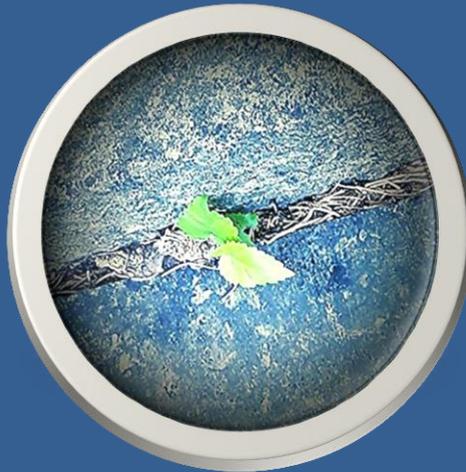


ESCUELA DE
POSGRADO



PUCP



Revista de la
Maestría
EN DERECHO PROCESAL

Vol. 6, Nº 1
Enero-julio 2016
ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>



Reflexiones sobre el derecho procesal: racionalidad y proceso

*[Reflections on the procedural law: rationality and
procedure]*

Francisco J. Laporta

Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid (España). Contacto: francisco.laporta@uam.es

Resumen

En el presente trabajo el autor propone a la atención de los estudiosos del proceso, la racionalidad (interna y externa) que debe presidir al procedimiento judicial, a fin de transformarlo en una institución en la que no se presente la paradoja, representada por la “cosa juzgada injusta”, de la separación entre verdad y vinculatividad de la decisión judicial, sino que plasme criterios externos de justicia, a través de pasos pautados de un procedimiento racionalmente contrastable, dándole así legitimidad y aceptabilidad a la decisión judicial.

Palabras Clave: racionalidad de los procedimientos judiciales; teoría procedimental del derecho; cosa juzgada injusta; legitimidad de las decisiones judiciales

Abstract

In this work the author proposes to the attention of the procedural scholars, the rationality (internal and external) that should govern the judicial procedure in order to transform it into an institution in which is not present the paradox, represented by the “res iudicata unfair”, of the separation between truth and binding nature of the Court’s decision, if not that reflects external criteria of justice through a rationally testable procedure, thus giving legitimacy and acceptability to the judicial decision.

Key words: rationality of judicial proceedings; legal process approach; res iudicata unfair; legitimacy of judicial decisions

Recibido: 18 de febrero de 2016/ Aceptado: 31 de mayo de 2016



Reflexiones sobre el derecho procesal: racionalidad y proceso*

Francisco J. Laporta

No necesito decirles lo honrado que me siento al participar en este seminario internacional en la Pontificia Universidad Católica de Perú. Les estoy muy agradecido. También me siento un poco amedrentado ante un auditorio de profesores de derecho procesal. Espero que mis reflexiones no sean excesivamente triviales o simplemente erróneas. O demasiado abstractas. En todo caso, no tienen otra pretensión que la de ser sometidas a su mejor juicio. Permítanme que comience con la evocación de un maestro español del derecho procesal del que recuerdo un momento muy emotivo y luminoso. Don Emilio Gómez Orbaneja, gran procesalista y hombre de letras, se jubiló de su cátedra de la Universidad Autónoma de Madrid con una lección memorable. Trataba de dar respuesta a una pregunta que él mismo se hacía: ¿por qué ser procesalista? Al registrar la extrañeza que producía en mucha gente, especialmente entre sus amigos escritores y artistas de la vanguardia, oír que su vocación más decisiva era el derecho procesal, don Emilio recordaba con humor cómo en la carta 30 de las *Cartas persas*, Montesquieu relata que el persa Rica, viajero en París, decide vestirse con trajes y aspecto europeo para evitar la curiosidad y pasar así más desapercibido. Mas cuando alguno de sus interlocutores se enteraba de que en realidad era persa, su reacción era de asombro: “Así que el señor es persa. Es algo realmente ex-

* Ponencia en el VI Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución, realizado en la Pontificia Universidad Católica del Perú los días 26 al 29 de abril de 2016.

traordinario. ¿Cómo se puede ser persa?”. Así de atónitos parecían quedarse algunos cuando les decía Gómez Orbaneja que se dedicaba al derecho procesal: ¿Cómo y por qué se puede ser procesalista? Supongo que la respuesta no es sencilla. Gómez Orbaneja, directa o indirectamente, dedicó toda su vida a darla. Cuando acabó sus estudios universitarios no había en España realmente derecho procesal y nadie se preguntaba sobre su naturaleza, ni sobre su relación con el derecho sustantivo, y menos naturalmente, con la teoría del derecho; en las Facultades de Derecho había una materia lateral llamada “Procedimientos, práctica forense y redacción de instrumentos públicos” que como su nombre sugiere estaba enfocada solamente hacia la práctica cotidiana; de hecho a los que se dedicaban a ella se les llamaba despectivamente “practicones”, y consistía en una suerte de vademécum para actuar y orientarse en el día a día de los tribunales. Él fue “el primer profesor de derecho procesal”, y quien, a partir de su gran formación alemana, trató de establecer los parámetros fundamentales del derecho procesal contemporáneo en España. Pasó de las meras instrucciones prácticas de procedimiento al derecho procesal concebido como sistema, y de ahí a la teoría general del derecho.

