a revelar esa verdad a los familiares de las víctimas y a la sociedad” (Méndez, cit. n.º 4, pág. 526).

⁴⁴ Uno de los promotores, como juez, y mayores difusores, como publicista, de las ventajas de los “juicios penales de la verdad” es el brillante jurista Leopoldo Schiffrin, hombre del derecho y de la cultura que ha dado muestras de extraordinario valor a lo largo de toda una vida comprometida en la defensa de la Democracia y de los derechos individuales, especialmente cuando la defensa de esos valores sólo ofrecía “incomodidades” y no los réditos a los que aspiran los oportunistas de hoy en día. Para Schiffrin, cit. n.º 17, pág. 345, la investigación judicial de los aspectos inherentes a la satisfacción del llamado “derecho a la verdad” resulta “mucho más facilitada si se aplican las reglas de la instrucción criminal”. Este trabajo, como se verá, va a poner en duda, modestamente, esta idea avalada por Schiffrin.

⁴⁵ “La imposibilidad de aplicar una condena a los culpables no quitaba sentido a la participación del Poder Judicial. Aún seguía vigente la posibilidad de investigar la suerte corrida por los detenidos desaparecidos y el destino de sus cuerpos. También se presentaba la oportunidad de lograr, por medio de una exhaustiva investigación, un conocimiento minucioso de la metodología utilizada por la dictadura militar” (Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, pág. 548).

⁴⁶ *Ib.*, pág. 555 y s.

en testigo⁴⁷, aunque no siempre, y su sometimiento, en consecuencia, a las penas previstas en caso de infracción a sus deberes: sustracción, reticencia o falsedad⁴⁸.

Comenzó así la discusión acerca de si los órganos judiciales penales debían ocuparse, por medio del proceso penal, de investigar la verdad por la verdad misma. Es la discusión que culmina con la solución amistosa celebrada ante la Corte IDH en el caso "Aguiar de Lapacó" ya mencionado. Esta discusión comenzó con la resolución del 20.4.1995 de la Cámara Federal de Buenos Aires (caso "Mignone", causa ESMA) en la que se exalta el derecho a la verdad como uno de los fines del proceso penal: "en el supuesto del derecho a la verdad cabe resaltar que éste constituye uno de los fines inmediatos específicos del proceso penal"⁴⁹.

La primera investigación de la pura verdad de este tipo, que es mencionada aquí sólo como un ejemplo de otras muchas similares, fue ordenada en Buenos Aires a pedido de los familiares de una persona presuntamente asesinada por agentes estatales durante la dictadura militar⁵⁰. A raíz de las declaraciones periodísticas de un ex-oficial de las FF.AA. que reconoció la existencia de personas privadas antijurídicamente de su libertad que fueron torturadas y asesinadas en el ámbito de la Armada Argentina, los familiares de los afectados solicitaron, y el tribunal lo aceptó, que las dependencias involucradas del Estado proporcionaran la lista de las víctimas de los hechos que habían sido objeto de investigación penal en ese proceso hasta la sanción de las leyes de punto final y obediencia debida y del indulto posterior de los dos únicos imputados remanentes; lista de cuya existencia dio fe el entrevistado periódicamente. Los argumentos de la decisión se agrupan en tres: para dos jueces el objeto del proceso está agotado (la técnica jurídica de este argumento es impecable⁵¹) y, sin embargo, se debe pedir la información por razones humanitarias; para tres jueces el proceso no está agotado y lo solicitado podría encuadrar en la investigación de hechos no amparados por

⁴⁷ La práctica de convertir al imputado en testigo ha sido radicalmente criticada por la doctrina (*vid.*, por menorizadamente sobre estos problemas, Illuminati, G.: "El imputado que deviene testigo", trad. de P. Eiroa, en CDJP n.ºs 18-19, pág. 325 y ss.; Eiroa, P.: "La reforma del 'proceso justo' en Italia: entre el derecho al silencio, el contradictorio y el esclarecimiento de los hechos como finalidad procesal", en CDJP n.ºs 18-19, pág. 309 y ss.).

⁴⁸ En algunas jurisdicciones los jueces entendieron "que por el carácter no penal de los 'juicios por la verdad' podían interrogar como testigos a personas claramente implicadas en los hechos" (Schiffrin, cit. n.º 17, pág. 351). Así sucedió en el caso de Corres, criterio que después fue dejado sin efecto por la Cámara Nacional de Casación Penal (*vid.* Guzmán/Otero, cit. n.º 6, pág. 501 y ss.), y, aparentemente, también en el "juicio de la verdad" de La Plata, en el cual se ha podido apreciar "la reticencia de estas personas para atestiguar y expresar la verdad, más allá de que en algún caso se haya podido iniciar una causa por falso testimonio" (Alonso Morales/Lovelli/López Alcalá/lalonardi, "Maternidades clandestinas. La investigación como un aporte para la búsqueda de los niños apropiados durante la dictadura", en AA.VV.: *Violaciones a los derechos humanos frente a los derechos a la verdad e identidad*, Buenos Aires, s/f, p. 154). Schiffrin (cit. n.º 17, pág. 350 y s.), sin embargo, se refiere "al principio *nemo tenetur se ipsum prodere* que impide que en el juicio de la verdad las personas de las que pudiera sospecharse alguna responsabilidad como autores o cómplices sean interrogadas en calidad de testigos", aunque reconoce que en el juicio de La Plata "los simples guardianes de centros de detención sí fueron interrogados como testigos por entender el tribunal que contra ellos no habría por qué presumir responsabilidad penal, criterio éste no compartido últimamente por el Ministerio Público que ha abierto numerosas causas estrictamente penales que involucran también a guardianes que declararon como testigos".

⁴⁹ La doctrina ha dicho también que "el 'derecho a la verdad' constituye el fin inmediato del proceso penal" (Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, pág. 553, lo destacado me pertenece).

⁵⁰ Resolución tomada en pleno por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Buenos Aires el 20 de marzo de 1995 en el proceso llamado "Méndez Carreras, Horacio s. presentación en c. n.º 761 ESMA. Hechos que se denunciaron como ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada". *Vid.*, con más información acerca del desarrollo de estos procesos, Perlinger, N.: "Juicios por la verdad: una respuesta necesaria frente al vacío de la desaparición" (en prensa).

⁵¹ Ambos repiten su argumentación en una resolución de la misma causa dictada el 6-4-1995 respecto de una solicitud similar ("Carsen, Octavio y otros s. presentación en c. 761 ESMA"), argumentación a la que en esta ocasión se sumó el juez que en el precedente del texto había expresado la mayor adhesión a investigar sin acción penal (en este caso dos jueces, que en la decisión tratada en el texto se pronunciaron por obtener la información, repitieron su argumento, aunque con algunas reservas, quedando en minoría, dado que el tercero que antes los acompañó no votó en esta oportunidad por motivos de salud). En una resolución ante un planteo similar inmediatamente posterior (20-4-1995) esta mayoría, compuesta de nuevo por tres jueces, impuso su criterio favorable a investigar aprovechando que en la ocasión fue al otro grupo de jueces al que les faltó un voto por razón de enfermedad ("Mignone, Emilio F. s/presentación en causa n.º 761 ESMA").

los indultos ni por las leyes de “punto final” y “obediencia debida”; para el sexto juez el pedido debía ser acogido —aunque la investigación penal estuviera cerrada— no sólo por razones humanitarias, sino sobre todo porque las funciones jurisdiccionales penales típicas involucran el fin de abastecerse de información acerca de la suerte final que corrieron las víctimas de unos hechos que ya no se pueden punir.

Más allá de la ciudad de Buenos Aires también en otras jurisdicciones se han llevado y son llevados a cabo todavía los llamados “juicios de la verdad”⁵². La Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de La Plata, p. ej., ha realizado uno de los más importantes procesos de esta naturaleza⁵³. Se ha afirmado que este proceso está conectado directamente a la imposibilidad de perseguir penalmente los crímenes amparados por las leyes de no punibilidad de los años ochenta: “Este es un juicio *sui generis*, por así decirlo, que comienza en 1998 dada la situación de impunidad que se vivía en el país por las leyes de obediencia debida y punto final [...] se trataría de una gran instancia probatoria que no tiene consecuencias penales; es decir, el objetivo de estos juicios es la búsqueda de la verdad, *no se pretende condenar a nadie* [...] durante todos los miércoles de los años que van de 1998 a 2004 —y actualmente continúa— se desarrollaron 942 audiencias, en las que dieron testimonio familiares de detenidos, sobrevivientes, represores —policías y médicos policiales, y también militares—, además de testigos comunes”⁵⁴. Sobre los resultados de este juicio se ha dicho también que “se han recibido más de quinientos cincuenta testimonios y realizado numerosos secuestros de documentación importante. Asimismo se descubrieron nuevos centros clandestinos de detención antes ignorados y el detalle del funcionamiento de los circuitos por los que discurría la actividad terrorista impulsada desde el Estado. Sin embargo, la elaboración de esta enorme masa de material, que concierne a unas tres mil víctimas, requiere disponer de una infraestructura mayor que la precaria con la que cuenta la Cámara”⁵⁵.

Entre todas las opciones, como se puede ver, se ha preferido la investigación criminal del pasado con la justificación de que “el marco judicial aparece como especialmente apto para revocar la *damnatio memoriae* de las víctimas. Los simples procedimientos judiciales destinados a averiguar en forma pública la verdad de sucesos y destinos son la *restitutio memoriae*, la reparación moral que puede surgir como uno de los elementos para establecer una conciencia ético-jurídica capaz de sustentar un verdadero Estado democrático de derecho”⁵⁶. Asimismo, se ha considerado que “el marco solemne de un foro judicial permite a las víctimas y sus deudos llevar a la opinión pública la lesión antes recibida de modo clandestino, poniendo ese mínimo umbral de justicia consistente en hacer verdadero el derecho a la audiencia en procura de esclarecimiento y de retribución”⁵⁷.

Los denominados juicios de la verdad, ante la ausencia de toda regulación normativa específica, se han desenvuelto de una manera muy diferente, lo cual dependió de la impronta de cada cuerpo judicial dedicado a llevarlos a cabo (en algunos los “ex imputados” resultaron testigos plenos, en otros no; algunos tribunales hicieron “juicios ora-

⁵² Vid. Schiffrin, cit. n.º 17, pág. 348 y 350.

⁵³ Vid. Alonso Morales/Lovelli/López Alcalá/lalonardi, cit. n.º 48, pág. 153 y s.

⁵⁴ *Ib.* (lo destacado me pertenece).

⁵⁵ Schiffrin, cit. n.º 17, pág. 350.

⁵⁶ *Ib.*, pág. 346.

⁵⁷ *Ib.*, pág. 351. Aquí, en la mención de la retribución, se advierte ya la finalidad “punitiva” de unos juicios respecto de los cuales se afirma, sin embargo, que no son hechos para punir y que incluso sólo pueden ser hechos porque ya no se puede punir. El autor citado agrega a continuación que “esto, a la vez, se integra con la preservación y desarrollo de la memoria individual y colectiva que evita el segundo asesinato que significaría el olvido” (*ib.*). Me parece, en cambio, que en una Democracia sin fanatismos deberían ser abiertamente discutibles, en primer lugar, las formas de hacer y guardar la memoria individual y colectiva, siendo altamente llamativo, en segundo término, imponer que el recurso al olvido —como actitud personal o colectiva— pueda ser equiparado a un asesinato, formulación ya presente en la lucha contra el negacionismo en la obra de Vidal Naquet, P.: *Los asesinos de la memoria*, trad. de L. Mames, México, 1994. En el mismo sentido, Elie Wiesel, en su prefacio a AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, pág. 12, habla de “crímenes contra la memoria” y sostiene que “olvidar a los muertos es matarlos de nuevo”.

les”, otros no [incluso en Mar del Plata se produjo un conflicto de competencia entre el tribunal de apelación y el tribunal de juicio]; algunos dictaron resoluciones de la verdad, otros no; etc.). También las heterogéneas finalidades de estos “juicios” recibieron distinta respuesta. La identificación de restos, su entrega a los deudos y, por consiguiente, el conocimiento bastante preciso de lo sucedido en el caso particular en virtud de las circunstancias del hallazgo que ilustran el destino de la víctima es sin duda un complemento del proceso penal en el cual se investigó dicho crimen. Se trata de lo que la jurisprudencia denomina “jurisdicción residual”. Esto es ya siempre así con derecho a la verdad o sin él, con juicios de la verdad o sin ellos, con crímenes de tratamiento especial (derechos humanos, lesa humanidad, etc.) o con crímenes de tratamiento normal. En cambio, si por cada caso, además, al final se brinda un relato con forma de resolución judicial de lo descubierto y probado, como ha sucedido en algunas jurisdicciones, entonces ya aparece un modo de proceder atípico en los procesos penales que satisface el interés del afectado de llevarse una declaración oficial de lo sucedido con un familiar⁵⁸. Lo que no se entiende todavía es de qué modo van a satisfacer el derecho de la sociedad a la verdad estos “juicios” tan diversos, con sus esporádicas audiencias públicas y sus relatos concluyentes escritos, atomizados y archivados por territorio y por legajo⁵⁹.

Hay, entretanto, algo que es decisivo en la producción de estos juicios penales *sui generis*: la afirmación de que ellos fueron llevados a cabo sólo porque ya no se podía condenar a los sospechosos. Méndez, p. ej., reconoce esta circunstancia y afirma que los juicios de la verdad son obligatorios debido a que la posibilidad de sanción “está definitivamente excluida en virtud de las leyes y decretos que consagraron la impunidad de los hechos”⁶⁰. También Novaro destaca que se trata de “procesos que no tendrían consecuencias penales para los represores”⁶¹. Esta conclusión, según la cual sólo la no punibilidad de los hechos explica la obligación jurídica de llevar a cabo procesos penales para la sola investigación informativa es decisiva para el análisis correcto del problema que hoy tenemos sobre la mesa de trabajo.

No obstante ello, es posible pensar que los procesos por la verdad tuvieron la finalidad encubierta y directamente negada en las resoluciones de adquirir y conservar la prueba necesaria para perseguir y condenar estos hechos ante una eventual reapertura de los procesos en el futuro. Esta situación, que aquí únicamente puedo introducir como hipótesis de trabajo para estudios futuros, explicaría por qué fue asignada la

⁵⁸ Un problema que dejaré abierto es el de establecer cuál es el fundamento para restringir el derecho a la verdad a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y de crímenes llamados de lesa humanidad. Más allá de que estas categorías son difusas, el derecho penal y procesal penal excepcional que les corresponde (retroactividad de normas desfavorables, imprescriptibilidad, arrepentidos, derecho a la verdad, privación de la defensa pública, del arresto domiciliario, etc.) ya se expande a otros ámbitos (terrorismo), de modo que todavía es posible que las prerrogativas del derecho a la verdad sean invocadas también para otros delitos denominados comunes (así parece entenderlo, p. ej., el discurso de Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, pág. 549). Sobre todo porque la restricción de este derecho a algunas clases de crímenes ha sido justificada con un argumento discriminatorio: Méndez, cit. n.º 4, pág. 526, confiesa expresamente el carácter extraordinario de los derechos de las víctimas de crímenes gravísimos al señalar que ellas tienen un “más amplio derecho a la justicia”. El Procurador General de la Nación, en un dictamen del 8.11.2006 (causa “Torea s/recurso de casación”), en un caso de homicidio por imprudencia, ya habla sin embargo de “satisfacer el derecho de los familiares de la víctima a saber la verdad de lo sucedido”.

⁵⁹ *Id.* Binder, A.: “El relato del hecho y la regularidad del proceso: la función constructiva-destructiva de la prueba penal”, en *id.*: *Justicia Penal y Estado de derecho*, Buenos Aires, 1993, pág. 13 y ss.

⁶⁰ Méndez, cit. n.º 4, pág. 534. La no punibilidad es un argumento del planteo de Aguiar de Lapacó que da inicio a los juicios de la verdad y que los consolida al conseguir su reconocimiento por acuerdo entre ella y la República ante la Comisión de DD.HH. de la OEA. Antes la Corte Suprema le había cerrado el camino a esta alternativa, por mayoría (caso “Suárez Mason”, resolución del 13.8.1998: CSJN, *Fallos*, t. 321, pág. 2031 y ss.). Por entonces, en cambio, la Corte consideraba procedente las acciones de *habeas data* para acceder a la información propia del derecho a la verdad (caso “Urteaga”, resolución del 15.10.1998: CSJN, *Fallos*, t. 321, pág. 2767 y ss.). Un reconocimiento expreso del derecho a la verdad por la Corte y a su canalización por vía criminal, después de la intervención de la Comisión Interamericana, puede ser visto, entre otros, en los casos “Hagelin”, resolución del 8.9.2003: CSJN, *Fallos*, t. 326, pág. 3.268 y ss., y “Rivarola”, resolución del 27.5.2004 (causa n.º R.392.XXXIX).

⁶¹ Cit. n.º 26.

reelaboración del pasado de un modo tan decidido al tosco instrumental del proceso penal, método difícilmente concebible para describir un pasado tan complejo, siendo que es ya incapaz de esclarecer de modo satisfactorio hechos notablemente sencillos. Schiffrin sostiene también que los “juicios de la verdad” tienen “el *puro* objetivo de establecer certidumbre sobre los hechos”⁶², esto es, que no tienen ningún otro propósito, pero al describir más detalladamente el fenómeno, en un párrafo que no puede dejar de causar perplejidad, se refiere a unas “formas jurídicas elaboradas para concretar las actividades judiciales destinadas a la averiguación de la verdad, que, a su vez, estimule el empleo de los medios judiciales ordinarios para la investigación y sanción de los delitos de terrorismo de Estado”⁶³. Se ha hablado, incluso, de “un uso estratégico de las investigaciones penales” más allá de la posibilidad, *cerrada temporalmente* en aquel entonces por las decisiones de no punibilidad, de condenar a algún culpable⁶⁴. Más aún, Schiffrin, aunque no sin cierta contradicción argumental, considera que lo que denomina juicios penales de la pura verdad son una suerte de “pre-procesos” que dan base a unos juicios penales completos que vendrán después: “La finalidad del procedimiento también es determinar a los responsables de los hechos y someterlos a la justicia penal competente”⁶⁵.

La fobia a toda opción por investigar e informar que no pase por procedimientos y jueces criminales debe llamar altamente la atención del análisis. Esta tendencia —en gran medida inexplicable desde el punto de vista de los principios del Estado constitucional de derecho y, especialmente, desde la experiencia histórica— responde a una confusión, en parte inconciente y en parte deliberada, entre conocimiento y castigo. Se trata de un círculo vicioso: el proceso, para imponer penas legítimamente, antes tiene que conocer los hechos; sin embargo, si ya no se puede castigar pero sigue en pie el derecho a conocer, entonces se debe seguir utilizando el proceso a ese fin; se dice así que lo que se pretende es conocer, pero esto podría encubrir un interés en seguir “castigando” aunque más no sea con la pena de sometimiento al poder meramente investigador de los jueces penales. Así se conseguiría, por lo menos, una “pena de banquillo” para el autor de estos crímenes que represente para las demandas de justicia de las víctimas y de sus familiares, como en la experiencia de algunas comisiones de la verdad, el consuelo de ver a los presuntos asesinos obligados a comparecer ante jueces penales. Pero también es posible, como ya se mencionó, que los “acusadores” y los funcionarios judiciales encargados de los llamados “juicios de la verdad” estuvieran pensando —algo que está lejos de ser demostrable— en investigar ahora para castigar más adelante.

Más allá de estas dudas irresolubles, lo cierto es que la realidad descrita merece serios reparos jurídicos por haberse escogido al malogrado y desafortunado proceso penal para garantizar el llamado derecho a la verdad de los afectados y de la sociedad.

⁶² Cit. n.º 17, pág. 347.

⁶³ *Ib.*, pág. 346. Obsérvese que este autor era conciente del problema de la pérdida de pruebas por la inacción de la jurisdicción penal, pues, al referirse a los efectos de la ley 23.049 que en 1984 dispuso la previa actuación de la jurisdicción militar en esos casos, menciona que de ese modo “una gran cantidad de sumarios seguidos por los tribunales penales ordinarios pasaron a los castrenses, que no los continuaron. La pérdida de elementos valiosísimos que así se produjo resulta en muchos casos irreparable, como se lo comprueba casi diariamente en los procedimientos seguidos 25 años después para el esclarecimiento de los casos de terrorismo de Estado. La cantidad de lugares de detención clandestina cuya forma se alteró, o que desaparecieron, los testigos que han muerto o que no se encuentran ya en estado de declarar, la documentación destruida por aplicación mecánica de reglamentaciones administrativas o —en algunos casos— con dolo, todo ello fue producto de la estrategia puramente dirigida a fines políticos inmediatos que en 1984 siguieron el Poder Ejecutivo y el Procurador General” (*ib.*, pág. 335).

⁶⁴ Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, pág. 557.

⁶⁵ Cit. n.º 17, pág. 349. Se crea así “la instrucción de la instrucción”, pues en los juicios de la verdad, “la Cámara [se refiere a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de La Plata], en los casos en que se ha podido reunir prueba sobre responsables directos de los crímenes investigados, devió esos elementos al Ministerio Público y jueces de instrucción federales” (*ib.*, pág. 350).

2. CRÍTICA DE ESTE FENÓMENO PECULIAR

A) Aclaración previa

La práctica de recurrir a procesos penales sólo para conocer, informar e ilustrar acerca de lo ocurrido en el pasado, tal como se verá de ahora en más, puede ser impugnada desde varios puntos de vista, todos convergentes hacia una única conclusión: resulta exagerado creer que el derecho procesal penal es un instrumento predispuerto para conocer la verdad, cualquier verdad y con la mayor amplitud y confiabilidad⁶⁶. En lo que sigue, una vez puesta en su sitio la función real del proceso penal, por medio de lo que aquí denomino *la objeción teleológica* (B) y la *objeción epistemológica* (C), será demostrado que ni siquiera esa misión y esa epistemología —muy alejadas por cierto de la búsqueda de la verdad material— son alcanzadas satisfactoriamente en ámbitos judiciales, según lo prueban las que aquí llamo *objeciones metodológicas* (D). Además, desde el punto de vista del funcionamiento del derecho procesal penal se puede cuestionar, bajo el subtítulo de *objeción puramente técnica* (E), su empleo con el único fin de investigar e informar. Por último, también serán expuestas las inconsecuencias políticas de utilizar al Estado y su sistema penal como instrumento de verdad (lo que llamo, obviamente, *la objeción política* [F]) y los peligros que para el derecho entraña —según ya lo sabemos gracias a las lecciones de la historia— utilizar el aparato punitivo del Estado o una parte de él para perseguir el descubrimiento de la verdad (*la objeción histórica* [G]).

Estos seis modelos de análisis responden, por supuesto, a una simplificación didáctica. El lector podrá advertir que no se trata de compartimentos estanco y que muchos de los argumentos atribuidos a una objeción se pueden superponer con los de otra o directamente pertenecer a otra u otras. Ello se debe, en definitiva, a que se trata de una única crítica fundamental descompuesta en muchas razones que explican el desacierto de entender al proceso penal como si fuera una *lapis philosophorum* capaz de brindar un conocimiento exacto, completo y puro.

B) La objeción teleológica

El derecho penal es la única rama del ordenamiento jurídico que, por regla general, no consiente que sus consecuencias jurídicas tengan efecto si no han sido previamente declaradas en una sentencia precedida de un proceso contradictorio de prueba⁶⁷. Dado que el derecho reconoce el hecho de que la pena estatal es la reacción más violenta y desafortunada de la que dispone la sociedad para asegurar sus fines y debido a que el derecho se toma en serio esta afirmación, la pena sólo puede ser impuesta después de un juicio público que permita neutralizar la histórica desviación que se ha hecho de este instrumento coactivo con fines patológicos (opresión y arbitrariedad). Por ello se erige en garantía judicial fundamental del acusado, entre otras, el no ser condenado jamás si los requisitos de hecho exigidos por la ley penal para ello no han sido demostrados en ese juicio previo. Esto hace notar, claramente, dos circunstancias: el proceso penal no puede investigar cualquier cosa ni puede hacerlo de cualquier manera.

Si bien el proceso penal tiene en su base unas comprobaciones fácticas, que en el caso de los hechos más terribles de la macrocriminalidad pueden coincidir con necesidades universales de conocimiento y difusión de esos sucesos, en modo alguno el proceso se lleva a cabo con esta última finalidad, sino, simplemente, para saber si el acu-

⁶⁶ Guzmán y Otero, cit. n.º 6, pág. 507 y 515 y ss., ya han formulado reparos a la averiguación de la verdad por la verdad misma a través del Poder Judicial con los instrumentos del proceso penal.

⁶⁷ Una conocida excepción es la defensa necesaria. La condenaciones obtenidas por negociaciones entre las partes al estilo de la gestión de intereses particulares son por ello ferozmente cuestionadas por los juristas (vid. Ferrajoli, L.: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 52001, pág. 561 y ss.; Volk, cit. n.º 5).

sado es culpable o inocente⁶⁸. Se trata de un método de comprobación muy particular que no persigue en modo alguno “descubrir la verdad” sobre los “hechos”, pues en los casos penales, como ya se sabe, no se debaten los hechos (que son parte del pasado desde que suceden y entran en la historia para siempre), sino las hipótesis y afirmaciones que se hacen en el juicio acerca de unas bases fácticas meramente supuestas⁶⁹. Y basta con una comprobación de esa hipótesis acusatoria que, a su vez, sobreviva a la refutación de la defensa, para que la sentencia penal condenatoria sea considerada probatoriamente satisfactoria desde el punto de vista jurídico-penal⁷⁰. Además el proceso cumple con sus fines incluso cuando declara no haber descubierto nada⁷¹.

Este mecanismo puede —sólo eventualmente— aportar algo al conocimiento de los hechos involucrados, pero aun así su contribución al descubrimiento de la verdad es ya de por sí mínima en cuanto al objeto de referencia, pues la hipótesis debatida en el juicio penal es un mero retazo, determinado por las circunstancias jurídico-penalmente relevantes, de todo aquello que rodea a la hipótesis histórica completa referida a lo que puede haber sucedido y por qué respecto de los involucrados⁷². Los derechos de los familiares y allegados de la víctima a conocer todos los demás detalles de lo sucedido, que no tengan relevancia para el derecho penal, y sobre todo a que su cuerpo sea encontrado para poder darle el destino que corresponda a su cultura o creencias, facilitar el duelo y poder rendirle devoción en su presencia física, algo que tanto reconforta y consuela a los deudos, no son debatibles en un juicio penal en modo alguno y deben encontrar satisfacción con otros recursos, pues toda hipótesis de investigación que exceda el supuesto que cae entre las circunstancias jurídico-penalmente relevantes es ajena al proceso penal⁷³.

La tendencia de llevar a cabo juicios penales por la verdad, es decir, procesos judiciales de conocimiento regidos por los preceptos del proceso penal pero destinados a investigar hipótesis sin relevancia punitiva —ya sea porque no se refieren a circunstancias penalmente importantes o porque su comprobación de todos modos, por la razón que sea, no fundamentará una condenación— supone creer que el “descubrimiento de la verdad” como meta del procedimiento lo convierte en instrumento apto para investigar la historia de cualquier suceso. El mecanismo sería el siguiente: alguien establece

⁶⁸ Según Hassemer, el conocimiento judicial de los hechos “es llevado a cabo para cumplir con los fines del proceso penal, esto es, para fundar la declaración de culpabilidad o para hacer posible una absolución” (Hassemer, cit. n.º 1, pág. 76). Para Maier, J.: *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2003, t. II, pág. 151, “el proceso penal resulta también un método para la averiguación de la verdad objetiva, otro de sus fines, aunque referido siempre a la decisión sobre la punibilidad del imputado” (destacado original). Por eso Bertolino, cit. n.º 5, pág. 50, habla de la “tendencia” del proceso a la verdad. Eiroa, cit. n.º 1, explica las limitaciones de todo tipo que impiden una verdad de calidad con los instrumentos del proceso penal y especifica que “éste se encamina, ante todo, a resolver la situación jurídica del acusado [...], a determinar si él es culpable o inocente”.

⁶⁹ Vid. Cafferata Nores, J.: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 2000, p. 48; Guzmán, N.: *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, 2006, pág. 63 y ss.

⁷⁰ Vid. Ferrajoli, cit. n.º 67, pág. 603 y ss.

⁷¹ Dado que la meta del proceso es la decisión sobre el caso penal introducido a investigación y debate por la hipótesis a probar del acusador (vid. Maier, cit. n.º 68, t. II, pág. 148), esta meta también es alcanzada cuando el proceso termina con una decisión que dice que no se puede probar verdad alguna (muerte del imputado, prescripción del delito, cualquier otro impedimento procesal) o que no se ha podido probar ninguna verdad: sobreseimiento o absolución por incertidumbre (vid. *ib.*, t. I, pág. 852 y s.).

⁷² Por ello Nino, cit. n.º 1, pág. 212, ha afirmado con toda precisión que el conocimiento de algo de la verdad de lo sucedido es un “subproducto” de los juicios penales.

