

Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal

N. 2 (2025)



© **MARCIAL PONS**  
**EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.**  
**Tamayo y Baus, 7 - 28004 MADRID**  
☎ (91) 304 33 03  
*[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)*  
*<http://www.revistamarcialpons.es/rivitsproc/>*  
ISSN: 2605-5244  
DOI: 10.37417/rivitsproc/vol\_2\_2025  
Fotocomposición: Ene Estudio

## ÍNDICE

Jordi Nieva Fenoll, <i>Necrológica a Manuel Cachón Cadenas</i> .....	5
Marien Aguilera Morales, <i>Andrés De La Oliva Santos (1946-2025) Lo que urge recordar. Por derecho</i> .....	9
Marco de Benito, <i>In memoriam Andrés de la Oliva Santos</i> .....	13
Daniel Vallès Muñío, <i>La ley 20/2022 de memoria democrática y el proceso de declaraciones judiciales de hechos pasados</i> .....	15
Jordi Nieva-Fenoll, <i>¿Estándares de prueba? Ojalá fueran útiles...</i> .....	43
Filippo Noceto, <i>Alle origini della prima codificazione processuale spagnola fra ideologia liberale e autarchia culturale</i> .....	83
Massimo Nardoza, <i>Genealogia della prova indiziaria: un'eredità medievale per una razionalità processuale moderna</i> .....	119
Andrea Cabiale, <i>La prova illecita nel procedimento penale: quesiti tradizionali e possibili nuovi scenari</i> .....	143
Angelo Dondi y Vincenzo Ansanelli, <i>Litigios complejos y problemas judiciales desde la perspectiva de la relación abogado-cliente</i> .....	169



## NECROLÓGICA A MANUEL CACHÓN CADENAS

Siempre fue joven y anciano a la vez. Joven en la manera de razonar y en el modo de tratar a las personas, correcto pero desenfadado, con una sempiterna timidez que mostraba en persona con un afecto sincero candorosamente huidizo, observando siempre las reacciones de su interlocutor, a quien por encima de todo deseaba escuchar, eso tan infrecuente, por desgracia, pero que él hacía a la perfección. Era anciano venerable, en cambio, en una parte de sus modos, pero sobre todo en la experiencia profunda que mostraba en sus conversaciones, que solía cargar de referencias culturales de la erudición propia de aquel que lee queriendo aprender. Era una mezcla de compañero y hermano mayor. Jamás pretendió ser el padre de ninguno de nosotros, sino un colega más que en todas las ocasiones pretendía aportar, nunca recibir. Y es que nunca pedía nada, sino que regalaba generosamente afecto y ciencia a la vez.

Su primera puesta en la escena procesal sobrevino con su tesis doctoral sobre el embargo, muy trabajada, en la que desde sus primeros compases reconocía gratitud al primer maestro español de la ejecución, Jorge Carreras Llansana, huyendo de los encasillamientos de las “escuelas” que tantísimo daño nos han hecho, y que él fue uno de los pocos que intentó superar, con éxito, más activamente. Esa primera obra apuntaba a mucho más, puesto que no es una tesis al uso, sino la principal monografía sobre la materia. Después de esa vinieron otras muchas obras que tras ese primer trabajo se anunciaban realmente monumentales. Imaginabas a aquel impenitente fumador rodeado de mil papeles a punto de publicar otra de esas monografías para la historia. Sin embargo, su generosidad, que ocupa mucho tiempo, y quizás algo de retraimiento involuntario inducido por las procelosas circunstancias del Alma Mater, impidieron que alguno de esos monumentos viera la luz. Me confió hace años tener un trabajo de esas características que, sin duda, hubiera sido otro puntal de la disciplina, pero que nunca veía acabado del todo, y que ahora ya nunca leeremos.

Con todo, Manuel Cachón va a ser recordado por infinidad de razones, de entre las que querría destacar cuatro: su carácter, sus intervenciones públicas, su creatividad y claridad de ideas y su amplísima obra de reconstrucción de la vida académica de los procesalistas españoles.

De su carácter se habló siempre. Un hombre bueno. Alguien que sabías que jamás iba a intentar una mala acción contra nadie sino que, bien al contrario, iba a tratar de impedir todos aquellos atropellos de los que tuviera conocimiento. Comentaba con satisfacción haber sido invitado por todas las Facultades de Derecho de España, salvo, precisamente, una muy particular para él que ojalá llegara a tiempo de enmendar su absurdo error. Llegó a ser Decano de su Facultad, y a diferencia de cualquiera que alcanza esa condición, nadie habló jamás mal de él. Tendía puentes y ayudaba a construirlos. Más de uno, leyendo estas líneas, va a reflexionar sobre cómo mejoraron sus relaciones, tal vez “irreconciliables”, con algunas personas después de que Manuel Cachón interviniera e hiciera ver a todos que somos simples seres humanos sin voluntad de hacer daño. Muchos le deben, le debemos, la desaparición de muchos estúpidos prejuicios.

En sus intervenciones públicas tenía un tono muy característico. Había preparado en conciencia y a conciencia lo que iba a decir, elaborando un breve guion con cuatro apuntes que le servían para hilvanar su discurso. Arrancaba con un tono muy quedo, casi inaudible, y poco a poco iba aumentando el volumen hasta alcanzar en no pocas ocasiones la vehemencia, exponiendo ideas de una creatividad que a veces pasaba desapercibida, pero que siempre existía. Cuando él hablaba, tocaba tomar apuntes, reflexionar sobre lo que había dicho y luego pedirle más explicaciones en privado que en todo caso ofrecía con alegría e increíble detalle y respeto. Aún recuerdo cómo, la primera vez que le oí en una conferencia, literalmente destripó un libro muy pretencioso recién publicado por un autor de renombre, queriendo decir sin decir, pero acabando diciendo de un modo que, desde luego, no hubiera podido ofender al autor. A los presentes ya no nos hacía falta leer la obra porque, como después cualquiera pudo comprobar, todo su contenido había sido expuesto con extraordinaria precisión en aquellos cuarenta minutos de *divertimento* intelectual que nunca olvidaré.

Y es que tal vez, desde el punto de vista científico, lo más agradable, a la vez que fructífero, era el intercambio de ideas y sentimientos por escrito, mail tras mail, en ese espacio virtual en que la timidez desaparece. Me consta que era también un gran conversador peripatético, pero la creatividad que empleaba en esos escritos personales era verdaderamente abrumadora. No se guardaba nada y no tenía miedo de que le robaran una idea, lo que más de una vez le ocurrió, incluso en forma de plagio. Pero poco le importaba porque sabía que tenía e iba a tener muchos más pensamientos interesantes. Deseaba siempre que su interlocutor culminara con éxito su estudio para así tener la oportunidad después de devorarlo con la lectura, disfrutando con la alegría que luego expresaba al mandarte sus reflexiones sobre lo leído, cosa que no podía evitar hacer y que era tan de agradecer, que estremece ahora recordarlo.

Sin embargo, las generaciones futuras que no habrán tenido la suerte de conocerlo, le van a recordar también por sus biografías de procesalistas, que son imperecederas. Se trata de una obra colosal que ojalá algún día veamos publicada conjuntamente en una sola colección en homenaje a su autor y en eterna memoria de sus méritos. En ellas, tras amplia documentación en el Archivo de Simancas y en otros muchos lugares, contactando a veces personalmente con la familia de los personajes, realiza unos retratos bien a la altura —aun con otro estilo— de los inolvidables “*Homenots*” de Josep Pla, semejanza que llegamos a comentar algunas veces. Gracias a esas biografías hemos recuperado una parte muy importante de nuestra historia, pero sobre todo se ha hecho muchísima justicia. Ahí vemos relatadas, con una agilísima prosa, las circunstancias, a veces complicadísimas —hay muchas historias de la Guerra Civil—, de sus trayectorias profesionales, o al menos de una parte muy relevante de ellas. Absorben tanto la atención que cada vez que tenía la gentileza de mandarme alguna de ellas antes o después de publicarlas, no podía evitar abandonar todo lo que estuviera haciendo para leerle y escribirle de vuelta. Les recomiendo que no dejen de leerlas. El mundo no sólo acaba de perder a un gran procesalista, sino también a un biógrafo y cronista inmortal.

Honramos su memoria con la profunda pena por su desaparición el 14 de enero de 2025, mas también nos quedamos con el resarcimiento de que su obra nos permitirá revivirle en cualquier momento. No va a ser lo mismo que encontrarse con su sonrisa, afecto, respeto, cautela y atención extrema, con esa forma de mirar desde abajo tan de él, buscando lo mejor de su interlocutor con ansias de saber, sin intimidarle.

Jordi Nieva Fenoll



ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS  
(1946-2025)  
*LO QUE URGE RECORDAR. POR DERECHO*

Glosar en pocas líneas la obra y trayectoria jurídica de Andrés de la Oliva Santos es, por la magnitud de una y otra, sencillamente imposible. También es estéril intentar compendiar en tan pequeño espacio cuáles fueron sus cargos, méritos y distinciones. Y lo mismo si el empeño se pone en nombrar a todos y cuantos nos hemos beneficiado de su ciencia, sabiduría o encarnizadas cruzadas.

De su figura, no obstante, hay aspectos que no son de general conocimiento y quiero traer a estas páginas. Tal vez puedan parecer anecdóticos, pero bien mirados dan explicación a por qué, para quienes le conocieron bien, no sólo fue un jurista excepcional, sino también un hombre extraordinario. En lo que a mí concierne, explican además por qué le quise como a un padre. Tomo prestado el nombre de su blog personal para reseñar esos aspectos y dejar sentado *Lo que* de Andrés de la Oliva y por derecho *urge recordar*.

Del que fue Catedrático de la Universidad Complutense durante más de treinta años urge recordar que amaba a Dios sobre todas las cosas. Quizá por ser notorio o por respeto hacia quienes no compartían sus convicciones no solía hablar en público de ese amor suyo hacia Dios. Sólo en un puñado de ocasiones, cuando sabía de alguien enfermo o acuciado por un problema grave, le oí decir que rezaría. Pero, ni en lo relativo a la religión ni a ningún otro tema hubo imposiciones por su parte. Todo lo contrario. Su espíritu profundamente liberal le llevó a ser tolerante con las creencias, ideas y decisiones ajenas. En ese amor hacia Dios puede encontrarse asimismo su visión del trabajo como una forma de servir a los demás. De hecho, lo que le condujo a apadrinar nuestra actual Ley de Enjuiciamiento Civil o a elevar la voz frente a las tasas judiciales no fue ningún afán de erudición o protagonismo, sino su convicción de que el derecho debe concebirse en beneficio exclusivo de los justiciables. De nada y de nadie más.

Aspecto también para el recuerdo es que, amén de una mente preclara, poseía una envidiable memoria que conservó hasta sus últimos días. En sus conversaciones eran recurrentes los asuntos que le entretuvieron en el Consejo General del Poder Judicial y en el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, pero también los años pasados en Navarra y su relación con su maestro, el Profesor Jorge Carreras. Evocaba con frecuencia algunos de los lugares en los que se sintió más feliz y, en ese marco, precisaba con todo lujo de detalle las madrugadas de pesca en Galicia, las novelas leídas en Quintanilla o los viajes realizados con sus más directos discípulos. Melómano empedernido se sabía al dedillo la letra de boleros, rancheras, villancicos y zarzuelas con los que a menudo agasajaba a algunos de los miembros de la Sección de Derecho Procesal de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. A propósito de esto último, no dejo de pensar que el apagón de ese hilo musical bien pudo deberse a la pérdida este mismo año de dos de esos miembros a quienes guardaba un afecto enorme: el Profesor Manuel Cachón y José Muelas, antiguo Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Cartagena.

A su condición de Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y de la igualmente prestigiosa *Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna*, Andrés de la Oliva sumó un título nobiliario: Duque de Aosta. Tan alta distinción nada tenía que ver con el valle rodeado por los picos más altos de los Alpes. Tampoco respondía a los fuertes lazos que trabó con juristas italianos de la talla de Vincenzo Varano, Federico Carpi o del añorado Michele Taruffo. Antes bien, fue el propio Andrés de la Oliva quien, haciendo un guiño a sus iniciales y con el fino sentido del humor que le caracterizaba, se arrogó para sí el título que mucho antes ostentó Amadeo de Saboya. Pero, entre quien también fue rey de España y el Duque procesalista se daban más coincidencias. La discreción en ayudar, la generosidad, era una. Otra era la valentía con la que enfrentó los vaivenes y tropelías de la *res publica* española. Valga por todo ejemplo este conocido poemilla que, en un periódico de tirada nacional, dedicó el moderno Duque de Aosta a la Agencia Evaluadora del Profesorado (la temida ANECA): “en cuestiones de criterio, / huelga toda discusión: /siempre tiene la razón/ el que está en el Ministerio”.

Emprender la acción ante la injusticia y rehuir la pasividad —su *vigilantibus non dormientibus*— fue sin duda su lección más reiterada. Con todo, Andrés de la Oliva también fue un modelo en lo atinente al modo en el que debe encauzarse la investigación y la docencia. La primera con humildad. La segunda con desprendimiento. El maestro, en efecto, acostumbraba a someter los textos destinados a la disertación o a la publicación al escrutinio de sus cercanos, buscando de estos últimos cualquier comentario que pudiera mejorarlos. Por su lado, la rigidez y seriedad que los alumnos solían asociar a su imagen el primer día de clase se desvanecía los últimos días de curso al apreciar que aquel profesor se daba infinitamente más que lo que de ellos demandaba.

Reservo para el final este otro dato para la memoria. Quien llenó de manuales de procesal las estanterías de todas las Facultades de Derecho espa-

ñolas y extranjeras, quien nos dejó obras sobre temas nucleares para nuestra disciplina como *El derecho a la tutela jurisdiccional* o *El papel del juez en el proceso civil*, quien se atrevió a desgranar sobre el papel cuestiones tan complejas como el objeto del proceso y la cosa juzgada, también escribía poemas. Algunos de esos poemas se recopilaron en un librito que él mismo consideró un tributo y una confiada apertura a la amistad. *Días libres* se llama el poemario. En el título cabe todo el autor. Ciertamente fueron muchos los días que Andrés de la Oliva dedicó a quienes tuvo por sus amigos. Días de comidas, confidencias y partidas de mus. Días en que el consejo era restar importancia a lo cotidiano y concedérsela al mero hecho de disfrutarse. Muchas gracias, querido maestro, por esos días y por tus enseñanzas. Procuraremos mantenernos como querías: firmes y derechos, con la verdad y la justicia como norte, porque ciertamente «ésa es la firmeza que nos impone vivir honradamente, no hacer daño a nadie y dar a cada uno lo suyo». STTL.

Marien Aguilera Morales



## IN MEMORIAM ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS

Conocí a Andrés de la Oliva por mediación de Ignacio Díez-Picazo y Jaime Vegas, con quienes siempre quedaré en deuda. En aquel primer almuerzo, más allá de presentaciones, se reveló una afinidad inmediata. Recuerdo que hablamos largamente de *El conocimiento privado del juez*, de Stein, obra que él había traducido del alemán y que yo había leído como uno de esos libros que encienden una vocación: que despiertan en el joven jurista no solo interés, sino amor por la ciencia procesal. Desde aquel día, nuestra conversación no se interrumpió nunca: hasta el domingo pasado.

Creo que fue mi pertenencia a una universidad joven y privada, lejos del noble caserón de la enseñanza pública —que aún cruje, digno y fatigado, como la madera de sus viejos pasillos—, lo que le permitió mirarme con una mezcla de curiosidad y afecto. Yo no representaba carga ni expectativa alguna; él no tenía conmigo deber ni compromiso. Esa condición de *libero*, un punto anárquico y ajeno a cuadros rígidos, le intrigaba y, creo, le divertía. Y esa libertad recíproca nos permitió reconocernos: yo, como heredero tardío de su Escuela; él, como Maestro sin cálculo, sereno ya en la entrega de todo cuanto había recibido.

Así se forjó una relación singular, en la que la conversación era el cauce natural de un magisterio académico, profesional, vital y espiritual. Una convocatoria de don Andrés era siempre recibida con la alegría anticipada del banquete ritual: un arroz caldoso, tinto de la Ribera y una densa nube de humo dentro de la que flotaban las palabras, las ideas, la breve carcajada por algún guiño malicioso y socarrón, tan nuestro como el vino de su tierra.

—¿Cómo estás? ¿Qué te traes entre manos? ¿Con quién te peleas esta vez?

Las preguntas eran siempre las mismas, pero cada respuesta abría un mundo. Luego llegaba el consejo, breve e imperativo:

—No. Adelante. Habla con este. Olvida aquello. Insiste en esto otro.

A partir de ahí, la disección de nuestro mundo universitario, político, judicial, arbitral, internacional. No había tema vedado, ni frontera que se resistiera a ser cruzada. Y en ese ejercicio de inteligencia compartida alcanzaba su magisterio más alto: el de la conversación sincera y el juicio moral sin adjetivos.

Con una enseñanza constante: la necesidad de permanecer en el mundo sin ser del mundo. Pues vil, corrupto y mediocre cual lo percibimos a menudo —vanidosamente presumiendo no serlo—, en él salta también la chispa del coraje y la amistad, y reflejan su luz la verdad, la justicia y la belleza.

Tal era su imperativo ético: ser un jurista profundo y riguroso, pero a la vez práctico; alguien que interviene en el mundo no por gusto ni cálculo, sino por la conciencia del deber de estar, quedarse y ser en la encarnadura histórica que a cada uno le ha tocado vivir.

Nuestras conversaciones pasaban así, con naturalidad, de lo trascendente a lo cotidiano: de Bártolo o Calamandrei a algún triste político español de hoy; de la renuncia de Benedicto a un detalle de aquel mirador de hierro y cristal de su barrio de Salamanca; de la liturgia ortodoxa —sobrecogedora y familiar a un tiempo— al leve temblor de los álamos que alegraban el paisaje de su infancia castellana. Le contaba de mis viajes: el bullicio callejero de Estambul, el esplendor imperial de San Petersburgo, el cegador centelleo del desierto arábigo. Él me escuchaba con atención, con ese gesto entre escéptico y afectuoso que le conocíamos tan bien. Siempre fiel a sus valores viejos y sencillos, corregía una palabra, celebraba una intuición y enseguida me lanzaba otra idea, una provocación amable, un desafío intelectual.

Recuerdo una reflexión suya: cómo, tras Beethoven, cuando parecía vana otra cosa que el silencio, surgió aún Brahms; ahí, la intuición de que el Espíritu encuentra siempre nuevas formas de hacerse presente, incluso cuando todo parece ya consumado.

Por eso, si hoy nos parece imposible llenar el vacío que deja, es porque realmente lo es; y sin embargo, con fe y docilidad a las mociones de ese mismo Espíritu, habremos de hallar la senda y las fuerzas para seguir caminando en esta tierra, para él ya casi irreconocible últimamente: fragmentaria, áspera, violenta; pero aún susceptible de ser habitada con confianza.

Confianza en que estamos bien protegidos aquí y seremos recibidos con amor y misericordia allá. Que desde allá nos mire, de vez en cuando, con aquella mirada honda, tierna y suavemente irónica tan suya, e inspire aún el eco de un consejo: un *no*, un *adelante*, un *habla con este*.

Descanse en paz, don Andrés.

Marco de Benito  
Madrid, octubre de 2025

# LA LEY 20/2022 DE MEMORIA DEMOCRÁTICA Y EL PROCESO DE DECLARACIONES JUDICIALES DE HECHOS PASADOS

## THE SPANISH DEMOCRATIC MEMORY LAW 20/2022 AND THE JUDICIAL DECLARATION PROCESS ABOUT PAST FACTS

Daniel Vallès Muñío\*

Profesor Titular de Historia del Derecho y de las Instituciones  
Universitat Autònoma de Barcelona

**RESUMEN:** En 2012, el Tribunal Supremo español entendió que el antiguo proceso de jurisdicción voluntaria sobre «informaciones para perpetua memoria» podía ser una vía procesal correcta para que los familiares de las víctimas desaparecidas de la Guerra Civil pudieran identificarlas, exhumarlas y darles una sepultura digna. Pero la posterior Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria derogó ese procedimiento. Ello implicó que los familiares de las víctimas perdieran esa vía procesal, obligándoles a dejar únicamente en manos de la Administración Pública esa identificación de sus familiares. La reciente Ley 20/2022 de Memoria Democrática ha modificado la Ley 15/2015 y ha regulado el nuevo procedimiento de «declaraciones judiciales sobre hechos pasados», dentro del reconocimiento al derecho a la verdad de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo. En este trabajo analizamos este nuevo procedimiento.

**PALABRAS CLAVE:** justicia transicional, franquismo, exhumación, jurisdicción voluntaria

**ABSTRACT:** In 2012, the Spanish Supreme Court understood that the old voluntary jurisdiction process on «information for perpetual memory» could be a correct procedural route so that the relatives of the missing victims of the civil war could identify them, exhume them and

---

\* Orcid: 0000-0001-6376-7653. El autor agradece a las revisoras y revisores de la Revista sus sugerencias y comentarios para la mejora del presente, los cuales se han incorporado en la medida de lo posible. Cualquier carencia o error debe ser imputable únicamente al autor.

give them a dignified burial. But the subsequent Law 15/2015, on Voluntary Jurisdiction, repealed that procedure. This meant that the relatives of the victims lost that procedural possibility, forcing them to leave the identification of their relatives solely in the hands of the Public Administration. The recent Law 20/2022 on Democratic Memory has modified Law 15/2015 and has regulated the new procedure for «judicial declarations on past events», within the recognition of the right to the truth of the victims of the civil war and Francoism. In this work we analyze this new procedure.

**KEYWORDS:** transitional justice, Francoism, exhumation, voluntary jurisdiction

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. El derecho a la verdad.— 2. EL DERECHO A LA VERDAD EN LA LEY 20/2022 DE MEMORIA DEMOCRÁTICA: 2.1. El proceso de declaraciones judiciales sobre hechos pasados.— 3. CONCLUSIONES.— 4. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se inicia con una breve exposición de lo que es el derecho a la verdad en las transiciones políticas de un Estado autoritario o totalitario a uno democrático. Esta descripción se justifica para entender el ámbito en el que la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática (en adelante también LMD) sitúa el nuevo proceso de «declaraciones judiciales sobre hechos pasados», es decir, lo circunscribe a un procedimiento judicial destinado a garantizar el derecho a la verdad para los familiares de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo. Como es sabido, entre 1936 y 1975, España sufrió una Guerra Civil derivada de un golpe de Estado militar y una dictadura fascista que vulneraba los más básicos derechos humanos. Sobre la Guerra Civil Española y el franquismo se ha escrito un número incontable de artículos y libros. No es aquí el lugar para exponer un estado de la cuestión. Lo obvio: durante ese tiempo hubo víctimas, pero también victimarios. Y ambos no lo son ni lo fueron en igualdad de condiciones. Los segundos gozaban del control y de la ayuda del Estado.

Lo que ahora nos interesa es conocer de qué manera se pasó de la dictadura franquista a un Estado social y democrático de derecho. Partimos de que dicha transición política ni fue espontánea ni su resultado surgió de manera automática. Al contrario. Para exponer los mecanismos con los que se implementó la transición política española utilizaremos los conceptos del ámbito académico de la justicia transicional<sup>1</sup>, cuya expansión y uso han sido exponenciales en las últimas dos décadas<sup>2</sup>, aplicándose también, sin embargo, en Estados democráticos.

<sup>1</sup> La bibliografía académica sobre la justicia transicional es ingente. No es objeto de este trabajo realizar un estado de la cuestión de este ámbito. Pero es interesante por su alcance general la obra de Lawther, C., Moffett, L., & Jacobs, D. (2017). *Research Handbook on Transitional Justice*. Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781781955314>

<sup>2</sup> Álvarez Berastegi, A. (2017). Justicia transicional en estados democráticos: uso y abuso de los límites conceptuales. En R. Jimeno Aranguren, *Justicia transicional: historia y actualidad* (págs. 69-88). Aranzadi, p. 69 y ss., explica cómo los mecanismos transicionales llevan cierto tiempo usando

Una posible definición de la justicia transicional sería el conjunto de medidas jurídicas, económicas y sociales que busca, sobre todo, consolidar el nuevo régimen democrático, teniendo en cuenta cinco principios básicos, como son el de verdad, justicia, reparación, memoria y medidas de no repetición.

Dentro de cada uno de estos principios se incluyen diferentes medidas concretas. Así, por ejemplo, respecto de la reparación de las víctimas de Estados autoritarios, la conocida Resolución 60/147 de la Asamblea General de la ONU de 16 de diciembre de 2005<sup>3</sup>, resumió los requisitos de los diferentes mecanismos de reparación consistentes en la restitución de bienes, la indemnización monetaria de los daños sufridos, la rehabilitación tanto física como moral, la satisfacción sobre la verificación de hechos y búsqueda de desaparecidos, y las garantías de no repetición de las violaciones de derechos humanos, consistentes en determinadas modificaciones del ordenamiento jurídico. Dentro del ámbito de la justicia, encontraríamos, por ejemplo, los juicios penales contra los perpetradores de violaciones de derechos humanos, con las derivadas de los tribunales penales internacionales e híbridos; igualmente, dentro del principio de justicia encontramos la amnistía para el olvido de los delitos cometidos durante el régimen autoritario. Además, no sería descabellado incluir a las depuraciones de funcionarios del antiguo régimen dentro de este principio de justicia.

Es relevante tener en cuenta que la transición española no hizo uso de todos los mecanismos de la justicia transicional. Al cabo de casi cincuenta años de la muerte del dictador Francisco Franco, se han implementado medidas de reparación, así como de no repetición<sup>4</sup>; pero han quedado fuera, por voluntad del legislador, tantos los juicios penales<sup>5</sup>, la depuración del sector público, así como las comisiones de la verdad. Con el tiempo, se ha confirmado que la justicia transicional española ni fue tan excelente<sup>6</sup> ni tan exportable.

Una buena forma de analizar las transiciones políticas es entender que son, a la vez y de forma entrelazada, transiciones políticas, jurídicas y socia-

---

también en democracias consolidadas. De hecho, la autora sitúa el caso español y la Ley 52/2007 de Memoria Histórica como un ejemplo de justicia post-transicional (p. 78). De hecho, Pallí-Asperó, C. (2023). *Addressing the Legacies of the Past: Historical Commissions in Consolidated Democracies*. En T. Destrooper, L. Engbo Gissel, & K. Bree Carlson, *Transitional justice in paradigmatic contexts. Accountability, recognition, and disruption*. (págs. 184-199). Routledge, también explica el uso de 'comisiones históricas' en democracias consolidadas como mecanismo para destensar situaciones de victimización transgeneracional.

<sup>3</sup> Document ONU A/RES/60/147, publicado el 21 de marzo de 2006..

<sup>4</sup> Un ejemplo fue la promulgación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE n° 157, del 2 de julio) que, según su letra, incorporaba los principios democráticos al ejercicio del poder jurisdiccional.

<sup>5</sup> Véase, la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía (BOE n° 248, de 17 de octubre). Al respecto, véase la brillante monografía Jimeno Aranguren, R. (2018). *Amnistías, perdones y justicia transicional. El pacto de silencio español*. Pamiela.

<sup>6</sup> Martínez, G. (2012). El concepto de CT. En G. Martínez, *CT o la Cultura de la Transición* (págs. 13-24). Random House Mondadori. Sobre una historia cultural de la Transición, con una explicación de sus diversas posturas, véase Pasamar, G. (2019). *La Transición española a la democracia ayer y hoy. Memoria cultural, historiografía y política*. Marcial Pons. Sobre la violencia política durante la Transición, véase Baby, S. (2021). *El mito de la Transición pacífica*. Ediciones Akal.

les<sup>7</sup>. Y la crítica a toda transición puede separarse en esos tres elementos, que raramente, según nuestra opinión, van sincronizados ni, las más de las veces, organizados. Queda fuera del análisis de este trabajo desmenuzar la crítica actual a estos tres puntos respecto de la transición española.

Por otro lado, sí creemos oportuno exponer que una de las partes débiles de la crítica a la transición española está residenciada en el presentismo. Toda crítica, en cualquiera de los tres ámbitos mencionados, realizada en 2024 respecto de unos acontecimientos transcurridos hace más de cuarenta años ha de realizarse teniendo en cuenta ese momento histórico y evitando trasladar las opiniones político-jurídicas actuales a las de los protagonistas o a la sociedad de ese momento transicional<sup>8</sup>. Pero lo anterior no puede impedir la consecuente evolución social y jurídica que impone el paso del tiempo: si algo era susceptible de hacerse mejor y no se pudo conseguir, es lícito que, pasado el tiempo, se analice y se proponga su mejora. Sentado lo anterior, y consecuentemente, el análisis y la crítica expuesta en 2024 sobre una norma transicional dictada en 2022, como es la LMD, ha de situarse en su propio contexto político, social y jurídico de ese 2022, que dista poco del actual. De hecho, no puede olvidarse que de las críticas a las pasadas normas transicionales españolas, nace la reciente LMD; es decir, esta norma tuvo la voluntad de suplir, de alguna manera, las carencias de las anteriores leyes transicionales españolas.

Nuestra opinión, desde el punto de vista jurídico, es que la justicia transicional española adolece, aún hoy, de carencias remarcables que puede no estén justificadas en derecho. Por ejemplo, el por qué nunca se ha planteado ninguna medida depuradora del funcionariado franquista implica, de hecho, la aceptación del mismo ya dentro de la esfera democrática, aun sabiendo, que las depuraciones en momentos de transición están avaladas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con determinados requisitos<sup>9</sup>.