Su respuesta a la que podemos llamar pregunta “existencial” del procesalista giraba en torno a la relación, en la que insistió una y otra vez, entre derecho y proceso: “pertenece a la esencia del derecho el ser actuado por el juez”. Una relación que él concebía como de implicación recíproca; a veces casi de identidad, una misma realidad vista desde dos perspectivas. Cuando hablamos de derecho hablamos de proceso; y cuando hablamos de proceso hablamos de derecho. Por eso afirmaba que no se puede ser procesalista sin ser además civilista o penalista, o viceversa. Es la idea que sigue vigente hoy para tantos, de que el derecho solo puede ser pensado como proceso. Además, don Emilio pretendió siempre ir un poco más allá: él decía que los conceptos decisivos del derecho procesal: acción, carga de la prueba, cosa juzgada, etc., nos empujaban hacia la teoría general del derecho, y era allí don-

de planteaban sus incógnitas jurídicas más vivas y encontraban mejores soluciones¹.

Permítanme que trate de proseguir por esa senda. Lo hago también por solidaridad con mis colegas de derecho procesal, pues con nosotros también se produce esa misma sensación de extrañeza cuando uno dice que es filósofo del derecho, como si eso fuera tan raro como ser procesalista o ser persa. Y la respuesta tiene que ser la misma: la mayoría de los problemas importantes del derecho procesal acaban por ser problemas jurídicos de fondo, y éstos contienen siempre ingredientes filosóficos. Aquí voy a mencionar alguno de esos problemas y a proponer modestamente un sentido para los estudios de derecho procesal y también para la tarea del legislador sobre el proceso. Porque a mí me ha dado por recorrer el camino inverso al de don Emilio: él caminó desde el derecho procesal hacia la filosofía; a mí, que soy filósofo, me ha asaltado una profunda curiosidad intelectual por el procedimiento. Y ello porque creo que en el derecho moderno hemos podido asistir a dos impulsos fundamentales: en primer lugar, le creciente presencia y protagonismo del procedimiento en el orden jurídico; en segundo lugar, la conexión creciente entre procedimientos judiciales y exigencias de la racionalidad. Estos dos rasgos me interpelan como filósofo desde hace algún tiempo.

Aunque los especialistas en teoría del derecho todavía no hayan subrayado eso, parece una evidencia indudable que el derecho contemporáneo es un derecho profundamente “procesalizado” o “procedimentalizado” (si puedo utilizar expresiones tan forzadas). Los teóricos del derecho tendemos a percibir el orden jurídico sólo como un conjunto de normas (reglas y principios) de conducta y de competencia. Hace tiempo que me pregunto por

¹ “Soy un aprendiz de especialista que no cree que las distintas disciplinas jurídicas sean compartimentos estancos. Lo que de la mía propia me interesa especialmente es aquello que de un modo o de otro pueda referirse a la teoría general del derecho” (GÓMEZ ORBANEJA 2009a: 249).

qué no nos hemos detenido más a examinar la importancia del procedimiento. Por ejemplo, Manuel Atienza –distinguido doctor de este claustro y entrañable amigo – es seguramente quién más ha hecho por situar la argumentación en el centro de nuestras concepciones del derecho². Nos ha persuadido a todos brillantemente de que el derecho – al menos el derecho actual de nuestros países – es, en efecto, básicamente argumentativo. Sin embargo, no nos ha invitado al mismo tiempo a hablar del proceso como el lugar y el momento en el que el grueso de esa argumentación se hace posible, aparece y se desenvuelve. La mayoría de los especialistas en las disciplinas jurídicas siguen priorizando las normas de conducta y de competencia, pero se olvidan demasiadas veces de que esas normas no están ahí por azar ni han nacido por generación espontánea; su génesis y nacimiento es casi exclusivamente³ el resultado de algún procedimiento pautado: el procedimiento legislativo, el procedimiento administrativo o el procedimiento judicial. Desde luego, así lo es el de las más importantes. De hecho la noción más formalista de “ley” (que es la que ha acabado por imponerse, aunque puede que sea algo vacía o incurra en cierta petición de principio) expresa también algo de eso: en contextos jurídicos “ley” es aquello que produce el órgano legislativo a través del procedimiento legislativo. Es decir, ley es aquello que nace del procedimiento para hacer leyes. Lo que significa que sin tal procedimiento no hay ley que valga. Y lo mismo sucede, obviamente, si tratamos de definir qué es una sentencia. No hay decisión judicial alguna sin procedimiento previo.