⁷³ No se puede negar que, si debe ser llevado a cabo un juicio penal para declarar culpable o inocente a alguien, mucho de lo sucedido respecto de los hechos podrá llegar a ser conocido, pero no sin reservas, porque en el proceso penal además del juicio histórico de lo pasado entra en consideración el juicio crítico acerca del valor de lo conocido y de la forma en que se ha conocido (vid. Bertolino, cit. n.º 5, pág. 33 y ss.). Sostiene Hassemer, cit. n.º 1, pág. 74 y s., que “no se le podrá negar al Derecho penal la posibilidad de intervenir como un instrumento eficaz para la clarificación. [...] Yo no rechazo *in limine* esa expectativa, pero deseo, sin embargo, relativizarla. El proceso penal seguramente es capaz de dar a luz la ‘verdad’, pero también así de seguro es que el Derecho penal y el proceso penal tienen su propio concepto de ‘verdad’, el que está unido a las posibilidades específicas del proceso penal para preguntarse sobre las circunstancias fácticas y acerca de cuáles de ellas quieren ser tenidas en cuenta, si quiere uno apoyarse con seguridad en el conocimiento obtenido en el proceso penal”.

que existe un derecho de las víctimas de ciertos delitos particularmente atroces a conocer toda la verdad de lo sucedido; luego busca entre sus papeles y encuentra que el derecho procesal penal tiene por finalidad “descubrir la verdad”; entonces lleva a cabo juicios penales con el único fin de saber e informar acerca de todas las circunstancias relativas al universo que integra lo digno de ser conocido a partir de la hipótesis de que se habrían cometido ciertos delitos particularmente atroces.

En realidad, el único fin epistemológico posible del proceso penal, en un Estado constitucional y democrático de derecho, es asegurar la calidad y la corrección jurídicas de las condenaciones⁷⁴. Nicolás Guzmán, a partir de las bases sentadas por el sistema de Ferrajoli, ha explicado recientemente que en el proceso penal la verdad “ya no es un fin en sí mismo, sino que representa solamente una condición necesaria para la aplicación de una condena. Esto es lo que impone la adopción de un modelo garantista de proceso penal”⁷⁵. Esta explicación ha demostrado que el descubrimiento de la verdad no es más un fin del proceso penal, lo cual desmiente con máxima excelencia técnica uno de los postulados básicos de la práctica bajo estudio, esto es, que la búsqueda de la verdad sea un meta del derecho procesal penal. Guzmán demuestra que de los fines tradicionalmente asignados al proceso —realización del derecho penal material y averiguación de la verdad— sólo el primero subsiste y que el segundo es reemplazado por el respeto de los derechos fundamentales del acusado⁷⁶, fin dentro del cual cabe ahora situar a la verdad sólo como una garantía para el imputado referida al grado de comprobación de la hipótesis que fundamenta su condena⁷⁷. En efecto, este autor afirma con solvencia categórica que “la comprobación de la verdad de la hipótesis acusatoria dejará de ser un fin en sí mismo para pasar a ser, simplemente, una condición necesaria más de la *validez* de la sentencia condenatoria por medio de la cual se aplica la norma sustancial (del mismo modo que lo será también el respeto de todas las garantías penales y procesales que integran el sistema penal)”⁷⁸. Concluye Guzmán, al respecto, que “parece conveniente abandonar de una vez por todas la idea de que la búsqueda de la verdad es el fin del proceso penal, para no generar confusiones teóricas ni prácticas”⁷⁹.

En el mismo sentido, Hassemer ha señalado que “el proceso penal —en un Estado de derecho— no tiene solamente el fin de perseguir la averiguación de la verdad histórica; su meta es, antes bien, la de proteger los intereses de los afectados por la búsqueda de la verdad”⁸⁰.

Por otro lado, en razón de que los llamados procesos penales de la verdad no persiguen una condenación, ellos no representan propiamente juicios penales, sino, en

⁷⁴ “Lo único que debe estar empíricamente asegurado en la comprobación de los hechos es aquello que fundamenta la condenación” (*ib.*, pág. 76). *Vid.*, en el mismo sentido, Cafferata Nores, cit. n.º 69, pág. 48.

⁷⁵ Guzmán, cit. n.º 69, pág. 37. En esta investigación sobre las funciones y los fines de la verdad en el enjuiciamiento penal el autor (pág. 93) sostiene también que al condenar, “el juez deberá haber alcanzado un grado de certeza subjetiva tal que en su mente no debe haber lugar para las dudas, lo que significa que todas y cada una de las hipótesis alternativas a la de la acusación debieron haber sido desmentidas y descartadas. Sólo así el juez podrá afirmar la verdad de la hipótesis acusatoria, aplicando la correspondiente sanción para el acusado”. Sobre los fundamentos de esta construcción, *vid.* también Ferrajoli, cit. n.º 67, pág. 45 y ss., 542 y ss., y 603 y ss.

⁷⁶ Para esto Guzmán se basa en mis desarrollos efectuados en el trabajo “El principio de la descalificación procesal del Estado”, en Bertolino, P./Bruzzone, G. (comps.): *Estudios en homenaje al Dr. Francisco J. D’Albora*, Buenos Aires, 2005, pág. 431 y ss.

⁷⁷ *Vid.* Guzmán, cit. n.º 69, pág. 115 y s.

⁷⁸ *Ib.*, p. 116.

⁷⁹ *Ib.* Maier, en cambio, ha formulado algunas reservas a la interpretación de la verdad como garantía del imputado (cit. n.º 68, t. I, pág. 854). En sentido parcialmente similar, *vid.* Bovino, A.: “Juicio y verdad en el procedimiento penal”, en AA.VV.: *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Buenos Aires, 2005, pág. 219 y ss. A favor de la verdad como garantía del imputado, *vid.* también Cafferata Nores, cit. n.º 69, pág. 51. En el mismo sentido, Perlinger, cit. n.º 50: “Sólo la verdad puede fundar una consecuencia tan grave como la imposición de una pena”.

⁸⁰ Hassemer, cit. n.º 68, pág. 75. Por eso Foucault, M.: *La verdad y las formas jurídicas*, trad. de E. Lynchm Barcelona, 3ª1992, pág. 64, sostiene que en una Democracia la función de la verdad es oponerse al poder.

realidad, meras investigaciones o instrucciones penales que, por definición, no tienen, salvo en los sistemas inquisitivos, una finalidad de averiguación exhaustiva como la que requiere el denominado derecho a la verdad⁸¹. En un Estado de derecho la etapa preliminar del proceso penal sólo persigue una verificación epistemológica mínima y de baja calidad con la finalidad de evitar juicios innecesarios⁸² o, en su caso, proporcionar fundamentos para una acusación verosímil que dé base a un debate contradictorio⁸³. Esta etapa no tiene como meta el descubrimiento de la verdad de lo sucedido, pero son sus reglas las que rigen los llamados “juicios” por la verdad en los cuales no hay adversarios, ni debate ni controversia.

Un modelo de proceso penal que no tenga como fin descubrir la verdad, único estilo por cierto coherentemente compatible con el principio del Estado constitucional y democrático de derecho, desmiente de modo categórico los fundamentos de los “juicios de la verdad”. En esta experiencia de investigar para escribir el pasado por medio del proceso penal no se deja de lado únicamente la meta de perseguir a los sospechosos y condenar a los culpables (realizar el derecho penal material), sino que, en realidad, se prescinde también de la meta de asegurar los derechos fundamentales del imputado, en tanto que no hay sujeto pasivo del proceso. Con ello, dado que la verdad es solamente garantía del acusado frente a la condena, no puede haber búsqueda de la verdad por el proceso penal si no hay también imputado (y aun así la verdad que busca el proceso penal para condenar debe ser relativizada). Por esta razón teleológica es que el proceso jurídico-penal no constituye un instrumento para averiguar cualquier verdad como lo pretende la tesis que justifica su empleo para el descubrimiento de un verdad calificada de pura⁸⁴. Los juicios de la verdad suponen un derecho procesal penal que tiene a la búsqueda de la verdad como un “fin en sí mismo”. Debido a que ese punto de partida está ya refutado técnicamente —como mínimo— la viabilidad de utilizar al proceso penal para la mera investigación del pasado terrorismo de Estado se desvanece completamente.

C) La objeción epistemológica

El cuestionamiento teleológico recién formulado, como también los reparos metodológicos del apartado siguiente, están vinculados inseparablemente a la crítica epistemológica objeto de este punto. Esta censura demuestra que el proceso penal, según su definición jurídica, sólo es apto para conocer cierta verdad —y a su manera— y no la verdad que tiene como meta el llamado derecho a la verdad, que es una verdad más propia de la historia que de la justicia⁸⁵.

Ha sido un tema recurrente en la discusión la comparación entre la metodología del juez y la del historiador⁸⁶. Podríamos decir que este análisis se abre con el trabajo de

⁸¹ Un resabio inquisitivo de este tipo puede ser visto en la altamente disfuncional regla dispuesta por el artículo 193, inc. 1.º, del CPPN que atribuye a la instrucción el objeto de comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad. Abregú se ha referido a esta norma que confunde la función de la instrucción con la del juicio (Abregú, M.: “La instrucción como pre-juicio”, en AA.VV.: *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Buenos Aires, 2005, pág. 157). Vid. también, crítico al respecto, Bovino, cit. n.º 79, pág. 222 y ss.

⁸² No me puedo detener aquí a explicar por qué el juicio penal tiene un carácter semi-punitivo en tanto que es un equivalente funcional de la pena. El juicio es para el imputado un calvario que, cuando no es alta la probabilidad de demostrar en él la hipótesis acusatoria, debe ser evitado.

⁸³ Vid. Abregú, cit. n.º 81, pág. 160 y ss.

⁸⁴ Así, expresamente, p. ej. Schiffrin, cit. n.º 17, p. 347. Parece que el enredo se debe a que se está confundiendo la verdad como meta operativa del proceso penal con la verdad como valor (vid., esclarecedor sobre esta diferencia, Bertolino, cit. n.º 5, pág. 35 y ss.).

⁸⁵ “La prédica constante que concibe al procedimiento penal como un medio de conocer la verdad no puede ocultar, tampoco, que ese conocimiento, en todo caso, resulta muy limitado y condicionado por las propias reglas procesales, en definitiva, que el concepto de verdad que maneja el procedimiento penal, o, si se quiere, la *verdad procesal*, es estrecho, parcial, restringido” (Maier, cit. n.º 68, t. I, pág. 854 y s.).

⁸⁶ Vid., detalladamente al respecto, Andrés Ibáñez, P.: *Los “hechos” en la sentencia penal*, México, 2005, pág. 60 y ss.; Taruffo, M.: *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, Madrid, 2002, pág. 24 y s.; Guzmán, cit. n.º 69, pág. 109 y ss.

Calamandrei que lleva por título precisamente *Il giudice e lo storico* (1939)⁸⁷, donde ambas tareas son ya distinguidas a pesar de las semejanzas relativas⁸⁸, y termina con el libro de Carlo Ginzburg, de 1991, que lleva el mismo título⁸⁹. Para este pensador italiano, gran conocedor de los aspectos historiográficos de las instituciones judiciales penales, la historia y el derecho procesal llegan, acerca de los mismos hechos, a conclusiones distintas. Este autor ha demostrado de qué manera un hecho considerado probado —en distintas instancias— por una serie de tribunales penales, era sin embargo declarado incierto por el juicio de los historiadores⁹⁰. Se trataba del asesinato de una persona probado judicialmente por el único testimonio de un *pentito*. La pena impuesta fue elevadísima. Desde el punto de vista del derecho probatorio se consideró inaplicable el brocardo *testis unus testis nullus*. Sin embargo, para un historiador en modo alguno es aceptable considerar probado un hecho de la mano de una sola versión testimonial brindada por alguien muy interesado en acusar al afectado. En el caso planteado por el libro de Ginzburg, mientras que la epistemología judicial admite como suficientemente probadas las afirmaciones acerca del hecho, la epistemología histórica considera que ello no ha sido demostrado en absoluto⁹¹. Este ejemplo es colosal para mostrar la enorme distancia que separa las verificaciones judiciales-penales de la verdad absoluta, incluso de una verdad correspondencia meramente semántica y aproximativa como la que, a pesar de los cuestionamientos conocidos, utilizamos en el proceso penal por *razones únicamente instrumentales* y no porque los penalistas seamos de modo necesario realistas o defensores de la verdad como valor, dado que la función de lo *verdadero* en el proceso, como ya se demostró, es independiente, en tanto que instrumental, del partido que cada uno tome en la discusión filosófica, epistemológica y axiológica en torno de la “*Verdad*” con mayúsculas.

No obstante ello, historia y jurisdicción son dos disciplinas que tienen en común fijar hipótesis fácticas que son consideradas verdaderas de un modo imparcial por medio de pruebas que las confirman⁹². Más allá de estas semejanzas hay un abismo de diferencias que las separa⁹³. Para una y otra las misiones son distintas, las funciones son diferentes, los objetos a investigar son, por su extensión y por la forma de establecerlos, incomparables y, sobre todo, los modos de probar y tener por probado son incompatibles⁹⁴.

⁸⁷ Calamandrei, P.: “Il giudice e lo storico”, en AA.VV.: *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, Milano, 1939, vol. II, pág. 351 y ss. Hay versión castellana bajo el título de “El juez y el historiador”, en Calamandrei, P.: *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945, pág. 91 y ss.

⁸⁸ “El juez, lo mismo que el historiador, está llamado a indagar sobre hechos del pasado y a declarar la verdad de los mismos” (*ib.*, pág. 93). En el mismo sentido, *vid.* Maier, cit. n.º 68, t. I, pág. 847. El estudio de Calamandrei, en cuanto a la comparación entre la labor judicial y la historiográfica, se basa en el libro de Guido Calogero *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937, especialmente pág. 111 y ss., pero a diferencia de Calogero Calamandrei marca muchas más diferencias que semejanzas entre ambas disciplinas.

⁸⁹ Hay versión castellana: Ginzburg, C.: *El juez y el historiador*, trad. de A. Clavería, Madrid, 1993.

⁹⁰ Guzmán y Otero, cit. n.º 6, pág. 508 y ss., ya han explicado que el proceso penal no es un instrumento apto para la averiguación y la escritura históricas.

⁹¹ Como bien lo expone Eiroa, cit. n.º 1, “los jueces, a través de sus sentencias, transforman en cosa juzgada algunas interpretaciones históricas de lo sucedido en perjuicio de otras”.

⁹² *Vid.* Maier, cit. n.º 68, t. I, p. 858; Ginzburg, cit. n.º 89, pág. 22 y ss. Para Calamandrei, cit. n.º 87, pág. 93, “en la historia y en el proceso se habla de pruebas, de documentos, de testimonios, de ‘fuentes’ y de su crítica”. En la sentencia “Casal” de la CSJN de 20-9-2005 es equiparada casi por completo la función de juez e historiador (consid. 30), algo con lo que aquí, como se ve en lo que sigue del texto, se discrepa en gran medida.

⁹³ “El juez o el fiscal, como historiadores del proceso penal, jamás llegarán a una verdad objetiva, y el contexto que los circunda los llevará a investigar hechos que en alguna medida ellos quieran investigar, recolectando las pruebas que en parte ellos prejuiciosamente quieren tomar e interpretándolas, en parte, como ellos pretenden que sea. Inevitablemente, la subjetividad del investigador se convertirá en la subjetividad de la verdad del enunciado del hecho histórico” (Vanelli Viel, R.: “Notas sobre la verdad y el procedimiento mixto”, en *¿Más Derecho?* n.º 3, pág. 182 y s.). *Vid.* al respecto, relativizando la subjetividad del juzgador, también Cafferata Nores, cit. n.º 69, pág. 60 y ss.

⁹⁴ Para Ginzburg, cit. n.º 89, pág. 104 y ss., especialmente pág. 112: “El camino del juez y el del historiador, coincidentes durante un tramo, luego divergen inevitablemente. El que intenta reducir al historiador a juez, simplifica y empobrece el conocimiento historiográfico; pero el que intenta reducir al juez a historiador

Estas consideraciones dejan una única impresión: aquella verdad sobre hechos pasados que deba iluminar a los contemporáneos e ilustrar a la historia no saldrá nunca de las salas de audiencias de los tribunales penales ni de los gabinetes de los cuerpos judiciales. Hay que dejar que los jueces, con todas sus limitaciones, juzguen, con la muy modesta calidad con la que insuperablemente deben hacerlo, y que los historiadores, con sus métodos más aptos, obtengan, por los medios más amplios, la información necesaria para explicar los hechos al gran público y dar las razones por las cuales, según su ciencia, los consideran probados⁹⁵. Lo decisivo es la prueba de los hechos, mas no la prueba judicial. Un juicio penal no es el juicio de la historia. La prueba penal no es la prueba del historiador o del epistemólogo. Exigir del proceso penal la verificación de unos hechos para conocimiento del mundo es ponerlo en una obligación de cumplimiento imposible⁹⁶. Lo cierto respecto de estos casos es que los hechos o bien ya se conocen suficientemente o bien deberán ser conocidos de otro modo. En cualquier caso nunca serán conocidos del modo que pretende el derecho a la verdad por medio del derecho procesal penal.

Si el derecho a la verdad es “el derecho que tiene toda persona y la sociedad, de conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos”, esto es, un derecho también de la sociedad “a conocer íntegramente sobre su pasado”⁹⁷, entonces la “verdad” del proceso penal no es suficiente para satisfacerlo. Hoy está completamente aceptado en el ámbito del derecho procesal penal que su epistemología está determinada por una noción aproximativa de verdad, por una verdad semántica, en el marco de la verdad correspondencia, que permite apenas una verificación aceptable, conforme a un método preciso, de la hipótesis acusatoria sometida a discusión crítica y refutación —de modo especial, pero no solamente— por parte de la resistencia defensiva⁹⁸. Esto significa que el proceso penal no está, en sentido amplio, dirigido a la determinación de la verdad real y absoluta de los hechos⁹⁹. Pero ello tampoco supone la negación de toda averiguación de alguna verdad por medio del proceso, lo que sería no sólo *naïf*, sino, sobre todo, peligroso para el Estado de derecho. Sólo se trata de que esa verdad del proceso penal, en tanto que garantía del acusado como se vio en el apartado anterior, no es apta como sustituto para averiguar el pasado y escribir la historia¹⁰⁰. Ella sirve únicamente para satisfacer esa función de garantía que la convierte en una verdad condicionada por esa función institucional y por las limitaciones jurídicas a su

contamina irremediablemente el ejercicio de la justicia”. Según Calamandrei, cit. n.º 87, pág. 94, los criterios para establecer la verdad “para el juez son siempre criterios estrictamente jurídicos, mientras para el historiador serán criterios de naturaleza diversa”, razón que lo lleva a calificar a la versión judicial de los hechos como una “historia inferior” por su dependencia de testimonios personales, o sea, “en sustancia, más que historia, anécdota” (pág. 95). Eiroa, cit. n.º 1, habla, por ello, de una “lectura judicial de la historia”. La historia requiere diálogo (vid. Sarlo, B.: *Tiempo pasado*, Buenos Aires, 2005, pág. 53 y ss.), mientras que los juicios de la verdad ofrecen sólo monólogos. Cafferata Nores, cit. n.º 69, pág. 56, explica también que la tarea del juez exige una resolución del caso, también de la “verdad” del caso, en un tiempo razonable, mientras que el trabajo del historiador no tiene plazos legales. A esto mismo se refiere Garapon, A., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, pág. 99, cuando indica que el trabajo del juez “está siempre limitado por un plazo: está obligado a pronunciarse poniendo fin a la discusión infinita. El historiador, en cambio, ¿no tiene acaso la posibilidad de buscar sin cesar nuevas interpretaciones a un hecho histórico?”.

⁹⁵ Según Kelsen los problemas difíciles y complejos que suponen estos hechos de macrocriminalidad estatal “podrían ser investigados más apropiadamente por los historiadores y los estadistas que por un tribunal destinado a juzgar a los transgresores” (Kelsen, H., *La paz por medio del derecho*, trad. de L. Echavarrri, Madrid, 2003, pág. 105).

⁹⁶ También porque en los supuestos de macrocriminalidad de Estado siempre es sometida a proceso sólo una parte pequeña de todo el universo de casos comprendidos en razón de que el carácter masivo de estas prácticas supera la capacidad de atención de cualquier organización judicial.

⁹⁷ Com. IDH, Informe n.º 25/98, párr. 95.

⁹⁸ Vid., más detalladamente sobre esto, Taruffo, cit. n.º 86, pág. 21 y ss., y 167 y ss.; Ferrajoli, cit. n.º 67, pág. 45 y ss., y 603 y ss.; Guzmán, cit. n.º 69, pág. 19 y ss. y 63 y ss.

⁹⁹ Vid. Taruffo, cit. n.º 86, pág. 168; Guzmán/Otero, cit. n.º 6, pág. 509.

¹⁰⁰ Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, p. 545 y s., sostienen que la verdad judicial es puramente “formularia”, aunque pocos párrafos después (pág. 548) le atribuyen a los procedimientos judiciales la capacidad de producir investigaciones exhaustivas y la virtud de lograr un conocimiento minucioso.

realización¹⁰¹ que son objeto de tratamiento en el apartado que sigue. Aquí basta con mencionar, para definir la relación entre la “verdad” del derecho a la verdad y la “verdad” del proceso penal, que, como ha dicho categóricamente Ferrajoli, “esta verdad no pretende ser *la* verdad”¹⁰².

Queda en claro entonces que, evidentemente, los juicios penales no buscan la verdad real en sentido estricto y que tienen por ello una metodología diferente a la de la investigación histórica. Esa finalidad y esa metodología propias de los juicios penales constituyen en una medida tan relevante como insuperable un obstáculo insalvable a toda intención de hacer o ver la historia por medio de procesos judiciales.

D) Las objeciones metodológicas

A las objeciones anteriores, que cuestionan *si* la verdad puede ser una meta aislada del enjuiciamiento penal y que, en todo caso, muestran de *qué* verdad trata el juicio criminal, corresponde añadir ahora, una vez destacada la correcta función de la verdad en el derecho procesal penal, las objeciones referidas con más detalle a *cómo* obtenerla, esto es, a la cuestión del método probatorio del proceso penal¹⁰³. El tratamiento de este cuestionamiento jurídico se desglosa en tres cuestiones: (1) la de la predeterminación penal de las circunstancias a probar por medio del proceso penal; (2) la de los límites que impiden, en no pocos supuestos, que la verdad sea conocida con los medios del enjuiciamiento criminal; y (3) la de la necesidad de acusación y contradicción previa para que se pueda hablar de obtención de la verdad por medio del derecho procesal penal.

1. El problema metodológico proviene de la orientación del proceso penal a conocer unas circunstancias específicas y precisas de una realidad dada, no toda la realidad¹⁰⁴. El principio de estricta legalidad penal exige unas tipologías penales fácticas tan exactas que imponen una dirección al conocimiento judicial de la cual no puede ni debe apartarse, por tanto los hechos que se discuten en el proceso penal se reflejados en éste, fuera de su realidad pura, sólo bajo el aspecto de su significación legal debido a que la calificación jurídica, que es preexistente a los hechos, reduce su singularidad¹⁰⁵. La estructura del juicio penal presupone, como garantía de la legalidad, que el Poder Judicial no va a conocer, por medio del rudimentario y violento instrumental del proceso penal, nada que no tenga que ver directamente con la hipótesis de hecho descripta por la figura del delito¹⁰⁶.

¹⁰¹ Vid. Guzmán/Otero, cit. n.º 6, p. 509.

¹⁰² Cit. n.º 67, pág. 45 (destacado original). Para Garapon, A., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, p. 108, “la justicia no puede entregar más que una verdad convencional”. También Langer, M.: “El principio *in dubio pro reo* y su control en casación”, en NDP 1998/A, pág. 218 y ss., explica las razones intelectuales y jurídicas que impiden que en el proceso penal se pueda alcanzar una certeza sobre los hechos. Bertolino, cit. n.º 5, pág. 27 y ss., aclara por ello de un modo magistral la situación: no hay una “verdad procesal”, sino, en todo caso, una “verdad del proceso”.

¹⁰³ Vid., más detalladamente, Maier, cit. n.º 68, t. I, pág. 858 y ss. Bovino nos muestra categóricamente que incluso dentro del ámbito del enjuiciamiento criminal los distintos modelos procesales establecen verdades muy diferentes debido a que utilizan medios muy distintos (Bovino, A.: “Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado”, en *id.*: *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, 1998, pág. 211 y ss.).

¹⁰⁴ Señala Eiroa, cit. n.º 1, que el proceso penal, por lo estrecho de su horizonte de investigación, no sirve para averiguar muchas de las circunstancias más importantes para conocer y entender la verdad de una macrocriminalidad estatal determinada, tales como la responsabilidad no penal de todos los sectores de la sociedad y el contexto político, histórico, cultural, económico y social de la época, datos que tienen una extraordinaria capacidad de rendimiento para explicar “todo” lo sucedido.

¹⁰⁵ Vid. Garapon, A., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, pág. 94. Sostiene Maier, cit. n.º 68, t. I, págs. 847, que la reconstrucción de los elementos fácticos de la hipótesis objeto del proceso está regida por la determinación normativa de esos elementos (*vid.* también *ib.*, t. I, pág. 855 y ss.). Por ello, para Calamandrei, cit. n.º 87, pág. 98, “el juez no es libre de ir a explorar por su cuenta la realidad”. *Vid.*, en igual dirección, Cafferata Nores, cit. n.º 69, pág. 49; Perlinger, cit. n.º 50.

¹⁰⁶ Vid. Ferrajoli, cit. n.º 67, pág. 34 y ss., 117 y ss., 373 y ss., y 537 y ss. Diego Freedman, en sus generosos comentarios a este trabajo que he tenido en cuenta en varios pasajes, me ha hecho ver que el Parlamento al establecer tipos penales no pretende la verificación de una verdad, sino que describe en abstracto una conducta que tendrá como consecuencia una pena, por lo cual en el proceso hay que probar la existencia de ese comportamiento —y de nada más— y aun esto sin pretensión de estar descubriendo verdad alguna.

Por tanto, el proceso penal no puede averiguar cualquier cosa. Hace falta una hipótesis de investigación que sólo puede estar determinada por las circunstancias de la ley penal: el proceso penal únicamente es apto para llevar a cabo un conocimiento semántico de la verdad orientado por la predeterminación, por parte de la norma penal (principio de estricta legalidad), de aquello de lo que se hablará en el proceso¹⁰⁷. Así pues, este modelo epistemológico no es apto para saber qué sucedió efectivamente y con todo detalle en el pasado, sino sólo para verificar precariamente las condiciones que habilitan a condenar a un culpable por la comisión de un delito. Todo lo demás, no puede ni debe ser conocido por medio del peligroso proceso penal. La verdad y la historia, siempre amplias y difusas, no captadas por el microscopio de delimitación legal precisa y acotada del derecho penal son harina de otro costal y deben ser averiguadas y escritas de otra forma¹⁰⁸.

2. Otro escollo importante para obtener la verdad *tout court* que persigue el llamado derecho a la verdad es la férrea oposición que los derechos fundamentales imponen en forma de reglas y límites jurídicos a la posibilidad de obtener conocimientos absolutos en el proceso penal¹⁰⁹. Tan desafortunado es el uso histórico y actual del poderosamente destructivo proceso penal que los derechos constitucionales y los catálogos de derechos fundamentales han recurrido, para tratar de evitar la utilización abusiva y arbitraria de esta amarga necesidad social, a establecer —hasta la exageración— enérgicos límites formales a su procedencia¹¹⁰. Esto es tan así que un neófito que se aproxime sin aviso a esta materia tendrá pronto la sensación de que el derecho procesal penal es, en realidad, un conjunto de principios para ocultar la verdad¹¹¹.

Ya he tenido ocasión de mencionar, en otro trabajo¹¹², que los rigurosos requisitos formales de admisibilidad de las pruebas en el proceso penal constituyen en realidad, en términos epistemológicos generales, unos impedimentos formidables para el genuino conocimiento de lo sucedido¹¹³. Información sobre los hechos indiscutiblemente apta para conocerlos debe, sin embargo, ser ignorada al no poder ser aprovechada si ha sido obtenida en infracción de ciertas reglas (p. ej. si se alcanza un dato relevante en un registro de domicilio realizado sin la orden judicial exigida por la ley para el caso). Los actos muchas veces más seguros para saber la verdad no pueden ser explorados (no es posible interrogar al sacerdote, al médico, a ciertos parientes del sospechoso)¹¹⁴.

¹⁰⁷ Vid. Guzmán, cit. n.º 69, pág. 67 y ss.

¹⁰⁸ De otro modo, como dice Eiroa, cit. n.º 1, arribaríamos a una “comprensión de la historia en los términos extremadamente reductivos del derecho penal.”

¹⁰⁹ Vid. Maier, cit. n.º 68, t. I pág. 83 y ss., 663 y ss., 841 y ss.; t. II, pág. 151 y ss.; Cafferata Nores, cit. n.º 69, pág. 55 y ss.; Taruffo, cit. n.º 86, pág. 24 y s.; Muñoz Conde, F.: *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, 2003, pág. 111 y s.

¹¹⁰ Explica Guzmán, cit. n.º 69, pág. 124, que “las garantías procesales funcionan como límites formales a la búsqueda de la verdad. Estos límites no existen en otros campos de investigación. En el proceso los hallamos por doquier”. Para Maier, cit. n.º 68, t. I, p. 664, la búsqueda de la verdad “cede, hasta tolerar la eventual ineficacia del procedimiento para alcanzarla, frente a ciertos resguardos para la seguridad individual que impiden arribar a la verdad por algunos caminos posibles, reñidos con el concepto del Estado de Derecho”. Según Calamandrei, cit. n.º 87, pág. 96, el campo de averiguación de la verdad del juez “está determinado por barreras terminantes que el historiador ignora”.