En el tema de la recuperación de cuerpos de las fosas comunes, se ha ido lentamente abriendo las fosas e identificando a las víctimas, pero, lo cierto es que no existe una reclamación popular sobre ello, más allá de las asociaciones de víctimas. Han sido las Comunidades Autónomas las que han asumido la tarea de la localización e identificación de las víctimas encontradas

---

<sup>7</sup> Torres Aguilar, M. (2024). ¿Qué es una transición política, jurídica y social? En *Sociedad Española de Historia del Derecho* (Ed.), *Transiciones, cambios y retos en la historia del derecho*. II Congreso de la Sociedad Española de Historia del Derecho. Madrid: Dykinson, pp. 67-86. La bibliografía sobre los análisis políticos y sociales de la transición es ingente. Pero no es objeto de este trabajo mostrar el estado de la cuestión sobre este extremo.

<sup>8</sup> El análisis más reciente e interesante de la justicia transicional española es el de Aguilar Fernández, P., & Jimeno Aranguren, R. (2023). De la 'memoria histórica' a la 'memoria democrática'. La evolución de las políticas públicas de memoria y justicia transicional en España. En A. Penadés, & A. Garmendia, *Informe sobre la democracia en España 2022. El largo plazo* (págs. 67-104). Fundación Alternativas.

<sup>9</sup> Hamilton, M. (2011). Transition, political loyalties and the order of the state. En A. Buyse, & M. Hamilton, *Transitional jurisprudence and the ECHR* (págs. 151-184). Cambridge University Press, pp. 175-177.

en fosas comunes<sup>10</sup>; ello, sin perjuicio de la reciente tendencia de determinadas Comunidades Autónomas de derogar sus propias normas transicionales, como ha pasado en Aragón con la Ley 1/2024, de 15 de febrero, de derogación de la Ley 14/2018, de 8 de noviembre, de memoria democrática de Aragón<sup>11</sup>; o en la Comunidad Valenciana, de acuerdo con la Ley 5/2024, de 26 de julio, de Concordia de la Comunidad Valenciana.

No es objeto de este trabajo analizar el impacto de estas normas autonómicas sobre los derechos de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo. Pero esta tendencia sí nos confirmaría, de manera genérica, nuestra hipótesis expuesta en las páginas que siguen: los derechos de las víctimas quedan al albur de los cambios políticos y no se entienden como un interés común, transversal y cuyo respeto sería obligatorio para todos los partidos políticos españoles.

Otra carencia de la justicia transicional española trata sobre la restitución de bienes confiscados por el Estado franquista por motivos políticos: tampoco se ha llevado a cabo y, a tenor de la letra de la LMD, no parece que vaya a solucionarse. De hecho, la misma norma de 2022 niega cualquier responsabilidad patrimonial del Estado respecto de la restitución de esos bienes confiscados a particulares<sup>12</sup>.

Finalmente, otra de las cuestiones controvertidas seguramente más previsibles de la misma LMD es que no ha servido para interpretar la Ley «[...] de Amnistía de manera acorde con los tratados internacionales», es decir, entendiendo que «los crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y tortura tienen la consideración de imprescriptibles y no amniables» (*ex art. 2.3*); es decir, de la letra de la LMD parece que se intentaba una interpretación retroactiva de la Ley de Amnistía con el objeto de derogar la exoneración de responsabilidad otorgada por esa Ley de 1977 y hacer, con ello, enjuiciables determinados delitos<sup>13</sup>. Pero lo cierto es que los Juzgados y Tribunales siguen

---

<sup>10</sup> Escudero Alday, R. (2021). La vía autonómica para la recuperación de la memoria histórica en España: leyes, derechos y políticas públicas. *Revista Catalana de Dret Públic* (96), p. 174. <https://doi.org/https://doi.org/10.2436/rcdp.i63.2021.3633>.

<sup>11</sup> Ley derogatoria aragonesa respecto de la cual el Gobierno central ha presentado recurso de inconstitucionalidad, solicitando además «la suspensión de la vigencia y aplicación de la ley impugnada desde la fecha de interposición de recurso —29 de mayo de 2024—», *ex artículo 161.2 de la Constitución*. BOE nº 148, del 19 de junio de 2024.

<sup>12</sup> Vallès Muñio, D. (2024). Les reparacions econòmiques a la justícia transicional espanyola i la Llei de Memòria Democràtica de 2022. En J. Pich Mitjana, M. Rodrigo-Alharilla, & R. Arnabat Mata, *Història, memòria i patrimoni. Entre Clío i Mnemòsine* (págs. 171-196). Icaria- Càtedra Josep Fontana UPF, pp. 182 y ss.

<sup>13</sup> Manjón-Cabeza, O. A. (2023). Releyendo la Ley de Amnistía de 1977. Efectos jurídicos e interpretaciones erróneas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25, 1-50, pp. 43 y ss., opina que lo previsto en este artículo 2.3 de la Ley 20/2022 de Memoria Democrática es «inútil», ya sea porque no puede obligar a una determinada interpretación diferente a la que ya hacen los Juzgados y Tribunales, ya sea porque, según la autora, los delitos de genocidio y lesa humanidad no entraron dentro de la Ley de Amnistía de 1977, por lo que no fueron amnistiados. A ello, añade los efectos de la prescripción, la irretroactividad de disposiciones desfavorables y un entendimiento estricto del principio de legalidad, sin perjuicio, claro está, de la muerte del presunto autor de los crímenes.

manteniendo los efectos exonerantes de la Ley de Amnistía a favor de los perpetradores de crímenes durante el franquismo, sin otorgar efecto alguno a este artículo 2.3 de la LMD en los casos que hasta la fecha se han presentado ante los tribunales<sup>14</sup>.

### 1.1. El derecho a la verdad

Una prueba del desarrollo de la justicia transicional se materializó en el hecho de que el Consejo de Derechos Humanos de la ONU decidió en octubre de 2011 crear el cargo de Relator Especial sobre la promoción de los cinco principios<sup>15</sup> fundamentales de la justicia transicional, antes mencionados. De hecho, hace poco más de un año el mismo Relator Especial, Sr. Fabián Salvioli, publicó un Informe en el que analizó los estándares jurídicos internacionales que sustentan esos principios<sup>16</sup>.

De esos, nos centramos en el de la verdad. Según explica el Relator Especial en ese reciente Informe, la verdad es «un derecho inalienable de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron [...] a la perpetración de tales violaciones. La falta de investigación de esas violaciones podría de por sí constituir una violación separada del instrumento internacional pertinente. La verdad también es necesaria para lograr procesos de memorialización más completos». Lo relevante es que, para Salvioli, el derecho a la verdad deriva del deber de los Estados de investigar las violaciones de derechos humanos y esa obligación estatal la hace surgir, entre otros instrumentos, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículos 1, 6 y 13.

De hecho, en el mismo Informe señala que «algunos Estados han incorporado el derecho a la verdad en su legislación nacional» y en nota al pie (14) señala, por ejemplo, a España y menciona la Ley 52/2007, de Memoria Histórica y la reciente Ley 20/2022, de Memoria Democrática, que es objeto de este trabajo y que más adelante analizamos, para comprobar la manera limitativa, según nuestro parecer, que España ha incorporado este derecho a la verdad. Para Salvioli, las investigaciones sobre las violaciones de derechos dentro de un proceso transicional «deben iniciarse de oficio, es decir, no deben depender de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus parientes más cercanos», lo cual es realmente destacable. Además, explica el mecanismo de las comisiones de la verdad y las comisiones de investigación, que no deben «reemplazar

---

<sup>14</sup> Pozas, A. (2024, junio 22). El Constitucional certifica que los crímenes del franquismo no se investigarán pese a la Ley de Memoria. *ElDiario.es*. [https://www.eldiario.es/sociedad/constitucional-certifica-crimenes-franquismo-no-investigaran-pese-ley-memoria\\_1\\_11465585.html](https://www.eldiario.es/sociedad/constitucional-certifica-crimenes-franquismo-no-investigaran-pese-ley-memoria_1_11465585.html), consultado el 31 de octubre de 2024.

<sup>15</sup> Documento ONU A/HRC/RES/18/7, de 13 de octubre de 2011.

<sup>16</sup> Documento ONU A/HRC/54/24, de 10 de julio de 2023.

a la justicia, tanto civil como administrativa como penal», y detalla las características y requisitos que deben guardar estos mecanismos<sup>17</sup>.

Cabe tener en cuenta que, desde el punto de vista práctico, en las últimas décadas, se han creado entre treinta y cuarenta comisiones de la verdad desde el inicio del uso de este mecanismo<sup>18</sup>, con diferentes características y divergente resultado. De hecho, las comisiones de la verdad son uno de los mecanismos transicionales más utilizados. Pero a principios de los años noventa del siglo pasado se atacó la base jurídica de las comisiones de la verdad<sup>19</sup>. ¿De dónde debía surgir su legitimación? ¿En qué fundamento jurídico se apoyaba, por ejemplo, su poder de obligar a los perpetradores a testificar? Si las conclusiones de una comisión de la verdad son obligatorias para los poderes públicos, ¿ello no iría en contra del principio democrático? Si, en cambio, sus conclusiones solo eran meras recomendaciones, ¿cómo se podía argumentar jurídicamente que esas recomendaciones realmente no fueran cumplidas y cayeran en saco roto? Si no eran obligatorias sus recomendaciones, ¿de qué manera se podía crear los incentivos necesarios para que los perpetradores testificasen y las víctimas asumieran el riesgo a la revictimización? Las respuestas no son fáciles ni intuitivas.

Para superar parcialmente las críticas a las comisiones de la verdad se reconoció expresamente el derecho a la verdad para las víctimas de violaciones de derechos humanos. La existencia de un derecho subjetivo a la verdad vendría a legitimar los mecanismos transicionales con base en este principio.

A raíz de lo anterior, a principios del 2006, la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos publicó un «Estudio sobre el derecho a la verdad»<sup>20</sup>. En dicho documento se reconocía a este derecho como «un derecho autónomo e inalienable, vinculado a la obligación y el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos [...]. Este derecho [...] tiene aspectos tanto individuales como colectivos y ha de considerarse como un derecho que no admite suspensión y no debe estar sujeto a restricciones». Así, el propio Estudio reconoció un alcance colectivo del derecho a la verdad, que ya fue previamente reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1986, así como por el Informe de Louis Joinet en el que se explicaron los Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos y la Lucha contra la Impunidad, ya por el 1997<sup>21</sup>. Además, el Estudio mencionado

---

<sup>17</sup> Sobre las comisiones de la verdad y de investigación en el ámbito de la justicia transicional, véase, pe, la reciente monografía Pallí-Asperó, C. (2023). *Clarifying the past. Understanding historical commissions in conflicted and divided societies*. Routledge.

<sup>18</sup> Darcy, S. (2017). Comisiones de la verdad, Unión Europea y reparaciones desde el ámbito de los negocios. En R. Jimeno Aranguren, *Justicia transicional: historia y actualidad* (págs. 163-182). Aranzadi, p. 163.

<sup>19</sup> Yusuf, H. (2022). Truth commissions. En H. Yusuf, & H. Van der Merwe, *Transitional justice. Theories, Mechanisms and Debate* (págs. 95-121). Routledge, p. 96.

<sup>20</sup> Documento ONU E/CN.4/2006/91, publicado el 9 de enero de 2006.

<sup>21</sup> Schabas OC Mria, W. (2019). The Right to Truth. When does it begin? En F. Lafontaine, & F. Larocque, *Doing peace the rights way. Essays in International Law and Relations i Honour of Louise Arbour* (págs. 37-52). Intersentia, pp. 38-39.

reconoce el carácter colectivo del derecho a la verdad con base en el mismo aspecto colectivo que puede tener el concepto de víctima, con base en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, de 29 de noviembre de 1985<sup>22</sup>. Esta Declaración reconoce la condición de víctimas, tanto de delitos como de abusos, a las personas que «individual o colectivamente, hayan sufrido daños» en ambos supuestos.

De manera muy similar, la antes mencionada Resolución 60/147 de la Asamblea General de la ONU de 16 de diciembre de 2005, poco posterior al «Estudio sobre el derecho a la verdad», reconoce también como víctima «a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente». Con respecto al derecho a la verdad, esta importante Resolución contemplaba, como medida de reparación (punto 22.b) «(l)a verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones»<sup>23</sup>.

Creemos que no sería adecuado identificar el texto transcrito de la Resolución 60/147 con la concreción del derecho subjetivo a la verdad del que sería titular toda víctima. Ello porque las medidas detalladas en la Resolución 60/147 son únicamente principios y directrices que, en principio, no ostentan la facultad de obligar a los Estados<sup>24</sup>. Ello viene acompañado a que la propia Resolución entiende que las medidas a adoptar lo han de ser «(c)onforme (al) derecho interno» del país en cuestión (punto IX.15).

Desde nuestro punto de vista, es muy interesante apuntar el desarrollo de la «dimensión procesal» del derecho a la verdad, que ha sido desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, el Tribunal entiende que esa dimensión procesal faculta a las víctimas, sus familiares y descendientes a saber la verdad sobre las circunstancias asociadas a la violación de derechos humanos sufrida. Sobre todo, en situación transicionales en las que se da supuestos de represión institucional<sup>25</sup>:

«144. The Court has already emphasised the importance of the right of victims and their families and heirs to know the truth about the circumstances surrounding events involving a massive violation of rights as fundamental as that of the

<sup>22</sup> Documento ONU 40/34, del 29 de noviembre de 1985.

<sup>23</sup> Es relevante tener en cuenta que el preámbulo de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, menciona la Resolución 60/147 como fuente de inspiración para la concreción de su concepto de víctima. Así, en su artículo 3.1 reconoce que «se considera víctima a toda a toda persona [...] que haya sufrido, individual y colectivamente, daño físico, moral o psicológico, daños patrimoniales, o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales».

<sup>24</sup> Vera Piñeros, D. (2008). Desarrollo internacional de un concepto de reparación a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario: complementos a la perspectiva de la ONU. *Papel Político*, 13 (2), p. 746.

<sup>25</sup> Asunto de la Asociación «21 december 1989» y otros vs. Rumanía, Sentencia de 24 de mayo de 2011. Lo cierto es que el Marco Político de la Unión Europea sobre el apoyo a la justicia transicional («The EU's Policy Framework on support to transitional justice»), aprobado el 2015 no menciona el aspecto procesal del derecho a la verdad ni sugiere ninguna obligación de los Estados Miembros a investigar los presuntos delitos causados durante el régimen anterior. La cursiva es nuestra.

right to life, which implies *the right to an effective judicial investigation* and a possible right to compensation. For that reason, in the event of widespread *use of lethal force against the civilian population during anti-Government demonstrations preceding the transition from a totalitarian regime to a more democratic system*, as in the instant case, *the Court cannot accept that an investigation has been effective where it is terminated as a result of the statutory limitation of criminal liability, when it is the authorities themselves who have remained inactive*. Moreover, as the Court has already indicated, *an amnesty is generally incompatible with the duty incumbent on the States to investigate acts of torture* (see *Ould Dah v. France* (dec.), no. 13113/03, of 17 March 2009) and to combat impunity for international crimes. This is also true in respect of pardon (see *Abdülşamet Yaman v. Turkey*, no. 32446/96, § 55, 2 November 2004).

145. Having regard to the foregoing, the Court considers that the domestic authorities failed to act with the level of diligence required by Article 2 of the Convention. *It follows that there has been a violation of Article 2 in its procedural aspect*».

Llegados a este punto, nos preguntamos<sup>26</sup> si esta doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos choca con lo que entendió el Tribunal Constitucional en su Auto nº 80/2021, de 15 de diciembre. Este Auto inadmitió el recurso de amparo interpuesto por el líder sindicalista Gerardo Iglesias Argüelles, que pasó cinco años en la cárcel y sufrió torturas cuando estuvo detenido por la policía en 1964, 1967 y 1974. Su querrela no fue admitida a trámite por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Oviedo, inadmisión que fue confirmada por la Audiencia Provincial posteriormente en la resolución del recurso de apelación interpuesto por Iglesias. Contra el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo que confirmó la inadmisión, Iglesias presentó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que este también inadmitió a trámite mediante el Auto nº 80/2021, de 15 de diciembre.

Dejando de lado la corrección de la inadmisión a trámite mediante Auto en el que sí se entra en el fondo del asunto, es muy relevante el hecho que el Tribunal Constitucional español reconoce y menciona expresamente la doctrina expuesta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero después de un análisis de diferentes instrumentos internacionales<sup>27</sup>, concluye que, debido a «la ausencia de un criterio unánime respecto (de) la obligación de investigar», «no cabe imponer a los tribunales nacionales una investigación y castigo penal frente a conductas sobre las que han operado causas legales

<sup>26</sup> Una explicación mucho más detallada en Vallès Muñio, D. (2023). Les limitacions jurisprudencials del dret a la veritat en la justícia transicional espanyola i les propostes per superar-les de la Llei de Memòria Democràtica. *Revista Jurídica de Catalunya*, (2/2023), 59-82.

<sup>27</sup> Sweeney, J. (2018). The elusive Right to Truth in transitional human rights jurisprudence. *International & Comparative Law Quarterly*, 67(2), 353-387, ha realizado una comparativa más exhaustiva de diferentes instrumentos internacionales y de la jurisprudencia de tribunales de derechos humanos. Pero llega a una conclusión contraria a la del Tribunal Constitucional español. Aunque no exista expresamente reconocido en tratados internacionales, sí se puede concluir su existencia a partir de la jurisprudencia internacional. De hecho, asume que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es más estricto que otras instancias, pero ello no implica, *de radice*, la inexistencia de la obligación de los Estados de investigar las violaciones de derechos humanos.

extintivas de la responsabilidad penal», como la amnistía. Es decir: para el Tribunal Constitucional, el Estado español no tiene la obligación de investigar los delitos amnistiados. Finaliza concluyendo que la inadmisión a trámite y, por ende, la ausencia total de actuaciones procesales de investigación no supuso ninguna vulneración de derechos para Gerardo Iglesias. Por lo tanto, los crímenes franquistas amnistiados, que fueron todos, quedan fuera del ámbito de la investigación penal y de ello se deriva que no existe ninguna obligación de investigación para el Estado. Parece que en España la dimensión procesal del derecho a la verdad no existe; o mejor dicho, el propio Tribunal Constitucional la ha hecho desaparecer. Los votos particulares al Auto nº 80/2021 demuestran que otra interpretación podría haber sido posible, más acorde a los principios y derechos de la justicia transicional.

Si bien en otros trabajos hemos expresado nuestra opinión acerca de que esta interpretación podría variar a tenor de la diferente composición del Tribunal Constitucional, lo cierto es que no ha sido así. El Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 57/2024, de 17 de junio de 2024<sup>28</sup> inadmite a trámite un recurso de amparo interpuesto por Francisco Ventura Losada contra el sobreseimiento libre y el archivo de las diligencias penales dictados por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Valencia, y contra el auto que desestimó el recurso de apelación presentado contra ese sobreseimiento, dictado por la Audiencia Provincial de Valencia. Los hechos alegados por el Sr. Ventura Losada se concretan en su detención en mayo de 1967 después de una manifestación, la posterior tortura, su procesamiento y condena a cuatro años de prisión en los penales de Ocaña y Jaén. El Tribunal Constitucional en ese Auto 57/2024 confirma su doctrina expuesta en el anterior Auto 80/2021: «no cabe imponer a los tribunales nacionales una investigación y castigo penal frente a conductas sobre las que han operado causas legales extintivas de la responsabilidad penal y, menos aún, una rebaja de las garantías del derecho a la legalidad penal». Pero lo que sí reconoce el Tribunal Constitucional en este Auto 57/2024 es que esa inadmisión a trámite del recurso de amparo «no determina, en absoluto, la imposibilidad de activar la búsqueda de la verdad, de realizar investigaciones de otra índole [...] a través de procedimientos, judiciales o extrajudiciales, ajenos en todo caso a la finalidad esencial del proceso penal, que no puede estar dirigido en ningún caso a la exigencia de una responsabilidad penal ya inexistente. Y estas reparaciones y procedimientos distintos al proceso penal están contemplados en la Ley de Memoria Democrática». Es decir, el Tribunal Constitucional reconoce la posibilidad de una búsqueda legítima de la verdad, del ejercicio de ese derecho a la verdad, y esa referencia a «procedimientos distintos al proceso penal» que existen en la LMD cabe entenderla hecha al objeto de este trabajo, es decir, al proceso de jurisdicción voluntaria sobre «declaraciones judiciales sobre hechos pasados». Solo nos falta mencionar que los Magistrados María Luisa Balaguer Callejón y Ramón Sáez Valcárcel presentaron sendos votos particulares al Auto 57/2024, alegan-

---

<sup>28</sup> BOE nº 179, del 25 de julio de 2024.

do, de forma resumida, que el recurso debería haber sido admitido para que el Tribunal pudiera, en su caso, plantearse «revisar su doctrina para permitir el acceso a la jurisdicción penal, bajo la cobertura del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), de las víctimas de dichos crímenes» dando cobertura a «la obligación de investigar» del Estado. Pero, lamentablemente, también en nuestra opinión, el Tribunal Constitucional mediante esa inadmisión a trámite, impide la reflexión constitucional sobre si cabe o no «modificar la doctrina sobre la investigación de los crímenes de la dictadura en el periodo del tardofranquismo».

## **2. EL DERECHO A LA VERDAD EN LA LEY 20/2022 DE MEMORIA DEMOCRÁTICA**

La letra de la LMD detalla diversos aspectos e instituciones relacionados con el derecho a la verdad. En primer lugar, encontramos una declaración genérica de dicho derecho (art. 15), seguida de la regulación, heredada de la Ley 52/2007, de Memoria Histórica, sobre la localización e identificación de personas desaparecidas (arts. 16 a 24) y sobre archivos y documentos de archivo (arts. 25 a 27). Otro ámbito del derecho a la verdad se concreta en la creación del Consejo de la Memoria Democrática (art. 57) y finalmente encontramos la regulación de un nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria (Disposición Final 3.<sup>a</sup>), sobre «declaraciones judiciales sobre hechos pasados».

Resumiremos los primeros elementos mencionados y nos centraremos en el último, que es el que realmente tiene importancia procesal. El Capítulo I del Título II de la LMD<sup>29</sup>, trata «Del derecho de las víctimas a la verdad». Se inicia con el artículo 15, de título similar, «Derecho de las víctimas a la verdad». En el primer párrafo de dicho artículo 15, la LMD «reconoce el derecho de las víctimas, sus familiares y la sociedad en general, a la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de los motivos y circunstancias en que se cometieron las violaciones del Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas de las normas internacionales de los derechos humanos ocurridas con ocasión de la Guerra y de la Dictadura y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima y al esclarecimiento de su paradero». Vemos como este artículo 15.1 reconoce ese derecho a la verdad, pero de manera peculiar: ese derecho a la verdad se limita al derecho a «la verificación de los hechos» y al derecho a «la revelación pública y completa» de hechos. Pero no concreta quién es el encargado de esa verificación y de esa revelación pública de los hechos. ¿A quién deben dirigirse las víctimas o sus familiares para ejercer ese derecho a la verdad, a pedir esa verificación y esa revelación pública?

De hecho, como apuntó Carlos Castresana con respecto al Proyecto de la LMD, «no se establece un derecho substantivo a la verdad ejercitable ante la

---

<sup>29</sup> BOE n° 252, del 20 de octubre de 2022.

jurisdicción civil» a favor de las víctimas. Además, ese derecho a la verdad vuelve a limitarse en su objeto: únicamente se refiere a «las violaciones del Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas de las normas internacionales de los derechos humanos ocurridas con ocasión de la Guerra y de la Dictadura», es decir, no se refiere a las violaciones de cualquier tipo de derecho. No nos parece justificada esta limitación. El derecho a la verdad debería alcanzar cualquier presunto delito o abuso causado a las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo (de acuerdo con lo examinado en párrafos precedentes que proponen los instrumentos internacionales), y no únicamente a las violaciones graves de derechos humanos.

Además, creemos que el apartado 2 del artículo 15 está vacío de contenido. Establece que «la Administración General del Estado impulsará la investigación de todos los aspectos relativos a la Guerra y la Dictadura», así como investigaciones comparadas en otros países. Entendemos que este impulso a la investigación vendrá dado por la apertura de convocatorias de concesión de subvenciones o de financiación de proyectos de investigación. Pero el fomento y el impulso de la investigación ya está contenido en el artículo 44.2 de la Constitución española actual, cuya referencia ya se encuentra en el apartado 3 del mismo artículo 15.

Ese apartado 3 tiene muy poco de jurídico; de hecho, es superfluo. Dice que, para el fomento de la investigación de la Guerra Civil y del franquismo, «se tendrá en cuenta el papel esencial que desempeña el debate histórico para la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática y la contribución al mismo de las conclusiones que sean resultado de la aplicación en la verificación e interpretación de los hechos de los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica. Ello se entenderá sin perjuicio de la incertidumbre consustancial al citado debate que deriva del hecho de referirse a sucesos del pasado sobre los que el investigador puede formular hipótesis o conjeturas al amparo de la libertad de creación científica reconocida en el artículo 20.1.b) del Texto Fundamental». Nuestra opinión es que un artículo así redactado no debería constar en una norma jurídica. No sabemos identificar el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica que la norma establece para el primero<sup>30</sup>. Por ello, opinamos que la

---

<sup>30</sup> Se podrá argumentar contra nuestra opinión que existen las normas promocionales o programáticas. Que existan es cierto. Pero en el caso que nos ocupa del artículo 15.3 LMD, a tenor de su contenido, tengo serias dudas de que se pueda conceptuar enteramente como norma promocional o programática. El artículo 15.3 LMD habla del concepto de debate histórico y de su «incertidumbre consustancial» como herramienta para la investigación histórica. En mi opinión, ello no promociona ningún aspecto que no sea del todo conocido por los historiadores e historiadoras. De hecho, el debate histórico es inherente a la propia tarea del historiador, sin dicho debate, sin la confrontación de hipótesis, fuentes, argumentaciones, etc., mal puede existir la investigación histórica. Véase, por ejemplo sobre el primer franquismo, Sánchez Recio, G. (1999). Líneas de investigación y debate historiográfico. *Ayer. Revista de Historia Contemporánea*(33), 17-40. A lo que me refiero es al propio contenido del artículo 15.3 LMD que no promociona nada, no establece mecanismo alguno que incentive al debate historiográfico. Por otro lado, se podría argumentar que la referencia del artículo 15.3 LMD al necesario debate historiográfico es necesario por la existencia del revisionismo histórico en el ámbito de la Guerra Civil y del franquismo, lo cual es cierto. Pero mantengo mis dudas que ello deba ponerse negro

técnica legislativa de este artículo 15.3 LMD es mejorable o, en su caso, el artículo podría sencillamente eliminarse.

El Capítulo I se divide, a su vez, en dos secciones. La primera, del artículo 16 a 24 trata sobre la localización e identificación de personas desaparecidas; y la segunda, que contiene los artículos 25 a 27, versa sobre los archivos y otros recursos de información para la recuperación de la memoria democrática. La regulación sobre la localización e identificación de personas desaparecidas es semejante a la que constaba en la derogada Ley 52/2007, de Memoria Histórica. Pero una novedad sí destaca: en la LMD la Administración General del Estado se atribuye la obligación de «la búsqueda de personas desaparecidas durante la Guerra y la Dictadura, sin perjuicio de las competencias de otras administraciones públicas relacionadas con dicha actividad» (art. 16.1).

Recordemos que una de las críticas reiteradas a la Ley 52/2007, de Memoria Histórica fue la «privatización» de la localización e identificación de las personas desaparecidas. Como apuntó Rafael Escudero Alday<sup>31</sup>, el principio general de la Ley de Memoria Histórica fue «el de colaboración de las Administraciones Públicas con los particulares» para el desarrollo de esa tarea. Eso supuso la «renuncia a considerar» la localización e identificación como una «cuestión de orden público» para el Estado. Prueba de ello era el artículo 11 de la Ley del 2007, en el que se establecía, únicamente, que las Administraciones Públicas «facilitarán a los descendientes directos de las víctimas que así lo soliciten las actividades de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas». Resulta evidente que el uso del verbo «facilitar» no implicaba ningún tipo de obligación para la Administración Pública. De hecho, esta misma crítica a la privatización establecida por la Ley de la Memoria Histórica la realizó el anterior Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, el Sr. Pablo de Greiff, en su informe sobre España de julio de 2014<sup>32</sup>: «66. La «privatización» de las exhumaciones también alimenta la indiferencia de las instituciones del Estado, incluyendo las autoridades judiciales. Estas no se apersonarían cuando se denuncia el descubrimiento de una fosa y no existen por ende registros oficiales de las exhumaciones. Se crea entonces un efecto perverso que obliga a los familiares a escoger entre su derecho a enterrar a sus seres queridos y la posibilidad de poder un día establecer una verdad «oficial» sobre las circunstancias de su muerte». De ello que una de sus recomendaciones al Estado español fuera la de «(r)evisar, consultando con las víctimas y las asociaciones, el modelo actual donde el Estado delega la responsabilidad sobre las exhu-

---

sobre blanco en una norma jurídica. Mi opinión es que la norma jurídica debería abstenerse de entrar en la discusión de si existe o no ese revisionismo e intentar, de algún modo, juridificarlo. Asumo, por otra parte, que mi postura podría pecar de excesivamente positivista. Pero reitero que, tal y como está redactado este artículo 15.3 LMD creo que no debería constar en la propia LMD.

<sup>31</sup> Escudero Alday, R. (2016). Memoria histórica y democracia en España. La brecha de la Transición. Fontamara, pp.60 y ss.

<sup>32</sup> Documento ONU, A/HRC/27/56/Add.1, de 22 de julio de 2014.

maciones». Para otros autores<sup>33</sup>, la normativa autonómica sobre exhumaciones de la mayoría de Comunidades Autónomas ha servido durante estos años para cubrir las carencias de la Ley de la Memoria Histórica. Parece que las Comunidades Autónomas sí asumieron, en parte, esa obligación de localización e identificación.

