

## PRÓLOGO

El franco desbordamiento de los confines entre *asignaturas*, patente en este conjunto de ensayos, me hace recordar una anécdota, que creo viene aquí "como anillo al dedo". El marco es universitario; el trasfondo, una nada inocente manera de concebir el derecho y el papel del jurista y del juez; los protagonistas dos profesores, uno de derecho procesal y otro de filosofía del derecho. El asunto es que aquél ha tenido noticia de la organización por éste de un seminario sobre cuestiones epistemológicas relativas a la prueba procesal, y le reprocha cierta desconsiderada invasión de su espacio académico.

No me constan los términos precisos del diálogo, pero es verdad que a tenor de la convencional clasificación de saberes en disciplinas, la forma de actuar del segundo de los interlocutores tenía, ciertamente, algo de *apropiatoria*. Sin embargo, la regularidad de ese acto podía defenderse muy bien con un argumento inobjetable en el plano jurídico: bastaba presentarlo como legítima *ocupación*, que es, recuérdese, el modo natural y originario de adquirir la propiedad de una *res nullius*, que, en este caso, habría llegado a serlo por inverterado abandono del titular.

Además, el filósofo, *procesalista* sobrevenido, para acreditar la verdadera situación de *la cosa*

objeto de su atípico interés, podría haber citado como testigo a un observador de tanta autoridad en la materia como Carnelutti. Pues, en efecto, hace ya casi setenta años que éste denunció con lucidez la monotemática dedicación de sus colegas al “proceso”, con lamentable olvido del “juicio”. Es decir, a las implicaciones y vicisitudes del trámite, desentendiéndose de todo lo relativo al *iter* decisonal y a la decisión, como materia de estudio.

Nada más lejos de mi ánimo ahora que restar importancia a esa primera área temática, que da contenido al derecho procesal en la concepción al uso, a la que me estoy refiriendo. Es sabido —y a ello se debe la constitucionalización de la disciplina nuclear del proceso— lo mucho que de *sustantivo* hay en las previsiones formales relativas a éste, en cuanto cumplen funciones de garantía de derechos. En particular si se trata del proceso penal, y éstos son los del imputado. Pero, ello sentado, resulta innegable que el jurista, y, sobre todo, el juez, heredados —(sub)culturalmente hijos del positivismo ideológico dominante— han/hemos padecido la forma de *esquizofrenia*, consistente en vivir como real cierta *delirante* inexistencia como problema del problemático universo de la decisión. Al que, por eso y en consecuencia, nunca se reconoció entidad bastante para hacerle objeto de un interés específico; para abrirle un hueco en los programas de licenciatura y —lo que es peor aún— en los de formación de los profesionales de la justicia.

Y así nos ha ido, pues el juez resultante, que está muy lejos aún de abandonar el campo, padece un consistente déficit de consciencia de aspectos esenciales del propio rol. Al tiempo que, en consecuencia, ha demostrado una notable predisposi-

ción a la irracionalidad en la forma de ejercerlo. Porque irracional es concebir como simple una tarea compleja, la jurisdiccional de decidir en este caso, eludiendo, como por arte de magia, aspectos centrales de la misma, sobre todo en relación con la *quaestio facti*. Actuando como si fuera posible acceder por iluminación a un conocimiento de calidad sobre hechos, al margen de las reglas de validez acreditada, generalmente seguidas para la adquisición de saber empírico. E irracional es también, como actitud metodológica y por las consecuencias que induce, remitir la *ratio decidendi* al oscuro terreno de los procesos psicológicos, como si su formación fuese algo que *ocurre en o al juez*, y no un curso racional que éste debe pilotar con lucidez de conciencia y con responsabilidad.