¹¹¹ Según Hassemer, cit. n.º 1, pág. 75, en el derecho procesal penal “han sido formuladas reglas y directivas que contradicen directamente una búsqueda consecuente de la verdad histórica”. Según este autor, pág. 75 y s., estos principios, “que relativizan la seguridad en la obtención de la verdad en el proceso penal, están completamente justificados y son irrenunciables para un proceso penal respetuoso del Estado de derecho. Pero ellos tienen como consecuencia que se deba perder o arriesgar la oportunidad de alcanzar un examen exhaustivo de las circunstancias del hecho”. Para Calamandrei, cit. n.º 87, pág. 99, “la verdad conocida por el juez por medios no correspondientes a estos esquemas no puede valer en el juicio como verdad, por muy firme que sea su íntima convicción”. Volk, cit. n.º 5, sostiene por ello que cuando “por razones constitucionales se prohíbe la producción absoluta de ciertas pruebas o realizarlas de determinada manera o, llegado el caso, se veda la valoración de ciertos resultados, en realidad se ordena fundar una decisión en contra de los hechos”.

¹¹² Vid. Pastor, D.: *El poder penal internacional*, Barcelona, 2006, pág. 123 y ss.

¹¹³ “Estos frenos, impuestos a la iniciativa del juez al objeto de asegurar su imparcialidad, parecerían absurdos al historiador” (Calamandrei, cit. n.º 87, pág. 99).

¹¹⁴ Según Guzmán, cit. n.º 69, pág. 119, “las garantías en el proceso penal adoptan la forma de prohibiciones probatorias, que son normas que prohíben la realización de determinadas medidas de prueba”.

Los medios de prueba que sí pueden ser utilizados, no pueden serlo de cualquier manera, sino bajo estrictos presupuestos de admisibilidad¹¹⁵. Las informaciones obtenidas por esta vía y por cualquier otra que implique una infracción de las solemnidades que rodean a todas las pruebas (*v. gr.* una confesión coactiva violatoria del principio *nemo tenetur*) no son aprovechables como fuentes de verdad en el proceso penal¹¹⁶. La modalidad de definir lo verdadero con recursos tales como la presunción de inocencia o el principio *in dubio* muestra también la enorme dificultad que se le pone al proceso penal, por razones formales, para determinar exactamente qué es lo sucedido de un modo exhaustivo y confiable¹¹⁷.

Todo ello ha llevado a Hassemer a sostener que “como resultado es posible afirmar que la verdad ‘histórica’ que puede ser reconocida en el proceso penal está relativizada a causa de los principios jurídico-penales que limitan la averiguación de la verdad y que actúan selectivamente frente a todo el panorama de lo ‘objetivamente’ sucedido. Con los medios del proceso penal, el fin de reconstrucción histórica sólo puede ser alcanzado selectiva y aporéticamente”¹¹⁸.

Estas limitaciones al conocimiento judicial, que por lo demás constituyen, como se ha visto, el alma de un derecho procesal penal adecuado al Estado de derecho moderno, tornan imposible y hasta insensato el pretender saber la verdad sobre unos hechos muy complejos a partir de las necesariamente formales y mutiladas comprobaciones de los juicios penales. Algo que, por lo demás, resulta bastante inexplicable cuando ya no se está pensando en conocer porque inevitablemente es necesario para penar y, sin embargo, se asigna esa labor a un derecho procesal penal que está previsto para trabajar con todas las características mencionadas haya o no haya imputado a juzgar.

3. El *characteristicum* de la producción de conocimiento en el proceso penal es el método contradictorio¹¹⁹. Para ello se requiere una hipótesis sobre hechos pasados (de relevancia penal). Ese relato debe provenir de un acusador que pretende demostrar que una persona ha cometido un delito, ya sea —según las etapas del procedimiento— con el grado probatorio necesario para enjuiciarlo, ya sea con el requerido para condenarlo. A esa hipótesis se opone la visión del caso formulada por la defensa, la cual usualmente intenta refutar la conjetura acusatoria. Estas suposiciones contradictorias acerca de los hechos se sustentan, a su tiempo, en pruebas de parte que intentan confirmar la hipótesis propia y refutar la del adversario¹²⁰. Como es sabido de todos, esta forma de concebir al proceso como contienda o controversia se remonta a la idea de *disputatio* como método para obtener la verdad procesal acerca de las afirmaciones sobre los hechos investigados¹²¹.

Así pues, sólo por medio del contradictorio se puede conseguir conocimiento aceptable con las reglas del derecho procesal penal. Como lo ha dicho Ferrajoli, el contradictorio es “la principal condición epistemológica de la prueba: la refutabilidad de la hipótesis acusatoria experimentada por el poder de refutarla de la contraparte interesada, de modo que no es atendible ninguna prueba sin que se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas [...]. La epistemología

¹¹⁵ “En otros casos, las garantías consisten en directrices que regulan de manera estricta la producción de otras medidas de prueba” (*ib.*).

¹¹⁶ “La inobservancia de estas prohibiciones y directivas acarrea la imposibilidad de valorar las pruebas obtenidas en desconocimiento de ellas” (*ib.*).

¹¹⁷ *Vid.*, más detalladamente acerca de los ejemplos de la desconfiable calidad epistemológica del derecho procesal penal, Hassemer, cit. n.º 1, pág. 75 y s.; Guzmán, cit. n.º 69, pág. 119 y s.

¹¹⁸ Hassemer, cit. n.º 1, pág. 76.

¹¹⁹ Que también es la fuente de una actuación judicial legítima: “Sólo la contradicción habilita la jurisdicción” (Vanelli Viel, cit. n.º 93, pág. 197). Por ello Cafferata Nores, cit. n.º 69, p. 59, con cita de Mittermaier, nos habla del contradictorio como método para comprobar las hipótesis sobre los hechos por vía de síntesis.

¹²⁰ *Vid.* Ferrajoli, cit. n.º 67, pág. 129 y ss., y pág. 613 y ss., quien ha desarrollado la exposición de mejor factura del principio contradictorio que aquí es seguida. *Vid.* también, en el mismo sentido, Guzmán, cit. n.º 69, pág. 149 y ss.

¹²¹ *Vid.* Ferrajoli, cit. n.º 67, pág. 613.

falsacionista que está en la base de este método no permite juicios potestativos, sino que requiere [...] un procedimiento de investigación basado en el conflicto, aunque sea regulado y ritualizado, entre partes contrapuestas¹²².

Para Ginzburg, “cuanto más nos sustraemos a la refutación, tanto más nos exponemos al error”¹²³. Señala Nino¹²⁴ que la exposición pública de la verdad es mucho más intensa si proviene de un juicio con el acusado participando en la reconstrucción de la historia, pues la calidad de la narración en un juicio contradictorio no puede ser totalmente emulada por otros medios.

Según Guzmán, “el contradictorio entre las partes constituye el mejor método para el descubrimiento de la verdad [...]. Es el método que permite el conocimiento de la verdad (al menos en términos relativos) no en forma unidireccional, sino por medio del confronto de hipótesis contrarias entre sí que intentan prevalecer. De esta manera, el contradictorio servirá para no caer en el error de tender sólo a la verificación de una hipótesis que, por ser tal, no es más que el producto de una selección operada en forma particular [...]. Vemos entonces cómo este método ya no es propuesto en el solo interés de una de las partes (el imputado), como derivación de su derecho de defensa, sino más bien como el método más adecuado para el conocimiento de los hechos. No se trata, en consecuencia, de un mero principio procesal, sino de un sistema lógico de conocimiento para acercarse a la verdad”¹²⁵.

Por tanto, el sistema contradictorio para la obtención de conocimiento con los medios del proceso penal exige previamente el cumplimiento de los requisitos siguientes: (1) que exista una versión determinada de los hechos que relate de modo claro, preciso y circunstanciado cuál es la hipótesis a conocer y verificar; (2) que a esa versión de los hechos se le contraponga la resistencia conjetural de una contraparte; (3) que ambas partes puedan proponer, producir y valorar las pruebas de sus hipótesis y las contrapruebas de refutación del adversario; (4) que exista un debate de partes, oral y público, en el que se desarrolle la discusión completa acerca de las hipótesis, las pruebas y las contrapruebas; (5) que exista una decisión imparcial¹²⁶ y no potestativa que resuelva la discusión y afirme fundadamente cuál es la hipótesis probada; y (6) que esa decisión pueda ser sometida a control y revisión por recurso de quien disienta con ella¹²⁷.

¹²² *Ib.* Sin controversia la verdad del proceso es ficticia, como la que afirman las partes por acuerdo mutuo y que, al no haber contradicción —pues si se pudieran poner de acuerdo es que rige el principio dispositivo—, no puede más que ser homologada judicialmente aunque no responda a la realidad, con lo cual la verdad judicial deviene siempre en precaria y relativa (*vid.*, más detenidamente sobre esto, Calamandrei, cit. n.º 87, pág. 100 y s.). Por ello, para Garapon, A., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, pág. 96, “el juez, por definición, ve doble y escucha doble: no puede escuchar una sola voz”. Este autor, en p. 106, mantiene también que “para establecer los hechos, la justicia no encuentra nada mejor que hacerlo de manera contradictoria, es decir, cruzando varias miradas sobre los mismos hechos”.

¹²³ Cit. n.º 89, pág. 98.

¹²⁴ Cit. n.º 1, pág. 213.

¹²⁵ Guzmán, cit. n.º 69, pág. 155 y s. Bovino, cit. n.º 79, pág. 228, sostiene que “la construcción de la verdad que tiene lugar en el proceso depende de avances, retrocesos, de la actividad probatoria y procesal de las partes que se enfrentan guiadas por la defensa de intereses contrapuestos”. También Méndez, cit. n.º 4, pág. 540 sostiene que, “cómo método para llegar a la verdad, no se ha encontrado hasta ahora forma más eficiente que la confrontación sistemática del procedimiento contencioso”. Lo sorprendente aquí es que usa esta correcta descripción de los valores del contradictorio para justificar unos juicios de la verdad que, al no estar hechos para penar, ya no tienen imputado ni son entonces, por definición, contenciosos ni implican confrontación alguna.

¹²⁶ Nadie mejor que el derecho procesal penal para saber que no tiene valor de verdad la decisión judicial tomada por quien introdujo la cuestión a probar (quien instruye o acusa no juzga, porque de otro modo se lesiona la imparcialidad). En los llamados juicios de la verdad la ausencia de separación entre quienes dirigen la hipótesis a investigar y quienes deciden acerca de ella impide que el conocimiento obtenido sea de una calidad aceptable para las reglas básicas del proceso penal aunque no haya imputado, pues la falta de imparcialidad contamina y torna sospechosa la justificación objetiva de los hechos probados (*vid.* Guzmán, cit. n.º 69, pág. 110; Vanelli Viel, cit. n.º 93, pág. 183).

¹²⁷ Este último punto representa un doble problema para la verdad por medio del proceso penal. Si hay recurso, para el derecho procesal prevalece el relato del *ad quem*, pero para la historia y la verdad ¿qué versión prevalece? Por lo demás, el recurso es en el derecho procesal penal cada vez más una garantía de calidad de la versión de los hechos, por las posibilidades amplias de control y revisión que hoy se ofrecen antes de tener por definitivamente probada una hipótesis. Los juicios de la verdad cargan por ello también con este déficit de no establecer una verdad doblemente conformada.

Frente a este esquema mínimo de proceso judicial epistemológicamente eficaz uno se puede preguntar, retóricamente, si es posible concebir la utilización del proceso penal para hacer juicios de la verdad sin imputación acusatoria, sin inculpado, sin defensa, sin pruebas contradictorias, sin interrogatorio cruzado, sin alegatos, sin decisión y sin recurso¹²⁸.

Es evidente que, en gran medida, no estamos ante procesos penales, con lo cual podría desvanecerse una crítica procesal penal dirigida a algo que no lo es. Sin embargo, al recurrirse a los jueces de lo criminal y a las reglas del enjuiciamiento penal para descubrir e informar la verdad del derecho a la verdad, el cuestionamiento técnico relativo a la ineptitud de ese sistema —aun cuando se trate de uno mutilado— para cumplir tal finalidad queda en pie, a pesar de que sea preciso concluir que estamos ante seudojuicios criminales o procesos penales *sui generis*. En razón de todas las deficiencias apuntadas es que la calidad de la verdad judicial obtenida en los juicios de la verdad, de la cual depende el crédito y el prestigio de todos los objetivos de un supuesto derecho a la verdad, resulte muy baja.

E) La objeción puramente técnica

La pregunta acerca de si el Estado puede recurrir al proceso penal —y con ello, naturalmente, al aparato judicial de lo penal— para satisfacer las exigencias del llamado derecho a la verdad obtiene una respuesta negativa también si uno examina la cuestión desde las pautas objetivas y generales de funcionamiento del derecho procesal penal. Según esta consideración el objeto procesal es un presupuesto de validez de la actuación de normas y jueces penales frente a un caso judicial concreto. El objeto del procedimiento, según Roxin, se refiere, en un sentido amplio, a “la cuestión acerca de si el imputado ha cometido acciones punibles y, dado el caso, qué consecuencias le deben ser impuestas”; en un sentido restringido, es el “hecho descrito en la acusación”¹²⁹. Como se puede apreciar sin esfuerzo, en el caso de los “juicios de la verdad” estamos ante procesos que técnicamente carecen de objeto, en tanto que no se refieren a la averiguación de si son punibles las acciones investigadas ni hay una acusación que las describa. En el mismo sentido, afirma Maier que el objeto del proceso es un núcleo temático que concede unidad de sentido a todos los actos que componen el enjuiciamiento penal: “Ese núcleo básico se construye a través de la imputación que se dirige contra alguien, sin la cual no existe procedimiento penal posible”¹³⁰.

En definitiva, sin una imputación dirigida a un sospechoso con la pretensión de que sea judicialmente declarado culpable de un hecho punible y destinatario de las consecuencias jurídico-penales que correspondan no hay objeto procesal ni, por tanto, proceso penal válido. Es por ello que la ausencia del objeto procesal funciona en la teoría jurídica como un impedimento procesal. La existencia de un objeto procesal tal como ha sido definido en la doctrina es un presupuesto procesal, esto es, una condición de validez del procedimiento penal en general¹³¹. Sin objeto procesal, tal como lo define el derecho procesal penal, no hay enjuiciamiento legítimo. Para Maier, pertenece a estas condiciones básicas de validez de la actuación procesal penal del Estado “la existencia de un objeto del procedimiento, propuesto correctamente y factible de ser resuelto en una decisión del tribunal penal”¹³².

¹²⁸ Un “juicio de la verdad verdadero” hubiera tenido que ser un proceso penal en regla en el cual el imputado, que no podría ser condenado, sería igualmente sometido a investigación y juicio aunque la sentencia que fije los hechos debatidos, en caso de encontrarlo culpable, no pueda aplicarle pena en virtud de las leyes llamadas de impunidad. Pero parece que hacer esto, sin legislación específica, sí fue considerado ir demasiado lejos en pos de la verdad.

¹²⁹ Roxin, C.: *Derecho Procesal Penal*, trad. de G. Córdoba y D. Pastor, Buenos Aires, 2000, pág. 159.

¹³⁰ Maier, cit. n.º 68, t. II, pág. 32.

¹³¹ *Vid. ib.*, p. 102; Roxin, cit. n.º 129, pág. 165.

¹³² Maier, cit. n.º 68, t. II, pág. 102.

Por consiguiente, los llamados juicios por la verdad, en tanto que no persiguen la averiguación de hechos punibles concretos para, dado el caso, responsabilizar penalmente a sus autores, no tienen objeto procesal y, por tanto, no son jurídicamente legítimos desde el punto de vista técnico y objetivo del derecho procesal penal¹³³.

F) La objeción política

Conviene remarcar, para evitar las usuales interpretaciones erróneas, que el conocimiento detallado, fundado en testimonios y documentos objetivos, de la suerte corrida por las víctimas de los crímenes de Estado constituye, a mi juicio, un interés individual jurídicamente relevante que, como es evidente, debe ser reconocido y satisfecho, como todo interés, en la medida de lo realmente posible.

Distinto es afirmar que ese conocimiento es sin discusión un valor para toda la comunidad y un medio seguro para conseguir en el futuro un mundo mejor. Si bien adhiero intuitivamente a esa idea, lo cierto es que carece de todo rango científico. Se trata de algo que por su naturaleza se inscribe, más allá de las lógicas influencias de lo social y lo colectivo, en el marco de las creencias y preferencias individuales, sin que nadie pueda imponer el punto de vista del valor de la memoria —si es que puede formularse una— como el único posible, como si fuera el criterio acertado frente a los que piensan, p. ej., que es preferible el perdón fingido, el olvido supuesto¹³⁴ o la irritante negación¹³⁵. Lo mismo sucede con la idea de que no hay paz sin justicia punitiva, afirmación que no se puede generalizar, pues al menos en la experiencia española y en la sudafricana

¹³³ Esto es lo que declaró con elevado acierto técnico cierta jurisprudencia de la materia. Así, en el caso “Suárez Mason” de la CSJN del 13.8.1998 (Fallos 321:2031), en el que precisamente la Sra. Carmen Aguiar de Lapacó solicitaba la producción de medidas de prueba en un proceso penal en el que no se le podía ya imputar válidamente sus crímenes a nadie, fue resuelto por mayoría que, “dado que las diligencias de investigación tienen por finalidad comprobar la existencia de un hecho punible y descubrir a los autores, no resulta admisible su realización en el estado actual de la presente causa al haberse agotado su objeto procesal [...], carecería de toda virtualidad la acumulación de prueba de cargo sin un sujeto pasivo contra el cual pudiera hacerse valer”. Ya antes la CCC Fed. de Buenos Aires había señalado su falta de jurisdicción para investigar exclusivamente el pasado sin pretensión punitiva: “En un expediente en el que no existen litigantes no se halla pendiente la resolución de conflicto alguno ni tampoco el dictado de una declaración acerca de la existencia o alcance de derechos [...]; no existe aquí un ‘caso’ que deba ser decidido por el tribunal y que por tanto justifique que éste se imponga acerca de hechos y sus circunstancias” (resolución en pleno del 18.7.1995 en el proceso llamado “Méndez Carerras, Horacio s. presentación en c. n.º 761 E.S.M.A. Hechos que se denunciaron como ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada”).

¹³⁴ Pues “del pasado no se prescinde por el ejercicio de la decisión ni de la inteligencia” (Sarlo, cit. n.º 94, pág. 9). Sin embargo, dado que la memoria no puede ser absoluta, pues recordar todo no sólo es imposible, sino que de serlo sería atroz (recuérdese el Funes de Borges), el establecimiento inevitablemente selectivo de qué se recuerda representará siempre un ocultamiento aunque sea parcial de la verdad, dado que “recordar es siempre, en mayor o menor medida, olvidar algo” (Rousso, H., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, pág. 88). Este autor también indica, en pág. 90, que “el ‘exceso de pasado’ puede generar tanta polémica como la negación del pasado [...]”. Tenemos que tomar conciencia de la necesidad de vivir en el presente con los conflictos de la historia, sin confiar en que podremos resolverlos mediante un exceso de memoria y una constante insistencia sobre el pasado, lo cual redundará, a la postre, en la imposibilidad de ver los conflictos, por falta de la necesaria distancia’.

¹³⁵ Ginzburg cita la idea de Ernest Renan acerca de que la esencia de una Nación “es que todos los individuos tengan muchas cosas en común y, también, que todos hayan olvidado varias cosas” (Ginzburg, C.: “Prueba, memoria y olvido”, en *Nuestra Memoria*, año XI, n.º 26, 2005, pág. 18). *Vid.* el tratamiento teórico de la cuestión acerca de si la Democracia debe castigar o perdonar en Nino, cit. n.º 1, pág. 191 y ss. Una exposición más vinculada a experiencias concretas puede ser vista en Eiroa, cit. n.º 1, quien explica con rigor y pormenorizadamente las ventajas y desventajas de los distintos modelos de reconstrucción pública del pasado y de conservación en la memoria colectiva de lo sucedido. Acerca de los problemas generales del negacionismo y los particulares que le ocasiona al derecho penal, *vid.* Fronza, E.: “Profilí penalistici del negazionismo”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1999-3, pág. 1034 y ss. Un convencimiento acerca de que sólo el castigo penal es esencial para prevenir crímenes y la única clave para llegar a un mundo más justo puede ser visto en el punto V de Filippini, L.: “Para olvidar: El proyecto de ley de amnistía del diputado Vanossi”, en <http://www.eldial.com.ar/suplementos/penal/doctri/pe041213-a.asp>. Más detalladamente acerca de la relación entre memoria y porvenir, *vid.* AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, pág. 181 y ss.

no hay duda alguna de que se consiguió la paz sin justicia penal en situaciones postdictatoriales que con gran probabilidad podían haber desembocado en una guerra civil¹³⁶.

Una discusión acerca de la memoria histórica y sus funciones políticas y sociales excede con mucho no sólo los límites de este trabajo, sino, sobre todo, las capacidades de este modesto profesor de derecho penal y procesal penal que sólo está autorizado a hablar desde los conocimientos de su disciplina —a partir de sus diplomas— y nada más¹³⁷.

Pero algo es seguro y quiero reiterarlo, pues pone un manto de duda sobre una de las justificaciones de los juicios de la verdad, a saber, que la sociedad tenga un derecho a conocer *oficialmente* lo sucedido porque ello previene la repetición de lo ocurrido y que, por consiguiente, el Estado tenga la obligación de informar a toda la sociedad¹³⁸. Que el conocimiento del pasado, si está objetivamente documentado, consolida la Democracia, conjetura que comparto con entusiasmo, es sólo una susposición para andar por casa. Las experiencias históricas son tan disímiles que nadie puede sentirse con derecho a formular una regla general aceptable¹³⁹. Las dictaduras latinoamericanas tan extendidas en los años sesenta y setenta no tuvieron su origen y fortaleza en el hecho de que se trataba de sociedades con un derecho al conocimiento del pasado insatisfecho. Hoy en día no se puede explicar la estabilidad formalmente democrática de la región en que todos los países hayan saldado sus cuentas de la información histórica pública. Si fuera cierta la multicitada afirmación de Ortega de que los pueblos que no conocen su historia están condenados a repetirla, sería muy conveniente que las democracias europeas del bienestar borrarán de la memoria colectiva todo lo sucedido después de 1945 para que su historia, desde entonces de opulencia y respeto de los derechos, se siga repitiendo sin cesar. No puedo detenerme aquí más en este problema¹⁴⁰.

¹³⁶ *Vid.*, más detenidamente sobre la experiencia sudafricana, Eiroa, cit. n.º 1, quien es categórico al afirmar, por ello, que “el paradigma del castigo penal como idea de justicia en el ámbito de los procesos de transición debería revisarse seriamente”.

¹³⁷ Sobre los demás puntos de vista del problema pueden ser consultadas las obras de Häberle, cit. n.º 5, pág. 113 y ss.; Nino, cit. n.º 1, pág. 191 y ss.; Novaro, cit. n.º 26; Otero, J.: “Hacia la internacionalización de la política criminal. ¿Castigo o impunidad?”, en CDJP n.º 16, pág. 113 y ss.; AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, *passim*.

¹³⁸ Así, p. ej., en el Informe n.º 25/98 de la Comisión IDH, párr. 95, en el cual se define el derecho a la verdad como “el derecho que tiene toda persona y la sociedad, de conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos. *El derecho de una sociedad* a conocer íntegramente sobre su pasado no sólo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos, sino que *tiene el objeto de prevenir futuras violaciones*” (lo destacado me pertenece). Por eso Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, pág. 547, también hablan de la “verdad como un derecho colectivo”.

¹³⁹ Tal como lo reconoció el propio Alfonsín, cit. n.º 25, pág. 10, no existe “una fórmula preestablecida sobre la mejor manera de enfrentar los crímenes del pasado. Cada sociedad debe elaborar su propia respuesta, de acuerdo a sus peculiares condiciones y características políticas y sociales”. Para Nino, cit. n.º 1, pág. 191, la lección más general que se puede extraer acerca de la conveniencia para la consolidación democrática de los juicios por los crímenes de Estado es que no hay ninguna lección general. *Vid.*, con más información sobre el punto y acerca de verdad y prevención, Eiroa, cit. n.º 1.

¹⁴⁰ En ningún otro medio se desconfía más de los supuestos efectos preventivos de las políticas penales que entre los penalistas (*vid.*, por todos, Zafaroni, E./Alagia, A./Slokar, A.: *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000, pág. 41 y ss., 53 y ss.). Los casos de errores judiciales en la historia son bien conocidos, en todos ellos se consideró verdadera a una imputación injusta. Un libro memorable compilado por Alexander Demandt nos suministra unos cuantos ejemplos históricos de abuso del poder penal para eliminar enemigos en desgracia por medio de la opresión judicial vestida de descubrimiento de la verdad: Sócrates, Catilina, Jesús, Enrique el León, los templarios, Juan Hus, Juana de Arco, Galileo, Carlos I, Luis XVI y las grandes simulaciones judiciales del siglo xx: el proceso por el incendio del *Reichstag*, las purgas de Stalin y Núremberg (Demandt, A. [comp.]: *Los grandes procesos de la historia*, trad. de E. Gavilán, Barcelona, 2000; resulta altamente llamativo que la obra de Demandt lleve por título principal, en su versión original “Poder y Derecho” [*Macht und Recht*, München, 1990], *Los grandes procesos de la historia*, en la castellana, para desembocar, al fin y consecuentemente, en *Processare il nemico* en la versión italiana de P. Portinaro [Torino, 1996]). A esa lista se podrían sumar Juan Calas y Sacco y Vanzetti. Es interesante la historia real narrada como novela acerca de la verdad por Julian Barnes (*Arthur & George*, Londres, 2005) en la cual una persona condenada indebidamente sólo porque ante hechos irritantes era preciso “encontrar un culpable” es salvada de la injusticia cuando un escritor se ocupa de su caso y demuestra el error judicial al encontrar, no la verdad, sino a otro falso culpable.

Más allá de ello, un “derecho a la verdad” aparece pleno de sentido sólo en el caso de que se reclame del Estado la información que está en su poder o que requiere del uso de coerción para ser obtenida. Pero exigir del Estado también una exposición de “la historia verdadera”, como parece desprenderse del deber de informar a la sociedad para conocer y prevenir, resulta a la vez ineficaz y desconfiable. Ello se debe a que, por una parte, el Estado no cuenta con instrumentos idóneos para reconstruir la historia que ha construido. Por la otra, la versión oficial de la historia no ha sido nunca demasiado importante en la determinación precisa de los acontecimientos pasados¹⁴¹. Antes bien, son las propias lecciones de la historia independientemente las que enseñan que el Estado siempre ha sido, con pequeños matices, una fuente de información sesgada, cuando no de mentiras, censura y mera propaganda¹⁴².

Esta advertencia no es retórica. La forma en que se construye la verdad oficial acerca del pasado argentino hoy en día no merece la menor credibilidad y, según los autores, deslegitima el movimiento de derechos humanos que termina siendo utilizado para sacar ventaja en conflictos políticos y de intereses: “El abandono de toda neutralidad por parte de los relatos oficiales sobre el pasado, incluso de la misma pretensión de serlo en alguna medida, y la pérdida de autonomía de los organismos de derechos humanos frente al gobierno son dos de las expectativas más elocuentes y preocupantes que adquiere la señalada deslegitimación”¹⁴³. Esta versión oficial de la memoria incluye, sin embargo, “el ‘olvido’ de los juicios a las juntas y la tarea de la Conadep [...] como parte esencial del dispositivo político-cultural montado”¹⁴⁴. Novaro, por ello, nos invita a reflexionar acerca de cómo fue tratada la cuestión de los crímenes de la dictadura por la “verdad oficial”: negación hasta 1983; algunos excesos en el marco de una guerra justa (1983: documento del Gobierno militar); represión brutal y criminal de una guerra subversiva e ilegal (Gobierno Alfonsín, Conadep, sentencia del juicio a los ex comandantes); desencuentros del pasado que había que perdonar y olvidar en pos de la reconciliación (Gobierno Menem); una guerra criminal para destruir al país en lo político, lo económico y lo social —que ahora todavía muestra secuelas y debe ser condenada a cualquier precio— dirigida contra bienintencionados militantes en lucha por un mundo más justo (Gobierno Kirchner).

Al paroxismo en la materia se ha llegado recientemente con la 8.ª edición del informe *Nunca Más* de la Conadep (2006), el cual ha sido desnaturalizado, con la excusa del trigésimo aniversario del golpe de 1976, con la anteposición inopinada de un pre-prólogo al prólogo de la Comisión. La excusa es baladí si se piensa que en otros aniversarios igual de relevantes a nadie se le ocurrió ponerse por ello por

¹⁴¹ *Vid.*, acerca de los problemas de la “memoria oficial”, Eiroa, cit. n.º 1; Novaro, cit. n.º 26. Son atinadas las advertencias de Marteau acerca de que la hipervaloración de la memoria, entendida como versión monopólica, lleva “a la demonización de todo aquello que no se le parece y a tomar como claudicación toda posición que no tenga por fin último la reivindicación de los ideales políticos en los que ella se sustenta” (Marteau, J.: “A 30 años del golpe militar. Memoria e historia”, en *Revista Abogados*, Buenos Aires, febrero-marzo, 2006, pág. 9).