Así, se puede afirmar que, en cierto modo, la LMD mejora lo establecido en la Ley de la Memoria Histórica respecto de la obligación del Estado de asumir la búsqueda (art. 16 LMD), localización (art. 17 LMD), exhumación (art. 18 LMD) e identificación (arts. 19 y 22.3 LMD) de personas desaparecidas; en esto, el legislador español de 2022 sí ha seguido las indicaciones del Relator Especial.

Algo similar ha pasado con la regulación sobre el acceso a los archivos. La Ley de Memoria Histórica reguló esta materia en los artículos 20 (creación del Centro Documental de la Memoria Histórica en Salamanca), 21 (adquisición y protección de documentos) y 22 (sobre el derecho de acceso a los fondos de los archivos públicos y privados). Después de años de aplicación de la norma, ha habido voces que han constatado la falta de criterio en la valoración de los archivos como elementos fundamentales de las políticas de memoria. Así, se puso el acento en la falta de organización y de acceso a los archivos militares y policiales y a la ausencia de políticas de desclasificación<sup>34</sup>. Por ello, la LMD ha dedicado tres artículos al tema de los archivos. El 25, al Centro Documental de la Memoria Histórica, es similar al de la Ley del 2007. El artículo 26, sobre la adquisición de archivos, sí incorpora la obligación de las Administraciones Públicas de proteger e inventariar dichos archivos y documentos, así como de su restauración (26.3); además, los documentos utilizados en investigación y reparación de víctimas deberán ser también digitalizados (26.4). Finalmente, se establece que los archivos de Franco «que se encuentren en poder de entidades privadas o personas físicas, se incorporarán, una vez superados los trámites legales, al Centro Documental de la Memoria Histórica o al archivo del organismo público que se determine de manera motivada».

Pero lo que sí ha supuesto cierta decepción es el artículo 27 LMD. Si bien su redacción supera en mucho el artículo 22 de la Ley de Memoria Histórica, lo cierto es que no supera las restricciones de acceso que aún existen. Por un lado, «se garantiza el derecho al acceso libre, gratuito y universal a los archivos públicos y privados» (art. 27.1), pero «la consulta de los documentos sobre el golpe de Estado, la Guerra y la Dictadura generados y reunidos por los diferentes departamentos ministeriales de la Administración General del Estado [...] se rige por lo establecido en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de

<sup>33</sup> Jiménez Sánchez, J. (2019). La Ley de Memoria Histórica y la exhumación de las fosas comunes de la guerra civil. En J. Guixé, J. Alonso Carballés, & R. Conesa, Diez años de leyes y políticas de memoria (2007-2017) (págs. 197-204). Catarata, pp. 199 y ss.

<sup>34</sup> Alberch i Fugeras, R. (2019). Memoria y patrimonio: los archivos. A J. Guixé, J. Alonso Carballés, & R. Conesa, Diez años de leyes y políticas de memoria (2007-2017) (p. 207-2014). Catarata, p. 207-211.

25 de junio, y las normas reglamentarias que regulan el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso». El artículo 57.1 de la Ley 16/1985, regula tres tipos de limitaciones de acceso a documentos: el apartado a) se refiere al veto de consulta de documentos clasificados; el b), a la necesaria autorización previa para la consulta de dichos documentos; y el apartado c) del artículo 57.1 establece que «Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos». Pero es necesario tener en cuenta la Disposición Final 8.<sup>a</sup> LMD que determina que no será de aplicación el artículo 57.1.c) de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español<sup>35</sup>, para el acceso y la consulta «de documentos históricos integrantes de series documentales o de colecciones de bienes del Patrimonio Documental sobre el golpe de Estado, la Guerra, la dictadura franquista, la resistencia guerrillera antifranquista, el exilio, el internamiento de españoles en campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial y sobre la transición hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978, con independencia del tipo de archivo en que se custodien» (art. 27.1 LMD). Por tanto, a partir de la LMD ya no será necesario «el consentimiento expreso de los afectados» (o el transcurso de los años mencionados) para consultar documentos sobre la Guerra Civil y el franquismo que contengan los datos de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otro tipo. Lo cierto es que, a día de la redacción de este trabajo, desconocemos de qué manera los archivos públicos con este tipo de documentos han aplicado esta Disposición Final 8.<sup>a</sup>. Pero, como mínimo, se desecha el veto de esos afectados para la consulta pública de los documentos y se abre paso para la investigación documental de los hechos. Por otro lado, entendemos que la garantía de total acceso a archivos públicos y privados establecida por la LMD no supone realmente ninguna desclasificación genérica de documentos. Cabe tener en cuenta que la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales<sup>36</sup>, aún vigente, es la que rige las condiciones de clasificaciones de documentos como secretos o reservados y otorga la facultad de desclasificarlos (arts. 4 y 7) al Consejo de Ministros o a la Junta de Jefes de Estado Mayor. De hecho, la LMD no deroga expresamente esa Ley 9/1968, por lo que, a falta de resolución del Consejo de Ministros sobre la desclasificación de algún documento, seguiría operando el veto sobre su consulta.

Seguramente, una de las novedades más destacadas de la LMD es la creación del Consejo de Memoria Democrática, en su artículo 57. Nos interesa

---

<sup>35</sup> BOE n.º 155, de 29 de junio de 1985.

<sup>36</sup> BOE n.º 84, de 6 de abril de 1968.

el apartado 5 de ese artículo. Al inicio, se remite al artículo 15, es decir, al derecho de las víctimas a la verdad antes mencionado, para seguidamente concretar que «en el seno del Consejo de la Memoria Democrática se constituirá una Comisión de ámbito estatal, de carácter académico, temporal y no judicial, independiente, con la finalidad de contribuir al esclarecimiento de las violaciones de los derechos humanos durante la Guerra y la Dictadura, como forma de favorecer la convivencia democrática, mediante la recepción de testimonios, información y recopilación de documentos y de otros antecedentes que le permitan, con objetividad e imparcialidad, la elaboración de conclusiones y recomendaciones para la reparación de las víctimas y evitar a que tales hechos vuelvan a repetirse en el futuro». Sigue el artículo 57.5: «La Comisión elaborará un informe para sistematizar la información existente sobre las violaciones de derechos humanos durante la Guerra y la Dictadura, con el objeto de superar la fragmentación y dispersión de información y esfuerzos. Igualmente, podrá proponer un plan ordenado de investigaciones, así como la promoción de metodologías y protocolos de actuación en este ámbito». Dejando de lado si esta Comisión pudiera entenderse realmente como una comisión de la verdad o no, o incluso si se permiten comisiones de este tipo en el ordenamiento español<sup>37</sup>, lo cierto es que la LMD contempla la creación de una entidad de carácter académico cuya función básica será la de «sistematizar la información existente» y «superar la fragmentación y dispersión de información». A la espera de su reglamento de desarrollo, no es descabellado intuir que la tarea genérica de esta Comisión será la búsqueda de «la verdad» desde un punto (podemos decir) macro, en general. Pero sin olvidar que la misma LMD prevé la posibilidad que esta Comisión pueda configurar esa «verdad» a partir de testimonios, documentos u otros antecedentes. La remisión del artículo 57.5 al mismo artículo 15 (derecho a la verdad) ya nos lo sugiere. Pero, de la letra de la LMD queda claro que la finalidad de dicha Comisión se limita al «esclarecimiento de las violaciones de los derechos humanos durante la Guerra y la Dictadura», por lo que el alcance de esa «verdad» se nos antoja más que limitado. Si asumimos, además, que el Tribunal Constitucional ha consolidado su doctrina en las Sentencias 85/2018, de 19 de julio, 108/2021, de 13 de mayo, y 135/2021, de 24 de junio, conforme la cual únicamente pueden investigar hechos presuntamente delictivos la autoridad judicial y, en su caso, el Ministerio Fiscal, y auxiliados por la policía judicial, ninguna institución administrativa (como sería una comisión de la verdad) puede investigar hechos presuntamente delictivos. Por ello, creemos que el alcance de dicha Comisión creada al amparo de la LMD aún sería mucho más limitado que lo concretado en el propia norma.

---

<sup>37</sup> Al respecto, véase Vallès Muño, D. (2023). Les limitacions jurisprudencials del dret a la veritat en la justícia transicional espanyola i les propostes per superar-les de la Llei de Memòria Democràtica. *Revista Jurídica de Catalunya*(2/2023), 59-82.

## 2.1. El proceso de declaraciones judiciales sobre hechos pasados

La Disposición Final 3.<sup>a</sup> de la LMD modifica la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria<sup>38</sup>, y lo hace introduciendo un nuevo Capítulo XI en el Título II de la norma. El contenido introducido versa sobre «los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a declaraciones judiciales sobre hechos pasados», creando así un nuevo procedimiento judicial voluntario.

Antes de ver su contenido, no resultará ajeno al lector el antecedente procesal del nuevo procedimiento, el que trataba sobre «informaciones para perpetua memoria», residenciado en los artículos 2002 a 2010 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. La relación entre la justicia transicional española y los expedientes sobre «informaciones para perpetua memoria» se inició a partir del Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 2012, cuyo Ponente fue el Sr. Perfecto Andrés Ibáñez. Obviando las cuestiones de competencia que resolvió, su Fundamento Jurídico 4.<sup>o</sup> reconoció la posibilidad a favor de los familiares de las víctimas desaparecidas de la Guerra Civil de acogerse a dichos expedientes con el «objeto de obtener la identificación de estas, regularizar su situación, y para darles digna sepultura»<sup>39</sup>.

Pero la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, derogó expresamente los artículos relativos a los expedientes sobre «informaciones para perpetua memoria». Con esta derogación, parecía que las exhumaciones quedaban fuera del ámbito jurisdiccional, pasando a ser, en su caso, una decisión administrativa<sup>40</sup>, sin más. Ello implicaba que el gobierno de turno podía dejar sin efecto la posibilidad de realizar exhumaciones e identificaciones si dejaba sin presupuesto a la entidad pública encargada de ello. De hecho, esto fue lo que pasó durante el gobierno del Partido Popular liderado por Mariano Rajoy<sup>41</sup>. En relación a ello, una de nuestras conclusiones es que el retorno de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, similar al anterior

<sup>38</sup> BOE nº 158, del 3 de julio de 2015.

<sup>39</sup> Ejemplo práctico de esta doctrina fue el Auto nº 112/2016, de 30 de marzo de 2016, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Lorenzo del Escorial, que estimó la demanda y reconoció que dos familiares de la actora fueron fusilados y enterrados en una fosa común. Además, reconoció a favor de la actora el derecho a realizar (a su costa) las medidas necesarias para identificar sus restos y darles «digna sepultura». Véase Castresana Fernández, C. (noviembre de 2012). El Estado español y las víctimas del franquismo, frente al derecho internacional. *Jueces para la Democracia. Información y debate* (75), p. 20.

<sup>40</sup> Ranz Alonso, E. (2020). Franco: exhumación simbólica. Falta la exhumación real: víctimas del Valle. *Cuadernos Republicanos, Primavera-verano* (103), p. 113. Véase también Capellà Roig, M. (2021). El derecho a interponer recursos y a obtener reparación de los familiares de personas desaparecidas durante la guerra civil española. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, abril-septiembre (20), p. 133, que reconoce la derogación operada por la Ley 15/2015 y opina (antes de la LMD) que los procesos de jurisdicción voluntaria son perjudiciales para las víctimas (sobre todo por la carga de la prueba) si no existe una obligación de la Administración Pública de hacerse cargo con los costes de las exhumaciones e identificaciones.

<sup>41</sup> Baquero, J. (3 de abril de 2018). Rajoy repite con la Memoria Histórica: cero euros y olvido a las víctimas del franquismo. *elDiario.es*. Obtenido de [https://www.eldiario.es/sociedad/rajoy-memoria-historica-victimas-franquismo\\_1\\_2195035.html](https://www.eldiario.es/sociedad/rajoy-memoria-historica-victimas-franquismo_1_2195035.html), consultado en marzo de 2024.

sobre «informaciones para perpetua memoria», tendría como objetivo permitir a los familiares de las víctimas poder exhumarlas, incluso si el gobierno no asumiera su responsabilidad y dejara sin partida presupuestaria la exhumación de las víctimas.

Veamos este procedimiento de «declaraciones judiciales sobre hechos pasados» y las valoraciones que ha suscitado, así como sus principales carencias. En primer lugar, el Preámbulo de la LMD nos da una idea del motivo de la reintroducción de este tipo de procesos de jurisdicción voluntaria: «vía que permite la obtención de una declaración sobre los hechos sucedidos y posibilita la identificación y exhumación de víctimas de la Guerra y la Dictadura y, a través de ella, la digna sepultura de las víctimas». De ello se deduce que este «nuevo» proceso hereda las intenciones del Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 2012, antes mencionado.

El artículo 80.bis de la Ley 15/2015, ahora introducido por la LMD, concreta el ámbito de aplicación del procedimiento: su objeto es «la obtención de una declaración judicial sobre la realidad y las circunstancias de hechos pasados determinados», pero, lo que es determinante, «siempre que no exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso». De ello se infiere que solo se podrá acudir a este proceso cuando no exista ninguna discusión sobre los hechos en cuestión. Además, los hechos sobre los que se solicita declaración judicial podrán ser «de cualquier naturaleza, concretos, ya acaecidos, percibidos o no por el promotor del expediente». Resulta curioso que no sea necesario que el solicitante de la declaración judicial haya «percibido» los hechos sobre los que se requiere la declaración, puesto que ello abre la posibilidad a declaraciones de hechos ajenos, en parte como veremos, a la propia vida del solicitante.

Pero el artículo 80.ter.2 sí exige que los solicitantes «sean titulares de derechos o intereses legítimos en relación con los hechos respecto de los cuales se interesa la información». Por tanto, el concepto de derecho o interés legítimo deviene una condición esencial para el actor de este procedimiento. Así, ¿qué debe entenderse por «derechos o intereses legítimos» en este tipo de procedimiento? Una primera duda a partir de ejemplos: ¿los titulares de derechos presuntamente prescritos también podrán solicitar la declaración judicial sobre hechos pasados? ¿O únicamente pueden instar este proceso los que ostenten derechos no prescritos? Así, por ejemplo, las personas que sufrieron incautaciones de bienes, cuya acción reivindicatoria habría presuntamente prescrito (siendo el *dies a quo* el día de la promulgación de la Constitución de 1978)<sup>42</sup>, ¿podrían instar el proceso de hechos pasados para que un juez declarase, en su caso, que sufrieron la confiscación de su patrimonio?

---

<sup>42</sup> Vallès Muñoz, D. (2020). El retorn dels diners confiscats pel govern franquista i l'obligatorietat de les recomanacions dels comitès internacionals de drets humans. Una possible via de rescabament. *Revista Catalana de Dret Públic* (61), 240-251.

De manera similar, ¿qué pasa con los delitos amnistiados por la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía<sup>43</sup>? ¿Qué derechos legítimos pueden tener las víctimas de los delitos amnistiados, que les permitan instar el proceso judicial sobre hechos pasados? ¿O, por el contrario, uno de los efectos de la amnistía podría ser la pérdida de cualquier tipo de derecho o interés legítimo de las víctimas? Entendemos que estas dudas se irán despejando, si cabe, a la vez que se utilice el procedimiento en cuestión. Pero no hubiera estado de más que la LMD introdujera algunas concreciones al respecto para aumentar la seguridad jurídica de las víctimas y de sus familiares.

Por otro lado, también es interesante diferenciar entre interés legítimo e interés directo. La Sentencia n° 13/1989 del Tribunal Constitucional, de 16 de enero, diferenció entre ambos conceptos; el primero, es «más amplio que el (concepto) de interés directo y, aún (lo era) más, que el concepto de derecho subjetivo». Por otra parte, la Sentencia n° 143/1994 del Tribunal Constitucional, de 9 de mayo, concretó que el concepto de interés legítimo «equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, y que se materializaría de prosperar esta (SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988 ó 97/1991, entre otras)». Finalmente, la Sentencia n° 39/2020 del mismo Tribunal, de 25 de febrero, entiende que<sup>44</sup> «lo que diferencia el interés legítimo del puro interés en la correcta aplicación de la legalidad vigente que puede corresponder a cualquier ciudadano —y que puede fundamentar la previsión legal de concretas acciones públicas o populares— es la repercusión efectiva y singular que el resultado del proceso puede tener en la esfera jurídica del litigante [...] *el interés legítimo ha de concretarse en una ventaja o utilidad jurídica propia*, que no puede confundirse con la general que puede obtener cualquier ciudadano actuando como defensor del orden jurídico, esto es, *uti cives*. Para que exista, en definitiva, *legitimación fundada en interés legítimo*, la resolución impugnada “*debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso*” (por todas, SSTC 73/2006, de 13 de marzo, FJ 3, 121/2019, de 28 de octubre, FJ 3)». Si ello es así, nos podemos preguntar si un investigador podría tener algún tipo de interés legítimo para accionar dentro de este procedimiento de hechos pasados, a tenor de ese requisito de repercusión de «manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso». Así, es necesario preguntarse sobre esa repercusión «clara y suficiente en la esfera jurídica» del que quiere accionar. ¿En qué ha de traducirse esa repercusión en la esfera jurídica del actor en un proceso como el que estamos describiendo? ¿Qué repercusión han de tener esos hechos pasados en la esfera jurídica del actor? La referencia a que la repercusión sea «clara y suficiente» entendemos que nada aporta y que deja su valoración jurídica, como veremos, en manos del Letrado de la Administración de Justicia para admitir o no la correspondien-

<sup>43</sup> BOE n° 248, de 17 de octubre de 1977.

<sup>44</sup> La cursiva es nuestra.

te demanda judicial, sin que la LMD establezca algunos criterios que mejoraran la seguridad jurídica de los actores.

También se autoriza al Ministerio Fiscal a ser el actor de este procedimiento, actuando de oficio «o a solicitud de cualquier persona» (art. 80.ter.2 *in fine*). Nos preguntamos igualmente si el Ministerio Fiscal debe aceptar siempre la solicitud de actuación de cualquier persona, o puede realizar algún tipo de juicio de valor para aceptar o no esa solicitud. ¿Es posible que el hecho de que la solicitud de actuación al Ministerio Fiscal venga «de cualquier persona» impida ese juicio valorativo, sobre el derecho e interés legítimo del solicitante? Esa referencia a «cualquier persona» es (obviamente) más extensa que la de la titularidad de derechos e intereses legítimos. Además, ¿qué elementos de valoración debería utilizar el Ministerio Fiscal para desecher la solicitud de acción por parte de «cualquier persona»? ¿No supondría ello que el Ministerio Fiscal realizara un «juicio» *ex ante* sobre la validez de lo pretendido por esa «cualquier persona»? En el caso de que el Ministerio Fiscal no pudiera valorar la corrección de la solicitud de esa «cualquier persona» y estuviera obligado a actuar, el requisito de los «derechos o intereses legítimos» del actuante caería en saco roto o incluso sería injusto, por ser una barrera para el actor, que podría sortearse mediante su solicitud de accionar remitida al Ministerio Fiscal. Creemos que una mejor redacción sería aconsejable. El punto 4 del mismo artículo 80.ter establece que el Ministerio Fiscal «será siempre parte en este expediente».

— El artículo 80.bis.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria establece las condiciones para acudir a este procedimiento:

— Que el objeto del proceso sea «posible y lícito».

— «Que exista un principio de prueba de los hechos sobre los que se interesa la información». La redacción de este punto puede ser equívoca. Creemos que el proceso sobre hechos pasados no sirve para buscar ninguna «información»; de hecho, es al contrario: como veremos, la parte actora debe aportar suficiente información para que el juez, en su caso, emita una determinada declaración.

— Que de los hechos en cuestión «no resulte perjuicio para una persona cierta y determinada». Pero, ¿qué debe entenderse por perjuicio en este caso? ¿La norma estaría pensando en intromisiones en el honor de un tercero, por ejemplo? Además, ese perjuicio debería ser probado y evaluado de alguna manera, para evitar el inicio del proceso voluntario; pero la norma no dice nada al respecto.

— Y finalmente, que los hechos respecto de los que se solicita la declaración judicial «no sean objeto de un procedimiento judicial en trámite», o «que no exista otro procedimiento judicial legalmente indicado para la demostración de los hechos sobre los que se interesa la información».

El juzgado competente es el de Primera Instancia «del lugar donde acaecieron los hechos a los que se refiere la declaración judicial interesada y, si fueran varios lugares, el de cualquiera de ellos a elección del solicitante»; en su defecto, sería el juzgado del domicilio del actor (art. 80.ter.1). Además, no

será obligatoria la asistencia de abogado ni de procurador y en «la Oficina Judicial existirán, a disposición de los interesados, impresos normalizados para formular la solicitud» (art. 80.ter.3)<sup>45</sup>.

Para el inicio del proceso bastará que en la solicitud se exprese «con claridad el contenido de la declaración judicial que se interesa y contendrá un relato de las circunstancias relevantes a los efectos de la solicitud, el principio de prueba y la identificación de las personas que puedan estar interesadas» (art. 80.quater.1). La admisión a trámite de la solicitud pasa por las siguientes fases (art. 80.quater.2): el Letrado de la Administración de Justicia comprueba la competencia objetiva y territorial, así como si falta alguna de las condiciones explicitadas por el artículo 80.bis.2, antes mencionado. En este punto nos cuestionamos la competencia del Letrado de la Administración de Justicia para valorar si, de la declaración solicitada pudiera derivarse la existencia o no de un perjuicio «para una persona cierta y determinada»: ¿con qué criterios decidirá el Letrado respecto a ello? En el caso de que el Letrado tenga dudas, dará cuenta al Juez, que, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de la parte actora, será el que decidirá por auto sobre la admisión a trámite o no de la solicitud. Lo mismo pasa para el Juez: ¿con qué criterios decidirá sobre si existe o no ese perjuicio para la persona cierta y determinada? Ese presunto perjuicio, ¿se ha de analizar mediante conceptos de responsabilidad civil (por ejemplo, evaluando la relación de causalidad, el valor del daño, la imputación, la posible imprudencia o negligencia, etc.)? ¿O, al guardar silencio la LMD, el Juez es libre para valorar la existencia de ese perjuicio? Por otro lado, ese perjuicio, ¿ha de ser económicamente evaluable o cabe el presunto perjuicio moral? La norma no introduce criterio alguno al respecto y la libertad del Juez se nos aparece total. En cambio, si el Letrado entiende cumplidos los requisitos de admisibilidad, admitirá a trámite la solicitud. Seguidamente, convocará a una comparecencia al Ministerio Fiscal y «a cuantas personas pudieran estar interesadas en los hechos respecto de los que se interesa la información» (art. 80.quater.3), comparecencia que se practicará conforme los trámites de la vista del juicio verbal (art. 80.quater.4). Nos preguntamos cómo decidirá el Letrado de la Administración de Justicia qué personas pueden estar interesadas en el expediente. ¿Únicamente citará a las personas que aparezcan en la solicitud o puede citar a terceros que no aparezcan, según su propio criterio? ¿Su facultad para apreciar ese interés en terceros es tan amplia para citar a personas que no consten en la solicitud? ¿Bajo qué criterios ha de decidir el Letrado sobre la citación a esas personas interesadas? De ello, podemos preguntarse también qué diligencia se le debe imponer al Letrado de la Administración de Justicia para citar a esas presuntas personas interesadas que no consten en la solicitud.

---

<sup>45</sup> El Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática presentado por el Consejo General del Poder Judicial, de fecha 7 de junio de 2021, p. 55, manifestó que la previsión de tener impresos formalizados en los Juzgados «no parece el medio más eficaz» y propuso que los impresos pudieran estar disponibles on line.

En los cinco días siguientes a la citación para la comparecencia, el actor y el resto de los interesados pueden sugerir la citación judicial de las personas que han de citadas por el Letrado, por no poder presentarlas ellos mismos, «para que declaren en calidad de testigos o peritos». En el mismo plazo, las partes podrán pedir «respuestas escritas a cargo de personas jurídicas o entidades públicas», siguiendo los trámites del artículo 381 de la Ley Enjuiciamiento Civil. En el plazo de cinco días después de la comparecencia mencionada más arriba, el Juez dictará auto por el que «se acceda o se deniegue la emisión de la declaración judicial interesada». En el primer caso, el Juez emitirá en la parte dispositiva del auto «la declaración sobre hechos pasados determinados interesada por el promotor, con expresión de sus circunstancias, y se pronunciará, en su caso, en relación con las consecuencias que se deriven de la declaración» (art. 80. quater.5). A lo anterior, está claro, deberá aplicársele lo relativo a la cosa juzgada que establece el artículo 19.3 y 19.4 de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria<sup>46</sup>. Este apartado es interesante. Por su redacción, parece que el Juez está vinculado con la declaración solicitada por el actor, por lo que, a primera vista, no cabe estimación parcial; es decir, el Juez no podría realizar una declaración de hechos pasados parecida pero no igual a la solicitada. Pero más interesante es que en su auto el Juez determinará «las consecuencias que se deriven de la declaración». Unas consecuencias que no entran dentro del contenido de la solicitud (art. 80. quater.1) en el momento de instar este proceso. Así, podría pasar que el actor, aun habiendo obtenido una declaración de hechos pasados conforme a su solicitud, no esté de acuerdo con las consecuencias que el Juez determina en su auto<sup>47</sup>. ¿Tendría el actor, en este caso, derecho a recurrir el auto por el que se estima su petición? Creemos que sería técnicamente mejor que el actor también pudiera solicitar la declaración de unas determinadas consecuencias de la declaración; y, para el caso que el auto no estimase todas las consecuencias solicitadas, pudiera el actor recurrirlo. O, viceversa, que el Juez no pueda establecer, *motu proprio*, las consecuencias no solicitadas de la declaración

---

<sup>46</sup> «3. Resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria y una vez firme la resolución, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquel. Lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquel. Esto será de aplicación también respecto de los expedientes tramitados por Notarios y Registradores en aquellas materias cuyo conocimiento sea concurrente con el de los Secretarios judiciales. 4. La resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquel, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria»

<sup>47</sup> El Informe al Anteproyecto de ley del Consejo General del Poder Judicial, antes citado, también expresa (p. 56) su opinión contraria a que el Juez pueda pronunciarse sobre las consecuencias de la declaración: «este último inciso parece dudosamente compatible con el carácter esencialmente declarativo del pronunciamiento limitado a la constatación de la realidad de determinados hechos pasados [...] el inciso [...] pone en riesgo de desnaturalización de este procedimiento esencialmente no contencioso [...] que debería valorar el prelegislador a los efectos de contemplar su supresión». De acuerdo con el Consejo General y muy crítico con toda la regulación de este proceso de jurisdicción voluntaria, Banacloche Palao, J. (septiembre de 2022). Una valoración crítica del erróneamente resucitado expediente de jurisdicción voluntaria de información para perpetua memoria. Diario La Ley (10127).

de hechos probados. El mantenimiento de esta posibilidad a favor del Juez puede distorsionar el carácter meramente declarativo del proceso.

El punto 6 del artículo 80. quater permite convertir este proceso de jurisdicción voluntaria para la declaración de hechos pasados en un proceso contencioso. Determina que «(e)n cualquier momento durante la tramitación del expediente, los interesados o afectados por los hechos objeto del mismo podrán formular su oposición a la emisión de la declaración judicial interesada». Si el Juez estima «justificada la oposición» archivará el proceso de jurisdicción voluntaria con reserva de acciones a favor de las partes. En este punto también hemos de tener en cuenta los efectos de la cosa juzgada (*ex art. 19 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*) sobre el sobreseimiento del expediente: «no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquel». Por eso, creo que la falta de criterios claros para el Juez para determinar como justificada o no la oposición puede llevar al sobreseimiento de procesos de hechos pasados de manera poco previsible para los actores o incluso injusto para las víctimas de la Guerra Civil o del franquismo. El nuevo redactado de la Ley de Jurisdicción Voluntaria no establece ningún requisito para la justificación de la oposición; ¿solo con la presentación de la oposición, ya se puede paralizar el proceso y, después en su caso, el archivo del mismo (con las consecuencias de cosa juzgada)? Además, vemos que los «afectados» también tienen legitimación procesal para presentar la oposición. Pero la LMD no nos dice qué hemos de entender por «afectados por los hechos» cuya declaración judicial se solicita. Incluso, ¿qué grave ha de ser la afectación para que un tercero pueda ser considerado «afectado», y con ello ostentar la legitimación para oponerse a la continuación del proceso? ¿Qué debemos entender por «afectación»? ¿Y a qué ámbito de la persona han de afectar los hechos? ¿Al honor de la persona? ¿A la memoria de sus ascendientes? Pongamos un ejemplo: el nieto de un represor franquista ¿podría oponerse a una declaración judicial que dijera que su abuelo había torturado a opositores al régimen? Esa declaración cierta ¿le afectaría de tal modo que le otorgaría la legitimación para oponerse al procedimiento y que dicha oposición fuera estimada? Por otro lado, entendemos que, de acuerdo con el principio de facilidad probatoria y las reglas de la carga de la prueba, el afectado debería probar la relación de causalidad y la magnitud de su afectación, mínimamente, para entender su oposición estimable. Pero si el Juez no estima justificada la oposición dictará auto por el que se continúe el expediente de jurisdicción voluntaria.