² Cfr., últimamente, la obra monumental de ATIENZA (2013).

³ Dejo aquí a un lado las normas consuetudinarias, que suelen mencionarse también entre las fuentes del derecho, aunque ello no me parece que desvirtúe el argumento. Las normas que surgen de autonomía de la voluntad de los particulares también podrían verse como una excepción, pero la disciplina de los contratos puede ser concebida como un conjunto de minúsculos y sencillos procedimientos.

Esto muestra el lugar central que ocupa el procedimiento en el derecho contemporáneo. Un lugar central que, por cierto, puede ser examinado desde dos perspectivas, bien importantes las dos: a) visto desde arriba hacia abajo, por así decirlo, el procedimiento es el mecanismo institucional para actuar el derecho, para aplicar las normas; pero, b) visto desde abajo, desde el ciudadano, hacia arriba: el procedimiento es una herramienta impagable para limitar y controlar el poder, un mecanismo de garantía. Ambas caras tienen relaciones entre sí, y, por lo que ahora interesa, ambas tienen relaciones con la racionalidad, aunque en estas breves reflexiones me ocuparé más de la primera que de la segunda.

Lo que me gustaría es subrayar la relación creciente entre la procedimentalidad y la racionalidad del derecho. El segundo de esos impulsos fundamentales que antes mencionaba. Partiré de un ejemplo ilustrativo que se dio en los años cincuenta y sesenta del pasado siglo en la Universidad de Harvard. Dos profesores de derecho, Henry M. Hart y Albert M. Sacks, fueron desarrollando lentamente, muy lentamente, una teoría, que vino a ser conocida como “legal process approach”, que se sustentaba precisamente en la centralidad del “proceso” en el derecho⁴. Esto tanto por lo que se refiere a la legislación como por lo que se refiere a la ‘adjudicación’. Hasta el punto de que mantenían que el contenido mismo de la decisión judicial, por ejemplo, no podía obtenerse exclusivamente a partir de las reglas y estándares del derecho sustantivo, prescindiendo del procedimiento. Más todavía, que procedimientos correctamente adaptados al tipo de poder que se ejercía, conducían a decisiones sabias y bien informadas, mientras que un procedimiento deficiente promovía decisiones ignorantes y mal informadas. Y, finalmente, que las decisiones resultado de un pro-

⁴ Hart y Sacks (1994). Pese a estar elaborándola desde los años cincuenta, y circular entre los estudiantes, profesores y especialistas en forma ciclostilada durante décadas, todos esos materiales no fueron publicados en forma de libro hasta 1994.

ceso correctamente seguido deberían ser aceptadas como vinculantes por toda la sociedad hasta tanto no fueran cambiadas por el procedimiento correspondiente, lo que es de una importancia crítica para la legitimación y la estabilidad del sistema jurídico⁵. Este es el medio ambiente en que se movían también los miembros del llamado ‘Grupo de discusión de filosofía jurídica’, entre los que se encontraba Lon L. Fuller, y que iba a recibir en el año 56, como profesor visitante a Herbert L. A. Hart. Después hablaremos de ello. Añadamos también, aunque sin mezclarlo con lo anterior⁶, que a finales de los sesenta llega a esa Universidad John Rawls con su teoría procedimental de la justicia ya bien articulada. Hay testimonios de discípulos suyos que afirman estar influidos por las ideas del ‘legal process approach’. Y de hecho, la música de algunas piezas de la teoría de Rawls – por ejemplo, que ciertos tipos de procedimientos conducen a decisiones correctas y por tanto vinculantes – suena de modo similar. En esos años, en Harvard, el procedimiento parecía ser el centro de atención de todos. Pero lo que me interesa a mí no es tanto el dato erudito como el punto de partida del libro de Rawls: que la justicia es la principal virtud de las instituciones, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento⁷. Aceptémoslo. También podemos aceptar que tanto la verdad como la justicia no se prestan fácilmente a concesiones; se dice allí que son “intransigentes” (*uncompromising*), aunque algún compromiso nos saldrán al paso en el procedimiento judicial. Todo eso está muy bien pero creo que le falta algo: hay otra virtud, u otra propiedad, que ha de estar presente tanto en las instituciones como en los sistemas de pensamiento y sin la que ni la justicia ni la verdad son alcanzables. Me refiero a la racionalidad. Y si la justicia o la verdad son el producto de algún procedi-

⁵ ESKRIDGE y FRICKEY (1994: XCIV-XCV)

⁶ Como ya advirtió hace años TARUFFO (1997).