¹⁴² Según Engel, cit. n.º 5, pág. 15, “nunca ha sido mayor la desconfianza, tanto en los círculos intelectuales más avanzados como en los medios y en la sociedad, ante los valores de la racionalidad, del progreso, de la verdad y de la objetividad [...], tampoco ha sido nunca tan grande la impresión de que somos engañados por los poderes”. Recuérdese la conocida máxima de Voltaire: “La verdad es lo que se hace creer”. Andrés Ibáñez ilustra la situación tomando como fuente el arte del humor: “*El Roto*, un conocido humorista gráfico español, en una viñeta publicada en el diario *‘El País’*, hacía decir al protagonista: ‘La mentira es la lengua oficial del Estado... Lo demás son dialectos’” (Andrés Ibáñez, P.: “Proceso Penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?”, en AA.VV.: *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Buenos Aires, 2005, pág. 165).

¹⁴³ Novaro, cit. n.º 26.

¹⁴⁴ *Ib.* Por ello Héctor Olivera ha advertido que “asistir a una escritura mentirosa de la historia argentina es preocupante y despierta la necesidad de refrescar la memoria. Hoy, la mayoría de los jóvenes y muchos de los mayores desinformados creen que los guerrilleros de los años 70 fueron héroes. No creo en la teoría de los dos demonios, pero tampoco en la de los demonios y los santos inocentes” (Olivera, H.: “En los años de plomo, no hubo dos demonios ni santos inocentes. Los vencedores son ahora los vencidos”, en diario *La Nación* de 2-2-2007). Esto, y lo que sigue en el texto, parece confirmar la sentencia de que “cada época posee su verdad” (*vid.* Häberle, cit. n.º 5, pág.10).

delante del *Nunca Más*. Anecdótico resulta, por lo demás, que el pre-prólogo estimo 2006 refute la visión de los hechos plasmada en el prólogo de 1984 y se dedique a una tan descarada como previsible propaganda oficial más de la política de Derechos Humanos de la actual gestión. Lo más lamentable es, en cambio, la fuente de esta verdad oficial, pues mientras que el prólogo de la Conadep era una versión de los hechos fruto del trabajo, metodológicamente más democrático, de un conjunto de personas elegidas por su incuestionable prestigio y que representaban a todos los sectores políticos, partidarios, sociales y hasta religiosos del país, el prólogo de hoy en día es solamente —y más allá de las usuales invocaciones improbables al sentimiento de todo el pueblo— el discurso hegemónico del área respectiva del Gobierno de turno¹⁴⁵.

La oferta de las verdades oficiales, como se ve, no sólo es desconfiable, es también demasiado amplia¹⁴⁶. Ya se sabe, “no hay verdad sino una máscara que dice decir su verdad”¹⁴⁷. Por ello resulta decisiva la prohibición de Carlo Ginzburg: “la verdad histórica jamás debe transformarse en verdad oficial”¹⁴⁸.

G) La objeción histórica

El descubrimiento de la verdad como meta del proceso penal ha sido históricamente la razón para justificar desde pequeños abusos de los investigadores hasta las mayores atrocidades. No hay nada más inquisitivo que la coacción penal aplicada en nombre de la búsqueda de la verdad¹⁴⁹. Por ello, el derecho procesal penal liberal, esto es, el derecho procesal penal adecuado al Estado constitucional y democrático de derecho, ha desarrollado un sano desprecio ante la búsqueda de la verdad por los medios del enjuiciamiento criminal. Esta es una lección de la historia respecto de la meta de averiguar la verdad con los medios del proceso penal que sigue teniendo actualidad.

La invocación de la verdad y su imposición como derecho de la sociedad para obtener justicia, evitar la impunidad y prevenir hechos atroces tiene una carga emotiva tan importante que su complemento necesario es una intransigencia opresiva frente a los “insensibles” que pretendan formular objeciones contra valores tan altos e indiscutidos, a pesar de que, paradójicamente, casi no sabemos nada preciso acerca de qué son en realidad esos valores (¿qué es la justicia?, ¿qué es la verdad?, ¿qué es la sociedad?). Cuando no se habla de acceder a la información, cuando no se habla de saber para

¹⁴⁵ Parece ser que las atrocidades cometidas suspenden la desconfianza radical que normalmente despierta la propaganda y la versión oficial de los hechos (*vid.* Sarlo, cit. n.º 24, pág. 92 y ss.).

¹⁴⁶ Por ello, en otro de sus trabajos Sarlo ha dicho que “sobre las décadas del '60 y '70 hay varias narraciones posibles, todas ellas en conflicto. Han pasado más de treinta años y seguirá habiendo posiciones encontradas. Resumirlas en la teoría de los dos demonios es sólo un modo demagógico y efectista de clausurar la discusión. No suscribo esa teoría y sin embargo, sobre la violencia de los años '70, tengo juicios diferentes a los de otros que tampoco la suscriben. Fui una militante de esos años y sé que no sólo tuve sueños humanitarios y generosos sino autoritarios y violentos; sé que la idea misma de ‘derechos humanos’ me era completamente ajena. Habrá historias de los años de la militancia; en mi opinión deberán enfrentar el doble peligro del romanticismo y el sentimentalismo. Sobre todo, no habrá construcción de una verdad si la idea misma de construcción, es decir de aportes diferenciados que se ensambren, es jaqueada por la intolerancia, un sentimiento comprensible en las víctimas directas, pero injustificable en los intelectuales, el Estado y el Gobierno” (Sarlo, B.: “Kirchner, el peronismo y la política de derechos humanos. Nunca más el discurso único”, en diario *Página 12* del 28-3-2004).

¹⁴⁷ Sarlo, cit. n.º 24, pág. 39.

¹⁴⁸ Ginzburg, cit. n.º 135, pág. 15. Beatriz Sarlo, por su parte, se muestra escéptica acerca del valor de una memoria que es interpretada sólo de un modo unilateral a partir de las experiencias de las víctimas, pues se corre el riesgo de otorgar más calidad al recuerdo que al entendimiento, lo cual se ve afectado también por otras circunstancias que dan su propia tonalidad al testimonio y al recuerdo (*vid.* Sarlo, cit. n.º 94, pág. 13 y ss., 23 y ss., 42 y ss., y 95 y ss.).

¹⁴⁹ *Vid.* Maier, cit. n.º 68, t. I, pág. 663; Bovino, cit. n.º 79, pág. 226, quien, en pág. 238, mantiene que “la averiguación de la verdad, al constituirse en uno de los objetivos primordiales del procedimiento penal, [...] permitió todo tipo de abusos contra la dignidad humana”. Será por ello, justamente, que “la palabra ‘verdad’ es la palabra favorita de las sectas y de todos los integrismos” (Engel, cit. n.º 5, pág. 29).

aplicar la ley, cuando no se habla de elaboración libre del pasado y construcción abierta del futuro, sino que se habla de verdad, justicia y la seguridad de imponer así un mundo mejor, es indudable que lo que se persigue es excluir como enemigos a los que piensan de otro modo. El recurso de apelar a la verdad se ha traducido siempre en una exhortación a practicar la intolerancia.

Si uno pretente conocer todo lo sucedido con los instrumentos del proceso penal lo primero que debería hacer, como bien lo ha dicho Maier, es “cantar loas al inquisidor, tan preocupado de averiguar la verdad que casi no reconoció límite en pos de lograr el ideal”¹⁵⁰. Sobre todo en las infracciones que eran consideradas especialmente graves: “Los inquisidores trabajan sin límites en los crímenes enormes y atroces”¹⁵¹. En uno de los más refinados manuales medievales para inquisidores el maestro enseña a interrogar así: “Lo primero dirá el inquisidor al reo que jure a Dios y a una cruz que dirá verdad en cuanto le fuere preguntado, aunque sea en perjuicio propio”¹⁵².

Precisamente el fenómeno estudiado aquí, al investigar penalmente por la investigación misma, está extremadamente contaminado de principios e ideales inquisitivos. Obsérvese que los “juicios” de la verdad, como ya se mencionó, están restringidos a la etapa de instrucción, la cual ha sido considerada como la fase típicamente inquisitiva del procedimiento¹⁵³. La falta de defensa, un componente esencial de estos “juicios”, es un claro elemento inquisitivo¹⁵⁴. La ausencia de separación entre investigación y decisión es otro de los signos distintivos bien conocidos del estilo inquisitorio¹⁵⁵. Guzmán y Cafferata Nores han mostrado detenidamente la estampa inquisitiva de los procesos que, como los juicios por la verdad, no son contradictorios¹⁵⁶. Todo ello demuestra que estos procesos responden a un acusado estilo inquisitivo que los descalifica.

La inquisición histórica fue el modelo procesal que canalizó el poder punitivo autoritario. Si este estilo se llevó tan bien con la búsqueda de la verdad ello se debió ante todo a que la verdad como cosa pública es una institución totalitaria. Bajo la apariencia de una novela de ficción el *1984* de George Orwell nos da una clase a los juristas y a los politólogos para identificar el totalitarismo del futuro: un Estado con *Ministerio de la Verdad y Policía del Pensamiento*. Y, ya en forma de novela histórica, nos ha enseñado esta misma lección, pero del pasado para el presente, *El nombre de la rosa* de Umberto Eco: “El tema central de la novela es el totalitarismo de la verdad. Es un relato de actualidad: sostiene que el extremo amor a la verdad puede llevar a matarse unos a otros. ¿No es esto netamente actual?”¹⁵⁷.

¹⁵⁰ Vid. Maier, cit. n.º 68, t. I, pág. 854.

¹⁵¹ Cordero, F.: *Procedimiento Penal*, trad. de J. Guerrero, Bogotá, 2000, t. I, pág. 24.

¹⁵² Eymeric, N.: *Manual de inquisidores*, trad. de J. Marchena Ruiz, Barcelona, 1982, pág. 33.

¹⁵³ Así, contundentemente, Abregú: “es necesario deshacerse de la mochila que se arrastra del proceso inquisitivo, cuya propuesta, coincidente con la ideología de ese tipo de procesos, es una instrucción preparatoria” (Abregú, cit. n.º 81, pág. 162).

¹⁵⁴ Vid. Ferrajoli, cit. n.º 67, pág. 613.

¹⁵⁵ Vid. Maier, cit. n.º 68, t. I, pág. 447.

¹⁵⁶ Vid. Guzmán, cit. n.º 69, pág. 150 y ss. En Cafferata Nores, cit. n.º 69, pág. 58, puede ser visto con claridad de qué manera los juicios de la verdad se confunden con el ideal de proceso inquisitorio en el cual la investigación es asignada monopólicamente al tribunal, con exclusión de acusador y acusado, algo que lleva a “una ficticia unificación conceptual de lo diverso” con privación de la riqueza que representa el enfrentamiento de intereses contrapuestos.

¹⁵⁷ Tello, N.: *Umberto Eco para principiantes*, Buenos Aires, 2001, pág. 179. En el mismo sentido Muñoz Conde, cit. n.º 109, pág. 117, para quien “el proceso penal de un Estado de Derecho [...] debe entender la verdad misma no como una verdad absoluta, sino como el deber de apoyar una condena sólo sobre aquello que inducta e intersubjetivamente puede darse por probado. Lo demás es puro fascismo y la vuelta a los tiempos de la Inquisición, de los que se supone hemos ya felizmente salido”. Bovino, cit. n.º 79, pág. 230, ha dicho, en igual dirección, que “insistir en los albores del tercer milenio en la posibilidad de determinar alguna especie de verdad ‘objetiva’, o ‘neutral’, esto es, ‘real’, sobre la ocurrencia de un hecho indisolublemente unido a valoraciones normativas, además de irracional, se trata de una creencia de que la ‘verdad normativa’ puede ser construida de modo unilateral, a partir de un ejercicio de autoridad coactivo de un órgano estatal que cierra todo camino a una posible refutación empírica de los hechos atribuidos”. Häberle, en la obra citada en n.º 5, advierte claramente de qué manera el Estado totalitario se vale de la mentira bajo la máscara de la verdad.

3. PROBLEMAS ACTUALES

Hoy en día en Argentina la amnistía instrumentada especialmente por la ley denominada de obediencia debida (dictada en 1987 y declarada conforme a la Constitución ese mismo año por la Corte Suprema) fue privada de todo efecto jurídico en 2005 por decisión de la misma Corte Suprema. Para la cuestión de los denominados juicios por la verdad esto supone al menos dos inconvenientes fundamentales derivados de que esta práctica se justificó en una imposibilidad constitucional de perseguir y punir a los autores de los crímenes. Uno consiste en determinar qué hacer con este fenómeno ahora que ha sido reabierto la persecución penal plena. El segundo problema reside en saber qué valor tienen para los procesos penales reabiertos las pruebas incriminantes obtenidas en los llamados juicios de la verdad. Estas cuestiones no pueden ser aquí resueltas. Apenas acaban de suscitarse, no sabemos si ellas resumen todos los problemas¹⁵⁸ y, al menos a este autor, le falta todavía mucha meditación y discusión para afrontarlas con rigurosidad. Pero sí pueden ser esbozadas desde ahora, junto a las dos cuestiones planteadas, unas líneas de análisis para la búsqueda de respuestas respecto de cada una de ellas.

Si en la época del enjuiciar para saber y penar (1983-1987) nadie estimó necesario hacer además “juicios de la verdad” y éstos sólo se originaron a partir —y con el argumento— de la imposibilidad de perseguir y castigar (impunidad), entonces resulta indiscutible que la reapertura de las investigaciones penales con miras a investigar y, dado el caso, castigar, podrían hacer caducar de pleno derecho a los juicios por la pura verdad. Ya no se necesitarían como tales y no es admisible, incluso por motivos vinculados al empleo racional de recursos escasísimos, una instrucción penal de la instrucción, como una suerte de prefase del proceso o preinvestigación que será repetida en la investigación penal propiamente dicha. Esta situación habla también en favor de la creación de un comisión de la verdad continuadora de la labor de la Conadep, que cubra las necesidades de verdad remanentes a las causas penales y por medios mejores que los del procedimiento penal. En esto, debe tenerse presente también que el Estado les paga a los jueces para aplicar la ley a los hechos jurídicamente relevantes que han sido legítimamente probados. No les paga para que trabajen de historiadores ni tiene en cuenta esta capacidad cuando los designa en su puesto. Sin embargo, los “juicios por la verdad” continúan siendo llevados a cabo hoy en día.

La cuestión del valor actual de las pruebas, que aquí quedará abierta, es más espinosa. En esto resulta decisivo el argumento expreso y repetido oficialmente según el cual los llamados juicios de la verdad se justificaron, incluso para eludir los rigores del *ne bis in idem*, según se dice en sentencias y dictámenes, en la imposibilidad de juzgar y eventualmente condenar a los responsables de los hechos cuya verdad se quería conocer. Si esto fuera así todas las pruebas obtenidas en unos procesos que sólo existen para saber y no condenar no podrían ser aprovechadas ahora para condenar, pues el Estado no puede afirmar que seguirá investigando sólo porque ya no se puede penar si en realidad está investigando para el caso de que si mañana se puede volver a penar las pruebas se puedan utilizar. El Estado no debería mentir en la fundamentación de sus decisiones, mucho menos seguramente si de procesos de la verdad se trata. El principio ético de la actuación del Estado, según el cual no puede aprovecharse de aquello que traspa los límites que él mismo se ha impuesto, no permitiría dar valor a unas pruebas que no provienen de otra parte o de otros procesos judiciales con objetos legales específicos, sino que se

¹⁵⁸ Se podría pensar, entre otras, en la cuestión de si se debe considerar el sometimiento a los juicios de la verdad como un sufrimiento por el hecho cometido culpable de la culpabilidad de quien resulte condenado en las persecuciones penales plenamente reabiertas.

consiguieron en unos procesos que, si se hubiera podido profetizar que más tarde serían abolidos los principios de irretroactividad y de la aplicación de la ley más favorable en el tiempo para privar de efectos a las normas de no punibilidad, no hubieran existido. Esta solución es drástica, pero podría ser inevitable en un Estado constitucional de derecho que quiera seguir siendo tal. Los juicios de la verdad representaron una apuesta fuerte como alternativa a la impunidad y al olvido absoluto. El actual levantamiento de las barreras para la punición también ha sido una apuesta fuerte, pero que contradice los fundamentos de los juicios de la verdad. Pero probablemente no sea posible, sin trampas, ganar en ambos campos de juego. En la cuestión de los crímenes de Estado se enfrentan los derechos de las víctimas con los derechos de los imputados¹⁵⁹. Si bien la satisfacción simultánea de ambos no es posible, tampoco debería serlo la actual solución unilateral pro víctima de todas las discusiones judiciales relativas a las denominadas violaciones de los derechos humanos. Este es un programa que debería levantar sospechas.

Una alternativa tópica sería evaluar cada prueba en particular desde la perspectiva de los derechos del imputado y privar de valor sólo a aquellas que hayan implicado un menoscabo concreto de sus derechos procesales (p. ej.: la imposibilidad de interrogar a un testigo o de controlar un peritaje). Pero esto implicaría necesariamente mirar hacia otro lado respecto de los llamados juicios de la verdad y sus motivaciones y hacerse el distraído, como si nada hubiera pasado, respecto del argumento estatal de que estos procesos sólo fueron legítimos —y realizados sin los sospechosos— porque se afirmó oficialmente que ya no se iba a punir a nadie.

4. ALTERNATIVAS RACIONALES

En una sociedad no paternalista tiendo a creer que sólo la conciencia individual puede efectuar juicios acerca del pasado. Recordar u olvidar —dicho con más propiedad: tratar de recordar o tratar de olvidar— es privativo de las personas y en una sociedad abierta no hay lugar para versiones oficiales de la historia. De nada sirve que decidan recordar u olvidar en nombre de la comunidad unos funcionarios, los historiadores, los periodistas o los encargados de los archivos; estos especialistas de la memoria actúan con filtros que, por motivaciones ajenas al destinatario, amplían o retacean la información, la magnifican o la censuran¹⁶⁰. La poca confiabilidad de esta memoria, por ello, no es puesta en duda por nadie. Sin embargo, la búsqueda oficial del pasado no sólo es aceptada, sino, antes bien, exigida¹⁶¹. Esta dicotomía conceptual, en parte incoherente, resulta también cuestionable porque búsqueda de información y extracción de conclusiones no son distinguibles de un modo libre de objeciones, pues hay interacción permanente entre qué se busca, cómo se investiga y para qué se intenta conocer el pasado, de modo que no son independientes y confiables las conclusiones que se extraen sobre la base de una recolección de información que no lo ha sido. En todo caso habrá informaciones, públicas y no, para la evaluación de los interesados, pero no versiones que pretendan imponerse. La memoria oficial prueba la existencia de un modo de razonar que, si no es totalmente inadmisibles, resulta al menos dilemático: se impone autoritariamente la idea de que, ante un pasado atroz, sólo su plena investigación y conocimiento puede conducir a un futuro mejor, pero ¿es esto realmente así? ¿Se le puede imponer esta idea a todo el mundo? ¿O la libertad de conciencia en una sociedad democrática alcanza también a la determinación acerca de cómo y para qué quiere relacionarse cada uno con el pasado? Estas páginas están anémicas de respuestas a estas

¹⁵⁹ La protección de unos derechos frente a otros, como lo menciona Novaro, cit. n.º 26.

¹⁶⁰ Vid. Eco, U., en *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, pág. 184.

¹⁶¹ Esto es sorprendente especialmente en Argentina donde ninguna persona sensata puede confiar siquiera en la información oficial sobre el índice de la inflación mensual.

complejas cuestiones¹⁶², pero sirven —y ése ha sido mi propósito— para demostrar algo que es seguro: la jurisdicción penal y sus reglas de procedimiento no son el camino a seguir por quien quiera, cualquiera que sea su meta, conocer —real pero solamente— el pasado.

Son tantas y tan contundentes las limitaciones que sufren los jueces penales y las reglas del procedimiento penal para obtener conocimiento, que emplear procesos judiciales sólo con el fin de averiguación de una realidad compleja que excede con mucho incluso el ámbito de lo investigable para el enjuiciamiento normal, deviene en despropósito. Si no se va a responsabilizar y castigar penalmente a nadie, sino que se pretende cumplir con un derecho al conocimiento del pasado según el cual “toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro”, entonces recurrir a la justicia y a sus procedimientos será la mejor manera de dejar insatisfechas en calidad y cantidad esas exigencias. Ya conocemos los problemas de una “tribunalización de la historia” y Carlo Ginzburg ha señalado que si al olvido no se le opone la memoria, sino la justicia, “es necesario concluir que es el olvido el que ha ganado”¹⁶³.

Si hay que penar, antes hay que saber. En ese caso la información de las sentencias que provengan de juicios contradictorios y de cuestiones debatidas en múltiples instancias podrá ser —con sus deficiencias— una fuente más, pero no la única ni mucho menos la mejor, para tratar de conocer el pasado¹⁶⁴. Es cierto que en el caso de los crímenes de la dictadura no amnistiados (sustracción de menores, p. ej.) los procesos penales dirigidos a los sospechosos lograron arrojar luz acerca de la identidad de muchas personas que habían sido sustraídas a sus familias verdaderas y que, sin saberlo, vivían con una identidad falsa y con una familia que no era la suya, así como los juicios por la verdad y la jurisdicción residual de los casos penales clausurados permitieron encontrar e identificar los restos de personas que estaban desaparecidas¹⁶⁵. Pero si ya no fuera posible penar (v. gr. por muerte del autor), el derecho a la identidad y a las informaciones derivadas de ello está asegurado de modo igualmente eficaz por medios no penales.

No hay que esperar mucho del proceso penal en términos de averiguación de la verdad especialmente en el caso de criminalidad estatal masiva. El formidable trabajo de Eiroa acerca de la experiencia sudafricana de la *South African Truth and Reconciliation Commission* demuestra que a veces es posible conocer mucho más sobre la verdad de las atrocidades públicas sin proceso penal que con él. Pareciera que esto nos lleva a una dramática encrucijada en la cual para penar se debe resignar gran parte del

¹⁶² Debatidas en profundidad en el capítulo sobre Memoria y futuro de la obra *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, pág. 181 y ss. De importancia inversamente proporcional a su extraordinaria fama son, en cambio, las reflexiones sobre el testimonio y el registro de Agamben, G.: *Lo que queda de Auschwitz*, trad. de A. Gimeno Cuspina, Valencia, 2000, sobre todo, en lo que a nuestra materia concierne, cuando desinterpreta por completo las ideas de Satta acerca de la pena de proceso y las convierte en una oda a la presunción judicial de culpabilidad (pág. 17 y s.).

¹⁶³ Cit. n.º 135, pág. 21. Al respecto Garapon, A., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, pág. 109, sostiene: “Tenemos que cuidarnos de no delegar nuestra memoria en lo jurídico”.

¹⁶⁴ En la Argentina de las persecuciones penales rehabilitadas respecto de los crímenes de la dictadura, tras una de las primeras condenas de primera instancia, se pudo apreciar lo poco de la verdad que había sido aclarado en el juicio (vid. “Me faltó lo más importante, que es saber dónde está mi nieta. María Isabel Chorobik de Mariani, suegra de Diana Teruggi, asesinada por Etchecolatz, se refirió a la condena contra el represor”, en diario *La Nación* del 19-9-2006). A pesar de esas fallas de conocimiento en cuestiones de enorme relevancia individual, gracias al informe de la Conadep, aunque no solamente, sabemos muy bien lo que sucedió entre 1976 y 1983. Como dice Méndez, cit. n.º 4, pág. 531, se trata de la “verdad de hechos que, a partir de la evidencia acumulada, ya no puedan negarse”. Sin embargo, el proceso penal, como dice Bertolino, cit. n.º 5, pág. 102 y s., no suministra, como se puede ver, la verdad, sino sólo la verdad del caso.

¹⁶⁵ Vid., con información detallada acerca de la importancia del aporte de los procesos por la verdad para esclarecer estas situaciones, Alonso Morales/Lovelli/López Alcalá/lalonardi, cit. n.º 48, pág. 145 y ss.; Perlinger, cit. n.º 50.

saber o bien para conocer más se debe administrar impunidad, en tanto que impunidad no significa negación y olvido así como castigo no implica verdad y memoria aseguradas¹⁶⁶. Perfecto Andrés nos recuerda, justamente, que “ha escrito Tzvetan Todorov ‘que la memoria no se opone en absoluto al olvido. Los dos términos para contrastar son la *supresión* (el olvido) y la *conservación*; la memoria es, en todo momento y necesariamente, una interacción de ambos’”¹⁶⁷.

Ahora bien, si además no hay ya pena a imponer en el horizonte, el conocimiento de la verdad de todo lo sucedido, en general, y en particular con las víctimas de estos crímenes —muy especialmente su destino— debería ser obtenido y elaborado por procedimientos no penales, aunque por supuesto revestidos de coacción ocasional para cumplir sus fines. Según Eiroa, “la construcción de la verdad no debe ser un proceso en el que participen sólo las víctimas y los testigos de las atrocidades a las que aquellas fueron sometidas, sino que también se debe dar espacio a la participación de los responsables de esos hechos detestables y a todo aquel que pueda aportar datos relevantes para reconstruir el contexto en el que se cometieron y las causas por las cuales se llegó a una situación semejante”¹⁶⁸.

La complejidad de éstos hechos y sus circunstancias de interés cognitivo, que exceden con mucho el ámbito de conocimiento del juicio penal y las posibilidades de los medios penales, impiden que tan siquiera con enjuiciamientos reales, es decir, con controversia, adversarios y debate se logre saber todo lo que queremos conocer respecto de los hechos atroces del pasado¹⁶⁹. Menos será conocido todavía con instancias judiciales de la verdad por medios procesales-penales que de juicio no tienen nada. La función judicial de garantía de los derechos no puede llevar a que siempre la jurisdicción deba estar a cargo del cumplimiento, algo que se ve más claramente en el ejemplo del derecho a la salud: el Poder Judicial puede condenar al Estado por no brindarlo, pero nunca podrá transformar a los jueces en médicos y a los tribunales en hospitales.

Otra gran ventaja de las comisiones de la verdad, como ya lo demostró entre nosotros la excelente labor de la Conadep y, en la experiencia comparada, la Comisión de la Verdad de Sudáfrica, es que la reconstrucción del pasado no está, como en el caso de la verdad de los tribunales, en manos exclusiva de una corporación judicial integrada sólo por abogados educados y entrenados como tales¹⁷⁰. En las comisiones de la verdad intervienen, junto a investigadores policiales y expertos en derecho, también historiadores, científicos sociales y especialistas de otros ámbitos, lo cual garantiza “una perspectiva multidisciplinaria y una diversidad de puntos de vista”¹⁷¹.

Siempre habrá, por supuesto, muchos datos acerca de esta realidad pasada que tal vez no podamos llegar a conocer nunca. Otras circunstancias, como destinos finales e identidades reales, seguramente sí pueden ser establecidos en muchos

¹⁶⁶ De la opinión contraria, que asocia impunidad con olvido y castigo con memoria, es Bergalli, R.: “Cultura de la jurisdicción y uso de la memoria”, en NDP 2000/B, pág. 421 y ss.

¹⁶⁷ Andrés Ibáñez, P.: “¿Desmemoria o impostura? Un torpe uso del ‘uso alternativo del derecho’”, en *Jueces para la Democracia. Información y debate* número 55 (2006), pág. 8, con cita de Todorov, T.: Los abusos de la memoria, trad. de M. Salazar, Barcelona, 2000, pág. 15 y s.

¹⁶⁸ Cit. n.º 1. Este autor, además, nos expone las ventajas, en términos de calidad cognoscitiva, que tienen la verdad construida de un modo consensuado y una verdad amplia que, a diferencia de la de los juicios que se refieren sólo a las graves violaciones estatales de los derechos fundamentales, abarque todos los comportamientos violentos de la época que causaron daños similares con independencia de su linaje.

¹⁶⁹ “La búsqueda de la verdad material sigue y seguirá siendo el objetivo principal del proceso penal, en tanto se trate de la determinación de hechos de fácil constatación empírica” (Muñoz Conde, cit. n.º 109, pág.107).

¹⁷⁰ Esta multidisciplinarietà de las comisiones supone, aunque éstas no lleven a cabo un proceso, un mayor contradictorio que los propios juicios de la verdad, pues se requiere una “confrontación colectiva en la búsqueda de la verdad, esto es, de un debate crítico abierto a todos, a todos los testimonios y a todos los documentos” (Changeux, J., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, pág. 20). Esto ha llevado a Eiroa, cit. n.º 1, a afirmar que la búsqueda de la verdad por medio del “modelo de justicia penal favorecería la construcción de una memoria autoritaria”.