Finalmente, el artículo 80. quinquies establece el régimen de recursos. Todas las resoluciones interlocutorias dictadas durante el proceso pueden ser recurridas en reposición; pero lo son en apelación las resoluciones definitivas que traten sobre (i) la falta de algunos de los requisitos de admisibilidad de la solicitud, (ii) sobre si se accede o no a la declaración solicitada y (iii) sobre la estimación o no de la oposición a la declaración presentada por interesados y afectados. Para la tramitación de ambos tipos de recursos, la norma se remite a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez examinado el proceso de jurisdicción voluntaria para la declaración de hechos pasados, nos preguntamos qué sentido tiene dentro del marco más genérico de la LMD. Partimos de la breve explicación sobre el derecho a la verdad en la justicia transicional española, con la que hemos iniciado este trabajo. A lo que añadimos lo explicitado en el Preámbulo de la LMD: este proceso de jurisdicción voluntaria tendría que servir para la identificación y exhumación de víctimas de la Guerra Civil y del franquismo. Pero si ello es así, se podría argumentar que este proceso no casa bien con el artículo 16 LMD, el cual establece la obligación de la Administración General del Estado para la búsqueda de personas desaparecidas. Si existe esta obligación para la Administración Pública, nos podríamos preguntar para qué crear un procedimiento de jurisdicción voluntaria con (casi) el mismo objetivo. Además, por otro lado, la LMD también ha creado una Comisión independiente (art. 57.5) que debe dedicarse a esa búsqueda de la «verdad». Así, por qué un nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre hechos pasados si existen estas nuevas instituciones encargadas de implementar el derecho a la verdad. Una posible razón para ello, puede que la única, más crematística y menos conceptual, se nos aparece y la hemos sugerido en párrafos anteriores. Asumimos que es imposible blindar la partida presupuestaria anual para el cumplimiento de las obligaciones públicas de localización, exhumación e identificación; a partir de ahí, es más que probable que un gobierno central con menos o ninguna sensibilidad en estos temas, incumpla sus obligaciones mediante el vaciado presupuestario. Igualmente, asumimos que la Comisión independiente del artículo 57.5 LMD bien puede caer en saco roto, no convocarse o disolverse, sin llegar a realizar sus informes y sus recomendaciones. Visto lo anterior, parece lógico crear un procedimiento de jurisdicción voluntaria que, según el propio Tribunal Supremo, pueda garantizar, en última instancia, los derechos de las víctimas a la localización, exhumación e identificación de sus familiares desaparecidos, entre otros extremos. Si desaparece el presupuesto público para cumplimentar las obligaciones de la Administración Central del Estado, las víctimas siempre podrán acudir a este procedimiento de jurisdicción voluntaria. Eso sí, con los errores, peligros y salvedades que tiene la actual redacción de la LMD y que hemos detallado en este trabajo. Esos errores y salvedades nos hacen dudar en si verdaderamente este procedimiento «sobre declaraciones judiciales de hechos pasados» cumple con ese aspecto procesal del derecho a la verdad, definido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y algunos instrumentos internacionales. Creemos que un procedimiento judicial *ad hoc* mejor diseñado sí podría cumplir con esos requisitos y no tanto uno tan genérico como el que introduce la LMD en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

### 3. CONCLUSIONES

La justicia transicional es un ámbito jurídico que se ha ido desarrollando durante las últimas décadas. Podría definirse como el conjunto de mecanis-

mos jurídicos, económicos y sociales que buscan la consolidación de la democracia saliente de un régimen no democrático. Este conjunto de medidas se basa en los principios de justicia, reparación, memoria, medidas de no repetición, y de verdad. Dentro de este último ámbito de la verdad podemos encontrar mecanismos como las comisiones de la verdad o la identificación y localización de víctimas desaparecidas.

La reciente LMD reconoce expresamente el derecho a la verdad de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo. Además, regula ciertas instituciones para implementar este derecho a la verdad: establece la obligación de las Administraciones Públicas de localizar, identificar y exhumar a los desaparecidos; crea una Comisión académica no judicial muy similar a una comisión de la verdad; y reintroduce un proceso de jurisdicción voluntaria sobre «declaraciones judiciales sobre hechos pasados». De hecho, ya existía un procedimiento voluntario sobre «informaciones para perpetua memoria», que el Tribunal Supremo reconoció como una posible vía procedimental para que los familiares de los desaparecidos pudieran localizar, identificar, exhumar y darles sepultura digna. Pero la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria derogó ese procedimiento sobre «informaciones para perpetua memoria». Ello implicó que esas tareas de localización de desaparecidos quedarán en manos de la Administración Pública. Es decir: exhumar a los desaparecidos dependía únicamente de la mera voluntad del gobierno. Ello, sin duda, vaciaba de contenido el derecho a la verdad de los familiares de las víctimas. Para superar este hecho, la LMD ha creado el procedimiento voluntario sobre «declaraciones judiciales de hechos pasados». Con todo, este procedimiento peca de algunos problemas de indefinición normativa que podrían implicar que no lograra el objetivo de vehicular la práctica del derecho a la verdad de los familiares de las víctimas. Es necesario esperar para saber de qué manera los Jueces y Tribunales españoles aplican este nuevo procedimiento.

A expensas de esa aplicación jurisdiccional, intuimos que los problemas de indefinición que hemos detectado en el procedimiento de «declaraciones judiciales de hechos pasados» introducido por la LMD puede que supongan que el mismo realmente no cumpla con la expectativa del efectivo ejercicio del derecho a la verdad que la misma LMD otorga a los familiares de las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

(sense data).

(s.f.).

Aguilar Fernández, P., & Jimeno Aranguren, R. (2023). De la 'memoria histórica' a la 'memoria democrática'. La evolución de las políticas públicas de memoria y justicia transicional en España. En A. Penadés, & A. Garmendia, *Informe sobre la democracia en España 2022. El largo plazo* (págs. 67-104). Fundación Alternativas. Obtenido de [https://fundacionalternativas.org/wp-content/uploads/2023/10/ide\\_2023\\_digital-2.pdf](https://fundacionalternativas.org/wp-content/uploads/2023/10/ide_2023_digital-2.pdf)

- Alberch i Fugeras, R. (2019). Memoria y patrimonio: los archivos. A J. Guixé, J. Alonso Carballés, & R. Conesa, *Diez años de leyes y políticas de memoria (2007-2017)* (p. 207-2014). Catarata.
- Alcántara Pérez, P. (2023). Papeles oscuros. El difícil acceso a los archivos policiales. *Archivamos. Revista Trimestral de Actualidad de Archivos y Documentos*, 127(1), 4-11.
- Álvarez Berastegi, A. (2017). Justicia transicional en estados democráticos: uso y abuso de los límites conceptuales. En R. Jimeno Aranguren, *Justicia transicional: historia y actualidad* (págs. 69-88). Aranzadi.
- Baby, S. (2021). *El mito de la Transición pacífica*. Ediciones Akal.
- Banacloche Palao, J. (septiembre de 2022). Una valoración crítica del erróneamente resucitado expediente de jurisdicción voluntaria de información para perpetua memoria. *Diario La Ley*(10127).
- Baquero, J. (3 de abril de 2018). Rajoy repite con la Memoria Histórica: cero euros y olvido a las víctimas del franquismo. *elDiario.es*. Obtenido de [https://www.eldiario.es/sociedad/rajoy-memoria-historica-victimas-franquismo\\_1\\_2195035.html](https://www.eldiario.es/sociedad/rajoy-memoria-historica-victimas-franquismo_1_2195035.html)
- Capellà Roig, M. (2021). El derecho a interponer recursos y a obtener reparación de los familiares de personas desaparecidas durante la guerra civil española. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, abril-septiembre(20), 104-140.
- Castresana Fernández, C. (noviembre de 2012). El Estado español y las víctimas del franquismo, frente al derecho internacional. *Jueces para la Democracia. Información y debate*(75), 17-26.
- Castresana Fernández, C. (2022). Justicia transicional: derecho internacional y comparado. La experiencia española. En C. Pérez González, *Claves jurídicas para la recuperación de la memoria democrática en España* (págs. 19-56). Aranzadi.
- Castresana Fernández, C. (2022). Justicia transicional: derecho internacional y comparado. La experiencia española. En C. Pérez González, *Claves jurídicas para la recuperación de la memoria democrática en España* (págs. 19-56). Aranzadi.
- Darcy, S. (2017). Comisiones de la verdad, Unión Europea y reparaciones desde el ámbito de los negocios. En R. Jimeno Aranguren, *Justicia transicional: historia y actualidad* (págs. 163-182). Aranzadi.
- Escudero Alday, R. (2016). *Memoria histórica y democracia en España. La brecha de la Transición*. Fontamara.
- Escudero Alday, R. (2021). La vía autonómica para la recuperación de la memoria histórica en España: leyes, derechos y políticas públicas. *Revista Catalana de Dret Públic*(96), 166-184. <https://doi.org/https://doi.org/10.2436/rcdp.i63.2021.3633>.
- Hamilton, M. (2011). Transition, political loyalties and the order of the state. En A. Buyse, & M. Hamilton, *Transitional jurisprudence and the ECHR* (págs. 151-184). Cambridge University Press.
- Hamilton, M. (s.f.). Transition, political loyalties and the order of the state.
- Jiménez Sánchez, J. (2019). La Ley de Memoria Histórica y la exhumación de las fosas comunes de la guerra civil. En J. Guixé, J. Alonso Carballés, & R. Conesa, *Diez años de leyes y políticas de memoria (2007-2017)* (págs. 197-204). Catarata.
- Jimeno Aranguren, R. (2018). *Amnistías, perdones y justicia transicional. El pacto de silencio español*. Pamiela.
- Lawther, C., Moffett, L., & Jacobs, D. (2017). *Research Handbook on Transitional Justice*. Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781781955314>
- Manjón-Cabeza, O. A. (2023). Releyendo la Ley de Amnistía de 1977. Efectos jurídicos e interpretaciones erróneas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25, 1-50.
- Martínez, G. (2012). El concepto de CT. En G. Martínez, *CT o la Cultura de la Transición* (págs. 13-24). Random House Mondadori.

- Pallí-Asperó, C. (2023). Addressing the Legacies of the Past: Historical Commissions in Consolidated Democracies. En T. Destrooper, L. Engbo Gissel, & K. Bree Carlson, *Transitional justice in paradigmatic contexts. Accountability, recognition, and disruption*. (págs. 184-199). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781003289104-11>
- Pallí-Asperó, C. (2023). *Clarifying the past. Understanding historical commissions in conflicted and divided societies*. Routledge.
- Pasamar, G. (2019). *La Transición española a la democracia ayer y hoy. Memoria cultural, historiografía y política*. Marcial Pons.
- Pozas, A. (22 de junio de 2024). El Constitucional certifica que los crímenes del franquismo no se investigarán pese a la Ley de Memoria. *ElDiario.es*. Obtenido de [https://www.eldiario.es/sociedad/constitucional-certifica-crmenes-franquismo-no-investigaran-pese-ley-memoria\\_1\\_11465585.html](https://www.eldiario.es/sociedad/constitucional-certifica-crmenes-franquismo-no-investigaran-pese-ley-memoria_1_11465585.html)
- Ranz Alonso, E. (2020). Franco: exhumación simbólica. Falta la exhumación real: víctimas del Valle. *Cuadernos Republicanos, Primavera-verano*(103), 87-114.
- Sánchez Recio, G. (1999). Líneas de investigación y debate historiográfico. *Ayer. Revista de Historia Contemporánea*(33), 17-40.
- Schabas OC MRJA, W. (2019). The Right to Truth. When does it begin? En F. Lafontaine, & F. Larocque, *Doing peace the rights way. Essays in International Law and Relations i Honour of Louise Arbour* (págs. 37-52). Intersentia.
- Sweeney, J. (2018). The elusive Right to Truth in transitional human rights jurisprudence. *International & Comparative Law Quarterly*, 67(2), 353-387. <https://doi.org/10.1017/S0020589317000586>
- Torres Aguilar, M. (2024). ¿Qué es una transición política, jurídica y social? En Sociedad Española de Historia del Derecho (Ed.), *Transiciones, cambios y retos en la historia del derecho. II Congreso de la Sociedad Española de Historia del Derecho*. Madrid: Dykinson.
- Vallès Muñio, D. (2020). El retorn dels diners confiscats pel govern franquista i l'obligatorietat de les recomanacions dels comitès internacionals de drets humans. Una possible via de rescabament. *Revista Catalana de Dret Públic*(61), 240-251.
- Vallès Muñio, D. (2023). Les limitacions jurisprudencials del dret a la veritat en la justícia transicional espanyola i les propostes per superar-les de la Llei de Memòria Democràtica. *Revista Jurídica de Catalunya*(2/2023), 59-82.
- Vallès Muñio, D. (2024). Les reparacions econòmiques a la justícia transicional espanyola i la Llei de Memòria Democràtica de 2022. En J. Pich Mitjana, M. Rodrigo-Alharilla, & R. Arnabat Mata, *Història, memòria i patrimoni. Entre Clio i Mnemòsine* (págs. 171-196). Icaria- Càtedra Josep Fontana UPF.
- Vera Piñeros, D. (2008). Desarrollo internacional de un concepto de reparación a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario: complementos a la perspectiva de la ONU. *Papel Político*, 13(2), 739-773.
- Yusuf, H. (2022). Truth commissions. En H. Yusuf, & H. Van der Merwe, *Transitional justice. Theories, Mechanisms and Debate* (págs. 95-121). Routledge.



## ¿ESTÁNDARES DE PRUEBA? OJALÁ FUERAN ÚTILES...

STANDARDS OF PROOF? HOPEFULLY, THEY WERE USEFUL...

Jordi Nieva-Fenoll\*  
Universitat de Barcelona

**RESUMEN:** Los estándares de prueba, usados sobre todo en el *Common Law*, no son modernos. Reproducen, casi literalmente, las medidas de prueba del proceso romano-canónico medieval, de donde provienen. Su uso no sólo no favorece la racionalidad, sino que en realidad propicia que el juez haga un uso abusivo de su intuición en la valoración de la prueba, encontrando una coartada aparente en el uso de esos estándares. Los esfuerzos de varios autores para su objetivación no evitan ese frustrante resultado.

**PALABRAS CLAVE:** valoración de la prueba, heurísticos, sesgos, más allá de toda duda razonable

**ABSTRACT:** The standards of proof, mainly used in common law, are not modern. They reproduce, almost literally, the measures of proof of the medieval Roman-canonical process, from which they originate. They not only fail to promote rationality, but actually encourage the judge to abuse his intuition in the assessment of evidence, finding an apparent alibi in the use of these standards. The efforts of various authors to objectify them do not avoid this frustrating outcome.

**KEYWORDS:** assessment of evidence, heuristics, biases, beyond reasonable doubt

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.— 2. BREVE RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA.— 3. EL SUBJETIVISMO DEL JUEZ Y SU ORIGEN ANTROPOLÓGICO.— 4. EL USO ABUSIVO DEL HEURÍSTICO DE REPRESENTATIVIDAD.— 5. LA INFLUENCIA DEL “SESGO DE JUSTICIA”.— 6. INTENTOS DE OBJETIVACIÓN DE LOS

---

\* Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de Barcelona. ORCID 0000-0002-3052-1267.

ESTÁNDARES.— 7. DE LA SALA DE AUDIENCIAS AL LABORATORIO.— 8. LA AVERIGUACIÓN DE LOS HECHOS: ¿UNA MISIÓN IMPOSIBLE? ¿HACIA UN CAMBIO CULTURAL?—9. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Hubo un tiempo, no tan lejano y aún en gran parte presente, en que la ciudadanía creía que los jueces, o los jurados, tendrían el mejor criterio para averiguar los hechos en un proceso. En realidad, ese mejor criterio sólo se suele atribuir cuando el parecer de los jueces coincide con el de ese ciudadano observador, coincidencia que han cuidado históricamente muchos jueces desde muy antiguo para legitimarse ante su gente<sup>1</sup>. Si se acepta que la justicia solamente es un compendio de lo que una comunidad considera bueno<sup>2</sup>, parece lógico que el juez refleje ese compendio en sus decisiones.

Pero algo falla, y de hecho ha fallado siempre<sup>3</sup>. Hace varios milenios se tuvo la idea de substituir los procesos asamblearios<sup>4</sup> que entonces se celebraban en las pequeñas comunidades humanas, por la cultura del juez único<sup>5</sup>. Esos antiguos procesos asamblearios confundían leyes y juicios, al ser los mismos quienes legislaban y juzgaban. No pocas veces, en caso de duda, recurrían a la ordalía<sup>6</sup>. Aquellos fallos debieron caer con gran frecuencia en el populismo<sup>7</sup> y tal vez por ello hubo un momento en que se decidió, en algún lugar del antiguo Egipto<sup>8</sup>, que lo “justo” no fuera ya lo que la comunidad considerara emocionalmente adecuado en aquel caso concreto, sino que lo justo habría de ser darle la razón a aquel a quien respaldara la realidad de los hechos<sup>9</sup>, lo cual a veces debía coincidir con el parecer de esa comunidad, pero no en ocasiones. Con ello ganó protagonismo la prueba, pero desde entonces se ha mantenido hasta hoy esa tensión entre si la determinación de lo “justo” obliga a la correcta averiguación de los hechos, o bien pasa por que el juez haga lo que a la ciudadanía le piden sus tripas, como debió ser antaño cuando

<sup>1</sup> Vid. Jiménez Fortea, J. (2007). El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica. Una visión desde Europa. *Sistemas Judiciales*, año 6, n. 12, p. 33.

<sup>2</sup> Vid. Elster, J. (2023). Norms of Revenge, 100, 1990, p. 865. También Nieva Fenoll, J. (2023). *El origen de la justicia*, pp. 183 y ss.

<sup>3</sup> Vid. Spottswood, M. (2019). On the Limitations of a Unitary Model of the Proof Process, *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, 1-2, p. 80.

<sup>4</sup> Pueden hallarse ejemplos en Boehm, C. (1985). Execution within the Clan as an Extreme Form of Ostracism, *Social Science Information*, 24, p. 311. Fry, D. P. (2000). Conflict management in cross-cultural perspective, en F. Aureli and F.B.M. de Waal (eds.) *Natural Conflict Resolution*, p. 339. Malinowski, B. (1982). *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, p. 75.

<sup>5</sup> Nieva Fenoll, J. (2023), *El origen de la justicia*, cit. pp. 110 y ss.

<sup>6</sup> Chase, O. (2011). *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Nottarp, H. (1956). *Gottesurteilstudien*. Patetta, F. (1890). *Le ordalie*. Kohler, J. (1884). Studien über die Ordalien der Naturvölker, *Zeitschrift für vergleichenden Rechtswissenschaft*, 5, pp. 368 y ss.

<sup>7</sup> Aronson, E. (2012). *The social animal*. Ross, L.; Nisbett, R. E. (2011). *The person and the situation*.

<sup>8</sup> Assmann, J. (1995). *Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*, p. 58.

<sup>9</sup> Lichtheim, M. (1992). *Maat in Egyptian Autobiographies and Related Studies*, p. 18.

era la comunidad la que juzgaba<sup>10</sup>. Es la diferencia entre el juez justo y el juez justiciero. En realidad, entre la ciencia y la creencia<sup>11</sup>.

Sin embargo, en los últimos decenios, los partidarios de la ciencia han ganado adeptos<sup>12</sup>. Y era lógico que así fuera, pues mientras el resto de materias del saber se convertían en ciencias sometiéndose al método científico<sup>13</sup>, el Derecho, y particularmente el enjuiciamiento, parecían quedar fuera de esa revolución racionalista, haciendo que los ciudadanos debiéramos confiar simplemente en el buen criterio de los jueces, que en gran medida es solamente intuitivo si no se respalda con datos científicamente contrastados.

Es en ese contexto en el que entre los siglos XVIII y XIX se rescató más decididamente en el ámbito del *Common Law* algo que, como veremos, ya les era conocido a sus juristas: los estándares de prueba del proceso romano-canónico. Sin embargo, lo hicieron olvidando casi por completo esos orígenes medievales, que enseguida se relatarán, intentando dibujar unas categorías sólo aparentemente nuevas que sirvieran de parámetros para la valoración probatoria a los jueces. Esos son los modernos estándares de prueba.

La discusión en este momento es si esos parámetros son correctos y, sobre todo, si sirven realmente para algo. Sería arriesgado decir que la práctica los acepta, pues aunque la jurisprudencia de algunos Estados los cita con cierta frecuencia<sup>14</sup>, la realidad es que, como veremos, los tribunales hacen con ellos lo que quieren sin sujetarse habitualmente a ninguna seriedad epistémica, convirtiéndose en vulgares coartadas de la intuición que sólo pretenden aparentar reflexión. La doctrina, por su parte, veremos que discrepa sobre ellos e incluso sobre su contenido, discrepancia que se mantiene también entre aquellos que aceptan los estándares de prueba como categoría útil. El panorama que todo ello arroja haría increíble, a ojos de científicos no especialistas en Derecho, que los juristas sigamos recomendando confiar, pese a todo, en los jueces.

A continuación se va a intentar describir qué se esconde bajo toda esta realidad, tanto desde el punto de vista antropológico, psicológico, histórico y, si queda espacio para ello, jurídico, para concluir avanzando hacia un futuro incierto, que no puede descartarse que se traduzca en una profunda reconfiguración de los procesos judiciales, o incluso en su desaparición.

---

<sup>10</sup> Nuevamente, Jiménez Fortea, J. (2007). El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica. Una visión desde Europa, cit. p. 33.

<sup>11</sup> Vid. Gascón Abellán, M. (2004). *Los hechos en el derecho*, pp. 8 y ss.

<sup>12</sup> Vid. Ferrer Beltrán, J. (2022). Prolegomena to a Theory of Standards of Proof, en Ferrer; Vázquez (ed.). *Evidential and Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*, pp. 395 y ss.

<sup>13</sup> Vid. Wundt, W. (1862). *Beiträge zur Theorie der Sinneswahrnehmung*, p. VI.

<sup>14</sup> Vid. en México, entre otros, Suprema Corte, sentencia del Amparo Directo en Revisión 5807/2018. O en Perú, Corte Suprema de Justicia de la República, XII pleno jurisdiccional extraordinario de las salas penales permanente y transitoria, acuerdo plenario n. 07-2023/CIJ-116.

## 2. BREVE RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA

Los primeros estándares de prueba se crearon en la Baja Edad Media en el marco del proceso romano-canónico<sup>15</sup>, que constituye todavía la base de nuestros procesos actuales, también en los sistemas del *Common Law* gracias sobre todo —pero no solamente— al importante rol que jugó la *Court of Chancery* inglesa, muy influida por el Derecho canónico debido a que acostumbró a ser integrada por clérigos formados, lógicamente, en ese sistema jurídico<sup>16</sup>. Además, los juristas ingleses estudiaban en el siglo XVIII como materia básica el Derecho romano<sup>17</sup> y conocían, por tanto, lo que ellos aún llaman, de forma actualmente impropia, *Civil Law*.

En materia procesal, el *Civil Law* fue el proceso romano-canónico<sup>18</sup>, también denominado *solemnis ordo iudiciarius*. En su ámbito, en materia de estándares de prueba la historia se remonta a finales del siglo XII y principios del XIII con Azón<sup>19</sup>. Ese jurista pionero recuperó del Derecho romano el “*summatim cognoscere*”<sup>20</sup>, que había sido una forma urgente de sustanciar algunos pleitos de pequeña importancia en modo *prima facie*, es decir, de manera superficial, para salir del paso<sup>21</sup>. Azón transformó ese viejo modo de proceder en lo que se llamó “*semiplena probatio*”<sup>22</sup>, que fue el estándar probatorio más bajo.

Ese estándar describió en un primer momento una situación procesal en la que solamente hubiera como prueba los indicios que el juez estaba llamado a valorar libremente, aunque más adelante, como vamos a ver, acabó no siendo exactamente así. En todo caso estamos, en realidad, ante la prueba *prima facie* o “*probable cause*”<sup>23</sup> de la IV Enmienda de la Constitución de los EE.UU que, en este sentido, aunque con seguridad sorprenderá, equivale realmente a la *preponderance of evidence* del proceso civil, pese a que en la actualidad se suele conceptuar la *probable cause* como un estándar de convicción inferior a este último<sup>24</sup>, y superior a la *reasonable*

---

<sup>15</sup> Los reconoce como tales estándares Laudan, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law*, pp. 81-82. Vid. también Shapiro, B. (1991). “*Beyond reasonable doubt*” and “*probable cause*”, p. 3.

<sup>16</sup> Basset, W.W. (1978). Canon Law and the Common Law, *Hastings Law Journal*, vol. 29, 6, 1, p. 1406.

<sup>17</sup> Blackstone, W. (1768). *Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, pp. 3 y ss.

<sup>18</sup> Nörr, K. W. (2012). *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*.

<sup>19</sup> Azón (1581). *Summa Azonis*, Lib. III, 1 (de iudiciis). punto 19, p. 158: „causae cognitio semiplena vel summaria qb. casibus sufficiat”; Lib. III, 42 (ad exhibendum). puntos 12 y 21, p. 258, donde ofrece ejemplos de *semiplena probatio*.

<sup>20</sup> Entre otros pasajes, Dig.5.3.7.1. Ulpianus 14 ad ed. Dig.9.2.40. Paulus 3 ad ed. Dig.10.4.3.9. Ulpianus 24 ad ed. Dig.42.1.15.4. Ulpianus 3 de off. cons.

<sup>21</sup> Me ocupé del tema en Nieva Fenoll, J. (2007). *Enjuiciamiento prima facie*, pp. 20 y ss.

<sup>22</sup> Nörr, K.W. (2012). *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. p. 129.

<sup>23</sup> Greenleaf, S. (1844). *A Treatise on the Law of Evidence*, vol. I, 2ª ed., p. 94.

<sup>24</sup> Vid. *United States v. Melvin*, 596 F.2d 492 (1st Cir. 1979). 13-4-1979, punto 495: “First, appellant reads the phrase “probable cause” with emphasis on the word “probable,” and would define it mathematically to mean “more likely than not” or “by a preponderance of the evidence.” This reading is

*suspicion*<sup>25</sup> que permite a la policía registrar a una persona percibida –por razones concretas, no por una mera corazonada o “hunch”– como peligrosa en busca de si es portador de armas, lo que puede llevar a una detención si se hallan esas armas, pues entonces sí existiría “probable cause”. Como se ve, el *Common Law*, al menos en EE.UU, realmente no ha escatimado en la elaboración de imaginativos estándares que pudieran orientar de algún modo la actuación de los operadores jurídicos.

De cualquier forma, prescindiendo de la *reasonable suspicion*, la *semiple-na probatio* o *probable cause* —o *preponderance of evidence*— hay que insistir en que se trató originalmente del estándar más bajo, que permitía y aún permite a un juez civil dictar sentencia, y a una autoridad penal —originariamente también el juez<sup>26</sup>— a iniciar realmente sus actuaciones concluyendo que es más probable que exista un delito a que no exista, razón por la que es necesario abrir una investigación. Es decir, el juez decide empezar a investigar porque se siente más convencido de la existencia de delito que de su inexistencia. Y no debe sorprender la confusión —aunque sea impropia si se conoce la historia— entre el estándar tan bajo del “*summatim cognoscere*” y el estándar necesario para fallar en el proceso civil. En la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882 también se utilizó en su art. 384 una frase que en realidad evoca ese *summatim* —“indicios racionales de criminalidad”—, pero que igualmente ha sido malinterpretada e incluso manipulada a lo largo del tiempo de una forma espantosa, sobre todo por quienes olvidaron su sentido inicial, que fueron la práctica totalidad de los operadores jurídicos<sup>27</sup>.

Sin embargo, volviendo a la Baja Edad Media continental, pronto se notó la necesidad de encauzar aún más precisamente el criterio de los jueces, no permitiendo que fuera tan libre, a fin de evitar las arbitrariedades de un cuerpo directamente delegado de nobles, reyes y emperadores y que, por tanto, carecía de independencia<sup>28</sup>. De ese modo nació el estándar *plena probatio*, que inspirándose —más bien manipulando— algunas sugerencias del *Codex*

---

incorrect. The phrase is less stringent than that — the words “reasonable cause” are perhaps closer to what is meant”.

<sup>25</sup> Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).

<sup>26</sup> No hubo fiscales ni policías en la Edad Media, al menos como los conocemos hoy. Vid. Morales Villanueva, A. (1988). *Administración policial española*, pp. 174 y ss. López Garrido, D. (1987). *El Aparato policial en España : historia, sociología e ideología*, pp. 61 y ss. Walker, S. (1996). *The Police in America: An Introduction*. Harring, S. (2017). *Policing a Class Society: The experience of American Cities*. Kappeler, V.; Sluder, R.; Alpert, G. (1988). *Forces of Deviance: Understanding the Dark Side of Policing*, Prospect Heights. Potter, G. (2013). *The History of Policing in the United States*, Parte 2, EKU School of Justice Studies, accessible en [www.academia.edu/30504361/The\\_History\\_of\\_Policing\\_in\\_the\\_United\\_States](http://www.academia.edu/30504361/The_History_of_Policing_in_the_United_States). Alonso Romero, M. P. (1982). *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. pp. 151 y ss. Elizondo, F. Antonio (1783). *Práctica universal forense de los Tribunales de España, y de las Indias*, t. 4, pp. 302 y ss. Nov. Recop. L. v; tít. XVII, Ley IV, CYADC, Lib. I, tít. 45, VII, Bosch, A. (1628). *Summari index o epitome dels admirables, y nobilissims titols de honor de Catalunya, Rossello, y Cerdanya, y de les gracies, privilegis, prerrogatives, preheminiencies, llibertats, è immunitats gosan segons les propries, y naturals lleys*, pp. 275-276.

<sup>27</sup> Vid. Nieva Fenoll, J. (2024). *Derecho Procesal III; proceso penal*, pp. 56 y 259 y ss.