El añoso problema, con sus graves implicaciones, sigue teniendo vigencia, pero, por fortuna, ya no con la misma vigencia. Y es que en torno a él, desde hace no mucho, ha comenzado a gestarse un cambio de clima, que conecta con una preocupación y una inédita sensibilidad surgidas en el propio marco de la jurisdicción, de la penal en particular. En el paso a este nuevo estado de cosas ha jugado un papel el dato normativo constituido por el deber de motivar la valoración de la prueba, que, en rigor, obliga a confrontarse con ella en una clave de racionalidad explícita. Pero creo que, aun así, no hay que engañarse, porque la generalidad de los ordenamientos lo incorporan de manera bastante tenue; y, además, los tribunales *superiores*, supremos y constitucionales, se han encargado de pactar con la realidad preexistente, flexibilizando el estándar de lo exigible en la materia. Tal es el caso de España, donde no es excepcional que

se den por buenas formas de *justificación* de la decisión sobre los hechos, apenas sugeridas, que poco o nada explican, *legitimadas* por la sola constancia de la inmediatez con que habría operado el tribunal. Y menudean los supuestos en los que esas instancias contribuyen al mantenimiento de prácticas judiciales inaceptables, para eludir las consecuencias de la nulidad de las decisiones inmotivadas. Porque —es el argumento implícito— peor sería, en el caso de la justicia penal, la impunidad a que podría llegarse, de tomar aquel imperativo constitucional “en serio”. Cuando lo cierto es que bastaría hacerlo con regularidad y rigor durante un tiempo, para remover las actitudes en que se asienta esa recusable dimensión del *statu quo* jurisdiccional.

Es precisamente esa condescendencia de las más altas instancias judiciales con el decisionismo de *intime conviction* de los jueces y tribunales, lo que hace que la mayor parte del mérito del cambio de clima al que he aludido corresponda a la doctrina. Y por la apuntada endémica inhibición del procesalismo convencional, al menos en el mundo de habla hispana, a la de matriz iusfilosófica, tan bien representada en este volumen.

Claro que, vistas las cosas con una correcta perspectiva, parece justo decir que, puestos a hablar de inhibiciones, en nuestros lares cuando menos, habría que mirar también hacia la teoría y la filosofía del derecho, que sólo en fechas muy recientes, y todavía de manera muy ocasional, han comenzado a encararse con los asuntos de que aquí se trata. Que, ciertamente —tiene razón el procesalista— no eran muy *procesales*. Así, se ha dado la curiosa situación, no exenta de paradoja,

de que cuestionables modos de operar judiciales universalmente instalados, debidos en buena medida al déficit cultural en tema de epistemología del juicio, hayan tenido como denunciante al mismo jurista de cátedra, que debería asumir, en una parte no desdeñable, la responsabilidad de esa carencia. Porque el (anti)modelo de juez que se trata de remover es un producto cooperativo, como cooperativo debe ser y está siendo el esfuerzo por superarlo.

Pues bien, con responsabilidades para todos en el presente estado judicial de cosas, lo cierto es que éste ha comenzado a moverse en una buena dirección, merced a un estímulo de ascendencia, sobre todo cultural, y de fuente en gran medida *externa*. Y esta circunstancia, además de fundar una esperanza de transformación de los aludidos recusables hábitos paleojudiciales, ha venido a poner de manifiesto que no puede haber una jurisdicción de calidad si no se dota a quienes la ejercen de los instrumentos teóricos imprescindibles. Y —lo que me parece muy importante— si no se le hace objeto de un persistente acompañamiento crítico, que estimule a la vez el necesario fermento autocrítico en el ámbito de los propios operadores.

La exigencia de motivar la decisión sobre la prueba suscita todavía *natural* incomodidad en muchos de los destinatarios. Pero no sólo porque impone un esfuerzo suplementario, sino por lo que en ella hay de cuestionamiento de la legitimidad de un modo de operar consolidado. Por eso, me parece necesario que la reclamación y la denuncia vayan acompañadas de un esfuerzo *promocional* y de persuasión orientado a hacer ver, por un lado, que la franca asunción de ese deber —ético, antes

aún que jurídico— puede arrojar una luz nueva sobre el oficio de juzgar; reforzando, al tiempo, su legitimación como función de poder. Porque es cierto, si, de un lado, el análisis crítico matizado e intelectualmente honesto del cuadro probatorio contribuye a perfilar cada asunto como lo que realmente es, un caso único y, así, siempre *interesante*; de otro, la decisión explícitamente razonada a partir de tales presupuestos se carga objetivamente de razón, incluso frente al disconforme, que se sabrá respetado no sólo como demandante de justicia, sino también como interlocutor.