¹⁷¹ *ib.* Por esto Marteau, cit. n.º 141, pág. 9, cuestiona el monopolio del registro de la memoria.

casos. De todos modos, si nos tomamos en serio el disponer de información general y particular sobre el pasado público como un valor, los intereses en torno de lo que se denomina derecho a la verdad tienen que estar reconocidos jurídicamente y amparados judicialmente. En esto, pasadas ya tres décadas, tenemos que hacer un esfuerzo todavía para tratar de conocer todo lo que sucedió, pero no por medio de la “deformación del proceso penal” y de su uso en nombre de la verdad absoluta, al peor estilo inquisitivo, lo cual nos conduce únicamente a una “verdad deformada”. En mi opinión lo que deberíamos hacer es reforzar lo que fue la Conadep. Establecer su continuación como comisión de la verdad por medio de una ley que establezca una regulación exhaustiva de sus facultades y la posibilidad de requerir judicialmente el auxilio de la fuerza pública para cumplir sus fines, pues es la excusa con la que se recurre al proceso penal el hecho de que estas comisiones, normalmente, no tienen coerción para conseguir la información, para registrar, para allanar, para buscar archivos, etc.

Las comisiones de la verdad, por lo demás, concentran la información y el relato y facilitan su disponibilidad ágil e inmediata al interesado¹⁷² frente a las dificultades que representa, en el caso de los juicios penales “de verdad” y en el de los juicios penales “por la verdad”, conocer siquiera la existencia de cientos de sentencias desperdigadas¹⁷³, por no hablar de la naturaleza semánticamente inasequible de unos textos herméticos escritos en prosa judicial.

No debemos renunciar a la búsqueda de la verdad, sino solamente a encontrar verdades absolutas buscadas a cualquier precio. En esto, las llamadas comisiones de la verdad tienen sin duda las mejores cartas para satisfacer las exigencias del derecho a la información de lo sucedido respecto de los hechos criminales perpetrados desde el Estado. El proceso penal, cuando es necesario para investigar sospechosos y castigar culpables, es también una fuente secundaria para satisfacción de tales exigencias, aunque sus conclusiones tengan menos calidad que las de una comisión. Los juicios de la verdad, por último, pueden igualmente aportar datos muy relevantes para los mismos objetivos, pero la confiabilidad de sus resultados será la más baja de las tres prácticas posibles. Por lo demás, resulta decisivo también hablar de derecho a la información y abandonar la expresión “verdad”, dado que, sobre todo por su naturaleza mitológica, siempre que se la invoca, como en el caso de otros valores tan elevados e indiscutibles (justicia, igualdad, etc.), se quiere encubrir con su autoridad un seguro abuso de lo que se hace en su nombre.

Por consiguiente, la búsqueda de la verdad sin recurrir al proceso penal y a los jueces penales nos dará el conocimiento de mayor calidad acerca de los hechos involucrados¹⁷⁴. Será una forma de actuar, en el doble sentido de la expresión, más civilizada, pues será abandonado el recurso de huir de manera constante hacia lo punitivo sin pensar que “una sociedad no puede vivir permanentemente en un estado de cólera contra una parte de ella misma”¹⁷⁵.

¹⁷² Eiroa, cit. n.º 1, nos recuerda que el informe *Nunca Más* es uno de los libros de mayor venta de la historia editorial argentina.

¹⁷³ Sólo la Cámara Federal de la ciudad de Buenos Aires ha llevado a cabo más de cien legajos en estos juicios por la búsqueda de la verdad (*vid.* Perlinger, cit. n.º 50, con más detalles).

¹⁷⁴ Entre nosotros una oportunidad como la sudafricana de cambiar impunidad por verdad se perdió entre 1986 y 1990 cuando se concedió impunidad a cambio de nada (claro es, esto fue previo a la experiencia de la Comisión de la Verdad de Sudáfrica). De todos modos, siendo Argentina un país sin respeto por las decisiones de la Democracia, incluso de las decisiones definitivas, los autores de los crímenes no se hubieran podido sentir seguros de que después de su reconocimiento y de brindar la información para saber lo sucedido no se revocara la amnistía y se usara la información por ellos brindada para someterlos a proceso y —quizás incluso también algún día, muchos años después— condenarlos. Por eso hoy una salida a la sudafricana para Argentina, que cambie información verídica por amnistía, es también por su segura ineficacia —hay por supuesto más objeciones— impensable.

¹⁷⁵ Ricoeur, P., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, pág. 75.

Fondos de inversión

Invertir no es un juego de niños. Déjalo en manos de los asesores con la máxima experiencia.

En "la Caixa" encontrarás toda la seguridad que proporciona la experiencia de nuestros asesores, combinada con la más amplia gama de fondos de inversión. Deja que nuestros expertos busquen los

activos financieros más adecuados para ti, y que después se ocupen de gestionarlos. Disfrutarás de toda la tranquilidad, añadida a la mejor rentabilidad.

Sólo en "la Caixa".

¿Hablamos?

 **"la Caixa"**



La reforma del proceso penal en Bulgaria

José Miguel GARCIA MORENO

I. INTRODUCCION

La caída del llamado “telón de acero” en el año 1989 propició el inicio de un período de transición política y económica hacia sistemas democráticos basados en los principios del Estado de Derecho en los diversos países europeos del bloque socialista, que hasta ese momento habían vivido en una situación de tutela más o menos explícita por parte de la Unión Soviética.

En el caso de la República de Bulgaria el proceso de transición dio lugar a la aprobación, el día 12 de julio de 1991, de la vigente Constitución, que vino a sustituir a la anterior Constitución aprobada el 18 de mayo de 1971 cuando el país se hallaba bajo un régimen de república socialista. La Constitución de 1991 define a Bulgaria como «una República con forma parlamentaria de gobierno» (art. 1.1), en la que todo el poder estatal deriva de la soberanía popular y en la que el pueblo ejerce directamente esta soberanía a través de los órganos constitucionales. Proclama igualmente que Bulgaria es un Estado de Derecho, sujeto a la Constitución y a las leyes del país, que garantiza el respeto a la vida, dignidad y demás derechos fundamentales de las personas (art. 4), además del principio de jerarquía normativa que implica la supremacía de la propia Constitución sobre los restantes textos legales, la eficacia normativa directa de aquélla y el principio de legalidad en materia penal (art. 5). La Constitución de 1991 también garantiza de manera expresa el principio de división de poderes propio del constitucionalismo liberal y dispone que el poder estatal se ejerce por el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial (art. 3), a los que se dedican capítulos independientes en el propio texto.

El Capítulo VI (arts. 117 a 134) de la Constitución de Bulgaria está dedicado al Poder Judicial, y sus disposiciones se ven complementadas por la vigente Ley del Poder Judicial (aprobada en 1994 y objeto de sucesivas reformas anuales hasta la última en mayo de 2006). Tanto la Constitución de Bulgaria (arts. 117 y 118), como la propia Ley del Poder Judicial proclaman y garantizan la independencia del Poder Judicial (vinculada, entre otros factores, a la independencia presupuestaria contemplada por el propio texto constitucional), y establecen que su cometido es administrar justicia en nombre del pueblo, salvaguardando los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, las entidades y el Estado, y controlando la legalidad de los actos y decisiones adoptados por los órganos de las administraciones públicas. La Constitución garantiza, igualmente, el derecho de acceso a los tribunales, el derecho a la impugnación judicial de los actos administrativos y el derecho a la asistencia letrada en todas las fases del proceso, e impone a los tribunales el deber de asegurar la igualdad de armas de las partes en el proceso, la publicidad de éste —salvo en los supuestos excepcionales previstos legalmente—, y la motivación de las resoluciones judiciales (arts. 120 a 122).

La vigente Constitución de Bulgaria dispone la organización de los Tribunales de Justicia basada en los principios de estructura piramidal y de prohibición de tribunales de carácter excepcional (art. 119), y en este mismo sentido el artículo 15.1 de la Ley del Poder Judicial establece que los procedimientos judiciales se articularán en tres grados: primera instancia, apelación intermedia y casación. De acuerdo con el artículo 126 de la Constitución de Bulgaria la estructura de la Fiscalía se acomodará a la estructura de los diversos tribunales que componen el sistema judicial, correspondiendo al Fiscal General de la República la alta supervisión de la legalidad en la actuación de los restantes fiscales y la orientación de la labor de éstos. La Constitución prevé asimismo que el

Servicio de Investigación Criminal (al que, en principio, incumbe la realización de las investigaciones de carácter preliminar en los procesos penales) esté integrado dentro del Poder Judicial y del sistema judicial de Bulgaria (art. 128).

Paralelamente, los cambios políticos y constitucionales producidos en el país a partir de 1989 determinaron la aprobación de numerosas leyes de reforma parcial del Código Procesal Penal (*Nakazatelno Protzesualen Kodex* ó *NPK*) de Bulgaria, aprobado en el año 1974, de manera que desde el momento de su aprobación hasta el año 2004 se contabilizaban un total de 27 leyes de reforma parcial del Código. Las reformas parciales del Código Procesal Penal promulgado en un momento histórico en el que las estructuras políticas y jurídicas del país eran las propias de un Estado socialista no resultaron completamente satisfactorias, en la medida en que el texto legal resultante tras las sucesivas reformas carecía de la necesaria unidad sistemática y de principios uniformadores, al tiempo que no garantizaba plenamente la efectividad del sistema procesal penal en su conjunto y los derechos de los sujetos intervinientes en el proceso penal. Este hecho fue resaltado por las más eminentes figuras de la doctrina procesalista búlgara¹, y por los sucesivos informes anuales elaborados por la Comisión Europea entre 2001 y 2005 con la finalidad de evaluar los progresos de Bulgaria de cara a su integración en la Unión Europea².

Estos informes periódicos de la Comisión Europea han venido poniendo de relieve los principales problemas del sistema procesal penal de Bulgaria, entre los que destacan: a) La excesiva duración media de los procesos penales y las frecuentes dilaciones indebidas, que han determinado numerosas condenas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) por vulneración del derecho a un proceso en un plazo razonable en los términos garantizados por los artículos 5.3 y 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)³, y ello pese a la falta de unas estadísticas judiciales fiables. b) Las deficiencias estructurales que afectan a la fase de investigación previa al juicio oral, a consecuencia de la descoordinación entre las diversas instituciones y autoridades involucradas en esta fase procesal (investigadores integrados en los diversos servicios de investigación existentes en el país, Fiscalía y unidades policiales dependientes del Ministerio del Interior), y de la peculiaridad que representa en el contexto de la Unión Europea la existencia de un Servicio de Investigación independiente. c) La frecuencia con la que se produce la devolución de expedientes (retroacción de actuaciones) desde los tribunales penales a la Fiscalía y desde ésta a los diversos servicios de investigación, con la consiguiente dilación del procedimiento, así como la falta de transparencia en lo que respecta a las circunstancias en que la retroacción de actuaciones es acordada por el órgano competente. d) La incapacidad del sistema para acometer eficazmente la lucha contra la criminalidad organizada y la corrupción, que es debida, en gran medida, a la falta de desarrollo adecuado de los instrumentos procesales necesarios (programas de protección de testigos, agentes encubiertos, entregas vigiladas, equipos conjuntos de investigación,

¹ Así, por ejemplo, en un informe presentado en la Conferencia celebrada en la Residencia de Boyana (Sofía) en febrero de 2002 la Prof. Ekaterina Trendafilova, catedrática de Derecho Procesal de la Universidad San Clemente de Ohrid de Sofía, afirmó que resultaba necesario desarrollar un Código Procesal Penal completamente nuevo que respondiera a una concepción unitaria y que salvaguardara el necesario equilibrio entre la tradición jurídica búlgara y los logros de otros sistemas jurídicos modernos.

² Entre otros, Informe ordinario de 2002 sobre el progreso de Bulgaria hacia la integración [SEC (2002) 1400]; Informe ordinario de 2003 sobre el progreso de Bulgaria hacia la integración [SEC (2003)]; Informe ordinario de 2004 sobre el progreso de Bulgaria hacia la integración [SEC (2004) 1199]; e Informe de seguimiento exhaustivo sobre la preparación para la adhesión a la UE de Bulgaria y Rumanía [SEC (2005) 1352].

³ Destacan, entre las más recientes, las sentencias de 26-7-2001 (caso Ilijkov c. Bulgaria), 9-1-2003 (caso Shishkov c. Bulgaria), 30-1-2003 (caso Nikolov c. Bulgaria), 3-3-2003 (caso Kitev c. Bulgaria), 23-10-2003 (caso S.H.K. c. Bulgaria), 8-4-2004 (caso Belchev c. Bulgaria), 8-4-2004 (caso Hamanov c. Bulgaria), 22-7-2004 (caso Zhanov c. Bulgaria), 23-9-2004 (caso Osmanov y Yuseinov c. Bulgaria), 30-9-2004 (caso Kuishev c. Bulgaria), 30-9-2004 (caso Nikolova c. Bulgaria), 22-12-2004 (caso Mitev c. Bulgaria), 18-1-2005 (caso E.M.K. c. Bulgaria), 18-1-2005 (caso Todorov c. Bulgaria), 27-1-2005 (caso Sidjinov c. Bulgaria), 28-4-2005 (caso Kolev c. Bulgaria), 30-3-2006 (caso Pekov c. Bulgaria), 2-6-2006 (caso Vasilev c. Bulgaria), 2-11-2006 (caso Kalpachka c. Bulgaria) y 16-11-2006 (caso Spasov c. Bulgaria).

intercepción de telecomunicaciones, etc.). e) El excesivo formalismo del sistema procesal penal que afecta al desarrollo de la investigación previa al juicio oral y a la obtención del material probatorio y, en general, en las diversas fases del proceso penal. f) La ausencia de mecanismos que aseguren la actuación transparente y la responsabilidad de las diversas instituciones involucradas en el proceso penal (servicios de investigación, Fiscalía, unidades policiales dependientes del Ministerio del Interior, tribunales) y la necesaria coordinación e interacción entre éstas.

La reforma del proceso penal en Bulgaria es parte integrante de un conjunto más amplio de medidas de reforma global del sistema judicial del país promovido de manera activa por el Gobierno del Movimiento Nacional Simeón II a partir del año 2001, y es una de las consecuencias del resultado de las negociaciones para el ingreso de Bulgaria en la Unión Europea y de los compromisos asumidos por el país de cara a dicho ingreso⁴. El proceso de reforma fue impulsado de forma personal y directa por el Sr. Antón Stankov, Ministro de Justicia entre 2001 y 2005, y su labor fue continuada por el Prof. Georgi Petkanov, Ministro de Justicia del Gobierno de “gran coalición” formado a raíz de las elecciones generales de junio de 2005.

II. EL DESARROLLO DEL PROCESO DE REFORMA

El proceso de reforma se inició tras la formación de un grupo de trabajo en el seno del Ministerio de Justicia de Bulgaria. Este grupo fue constituido por una orden ministerial de 12 de enero de 2005 con la misión de tener redactado un borrador del anteproyecto de nuevo Código Procesal Penal (en adelante, CPP) hacia finales de abril de 2005 y estaba integrado, además de por altos responsables ministeriales (el propio Ministro Sr. Stankov en calidad de director y la Viceministra Sra. Daniela Atanasova como subdirectora) y por técnicos de diversos departamentos del propio Ministerio (Consejo de Legislación y Dirección de Asuntos Judiciales), por representantes cualificados de los diferentes estamentos directamente interesados en el proceso de reforma, tales como la Judicatura, la Fiscalía, el Servicio Nacional de Investigación, el Ministerio del Interior, la universidad y la abogacía.

La actividad del grupo de trabajo se inició tras la redacción de un documento oficial denominado *Concepto Nacional para la Reforma de la Jurisdicción Penal*, sometido por el Ministro Sr. Stankov al Consejo de Ministros de la República de Bulgaria, que lo aprobó el día 17 de diciembre de 2004⁵. Este documento sentó las líneas maestras del proceso de reforma y preveía la adopción de diversas medidas de naturaleza legislativa, administrativa y de organización. Las medidas legislativas comprendían la promulgación de un nuevo CPP, así como la reforma parcial de otros textos legales vigentes (tales como el Código Penal, la Ley del Poder Judicial, la Ley sobre Medios Especiales de Investigación, la Ley de la Abogacía y la Ley del Ministerio del Interior, entre otros), tomando en consideración los compromisos

⁴ Entre estas medidas de reforma destacan, además de las que se refieren al proceso penal, otras iniciativas legislativas como la promulgación de un nuevo Código Procesal Civil y de un Código Procesal Administrativo. Otras de las medidas tienen por objeto la incorporación al ordenamiento jurídico búlgaro de los diversos instrumentos de cooperación internacional desarrollados en el marco de la Unión Europea, la mejora en la regulación del estatuto profesional de los magistrados y de las competencias y actividades del Consejo Supremo Judicial de Bulgaria, el fortalecimiento del Instituto Nacional de Justicia como organismo competente para la formación inicial y continuada de los magistrados, así como el fortalecimiento de la capacidad de la Fiscalía en la lucha contra la criminalidad organizada y relacionada con la corrupción. El proceso de reforma del sistema judicial de Bulgaria ha contado con el apoyo directo de otros Estados miembros de la Unión Europea, que han prestado asistencia técnica por medio de diversos proyectos de hermanamiento.

⁵ Las versiones española e inglesa de este documento oficial, así como del nuevo CPP y de algunos de los documentos producidos en el marco del Proyecto de Hermanamiento de la Comisión Europea “Reforma del Proceso Penal” están disponibles en la dirección www.mjeli.government.bg/Npk/new.aspx dentro de la página web del Ministerio de Justicia de la República de Bulgaria (www.mjeli.government.bg).

asumidos (por Bulgaria) en los ámbitos de la cooperación internacional y de la colaboración en la lucha contra la criminalidad internacional organizada; los logros en el campo de la protección de los derechos de las personas; las tradiciones jurídicas y los éxitos de la legislación búlgara desde la liberación del dominio turco en 1878 hasta el día de hoy; los estándares europeos e internacionales de carácter vinculante, las consecuencias de los modernos sistemas jurídicos y las mejores prácticas a nivel mundial. Entre las medidas administrativas y organizativas se previó de manera expresa la redacción de una instrucción conjunta por parte del Ministro de Interior, el Ministro de Justicia y el Ministro de Hacienda, junto con el Fiscal General y el Director del Servicio Nacional de Investigación, de cara a la coordinación de todas las instituciones que intervienen en la fase previa al juicio oral, especificando los cauces adecuados de interrelación entre las instituciones dependientes del Ejecutivo (policía criminal, inspección financiera, impositiva y de aduanas) y el Poder Judicial (Ministerio Fiscal y Servicios de Investigación).

Tras la aprobación del documento oficial sobre el *Concepto Nacional para la Reforma de la Jurisdicción Penal* los miembros del grupo de trabajo redactaron un anteproyecto provisional del nuevo CPP que, de acuerdo con las previsiones de la normativa búlgara relativa al procedimiento prelegislativo, fue sometido a las observaciones e informes de otros Ministerios y del Consejo Supremo Judicial de Bulgaria antes de su adopción por el Ministerio de Justicia para ser sometido al Consejo de Ministros, que aprobó el proyecto el día 25 de mayo de 2005 y lo sometió a la Asamblea Nacional (Parlamento) ese mismo día. El proyecto de CPP fue aprobado en primera lectura por la nueva Asamblea Nacional constituida tras las elecciones generales de junio 2005 el día 25 de agosto de 2005, y sometido a segunda lectura ante la Comisión de Asuntos Jurídicos de la cámara. Tras las discusiones en la Comisión de Asuntos Jurídicos la versión definitiva del texto legal fue aprobada en sesión plenaria por la Asamblea Nacional del día 14 de octubre de 2005 y publicada en la Gaceta Oficial el día 28 de ese mismo mes. El nuevo CPP entró en vigor el día 29 de abril de 2006, tras un período de *vacatio legis* de seis meses.

Durante el proceso prelegislativo, y también durante las fases de discusión del proyecto en la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Nacional y de *vacatio legis* del nuevo texto legal, el Ministerio de Justicia de la República de Bulgaria contó con la asistencia técnica de los expertos europeos que desarrollaron su actividad en el marco del Proyecto de Hermanamiento de la Comisión Europea "Reforma del Proceso Penal"⁶. Esta asistencia técnica consistió fundamentalmente en la discusión de diversas propuestas puntuales de modificación del texto del anteproyecto en talleres de trabajo, en los que también participaron los integrantes del grupo de trabajo constituido en el Ministerio de Justicia, en alguna intervención puntual en defensa de las propuestas de modificación ante la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Nacional, y en la presentación del nuevo texto legal en el marco de diversos seminarios celebrados durante el primer semestre de 2006 en las principales ciudades del país. En estos seminarios dirigidos a operadores jurídicos búlgaros (jueces, fiscales, investigadores, abogados, etc.) los expertos búlgaros designados por el Ministerio de Justicia y los expertos europeos informaron de las principales novedades contenidas en el texto legal, aportando una visión de derecho comparado en relación con los principales sistemas procesales penales europeos.

Finalmente debe destacarse que el proceso de reforma del CPP fue complementado por la modificación introducida en la vigente Constitución de Bulgaria por medio de la Ley de 30 de marzo de 2006 (publicada en la Gaceta Oficial del 31 de marzo de 2006 y que entró en vigor el 4 de abril de 2006). Este texto legal introdujo modificaciones puntuales en las disposiciones de la Constitución de Bulgaria relativas al Poder Judi-

⁶ El grupo de expertos europeos estuvo compuesto por jueces, fiscales y profesores universitarios de España, Italia, Francia, Alemania y el Reino Unido.

cial, redefiniendo el papel del Ministerio Fiscal en la fase previa al juicio oral y limitando el ámbito competencial de los investigadores, con la finalidad de acomodar los preceptos constitucionales al diseño de la fase previa al juicio oral contenido en el nuevo CPP⁷.

III. LAS LINEAS MAESTRAS DEL NUEVO CPP BULGARO

III.1. Sistemática

El CPP búlgaro promulgado en octubre de 2005 no puede ser considerado un texto legal que rompa radicalmente con la tradición jurídica representada por el CPP de 1974 y las sucesivas reformas parciales de éste realizadas hasta el año 2004. En realidad, podría afirmarse que se trata de una especie de “texto refundido” que mantiene el tenor literal de un considerable número de preceptos del CPP anterior y que incorpora algunas novedades puntuales exigidas, bien por la jurisprudencia reiterada del TEDH en relación con Bulgaria, bien por los compromisos internacionales asumidos por el país de cara a su ingreso en la Unión Europea para lograr una mayor eficacia del sistema penal en su conjunto sin merma de las garantías individuales propias de un Estado de Derecho.

El nuevo texto legal comprende un total de 480 artículos, una disposición adicional y 17 disposiciones transitorias y finales. Los artículos están agrupados en 7 partes (libros), divididas a su vez en capítulos (36 en total) y secciones. La 1ª parte contiene las disposiciones generales y comprende 10 capítulos en los que se incluyen las normas relativas al objeto y ámbito de aplicación del CPP, los principios básicos del proceso penal, las normas sobre incoación y sobreseimiento del proceso penal, y las relativas a los tribunales penales y a los sujetos que interviene en el proceso penal (Ministerio Fiscal, órganos de investigación, imputado, ofendido, responsable civil y asistencia letrada). La 2ª parte agrupa en cuatro capítulos (los números 11 a 14) las normas sobre probática (medios de prueba y práctica de la prueba), incluyendo además un capítulo (el número 15) sobre citaciones, notificaciones, traslado de documentos, plazos y costas. La 3ª parte (capítulos 16 a 18) se dedica a las normas relativas a la fase previa al juicio oral. Las normas relativas a la denominada “fase judicial” están incluidas en la 4ª parte, que regula en cuatro capítulos (los números 19 a 23) el juicio oral en primera instancia y los recursos de apelación y casación. La 5ª parte (estructurada en los capítulos 24 a 31) contiene las “normas especiales”, relativas a los denominados “procedimientos diferenciados” (procedimiento rápido, procedimiento inmediato, procedimiento para el enjuiciamiento de la causa a instancia del imputado, juicio oral abreviado, procedimiento para la exención de responsabilidad penal mediante la imposición de una sanción administrativa, procedimiento por conformidad, procedimiento para el enjuiciamiento de las causas contra menores y normas especiales para el enjuiciamiento de las causas competencia de los tribunales militares). Los capítulos 32 y 33 se integran en la parte 6ª e incluyen normas sobre la ejecución de las resoluciones judiciales firmes y sobre la revisión de causas penales. La 7ª parte comprende las normas sobre los denominados “procedimientos especiales” (capítulos 34 y 35) y sobre los procedimientos relacionados con la cooperación internacional en causas penales (capítulo 36). Los primeros son procedimientos diversos referidos a la fase de ejecución de las medidas de seguridad o penas impuestas por sentencia firme (por ejemplo, para la aplicación de

⁷ Así, se introdujeron dos nuevos párrafos en el artículo 127 de la Constitución de Bulgaria para atribuir expresamente al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación en la fase previa al juicio oral, incluyendo la posibilidad de realizar directamente actos concretos de investigación. Además se enmendó el artículo 128 del texto constitucional, de forma que la competencia en la fase previa al juicio oral de los órganos de investigación integrados en el Poder Judicial quedase limitada a «los procesos penales en los que la ley así lo prevea».

medidas de seguridad de carácter médico, para la rehabilitación, o para la aplicación de ciertos beneficios penitenciarios como la libertad condicional, la redención de penas por el trabajo, la sustitución del régimen de cumplimiento de la pena privativa de libertad, la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad o la sustitución de la pena de cadena perpetua por otra pena privativa de libertad); mientras que entre los segundos se incluyen las normas relativas al traslado de personas condenadas, al reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, a la asistencia judicial internacional en causas penales y a la trasmisión de procedimientos penales. El nuevo CPP (a diferencia del anterior texto legal) ya no contiene ningún precepto referido al procedimiento de extradición, toda vez que las normas relativas al procedimiento de extradición han sido incluidas en la Ley sobre Extradición y Orden Europea de Detención y Arresto, aprobada por la Asamblea Nacional de Bulgaria el día 20 de mayo de 2005, y que entró en vigor el día 4 de julio de ese mismo año tras su publicación en la Gaceta Oficial el 3 de junio de 2005. Por último, debe resaltarse que las disposiciones transitorias y finales del nuevo texto legal contienen modificaciones puntuales de diversos cuerpos legales, tales como el Código Penal, el Código Procesal Civil, la Ley sobre Medios Especiales de Investigación, la Ley sobre Ejecución de Penas, la Ley del Ministerio del Interior o la Ley del Poder Judicial.

III.2. Principios básicos

Las normas relativas a los principios básicos del proceso penal reproducen en gran medida las contenidas en el CPP de 1974, tras las sucesivas reformas de éste con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de Bulgaria de 1991, y vienen a reflejar a grandes rasgos los principios fundamentales del proceso y procedimiento penales comunes a la mayor parte de los ordenamientos europeos: monopolio de la administración de justicia penal por los tribunales previstos legalmente y prohibición de tribunales excepcionales (art. 6); igualdad de los ciudadanos en el proceso penal (art. 11); contradicción e igualdad de armas de las partes (art. 12); averiguación de la verdad material e íntima convicción en la valoración de las pruebas (art. 14); presunción de inocencia (art. 16); derecho a la defensa y a la inviolabilidad de la persona del imputado (arts. 15 y 17); intermediación (art. 18); oralidad (art. 19) y publicidad (art. 20). Además, el nuevo CPP ha incluido una referencia explícita a algunos nuevos principios que aparecían mencionados en el documento oficial sobre el *Concepto Nacional para la Reforma de la Jurisdicción Penal*, tales como la posición central de la fase de juicio oral en el proceso penal y la naturaleza meramente preparatoria de la fase previa al juicio oral (art. 7); el enjuiciamiento y resolución de las causas en un plazo razonable, atribuyendo carácter prioritario a los procesos en que el imputado se halle en situación de prisión preventiva (art. 22); y el principio de protección a la víctima del delito en el marco del proceso penal, a la que, de acuerdo con el artículo 15.4, «le serán asegurados los medios procesales necesarios para la defensa de sus derechos e intereses legítimos».

Ha de destacarse, a este respecto, que el reforzamiento de la posición de la víctima u ofendido por el delito en el marco del proceso penal representa una significativa novedad del texto legislativo. El nuevo CPP incluye un capítulo (el número 8, en la parte 1ª) dedicado al ofendido, en el que, aparte de regularse los derechos procesales que podrían corresponder al mismo en su condición de acusador particular (sección II), querellante privado (sección III) o actor civil (sección IV), se relacionan los derechos del ofendido en cuanto tal (incluyendo los de recibir protección para su seguridad y la de sus familiares; ser informado de los derechos que le asisten, así como de la marcha del procedimiento si lo solicitase de forma explícita señalando un domicilio para notificaciones en Bulgaria; participar en el proceso penal en los términos previstos en el propio CPP y recurrir las resoluciones que conduzcan al sobreseimiento o archivo del proceso penal, además de ser asistido por

apoderado), y se prevé que los tribunales y órganos de la fase previa al juicio oral informen expresamente al ofendido de sus derechos y le aseguren la posibilidad de ejercitarlos (art. 75). Como regla general en el sistema procesal penal búlgaro el ofendido por el delito o sus herederos, así como las personas jurídicas que hayan sufrido daños como consecuencia del hecho delictivo, pueden ejercitar la acción civil en el proceso penal, siempre que no hayan ejercitado dicha acción en el correspondiente proceso civil y que la petición para el ejercicio de la acción civil se formule antes del inicio del juicio oral ante el tribunal de primera instancia. El ejercicio de la acción civil en el marco del proceso penal queda excluido, por razones vinculadas al principio de celeridad, en algunos de los "procedimientos diferenciados", como el procedimiento rápido y el inmediato (arts. 359.2 y 3 y 365.3 y 4 CPP), en los que también se ha excluido de forma expresa el ejercicio de la acusación particular por el ofendido. A diferencia de lo que sucede en el proceso penal español no está previsto el ejercicio de la acción civil por parte del Ministerio Fiscal en beneficio del ofendido por el hecho delictivo, salvo en aquellos supuestos en que éste, por razón de sus limitaciones físicas o psíquicas o por tratarse de una persona menor de edad, no pueda defender adecuadamente sus derechos e intereses legítimos (art. 51 CPP). Tampoco es posible el ejercicio de la acción popular por quien no pueda ser considerado ofendido por el hecho delictivo o no haya sufrido perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia del mismo.