<sup>28</sup> Azón, Brocardica (aurea). cit. rúbrica XX, pp. 235-236: “Maior iudex de his quae ad sui subditi iurisdictionem spectant, se intromittere non debet: nisi negligens fuerit, vel aliqui ante eum appellati”.

de Justiniano<sup>29</sup>, atribuyó un valor probatorio indiscutible a algunos indicios señalados solamente como muy convincentes por aquella compilación romana, pero no como una prueba realmente indiscutible, que es en lo que se transformaron en el proceso romano-canónico medieval<sup>30</sup>. De hecho, esa *plena probatio* no aparece propiamente —sí impropia— con la “*positive proof*” —como un concepto propio del *Common Law* hasta que, no hace tanto, se generó la *clear and convincing evidence*, que es, igual que la *plena probatio*, un estándar superior del proceso civil, con la diferencia de que en el proceso romano-canónico acabó siendo evidente qué pruebas en concreto generaban *plena probatio*<sup>31</sup> —la confesión, dos testigos, un documento público y el testimonio directo del propio juez—, no siendo nada claro, en cambio, qué vestigio es preciso para obtener una prueba clara y convincente en el *Common Law*, dependiendo esa determinación del vestigio, aunque sobre todo del parecer del juez que resuelva en cada caso concreto, inspirado por los casos ya identificados anteriormente por la jurisprudencia.

Finalmente, también por obra de Azón<sup>32</sup>, para el proceso penal del *solemnis ordo iudiciarius* quedó la *probatio plenissima*, que era un estándar máximo de prueba, siendo muy dudoso cuándo se obtenía en ese proceso romano-canónico<sup>33</sup>, lo que llevó, por supuesto, al abuso de la confesión, más o menos forzada incluso por tortura<sup>34</sup>, pero que en todo caso constituía una prueba plena poderosísima en el marco de un proceso penal, prueba plena en la que posiblemente habría que ver uno de los orígenes de la proliferación de los *guilty pleas* durante el siglo XIX en EE.UU.<sup>35</sup>

Por su parte, sobre las indicadas bases de la Glosa de Azón, la doctrina canonista acabó construyendo también cuatro niveles de convicción<sup>36</sup> basados exactamente en las mismas enseñanzas: la duda, la sospecha<sup>37</sup>, la opinión<sup>38</sup> y la certeza moral<sup>39</sup>. Aunque poseen raíces filosóficas más pro-

<sup>29</sup> Codex, Libro IV, título XX, n° 9, §1: “*Simili modo sauximus, ut unius testimonium nemo iudicium in quacunq[ue] causa facile patiat[ur] admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiat[ur], etiamsi praeclarae curiae honore praeferat[ur]*”. Codex, Libro IV, título XXI, n° 15: “*In exercendis litibus eandem vis obtinnet tam fides instrumentorum, quam depositiones testium*”.

<sup>30</sup> El proceso de creación de la *plena probatio* a partir de esos ejemplos romanos puede verse en Azón, (1581) *Summa Azonis*, Lib. IV, 19 (de probationibus), punto 21, p. 318; Lib. IV, 20 (de testibus), puntos 20 y 21.

<sup>31</sup> Laudan, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law*, cit., p. 81.

<sup>32</sup> Azón (1581), *Summa Azonis*, lib. III, 1 (De iudicis), 18, 19.

<sup>33</sup> Nörr, (2012). *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. p. 129. Durante (1602). *Speculum iuris*, lib. I, Part. I, *De summaria cognitione*, 1, 2 y 3.

<sup>34</sup> Fernández de la Herrera Villarreal (1724). *Práctica criminal*, pp. 231 y ss. De Dou y de Bassols (1803). *Instituciones del Derecho público general de España*, t. VIII, pp. 277 y ss.

<sup>35</sup> Sobre el tema, McConvill, M.; Mirsky, C. L. (2005). *Jury Trials and Plea Bargaining: A True Story*.

<sup>36</sup> Withman, J.Q. (2008). *The Origins of Reasonable Doubt*, New Heaven 2008, pp. 114 y ss y 165.

<sup>37</sup> Sobre los dos primeros, Farinacii, P. (1597). *Praxis et Theoricae Criminalis*, rúbrica *De Indiciis & Tortura*, Lib. I, Tit. V, quaestio XXXI, n. 197-198, pp. 567-568.

<sup>38</sup> Lessius, L. (1612). *De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus*, Lib. 2, Sec. IV, « De iniuriis in iudiciis », cap. 29, « De Iudice », *Dubitatio II*, p. 358

<sup>39</sup> Sobre este último, Llobell, J. (1997). *Moral Certainty in the Canonical Marriage Process*, « Forum ». *A Review of Canon Law and Jurisprudence*, 8, pp. 303 y ss. Aliste Santos, T. (2018). *La motivación de las resoluciones judiciales*, pp. 309 y ss.

fundas<sup>40</sup>, al final tenemos básicamente los estándares del proceso romano-canónico, con esa categoría intermedia de la “opinión”.

Tras todo lo anterior, es muy difícil decir que los “estándares probatorios” no son, en realidad, una vieja categoría del proceso romano-canónico, más que una invención de los sistemas del *Common Law*. E incluso siéndolo, son categorías tan sumamente análogas a las del *Civil Law* que es realmente difícil negar que se trata de una simple copia más o menos fiel de los estándares medievales, o levemente alterada más bien. En realidad, los modernos estándares provenientes del *Common Law* son prácticamente idénticos en su formulación a los estándares del proceso romano-canónico, y desde luego que ello no es por casualidad. Lo cierto es que los estándares sólo variaban —y no siempre— en cuanto a los supuestos concretos en que se obtenía la *plena probatio*. Pero tanto la *semiplena probatio* como la *probatio plenissima* son realmente idénticos en ambos mundos jurídicos.

Una prueba del conocimiento generalizado en Inglaterra de esos estándares del proceso romano-canónico cabe hallarlo ya en las mismas exposiciones de Bentham<sup>41</sup> que, como vamos a ver después, es probablemente el más remoto responsable del moderno razonamiento estrictamente probatorio en clave de estándares.

Citando a Edward Coke<sup>42</sup>, Bentham menciona un ejemplo de “*full proof*” consistente en el caso de un hombre armado con una espada ensangrentada, que huye de la habitación donde hay otro hombre recientemente asesinado con un arma similar, lo que es claramente un ejemplo de prueba plena basada en indicios, tal como suena, que obviamente, en la época, era un caso de *plena probatio* sólo y exclusivamente propio del Derecho inglés, dado que en el proceso del *Civil Law* era imposible alcanzar la *probatio plena* sólo con indicios.

Pese a esa discrepancia, el conocimiento del *Civil Law* era claramente generalizado en Inglaterra. También cabe consultar en la jurisprudencia del Serjeant’s Inn un caso de 1717<sup>43</sup>. En el mismo se hizo una exposición comparatista de *Common Law* y *Civil Law*, manejándose los estándares *plena probatio* y *semiplena probatio*, recordando claramente que el primero —en el *Civil Law*— se produce cuando existe un juramento o cuando concurren dos testigos<sup>44</sup>, consistiendo la *semiplena probatio* en presunciones, es decir, en indicios. De hecho, en el fallo se hace expresa referencia a que se están usando conceptos del Derecho canónico y del *Civil Law*.

<sup>40</sup> Tomás de Aquino (1497), *Summa theologiae*, Parte II-II, cuestión 67, art. 2.

<sup>41</sup> Bentham. J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, p. 145.

<sup>42</sup> Puede que se esté refiriendo al contenido en *The Reports of Sir Edward Coke*, (1826) vol. V, parte IX, Mackalley’s case, p. 122.

<sup>43</sup> Williams vs. Lady Bridget Osborne, 22-6-1717. *Reports of Adjudged Cases in the Courts of Chancery, King’s Bench, Common Pleas and Exchequer*, (1795) vol. I, pp. 80-82. [https://www.google.es/books/edition/Reports\\_of\\_Adjudged\\_Cases\\_in\\_the\\_Courts/0mxGAAAYAAJ?hl=es&gbpv=1&dq=court+of+chancery+probatio+plena&pg=RA3-PA81&printsec=frontcover](https://www.google.es/books/edition/Reports_of_Adjudged_Cases_in_the_Courts/0mxGAAAYAAJ?hl=es&gbpv=1&dq=court+of+chancery+probatio+plena&pg=RA3-PA81&printsec=frontcover)

<sup>44</sup> Les faltó citar el documento público y el testimonio del juez.

Y, naturalmente, en la resolución se habla de “*degrees of evidence*”, Y se añade algo importante: que el antes citado “*positive proof*” del *Common Law*<sup>45</sup> equivale a la certeza de la *plena probatio*. Esa “*positive proof*”, tal vez la primera formulación anglosajona del estándar —casi— máximo de convicción, consiste en “*facts*”, como más adelante explicará Bentham, mientras que la *semiplena probatio* se forma solamente con “*circumstances*”, es decir, indicios, llegándose a esa convicción semiplena cuando se alcanza un “*degree of evidence*” que inclinaría a un *reasonable man* a juzgar en favor de una de las dos opciones en litigio. Es decir, la *preponderance of evidence*. En consecuencia, como ya se indicó, la *clear and convincing evidence* equivale en valor a la *plena probatio*, y en parte en contenido, dado que el antiguo estándar anglosajón de la *positive proof* era más flexible. Igual que hoy lo es la *clear and convincing evidence*<sup>46</sup>, cuyas dudas interpretativas y ambigüedad son constantes, dado que no solamente está reflejando un estándar superior para pleitos civiles en casos de familia o de cuestiones de capacidad, como se ha solido explicar<sup>47</sup>, sino que en realidad, hay que reiterarlo, se corresponde con aquella efímera *plena probatio*, que desde luego hoy ya no existe.

Otra prueba de la influencia del proceso romano-canónico sobre el *Common Law* se halla en la obra de Blackstone<sup>48</sup>. Comentando el juicio por jurados, al ocuparse de su convicción se refiere de nuevo a los estándares. Y para explicarse mejor recurre, cómo no, a la comparación con los estándares del *Civil Law*, pero destacando de forma nacionalista —aunque en este caso también más realista— la superioridad en esta materia del *Common Law*. Y esa superioridad estribaría, precisamente, en esa mayor flexibilidad para apreciar la *plena probatio* o *positive proof*, puesto que afirma el autor que un solo testigo puede generar ese grado de convicción en el *Common Law*, mientras que el *Civil Law* tuvo que generar la absurda ficción del “juramento supletorio de parte” para completar el número de dos testimonios para alcanzar la *plena probatio*<sup>49</sup>. De hecho, es sorprendente que esa absurda y antigua directriz jurisprudencial del *Civil Law* aún tenga impacto a día de hoy, muchos años después de la desaparición de ese antiguo sistema, pues todavía se suele admitir en los procesos actuales el interrogatorio de las partes como prueba en demasiadas ocasiones, innecesariamente, pues se trata de un uso forense cuyo origen está, precisamente, en la necesidad de ese antiguo juramento supletorio.

Finalmente, Blackstone concluía explicando que también los indicios pueden constituir *positive proof* si son realmente contundentes —*violent presumption*<sup>50</sup>—, lo que, como ya se indicó, acaba rompiendo esa estricta barre-

<sup>45</sup> Blackstone, W. (1775). *Commentaries on the Laws of England*, t. III, p. 371. [https://www.google.es/books/edition/Commentaries\\_On\\_The\\_Laws\\_Of\\_England/sLBDAAAACAAJ?hl=es&gbpv=1&dq=blackstone+commentaries+vol+III&printsec=frontcover](https://www.google.es/books/edition/Commentaries_On_The_Laws_Of_England/sLBDAAAACAAJ?hl=es&gbpv=1&dq=blackstone+commentaries+vol+III&printsec=frontcover)

<sup>46</sup> Murphy, P. (2005). *Murphy on Evidence*, p. 107.

<sup>47</sup> Dennis, I. (2013). *The Law of Evidence*, p. 487.

<sup>48</sup> Blackstone, W. (1768). *Commentaries on the Laws of England*, cit. pp. 370-371.

<sup>49</sup> Blackstone, W. (1768). *Commentaries on the Laws of England*, cit. p. 370.

<sup>50</sup> Blackstone, W. (1768). *Commentaries on the Laws of England*, cit. p. 371.

ra entre *facts* y *circumstancias* —idéntica a la *plena* y la *semiplena probatio*—, también referida por los sistemas continentales como prueba directa e indirecta o indicios, y que en todo caso se trata, visto lo visto, de una distinción anticuada basada en las enseñanzas del *ius commune* medieval y científicamente impropia. De hecho, para Bentham, las pruebas circunstanciales eran, nada menos, todas las que no partían de un testimonio directo<sup>51</sup>.

En resumidas cuentas, el Derecho inglés, tal vez por la necesidad de valorar la prueba testifical como consecuencia de la existencia del jurado<sup>52</sup>, había modernizado la toma en consideración de los estándares del proceso romano-canónico, pero no se había separado de las antiguas categorías de ese *ius commune*, que incluso citaba ocasionalmente<sup>53</sup> y aún están vigentes —con otras denominaciones— a día de hoy, lo que no deja de ser sorprendente. En realidad, el *Common Law* había seguido una interpretación a mi juicio mucho más correcta de las fuentes romanas que, como ya se indicó, no imponían estándares probatorios ni valores para ningún indicio, sino que solamente realizaban sugerencias sobre cuáles eran las pruebas más frecuentes en algunos casos concretos. Sea como fuere, las directrices inglesas hacían más fácil la apreciación de indicios como prueba. No eran sino indicios los que, tal vez por vez primera, tuvo en cuenta Locke<sup>54</sup> para proponer criterios de valoración de la prueba de interrogatorio, elaborando incluso unos ciertos grados de probabilidad que probablemente estaban inspirados, en parte, como veremos, en el Derecho canónico. En realidad, probablemente este es el camino doctrinal abierto por este autor el que luego recorrieron Blackstone y Bentham.

Una vez trasladadas esas ideas a Francia —país de *Civil Law*—, sobre todo por la influencia de Bentham —no es un dato menor que la obra de Bentham se publica por primera vez en Francia y en francés<sup>55</sup>—, la adopción de esas directrices anglosajonas, que intentaban abolir el sistema de prueba legal<sup>56</sup>, suponía el renacimiento en la Europa continental del originario sistema romano de libre valoración de la prueba, que es también el sistema llamado de la *intime conviction* que después se introdujo durante la Revolución Francesa como instrucción para jurados<sup>57</sup>, y que de ahí influyó en todo el mundo gracias al *Code d'instruction Criminelle* de 1808<sup>58</sup>. Sucedió con la libre valoración

<sup>51</sup> Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, I, p. 86.

<sup>52</sup> Vid. La reconstrucción histórica de Shapiro (1991), “Beyond reasonable doubt” and “probable cause”, cit., pp. 6 y ss.

<sup>53</sup> Vid. El caso LXXIII, de fecha desconocida entre los siglos XIII y XVII, en Jenkins, *Eight centuries of reports: or eight hundred cases solemnly adjudged in the Exchequer-Chamber or, Upon writs of error*, London 1734, p. 134.

<sup>54</sup> Locke, J. (1690, 27 ed. London 1836). *An essay concerning human understanding*, pp. 507 y ss (ch. 16).

<sup>55</sup> Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit.

<sup>56</sup> Vid. Tuzet, G. (2020). Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification, *Artificial Intelligence and Law*, 28, p. 100.

<sup>57</sup> Ley de 16-21 de septiembre de 1791. Vid. también Tuzet, *Certainty Beyond a Reasonable Doubt: A Pragmatist Understanding of the Criminal Standard of Proof*, cit. p. 407.

<sup>58</sup> Arts. 312 y 342.

de la prueba lo mismo que acaeció con la celeberrima idea de la oralidad y la publicidad, expuesta por el propio Blackstone en las siguientes páginas de su tratado<sup>59</sup>, cuando deploraba la costumbre forense contraria del Derecho canónico que favorecía la escritura, realizando vanamente el valor de la oralidad al pensar el autor, erróneamente, que nadie se atreve a mentir en público y que, además, un interrogatorio abierto ayuda a esclarecer la verdad<sup>60</sup>. Conclusiones que han convencido a excelentes juristas muy influyentes<sup>61</sup>, y que sólo hoy —con algún valioso y antiguo precedente<sup>62</sup>— sabemos que son científicamente falsas<sup>63</sup>, pero que todavía constituyen un icono claramente fetichista para demasiados juristas.

Finalmente, la antigua distinción del proceso romano-canónico entre los niveles de convicción se perdió casi por completo en la Europa continental, aunque todavía quedan algunos restos de aquellas antiguas categorías, sobre todo con respecto a la prueba *prima facie*, como por ejemplo al apreciar el *fumus boni iuris* de las medidas cautelares<sup>64</sup>, o al decidirse la imputación en la instrucción del proceso penal<sup>65</sup>. Sin embargo, se dejó de distinguir entre prueba plena y semiplena aunque, al margen de alguna referencia legal<sup>66</sup>, se ha mantenido hasta hoy un uso ocasional, impropio y simplemente retórico de la primera expresión, tendente a reafirmar en un discurso la contundencia de una prueba, pero sin más carga dogmática. La expresión “prueba plena” ya solamente sirve, en realidad, para realzar la importancia que para un juez posee un indicio.

En cambio, en el ámbito del *Common Law* sí se mantuvieron esos antiguos niveles de prueba. Bentham ya habló claramente de “degrees of strength”<sup>67</sup>, distinguiendo entre el “me inclino a creer”, el “creo” y el “sé”, como los tres niveles básicos, entre los cuales anunciaba el autor otros intermedios, siendo el más bajo la simple probabilidad y el más alto, justamente, el viejo estándar del Derecho canónico de la certeza moral, que de hecho fue la base del *beyond*

<sup>59</sup> Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, cit. pp. 372-373.

<sup>60</sup> Siguiendo esas mismas ideas y ampliándolas, Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit. pp. 32-36.

<sup>61</sup> Wigmore, J. H. (1904). *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. II, §1367, p. 1697: “is beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of the truth.”

<sup>62</sup> Von Liszt, F. (1902). *Strafrecht und Psychologie*, *Deutsche Juristen-Zeitung*, n. 1, pp. 16-18.

<sup>63</sup> Manzanero, A. L. (2008). *Psicología del testimonio*, pp. 38-39. Manzanero, A.L. (2023). El engaño en contextos judiciales, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, n. 1, p. 7 y ss. Julià Pijoan, M. (2023). Un análisis del fundamento de la declaración del testigo ocular como medio de prueba, a partir de la investigación empírica, *Ius et Praxis*, vol. 29, n. 2, pp. 44 y ss. Loftus, E. (1996). *Eyewitness testimony*. Mazzoni, G. (2015). *Psicología della testimonianza*, Diges, M. (1997). *Los falsos recuerdos*. Vid. también Huber, S. (2022). Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, *ZZP*, 135, 2, pp. 183 y ss.

<sup>64</sup> Vid. por ejemplo el art. 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También, por todos, Serra Domínguez, M. (con Ramos) (1974). *Las medidas cautelares en el proceso civil*, pp. 36-37.

<sup>65</sup> Art. 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española: “Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada...”.

<sup>66</sup> Arts. 319 a 323 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

<sup>67</sup> Utilizo ahora la posterior edición inglesa de 1825. Bentham, *A treatise on judicial evidence*, cit. p. 62.

*any reasonable doubt*<sup>68</sup>, derivado del brocardo de origen romano<sup>69</sup>, tantas veces repetido con diferente número de culpables, de que es mejor absolver a un culpable que condenar a un inocente<sup>70</sup>, y que tiene precedentes sorprendentes en el Derecho mesopotámico<sup>71</sup> y en el antiguo Derecho Chino del Shujing del siglo IV a.C.<sup>72</sup>. Bentham también denominó a todo ello “*degrees of proving power*”<sup>73</sup>, refiriéndose sobre todo al grado de seguridad con que declara un testigo, diciendo expresamente que sería utilísimo averiguar con precisión los grados de creencia que siente<sup>74</sup>, quejándose incluso de que los juristas no hubieran sabido establecer con claridad esos niveles de convicción<sup>75</sup>.

Por descontado, Bentham intenta suplir esa laguna, anunciando de entrada que adopta un lenguaje matemático no basado en el cálculo de probabilidades, que denuncia como inadecuado para el proceso judicial, sino aquel modo de expresarse que consiste en elaborar una escala finita de 10 grados, sugiriendo que el testigo expresase el nivel de su creencia —es decir, su sensación de convicción— indicando un número del 1 al 10, lo que habría de ayudar a los jueces<sup>76</sup> partiendo, desde luego, de la ya indicada creencia de Bentham de que los testigos acostumbran a no mentir y que la fuerza de la creencia de un testigo es la guía más óptima para el juez<sup>77</sup>, lo cual, permítaseme avanzarlo, es obviamente absurdo. A partir de aquí, el método era simple: si los testigos coinciden aproximadamente en el grado de creencia insisto, en la sensación de seguridad que transmiten—, el hecho será declarado probado, sucediendo al revés en caso contrario<sup>78</sup>. Bentham recomendó utilizar este método sólo en los casos más importantes<sup>79</sup>. Y argumentaba finalmente que la justicia requería la misma precisión que la química<sup>80</sup>, lo que es toda una declaración de intenciones que, al menos en cuanto a su voluntad científica, se debe compartir perfectamente.

Sin embargo, ¿en qué estaba basada esa convicción del juzgador? Bentham también acaba descendiendo a ese detalle capital, que es crucial entender, como veremos, para poder avanzar en esta materia hacia algo menos intuitivo y bastante más científico. Al abordar la temática de los indicios, estima que las inferencias para establecer que un hecho demostrado conduce a dar otro por probado, están basadas en la analogía de esos dos hechos con lo que

<sup>68</sup> Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt*, cit. p. 186 y ss.

<sup>69</sup> Dig. L. 48, tít. 19, 5. Ulpiano: “*sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus ad-sido severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari.*”

<sup>70</sup> Vid. Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, II, pp. 27 y 168.

<sup>71</sup> Código de Hammurabi, Ley 1.

<sup>72</sup> Gelatt, T.A. (1982). The People’s Republic of China and the Presumption of Innocence, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 73, 1, primavera, p. 263.

<sup>73</sup> Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, cit. p. 41.

<sup>74</sup> Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, cit. p. 41.

<sup>75</sup> Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, cit. p. 41.

<sup>76</sup> Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, cit. pp. 41-42.

<sup>77</sup> “*What better guide can he have?*”. Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, cit. p. 42.

<sup>78</sup> Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, cit. p. 42.

<sup>79</sup> Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, cit. p. 43.

<sup>80</sup> Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, cit. p. 43.

ya se conoce previamente como fruto de la “experiencia”<sup>81</sup>. Y descendiendo al estudio de esta última, la define, como ya se ha advertido, a modo de una “especie de instinto”, tanto por su rapidez como por la dificultad de explicarla, pero sobre todo por la imposibilidad de encontrar reglas que la guíen. Con todo, observa que esta “experiencia” es prácticamente uniforme en todos los seres humanos, puesto que —siempre según Bentham— si no fuera así, la “probabilidad”, como concepto, dejaría de existir.

De manera que, al final, la conclusión es que la inferencia está basada en el juicio intersubjetivo puramente intuitivo de dos o más seres humanos. Y, por supuesto, Bentham acaba su discurso explicando que los indicios no suelen servir para probar hechos, salvo que esos indicios sean muchos<sup>82</sup>, lo que es una conclusión claramente influenciada por el proceso romano-canónico, en el que se llegó al extremo, por supuesto absurdo, de prohibir demostrar la culpabilidad a través de indicios, como ya fue explicado.

A partir de ahí, por descontado, lo correcto científicamente sería intentar recoger los datos en que se basa esta “experiencia”, a fin de poder establecer en qué consiste. Sin embargo, Bentham concluye que los hechos de la vida real son tan infinitamente diversificados, que es imposible ese análisis completo de las vivencias que forman la “experiencia”<sup>83</sup>. Pese a lo cual, considera más sencillo el examen de los indicios que el de la prueba directa o *plena probatio*, al estar esta última basada en las circunstancias enunciadas por el *ius commune* para el sistema de prueba legal<sup>84</sup>, y que descartaban, como es sabido, la credibilidad de un testigo por razones puramente morales<sup>85</sup>.

Es ya evidente que en todo lo anterior se encuentran las bases de la posterior formulación de los estándares probatorios<sup>86</sup>, puesto que, en realidad, nada nuevo se ha dicho posteriormente que no sean reelaboraciones de lo construido por Bentham. La doctrina inmediatamente posterior reconoció sus ideas aun intentando concretar en qué consista la “experiencia”, añadiendo Greenleaf<sup>87</sup> que la valoración de los interrogatorios está muy influida por nuestro conocimiento y creencias previos sobre los hechos acerca de lo que normalmente acaece<sup>88</sup> —el *id quod plerumque accidit* de Aristóteles<sup>89</sup>, tan repetido en el *Civil Law*—, que son las bases de nuestra no-

<sup>81</sup> Vuelvo a la original edición francesa, que tal vez expresa mejor la idea que quiso exponer el autor. Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit. p. 313.

<sup>82</sup> Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit. p. 314-315.

<sup>83</sup> Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit. pp. 316-317.

<sup>84</sup> Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit. p. 401.

<sup>85</sup> Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit. p. 317. Un elenco de esas razones puede encontrarse en el Derecho medieval castellano: Partida III, tít. XVI, que impedía declarar, entre otros, a personas de mala fama, condenados por falso testimonio, falsificadores, envenenadores, abortistas, asesinos, adúlteros, libertinos, violadores, apóstatas, incestuosos, enajenados mentales, ladrones, proxenetas, tahúres, lesbianas travestidas, pobres de solemnidad, mentirosos, incumplidores de sentencias, judíos, musulmanes, herejes, presos, toreros o prostitutas.

<sup>86</sup> Vid. Ross, L. (2024). *The Philosophy of Legal Proof*, pp. 5 y ss.

<sup>87</sup> Greenleaf, S. (1844). *A Treatise on the Law of Evidence*, cit. p. 12.

<sup>88</sup> Greenleaf, S. (1844). *A Treatise on the Law of Evidence*, cit. p. 15.

<sup>89</sup> Aristóteles (2016). *Organón*, “Tópicos”, Lib II, cap. VI.

ción de probabilidad, aunque llamó ya la atención sobre la mayor fiabilidad del conocimiento experto de un perito<sup>90</sup>. Pero reafirmó<sup>91</sup>, aun con matices, la creencia en la veracidad de los testigos de que habían hablado Blackstone y Bentham. De hecho, el citado autor ya habló, aunque indirectamente, de “*standard of probability*”<sup>92</sup>. Wigmore<sup>93</sup>, más tarde, se refirió a la “*preponderance of evidence*”, aunque rechazando que el número de testigos determine su valoración, como había sucedido en el proceso romano-canónico<sup>94</sup>.

En todo caso, no deja de ser curioso que sea también un sistema numérico, el de Bentham, el que está en la base de la doctrina de los estándares.

### 3. EL SUBJETIVISMO DEL JUEZ Y SU ORIGEN ANTROPOLÓGICO

La anterior es la base histórica sobre la que todavía descansa hoy el enjuiciamiento sobre los hechos. En pocas palabras, la confianza en la experiencia del juez, añadiéndole una cierta pátina filosófica. Es decir, se basa finalmente todo el sistema en la intuición del juez, sin más, teniendo como fundamento, aun sin expresarlo normalmente así, esa idea de Bentham<sup>95</sup> en torno a que los hechos de la vida real son tan sumamente diversificados que su análisis completo es imposible. Por eso, a falta de mejor apoyo, habría que confiar en eso que se llama “sentido común”. El *id quod plerumque accidit* aristotélico<sup>96</sup>.

Con independencia de que se coincida o no con la anterior afirmación, debe reconocerse, en primer lugar, que esas ideas expulsan al estudio del enjuiciamiento del ámbito de la ciencia, situándolo de lleno en la pura filosofía, pese a que la intención de Bentham ya se ha visto que era justamente la contraria<sup>97</sup>. Se anula así toda posibilidad de análisis experimental de los hechos del proceso en orden a su averiguación, por lo que su relato final en la sentencia se acaba sometiendo al olfato del juez, sólo sostenido, tal vez, con algunos datos que puedan tener, a veces, mayor base científica, como sucede con las pruebas periciales.

Pero en todo el resto, a la hora de imaginar qué fue lo realmente ocurrido, aquello de lo que disponen los jueces es solamente un puzzle de tamaño muy variable al que pueden faltarle muchísimas piezas, debiendo aventurar el juzgador la imagen final con lo poco que se sabe, es decir, con las pocas piezas de que dispone, y además de una manera extraordinariamente rápida, puesto

<sup>90</sup> Greenleaf, S. (1844). *A Treatise on the Law of Evidence*, cit. p. 14.

<sup>91</sup> Greenleaf, S. (1844). *A Treatise on the Law of Evidence*, cit. p. 14.

<sup>92</sup> Greenleaf, S. (1844). *A Treatise on the Law of Evidence*, cit. p. 13.

<sup>93</sup> Wigmore, J. H. (1904). *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, cit. vol. IV, § 2498, p. 3547. <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.35112104480316&seq=381>

<sup>94</sup> Wigmore, J. H. (1904). *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, cit. vol. III, § 2033-2034, pp. 2707 y ss.

<sup>95</sup> Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit. pp. 316-317.

<sup>96</sup> Aristóteles (2016). *organón*, “Tópicos”, Lib II, cap. VI.

<sup>97</sup> Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, cit. p. 43.

que por muy extensos que sean los retrasos en los procesos, la valoración de la prueba, al ser tan sumamente intuitiva, se hace en realidad de una manera meteórica, lo que es exactamente lo contrario a lo que recomienda el método científico.