⁷ RAWLS (1972: 3).

miento, como parecía sugerirse en aquel ambiente, entonces ese procedimiento tiene que descansar en la racionalidad.

Pues bien, lo que yo propongo es que ese enfoque sea trasladado también a los procedimientos judiciales. Antes de entrar en la cuestión de si son o no son justos tiene que contestarse a la pregunta por su racionalidad. Luigi Ferrajoli, en un libro ya clásico, distinguió entre la razón “en el derecho” y la razón “del derecho”. La racionalidad “en el derecho” – escribía – descansa en el “sistema de vínculos y reglas [...] dirigido a fundar (también) sobre el ‘conocimiento’ antes que (sólo) sobre la ‘autoridad’ los procesos de imputación y de imposición de sanciones penales”. Él, como es sabido, se ocupaba allí sobre todo del derecho penal. Y en ese terreno, afirmaba que ese fundamento racional, *cognitivo*, de los procedimientos penales era “el rasgo constitutivo del garantismo penal”⁸, lo que viene a significar – me parece – que la razón es también condición necesaria de la justicia penal, pues si es constitutiva del garantismo (o lo que es lo mismo, si las garantías descansan en la razón), y el garantismo es a su vez condición de la justicia material de la decisión, de la “razón del derecho”, entonces la racionalidad de los procedimientos es también condición de la legitimidad de la decisión.

Esa distinción, pues, puede ser aplicada al procedimiento mismo, y diferenciar con ella la razón ‘en el procedimiento’ y la razón ‘del procedimiento’. En efecto, los procedimientos judiciales, que a lo largo de la historia han estado presididos muchas veces por la arbitrariedad, la superstición y la magia (y también, obviamente, por el puro y simple argumento de autoridad), han ido incorporando paulatinamente niveles crecientes de racionalidad, hasta alcanzar hoy un grado muy alto de contrastabilidad racional para la mayoría de sus momentos y decisiones. Un procedimiento judicial es una *institución* jurídica como tantas otras, es

⁸ FERRAJOLI (1997: 22).

decir, un conjunto de normas articuladas en torno a un fin, meta o propósito que le da sentido como conjunto. Pero además, en esa institución sucede que las normas que dibujan en su interior el procedimiento, los momentos que lo conforman y la secuencia de actos que dentro de él se desarrolla desembocan en un fallo que tiene carácter vinculante. Es decir, que un procedimiento judicial es una secuencia ordenada de actos institucionales⁹ que conducen a una decisión dotada de autoridad. El propósito o fin que el proceso pretende servir como institución es lo que determina su racionalidad teleológica, la razón para tener un procedimiento, que llamaré racionalidad externa. Después hablaré también de ella. Pero es en esa secuencia ordenada de actos que se desarrolla dentro de él donde anida la otra racionalidad, la razón en el procedimiento, que llamaré su racionalidad interna. Las normas que configuran el procedimiento han de hacer posibles ambas dimensiones de la racionalidad. No es cuestión de detenerse aquí en las múltiples dimensiones de la noción de racionalidad. Cuando aquí hablo de los dos tipos de racionalidad me refiero sencillamente, por un lado, a la plausibilidad de establecer conexiones convincentes de medio a fin entre la existencia del procedimiento y los propósitos que pretendemos con él (racionalidad externa), y por otro, a la posibilidad de reconstruir en el interior del procedimiento (racionalidad interna) el camino desde los puntos de partida fácticos y normativos hasta la sentencia judicial en la forma de una inferencia aceptable con cánones cognitivos contrastados. Pues bien, me parece que hoy puede afirmarse que ambas racionalidades exhiben una presencia creciente en los procedimientos jurídicos, y, aún más, que tienden a estar conectadas entre sí, es decir, que sin esta racionalidad interna de los procedimientos, los

⁹ Utilizo aquí la expresión actos institucionales en el sentido clásico, que tiene su origen en el ensayo de Anscombe, *Brute facts* y su continuación más conocida en los trabajos de John Searle. Se trata de actos cuya existencia pende de la existencia de normas anteriores a ellos. En este sentido, todos los actos realizados en interior del proceso son actos institucionales.

propósitos que pretenden alcanzar serán imposibles, o lo que es lo mismo, que la racionalidad y la legitimidad están fuertemente conectadas. Que de la racionalidad interna al procedimiento se derive necesariamente la justicia sustantiva de la sentencia es mucho más discutible porque, acudiendo a la terminología de Rawls, los procedimientos judiciales son un caso de justicia procedimental imperfecta. Quizás tengamos criterios externos sobre lo que es un fallo justo pero no sabemos cómo articular con precisión el procedimiento para alcanzarlo. La tarea de la racionalidad procesal es precisamente tratar de conseguirlo. Y ahí es donde me parece a mí que podría empezar a estar el lugar del procesalista.