III.3. Tribunales penales: su competencia y composición

Las disposiciones del nuevo CPP no han supuesto ninguna novedad significativa en lo relativo a los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de las causas penales y a la composición de éstos. Los órganos que integran el orden jurisdiccional penal en Bulgaria están estructurados en cuatro niveles. El escalón más bajo de la pirámide lo ocupan los *Tribunales de Distrito (Raionni Sadilishta)*, a los que se atribuye el conocimiento en primera instancia de todas las causas penales, salvo aquéllas expresamente atribuidas a los *Tribunales Provinciales (Okruzhni Sadilishta)*. A estos últimos (equiparables en gran medida a las Audiencias Provinciales españolas) les corresponde conocer en primera instancia de los procesos penales por los delitos más graves enumerados en el artículo 35.2 CPP, lo que supone que la competencia objetiva de los Tribunales de Distrito queda limitada a las infracciones penales más leves no comprendidas en la relación de aquel precepto⁸. El Tribunal de la ciudad de Sofía (*Sofiiski Gradski Sad*) es un tribunal provincial cuya demarcación judicial comprende el distrito metropolitano de Sofía, y al que se atribuye, aparte del conocimiento en primera instancia de los delitos más graves cometidos dentro de esta demarcación, la competencia objetiva para conocer en primera instancia los procesos penales por delitos perpetrados por personas con inmunidad o por los miembros del Consejo de Ministros (art. 35.3 CPP). Aparte de su competencia como tribunales de primera instancia, corresponde a los Tribunales Provinciales el conocimiento y resolución de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales de Distrito de sus demarcaciones respectivas (art. 45.1 CPP).

⁸ Entre los delitos graves que caen en el ámbito de competencia objetiva de los Tribunales Provinciales se incluyen la traición, el espionaje, el homicidio, el homicidio imprudente, las modalidades agravadas de lesiones, la detención ilegal, la violación, las agresiones sexuales agravadas, el robo con fuerza o intimidación agravado, las modalidades agravadas de apropiación indebida, estafa y extorsión, la malversación de caudales públicos, la falsificación de moneda, los delitos contra la Hacienda Pública, los daños agravados, el cohecho, los delitos informáticos, la asociación criminal, las modalidades agravadas de incendio, estragos, delitos contra la salud pública y el medio ambiente, el tráfico de drogas, las modalidades agravadas de delitos contra la seguridad nuclear, los delitos contra los secretos oficiales, los delitos contra la paz y el genocidio.

De acuerdo con el artículo 45.2 *in fine* CPP, las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Provinciales son recurribles en grado de apelación ante los *Tribunales de Apelación (Apelativni Sadilishta)*. En total existen en Bulgaria cinco Tribunales de Apelación, que podrían ser equiparados a las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia españoles⁹. La cúspide de la organización jurisdiccional penal de Bulgaria viene representada por Sala Penal del *Tribunal Supremo de Casación (Varhoven Kasatsionen Sad)*, a la que se atribuye la competencia para conocer del recurso de casación contra las sentencias dictadas en grado de apelación por los Tribunales de Apelación o los Tribunales Provinciales (salvo aquéllas en las que se hubiera acordado la revocación de la sentencia de instancia y la retroacción de actuaciones para un nuevo enjuiciamiento o la exención de la responsabilidad penal del acusado mediante la imposición de una sanción administrativa) y de las peticiones de revisión de los procesos penales finalizados por resolución firme (arts. 45.2, 346 y 424.1 CPP).

La composición de los diversos tribunales penales viene establecida por el artículo 28.1 CPP. Los tribunales de primera instancia están integrados por un juez unipersonal en los procesos para el enjuiciamiento de las infracciones penales sancionadas con una pena no superior a cinco años de prisión u otra pena menos grave. En los procesos relativos a infracciones penales sancionadas con una pena privativa de libertad de cinco a quince años, el tribunal de primera instancia está compuesto por un juez profesional (que actúa como presidente) y dos escabinos, mientras que en los procesos penales que tienen por objeto una infracción penal sancionada con una pena privativa de libertad no inferior a quince años u otra pena más grave (cadena perpetua) integran el tribunal de primera instancia dos jueces profesionales y tres escabinos. Cuando forman parte del tribunal llamado al enjuiciamiento de los hechos los escabinos tienen los mismos derechos y obligaciones que los jueces profesionales, lo que supone que los son aplicables las mismas causas de recusación previstas respecto de éstos (art. 29 CPP), que ostentan idéntico derecho de voto y que vienen igualmente obligados a guardar la debida reserva sobre el contenido de la deliberación (art. 33. 2 y 4 CPP). El orden de la deliberación y votación intenta evitar posibles influencias no deseadas de los jueces profesionales sobre los escabinos, por lo que éstos exponen su opinión y votan en primer lugar, haciéndolo en último lugar el presidente del tribunal cuando hubiera más de un juez profesional (art. 33.3 CPP). Conforme al artículo 33.4 CPP las decisiones del tribunal (tanto en primera instancia como en grado de apelación y casación) se adoptan por mayoría simple de los votos de sus miembros, de manera que cualquiera de los jueces disidentes —ya sean profesionales o escabinos— puede emitir un voto particular motivado (art. 33.5 CPP).

Al conocer de los recursos de apelación o casación el tribunal correspondiente está compuesto por tres jueces profesionales, de acuerdo con el artículo 28.2 y 3 CPP.

III.4. Fase previa al juicio oral. Organos investigadores

El nuevo CPP ha reforzado notablemente la posición del Ministerio Fiscal (*Prokuratura*) como “señor de la investigación y de la fase previa al juicio oral”, aproximando el sistema procesal penal de Bulgaria al de otros países de la Unión Europea en los que la competencia para dirigir la investigación en la fase previa se atribuye a la Fiscalía (Alemania o Italia, por ejemplo). Este reforzamiento ha determinado la ampliación de las facultades de dirección y supervisión de la investigación, y así el artículo 46 CPP, además de atribuir al Ministerio Fiscal la función de presentar el escrito de acusación y sostener la acusación por delitos públicos participando en el juicio oral como acusador

⁹ Las sedes de los cinco Tribunales de Apelación de Bulgaria están situadas en las ciudades de Sofía, Plovdiv, Varna, Burgas y Veliko Tarnovo, capitales de las cinco regiones en las que se divide el país a efectos administrativos.

estatal, establece que le corresponde dirigir la investigación y controlar continuamente su desarrollo con sujeción a la ley y a los plazos previstos, pudiendo realizar a estos efectos toda la investigación o determinadas diligencias para el esclarecimiento de los hechos y otras actuaciones procesales. Consecuentemente las normas del CPP prevén que las resoluciones judiciales para la autorización de las medidas limitativas de derechos fundamentales en el curso de la investigación sean adoptadas previa petición del fiscal en ese sentido (por ejemplo, artículo 64.1 en relación con la prisión preventiva; artículo 70.1 respecto del internamiento del imputado en un centro psiquiátrico para ser examinado; artículo 173.1 para la utilización de medios especiales de investigación; artículo 161.1 para la entrada, registro y aprehensión en un domicilio o artículo 165.2 respecto de la intervención y retención de correspondencia). Además el CPP atribuye al Ministerio Fiscal una serie de facultades encaminadas a permitir el cumplimiento de las funciones de dirección y supervisión de la investigación, incluyendo las de apartar al órgano investigador cuando éste haya cometido infracciones legales o no pueda asegurar la correcta realización de la investigación, retirar el expediente a un órgano investigador y atribuírselo a otro distinto, dejar sin efecto de oficio o en virtud de recurso de las personas interesadas las decisiones del órgano investigador o dar instrucciones al órgano encargado de la investigación, las cuales son vinculantes y no pueden ser impugnadas por dicho órgano cuando sean dadas por escrito (arts. 196 y 197). Al fiscal se atribuyen igualmente facultades para decidir sobre la divulgación de los materiales de la investigación, los cuales no pueden ser revelados sin su autorización (art. 198 CPP).

De forma coherente con el contenido del documento oficial sobre el *Concepto Nacional para la Reforma de la Jurisdicción Penal* el nuevo texto legal ha incrementado el papel de dirección del denominado “fiscal supervisor” a cargo de la investigación de un caso concreto. A estos efectos el § 15 de las disposiciones transitorias y finales ha introducido un nuevo artículo 118a en la Ley del Poder Judicial que prevé la participación del “fiscal supervisor”, encargado de dirigir la investigación de un caso concreto, en calidad de acusador en el correspondiente juicio oral, salvo que ello no fuese posible por motivos fundados, en cuyo caso el fiscal superior deberá designar otro fiscal que lo sustituya. Además, de cara a reducir las dilaciones derivadas de la frecuente retroacción de actuaciones desde la Fiscalía al correspondiente órgano investigador, se han reducido las posibilidades de devolución de expedientes y se ha impuesto al fiscal la obligación de subsanar personalmente en un breve plazo de tiempo (hasta un mes desde la recepción de la causa) las infracciones procesales sustanciales que se hubiesen cometido durante la fase de investigación o de indicar estas infracciones al órgano investigador a fin de que éste las subsane, sin necesidad de devolverle materialmente el expediente (art. 242.2 y 3 CPP).

El reforzamiento de la posición Fiscalía en la fase de investigación previa al juicio oral ha venido acompañada de una reducción sustancial de las competencias de los investigadores (*sledovatel*) adscritos al correspondiente Servicio de Investigación (*Sledstvie*). La figura del investigador responde a una evolución histórica a partir del Juez de Instrucción (*Sadia Sledovatel*), recibido en Bulgaria por influjo de la codificación francesa, el cual vio desdibujadas sus características notas de independencia, imparcialidad e inamovilidad bajo el sistema jurídico socialista, en el que los investigadores fueron adscritos a los diferentes ministerios e instituciones estatales encargadas de la represión del delito en sus diversas manifestaciones. El constituyente búlgaro de 1991 decidió mantener expresamente la figura del investigador, garantizando su independencia e inamovilidad mediante la integración del Servicio de Investigación en el Poder Judicial y en el sistema judicial de Bulgaria, hasta el punto de que la propia Constitución (art. 130.3) y la Ley del Poder Judicial (arts. 17 a 20) establecen que dos de los veinticinco miembros del Consejo Supremo Judicial habrán de ser investigadores designados por sus propios compañeros por medio de un sistema de elección indirecta. En cualquier caso, no cabe negar que los investigadores no disfrutaban de una po-

sición equiparable de forma absoluta a la de los jueces (únicas autoridades estatales encargadas del ejercicio de funciones jurisdiccionales), entre otras razones por su subordinación en la práctica a la Fiscalía, y así la reiterada jurisprudencia del TEDH ha venido negando a los investigadores búlgaros (al igual que a los miembros del Ministerio Fiscal) la condición de “autoridades habilitadas por la ley para ejercer poderes judiciales” en el sentido del artículo 5.3 CEDH, a los efectos de acordar la prisión provisional del imputado u otras medidas limitativas de los derechos fundamentales de éste¹⁰.

La sustancial limitación de las competencias de los investigadores se ha conseguido mediante la reducción del ámbito de delitos respecto de los que está prevista su intervención como órgano encargado de la investigación en la fase previa al juicio oral. Así, conforme al artículo 194.1 CPP, la competencia objetiva de los investigadores se contrae a ciertos delitos especialmente graves, como los delitos contra la República (traición, espionaje o sabotaje), los delitos contra la capacidad defensiva de la República (delitos relativos a secretos de Estado o información clasificada), los delitos contra la paz, la humanidad, y contra las leyes y usos de la guerra (genocidio y *apartheid* contra grupos de población, entre otros), además de a las infracciones penales cometidas fuera del territorio de Bulgaria respecto de las que sus tribunales penales ostenten jurisdicción y a los delitos cometidos por personas con inmunidad, miembros del Consejo de Ministros o funcionarios del Ministerio del Interior. En todos los demás supuestos el apartado 2 de este precepto prevé que la investigación será llevada a cabo por los investigadores policiales (*doznateli*). Estos últimos se hallan integrados en las estructuras del Ministerio del Interior y representan el embrión de una futura policía judicial dependiente (funcionalmente, al menos) de los fiscales encargados de la dirección y supervisión de la investigación y de los tribunales penales. El hecho de que se hayan limitado drásticamente las competencias de los investigadores supondrá la necesidad de reducir el número de funcionarios integrantes de este cuerpo, lo que, según los planes del Gobierno de Bulgaria y demás instituciones afectadas, se conseguiría ofreciendo a los investigadores la posibilidad de pasar a desempeñar funciones como fiscales, a la vista de las futuras necesidades de plantilla del Ministerio Fiscal como consecuencia de las mayores competencias asumidas en la fase previa al juicio oral¹¹.

La circunstancia de que la investigación en la fase previa al juicio oral sea dirigida y supervisada por el Ministerio Fiscal implica la necesaria intervención, por exigencias de la propia Constitución de Bulgaria¹² y del contenido de la CEDH, de una autoridad judicial en el curso de la fase previa al juicio oral de cara a la adopción

¹⁰ Esta línea jurisprudencial se inició con las sentencias de 28-10-1998 (caso Assenov y otros c. Bulgaria) §§ 144 a 150, y de 25-3-1999 (caso Nikolova c. Bulgaria) §§ 45 a 53, y ha sido reiterada en otras muchas resoluciones posteriores, como las de 9-1-2003 (caso Shishkov c. Bulgaria) §§ 52 a 54, 30-1-2003 (caso Nikolov c. Bulgaria) §§ 54 a 56, de 8-4-2004 (caso Belchev c. Bulgaria) §§ 62 a 68, de 8-7-2004 (caso Vachev c. Bulgaria) §§ 60 a 65, de 9-6-2005 (caso I.I. c. Bulgaria) §§ 92 a 97, de 30-3-2006 (caso Pekov c. Bulgaria) §§ 66 a 70, y de 26-10-2006 (caso Danov c. Bulgaria) §§ 72 a 77. La jurisprudencia del TEDH en esta materia determinó en enero de 2000 una reforma del antiguo CPP con la finalidad de atribuir a un juez del correspondiente tribunal de primera instancia la competencia para acordar la prisión preventiva del imputado o las restantes medidas cautelares o de investigación limitativas de sus derechos fundamentales. Las particularidades de la figura del investigador, su difícil ubicación funcional en el Poder Judicial y la ausencia de paralelismo de la misma con otros actores del proceso penal en el marco europeo ha sido resaltada por algunos expertos que han estudiado el sistema judicial de Bulgaria. Véase, por ejemplo, Rodríguez Padrón, C.: “La consolidación del Consejo Supremo Judicial de Bulgaria. (Informes presentados en el marco del proyecto bilateral sobre el fortalecimiento del sistema judicial en el proceso de adhesión de Bulgaria a la Unión Europea) 2003-2005” Sofía, 2005. págs. 21, 22, 31, y 59 a 61.

¹¹ Debe destacarse a este respecto que las autoridades búlgaras siempre rechazaron la propuesta, formulada por algunos expertos europeos, de transformar los investigadores en verdaderos jueces de instrucción con las notas de inamovilidad e independencia propias de éstos, lo que hubiera requerido una profunda reforma de todo el sistema procesal penal del país y de las propias normas constitucionales relativas al proceso penal. Tampoco se aceptó la alternativa planteada por otros expertos europeos y que implicaba la completa desaparición de la figura del investigador, para que sus funciones investigadoras fueran plenamente asumidas por los investigadores policiales bajo la dirección y supervisión del Ministerio Fiscal. Esta segunda propuesta también hubiera hecho necesaria una reforma constitucional de mayor calado de la finalmente acometida, y a la que me he referido en la nota nº 7.

¹² Así, por ejemplo, artículos. 30, 32, 33, 34 y 40 de la Constitución de Bulgaria.

de las medidas cautelares o de investigación que limiten los derechos fundamentales del imputado o de las restantes partes en el proceso penal. En el caso de Bulgaria el nuevo CPP ha optado por mantener un sistema similar al introducido en el antiguo CPP por la reforma acometida en enero de 2000 a raíz de la jurisprudencia del TEDH ya referida¹³. Ello supone que la competencia para acordar estas medidas se atribuye a un juez del tribunal llamado a conocer del juicio oral en primera instancia, quien resuelve sobre la petición formulada por el Ministerio Fiscal tras la correspondiente vista (art. 64 CPP para la prisión provisional ó artículo 67 CPP en el caso de la medida consistente en prohibición de aproximación a la víctima), o sin necesidad de ésta (art. 146 CPP en relación con la toma de muestras de tejidos corporales para análisis comparativos, art. 158 CPP respecto del examen o inspección corporal, art. 161 CPP para la entrada, registro y aprehensión en recintos cerrados, art. 164 CPP respecto del cacheo personal ó art. 165 CPP para la retención y apertura de correspondencia)¹⁴. También se atribuye a un juez del correspondiente tribunal de primera instancia (o a un juez del tribunal de primera instancia en cuya demarcación se realice la diligencia respectiva) la competencia para intervenir en la práctica de ciertos medios de prueba anticipados cuando ello sea preciso¹⁵. Excepcionalmente, y a tenor del artículo 174.2 CPP, la diligencia de investigación restrictiva de los derechos fundamentales es acordada por el Presidente del Tribunal Provincial (o un Vicepresidente expresamente facultado por éste), en el caso de que la misma suponga el empleo de los denominados “medios especiales de investigación”, que, desde el punto de vista del legislador búlgaro, suponen una afectación de mayor intensidad en los derechos fundamentales del imputado. Los medios especiales de investigación están regulados en los artículos. 172 a 177 CPP y en la correspondiente Ley especial de 21 de octubre de 1997, objeto de algunas reformas posteriores, y entre ellos se incluyen diversos medios técnicos y operativos que sirven para el seguimiento y documentación de la actividad de las personas u objetos controlados, tales como la video o audiovigilancia, las intervenciones telefónicas, el seguimiento, marcado y control de correspondencia e información electrónica, la entrega vigilada de drogas u otras sustancias, la transacción fiduciaria y la investigación mediante agente encubierto.

El CPP también prevé que en casos de urgencia en los que no sea posible el recurso al juez del correspondiente tribunal de primera instancia la autorización de la medida de investigación limitativa de derechos fundamentales sea otorgada por el “fiscal su-

¹³ Véase la nota nº 10 de este trabajo.

¹⁴ También en este punto las autoridades búlgaras rechazaron la recomendación de los expertos europeos, que suponía el establecimiento de unos “jueces de garantías” con competencia específica para la autorización de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales en el marco de la fase previa al juicio oral, y a los que también se podrían haber atribuido otras funciones en garantía de los derechos de las partes en dicha fase (aseguramiento de la prueba anticipada, control de la duración de la investigación o de la decisión de sobreesimiento adoptada por la Fiscalía, decisión sobre la apertura de la fase de juicio oral, etc.) siguiendo el modelo de aquellos países de la Unión Europea en los que la dirección de la investigación se atribuye al Ministerio Fiscal (*Giudice per le Indagini Preliminari* en Italia o *Ermittlungsrichter* en Alemania). La solución adoptada por el legislador búlgaro puede plantear problemas prácticos en la fase de juicio oral como consecuencia de la necesidad de excluir del tribunal sentenciador a los jueces que hubiesen intervenido en la fase previa resolviendo sobre medidas cautelares o de investigación restrictivas de los derechos fundamentales del imputado. De acuerdo con los expertos búlgaros integrantes del grupo de trabajo esta situación es muy infrecuente en la práctica, ya que los presidentes de los tribunales correspondientes adoptan medidas para evitar la intervención de un número excesivo de jueces del tribunal durante la fase previa, con la finalidad de garantizar adecuadamente la composición del tribunal llamado a enjuiciar los hechos.

¹⁵ Artículo 222 CPP relativo al interrogatorio judicial del imputado y artículo 223 CPP que se refiere al interrogatorio judicial del testigo. En ambos casos los preceptos contienen una regla cuya *ratio* me resulta difícil de comprender y en virtud de la cual el juez que dirige el interrogatorio no tiene acceso material al expediente de la investigación. La práctica de la diligencia de prueba anticipada permite la lectura en el juicio oral del acta de la declaración correspondiente y la atribución de valor probatorio a la diligencia cuando concurren algunas de las circunstancias previstas en los artículos. 279.1 y 281.1 CPP (contradicción sustancial entre la declaración previa y la prestada en el juicio oral, fallecimiento o desaparición del testigo, ausencia del acusado cuando sea posible celebrar el juicio en rebeldía, etc.).

pervisor” encargado de la investigación, si bien éste deberá recabar la autorización judicial *a posteriori* en un plazo no superior a 24 horas desde la ejecución de la medida de investigación (por ejemplo, art. 158.4 para el examen o inspección corporal, art. 161.2 respecto de la entrada, registro y aprehensión en recintos cerrados ó art. 164.3 para el cacheo personal).

El legislador búlgaro ha optado por establecer un plazo máximo para la realización de la investigación en la fase previa al juicio oral, y así el artículo 234.1 CPP dispone que «la investigación será concluida y el expediente será remitido al fiscal en el plazo de dos meses contados a partir de la fecha de su incoación». A petición del fiscal competente, este plazo normal de conclusión de la investigación (ciertamente breve) puede ser prorrogado por un plazo adicional de cuatro meses por un fiscal de la fiscalía superior «cuando la causa revista complejidad fáctica o jurídica» y en casos excepcionales cabe la prórroga sin limitación temporal acordada por el Fiscal General de la República (art. 234.3 CPP). Para asegurar el carácter preclusivo de estos plazos el apartado 7 del precepto prevé que las diligencias de investigación realizadas fuera de los mismos (esto es, el plazo inicial o la prórroga correspondiente si ésta hubiese sido acordada) «no tendrán efecto legal y las pruebas recogidas no podrán ser utilizadas por el tribunal al dictar la sentencia». A mi juicio la nueva regulación de los plazos para la realización de la investigación puede plantear importantes problemas prácticos por la brevedad de los fijados y por la poca flexibilidad de la nueva regulación, a la vista de los problemas estructurales que han venido afectando a la fase previa al juicio oral en el sistema procesal penal búlgaro. Así, no parece aventurado sostener que la prórroga excepcional ilimitada concedida por el Fiscal General de la República y prevista para los casos excepcionales acabará siendo la regla general, al menos en lo que respecta a las investigaciones de cierta complejidad, por la brevedad del plazo normal y de la prórroga ordinaria (que, a lo sumo llegarían hasta seis meses). Además, el establecimiento de plazos podría afectar muy negativamente a la eficacia del sistema procesal penal de Bulgaria en su conjunto, particularmente en el campo de la lucha contra criminalidad organizada y de guante blanco, en el que, de acuerdo con la experiencia de otros Estados miembros de la Unión Europea, las investigaciones previas al juicio no pueden ser completadas normalmente en los breves plazos previstos en el CPP.

III.5. Instrumentos para la lucha contra la criminalidad organizada

El nuevo CPP ha introducido en el ordenamiento procesal penal búlgaro algunos instrumentos necesarios para la lucha contra la criminalidad organizada y que son empleados habitualmente por los sistemas procesales de otros países de la Unión Europea. La reforma en este punto se ha realizado por medio del § 8 de las disposiciones transitorias y finales del nuevo texto legal, que modifica la Ley de Medios Especiales de Investigación incluyendo entre éstos la entrega vigilada de drogas y otras sustancias, la transacción fiduciaria y el agente encubierto. Paralelamente, algunos preceptos del propio CPP contienen expresas referencias puntuales a estos instrumentos¹⁶.

Debe reconocerse que el solo hecho de la expresa regulación de estos instrumentos (hasta ahora no contemplados por la legislación búlgara) representa un avance en

¹⁶ Por ejemplo, el artículo 24.1.11 CPP que impide la incoación de un procedimiento penal contra el sujeto que hubiera cometido un delito actuando como agente encubierto «en el marco de las facultades que le concede la ley», el artículo 141.3 CPP que se refiere al interrogatorio testifical del agente encubierto ó los artículos. 172 a 174 CPP que enumeran los medios especiales de investigación y regulan el procedimiento para su aplicación.

la lucha contra la criminalidad organizada y de cuello blanco. Sin embargo, las normas del CPP y de la Ley de Medios Especiales de Investigación en esta materia resultan fragmentarias e incompletas y en ocasiones no garantizan suficientemente la eficacia del instrumento procesal¹⁷. En este sentido debe destacarse que la introducción de algunos instrumentos de lucha contra la criminalidad organizada no ha venido acompañada de una modificación de la regulación de los mecanismos de protección de testigos en el antiguo CPP enderezada a solventar algunas de las imperfecciones puntuales de esta última. Así, el nuevo texto legal no prevé la posibilidad de que la declaración del testigo protegido se realice por medio de videoconferencia si el testigo se encuentra dentro del territorio del país, y si la verdadera identidad del testigo se mantiene reservada con la finalidad de proteger a éste, su declaración se realiza en el acto del juicio oral con exclusión de la audiencia pública, limitándose el valor probatorio de la declaración testifical, que no puede servir como único fundamento del escrito de acusación o de la sentencia condenatoria¹⁸.

III.6. La fase de juicio oral. Los procedimientos diferenciados

Tras la conclusión de la investigación el fiscal competente puede acordar el archivo o el sobreseimiento provisional del procedimiento por alguna de las causas tasadas previstas en los artículos. 243.1 y 244.1 CPP, que se remiten a las causas genéricas de archivo o sobreseimiento provisional del procedimiento penal contempladas en los artículos. 24 a 26 CPP añadiendo algún otro supuesto puntual de archivo (no acreditación de la participación del imputado en la comisión del delito) o de sobreseimiento provisional (no identificación del autor del delito o ausencia continuada del único testigo ocular del territorio de Bulgaria cuando su interrogatorio no puede ser realizado por medio de comisión rogatoria, videoconferencia o conferencia telefónica). En cualquier caso, el decreto de archivo o sobreseimiento provisional es notificado al imputado y al ofendido (o sus herederos) y puede ser impugnado por éstos ante el correspondiente tribunal de primera instancia, que resuelve por medio de uno de sus jueces. Si el fiscal decide formular escrito de acusación, éste es remitido junto con el expediente al tribunal competente, en el que se designa un magistrado ponente en el caso de que se trate de un tribunal de composición colegiada. Al magistrado ponente le corresponde decidir sobre la apertura del juicio oral, aunque sus facultades son limitadas, toda vez que no puede denegar dicha apertura por la insuficiencia de las pruebas o indicios de cargo aportados por la Fiscalía. El magistrado ponente únicamente puede acordar el archivo o el sobreseimiento provisional del procedimiento por las causas genéricas recogidas en los artículos. 24 a 26 CPP, y por considerar que el hecho descrito en el escrito de acusación no es constitutivo de delito, supuesto en el que también puede decretar el archivo de las actuaciones denegando la apertura del juicio oral (art. 250.1.2 CPP).

También para el señalamiento del juicio oral por el tribunal competente se ha optado por fijar un plazo vinculante, en principio, para éste: de acuerdo con el artículo 252.1 CPP el magistrado ponente debe señalar el juicio oral en un plazo de dos meses desde la recepción de la causa cuando considere que se dan las condiciones para la celebración del juicio. Este plazo puede ser prorrogado por el presidente

¹⁷ Así, por ejemplo, la utilización de la entrega vigilada se contrae a la investigación de los delitos transfronterizos, o se limita el valor probatorio de los medios especiales de investigación al excluirse la posibilidad de que el escrito de acusación o la sentencia se funden exclusivamente en los datos obtenidos a través de dichos medios (art. 177.1 CPP).

¹⁸ Artículos. 139.7, 141 y 124 CPP. El artículo 141.3 CPP prevé expresamente que el interrogatorio en calidad de testigo del agente encubierto se realice por el procedimiento establecido para el testigo protegido con identidad reservada, lo que limita el valor probatorio de dicha prueba testifical, que debe verse corroborada por algún elemento probatorio adicional para servir de fundamento al escrito de acusación o a la sentencia condenatoria.

del tribunal hasta un máximo de tres meses «cuando la causa presente una especial complejidad fáctica o jurídica, así como en otros supuestos excepcionales» (art. 252.2 CPP)¹⁹.