Cuando se descubrieron los fósiles de Lucy<sup>98</sup>, aquella *australopithecus afarensis* de hace entre tres y cuatro millones de años, también se encontraron solamente algunos pocos fragmentos de su esqueleto que hubo que poner en orden con enorme esfuerzo. Lo mismo le pasó a Champollion con la escritura jeroglífica<sup>99</sup>, que desde luego consiguió interpretar con unas limitaciones muy considerables, pero que también precisaron bastante tiempo. Pues bien, si en el proceso judicial lo fiamos todo a la “experiencia” del juez en materia probatoria, estamos actuando exactamente igual que hubieran hecho los paleontólogos descubridores de Lucy si a la vista de los huesos, y sin más análisis que lo que recuerden en ese momento de sus propios estudios, hubieran afirmado que se trataba de un chimpancé, que es a lo que más se parece, por cierto. O de un ser humano con malformaciones, como le sucedió nada menos que a Rudolf Virchow<sup>100</sup> —tal vez el mejor patólogo de su época, y aún después— con el *homo neanderthalensis*<sup>101</sup>. Lo mismo le hubiera sucedido a Champollion si hubiera basado su interpretación solamente en los dibujos que veía, intentando hilvanar a partir de ahí una historia más o menos coherente, con bastante imaginación, basada en la comparación de esas imágenes con las que recordara en ese momento de su vida cotidiana. De hecho, no hacían nada muy diferente los médicos hasta hace relativamente poco cuando, a falta de auténticas pruebas científicas, deducían una enfermedad solamente de los síntomas. Muchas veces acertaban, sin duda, porque el estudio de esos síntomas es una parte importantísima de la formación de un médico<sup>102</sup>, y ya lo era entonces. Sin embargo, sin ninguna de las pruebas diagnósticas que actualmente están disponibles, el resultado era en demasiadas ocasiones fruto del azar, pudiendo matar el remedio —o la falta de él— al paciente.

La pregunta es cómo hemos llegado en materia judicial a este grado de espantoso subjetivismo que, además, damos en general por bueno incluso cuando la materia a enjuiciar en absoluto es jurídica, como ocurre, por ejemplo, con la valoración del riesgo de reincidencia para adoptar la prisión provisional, que depende solamente del estudio de la psicología de la perso-

<sup>98</sup> Jungers, W.L. (1982). Lucy's limbs: skeletal allometry and locomotion in *Australopithecus afarensis*, *Nature*, 297, 24-6, pp. 676 y ss. Johanson, D.C.; White, T.D. (1979). A Systematic Assessment of Early African Hominids, *Science*, 203, 26-1, pp. 321 y ss.

<sup>99</sup> Dolnick, E. (2022). *Die Entschlüsselung der Hieroglyphen*.

<sup>100</sup> Virchow, Rudolf (1854). *Handbuch der speciellen Pathologie und Therapie*.

<sup>101</sup> Virchow, R. (1872). Untersuchung des Neanderthal-Schädels, *Zeitschrift für Ethnologie*, 4, pp. 157 y ss.

<sup>102</sup> Tomàs Tutusaus, R. (2-3-2023). Segur que calen tantes proves mediques?, *Diari Ara*. Rosendal, M.; Carlsen, A.H.; Rask, M.T. (2016). Symptoms as the main problem: a cross-sectional study of patient experience in primary care. *BMC Fam Pract* 17, pp. 29 y ss.

nalidad<sup>103</sup>. La respuesta es sorprendente. Existen dos razones principales. La primera es antropológica. La segunda tiene que ver con el estudio científico en nuestra época.

La razón antropológica es probablemente la principal responsable. Permitimos que los jueces juzguen de la manera que lo hacen porque siempre lo han hecho así, y porque además sigue existiendo una confianza —aunque menguante— en el parecer del juez. Lo interesante es la razón de esa confianza, y para conocerla hay que remontarse muy atrás, a los albores del proceso judicial. No han existido enjuiciamientos en el mundo hasta hace aproximadamente cinco mil años<sup>104</sup>, puede que más, pero no se sabe cuánto. Surgieron muy probablemente en la cultura egipcia<sup>105</sup>, habiendo situado sus gobernantes la principal base fundacional de su sistema político en la correcta resolución de conflictos<sup>106</sup>, lo que ponía a la justicia en el mismísimo centro del Estado, cosa que hoy en día sería insólita. Antes de ese momento, debieron existir en todo el mundo los llamados procesos asamblearios<sup>107</sup>, que consistían en que las comunidades humanas, que contaban con un reducido número de miembros, valoraban en su conjunto un conflicto, habitualmente recurriendo a testimonios de integrantes de la propia comunidad, siendo así el interrogatorio el primer medio de prueba de la historia del proceso<sup>108</sup>.

En ese contexto, los enjuiciamientos de la comunidad eran ciertamente democráticos, por decirlo así, pues se acababa haciendo lo que estimaba la mayoría, que además era la propia autora o sostenedora de las normas de convivencia de ese grupo, de manera que el resultado final del enjuiciamiento se correspondía perfectamente con la justicia percibida mayoritariamente por el grupo. Por lo demás, es obvio que los interrogatorios se valoraban a través de la gestualidad y el modo de expresarse del declarante, exactamente igual que lo explicó Bentham<sup>109</sup> mucho después en el siglo XIX, con la diferencia de que en aquel pasado remoto, la comunidad conocía muy bien a sus integrantes al haberlos visto nacer o haber convivido constantemente con ellos, por lo que el juez sí podía tener una más fundamentada sensación de saber cuándo mentían observando su conducta física y modo de expresión. Finalmente, cuando la comunidad no se ponía de acuerdo o no poseía testimonios, está probado en muchísimas culturas del mundo el recurso a aquello a lo que acude el ser hu-

<sup>103</sup> Vid. Fazel, S.; Burghart, M.; Fanshawe, T.; Gil, S.D.; Monahan, J.; Yu, R. (2022). The predictive performance of criminal risk assessment tools used at sentencing: Systematic review of validation studies, *Journal of Criminal Justice*, 81, pp. 1 y ss. Andrés Pueyo, A.; Arbach, K. (2022). Peligrosidad y valoración del riesgo de violencia en contextos forenses, en García-López, E. (dir.) (2022). *Psicopatología forense: comportamiento humano y tribunales de justicia*, pp. 505 y ss.

<sup>104</sup> Assmann, J. (1995). *Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*, p. 58.

<sup>105</sup> Assmann J. (1995). *Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*, cit. pp. 160 y ss

<sup>106</sup> Decoeur, J.H. (2011). Maat, entre Cosmologie et Mythe: Le Principe Constitutionnel d'un Etat de Racine Chthonienne en Ancienne Egypte. *Revue Juridique Themis*, 45, 2, p. 358.

<sup>107</sup> Vid. Nieva Fenoll, J. (2023). *El origen de la justicia*, cit. pp. 104 y ss.

<sup>108</sup> Vid. Deuteronomio, cap. 19, vs. 15-21, o los preceptos 11 y 13 del código de Hammurabi.

<sup>109</sup> Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit. pp. 9 y ss.

mano cuando desconoce algo que le aflige; la divinidad. Así celebraban oráculos intentando que el juez supremo sobrenatural diera una respuesta tangible.

Recapitulando esta breve explicación, se observará que los dos elementos principales del enjuiciamiento en su origen fueron solamente los siguientes: la intuición y el recurso a la fe. Lo percibieron muy bien los egipcios cuando inauguraron la que he denominado “cultura del juez único”, creando a Maat<sup>110</sup>, su diosa de la justicia —plagiada en la Themis griega<sup>111</sup> y la Iustitia romana—, y encomendando a una sola persona, o un reducido grupo, la misión de hacer de oráculos de la diosa en nombre del Faraón, supremo oráculo<sup>112</sup>. Eso convertía claramente a los delegados del Faraón, los jueces, en sacerdotes —o al revés, es indiferente—, por lo que la confianza en su criterio supera esa proximidad psicológica o simpatía por la opinión de alguien —la confianza—, y se transforma directamente en fe.

Visto con perspectiva, por evidentemente falsario que fuera aquel sistema, fue sin duda inteligente al conseguir legitimación ante la sociedad. Tanta legitimación que, olvidados por completo esos antecedentes, la población en general sigue creyendo en la habilidad de los jueces para detectar la mentira<sup>113</sup>, lo que es científicamente aberrante, como hoy ya sabemos. Hemos ganado, no obstante, algo en lo que ya pensaron las sociedades antiguas: la elaboración de leyes. Gracias a esas normas se disciplina la labor del juez, evitando que la determinación de lo justo en cada situación dependa también de su intuición en tan gran medida. Eso es lo que ha ocurrido en la parte jurídica, que de esa forma se ha acercado claramente al terreno de la ciencia. Pero sin embargo, en la parte fáctica, al margen de la prueba pericial, no se ha hallado científicamente la manera de ayudar al juez.

En mi opinión, no se ha encontrado esa manera porque no se ha buscado realmente hasta hace muy poco. Y esa es la segunda razón del subjetivismo judicial en esta materia: el deficiente estudio científico. Los juristas nos hemos dedicado, sobre todo, a establecer los mejores métodos interpretativos de las normas jurídicas, aun fiándonos bastante también, en el fondo, de la intuición, pues suele prescindirse, por ejemplo, de análisis sociológicos o históricos que pongan las normas en contexto, y que deberían ser cotidianos de la labor judicial, situando motivadamente a las normas en su tiempo.

Pero al margen de ello, la parte fáctica ha quedado completamente huérfana, incluso siendo epistémicamente idéntica a la jurídica<sup>114</sup>. Todo lo que

<sup>110</sup> Assmann, J. (1995). *Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*, cit. p. 15. Reyes Barrios, V. (2017). El concepto de equilibrio y verdad a través de Maat, *Egiptología 2.0*, 9, oct., pp. 24 y ss. Höber-Kamel, G. (2012). Maat – Lebensprinzip und göttliche Norm, *Kemet*, 2, p. 5. Lichtheim, M. (1992). *Maat in Egyptian Autobiographies and Related Studies*, p. 9.

<sup>111</sup> Heródoto, *Historia*, Barcelona (ed. Gredos) 2020, Libro II, incisos 49 y ss. pp. 272 y ss. Aristóteles (2005). *La constitución de los atenienses*. § 11, p. 43.

<sup>112</sup> Lichtheim, M. (1992), *Maat in Egyptian Autobiographies and Related Studies*, p. 17.

<sup>113</sup> Manzanero, A.L. (2023). El engaño en contextos judiciales, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, n. 1, p. 7 y ss.

<sup>114</sup> Clermont, K.M. (2024). Generalizing Beyond Factfinding, en *A General Theory of Evidence and Proof*, p. 215.

podemos aportar en este sector es que el juez utiliza su “experiencia”. Hasta le hemos puesto una calificación supuestamente científica a ello: “máximas de la experiencia”<sup>115</sup>, que son las reglas que deberían usarse para averiguar los hechos, y que básicamente consisten en algo tan básico como pensar, es decir, en afirmar que el juez piensa cuando valora la prueba. Lo que evidentemente, no es ya que sea deficiente por completo en el terreno científico, sino que es poco menos que ridículo.

#### 4. EL USO ABUSIVO DEL HEURÍSTICO DE REPRESENTATIVIDAD

Sin embargo, el resultado referido en el anterior epígrafe no sólo es fruto de la tradición y, en parte, de la comodidad y de la superstición. Existe también una explicación psicológica y, a la postre, sociológica a todo lo acaecido.

Amos Tversky y Daniel Kahneman<sup>116</sup> explicaron que el ser humano, a la hora de tomar decisiones, se guía por unos cálculos estadísticos aproximados que suele formular en el acto, acerca del acierto de su posible decisión. Dividieron la explicación de ese hallazgo experimental en varias tendencias decisionales a las que denominaron heurísticos. Para lo que ahora interesa conviene analizar solamente uno de esos heurísticos, de hecho el primero que localizaron. Se trata del heurístico de representatividad<sup>117</sup>. El resto de heurísticos<sup>118</sup> también podrían ser relevantes para el presente análisis del enjuiciamiento probatorio, pero para no distraer la atención, basta fijarse únicamente en el mencionado heurístico.

El heurístico de representatividad explica que antes de tomar una decisión, el ser humano contrasta, con su propio recuerdo vital, otras ocasiones en que se enfrentó a situaciones parecidas, decidiendo así rápidamente qué alternativa tomar recordando por qué optó y tuvo éxito en situaciones pasadas. Explicaron los psicólogos citados que el uso de un heurístico es el propio de las decisiones rápidas, puesto que las decisiones que realmente se desea que sean más reflexionadas requieren calma y, por tanto, mayor lentitud para poder recoger todos los datos relevantes y sopesarlos. Cabe añadir que poder obrar de esta última forma es un privilegio del ser humano que puede cumplir gracias a su memoria a largo plazo<sup>119</sup> que, aun siendo deficiente, es

<sup>115</sup> Stein, F. (1893). *Das private Wissen des Richters*, p. 15.

<sup>116</sup> Tversky, A. y Kahneman, D. (1982). Judgments of and by Representativeness, en Kahneman; Slovic; Tversky (ed.). *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, pp. 84 y ss.

<sup>117</sup> Tversky, A. y Kahneman, D. (1982). Judgments of and by Representativeness, cit. pp. 84 y ss.

<sup>118</sup> Slovic, P.; Lichtenstein, S.; Fischhoff, B. (1988). Decision Making, en Atkinson; Herrnstein; Lindzey; Luce (ed.). *Stevens' Handbook of Experimental Psychology*, vol. 2. Learning and Cognition. Tversky, A.; Kahneman, D. (1982). Availability: A heuristic for judging frequency and probability, en Kahneman; Slovic; Tversky (ed.). *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, pp. 163 y ss. Kahneman, D.; Tversky, A. (1982). On the study of statistical intuitions, *Cognition*, 11, pp. 123 y ss.

<sup>119</sup> Cowan, N. (2008). What are the differences between long-term, short-term, and working memory? *Essence of Memory*, Progress in Brain Research, vol. 169, pp. 323 y ss. Norris, D. (2017). Short-term

notablemente superior a la del resto de animales. De esa manera, el abanico de datos con el que tomar una decisión aumenta, lo que incrementa así las posibilidades de que sea acertada, cosa que representa una ventaja evolutiva muy relevante.

El heurístico de representatividad guía así nuestras decisiones más cotidianas. De hecho, lo que llamamos intuición no es más que el uso de este heurístico<sup>120</sup>. En realidad, lo que nos dicta el “corazón” es aquello que somos capaces de recordar rápidamente como exitoso en nuestra propia experiencia, o incluso en la de otros. Pero como el recuerdo sólo es aproximado porque nuestra memoria desde luego no es fotográfica, aunque las decisiones puedan ser habitualmente acertadas, se producen errores que se denominan “sesgos”<sup>121</sup>. De ese modo, se tiende a sobrevalorar lo que a otros les ha ido bien, sin reflexionar sobre si aquello concretamente es realmente bueno para nosotros. También se sobredimensiona el valor de la experiencia exitosa propia, dado que a nadie le salen siempre bien las cosas. Tampoco seguir lo que hace una persona considerada triunfadora es una garantía de acierto, sino que se trata de otro de esos sesgos. Igualmente que no es siempre acertado optar por aquello que genere una emoción más intensa, por mucho que esa idea esté muy difundida positivamente en la sociedad, sobre todo gracias a la literatura, la romántica en particular, pero no solamente<sup>122</sup>.

Es fácil entender que un proceso judicial está precisamente configurado para que las decisiones del juez no sean rápidas, sino para que tenga en cuenta cuidadosamente todos los datos que le suministran particularmente los medios de prueba, al menos en la parte fáctica<sup>123</sup>. Es decir, trata de evitarse la incidencia del heurístico de representatividad, aunque pocas veces o ninguna se haya sido realmente consciente de ello. De hecho, solamente el *summatim cognoscere* romano<sup>124</sup>, y procedimientos similares, han favorecido que el juez decida lo que le parezca a primera vista, *prima facie*, para salir del paso, promoviendo así el uso del heurístico de representatividad. Pero no es lo que se espera de un proceso ordinario.

Lo sorprendente es que tras esa configuración, se fíe la valoración de la prueba a la “experiencia” del juez con el único matiz de la prueba pericial, que de hecho también puede ser valorada a través de esta experiencia del juzgador, lo que puede ser monstruoso al producirse entonces la situación paradójica de que un no experto se pone a valorar lo que afirma un experto,

---

memory and long-term memory are still different, *Psychological Bulletin*, Septiembre, 143, 9, pp. 992 y ss.

<sup>120</sup> Myers, D. G. (2003). *Intuición. El poder y el peligro del sexto sentido*, trad. de Guillermo Solana de *Intuition: its power and perils*, (2002). Hogarth, R. M. (2002). *Educación de la intuición. El desarrollo del sexto sentido*, pp. 27 y ss.

<sup>121</sup> Kahneman; Slovic; Tversky (ed.) (1982). *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*.

<sup>122</sup> Tversky; Kahneman, *Judgments of and by Representativeness*, cit. pp. 84 y ss.

<sup>123</sup> Julià Pijoan, M. (2023). Una razón de ser para el proceso judicial, *Revista General de Derecho Procesal*, n. 61.

<sup>124</sup> Dig.5.3.7.1. Ulpianus 14 ad ed. Dig.9.2.40. Paulus 3 ad ed. Dig.10.4.3.9. Ulpianus 24 ad ed. Dig.42.1.15.4. Ulpianus 3 de off. cons.

problema que intentaron paliar los criterios Daubert<sup>125</sup>. Semejante manera de hacer suele ocasionar, comprensiblemente, errores. Graves errores, de hecho. Pero esa defensa de la “experiencia” del juez es la que ha ejercitado la doctrina claramente desde Blackstone y Bentham<sup>126</sup> de manera explícita, y antes de ellos cualquier otro jurista, aun sin explicarlo siempre o exactamente así. Como ya se ha advertido, la mayoría sigue considerando, de hecho, que la experiencia es la guía principal del razonamiento probatorio. Sólo últimamente, como veremos, se han intentado poner algunos límites a esa experiencia, o al menos guiarla, aunque de un modo menos naif que el proceso romano-canónico con sus estándares.

Por tanto, el principal problema de la prueba en los procesos es que, en realidad, los juristas defienden, la mayoría sin saberlo, el uso abusivo del heurístico de representatividad en su valoración, y de hecho también en su práctica. Se espera del juez que saque adelante su trabajo sin retrasos, y que tenga, con una rapidez milagrosa, unos recursos atencionales y una capacidad de acierto que, desde luego, no posee ningún ser humano. Si se mira con atención, lo que se les pide a los jueces es que, como en la antigüedad más remota, sigan haciendo de oráculos, al menos en materia probatoria, adivinando —más que determinando— cuál es la realidad de los hechos, intuyendo a ver si les convencen los testigos, o las partes con sus relatos, intentando adivinar —no descubrir— cuál es la realidad que se esconde detrás de la postura e impostura de ambas partes. Adivinación que es, naturalmente, la misma que la de los antiguos oráculos.

Ante ello, muchos jueces tratan de defenderse. En esta época conocen mejor sus propias debilidades, que son las derivadas de esa “experiencia”. Experiencia que, además, en demasiados casos ni siquiera existe en realidad. Pero para remediar esas debilidades, ante la absoluta inadecuación de la regulación de los procesos judiciales para tomar decisiones realmente reflexivas en todo caso, buscan, curiosamente, las antiguas seguridades del régimen de prueba legal. Y así, igual que los antiguos jueces egipcios<sup>127</sup>, le dan un valor muchas veces abusivo a los documentos, desde luego en el proceso civil, pero también en el proceso penal, sobre todo con los muy frecuentes, hoy en día, documentos multimedia<sup>128</sup>.

Tras ello, todo lo que no tenga ese soporte documental, directo o casi, se tacha de “elucubración”, descuidándose así la necesaria labor judicial en la apreciación de los indicios, es decir, la elaboración de las inferencias, separándose así tantas veces de la realidad. Y es que, como es obvio, la auténtica verdad de los hechos no siempre se documenta, sino que lo acaecido sólo ha ido dejando esas piezas del puzzle que debe recomponerse.

<sup>125</sup> Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993). General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997). Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999).

<sup>126</sup> Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit. pp. 33 y ss.

<sup>127</sup> Helck, W. (1999). Gerichtsbarkeit, en *Kleines Lexikon der Ägyptologie*, p. 98.

<sup>128</sup> Son muy numerosos los casos en que sucede. *Vid.* Por ejemplo SAP 608/2024 Madrid, Sec. 26, 16-10-2024. SAP 644/2024 Málaga Sec. 4, 24-9-2024.

Actuar de esa forma —confundir la inferencia con la elucubración— en otros ámbitos hubiera llevado a no descifrar los jeroglíficos egipcios hasta no encontrar a un egipcio de hace dos mil años que los conociera. O no confirmar la existencia del *australopithecus afarensis* hasta no descubrir un esqueleto completo. Seguiríamos afirmando que el hombre fue creado hace seis mil años con barro, naciendo la mujer de una de sus costillas. Y esa explicación, siendo tradicional, se correspondería con la experiencia del juez, viniendo además refrendada por sabios y antiquísimos textos religiosos de indudable autoridad.

Desde luego, lo anterior puede sonar a exageración, pero no lo es. Los jueces —con la excepción de los juristas del *Common Law*, como ya vimos— han descuidado en demasiadas ocasiones la apreciación de los indicios a lo largo de la historia, sin darse cuenta de que esos indicios son las piezas del puzzle que hay que recomponer. Esos indicios no tienen, además, inferior valor al que puede tener un “documento”. Ese documento no es más que otro indicio que también hay que tener en cuenta, pero no separándolo de todos los demás ni arrinconando ese resto de datos, que suelen ser aniquilados por ese “documento”. Claramente, demasiados jueces piensan que la “experiencia” —incluso el “sentido común”— enseña que si alguien dispone de un documento, el mismo será auténtico si es oficial o no hay datos de su manipulación. Es absurdo pensar hoy en día que un ser humano que da fe de la veracidad de un documento, no ha podido corromperse aprovechando la incomprensible clandestinidad que siguen teniendo aún hoy los actos notariales, incomprensible sobre todo con la enorme tecnología presente en la actualidad y que sí daría mejor fe de lo que se quiso documentar. Además, es igualmente estúpido pensar en este momento que cualquier transcripción de conversación de WhatsApp, cualquier vídeo o cualquier audio, son auténticos, porque la existencia de *deepfakes*<sup>129</sup> lo niega claramente, siendo que hay una parte importantísima de ellos que no son detectables. Pero el heurístico de la representatividad, es decir, la decisión rápida marcada por la tradición y que deriva en un modo de enjuiciar absurdo, avala el actual estado de los procesos judiciales, que es científicamente inaceptable. Sólo se salva, a veces como ya se ha dicho, la prueba pericial.

## 5. LA INFLUENCIA DEL “SESGO DE JUSTICIA”

Por si lo anterior fuera poco, esas lagunas científicas en la actividad probatoria favorecen fáciles manipulaciones por parte de los jueces, al dejarles un margen de maniobra inmenso que, esencialmente, es poco controlable, sobre todo si la revisión propia de los recursos se limita a la cuestión de de-

<sup>129</sup> Weiss M. (2019). Deepfake Bot Submissions to Federal Public Comment Websites Cannot Be Distinguished from Human Submissions, *Technology Science*, 2019121801, 18 diciembre. <http://techscience.org/a/2019121801>. Maddocks, S. (2020). A Deepfake Porn Plot Intended to Silence Me: exploring continuities between pornographic and ‘political’ deep fakes, *Porn Studies*, 7, 4, pp. 415 y ss.

recho, como sucedió en el mundo del *Common Law* como consecuencia de la existencia del jurado<sup>130</sup>, tendencia que ha sido absurdamente copiada en muchos países del *Civil Law* con la excusa de la inmediación del juez de primera instancia con respecto a los interrogatorios<sup>131</sup>. De ese modo, los jueces de primera instancia pueden optar por creer al testigo que les apetezca, con tal de que sus mentiras no sean demasiado escandalosas. Pueden recoger selectivamente los indicios que les plazca, priorizando unos a otros, sin demasiados problemas, siempre que lo hagan con algo de cuidado para no levantar la liebre. No es difícil que habiendo construido de antemano, en los primeros momentos del proceso, un relato intuitivo, después se busquen solamente las piezas que encajen en el mismo, dejando de lado el resto.

Y con ello, además, sentirá el juzgador que está haciendo “lo justo”, puesto que encargado como está el juez de averiguar la verdad en los procesos<sup>132</sup>, se habrá hecho ya una idea intuitiva de lo acaecido antes de dictar la sentencia, cambiando pocas veces ese parecer inicial durante su redacción, siendo víctima de otro heurístico, el de anclaje y ajuste, que provoca el sesgo de confirmación<sup>133</sup>.

Pero todo ello viene, además, refrendado por otro sesgo que, en este contexto, tal vez habría que investigar. Podría denominársele “sesgo de justicia”, si no fuera porque no es deseable aumentar todavía más la extensísima lista de sesgos<sup>134</sup>. En todo caso, es el sesgo que le hace pensar al juez que lo que percibe intuitivamente se corresponde con lo justo. Tiene una incidencia tremenda, y tal vez sea útil para que el juez se sienta seguro de sí mismo en su profesión, pero llevado al extremo hace de él una víctima propiciatoria de la soberbia.

Pero no es un sesgo exclusivamente del juez, sino del ser humano en general. Es el llamado sesgo de “tiene sentido”<sup>135</sup>, que coincide en este contexto con el denominado “sesgo del experimentador” o “sesgo de la expectativa”<sup>136</sup>. El primero es un error derivado, naturalmente, del heurístico de representatividad, y consiste en la convicción de que un relato es cierto sólo porque

<sup>130</sup> Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, cit. p. 455.

<sup>131</sup> SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32; 29 de octubre de 1991; 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia (§ 71); 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España (§ 37).

<sup>132</sup> Taruffo, M. (2009). *La semplice verità*, pp. 97 y ss.

<sup>133</sup> Tversky, A.; Kahneman, D. (1974). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, *Science*, New Series, vol. 185, n. 4157, 27-9, pp. 1128 y ss. Saks, M.J.; Kidd, R.F., Robert F. (1986). Human information processing and adjudication: Trial by heuristics, en Arkes; Hammond (ed.). *Judgment and decision making. An interdisciplinary reader*, p. 229. Garrido Martín, E.; Herrero Alonso, C. (1997). Influence of the Prosecutor's Plea on the Judge's Sentencing in Sexual Crimes: Hypothesis of the Theory of Anchoring by Tversky and Kahneman, en Redondo; Garrido; Pérez; Barberet, *Advances in Psychology and Law*, pp. 215 y ss.

<sup>134</sup> Entre otros muchos, Sheffield, E. (2021). Expectation Bias, en Raz, M., Pouryahya, P., *Decision Making in Emergency Medicine; Biases, Errors and Solutions*, pp. 135 y ss.

<sup>135</sup> Garnham, A.; Oakhill, J. (1996). *Manual de psicología del pensamiento*, p. 288. Einhorn, H.J.; Hogarth, R.M. (1986). Judging probable cause, *Psychological Bulletin*, 99, p. 5.

<sup>136</sup> Sheffield, E. Expectation Bias, cit. pp. 135 y ss.

se corresponde con las creencias previas del sujeto sobre el tema, es decir, nuevamente con su experiencia. El segundo se produce cuando un experimentador tiende a confirmar datos solamente porque son coherentes con sus expectativas sobre un experimento<sup>137</sup>, lo que se corresponde a la perfección con lo que le puede suceder a un juez al valorar la práctica de la prueba, y de ahí que evaluar la solidez o coherencia interna —*consistency*— en este escenario sea erróneo, por más que insistan en ella algunos autores que han tratado de describir estándares de prueba. Justamente estos sesgos son los que tratan de inducir tantas veces los abogados en el juez, aprovechando el llamado *framing effect*<sup>138</sup>, que intenta que la explicación de los litigantes le “cuadre” al juzgador, es decir, que le encaje en sus creencias previas, para que les dé la razón.

Pues bien, todo eso es lo que le provoca al juez seguir su “experiencia” como base de su razonamiento. Decisiones que tienen altísimas posibilidades de ser erróneas y que le hubieran explicado a Daniel Kahneman las perplejidades sobre las decisiones judiciales que expresó acertadamente en su último libro<sup>139</sup>. Es tal vez triste pensar que la base de los procesos judiciales sea solamente la fe en la experiencia del juez, incluso en sectores donde no puede existir esta experiencia, como la evaluación gestual de la credibilidad, que hoy sabemos que carece de sentido científico<sup>140</sup>. Pero ello es lo que se deriva de las enseñanzas de Bentham, que son las que sigue la doctrina prácticamente hasta el día de hoy. Por ello, no es extraño que los jueces tengan la sensación de estar haciendo “lo justo” obrando así. Puede que haya llegado el momento, por fin, mucho tiempo después<sup>141</sup>, de intentar cambiar las cosas.

## 6. INTENTOS DE OBJETIVACIÓN DE LOS ESTÁNDARES

Justamente eso es lo que pretenden los partidarios —casi cabría decir entusiastas— de los estándares de prueba: darle mayor racionalidad a la valoración de la prueba<sup>142</sup>, lo que es un fin, por otra parte, legítimo y probablemente ya inaplazable en nuestra realidad social actual, pese a todo —dejando al

<sup>137</sup> Williams, J.B., Popp, D., Kobak, K.A., Detke, M.J. (2012). P-640 - the Power of Expectation Bias, *European Psychiatry*, 27 (S1) 1-1. Sheffield, E., Expectation Bias, cit. pp. 135 y ss.

<sup>138</sup> Tversky, A.; Kahneman, D. (1981). The Framing of decisions and the psychology of choice, *Science*, 211, 4481, pp. 453 y ss. Plous, S. (1993). *The psychology of judgment and decision making*. Andrews, A.; Clawson, R.A.; Gramig, B.M. (2017). Finding the Right Value: Framing Effects on Domain Experts, *Political Psychology*, vol. 38, 2, Abril, pp. 261 y ss.