Hay un texto de Lon Fuller, menos conocido que otros, que refleja muy bien lo que quiero decir. Fuller escribió en aquella época del *legal process* un ensayo titulado “Forms and limits of adjudication”¹⁰. En él se concibe el procedimiento judicial, el procedimiento de “adjudicación”, como “un marco institucional pensado para asegurar a las partes en la disputa una oportunidad para la presentación de pruebas y argumentos razonados”, y, al definir la adjudicación, inserta este párrafo que es muy ilustrativo de lo que yo pretendo transmitir:

La adjudicación es, pues, un mecanismo que da expresión formal e institucional a la influencia del argumento razonado en los asuntos humanos. Como tal asume una carga de racionalidad que no lleva ninguna otra forma de ordenación social. Una decisión que es el producto de argumentos razonados debe estar preparada para superar la prueba de la razón. Pedimos de una decisión adjudicativa un tipo de racionalidad que no esperamos de los resultados del contrato o del voto. Esta más alta responsabilidad hacia la racionalidad es al mismo tiempo la fuerza y la *debilidad* de la adjudicación como forma de ordenación social.

¹⁰ FULLER (1978). El ensayo fue escrito en 1956 para los debates del Grupo de discusión mencionado en el texto y publicado póstumamente. Se cita aquí según aparece en COVER y FISH (1979).

Que el procedimiento judicial, como afirma Fuller, sea un marco institucional para ofrecer la oportunidad de razonar, que exprese la influencia del argumento razonado en los asuntos humanos, que asuma una “carga de racionalidad” superior a otros métodos de decisión, es lo que yo sugiero también como proyecto necesario¹¹. Y creo que puede perseguirse minuciosamente en la estructura y forma de los procedimientos judiciales modernos.

Hagamos un breve repaso de cosas ya sabidas mirándolas desde esta perspectiva. Para el proceso penal, dejémonos guiar de nuevo por Ferrajoli¹². Una aportación de procesalistas civiles que trate de indagar las condiciones de racionalidad del proceso adversarial o contencioso-civil sería también necesaria pero que yo sepa no la tenemos¹³. Pero vayamos a ello: Tanto las garantías referidas a la persona del juez (llamadas por él “orgánicas”) como las referidas al desarrollo del proceso (llamadas “procesales”), ponen de manifiesto que lo que con el proceso se pretende también es desarrollar un mecanismo cognitivo (no simplemente decisorio) sobre lo que ha acontecido (sobre la verdad de los hechos) y un control de adecuación sobre el alcance que tiene el significado de las normas a aplicar. Esa dimensión cognitiva ha de descansar, obviamente, en grandes dosis de racionalidad (deducciones correctas, argumentos inductivos sólidos, inferencias a la mejor explicación, interpretaciones razonadas, etc.) sin las que no cabe pensar esas garantías. La separación de juez y acusación, la publicidad de la acción penal, el principio de taxatividad, la competencia técnica del juez, su imparcialidad, su independencia externa e interna, la carga de la prueba, el derecho de defensa, la

¹¹ Una importante reflexión actual sobre racionalidad y adjudicación, con la que coincido, en LUCY (2002).

¹² Sigo aquí, a FERRAJOLI (1997: 537 y ss).

¹³ Porque la inserción de racionalidad instrumental en el proceso civil que se pretende en el análisis económico del derecho, la racionalidad, digamos, *à la Posner*, como cálculo coste-beneficio, es insuficiente desde esta perspectiva.

disciplina de las pruebas, las llamadas “reglas de lealtad procesal”, y, como rasgo que sintetiza y expresa toda la racionalización que ha incorporado el proceso, la *motivación de las sentencias*, es decir, la exposición de las *razones* fácticas y normativas que conducen al fallo. Todas esas cosas y el orden interno con el que están dispuestas en el proceso penal, no son sino un aparato normativo para proteger que se den las condiciones necesarias para que el procedimiento sea hasta donde sea posible un discurso racional. Y por lo que al proceso civil respecta, podemos decir algo parecido. Podemos representárnoslo como un debate, un diálogo entre partes en el que, ante un juez quizás menos activo, espectador imparcial¹⁴, se presentan las razones, las bases fácticas y jurídicas de la prueba y las conclusiones y propuestas de las argumentaciones recíprocas. Y allí encontramos exigencias paralelas, como el principio de contradicción entre partes, la igualdad de armas, el derecho a acudir con letrado, la promoción de pruebas y pericias para acercarse a la verdad, la carga y los estándares de prueba, las presentaciones orales y escritas, el principio de probidad (que veta usar del fraude procesal), los requisitos de los actos procesales y de los actos de comunicación durante el proceso, el principio de congruencia y el sistema de recursos; todos ellos igualmente principios y momentos que pueden ser vistos como exigencias internas de racionalidad del procedimiento. También en él puede verse, pues, con todas sus variantes comparadas y sus tantas complejidades, un discurso con vocación de racionalidad¹⁵.