Por lo demás, las normas relativas al juicio oral (arts. 258 a 312 CPP, en el capítulo 20 de la parte 4ª del texto legal) no contienen novedades sustanciales respecto del CPP derogado. Así, se han mantenido las reglas del anterior texto legal en relación con los juicios orales *in absentia*, limitando los supuestos en los que la presencia del acusado en el juicio oral no resulta preceptiva a aquéllos procesos que no tienen por objeto un delito grave, siempre que el tribunal no considere necesaria la presencia del acusado «para el esclarecimiento de la verdad material» (art. 269 CPP)²⁰. Únicamente se han alterado puntualmente las reglas relativas a la modificación del escrito de acusación por el Ministerio Fiscal tras la práctica de la prueba en el juicio oral, de manera que la modificación consistente en la alteración sustancial del apartado fáctico del escrito de acusación o en la calificación de los hechos como un delito más grave sólo será posible si las nuevas circunstancias reveladas por las pruebas practicadas «no hubieran sido conocidas por los órganos de la fase previa al juicio oral» (art. 287.1 CPP).

Los capítulos 24 a 29 de la parte 5ª CPP (arts. 356 a 384) introducen nuevos procedimientos rápidos alternativos a los ya existentes en el CPP derogado y extienden el ámbito de aplicación de alguno de los procedimientos diferenciados que ya preveía ese texto legal (por ejemplo, exoneración de responsabilidad penal mediante la imposición de una sanción administrativa, procedimiento para el enjuiciamiento de la causa a instancia del imputado o procedimiento por conformidad). La finalidad de estos procedimientos diferenciados es evitar las dilaciones en los procesos penales relacionados con delitos bagatela, ofreciendo una serie de alternativas al procedimiento ordinario que permitan la agilización de la justicia penal en coherencia con las previsiones del documento sobre el *Concepto Nacional para la Reforma de la Jurisdicción Penal*. Entre las principales novedades del texto legal en esta materia destacan los denominados procedimientos rápido (arts. 356 a 361 CPP) e inmediato (arts. 362 a 367 CPP), que permitirán el enjuiciamiento en un plazo ciertamente breve (diez o tres días, respectivamente, desde la incoación de la causa) de los hechos delictivos cuyo esclarecimiento no presente complejidad fáctica o jurídica y respecto de los que conste la existencia de prueba incriminatoria directa y clara, que puede estar vinculada a una situación de flagrancia delictiva²¹.

¹⁹ En mi opinión los plazos fijados resultan excesivamente breves en los supuestos de juicios orales con numerosos acusados o testigos que deban ser citados en diversos puntos del territorio del país o en el extranjero. Al parecer, la escasez de salas de vistas en algunos tribunales del país también podría representar un obstáculo para el cumplimiento de los plazos de señalamiento del juicio oral. Debe destacarse a este respecto que algunos juristas búlgaros han sostenido que los plazos para el señalamiento del juicio oral previstos en el artículo 252 CPP tienen un carácter meramente orientativo y no vinculante para el tribunal, ya que el artículo 22.1 CPP únicamente impone al tribunal el enjuiciamiento y resolución de las causas en un plazo razonable y, a diferencia de lo previsto en el apartado 2 del precepto para el fiscal y los órganos de la investigación respecto de los plazos para completar la fase previa, no exige expresamente el cumplimiento de los plazos para el señalamiento del juicio oral.

²⁰ De acuerdo con el apartado 3 de este precepto la celebración del juicio *in absentia* en estos supuestos sólo será posible si el acusado «(1) no fuera localizado en el domicilio señalado por él o haya cambiado de domicilio sin informar al órgano correspondiente; (2) su domicilio en el país sea desconocido y no se haya podido determinar aun después de una investigación detallada; (3) se encuentre fuera de las fronteras de la República de Bulgaria y: a) su domicilio sea desconocido; b) no haya podido ser citado por otras razones; c) haya sido correctamente citado y no haya invocado motivos ajenos a su voluntad para justificar su ausencia».

²¹ El procedimiento inmediato queda reservado al «supuesto de que la persona hubiera sido detenida en el momento de cometer el delito o inmediatamente después y hubiera sido señalada por un testigo ocular como autor del delito» (art. 362.1 CPP), mientras que el procedimiento rápido se aplica a ciertos supuestos alternativos de cuadros probatorios relativamente claros descritos en el artículo 356.1 CPP («la persona hubiera sido detenida en el momento de cometer el delito o inmediatamente después»; o existencia de «vestigios evidentes del delito en el cuerpo o la ropa de la persona»; o comparecencia del sospechoso «ante los correspondientes órganos del Ministerio de Interior, el investigador o el fiscal» reconociendo «la comisión del delito»; o «testigo ocular que señala a la persona que cometió el delito»).

Otra novedad en este punto la representa el denominado «juicio oral abreviado en primera instancia» (arts. 370 a 374 CPP), en el que, tras una audiencia preliminar con las partes, el tribunal competente para el enjuiciamiento de los hechos puede limitar los medios probatorios a practicar en el acto del juicio, a la vista del reconocimiento por parte del acusado de los hechos descritos en el escrito de acusación o del acuerdo de todas las partes (incluyendo, en su caso, el acusador particular y el actor civil) en el sentido de que no sean interrogados todos o algunos de los testigos y peritos, de suerte que al dictar la sentencia sea utilizado directamente el contenido de las actas correspondientes e informes periciales de la fase previa al juicio oral. Si el juicio oral abreviado tiene lugar como consecuencia del reconocimiento por parte del acusado de los hechos expuestos en el escrito de acusación y la sentencia es condenatoria, el tribunal deberá atenuar la pena en los términos previstos en el Código Penal para los supuestos de concurrencia de múltiples atenuantes o de una atenuante muy cualificada (art. 373.2 CPP).

El procedimiento por conformidad está regulado en los artículos. 381 a 384 CPP y puede operar, tanto en la fase previa al juicio oral una vez concluida la investigación, como en la fase de juicio oral antes de la finalización de éste. En cualquier caso, la conformidad está excluida respecto de ciertos delitos dolosos graves o muy graves (delitos contra la República, homicidio, violación y agresiones sexuales graves, cohecho, delitos relativos a la energía nuclear, delitos contra la capacidad defensiva de la República y los secretos de Estado, delitos contra la paz y humanidad, etc.), y si se hubiesen causado daños patrimoniales como consecuencia del hecho punible será preciso que se haya satisfecho la indemnización correspondiente al perjudicado o se haya asegurado la responsabilidad civil *ex delicto*. La conformidad se debe plasmar en el acuerdo alcanzado por el Fiscal con el acusado y su defensor, y puede conllevar la atenuación de la pena en los términos previstos en el Código Penal para los supuestos de concurrencia de múltiples atenuantes o de una atenuante muy cualificada. Una vez ratificada la conformidad ante el correspondiente tribunal de primera instancia éste la aprueba por medio de resolución motivada, salvo que considere que el acuerdo es contrario “a la ley y a la moral”, supuesto en el que remite la causa al fiscal para que éste continúe la tramitación de la misma por el procedimiento ordinario.

Las normas relativas al procedimiento para la exoneración de responsabilidad penal mediante la imposición de una sanción administrativa (arts. 375 a 380 CPP) reproducen sustancialmente los preceptos del texto legal derogado. Este procedimiento se inicia a instancia del Ministerio Fiscal cuando concurren los presupuestos del artículo 78a del Código Penal, y determina el enjuiciamiento de los hechos por un solo juez del tribunal de primera instancia correspondiente²². Tras la celebración del correspondiente juicio oral (en el que pueden ser valoradas las diligencias de investigación realizadas en la fase previa y cabe la práctica de nuevas pruebas) el juez competente podrá eximir al acusado de responsabilidad penal mediante la imposición de una sanción pecuniaria u otra sanción administrativa conforme a las previsiones de la Ley sobre Infracciones y Sanciones Administrativas.

²² Las condiciones impuestas por el artículo 78a del Código Penal implican que el hecho sea constitutivo de un delito leve (sancionado con pena de hasta tres años de prisión si fuese doloso y de hasta cinco años de prisión si fuese imprudente), que los daños patrimoniales derivados de la infracción penal hayan sido indemnizados y que el sujeto carezca de antecedentes penales y no haya sido eximido de responsabilidad penal anteriormente conforme a este procedimiento. Las autoridades búlgaras rechazaron la propuesta realizada por algunos expertos europeos, que preveía la sustitución de este procedimiento diferenciado por un procedimiento penal escrito (procedimiento monitorio o por “orden penal”), siguiendo la ejemplo de otros Estados miembros de la Unión Europea, tales como Francia (*mandat penal*), Alemania (*strafbefehlsverfahren*) o Italia (*procedimento per decreto*), con la finalidad de evitar la celebración de un juicio oral en los casos en que el acusado no impugnase la resolución judicial de exención de responsabilidad penal e imposición de sanción administrativa dictada *inaudita parte* a instancia del Ministerio Fiscal.

IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO

La adhesión de Bulgaria a la Unión Europea con efectos a partir del 1 de enero de 2007 ha venido acompañada de una decisión de la Comisión Europea que impone a este país la obligación de informar anualmente sobre los progresos realizados en relación con ciertos objetivos referidos a la reforma del sistema judicial y a la lucha contra la corrupción y la criminalidad organizada, entre los que se incluye la evaluación del impacto del nuevo CPP, particularmente en lo que respecta a la fase previa al juicio oral y a los procedimientos penales seguidos por delitos graves relacionados con la delincuencia organizada y el blanqueo de capitales. Los informes anuales deben ser sometidos a la Comisión Europea, que ha previsto la realización de misiones de evaluación por expertos sobre el terreno para contrastar el contenido de los mismos.

Paralelamente, con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo CPP, el Ministerio de Justicia y el Consejo Supremo Judicial de Bulgaria aprobaron un documento conjunto conteniendo criterios de seguimiento referidos a la aplicación práctica del nuevo texto legal, con la finalidad de afrontar posibles reformas puntuales del mismo en un futuro más o menos inmediato en relación con aquellas cuestiones en las que la nueva regulación resulte insatisfactoria.

Adicionalmente a las diversas cuestiones problemáticas a las que me he referido expresamente en el apartado anterior de este trabajo, considero que en algunos puntos la regulación del nuevo CPP no aporta innovaciones sustanciales que permitan superar o corregir las deficiencias del sistema procesal penal de Bulgaria denunciadas en los sucesivos informes anuales elaborados por la Comisión Europea²³. Así sucede, por ejemplo, en lo que respecta a la regulación de la asistencia letrada preceptiva al imputado, ya que las disposiciones del CPP limitan la intervención preceptiva de abogado defensor (aparte de a ciertos casos especiales como los de imputados menores de edad o afectados por discapacidad física o mental o que no dominen la lengua búlgara, procesos celebrados en ausencia del imputado o procesos en los que el imputado carece de recursos económicos para hacer frente a los gastos de abogado, solicita tener un abogado y esta petición es acorde con el interés de la Justicia) a los procesos por delitos muy graves: aquéllos sancionados «con pena de prisión no inferior a diez años u otra pena más grave» (art. 94.1.3), lo que supone que no disfrutaban de asistencia letrada preceptiva los imputados por infracciones penales para las que está prevista en el Código Penal una pena privativa de libertad que no llegue en su límite superior hasta los diez años²⁴. En cualquier caso debe resaltarse que el nuevo CPP, a diferencia del texto legal derogado, sí prevé la asistencia letrada obligatoria respecto de los imputados sometidos a prisión preventiva o en los supuestos en que se hubiese formulado una petición por el fiscal para la adopción de esta medida cautelar personal (art. 94.1.6) y respecto de los procedimientos sustanciados ante el Tribunal Supremo de Casación (art. 96.1.7).

A mi juicio, tampoco el nuevo CPP representa un progreso sustancial en lo que respecta a las normas relacionadas con la prueba en el proceso penal (límites a la admisibilidad y valor probatorio de ciertos medios de prueba, particularmente cuando no existe una prueba adicional que corrobore su contenido), las cuales reproducen sustancialmente los preceptos del texto legal derogado y son expresión de un excesivo formalismo carente de sentido. Estas normas podrían entrar en contradicción con el principio general de libre valoración de la prueba establecido en el artículo 14.2 CPP («las

²³ Véase la nota nº 2 de este trabajo.

²⁴ El texto definitivo del CPP se aparta en este punto del correspondiente anteproyecto en el que, siguiendo la recomendaciones de los expertos europeos, se preveía la asistencia letrada preceptiva al imputado por «infracciones penales para las que se prevé la pena de cadena perpetua o una pena privativa de libertad no inferior a cinco años» (art. 96.1.3). Las autoridades búlgaras han sostenido que la situación económica del país y los presupuestos de los diversos tribunales no permitirían afrontar los gastos por asistencia letrada obligatoria en los términos inicialmente previstos en el anteproyecto del CPP.

pruebas y los medios para su establecimiento no podrán tener valor predeterminado») y, al mismo tiempo, representar un serio obstáculo para la efectividad de algunos instrumentos que resultan especialmente necesarios en la lucha contra ciertas formas de criminalidad. Al margen de algunos supuestos puntuales ya mencionados (véase el apartado III.5 *supra*), destacan a este respecto las normas que determinan el valor probatorio de la confesión del imputado (art. 116.1 CPP, según el cual «la acusación y la sentencia no podrán fundarse únicamente en la confesión del imputado»)²⁵ o que excluyen de la condición de testigos a «las personas que hubiesen llevado a efecto acciones de investigación y diligencias judiciales (...) incluso si las actas de las actuaciones realizadas por ellos no hubieran sido redactadas en los términos y conforme al procedimiento previsto en este código», con excepción de «los testigos instrumentales, así como los funcionarios del Ministerio del Interior o de la Policía Militar que hubiesen presenciado la inspección ocular, el registro y la incautación derivados de la misma» (art. 118.1.3 y 2 CPP)²⁶.

Finalmente debe destacarse que el nuevo CPP no ha introducido modificaciones sustanciales en lo que se refiere a la regulación de los recursos de apelación y casación. Así, siguen existiendo unas posibilidades muy amplias de proposición y práctica de pruebas ante el tribunal de apelación, incluso respecto de los testigos y peritos ya interrogados ante el tribunal de primera instancia (art. 327.2 a 5 CPP), lo que conduce a frecuentes dilaciones en los procedimientos en grado de apelación y a una sobrecarga de trabajo en los tribunales competentes para conocer de este recurso devolutivo. De otro lado, el diseño de un sistema en dos instancias y un recurso de casación ulterior en relación con un porcentaje muy elevado de todos los procesos por delitos (art. 346 CPP), unido a la ausencia de un mecanismo de filtro que permita la inadmisión preliminar de los recursos en los que la decisión de fondo por el Tribunal Supremo de Casación no aparezca justificada, no facilitará la solución del problema de sobrecarga de trabajo en la Sala de lo Penal de este tribunal que actualmente aqueja al sistema procesal penal de Bulgaria.

²⁵ Esta regla (que puede ser explicada por razones históricas) está condicionada por el artículo 31.2 de la vigente Constitución de la República de Bulgaria, con un contenido similar. No obstante, creo que la jurisprudencia búlgara no ha acabado de perfilar correctamente su alcance, y así no son infrecuentes las sentencias absolutorias en supuestos en los que, pese a resultar acreditada la comisión del delito por medios probatorios alternativos a la confesión del imputado, ésta es el único medio de probar la autoría.

²⁶ Parece que la *ratio* de este último precepto es evitar el interrogatorio cruzado de los funcionarios que han llevado a cabo la diligencia de investigación, ya que se asume que estos funcionarios no van a prestar una declaración contradictoria con el contenido del acta de la correspondiente diligencia, que habrá sido redactada y firmada por ellos mismos. A mi juicio esta disposición representa una clara deficiencia del proceso penal en Bulgaria. De un lado supone un obstáculo en lo que se refiere a la rendición de cuentas de su actividad por parte de los funcionarios encargados de la realización de las diligencias de investigación, a quienes se impide explicar esta actividad de investigación en audiencia pública y con sujeción al principio de contradicción, incluso en aquellos supuestos en los que el acta que refleja el contenido de la diligencia correspondiente no hubiera sido redactada con sujeción a los términos y requisitos previstos legalmente. De otro lado puede afectar negativamente al desarrollo y resultado del proceso penal cuando no haya ninguna otra prueba (testigos instrumentales u otros funcionarios del Ministerio del Interior) disponible para acreditar el resultado de la diligencia de investigación correspondiente. De hecho las normas que regulan la práctica de las diversas diligencias de investigación prevén normalmente la presencia de testigos instrumentales durante su desarrollo (por ejemplo, arts. 161.1, 164.2 y 171.1 CPP), lo que representa un formalismo que podría suponer un obstáculo para la realización de la diligencia en ciertos supuestos urgentes.

APUNTES*

• Un juez de instrucción visita el palacio del Jefe del Estado (francés)

El periódico traía la noticia, la policía impidió que dos juezas de instrucción registrasen el Elíseo, investigaban las posibles presiones sobre la justicia para ocultar el asesinato del juez Borrel ocurrido en Yibuti en el año 1995.

La crónica parecía extraída de las páginas de una novela de serie negra, de tan buena tradición en la literatura francesa. El acta que levantaron las magistradas no tiene desperdicio. El objetivo de la pesquisa era el despacho de un consejero presidencial encargado de los asuntos africanos. El acceso al edificio les fue impedido físicamente, guardias de servicio en Palacio empujaron a las juezas, que solo pudieron llegar hasta el porche “al precio de nuestra determinación de no quedarnos en la vía pública”. Cuando pidieron un despacho para redactar la diligencia, primero el jefe de los guardias, luego el director de gabinete del Presidente, se lo negaron: el capó del coche puede servir perfectamente de mesa, indicaron. Entre requerimientos continuos para que abandonaran el lugar, las dos juezas y sus secretarías fueron arrinconadas en la habitación de basuras junto al porche, donde escribieron el acta sobre la tapa de un contenedor. Bonita escena. En febrero de éste año, informaba el periódico, una reforma había introducido en la Constitución, art. 67, la inmunidad penal del Jefe del Estado (no se olviden de nuestro 56.3, la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad, que a su vez es un fiel trasunto en su misma literalidad del art. 8 de la Ley Orgánica del Estado de 1967 respecto a la persona del dictador, que no sólo era inviolable sino al que los españoles, todos, debían respeto y acatamiento). Las juezas encargadas consideraban que la inmunidad no era obstáculo para su pesquisa ya que se dirigían contra un asesor, no contra el Presidente de la República. Excusas vanas, en Palacio el espacio del derecho se encuentra, al parecer, en la sala de basuras. Desde luego, como se ha dejado constancia entre paréntesis en el título, se habla del Palacio francés. La obra de teatro de Ugo Betti, escritor que fue también juez, *Corrupción en el Palacio de Justicia*, fue exhibida en una sala madrileña a fines de los años sesenta del siglo pasado, en versión de un periodista del autollamado “régimen”, bajo el título *Corrupción en el Palacio de Justicia italiano*, para evitar equívocos. Era una práctica habitual de los servicios de censura, la editorial Ariel hubo de publicar la obra de Tomás y Valiente *La tortura judicial en España* retirando del título el adjetivo y añadiendo como subtítulo *Estudios históricos*, para lograr el visado del censor, a la sazón fiscal en ejercicio.

Bernard Borrel era un magistrado que fue destinado a Yibouti como cooperante en funciones de consejero técnico del Ministro de Justicia local. El 18 de octubre de 1995 su cadáver fue encontrado con medio cuerpo carbonizado. La tesis del suicidio avalada por las autoridades de Yibouti y por el departamento de Asuntos Exteriores francés fue desacreditada por la investigación judicial, cuya hipótesis es que fue asesinado. Yibouti acoge la base militar más importante de Francia en África, donde fue potencia colonial.

Funcionarios obstinados estos jueces franceses. A principios de julio el exprimer ministro Dominique de Villepin hubo de suspender sus vacaciones, dos jueces de instrucción habían registrado durante seis horas su domicilio parisino. A pesar de su presen-

* Sección a cargo de P. Andrés Ibáñez, J. Fernández Entralgo, J. Hernández García, A. Jorge Barreiro y R. Sáez Valcárcel.

cia, al día siguiente volvieron a allanar la vivienda y después inspeccionaron su despacho oficial en el Ministerio de Exteriores. Según las noticias, nunca durante la quinta república la casa o el despacho de un antiguo primer ministro habían sido violados por una autoridad judicial. El asunto Clearstream, nombre de una sociedad luxemburguesa, que versa sobre la manipulación de las cuentas de clientes de la entidad con la finalidad de acusar de corrupción a algunos políticos y comerciantes por haber recibido comisiones millonarias, estalló en plena carrera hacia el poder del actual Jefe del Estado.

La película de Chabrol *L'ivresse du pouvoir*, traducida por exceso como la borrachera -la euforia o la ebriedad designan con mayor precisión los placeres que ofrece el poder-, invita a reflexionar sobre esa institución del juez instructor que todavía pervive entre nosotros y su adaptación a los tiempos de la corrupción y del crimen global. Ofrece una visión del caso Elf desde la perspectiva de las personas concernidas, la juez de instrucción Eva Joly, llamada con sarcasmo Jeanne Charmant Killman, los directivos de la empresa pública que gestiona los intereses petroleros franceses, algo más que gestores por la dimensión diplomática de la entidad que posee, nada menos, que cien delegaciones en el mundo, los políticos implicados, como el que fuera ministro y presidente de la Corte Constitucional en el momento de la instrucción, Roland Dumas. Más allá de sus aciertos y errores, *L'ivresse* es una excusa para conocer el desarrollo de aquel proceso, uno de los más importantes de la justicia europea, que verificaba conductas de corrupción pública justificadas como razón de estado por la necesidad de ganar los favores de gobiernos venales de todo el planeta. La obra se desentiende, sin embargo, de la violencia a la que se enfrentó la juez Joly al intentar llevar adelante su indagación. En una soledad absoluta la instructora tuvo que soportar presiones de todo tipo, incluidas las de la jerarquía judicial, amenazas de muerte, observaciones ilegales de sus conversaciones y registros clandestinos de su despacho y de su domicilio, fue testigo de la sustracción de pruebas, de la destrucción con fuego de piezas del sumario o de la desaparición de las órdenes internacionales de detención que emitía. Joly cuenta una anécdota difícil de imaginar, una mañana acudió al despacho del Presidente de la Corte de Casación, la primera autoridad judicial le confió, "señora, sé de buena fuente que se encuentra en una situación de extremo peligro, no se acerque a las ventanas, vaya siempre con sus escoltas, el peligro es muy serio". El diálogo superaba la ficción cinematográfica.

Al final de su trabajo, Joly que antes creía en las instituciones republicanas había perdido la ingenuidad, Francia era una democracia de fachada donde los criminales poderosos se manifestaban con la arrogancia de la impunidad, según concluía en su libro *Est-ce dans ce monde-là que nous voulons vivre?*, en el que relata la experiencia, demostrando que es compatible la memoria escrita del juez y el respeto al deber de reserva.

• USA en Guantánamo: el trato a los vivos y el trato a los muertos

La base americana de Guantánamo es un centro de tortura, en el que sospechosos de terrorismo (sospechosos según el peculiar paradigma indiciario *made in USA* post-11-S) son reducidos a una condición peor que la de las bestias. Mediante la aplicación de un concentrado de las más antiguas y modernas tecnologías que, eso sí, *sin mancharse* y seguramente sin manchar los buzos color naranja, permiten maltratar a conciencia el cuerpo y sobre todo el alma de los recluidos en ese agujero negro sin horizonte y sin fondo. Incluso Foucault tendría aún mucho que aprender en semejante laboratorio de la indignidad y el horror acerca de la «microfísica del poder».

Pero Guantánamo es también un *centro de investigación* en muchas otras cuestiones. Como el taller del histórico alquimista que, mientras buscaba la piedra filosofal se iba encontrando cosas, los militarones yanquis, en ese lugar del oprobio, van haciendo sus descubrimientos. Así, uno singular y singularmente escalofriante en el terreno de la

semántica: el suicidio por ahorcamiento de dos saudíes y un yemení, producido el año pasado, es, según el entonces comandante del centro, un «acto de guerra». No ha dicho de quién contra quién.

Ahora Guantánamo es de nuevo noticia por el suicidio de otro saudí, una de las 380 sombras que pueblan ese universo de tinieblas. Pero: ¡tranquilidad! Pues todo está previsto y bajo control. La soldadesca tiene un «consejero cultural» que le asesora en estos casos, a fin de asegurar que los restos del fallecido sean «tratados con sumo respeto».

Parecerá una tontería, pero no lo es: imagine el lector que, ganados por la rutina, los carceleros de Guantánamo dieran a los muertos el mismo (mal)trato que dispensan a los vivos. ¡Sería un verdadero escándalo!

• La ‘absolución’ de Fabra

El sospechoso (en el sentido de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) Carlos Fabra, presidente provincial del Partido Popular de Castellón, regular frequentador de juzgados en los últimos tiempos y conocido por el fulgurante ascenso patrimonial que ha acompañado (cronológicamente) al ejercicio de su cargo, hizo unas interesantes declaraciones a raíz de la victoria electoral de su formación en el territorio en el que impera. «Nos han absuelto con sobresaliente», dijo, sugiriendo que las imputaciones se neutralizan con los buenos resultados en las urnas.

La verdad es que, en términos empíricos, algo debe haber, porque no es el único responsable político en apuros judiciales que hace uso de semejante recurso para deslegitimar las acciones judiciales que le afectan. En este punto, es decir, en materia de intentos de deslegitimación o de hacer saltar por los aires las iniciativas jurisdiccionales molestas, no hay partido que pueda tirar la primera piedra. Bastaría para demostrarlo la simple evocación del caso Marey, en aquella ocasión de bochorno, cuando «el Pisuerga» pasó «por Guadalajara»... y decidió quedarse haciéndose «charca».

Pero el caso Fabra ha dado para más. Y es que los momentos *de crecimiento democrático* estimulan la imaginación, incluso en el caso de la derecha menos imaginativa. Así, uno de los candidatos autonómicos de la *escudería* de Fabra, glosando el triunfo de éste, le ha atribuido estar empeñado en el desarrollo de «un proyecto que podría titularse *Horizontes de grandeza*». Una imagen muy propia; sobre todo si se repara en que la estética *constructivista* (de la construcción y otros *affaires* del género) no suele ser precisamente brillante. Y tiene su lógica que la imaginación inmobiliaria (permítase la licencia) —culturalmente propensa a la obviedad del discurso y a la *caspa*— encuentre un referente y un canon autorizado en las producciones de *la Metro*: al fin y al cabo, *lo suyo* va de metros cuadrados cementados (mejor si de costa).

• Berlusconi: interés por la justicia

De Silvio Berlusconi, el notorio *affarista*, que ha demostrado en dos ocasiones que —en este mundo degradado por ciertos usos abominables de los *media* y, en particular, del medio por excelencia— cabe conquistar el gobierno al tiempo que se ganan cuotas de audiencia; para usarlo luego en beneficio propio con singular desenvoltura empresarial, podrá decirse de todo, pero no que le sea indiferente la justicia. Porque ha acreditado un insistente e incluso febril interés por ella.

Primero, por experimentarla desde abajo, constituyéndose en imputado en una diversidad de causas, de las que, eso sí, ha *ido saliendo* merced al empleo de una profusa variedad de medios. Singularmente el facilitado por su privilegiada posición en el Parlamento en la anterior legislatura, que le permitió dictar algunas leyes *ad hoc* y *ad personam*.

No ha faltado una valoración de estas prácticas como abuso de posición dominante en el tablero de las instituciones, pero, en realidad, son una prueba de su sentido de la legalidad y del respeto que siente por los jueces. En efecto, consciente de que se hallan sujetos solamente a la ley, mientras se afloja este vínculo —a eso se orientaban sus reformas del ordenamiento judicial y otras— ponía en la Gaceta Oficial las destinadas a favorecerle, de modo que aquéllos no tuvieran que transgredir el mandato constitucional, ni traicionarse en el ejercicio de su función. Todo un detalle del *Cavaliere*.

Ahora la prensa ha difundido la noticia de que el Servicio de Información Militar Italiano (SISMI), durante los años 2001 a 2006 espía a centenares de ciudadanos, y, entre éstos, a 203 jueces, de ellos 46 italianos y el resto europeos, y, además, en general, pertenientes a asociaciones integradas en Magistrados Europeos por la Democracia y las Libertades (MEDEL). Si bien se mira, otro detalle, igualmente expresivo del aludido interés.

Enseguida han llovido las reacciones críticas, incluidas la airada del *Consiglio Superiore della Magistratura*. Pero, tiene razón el general Nicolò Pollari, director general del SISMI en el periodo indicado, y ahora asesor del presidente del gobierno, Romano Prodi: puros juicios de intenciones, irresponsablemente vertidos sobre actividades perfectamente legales, de una benéfica institución empeñada en garantizar la seguridad de todos.

• La magistratura progresista y MEDEL según el SISMI

La primera comisión del *Consiglio Superiore della Magistratura* ha adoptado un acuerdo a propósito de las actuaciones del Servicio de Información Militar italiano, que contiene datos como los que se recogen a continuación.