<sup>139</sup> Kahneman, D.; Sibony, O.; Sunstein, Cass R. (2021). *Noise, A Flaw in Human Judgment*, pp. 13 y ss.

<sup>140</sup> Vid. Strömwall, L.A., Granhag, P.A. y Hartwig, M. (2004). Practitioners' Beliefs About Deception, en P. A. Granhag y L. A. Strömwall (eds). *The Detection of Deception in Forensic Contexts*, pp. 229 y ss, Cambridge University Press). Sánchez, N.; Manzanero, A.L. (2023). El engaño en contextos judiciales, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, n. 1, p. 8.

<sup>141</sup> Von Liszt, *Strafrecht und Psychologie*, cit. pp. 16-18.

<sup>142</sup> Vid. Guerra, A.; Luppi, B.; Parisi, F. (2019). Standards of Proof and Civil Litigation: A Game-Theoretic Analysis, *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, pp. 1 y ss. Haack, S. (2014). *Evidence matters*, p. 56.

margen la conspiranoia— mucho más dominada por el empirismo que por la creencia. Dejando de lado ahora el relato histórico que ya fue llevado a cabo, y que aclarara tantísimas cosas, algunos autores han intentado con gran esfuerzo otorgar un contenido lo más racional posible a esos estándares, tratando de mejorar la labor judicial.

Olvidando ahora a los bayesianos<sup>143</sup>, podría decirse que los autores están divididos en tres sectores. Los que insisten en avalar un contenido intuitivo de los estándares, aquellos que intentan salvar la irracionalidad con cálculos que no son matemáticos, pero que se les parecen, y finalmente aquellos que proponen una serie de características que debería tener el razonamiento judicial en la determinación de cada estándar.

Los primeros son aquellos que defienden que el juez construye los estándares a través de su convicción interna, es decir, la intuición basada en la psicología y la introspección<sup>144</sup>. Esta es la posición tradicional, que ya se examinó, muy frecuente en los tribunales, pero que ha recibido apoyos más sofisticados últimamente aunque concluyan en el mismo lugar inicial, incluso hablando impropriamente de “probabilidad”. Clermont<sup>145</sup>, por ejemplo, afirma que no se puede reducir el “grado de creencia” de un juez a una sensación subjetiva, sino que el juez debe describir la realidad según le muestra la prueba tras seguir un proceso racional, cuyo resultado es un cierto grado de verdad. De ese modo, se estaría evaluando el grado de creencia, no el grado de veracidad<sup>146</sup>, lo que resulta coincidente con la posición tradicional de Bentham sobre el grado de creencia de los testigos, que ya fue examinada anteriormente, pero eludiendo que el juez exprese su grado de creencia con guarismos, sino con lenguaje natural: 1. Mínima posibilidad; 2. Posibilidad razonable; 3. Posibilidad sustancial; 4. Empate; 5. Probabilidad; 6. Alta probabilidad; 7. Certeza<sup>147</sup>. A partir de ahí, la labor del juez consistiría en comparar sus grados de creencia y escepticismo sobre los diferentes hechos. Este es el esquema de la llamada lógica difusa (*fuzzy logic*)<sup>148</sup>, que no deja de tener cierta similitud con el de la autoevaluación judicial de la sensación de sorpresa de un jurado que piensa condenar, al conocer que una acusación es falsa<sup>149</sup>. Al final, se está midiendo, por decirlo de algún modo, un sentimiento.

<sup>143</sup> Finkelstein, M. O.; Fairley, W. B. (1970). A Bayesian Approach to identification evidence, *Harvard Law Review*, vol. 83, pp. 489 y ss. Finkelstein, M. O.; Fairley, W. B. (1971). A comment on “Trial by Mathematics”, *Harvard Law Review*, vol. 84, pp. 1801 y ss. Finkelstein, M. O. (2009). *Basic Concepts of Probability and Statistics in the Law*.

<sup>144</sup> Clermont, K. (2023). A Theory for Evaluating Evidence Against the Standard of Proof, *Penn State Law Review*, v. 127, 2, 27-1, p. 348.

<sup>145</sup> Clermont, K. (2018-2019). Staying Faithful to the Standards of Proof, *Cornell Law Review*, n. 104, 1457, p. 15.

<sup>146</sup> *Vid.* Clermont, K. (2018-2019), Staying Faithful to the Standards of Proof, cit. p. 17.

<sup>147</sup> Clermont, K. (2018-2019). Staying Faithful to the Standards of Proof, cit. p. 21.

<sup>148</sup> Clermont, K. (2018-2019). Staying Faithful to the Standards of Proof, cit. p. 49.

<sup>149</sup> Ginther, M.; Cheng, E.K. (2018). Surprise vs. Probability as a Metric for Proof, *Seton Hall Law Review* 48, n. 4, pp. 1081 y ss. Pardo, M. S. (2018). Epistemology, psychology, and standards of proof: An essay on Risinger’s surprise theory, *Seton Hall Law Review*, 48(4). pp. 1039 y ss. Risinger, D. (2018).

El segundo grupo de autores intenta alejarse del subjetivismo de los jueces formulando una especie de cálculos que tratan de objetivar, en la medida de lo posible, la labor de valoración probatoria. De ese modo, Ferrer Beltrán<sup>150</sup> formula hasta siete estándares que establecen una graduación de niveles de convicción, describiendo con precisión el contenido de cada uno para que el juez sepa concretamente qué características debe tener la hipótesis que se dé por probada y cómo hay que haber llegado hasta ella, lo que añade un interesante enfoque metodológico a esta dirección doctrinal que está basado en la probabilidad inductiva<sup>151</sup>. Entrando en detalle, el autor describe esos niveles de convicción, fundamentalmente, en función de si el juez ha considerado “todas las hipótesis plausibles” con los datos que existan en el proceso y los que se pueda prever que aparezcan, de manera que solamente se dará por buena la hipótesis que, tras ese análisis, sea “coherente” con todos esos datos. Así se formula el estándar máximo de convicción, siendo los siguientes variaciones de este primero, en función de si se han refutado más o menos hipótesis alternativas o se ha contado con más o menos datos, llegándose a los dos estándares más bajos —que la hipótesis sea más probablemente verdadera que falsa a la luz de los datos existentes— que, desprovistos de otros elementos de evaluación, pueden ser completamente intuitivos.

El problema de esta orientación, como ya se habrá podido detectar, es que en el fondo —y en el mejor de los casos— depende de las nociones de “plausibilidad” y “coherencia” de cada cual, resultando que ambas categorías son subjetivas. Y es que bajo esos dos paraguas, el juez razonará sus conclusiones en función de su propia noción de lo plausible, que depende en gran medida —no por completo— de su experiencia, igual que esa noción de coherencia, que en el fondo se solapa con la primera al poder ser coherente solamente lo que es plausible, y al revés. Es decir, que seguimos en el ámbito de la subjetividad, con el inconveniente de que, además, le damos al juez el refrendo aparente de haber cumplido un estándar siguiendo solamente su intuición, lo que acaba siendo una justificación retórica inaceptable e incluso peligrosa, teniendo en cuenta las ansias y enorme frecuencia con que la práctica judicial acoge este tipo de pautas, que sólo tienen el objetivo de aparentar, con una motivación vistosa, que existe una valoración de la prueba que, en realidad, está ausente.

Es por ello por lo que no parece acertado que Laudan<sup>152</sup> propusiera un estándar de prueba más bajo para poder condenar en el proceso penal a criminales reincidentes, estimando que el “más allá de toda duda razonable” de-

---

Leveraging surprise: What standards of proof imply that we want from jurors, and what we should say to them to get it, *Seton Hall Law Review*, 48(4). pp. 965 y ss.

<sup>150</sup> Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción*, pp. 209 y ss.

<sup>151</sup> Cohen, L. J. (1970). *The implications of induction*. Cohen, L. J. (1977). *The probable and the provable*.

<sup>152</sup> Laudan, L. (2017). Different Strokes for Different Folks: Fixing the Error Pattern in Criminal Prosecutions by “Empiricing” the Rules of Criminal Law and Taking False Acquittals and Serial Offenders Seriously, *Seton Hall Law Review*, 48, 4, pp. 1243 y ss.

jaba en libertad a demasiados criminales, lo que suponía un perjuicio para el sistema<sup>153</sup>. Comparto la preocupación de Laudan sobre la reincidencia, pero dejando al margen cuál sea la solución a ese problema —y que puede que no tenga absolutamente nada que ver con los estándares de prueba—, no explica el autor cómo debería apreciarse ese estándar. En realidad, lo que hace es sobrevalorar la presencia de lo que no es sino un indicio —la multirreincidencia—, y a partir del mismo deriva el resto de su explicación, aunque no lo indique de ese modo. Simplemente parte de la base de que es suficiente un inferior nivel de convicción para condenar en esos casos, pero no explica cómo llegar a él. Lo que no deja de resultar curioso tras haber denunciado que la apreciación judicial del “más allá de toda duda razonable” era un desastre mal definido que olía a arbitrariedad<sup>154</sup>.

Es más, cuando intenta concretar con mayor detalle cómo llegar a cumplimentar los estándares, simplemente da pistas lingüísticas para que los jueces —o los jurados<sup>155</sup>— puedan evaluar más certeramente su nivel de convicción, que sigue siendo subjetivo... ya que el problema no está en cómo estructura un juez su subjetividad y alcanza a decir un porcentaje, intuitivo por supuesto, sino en explicar de un modo científicamente válido cómo nos alejamos definitivamente de esa subjetividad. Por ello, cuando afirma que lo correcto sería decirle a los jurados que condenen solamente si los datos que aporta la acusación descartan cualquier hipótesis “razonable” de inocencia “en que puedan pensar”<sup>156</sup>, en realidad está retrocediendo ocho siglos atrás al *secundum allegata et probata (partium)*. e incluso hasta el *secundum conscientiam* contra el que pretendió luchar Azón, por poder encubrir arbitrariedad.

El problema principal de esta tesis consiste en que Laudan parte de la base —profundamente discutible— de que en los procesos se están debatiendo “acontecimientos humanos complejos”<sup>157</sup>, es decir, situaciones de la vida real que, como dijo Bentham, son infinitamente diversificadas<sup>158</sup>. Por consiguiente, se formule como se formule la estrategia cognitiva, únicamente se está mejorando el método de análisis de la sensación de convicción. Pero al final, se analiza solamente eso: una sensación de convicción, tratando de que el juzgador al menos se base en datos, y no en corazonadas. Datos que el juzgador deberá considerar como razonables... según su experiencia, claro está o, en palabras de Laudan, en lo que sea capaz de pensar. Es por ello por lo

<sup>153</sup> Esta posición, a la que llega observando que la mitad de las imputaciones policiales acaban en sobreseimientos o absoluciones, queda clara en Laudan, *Truth, Error and Criminal Law*, cit. p. 70. Vid. también Gardiner, G. (2019). The Reasonable and the Relevant: Legal Standards of Proof, *Philosophy & Public Affairs*, 47, n. 3, p. 289. Mialon, S.H. (2024). Filing Selection and the Optimal Standard of Proof, en SSRN, pp. 1 y ss. <https://ssrn.com/abstract=4700539> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4700539>

<sup>154</sup> Laudan, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law*, cit. p. 64.

<sup>155</sup> Equiparándolos, Allen, R.J. (2018). The Declining Utility of Analyzing Burdens of Persuasion. *Seton Hall Law Review*, vol. 48, n. 4, p. 995.

<sup>156</sup> Laudan, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law*, cit., p. 83.

<sup>157</sup> Laudan, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law*, cit., p. 83.

<sup>158</sup> Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*, cit. pp. 316-317.

que acaba comparando la labor del juez con la del historiador<sup>159</sup>, volviendo a caer, inevitablemente, en la subjetividad.

Por último, están aquellos autores que, como ya se dijo, proponen una serie de características que debería tener el razonamiento judicial en la determinación de cada estándar. Allen<sup>160</sup> parte de la base —también profundamente discutible, como veremos— de que no suelen existir datos objetivos en los procesos, lo que descarta enfoques probabilísticos en esta materia, dadas las condiciones de incertidumbre que existen en cualquier litigio<sup>161</sup>. De ese modo, se trata de localizar una “plausibilidad relativa”, que se obtiene valorando la fuerza de una hipótesis a través de su consistencia o solidez —coherencia interna—, coherencia —externa—, simplicidad, ausencia de lagunas y el número de hipótesis alternativas<sup>162</sup> improbables —o descartables— que hayan tenido que formularse<sup>163</sup>. Y a partir de ahí, se trata de establecer una gradación en función de la calidad que obtengan esos parámetros conjuntamente considerados en cada caso concreto, pero combinándolos con la plausibilidad que sienta el juez en virtud de su experiencia, utilizando así claramente la abducción<sup>164</sup>.

Esa gradación situaría su punto extremo en el *beyond any reasonable doubt* que, con una formulación sencilla, se produciría cuando la hipótesis de condena sea plausible y cumpla con los indicados parámetros de calidad, y a la vez no exista otra explicación plausible por parte de la defensa<sup>165</sup>. Por su parte, el *clear and convincing evidence* se produciría cuando la versión del demandante sea mejor que la del demandado en términos de parámetros de calidad, y además el juez crea que esa versión es más plausible que la del demandado<sup>166</sup>, de acuerdo con su experiencia, por supuesto. Por último, el *preponderance of evidence* se alcanzaría partiendo de que el “riesgo de error”<sup>167</sup> del juez ya no se depositaría en manos solamente del demandante o de la acusación, sino en ambos lados de la relación procesal; lo cual, por cierto y dicho sea de paso, no es más que un completamente innecesario arrastre de la antigua doctrina de la carga subjetiva de la prueba que, si bien sigue teniendo un papel en el *pretrial* de los sistemas procesales actuales del *Common Law*, hace mucho tiempo que fue superada claramente, no ya por Rosen-

<sup>159</sup> Laudan, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law*, cit., p. 84. Vid. también Calamandrei P. (1939). Il giudice e lo storico, *Rivista di diritto processuale civile*, XVII, pp. 105 y ss.

<sup>160</sup> Allen, The Declining Utility of Analyzing Burdens of Persuasion, cit. p. 998.

<sup>161</sup> Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, no. 1-2, April, p. 9.

<sup>162</sup> En ese punto insiste Sullivan, S. P. (2019). Challenges for Comparative Fact-Finding, *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, n. 1-2, 2019, p. 100.

<sup>163</sup> Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, cit. p. 16.

<sup>164</sup> Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, cit. p. 20.

<sup>165</sup> Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, cit. p. 16.

<sup>166</sup> Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, cit. p. 16.

<sup>167</sup> Vid. Reyes Molina, S. (2020). Standards of proof as competence norms, en *Legal Interpretation and Standards of Proof*, p. 12.

berg<sup>168</sup>, sino por el § 286 ZPO<sup>169</sup> y su derivado principio de adquisición procesal, como fue identificado y designado por Chiovenda<sup>170</sup>. Pero al margen de ello, Allen y Pardo acaban afirmando que bajo el dominio de esta directriz, la hipótesis que mejor cumpla con los parámetros de calidad será también la más plausible<sup>171</sup>, en un evidente intento de objetivar la apreciación judicial que, no obstante, abandonan cuando afirman que “ninguna teoría explicará jamás todos los aspectos de una práctica social tan compleja y dinámica como la prueba”<sup>172</sup>. Cabría añadir si es imaginable que un juez mínimamente responsable pudiera jamás declarar como probada una hipótesis si no la encuentra coherente externa e internamente —consistente—. ¿Basándose en qué habría de hacerlo? Tal vez en su “experiencia”, claro está... Y por último, debe también considerarse que no siempre la “mejor explicación”, siguiendo esos parámetros, es la que refleja la realidad, sino que de hecho puede ser perfectamente lo contrario<sup>173</sup>.

En definitiva, las tres opciones intentan describirle al juez los caminos epistémicos para llegar a un razonamiento de cierta calidad, y ahí se centra exclusivamente, a mi entender, la “ventaja” de estas orientaciones doctrinales: en premiar el mayor esfuerzo de calidad de la prueba aportada, aunque con el problema de que el cumplimiento de esos criterios de calidad, como sucede con cualquier *checklist*, puede alejarnos de la realidad con una coartada que pesará como una losa, aparentando el descubrimiento de la verdad. Pero, además, tienen también en común el defecto que se ha venido denunciando. No renuncian a la “experiencia” del juez, lo que, ya se ha dicho, es otra forma de hablar de su intuición, incluso aunque se intente disfrazar tras la expresión “razonamiento de una persona razonable”<sup>174</sup>.

En definitiva, todo el resto de intentos doctrinales pecan del mismo mal: la referencia a la “experiencia”, es decir, a las consideraciones subjetivas del juez<sup>175</sup>, aunque los autores se critiquen entre sí en la elaboración de la estrategia de convicción, manteniendo así un entretenido debate que, en realidad, no lleva a ninguna parte más que a asumir, de mejor o peor gana, que el juez hace más o menos lo que quiere, sin demasiados controles realmente objetivables. De hecho, cuando se pide distinguir a los jurados entre el están-

<sup>168</sup> Rosenberg, L. (1923). *Die Beweislast*, p. 30.

<sup>169</sup> § 286 Freie Beweiswürdigung. (1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. (2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

<sup>170</sup> Chiovenda, G. (1923). *Principi di Diritto Processuale*, 3ª ed. p. 748.

<sup>171</sup> Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, cit. p. 17.

<sup>172</sup> Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, cit. p. 19.

<sup>173</sup> Taruffo, M. (2019). Some Remarks about Relative Plausibility. *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, n. 1-2, Abril, p. 131.

<sup>174</sup> Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, cit. pp. 9, 22.

<sup>175</sup> González Lagier, D. (2022). Is it possible to formulate a precise, objective standard of proof? Some questions based on an argumentative approach to evidence, en Ferrer Beltrán; Vázquez, *Evidential Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*, pp. 386 y ss.

dar *preponderance of evidence* y el *clear and convincing evidence*, no parecen conseguirlo<sup>176</sup>, y dudo mucho que los jueces sean realmente capaces de ello, aunque disponiendo de la herramienta de la motivación, pueden aparentarlo argumentativamente con mayor facilidad. No es extraño, de hecho, que los juristas ingleses herederos de los inventores del BARD, ahora formulen ese estándar de una forma mucho más simple como “*to be sure of guilt*”, sin modificar realmente el contenido<sup>177</sup>. Tal vez intentan, en el fondo, que las frases hermosas no se transformen en excusas retóricas que, lejos de permitir construir conceptos epistémicamente sólidos, confunden más que otra cosa.

En conclusión, en ninguna de sus diferentes conceptualizaciones doctrinales consiguen los estándares de prueba transformarse en una herramienta realmente objetiva. Algunos autores lo asumen resignados<sup>178</sup>, pero otros se resisten, afirmando que los estándares no miden el grado de creencia como una sensación psicológica, sino como medida de lo razonable en términos epistémicos<sup>179</sup>, lo que sería correcto si no fuera porque el grado de creencia también se mide con esos parámetros de razonabilidad, salvo que el juez pretenda acudir a simples prejuicios sociales.

A mi juicio, los primeros yerran por asumir el fracaso de esta estrategia epistémica de los estándares, como si no hubiera alternativa. Los segundos al menos intentan combatir ese decepcionante resultado, dando más pistas que, en teoría, pudieran conducir a la objetivación. Pero esas pistas, y a lo que hemos visto me remito, son esencialmente subjetivas. Se dice que ese tipo de razonamiento experiencial se emplea, en el fondo, en cualquier otro campo científico<sup>180</sup>, pero no es exactamente así. Por supuesto que en ciencia también se utilizan las intuiciones como estrategia inicial de una experimentación, pero cuidando que no estén sesgadas, en primer lugar, y sobre todo evitando en cualquier caso que ese conocimiento intuitivo sustituya al empírico, cayendo incluso, ya lo vimos, en el sesgo de la expectativa<sup>181</sup>. Hace mucho que en el ámbito científico no se admiten ni siquiera las predicciones que no estén basadas en datos. Y sin embargo, en el ámbito judicial parece que debemos contentarnos, de un modo u otro, con esas intuiciones.

<sup>176</sup> Sturman, Z. (2021). Do Standards of proof Matter in Civil Litigation? Evidence From a Randomized Survey Experiment, *The Review of Litigation*, v. 41, 1, pp. 127 y ss.

<sup>177</sup> Tuzet, G. (2023). Certainty Beyond a Reasonable Doubt: A Pragmatist Understanding of the Criminal Standard of Proof, *Contemporary Pragmatism* 20, p. 411.

<sup>178</sup> Vid. Johnson King, Z.A. (2021). The trouble with standards of proof, *Synthese*, 199, pp. 141 y ss, 151. Cumiz, J.; Dei Vecchi, D. (2019). Estándares de prueba y ponderación de derechos en la Corte Penal Internacional, *InDret* 2, p. 14.

<sup>179</sup> Haack, S. (2014). *Evidence matters*, cit. p. 56.

<sup>180</sup> Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, cit. p. 21.

<sup>181</sup> Sheffield, Expectation Bias, cit. pp. 135 y ss.

## 7. DE LA SALA DE AUDIENCIAS AL LABORATORIO

Sea como fuere, tal vez sea necesario asumir algo que ya se sospecha o incluso se ha dicho, pero afirmándolo con más contundencia: que los jueces no siguen un razonamiento deductivo, como sería científicamente lógico, sino abductivo en realidad<sup>182</sup>, puesto que ningún jurista dice lo contrario ni parece pretenderlo. También es cierto que el razonamiento judicial no está exclusivamente basado en la intuición, pues los jueces trabajan, al menos, con los retazos de información de que disponen, aunque al tener un papel tan sumamente relevante la intuición, esos retazos a veces quedan en el olvido, incluso con cierta facilidad. Y es que no están acostumbrados a lo mismo que sí lo están los científicos en general. Cuando uno de ellos expone sus conclusiones en un artículo, los otros autores van a comprobar, en primer lugar, que haya utilizado todos los datos disponibles y les dé una explicación a la conjunción de esos datos que sea verificable en otra experimentación.

Por desgracia, casi nunca se trabaja así en las instancias superiores del sistema judicial. Es más, sea por la existencia pasada o presente del jurado —como ha ocurrido<sup>183</sup> u ocurre aún en los sistemas de *Common Law*—, sea por pura tradición infundada o comodidad<sup>184</sup>, los tribunales superiores no se ocupan de la cuestión de hecho, siendo especialmente destacable el caso de los tribunales de casación en los países de *Civil Law*.

Todo lo anterior es difícilmente asumible. Aceptamos que se juegue con la vida y libertad de las personas a través de meras intuiciones de los jueces por la única razón de que suponemos, sin más, que esos juzgadores son razonables, no existiendo auténticos mecanismos que evalúen esa razonabilidad siguiendo el método científico, lo que al final se transforma en un auténtico brindis al sol. Cuidamos, eso sí, de que los jueces tengan una debida formación jurídica, pero ni siquiera eso garantiza que procedan de manera correcta cuando valoran la prueba, porque en ese caso su trabajo es más propio de un investigador, y no de un jurista en realidad. Sin embargo, por poner solamente un ejemplo, sus conocimientos de Criminalística suelen ser inexistentes, o sólo fruto de, una vez más, la “experiencia” de ver informes periciales en los procesos a lo largo de los años, informes en cuya elaboración, por supuesto, jamás colaboraron.

El hecho es que los jueces, a partir de estos retazos de información que existen en el proceso, deberían utilizar un razonamiento, como ya dije, deductivo, reconstruyendo la realidad con calma y paciencia a través de los datos que se vayan encontrando, y que muchos de los cuales serán objetivos. Es

<sup>182</sup> Tuzet, G. (2019). Abduction, IBE and standards of proof, *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 23 (1-2). p. 114.

<sup>183</sup> Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, cit. p. 455.

<sup>184</sup> SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32; 29 de octubre de 1991; 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia (§ 71); 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España (§ 37).

decir, puede que no tengamos una grabación de los hechos, pero sí múltiples indicios cuya presencia en el entorno del suceso sólo tiene una explicación posible desde el punto de vista científico, sin caer en la conspiranoia, claro está. Pero no es esa la idea generalizada existente desde hace mucho tiempo<sup>185</sup>, sino que la realidad es que permitir ese razonamiento experiencial o intuitivo del juez es algo que está implícita, aunque muy ampliamente, asumido en la jurisprudencia<sup>186</sup>, incluso cuando se trata de fingir su reglamentación acudiendo a una multitud de casos análogos, exponiendo sus circunstancias para intentar determinar un estándar<sup>187</sup>.

Y lo cierto es que la prueba precisa conocimiento<sup>188</sup> de calidad, y la trayectoria experiencial de una persona no lo es<sup>189</sup>. Ese recuerdo de vivencias, sin ir más lejos, se ve afectado por consideraciones morales<sup>190</sup> que pueden alejar del conocimiento. Y por más que eso conecte al juez con las percepciones éticas de la sociedad, lo cierto es que su trabajo ya no es ese —aunque lo fue—, sino cumplir las leyes y averiguar correctamente la verdad de los hechos, dándole la victoria a aquel litigante a quien acompañe dicha verdad y den la razón las leyes, y no la muchedumbre en el caso concreto.

En consecuencia, para obtener ese conocimiento de auténtica calidad científica, hay que salir de la sala de audiencias, donde sólo se van a activar prejuicios sociales y sensaciones de saber, y entrar definitivamente en algo parecido a un laboratorio. Y para ello son necesarios dos pasos previos: en primer lugar, cambiar la formación de los jueces, haciendo que aprendan no solamente Derecho, sino las materias que precisan para averiguar los hechos. No sólo criminalística<sup>191</sup>, sino también psicología cognitiva<sup>192</sup> y de la personalidad<sup>193</sup>, al menos, o semiótica textual<sup>194</sup>, entre un abanico de materias que harán que la formación del juez sea básicamente jurídica, porque la aplicación del derecho es una parte ineludible de su trabajo en el 100 por 100 de casos. Pero el estudio de esas otras materias también debe ser fundamental, a fin de que adquieran realmente las herramientas que necesitan para cumplir la misión que les exigimos llevar a cabo: la averiguación de los hechos.

En segundo lugar, hay que borrar el recurso a la intuición en su razonamiento, siendo sustituido por el método científico. En todo caso, lo que no podemos hacer es seguir respetando que una justicia de calidad pase por un

<sup>185</sup> Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, cit. p. 21. Tuzet, Abduction, IBE and standards of proof, cit. pp. 114-115.

<sup>186</sup> Poli, R. (2023). Gli *standard* di prova nella giurisprudenza della cassazione civile, *Rivista di Diritto Processuale*, 2, p. 462.

<sup>187</sup> United States v. Melvin, 596 F.2d 492 (1st Cir. 1979). 13-4-1979.

<sup>188</sup> Moss, S. (2022). Knowledge and Legal Proof, *Oxford Studies in Epistemology*, v. 7, p. 2.

<sup>189</sup> Cfr. Moss, S. (2022). Knowledge and Legal Proof, *Oxford Studies in Epistemology*, cit. p. 23.

<sup>190</sup> Moss, S. (2022). Knowledge and Legal Proof, *Oxford Studies in Epistemology*, cit. p. 27.

<sup>191</sup> Saferstein (2015). *Criminalistics: An Introduction to Forensic Science*.

<sup>192</sup> Fleming, S. (2020). *Cognitive Psychology*.

<sup>193</sup> Andrés Pueyo, A. (2016). *La personalidad*.

<sup>194</sup> Cassany, D. (2006). *Tras las líneas*. Lozano, J.; Peña-Marín, C.; Abril, G. (2007). *Análisis del discurso*. Marrone, G. (2022). *Introduction to the Semiotics of the Text*, Berlin 2022.

uso abusivo del heurístico de representatividad, pues ese heurístico es sólo un atajo del pensamiento, ni tampoco que pueda ser por más tiempo el blanco de los marcos mentales que tantas veces intentan inducir los abogados en los jueces. En el razonamiento judicial, precisamente, lo que queremos es que el juez no caiga en la trampa de este tipo de atajos, porque deseamos que piense lento, no rápido<sup>195</sup>. Queremos que reflexione. Y no podemos obligarle a reflexionar con la simple herramienta de su intuición, como si su experiencia hubiera de ser o convertirse en una especie de texto sagrado, como la base de datos y los algoritmos de cualquier herramienta de inteligencia artificial, cuyo uso en el ámbito judicial siempre sería precario ante la tremenda escasez de datos completamente seguros de procesos previos que, además, sean comparables con las circunstancias de un proceso concreto del presente<sup>196</sup>.

Cuando los jueces eran prácticamente sacerdotes encargados de interpretar el oráculo de Maat en el antiguo Egipto<sup>197</sup>, era perfectamente coherente que el juez juzgara a través de su intuición. Pero ahora mismo, seguir por el camino de la fe, aunque se le llame creencia, experiencia o intuición, supondrá seguir en una vía muerta. La fe debe aplicarse a la religión, no más allá. Como dijo otro ser humano mucho más autorizado que yo<sup>198</sup>, y no se equivocaba, a Dios lo que es de Dios, y al César lo que es del César.