Los trabajos reunidos en este volumen responden, a mi juicio, a ese paradigma ideal de lo que tiene que ser un diálogo fecundo con los juristas preocupados por los problemas de la jurisdicción y, sobre todo, con los jueces. En primer lugar, en lo que hace a la selección de los temas: los términos de la relación entre prueba y verdad; lo que juega y cómo lo hace la argumentación en el desarrollo del proceso decisonal; la perturbadora cuestión de las ilicitudes probatorias, y la, hoy ciertamente palpitante, de la pericia científica.

En efecto, cualquiera que esté mínimamente familiarizado con la experiencia jurisdiccional sabe que el primero de los asuntos apuntados (el de la relación entre prueba y verdad), que aquí aborda Jordi Ferrer, además de cargado de dificultades teóricas está sembrado de confusión conceptual en los usos. Y, por si con ello no bastase, comienza a hacer estragos el resistible encanto de cierta doctrina consensual de la verdad. Un constructo *ad hoc* destinado a dar cobertura a esa alternativa no jurisdiccional al proceso penal que es la contrata-

ción (adhesiva) sobre la culpabilidad, de estirpe americana.

La argumentación sobre la prueba empieza a tener una presencia regular en las sentencias. El dato es importante, pero en muchos de los esfuerzos es visible una aproximación apenas intuitiva a esa tarea, cuya ejecución tiene en las páginas de Daniel González Lagier una utilísima guía, además de estimulantes indicaciones para profundizar en esa línea de conocimiento.

Las ilicitudes probatorias son, sin duda, una espina que el neoconstitucionalismo ha clavado en la cuestionable buena conciencia de los tribunales. Pero no, como cabría esperar, por la deplorable calidad de las prácticas en que se expresan, sino por los resultados a que necesariamente conduce tomar aquí las garantías "en serio". Denunciar, como hace Marina Gascón, lo falaz e incluso fraudulento de ciertas coartadas jurisprudenciales, equivale a poner las cosas en su sitio. Esto es, en el que lógicamente —antes aun que constitucionalmente— les corresponde.

Cuando se habla, como yo lo hago, de la *dimisión* de los procesalistas, la peripecia teórica de Michele Taruffo plantea un problema de coherencia del discurso. Porque, una de dos, o se admite que éste padece, merced a él (y por fortuna también a otros —pocos— de sus colegas), una quiebra; o hay que cuestionar abiertamente en estos casos aquella caracterización y concluir que se está ante un(os) teórico(s) del derecho en sentido fuerte, practicante(s) de cierto *quintacolumnismo* en la esfera académica del derecho procesal. Claro que ibendito *quintacolumnismo*!

Sea lo que fuere, Michele Taruffo —cuya obra rigurosamente excepcional introduce en nuestro campo temático un antes y un después— se ocupa de un asunto con el que también es imprescindible medirse. Porque ya está bien de (mal)vivir a cuenta del mito insostenible del juez como *peritus peritorum* interpretado en una aberrante clave de supuesta jerarquía de saberes. Cuando lo cierto es que el problema de aquél es hoy, cada vez con más frecuencia, dotarse de la necesaria capacidad de interlocución con quien está en condiciones de aportar elementos de conocimiento imprescindibles para decidir con fundamento.

Creo no equivocarme si digo que en este libro tanto el juez como, en general, quien se interese por la epistemología del juicio y sus implicaciones, pueden hallar una estimulante forma de aproximación a algunos de sus aspectos de mayor interés, así como una útil *herramienta* para el trabajo, no sólo teórico. Y tampoco yerro al afirmar que si algo falla en él es el prologuista, cuya intervención, bien poco útil, según se habrá visto, sólo se debe al impagable afecto de los autores, que agradezco en el alma.

Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