Ciertos apuntes, procedentes de la primavera de 2001, justificaban el proyecto de observación e intervención del SISMI sobre algunos sectores de la magistratura por considerarlos “portadores de pensamientos y estrategias desestabilizadoras (...) y próximos a los partidos de la anterior mayoría”. El proyecto tendría por objeto la “neutralización de iniciativas político-judiciales, referidas directamente a exponentes de la actual mayoría de Gobierno [la berlusconiana] y/o de familiares (también mediante la adopción de decisiones traumáticas sobre algunos sujetos), sedes: Milano, Torino, Roma y Palermo; neutralización o, al menos, redimensionamiento de actividades agresivas, político-judiciales, provenientes del extranjero, pero desarrolladas en sinergia con los ámbitos y sujetos aludidos, países de interés: España, Inglaterra (...); conceptualizar un *team* de sujetos de referencia que tengan como misión prioritaria la valoración y el diagnóstico precoz de toda iniciativa agresiva y la puesta en práctica de medidas de neutralización o disuasión al respecto. Al mismo tiempo, el citado *team* podría (en paralelo) desarrollar actividades de disuasión tomando contramedidas adecuadas en Italia y en el extranjero”.

Entre el material intervenido al SISMI figuran relaciones y fichas de magistrados calificados como “áreas de sensibilidad” que deben ser sometidos a observación e intervenciones de contraste y/o disuasión. En la individualización de los magistrados italianos se hace explícita mención a la pertenencia a Magistratura Democratica, pero también a “un dispositivo organizado en sede político-judicial por un conocido exponente, antes perteneciente a la magistratura, que se ha propuesto como ideólogo y, después, catalizador y garante oculto de un grupo de pertenecientes a la misma (...) con la constitución de un movimiento transversal que ha dejado obsoletas las tradicionales ‘corrientes’ de aquélla”. Los magistrados incluidos en esa relación aparecen clasificados en tres categorías: “áreas de sensibilidad”, “*supporters* y/o brazo armado”, y “movimientos de ‘juristas’ demócratas militantes”.

Existe un dossier monográfico sobre MEDEL, que comprende: a) una relación, actualizada al 12 de marzo de 2002, de las organizaciones adheridas a la misma (con indicación de sus responsables, direcciones, correos electrónicos y números de teléfono)

y de magistrados que forman parte de aquéllas. Esta relación comprende 203 magistrados (con sus direcciones de correo electrónico) de 12 países europeos; de los que 46 son italianos; b) un “estudio preliminar de las últimas actividades de MEDEL y sobre todo de su principal apoyo italiano, Magistratura Democratica, redactado el 3 de agosto de 2002; c) un seguimiento capilar de las actividades, contactos, reuniones y documentos de MEDEL, que incluye el análisis detallado de los mensajes de correo electrónico difundidos en la lista (de carácter interno) de la asociación entre el 2 de octubre de 2001 y el 6 de julio de 2002. El dossier concluye con la siguiente observación: “Desde el lejano 1985 hasta hoy, MEDEL ha dado pasos de gigante en la realización de su diseño político, social y corporativo, desarrollando al mismo tiempo un aparato organizativo que, desde el centro a las periferias mundiales, ha demostrado estar a la altura de los nuevos escenarios determinados por el proceso de globalización. De lo que se sigue que sería bastante reductivo considerar a MEDEL una asociación diluida entre otros organismos similares. De hecho es el *deus ex machina* de aquel movimiento internacional de magistrados militantes que, sirviéndose de las prerrogativas conexas a las funciones desarrolladas dentro del propio país, ha llegado a constituir una red cuya capilaridad le permite proyectar su propio peso tanto a escala nacional como supranacional. De este modo ha generado un proceso de ósmosis, del centro a la periferia y viceversa, cuya dinámica debe medirse en el contexto de ese eje internacional, de contraposición al Imperio occidental capitalista, que no tiene inconveniente en servirse, instrumentalmente o no, incluso de alianzas con el mundo del integrismo islámico”.

En resumen, según el *Consiglio Superiore della Magistratura*, del análisis de la documentación examinada se desprende lo siguiente:

1. Que desde el inicio del verano de 2001 (es decir, tras de las elecciones de mayo de ese año) el SISMI hizo objeto de observación a un grupo magistrados italianos y europeos y a sus asociaciones, hasta septiembre de 2003.
2. Que tales actividades no guardan relación con algún acto, menos aún acto ilícito, puesto a cargo de esos magistrados; sino que tienen únicamente que ver con su actividad profesional y con posiciones asumidas por los mismos en el debate político-cultural.
3. Esa labor de espionaje se concreta en un seguimiento capilar de las actividades, movimientos y correspondencia informática de los magistrados.
4. Junto a esa labor de observación el SISMI realizó intervenciones específicas dirigidas a obstaculizar la actividad político-cultural de los magistrados y las asociaciones en cuestión.

Por lo que, concluye el *Consiglio*:

1. La actividad del SISMI, además de carecer de fundamento en hechos específicos, es extraña a sus atribuciones y competencias legales.
2. Tal actividad se proponía producir efectos intimidatorios sobre algunos magistrados y hacerles perder credibilidad ante los sometidos a investigaciones y procesos particularmente delicados, para incrementar las dificultades en la colaboración judicial supranacional y obstaculizar de forma significativa el ejercicio independiente y eficaz de la jurisdicción (sin considerar los daños profesionales y de imagen para los magistrados concernidos).
3. Según los documentos aprehendidos, el espionaje descrito, a veces, se ha desarrollado con la participación o el auxilio de personas pertenecientes a la organización judicial.

• Una nueva directora para la Escuela Judicial

Ocho meses después de la dimisión del anterior director de la Escuela Judicial, Valls Gombau, el Consejo General del Poder Judicial decidió el nombramiento de Nuria Bassols, magistrada de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justi-

cia de Cataluña. Una vez más, ese órgano ha respondido a la praxis que viene marcando su pobre singladura institucional. Poco, o nada, se ha explicado de las razones que han justificado que un puesto esencial de la organización judicial haya estado vacante durante tanto tiempo y nada se sabe de los méritos y del perfil que hacen de la persona elegida la más idónea para dicho cargo. Transcurridos más de dos meses desde su designación no se ha publicado su curriculum y tampoco la memoria de proyecto formativo que, es de suponer, se valoró como elemento esencial para la designación.

De la nueva directora sólo se conoce, por un lado, su adscripción a la Asociación Profesional de la Magistratura, lo que dota al claustro de cierto aire coral, dado que ésta es la opción asociativa de todos los que, estos momentos, ocupan puestos directivos en la Escuela Judicial; y, por otro, que su designación se adoptó de forma unilateral por la llamada mayoría del Consejo sin espacio alguno al consenso o al acuerdo con las otras sensibilidades presentes en el órgano.

Es evidente que la razón de pertenencia asociativa no puede servir como elemento ni para decidir la designación ni para excluir a una persona del puesto al que se postule. La clave de todo nombramiento discrecional debe residir de forma determinante y exclusiva en sus valores profesionales, en su capacidad para desempeñar de forma eficaz las responsabilidades que lleva aparejada la función de que se trate. Solo de esta manera las facultades de nombramiento se ajustarán al modelo y a las exigencias que la Constitución impone.

Pero, además, como hemos defendido de forma reiterada, el proceso de designación no puede sustraerse al control de la esfera pública, por imperativo categórico del modelo de ejercicio del poder en un estado democrático.

No hay duda de que, cuanto más relevante sea la función pública, más deberes de transparencia y de motivación debe reunir el proceso decisonal de nombramiento. Y nadie discutirá que la Escuela y su dirección constituyen piezas de excepcional importancia no solo para mejorar el sistema de acceso sino también estructuralmente el Poder Judicial, facilitando a los jueces las mejores condiciones formativas.

La forma unilateral en que se ha producido el nombramiento de Nuria Bassols ilustra sobre la importancia y la consideración que al sector mayoritario del Consejo le merece un asunto de tanto relieve como el de la selección y formación de los jueces, en el que la Escuela ocupa, o debería ocupar, un lugar central. Lejos de configurar coordinadamente un proyecto, de conformar un espacio de consenso y de acuerdo que prime la necesidad ineludible de un nuevo marco de acceso a la función judicial y de formación que garantice la asunción de los valores y de las aptitudes reclamadas por la Constitución, la mayoría del Consejo se ha dedicado sistemáticamente a destruir, primero, denigrándolo, el proyecto fundacional; para limitarse, luego, por la vía de la exclusión y el sectarismo, a ocupar el organigrama y los puestos docentes en virtud de decisiones adoptadas en un régimen de llamativa opacidad y por razones que se desconocen.

Los integrantes de la magistratura y la sociedad en general tienen derecho a conocer quien dirige la formación de los jueces. Por eso, no es aceptable que la percepción de la idoneidad de quien ha de presidir la Escuela Judicial, de la nueva directora, tenga que conformarse a partir de comentarios insustanciales sobre su mayor o menor capacidad profesional. Es indispensable la publicación de su curriculum, pero, sobre todo, de su proyecto de dirección.

No es aceptable la idea de la irrelevancia del factor personal cuando se trata de dirigir una institución tan importante. Las personas y las instituciones se sostienen mutuamente. Éstas se apoyan en las actitudes y capacidades de las personas que las integran, de las que dependerá en gran medida la calidad de los valores proyectados en sus prácticas y el grado de realización de los objetivos perseguidos.

Sería desolador que el nombramiento de la nueva directora hubiese respondido a dos únicas razones: la pertenencia al grupo asociativo mayoritario que le ha prestado apoyo y la correlativa exclusión de los candidatos de otra afiliación. Por desgracia, este

Consejo ha dado significativas y continuas muestras de operar con criterios inspirados en esta lógica maniquea. Por eso, pero sobre todo por el bien de la Escuela Judicial, sería de la mayor importancia dejar claro que no ha sido este el caso.

Una nueva directora para la Escuela Judicial

Ocho meses después de la dimisión del anterior director de la Escuela Judicial, Valls Gombau, el Consejo General del Poder Judicial decidió el nombramiento de Nuria Bassols, magistrada de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Una vez más, ese órgano ha respondido a la praxis que viene marcando su pobre singladura institucional. Poco, o nada, se ha explicado de las razones que han justificado que un puesto esencial de la organización judicial haya estado vacante durante tanto tiempo y nada se sabe de los méritos y del perfil que hacen de la persona elegida la más idónea para dicho cargo. Transcurridos más de dos meses desde su designación no se ha publicado su curriculum y tampoco la memoria de proyecto formativo que, es de suponer, se valoró como elemento esencial para la designación.

De la nueva directora sólo se conoce, por un lado, su adscripción a la Asociación Profesional de la Magistratura, lo que dota al claustro de cierto aire coral, dado que ésta es la opción asociativa de todos los que, estos momentos, ocupan puestos directivos en la Escuela Judicial; y, por otro, que su designación se adoptó de forma unilateral por la llamada mayoría del Consejo sin espacio alguno al consenso o al acuerdo con las otras sensibilidades presentes en el órgano.

Es evidente que la razón de pertenencia asociativa no puede servir como elemento ni para decidir la designación ni para excluir a una persona del puesto al que se postule. La clave de todo nombramiento discrecional debe residir de forma determinante y exclusiva en sus valores profesionales, en su capacidad para desempeñar de forma eficaz las responsabilidades que lleva aparejada la función de que se trate. Solo de esta manera las facultades de nombramiento se ajustarán al modelo y a las exigencias que la Constitución impone.

Pero, además, como hemos defendido de forma reiterada, el proceso de designación no puede sustraerse al control de la esfera pública, por imperativo categórico del modelo de ejercicio del poder en un estado democrático.

No hay duda de que, cuanto más relevante sea la función pública, más deberes de transparencia y de motivación debe reunir el proceso decisional de nombramiento. Y nadie discutirá que la Escuela y su dirección constituyen piezas de excepcional importancia no solo para mejorar el sistema de acceso sino también estructuralmente el Poder Judicial, facilitando a los jueces las mejores condiciones formativas.

La forma unilateral en que se ha producido el nombramiento de Nuria Bassols ilustra sobre la importancia y la consideración que al sector mayoritario del Consejo le merece un asunto de tanto relieve como el de la selección y formación de los jueces, en el que la Escuela ocupa, o debería ocupar, un lugar central. Lejos de configurar coordinadamente un proyecto, de conformar un espacio de consenso y de acuerdo que prime la necesidad ineludible de un nuevo marco de acceso a la función judicial y de formación que garantice la asunción de los valores y de las aptitudes reclamadas por la Constitución, la mayoría del Consejo se ha dedicado sistemáticamente a destruir, primero, denigrándolo, el proyecto fundacional; para limitarse, luego, por la vía de la exclusión y el sectarismo, a ocupar el organigrama y los puestos docentes en virtud de decisiones adoptadas en un régimen de llamativa opacidad y por razones que se desconocen.

Los integrantes de la magistratura y la sociedad en general tienen derecho a conocer quien dirige la formación de los jueces. Por eso, no es aceptable que la percepción de la idoneidad de quien ha de presidir la Escuela Judicial, de la nueva directora, tenga que conformarse a partir de comentarios insustanciales sobre su mayor o menor capacidad profesional. Es indispensable la publicación de su curriculum, pero, sobre todo, de su proyecto de dirección.

No es aceptable la idea de la irrelevancia del factor personal cuando se trata de dirigir una institución tan importante. Las personas y las instituciones se sostienen mu-

tuamente. Éstas se apoyan en las actitudes y capacidades de las personas que las integran, de las que dependerá en gran medida la calidad de los valores proyectados en sus prácticas y el grado de realización de los objetivos perseguidos.

Sería desolador que el nombramiento de la nueva directora hubiese respondido a dos únicas razones: la pertenencia al grupo asociativo mayoritario que le ha prestado apoyo y la correlativa exclusión de los candidatos de otra afiliación. Por desgracia, este Consejo ha dado significativas y continuas muestras de operar con criterios inspirados en esta lógica maniquea. Por eso, pero sobre todo por el bien de la Escuela Judicial, sería de la mayor importancia dejar claro que no ha sido este el caso.

EXTRACTOS/ABSTRACTS

Inscripción de la anomia en el derecho

Jean Claude Paye

La inscripción de la anomia en el derecho, de Jean Claude Paye

El mensaje que se dirige a las poblaciones civiles es que deben renunciar a sus libertades para garantizar la eficacia de la lucha contra el terrorismo, excepción que no sólo será ilimitada en el tiempo si no que se inscribe en la norma. En esa línea, el autor analiza la legislación antiterrorista puesta en marcha por la Administración Bush que mediante la creación de comisiones militares significa la negación de los derechos de defensa y la disolución del principio de separación de poderes.

The message that is delivered to the civil populations is that they must renounce their freedoms to guarantee the efficiency of the fight against the terrorism, exception that not only will be unlimited in time, but also inscribed in the rule. In this line, the author analyzes the antiterrorist legislation implemented by the Bush Administration which, by the creation of military commissions, means the denial of the rights to defence and the dissolution of the principle of separation of powers.

Responsabilidad civil médica: ¿obligación de medios, obligación de resultado?

José Antonio Seijas Quintana

El título del trabajo: Responsabilidad Civil médica: ¿Obligación de medios. Obligación de resultados?, pone en interrogante la posibilidad de mantener, sin diferencia alguna, la doble distinción entre una y otra obligación, incluso en los supuestos más llamativos de la cirugía estética. La asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquicos y social, y no sólo físico, pone en evidencia la fragilidad de esta distinción, incluso puede llevar a admitir que una intervención quirúrgica en el ámbito de la llamada medicina satisfactiva puede considerarse curativa del malestar psíquico inherente a ciertas deformidades y defectos de naturaleza física por cuanto no se puede obligar a una persona a convivir con un defecto habiendo recursos médicos para solucionarlo. Será en la información que se proporciona al paciente el ámbito adecuado para resolver estos problemas.

The title of the work, "Medical Civil responsibility: Means obligation. Obligation of results?" puts in question the possibility of maintaining, without any difference, the double distinction between one and another obligation, even in the most showy cases of the aesthetic surgery. The assumption of the right to health as a welfare in its aspects psychic and social, and not only physical, puts in evidence the fragility of this distinction, and even can lead to admit that an operation in the scope of the so called satisfactory medicine can be considered curative of the psychic malaise inherent to certain deformities and defects of physical nature inasmuch a person cannot be forced to coexist with a defect being medical resources to solve it. It will be the information that is provided to the patient the suitable scope to solve these problems.

El derecho de defensa en el juicio verbal civil tras la STC 60/2007

Edmundo Rodríguez Achútegui

La polémica sobre la forma de aportación del dictamen pericial en el juicio verbal civil, que tanto afectaba al derecho de defensa, pues la interpretación restrictiva de algunos tribunales fundada en el art. 337 LEC estaba propiciando su inadmisión, ha quedado zanjada con la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 60/2007, que ha otorgado amparo a un demandado que, cumpliendo con las previsiones generales de los art. 265.1 y 4 y 336 LEC, presentó el dictamen con la contestación a la demanda en la propia vista. Se asegura así el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.

The controversy on the way of presenting the expertise report in the verbal procedure, which so much affected the right of defence, because of the restrictive interpretation of some courts founded on art. 337 LEC, that was causing its inadmisión, has been settled with the recent Sentence of the Constitutional Court 60/2007, which has granted shelter to a defendant that, fulfilling the general inferences of art. 265,1 and 4 and 336 LEC, presented the report together with the answer to the claim in the hearing. It is guarantee in that way the right to make use of the pertinent means of evidence.

‘Como gustéis’. El proceso de regularización de extranjeros y la falta de control por los tribunales de la arbitrariedad reglamentaria

Jaime Lozano Ibáñez

Se plantea aquí un aspecto particular del proceso de regularización extraordinaria de extranjeros (D.T. 3ª del Reglamento de Extranjería de 2004). A juicio del autor, el proceso, tras sus sucesivas modificaciones respecto de su diseño inicial, ha mostrado cómo la administración, para la consecución de ciertos fines de simplificación de trámites, no ha dudado en cercenar arbitrariamente el derecho más general a “practicar prueba” que asiste a los extranjeros implicados; y se ha comprobado cómo los tribunales, en la resolución de recursos, se han mantenido en general a un nivel meramente reglamentista, renunciando, en opinión del autor, a imponer a la administración el necesario respeto de principios generales de derecho y de derechos individuales que no son disponibles por aquélla.

It is considered here a particular aspect of the process of extraordinary regularization of foreigners (D.T. 3ª of the Regulation on Strangerhood of 2004). In the author’s opinion, the process, after its successive modifications from its initial design, has shown how the administration, for the attainment of certain aims of simplification of proceedings, has not doubted in clipping arbitrarily the most general right “to practice evidences” that belong to the implied foreigners; and it has been verified how the courts, in the resolution of claims, have stayed in general at a merely regulatory level, resigning, in opinion of the author, to impose to the administration the necessary respect of the general principles of law and the individual rights which are not available by that one.

Las oposiciones: análisis estadístico

Manuel F. Bagués

Periódicamente se cuestiona la validez del sistema de oposiciones. Por desgracia, este debate suele carecer de la evidencia empírica apropiada que permita una discu-

sión constructiva más allá de los prejuicios ideológicos o de las experiencias anecdóticas personales de cada interlocutor. En este artículo ofrecemos una amplia serie de datos e información estadística sobre los procesos de selección realizados por los principales Cuerpos del Estado en el área de Justicia. La evidencia observada sugiere la existencia de notables deficiencias en el diseño del sistema tanto desde el punto de vista de su eficiencia como de su equidad.

Periodically it is questioning the validity of the system of public competitions. Unfortunately, this debate usually lacks of the empirical appropriate evidence that allows a constructive discussion beyond the ideological prejudices or the anecdotic personal experiences of each speaker. In this article we offer a wide series of data and statistical information about the processes of selection made by the principal Bodies of the State in the Justice area. The observed evidence suggests the existence of notable deficiencies in the design of the system either from the point of view of its efficiency or its equity.

Diversidad cultural y derechos sociales

Gloria Patricia Lopera Mesa

En este artículo se examina el conflicto que puede plantearse entre la pretensión de universalidad que acompaña el reconocimiento de sociales fundamentales, y el particularismo asociado a las demandas de respeto a la diversidad cultural. Se presentan algunos argumentos que justifican la atribución de derechos sociales culturalmente diferenciados, como un mecanismo para satisfacer tanto demandas de redistribución como de reconocimiento. Finalmente se examinan dos modalidades que podrían asumir tales derechos, al igual que los problemas que comporta cada uno de ellos: atribución de prestaciones adicionales en razón de la pertenencia a una minoría cultural o reconocimiento de prestaciones distintas, adecuadas a las diferencias culturales.

In this article it is examined the conflict that can appear between the pretension of universality that accompanies the recognition of fundamental social rights, and the particularism associated with the demands of respect to the cultural diversity. Some arguments are presented that justify the attribution of social culturally differentiated rights, as a mechanism to satisfy either demands of redistribution or of recognition. Finally there are examined two modalities that might assume such rights, as the problems that endures each of them: attribution of additional services in reason of the belonging to a cultural minority or recognition of different services, adapted to the cultural differences.

Hacia un Nuevo Consejo General del Poder Judicial: la necesidad de unas nuevas bases de actuación

Francisco Javier Pereda Gámez

El autor analiza la situación actual del Consejo General del Poder Judicial, marcada por la crítica interna (de los jueces) y externa (de la opinión pública y de la sociedad en general). Describe su debilidad institucional y la amenaza partidista que planea permanentemente sobre el órgano de gobierno de los jueces e intenta fijar su misión ("asegurar el progreso y la mejora de la organización judicial a través del progreso personal de los jueces, para conseguir una Justicia mejor") y su visión (mar-

cada por la necesidad de una identidad, una opinión y una actuación externa e interna propias). A continuación, destaca algunas fortalezas y oportunidades del Consejo (el principio democrático, de progenie política, la cultura de la deliberación, de origen jurisdiccional, y su dimensionada estructura organizativa) y propone unos nuevos instrumentos para su mejora: la elaboración y aceptación de un código de comportamiento de los Vocales, la fijación de un protocolo democrático de debate y la modernización de las estructuras administrativas. En suma, con uso de elementales instrumentos de análisis y planificación estratégica, aporta sugerentes reflexiones de mejora institucional.

The author analyzes the current situation of the General Council of the Judiciary, marked by the internal critique (from the judges) and external (from the public opinion and the society in general). He describes its institutional weakness and the partisan threat that permanently over-flies on the organ of government of the judges and tries to fix its mission ("to ensure the progress and the improvement of the judicial organization through the personal progress of the judges, to obtain a better Justice") and its vision, (marked by the need of an identity, an opinion and an own external and internal actuation). Next, he emphasizes some strengths and opportunities of the Council (the democratic principle; from political progeny, the culture of deliberation; from jurisdictional origin, and its measured organizational structure) and proposes new instruments for its improvement: the acceptance of a code of behaviour of the Members, the fixing of a democratic protocol of debate and the modernization of the administrative structures. Summarizing, with the use of elementary instruments of analysis and strategic planning, he puts in suggestive reflections of institutional improvement.

Consideraciones sobre prueba y motivación

Michele Taruffo

El autor parte de que cualquiera de las opciones posibles en las materias de referencia implica una previa toma de posición ideológica. Y se decanta por una concepción racional de la decisión judicial, que debe ser el resultado de un proceso cognoscitivo presidido por la racionalidad, orientado a determinar lo efectivamente sucedido en la realidad de los hechos sobre los que versa el pleito o causa. Este modo de ver el asunto está asociado a una concepción *correspondentista* de la verdad. Una verdad que es "relativa", es decir, relacionada con el grado de confirmación que las pretensiones de las partes reciben de las aportaciones probatorias. Y conecta con el deber de dotar a la resolución de un discurso justificativo construido con argumentos racionales que dote de la necesaria transparencia a la *ratio* de la decisión.

The author states that any of the possible options in the matters of reference involves a previous taking of an ideological position. And he opts for a rational conception of the judicial decision, which should be the result of a cognitive process presided by the rationality, orientated to determining the exactly happened in the reality of the facts on which the lawsuit turns. This way of watching the issue is associated with a conception correspondentist of the truth. A truth which is "relative", that is to say, related to the degree of confirmation that the pretensions of the parts receive of the evidential contributions. And he connects with the duty of providing the resolution of a justificative speech constructed with rational arguments that provides with the necessary transparency the ratio of the decision.

Sobre prueba y motivación

Perfecto Andrés Ibáñez

El principio de libre convicción ha conocido dos versiones. Una la que remite la decisión al terreno de los procesos psicológicos, de lo racionalmente incontrolable. Y otra que la sitúa en el plano de la racionalidad epistémica y la sujeta, por tanto, a las exigencias de método que rigen, en general, la obtención de un conocimiento empírico de calidad. El primer punto de vista ha prevalecido durante mucho tiempo; pero es hoy incompatible con un proceso penal fundado en la presunción de inocencia como regla de juicio y que impone el deber de motivación. Una y otro tienen hoy rango constitucional y deben regir la práctica judicial. Pero lo cierto es que en ésta se dan muchas supervivencias del viejo modelo claramente presentes en la jurisprudencia actual, según trata de hacerse ver.

The principle of free conviction has known two versions. First, the one that sends the decision to the area of the psychological processes, of the rationally uncontrollable. And other, the one that locates it in the plane of the epistemic rationality and holds, therefore, to the requirements of method that govern, in general, the obtaining of an empirical knowledge of quality. The first point of view has prevailed for a long time; but nowadays is incompatible with a penal process founded on the presumption of innocence as rule of judgment, and that imposes the duty of motivation. One and other have nowadays a constitutional range and must govern the judicial practice. But the certain thing is that in this practice there are still many survivals of the old pattern, clearly present in the current jurisprudence, as it is tried to be showed.

¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La experiencia argentina

Daniel R. Pastor

Cuando en Argentina diversas normas impidieron investigar y el juzgar los crímenes de la dictadura militar se invocó el “derecho a la verdad” para llevar a cabo procesos penales con la única finalidad de conocer unos hechos punibles que incluso comprobados ya no podrían ser castigados. Nacieron así los denominados “juicios de la verdad”. Especialmente se perseguía averiguar el destino de las personas desaparecidas. El trabajo describe y valora críticamente esta práctica. Además, aborda el problema de la validez de las pruebas de los “juicios de la verdad” para unos procesos penales que ahora son “de verdad”. Por último, se propone una alternativa a jueces y procedimientos criminales para conocer de un modo jurídicamente aceptable todo lo que sea posible saber acerca del pasado.

When in Argentina several rules prevented from investigating and from judging the crimes of the military dictatorship “the right to the truth” was invoked to carry out penal processes with the only purpose of knowing some punishable acts that, even verified, couldn't already be punished. In that way, they appeared the so called “proceedings of the truth”. It was specially purposed to find out the destiny of the missing people. The work describes and evaluates critically this practice. In addition, it approaches the problem of the validity of the evidences of the “proceedings of the truth” for some penal processes that now are really true. Finally, it proposes an alternative to judges and criminal procedures to know in a juridically acceptable way everything what is possible to know about the past.

La reforma del proceso penal en Bulgaria

José Miguel García Moreno

La reforma del proceso penal en Bulgaria representa una parte importante del conjunto de medidas de reforma global del sistema judicial del país como consecuencia de los compromisos asumidos por Bulgaria para afrontar las exigencias derivadas del ingreso en la Unión Europea el día 1 de enero de 2007. El presente trabajo describe el desarrollo del proceso de reforma y analiza las principales novedades y líneas maestras del Código Procesal Penal búlgaro promulgado en octubre de 2005 de cara a la mejora del marco legislativo y organizativo del proceso penal con la finalidad de desarrollar unos estándares europeos en la justicia penal de Bulgaria que contribuyan a hacer posible el ingreso del país en la Unión Europea.

Reform of criminal procedure in Bulgaria is an important part of an overall package of measures aimed at the reform of the judicial system of the country as a result of the commitments assumed by Bulgaria due to the requirements of accession to the European Union on the 1st of January 2007. This paper describes the development of the process of reform and analyses the basic guidelines and main innovations of the Bulgarian Code of Criminal Procedure enacted in October 2005, with the view of improving the legal and organizational framework of criminal procedure in order to develop European standards in criminal justice, which will contribute to the accession of the Republic of Bulgaria to the European Union.

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Empresa: _____ Nombre: _____

Apellidos: _____

Dirección: _____

Población: _____ C.P.: _____

Provincia: _____ País: _____

Teléfono 1: _____ Teléfono 2: _____ Fax: _____

E-mail: _____

Importe suscripción por un año natural (3 números)

España: 24€ Europa: 30€ Resto: 36€

(Rellenar los siguientes datos y remitir a la dirección abajo indicada)

Forma de pago (marque la opción de pago que desee):

Datos de domiciliación bancaria (20 dígitos): (incluye renovación automática hasta nueva orden por su parte)

BANCO	OFICINA	DC	Nº CUENTA CORRIENTE
____/____/____/____	____/____/____/____	____/____	____/____/____/____/____/____/____/____/____/____

Transferencia Bancaria a favor de Maxipack, S.L.:

Cuenta número: 2100 / 1913 / 12 / 0200049257

(Enviar justificante de ingreso al número de fax: 91 674 93 01)

Cheque (Enviar documento a la dirección abajo indicada a Maxipack S.L.)

Tarjeta de crédito: **Visa** - **Mastercard**

Número tarjeta: ____/____/____/____ ____/____/____/____ ____/____/____/____ ____/____/____/____

Fecha de caducidad: ____/____/____

Firmado: _____ (suscriptor)

Remitir Boletín de Suscripción a la siguiente dirección:

MAXIPACK, S.L.

Dirección Postal: Avda. Sistema Solar, nº 3 – A / 28830 San Fernando de Henares, Madrid.

Teléfono: 91 677 53 60 / Fax: 91 674 93 01 / E-mail: suscripciones@maxipack.es