Ello no obstante, contemplar el procedimiento judicial como una secuencia de premisas que configuran razones para alcanzar

¹⁴ Precisamente en la ética contemporánea se apela al espectador informado e imparcial como una construcción epistemológica capaz de obtener y transmitir racionalidad a nuestros juicios morales.

¹⁵ Podría usarse como guía para establecer los presupuestos de racionalidad del proceso civil, los Principios de procedimiento civil transnacional aprobados por el American Law Institut y UNIDROIT.

una conclusión racionalmente aceptable no puede tener un éxito completo como visión del proceso. Y ello no necesariamente porque nos salgan al paso las archisabidas objeciones relativas a la indeterminación del derecho, los rasgos imprecisos del lenguaje, los estándares de prueba vagos que ha de administrar el juez, las ambigüedades de las normas, la elusividad de los hechos, etc., etc. Hasta en ese mundo de la indeterminación cabe la argumentación racional¹⁶.

Lo que constituye un obstáculo formidable a la visión del proceso como razón no es eso. Lo que viene a aguarnos la fiesta es un ingrediente de la actividad procesal que no acaba de encajar en el patrón racionalista. Me refiero a la autoridad de la “cosa juzgada”. Cuando nos las prometíamos tan felices por la racionalidad que habíamos creído adivinar tras los procedimientos judiciales, surge ante nosotros la cosa juzgada material. Y no es cuestión menor. Nada menos que Savigny afirmaba que se trataba de “una de las [materias] más importantes del derecho”. También yo lo creo así, pero no teman, no me voy a aventurar en la jungla doctrinal o en la disputa interminable de la cosa juzgada, ni voy a forcejear una vez más con las teorías eternamente enfrentadas. Cualquiera de ustedes lo haría mejor que yo. Pero, desde luego, su presencia en la mayoría de los ordenamientos nos pone ante algo importante y sabido, ante una grave disyuntiva. Savigny tenía perfecta conciencia de ello hace ya dos siglos:

Se ve por estas consideraciones que nos encontramos en presencia de dos serios peligros de naturaleza enteramente opues-

¹⁶ Como, por cierto, lo quiso mostrar el mismísimo Herbert L. A. Hart, en ese grupo de debate de Harvard, presentando a discusión en 1956 un ‘paper’ sobre discrecionalidad judicial que trata precisamente de constreñir la discreción mediante razones. Con su modestia congénita, Hart no lo consideró digno de durar, pero vale la pena leerlo hoy desde esa perspectiva: “[...] tenemos en la discrecionalidad la esfera en la que los argumentos en favor de una decisión u otra pueden ser racionales sin ser concluyentes”. Solo recientemente ha sido publicado: HART (2013).

ta. De un lado, estamos expuestos a mantener contra nuestra convicción una sentencia fundada sobre el error o la prevaricación del juez. De otro lado corremos el riesgo de abandonar la situación del derecho y de los bienes a una incertidumbre indefinida que puede prolongarse durante varias generaciones. Tenemos que escoger entre estos dos peligros¹⁷.

Un dilema permanente del que hemos de procurar salir con bien, sin que ninguno de sus cuernos nos hiera fatalmente. Lo que me ha llamado la atención de las elaboraciones doctrinales de la cosa juzgada es que se admite casi siempre que se trata de una ruptura de la racionalidad, es decir, que se reconoce la existencia de la cosa juzgada “errónea” o “injusta”. En la explicación de su naturaleza y en muchas de las respuestas que se ofrecen a sus incógnitas, se da por supuesto que nos vemos obligados a abandonar la racionalidad que hasta ese momento presidía el procedimiento. El príncipe de los procesalistas medievales, Tancredi de Bolonia, lo afirmaba resueltamente en un texto latino muy repetido: “*Res iudicata [...] facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, [...] et falsum in verum mutat*”¹⁸. Es decir, la cosa juzgada es un instituto que traiciona exigencias elementales de racionalidad. Mientras que es propio del proceder científico estar siempre abierto y reexaminar constantemente sus conclusiones, en el procedimiento judicial hay un momento en que detenemos nuestros pasos e interceptamos la marcha de la razón: la conclusión alcanzada en ese momento cuenta como verdad y no puede ser ya discutida. *Res iudicata pro veritate accipitur*. La cosa juzgada se tiene por verdad. Un pensador italiano actual de gran talento, Bruno Celano, lo ha expresado con un ingenioso ejemplo: “Tomemos – dice – la geometría euclidiana, con sus definiciones, postulados y reglas de inferencia. Supongamos que a las reglas que determinan – en la geometría de Euclides – lo que cuenta co-

¹⁷ SAVIGNY (s/f: 168-169).

