

PRESENTACIÓN: UN DEBATE REPETIDO PERO SIEMPRE VIGENTE

Juan Montero Aroca

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

1. HECHOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. CONCEPCIONES ESENCIALES

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

A) EN GENERAL: ¿QUIÉN SIRVE A QUIEN?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B) EN ESPECIAL: EL FALSEAMIENTO DEL DEBATE

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

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

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

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

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

3. TÉRMINOS DE UN FUTURO DEBATE

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

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

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

A) LA LIMITACIÓN IDEOLÓGICA DE LA POLÉMICA

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

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

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

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

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

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

B) EL DEBATE EN EL ÁMBITO LIBERAL-DEMOCRÁTICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

+ + + +

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

En todo caso el lector juzgará.

NOTAS

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

2. Dice E. F. RICCI en la recensión a una obra de Taruffo, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2009, 6, p. 1683, que las posiciones de Taruffo no deben considerarse propias de ideologías políticas de tipo totalitario, sino que el debate debe realizarse dentro de premisas liberal-democráticas, de manera que el tema de fondo radicaré en cuál debe ser la disciplina de la prueba en un sistema liberal-democrático moderno.

Naturalmente debe expresarse la conformidad con la idea base de Ricci. El debate debe atender a un sistema liberal-democrático, si bien la palabra moderno sólo significa actual. Cuando se emplea la palabra moderno hay veces que pareciera que por moderno quiere afirmarse que algo es mejor, en contraposición a algo que es peor; y no debe ser así. Moderno es simplemente actual, sin referencia a su bondad. Lo moderno es lo de hoy, y no siempre lo de hoy es lo mejor.