¹⁸ Cit. por GÓMEZ ORBANEJA (2009b: 87).

mo un teorema, le añadimos una regla ulterior que establezca que cualquier cosa que X – llamémosle nosotros ‘Geómetra Supremo’ – declare que es un teorema contará en efecto como un teorema (es decir, siempre que X declare que una fórmula... es un teorema de la geometría euclidiana, es por ello un teorema de la geometría euclidiana)”. Y se pregunta: “¿Puede la geometría euclidiana así modificada ser entendida como una empresa conceptual coherente?” “La respuesta – responde Celano - es que no”¹⁹. Aplicado a nuestro problema ello significa que la cosa juzgada material, es decir, la declaración final de nuestro don Supremo, parece acabar por transformar nuestra empresa procesal en una actividad incoherente, irracional. Nos pone frente a lo que podríamos llamar el hecho del error procesal irreductible. Pues bien, a pesar de ello la cosa juzgada, en palabras de un clásico procesalista alemán de hace un siglo (Goldschmidt), es un instituto fundamental para establecer la validez del derecho. Lo que viene a significar que esa incoherencia del proceder jurídico es fundamental para entender la empresa del derecho como orden vinculante. Y no bastan para salvar esa quiebra algunas de las respuestas que se han dado tratando de recuperar algo de la racionalidad perdida. Recurrir, por ejemplo, a una ‘ficción de verdad’ o a una presunción de verdad, como si el mero uso de la palabra ‘verdad’ sanara milagrosamente la herida. O afirmar que no han de existir “fallos contradictorios” sobre el mismo asunto, como si eso fuera algo preferible a bendecir la contradicción entre derecho sustantivo y cosa juzgada. O incluso afirmar, como lo hace Kelsen, que no hay contradicción simplemente porque entre normas no puede haber contradicciones. Todas son soluciones verbales, subterfugios: con los instrumentos de la racionalidad interna no se puede explicar la autoridad indiscutible de la cosa juzgada errónea. Estamos ante una dificultad insalvable, y la prueba de ello es que siempre que la incógnita de la cosa juzgada llega a una visión del derecho que

¹⁹ CELANO (2009: 160-161).

pretende estar presidida por la razón, como la de Kelsen, produce en ella complicaciones irresolubles²⁰.

Pero lo más inquietante, como digo, es que en todas las concepciones de la cosa juzgada se afirma que la cosa juzgada, pese a ser irracional, produce derecho válido, es el derecho²¹, y por tanto es “vinculante”. Racionalidad y legitimidad aparecen aquí como incomunicadas. Estar ante una sentencia errónea, “injusta” pero vinculante es algo que produce a cualquiera, y más a quien lo sufre, una honda incomodidad. Esta es, como la ha llamado alguien, la *hard question*: “Cómo podemos considerarnos obligados por una autoridad legítima a cumplir una sentencia que creemos (incluso sabemos) equivocada de acuerdo con las razones sustantivas que ofrece el derecho”²². Aquí, me parece, hemos llegado a una de esas cuestiones límite del derecho mismo, esas cuestiones que no dejan de surgir y resurgir en las polémicas interminables de los juristas: *auctoritas versus veritas*, certeza *versus* justicia, positivismo *versus* iusnaturalismo, etc. Y ya podemos inventar recursos extraordinarios nuevos, o crear tribunales superiores de cualquier naturaleza (nacionales y supranacionales), que en algún momento acabaremos por considerar un fallo como ‘cosa juzgada’, y esa cosa juzgada puede ser ‘errónea’, puede ser ‘injusta’. Y sí, es injusta pero es vinculante, es irracional pero es legítima. ¿Cuál es la respuesta que podemos dar a esto? Quisiera, para terminar, suge-

²⁰ Una aguda indagación de las consecuencias para la teoría kelseniana de los conflictos entre normas, incluyendo naturalmente, la contradicción entre la cosa juzgada y los criterios de validez del orden jurídico, en RUIZ MANERO (1990: 51 y ss) y la literatura allí mencionada.

²¹ Sobre la distinción entre decisión final y decisión infalible, cfr. HART (2012: 138): “Un tribunal supremo tiene la última palabra cuando dice lo que el derecho es, y, cuando lo ha dicho, la afirmación de que el tribunal estaba ‘equivocado’ no tiene consecuencias dentro del sistema: no son alterados por eso los derechos o deberes de nadie”.

²² SOLUM (2004: 7 y 83). Mi traducción de la *hard question* es libre.

rir una contestación posible. Por un lado está la más común, la que se basa en el propósito de tener procedimientos, es decir, en la percepción de la sentencia como un medio adecuado para obtener un fin necesario. Como decía una sentencia decimonónica de la Corte Suprema de los Estados Unidos: “[...] el mantenimiento del orden público, el reposo de la sociedad y la tranquilidad de las familias exigen que lo que ha sido establecido definitivamente por tribunales competentes sea aceptado como verdad jurídica irrefutable”²³. La paz social y la seguridad de las relaciones jurídicas se alcanzan con ello. Un procedimiento perpetuamente abierto, como el de la indagación científica, ignora el propósito de solución estable de conflictos y de certidumbre que pretende la existencia misma del procedimiento judicial, traicionando así la razón teleológica que preside la existencia misma de ese procedimiento²⁴. Esta respuesta, que como digo, es la clásica, no nos hace sin embargo superar la frustración de tener por vinculante una sentencia injusta de acuerdo con el derecho mismo. La segunda respuesta quizás sí y se refiere a la racionalidad interna del procedimiento y su vocación de legitimidad. Seguramente tendríamos que sentirnos vinculados por una sentencia errónea si fuere el resultado de un procedimiento presidido por pautas racionales de argumentación y por las consiguientes garantías que las vehiculan y reflejan, un procedimiento en el que tengamos acceso a la información relevante disponible, oportunidades amplias e iguales para exponer nuestras razones, ayuda técnica adecuada y confianza en la imparcialidad del juzgador. Es decir, un procedimiento diseñado y construido sobre las bases de la racionalidad interna, la participación y las garantías de las partes. Participar en un procedimiento así diseñado implica de algún modo comprometerse con lo que

²³ *Jeter v. Hewitt* (1859) en *SOLUM* (2004: 58).

²⁴ No es así el caso, sin embargo, para el procedimiento legislativo o, aún más, para el propio procedimiento constitucional, que pueden y deben estar abiertos siempre.

resulte de él. Porque la racionalidad del procedimiento tendería a conducir a la justificación del fallo. Y eso es lo que yo quería traer ante ustedes como sugerencia: el desafío que ello supone para los especialistas en derecho procesal, su horizonte abierto, y utópico, seguramente un ideal inalcanzable pero irrenunciable: perfeccionar cotidianamente los procedimientos para transformarlos en instituciones en las que no se dé la separación entre verdad y vinculatoriedad, en casos de justicia procedimental perfecta, en los que se vayan realizando los criterios externos de justicia a través de los pasos pautados de un procedimiento racionalmente contrastable. Hacer más racional y mejor fundado el procedimiento para que se alcance con él la solución justa, o al menos la aceptabilidad como vinculante de una solución errónea.

Referencias

ATIENZA, Manuel

2013 *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.

CELANO, Bruno

2009 *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

COVER, Robert M. y Owen M. FISH

1979 *The Structure of Procedure*. New York; The Foundation Press.

ESKRIDGE, William N. y Philip P. FRICKEY

1994 "Introduction". En HART, Henry M., y Albert M. SACKS. *The Legal Process. Basic problems in the Making and Application of Law*. William N. Eskridge y Philip P. Frickey (editores). New York: The Foundation Press.

FERRAJOLI, Luigi

1997 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 2ª edición. Madrid: Trotta.

FULLER, Lon

1978 "Forms and Limits of Adjudication". *Harvard Law Review*. Vol. 92, Nº 2, pp. 353-409.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio

2009a "Legitimación y representación". En *Derecho y proceso*. Madrid: Ediciones Civitas.

2009b "Las teorías de la cosa juzgada". En *Derecho y proceso*, Madrid: Ediciones Civitas.

HART, Henry M. y Albert M. SACKS

1994 *The Legal Process. Basic problems in the Making and Application of Law*. William N. Eskridge y Philip P. Frickey (editores). New York: The Foundation Press.

HART, Herbert L.A.,

2012 *The Concept of Law*. Clarendon Law Series [primera edición 1961, segunda edición 1994, tercera edición 2012]. Oxford University Press.

2013 "Discretion". *Harvard Law Review*. Vol. 127, Nº 2, pp. 652-665.

LUCY, William,

2002 "Adjudication". En *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford University Press.

RAWLS, John

1972 *A Theory of Justice*. Oxford: Clarendon Press.

RUIZ MANERO, Juan

1990 *Jurisdicción y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales

SAVIGNY, Federico Carlos de

s/f *Sistema del Derecho Romano*. Madrid: Casa editora Góngora, tomo V.

SOLUM Lawrence

2004 "Procedural Justice". Research paper nº 04-02, Spring. Recuperado de: <http://ssmm.com/abstract>

TARUFFO, Michele

1977 "Giustizia, procedure e processo". *Ragion Pratica*. Vol. 9, pp. 145-149.

Revista de la Maestría en Derecho Procesal

ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>

**Correo electrónico:
revista.derechoprocesal@pucp.pe**