## 8. LA AVERIGUACIÓN DE LOS HECHOS: ¿UNA MISIÓN IMPOSIBLE? ¿HACIA UN CAMBIO CULTURAL?

Si no se procede del modo anterior, los procesos seguirán siendo solamente lo que han sido en la historia del mundo desde que nacieron hace unos cinco milenios: un mecanismo que, aparentando descubrir la verdad —y a veces consiguiéndolo—, lo que busca en realidad es una opinión de un tercero imparcial sobre el conflicto que, conectando con los valores éticos de la sociedad, deje tranquila a esa comunidad con la solución adoptada. Como hemos visto, los egipcios se esforzaron en que ese valor ético fuera la averiguación de la verdad<sup>199</sup>, pero las tremendas dificultades de proceder a esa labor con los medios de la época y aún mucho después, frustraron ese objetivo hasta el día de hoy, siendo sustituido por el razonamiento intuitivo, más preocupado de que el juez trabaje rápido aparentando sapiencia que de cualquier otra cosa. Por ejemplo, en lugar de lo anterior, la población podría haber asumido que el juez no sólo fuera alguien especialmente inspirado, o incluso formado, para resolver litigios, sino que debería ser un científico

<sup>195</sup> Julià Pijoan, M. (2023), Una razón de ser para el proceso judicial, cit.

<sup>196</sup> Vid. Julià Pijoan, M. (2024), *La computarización del Derecho, a partir del proceso y los procedimientos judiciales*, pp. 41 y ss, 50.

<sup>197</sup> Assmann, J. (1995). *Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*, p. 58.

<sup>198</sup> Mateo 22:21.

<sup>199</sup> Lichtheim, M. (1992), *Maat in Egyptian Autobiographies and Related Studies*, cit. p. 18.

como todos los demás. Llegó a esa conclusión Bentham<sup>200</sup>, como ya se vio, y estaba en lo cierto, pero no desarrolló la idea.

Ha llegado, sin duda, el momento de hacerlo, aunque descubriendo, sin ambages, las limitaciones de los procesos judiciales. Es necesario asumir que no siempre va a ser posible descubrir la auténtica realidad de los hechos. Habrá muchas ocasiones en que los datos existentes sí permitan ese descubrimiento, porque esos datos sólo pueden estar presentes en una sola hipótesis, que será la que se dé por probada. Recuperando el ejemplo de Coke<sup>201</sup>, si se ha visto a una persona salir corriendo de una habitación con una espada ensangrentada y la autopsia demuestra que la persona murió por un corte de dicha espada en órganos vitales, desde luego siempre podemos pensar que la víctima se clavó la espada ella misma, y que el que salió despavorido sólo intentó salvarle quitándosela, pero que presa del pánico, decidió huir para que no le responsabilizaran del homicidio. Por supuesto, podremos pensar también que otra persona escondida en la habitación fue la autora de la muerte, y que sólo salió de su escondrijo una vez hubo acabado la investigación, sin ser descubierta. Podemos pensar hasta que fue un extraterrestre, o un ser de un universo paralelo, quien se materializó en la estancia y mató a la víctima antes de esfumarse, pero todas ellas son hipótesis, o bien increíbles como la última, o completamente insólitas, no en la experiencia vital, sino en cualquier experimentación de una mínima seriedad intelectual.

Razonar con ese nivel exagerado de suspicacia en un proceso sería lo mismo que afirmar que un cadáver sin pulmones en una sala de autopsias al que se le han practicado diversas pruebas anatómicas, es en realidad un muñeco que aparenta la muerte de una persona que está viva debajo del muñeco. No hay razón alguna para activar —también intuitivamente, por cierto— un nivel superior de suspicacia cuando se está en un procedimiento judicial, al que se produce en cualquier experimentación científica, salvo que exista un buen motivo para ello. En ciencia, ese exagerado nivel de suspicacia puede obedecer a un afán crematístico de los investigadores. En el proceso judicial, desde luego, la razón de ese razonamiento paranoico puede ser el intento de falseamiento de una prueba, a fin de que prevalezca una determinada versión.

Pero esa sospecha debe poseer algún dato objetivo para activarse. No podemos dar por hecho que todos los abogados intentan engañar al juez, porque ni siquiera es así aunque ocurra en no pocas ocasiones. Pero para combatir ese fenómeno, podemos establecer mecanismos que mantengan los parámetros éticos en la labor del abogado, aunque la mejor manera de combatir esas trampas será siempre la experimentación, como sucede en cualquier sector del saber empírico.

De ese modo, la labor judicial podrá ser más comparable con la experimentación científica. Se podrán repetir en el proceso los hechos de la reali-

---

<sup>200</sup> Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*, cit. p. 43.

<sup>201</sup> Coke, E. (1826). *The Reports of Sir Edward Coke*, vol. V, parte IX, Mackalley's case, p. 122.

dad en busca del resultado, igual que se hace en cualquier experimentación, sin refugiarse en la experiencia. Quien compra, si suscribe un contrato al efecto y disfruta posteriormente del bien adquirido, sin duda quería comprarlo. Solamente eso ya descarta vicios del consentimiento, salvo que se pueda comprobar que el objeto del contrato no se adecuaba a las expectativas que quedaron fijadas en el contrato y con las que, de hecho, se consiguió que la oferta comercial tuviera éxito. El estudio de esas expectativas es capital en el análisis de los vicios del consentimiento.

Pero como decía, habrá situaciones en que será imposible averiguar la realidad, porque faltan datos. Cuando ello sucede, no ayuda la “carga de la prueba” ni ninguno de los atajos —a veces disparatados— que se han inventado los juristas a lo largo del tiempo. Hay que asumir que la duda persiste y que, en ese escenario, no es justo declarar que la realidad favorece a uno u otro contendiente, porque no es cierto. Y, por consiguiente, el sistema deberá permitir a los jueces que digan honestamente que no pueden averiguar la realidad, espantando el temor ancestral al *non liquet*. En la cultura egipcia se quiso, como ya vimos, que los jueces dieran la razón a aquellos a quienes respaldara la realidad. Hoy sabemos que, por desgracia, no siempre podemos averiguar esa realidad con un nivel de certeza científicamente aceptable. Y así habrá que asumirlo por primera vez desde hace siglos y siglos.

Esos son los casos en los que la mediación sigue siendo un recurso válido, a fin de que las partes puedan llegar a un acuerdo, resolviendo así un conflicto que la estrategia de averiguación de la realidad fue incapaz de resolver. Esa habrá de ser en el futuro —ya lo es en algunos lugares— otra parte importante de la formación de los jueces: que adquieran virtudes de pragmatismo y habilidades de acercamiento de litigantes en conflicto. No todo el mundo vale para eso, y por ello hay que escoger a los mejores en esas labores, sin olvidar los complementos de formación científica ya referidos anteriormente. Por cierto, en esta labor mediadora, la IAGen puede tener un papel futuro muy preponderante que todavía muy pocos imaginan<sup>202</sup>. No puedo desarrollar ahora este tema por salirse de los márgenes de este estudio monográfico, pero lo que se sabe ya ahora mismo al respecto resulta verdaderamente prometedor.

Por supuesto, puede pensarse que la gente preferirá una verdad oficial declarada por un juez acudiendo a los métodos actuales, incluso perdiendo el proceso, que no someterse a una mediación en la que se sentirá incómodo al tener que hacer concesiones a quien sabe que no lleva ninguna razón. Desde luego, a lo que estoy apuntando es claramente a un cambio cultural. Puede ser cierto que actualmente la gente se sienta mejor habiendo sido vencida, que no quedándose en una situación de indefinición en la que tenga que

---

<sup>202</sup> Sarita and Harsh Kumar (2021). Mediation and Artificial Intelligence: Future of Dispute Resolution, *International Journal of Law Management & Humanities*, 4, pp. 1472 y ss. Larson, D. A. (2010). Artificial Intelligence: Robots, Avatars, and the Demise of the Human Mediator, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 25, pp. 161-162.

seguir manteniendo el contacto con la parte contraria. Es posible que actualmente nadie acepte dialogar con quien le robó o le lesionó, sino que prefiera perderlo de vista para siempre, con independencia del resultado del proceso. Todo ello es producto, insisto, de una cultura en la que nos hemos acostumbrado a la fe en el juez y a la cosa juzgada. Hemos aceptado una estrategia que, en el peor de los casos, sólo pretendía separar a dos contendientes para evitar males mayores. Quién sabe si estamos en un momento en el que deberíamos apuntar a cambios en este sentido, puesto que la incomunicación sigue sin ser un buen mecanismo convivencial a la postre. Sin embargo, ello habría de ser materia de otro estudio en el que no debo ahondar en este momento, sino que debe ser forzosamente objeto de otro trabajo.

## 9. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aliste Santos, T. (2018). *La motivación de las resoluciones judiciales*, pp. 309 y ss.
- Allen, R.J. (2018). The Declining Utility of Analyzing Burdens of Persuasion. *Seton Hall Law Review*, vol. 48, n. 4, p. 995.
- Allen, R.J.; Pardo, M.S. (2019). Relative Plausibility and Its Critics, *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, no. 1-2, April, p. 9.
- Alonso Romero, M. P. (1982). *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. pp. 151 y ss.
- Andrés Pueyo, A. (2016). *La personalidad*.
- Andrés Pueyo, A.; Arbach, K. (2022). Peligrosidad y valoración del riesgo de violencia en contextos forenses, en García-López, E. (dir.) (2022). *Psicopatología forense: comportamiento humano y tribunales de justicia*, pp. 505 y ss.
- Andrews, A.; Clawson, R.A.; Gramig, B.M. (2017). Finding the Right Value: Framing Effects on Domain Experts, *Political Psychology*, vol. 38, 2, Abril, pp. 261 y ss.
- Aristóteles (2005). *La constitución de los atenienses*, Ababa ed.
- Aristóteles (2016). *Organón*, "Tópicos", Lib II, cap. VI.
- Aronson, E. (2012). *The social animal*.
- Assmann, J. (1995). *Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*.
- Azón (1567). *Brocardica (aurea)*.
- Azón (1581). *Summa Azonis*.
- Baldo degli Ubaldi (1521). *Practica Baldi*
- Basset, W.W. (1978). Canon Law and the Common Law, *Hastings Law Journal*, vol. 29, 6, 1, p. 1406.
- Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires*.
- Bentham, J. (1825). *A treatise on judicial evidence*.
- Blackstone, W. (1768). *Commentaries on the Laws of England*, t. I.
- Blackstone, W. (1775). *Commentaries on the Laws of England*, t. III.
- Boehm, C. (1985). Execution within the Clan as an Extreme Form of Ostracism, *Social Science Information*, 24, p. 311.
- Bosch, A. (1628). *Summari index o epitome dels admirables, y nobilissims titols de honor de Cathalunya, Rossello, y Cerdanya, y de les gracies, privilegis, prerrogatives, preheminencies, llibertats, è immunitats gosan segons les propries, y naturals lleys*.
- Calamandrei P. (1939). Il giudice e lo storico, *Rivista di diritto processuale civile*, XVII, pp. 105 y ss.
- Cassany, D. (2006). *Tras las líneas*.
- Chase, O. (2011). *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en*

*un contexto intercultural.*

- Chioyenda, G. (1923). *Principi di Diritto Processuale*, 3ª ed. p. 748.
- Clermont, K. (2018-2019). Staying Faithful to the Standards of Proof, *Cornell Law Review*, n. 104, 1457, p. 15.
- Clermont, K. (2023). A Theory for Evaluating Evidence Against the Standard of Proof, *Penn State Law Review*, v. 127, 2, 27-1, p. 348.
- Clermont, K.M. (2024). Generalizing Beyond Factfinding, en *A General Theory of Evidence and Proof*, p. 215.
- Cohen, L. J. (1970). *The implications of induction.*
- Cohen, L. J. (1977). *The probable and the provable.*
- Coke, E. (1826). *The Reports of Sir Edward Coke*, vol. V.
- Cowan, N. (2008). What are the differences between long-term, short-term, and working memory?, *Essence of Memory*, Progress in Brain Research, vol. 169, pp. 323 y ss.
- Cumiz, J.; Dei Vecchi, D. (2019). Estándares de prueba y ponderación de derechos en la Corte Penal Internacional”, *InDret* 2, p. 14.
- De Dou y de Bassols (1803). *Instituciones del Derecho público general de España*, t. VIII.
- Decoeur, H. (2011). Maat, entre Cosmologie et Mythe: Le Principe Constitutionnel d'un Etat de Racine Chthonienne en Ancienne Egypte. *Revue Juridique Themis*, 45, 2, p. 358.
- Dennis, I. (2013). *The Law of Evidence.*
- Diges, M. (1997). *Los falsos recuerdos.*
- Dolnick, E. (2022). *Die Entschlüsselung der Hieroglyphen.*
- Durante (1602). *Speculum iuris.*
- Einhorn, H.J.; Hogarth, R.M. (1986). Judging probable cause, *Psychological Bulletin*, 99, p. 5.
- Elizondo, F. Antonio (1783). *Práctica universal forense de los Tribunales de España, y de las Indias*, t. 4, pp. 302 y ss.
- Elster, J. (2023). Norms of Revenge, 100, 1990, p. 865.
- Farinacii, P. (1597). *Praxis et Theoricae Criminalis.*
- Fazel, S.; Burghart, M.; Fanshawe, T.; Gil, S.D.; Monahan, J.; Yu, R. (2022). The predictive performance of criminal risk assessment tools used at sentencing: Systematic review of validation studies, *Journal of Criminal Justice*, 81, pp. 1 y ss.
- Fernández de la Herrera Villarroel (1724). *Práctica criminal.*
- Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción.*
- Ferrer Beltrán, J. (2022). Prolegomena to a Theory of Standards of Proof, en Ferrer; Vázquez (ed.). *Evidential and Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*, pp. 395 y ss.
- Finkelstein, M. O. (2009). *Basic Concepts of Probability and Statistics in the Law.*
- Finkelstein, M. O.; Fairley, W. B. (1970). A Bayesian Approach to identification evidence, *Harvard Law Review*, vol. 83, pp. 489 y ss.
- Finkelstein, M. O.; Fairley, W. B. (1971). A comment on “Trial by Mathematics”, *Harvard Law Review*, vol. 84, pp. 1801 y ss.
- Fleming, S. (2020). *Cognitive Psychology.*
- Fry, D. P. (2000). Conflict management in cross-cultural perspective, en F. Aureli and F.B.M. de Waal (eds.) *Natural Conflict Resolution*, p. 339.
- Gardiner, G. (2019). The Reasonable and the Relevant: Legal Standards of Proof, *Philosophy & Public Affairs*, 47, n. 3, p. 289.
- Garnham, A.; Oakhill, J. (1996). *Manual de psicología del pensamiento*, p. 288.
- Garrido Martín, E.; Herrero Alonso, C. (1997). Influence of the Prosecutor's Plea on the Judge's Sentencing in Sexual Crimes: Hypothesis of the Theory of Anchoring

- by Tversky and Kahneman, en Redondo; Garrido; Pérez; Barberet, *Advances in Psychology and Law*, pp. 215 y ss.
- Gascón Abellán, M. (2004). *Los hechos en el derecho*.
- Gelatt, T.A. (1982). The People's Republic of China and the Presumption of Innocence, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 73, 1, primavera, p. 263.
- Ginther, M.; Cheng, E.K. (2018). Surprise vs. Probability as a Metric for Proof, *Seton Hall Law Review* 48, n. 4, pp. 1081 y ss.
- González Lagier, D. (2022). Is it possible to formulate a precise, objective standard of proof? Some questions based on an argumentative approach to evidence, en Ferrer Beltrán; Vázquez, *Evidential Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*, pp. 386 y ss.
- Greenleaf, S. (1844). *A Treatise on the Law of Evidence*, vol. I, 2ª ed.
- Guerra, A.; Luppi, B.; Parisi, F. (2019). Standards of Proof and Civil Litigation: A Game-Theoretic Analysis, *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, pp. 1 y ss.
- Haack, S. (2014). *Evidence matters*.
- Helck, W. (1999). Gerichtsbarkeit, en *Kleines Lexikon der Ägyptologie*, p. 98.
- Heródoto (2020). *Historia*, ed. Gredos.
- Höber-Kamel, G. (2012). Maat – Lebensprinzip und göttliche Norm, *Kemet*, 2, p. 5.
- Lichtheim, M. (1992). *Maat in Egyptian Autobiographies and Related Studies*, p. 9.
- Hogarth, R. M. (2002). *Educar la intuición. El desarrollo del sexto sentido*.
- Huber, S. (2022). Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, *ZZP*, 135, 2, pp. 183 y ss.
- Jaumar Carrera (1840). *Práctica forense*.
- Jiménez Fortea, J. (2007). El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica. Una visión desde Europa. *Sistemas Judiciales*, año 6, n. 12, p. 33.
- Johanson, D.C.; White, T.D. (1979). A Systematic Assessment of Early African Hominids, *Science*, 203, 26-1, pp. 321 y ss.
- Johnson King, Z.A. (2021). The trouble with standards of proof, *Synthese*, 199, pp. 141 y ss, 151.
- Julià Pijoan, M. (2023). “Una razón de ser para el proceso judicial”, *Revista General de Derecho Procesal*, n. 61.
- Julià Pijoan, M. (2023). Un análisis del fundamento de la declaración del testigo ocular como medio de prueba, a partir de la investigación empírica, *Ius et Praxis*, vol. 29, n. 2, pp. 44 y ss.
- Julià Pijoan, M. (2024). *La computarización del Derecho, a partir del proceso y los procedimientos judiciales*, pp. 41 y ss, 50.
- Jungers, W.L. (1982). Lucy's limbs: skeletal allometry and locomotion in *Australopithecus afarensis*, *Nature*, 297, 24-6, pp. 676 y ss.
- Kahneman, D.; Tversky, A. (1982). On the study of statistical intuitions, *Cognition*, 11, pp. 123 y ss.
- Kahneman, D; Sibony, O.; Sunstein, Cass R. (2021). *Noise, A Flaw in Human Judgment*.
- Kahneman, D.; Slovic, P.; Tversky, A. (ed.) (1982). *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*.
- Kappeler, V.; Sluder, R.; Alpert, G. (1988). *Forces of Deviance: Understanding the Dark Side of Policing*, Prospect Heights.
- Kohler, J. (1884). Studien über die Ordalien der Naturvölker, *Zeitschrift für vergleichenden Rechtswissenschaft*, 5, pp. 368 y ss.
- Larson, D. A. (2010). Artificial Intelligence: Robots, Avatars, and the Demise of the Human Mediator, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 25, pp. 161-162.
- Laudan, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law*.
- Laudan, L. (2017). Different Strokes for Different Folks: Fixing the Error Pattern in Criminal Prosecutions by “Empiricing” the Rules of Criminal Law and Taking Fal-

- se Acquittals and Serial Offenders Seriously, *Seton Hall Law Review*, 48, 4, pp. 1243 y ss.
- Lessius, L. (1612). *De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus*.
- Lichtheim, M. (1992). *Maat in Egyptian Autobiographies and Related Studies*.
- Llobell, J. (1997). Moral Certainty in the Canonical Marriage Process, «Forum». A Review of Canon Law and Jurisprudence, 8, pp. 303 y ss.
- Locke, J. (1690, 27 ed. London 1836). *An essay concerning human understanding*.
- Loftus, E. (1996). *Eyewitness testimony*.
- López Garrido, D. (1987). *El Aparato policial en España : historia, sociología e ideología*, pp. 61 y ss.
- Lozano, J.; Peña-Marín, C.; Abril, G. (2007). *Análisis del discurso*.
- Maddocks, S. (2020). A Deepfake Porn Plot Intended to Silence Me': exploring continuities between pornographic and 'political' deep fakes, *Porn Studies*, 7, 4, pp. 415 y ss.
- Malinowski, B. (1982). *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*.
- Manzanero, A. L. (2008). *Psicología del testimonio*.
- Manzanero, A.L. (2023). El engaño en contextos judiciales, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, n. 1, p. 7 y ss.
- Marrone, G. (2022). *Introduction to the Semiotics of the Text*, Berlin 2022.
- Mazzoni, G. (2015). *Psicología della testimonianza*,
- McConvill, M.; Mirsky, C, L. (2005). *Jury Trials and Plea Bargaining: A True Story*.
- Mialon, S.H. (2024). Filing Selection and the Optimal Standard of Proof, en SSRN, pp. 1 y ss. <https://ssrn.com/abstract=4700539> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4700539>
- Morales Villanueva, A. (1988). *Administración policial española*, pp. 174 y ss.
- Moss, S. (2022). Knowledge and Legal Proof, *Oxford Studies in Epistemology*, v. 7, p. 2.
- Murphy, P. (2005). *Murphy on Evidence*.
- Myers, D. G. (2003). *Intuición. El poder y el peligro del sexto sentido*, trad. de Guillermo Solana de *Intuition: its power and perils*, (2002).
- Nieva Fenoll, J. (2007). *Enjuiciamiento prima facie*.
- Nieva Fenoll, J. (2023). *El origen de la justicia*.
- Nieva Fenoll, J. (2024). *Derecho Procesal III; proceso penal*.
- Nörr, K. W. (2012). *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*.
- Norris, D. (2017). Short-term memory and long-term memory are still different, *Psychological Bulletin*, Septiembre, 143, 9, pp. 992 y ss.
- Nottarp, H. (1956). *Gottesurteilstudien*.
- Pardo, M. S. (2018). Epistemology, psychology, and standards of proof: An essay on Risinger's surprise theory, *Seton Hall Law Review*, 48(4). pp. 1039 y ss.
- Patetta, F. (1890). *Le ordalie*.
- Plous, S. (1993). *The psychology of judgment and decision making*.
- Poli, R. (2023). Gli standard di prova nella giurisprudenza della cassazione civile, *Rivista di Diritto Processuale*, 2, p. 462.
- Potter, G. (2013). *The History of Policing in the United States*, Parte 2, ECU School of Justice Studies, accessible en [www.academia.edu/30504361/The\\_History\\_of\\_Policing\\_in\\_the\\_United\\_States](http://www.academia.edu/30504361/The_History_of_Policing_in_the_United_States).
- Reyes Barrios, V. (2017). El concepto de equilibrio y verdad a través de Maat, *Egiptología 2.0*, 9, oct., pp. 24 y ss.
- Reyes Molina, S. (2020). Standards of proof as competence norms, en *Legal Interpretation and Standards of Proof*, p. 12.
- Risinger, D. (2018). Leveraging surprise: What standards of proof imply that we want from jurors, and what we should say to them to get it, *Seton Hall Law Review*, 48(4). pp. 965 y ss.
- Rosenberg, L. (1923). *Die Beweislast*.

- Rosendal, M.; Carlsen, A.H.; Rask, M.T. (2016). Symptoms as the main problem: a cross-sectional study of patient experience in primary care. *BMC Fam Pract* 17, pp. 29 y ss.
- Ross, L. (2024). *The Philosophy of Legal Proof*.
- Ross, L.; Nisbett, R. E. (2011). *The person and the situation*.
- Saferstein (2015). *Criminalistics: An Introduction to Forensic Science*.
- Saks, M.J.; Kidd, R.F., Robert F. (1986). Human information processing and adjudication: Trial by heuristics, en Arkes; Hammond (ed.). *Judgment and decision making. An interdisciplinary reader*, p. 229.
- Sánchez, N.; Manzanero, A.L. (2023). El engaño en contextos judiciales, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, n. 1, p. 8.
- Sarita and Harsh Kumar (2021). Mediation and Artificial Intelligence: Future of Dispute Resolution, *International Journal of Law Management & Humanities*, 4, pp. 1472 y ss.
- Serra Domínguez, M. (con Ramos) (1974). *Las medidas cautelares en el proceso civil*.
- Shapiro, B. (1991). *Beyond reasonable doubt” and “probable cause*.
- Sheffield, E. (2021). Expectation Bias, en Raz, M., Pouryahya, P., *Decision Making in Emergency Medicine; Biases, Errors and Solutions*, pp. 135 y ss.
- Sheffield, E., “Expectation Bias”, cit. pp. 135 y ss.
- Slovic, P.; Lichtenstein, S.; Fischhoff, B. (1988). Decision Making, en Atkinson; Herrnstein; Lindzey; Luce (ed.). *Stevens’ Handbook of Experimental Psychology*, vol. 2. Learning and Cognition.
- Spottswood, M. (2019). On the Limitations of a Unitary Model of the Proof Process, *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, 1-2, p. 80.
- Stein, F. (1893). *Das private Wissen des Richters*.
- Strömwall, L.A., Granhag, P.A. y Hartwig, M. (2004). Practitioners’ Beliefs About Deception, en P. A. Granhag y L. A. Strömwall (eds). *The Detection of Deception in Forensic Contexts*, pp. 229 y ss.
- Sturman, Z. (2021). Do Standards of proof Matter in Civil Litigation? Evidence From a Randomized Survey Experiment, *The Review of Litigation*, v. 41, 1, pp. 127 y ss.
- Sullivan, S. P. (2019). Challenges for Comparative Fact-Finding, *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, n. 1-2, 2019, p. 100.
- Taruffo, M. (2009). *La semplice verità*.
- Taruffo, M. (2019). Some Remarks about Relative Plausibility. *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, n. 1-2, Abril, p. 131.
- Tomás de Aquino (1497). *Summa theologiae*.
- Tomàs Tutusaus, R. (2-3-2023). Segur que calen tantes proves mediques?, *Diari Ara*.
- Tuzet, G. (2019). Abduction, IBE and standards of proof, *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 23 (1-2). p. 114.
- Tuzet, G. (2020). “Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification”, *Artificial Intelligence and Law*, 28, p. 100.
- Tuzet, G. (2023). Certainty Beyond a Reasonable Doubt: A Pragmatist Understanding of the Criminal Standard of Proof, *Contemporary Pragmatism* 20, p. 411.
- Tversky, A.; Kahneman, D. (1974). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, *Science*, New Series, vol. 185, n. 4157, 27-9, pp. 1128 y ss.
- Tversky, A.; Kahneman, D. (1981). The Framing of decisions and the psychology of choice, *Science*, 211, 4481, pp. 453 y ss.
- Tversky, A.; Kahneman, D. (1982). Judgments of and by Representativeness, en Kahneman; Slovic; Tversky (ed.). *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, pp. 84 y ss.
- Tversky, A.; Kahneman, D. (1982). Availability: A heuristic for judging frequency and probability”, en Kahneman; Slovic; Tversky (ed.). *Judgment under Uncertainty:*

- Heuristics and Biases*, pp. 163 y ss.
- Virchow, R. (1872). Untersuchung des Neanderthal-Schädels, *Zeitschrift für Ethnologie*, 4, pp. 157 y ss.
- Virchow, R. (1854). *Handbuch der speciellen Pathologie und Therapie*.
- Von Liszt, F. (1902). Strafrecht und Psychologie, *Deutsche Juristen-Zeitung*, n. 1, pp. 16-18.
- Walker, S. (1996). *The Police in America: An Introduction*. Harring, S. (2017). *Policing a Class Society: The experience of American Cities*.
- Weiss M. (2019). Deepfake Bot Submissions to Federal Public Comment Websites Cannot Be Distinguished from Human Submissions, *Technology Science*, 2019121801, 18 diciembre. <http://techscience.org/a/2019121801>.
- Wigmore, J. H. (1904). *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. II.
- Williams, J.B., Popp, D., Kobak, K.A., Detke, M.J. (2012). P-640 - the Power of Expectation Bias, *European Psychiatry*, 27 (S1) 1-1.
- Withman, J.Q. (2008). *The Origins of Reasonable Doubt*.
- Wundt, W. (1862). *Beiträge zur Theorie der Sinneswahrnehmung*.



## ALLE ORIGINI DELLA PRIMA CODIFICAZIONE PROCESSUALE SPAGNOLA FRA IDEOLOGIA LIBERALE E AUTARCHIA CULTURALE

AT THE ORIGINIS OF THE FIRST SPANISH PROCEDURAL CODE  
BETWEEN LIBERALISM AND CULTURAL SELF-SUFFICIENCY

Filippo Noceto\*  
Università degli Studi di Genova

**RIASSUNTO:** Il presente lavoro si propone di esaminare alcuni momenti del percorso storico-evolutivo che conduce all'emanazione del primo codice processuale spagnolo, focalizzandosi sul relativo *côté* ideologico-culturale. In particolare, muovendo dall'atteggiamento di revisionismo critico della dottrina spagnola di inizio '800 verso il diritto delle compilazioni, si intende approfondire le vicende che hanno favorito il consolidamento, nella *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 1855, di una filosofia di riforma del processo civile di stampo storico-tradizionalista

**PAROLE CHIAVE:** codificazione processuale; ideologia liberale; filosofie di riforma del processo civile; *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

**ABSTRACT:** This work aims to examine significant moments in the historical development that led to the first Spanish procedural code, with particular emphasis on its ideological and cultural dimensions. Moving from the early 19th-century Spanish doctrine's critical revisionist stance toward medieval procedural law, it explores the events that resulted in the consoli-

---

\* Dottore di ricerca. [filippo.noceto@edu.unige.it](mailto:filippo.noceto@edu.unige.it) <https://orcid.org/0000-0003-2980-9674>. Il presente contributo costituisce una sintetica rielaborazione di alcune riflessioni, diffusamente sviluppate in Noceto (2024), concernenti l'evoluzione della disciplina della preparazione della causa, in Italia e in Spagna, nel periodo ricompreso fra le genesi delle codificazioni liberali ottocentesche e la presentazione dei progetti di riforma che preludono alla formazione dei codici vigenti (a intendere, rispettivamente, il c.p.c. del 1940 e la *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 2000).

ation, within the 1855 *Ley de Enjuiciamiento Civil*, of a historical-traditionalist philosophy of civil procedure reform.

**KEYWORDS:** codification of procedural law; liberalism; philosophies of civil procedure reform; *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

**SOMMARIO:** 1. PRIME MANIFESTAZIONI DI REVISIONISMO CRITICO DELLE FONTI DI DIRITTO COMUNE NELLA DOTTRINA PROCESSUALE SPAGNOLA DI INIZIO OTTOCENTO.— 2. LIMITATE INFLUENZE DELLA LEGISLAZIONE LIBERALE FRANCESE, ISOLAMENTO CULTURALE E GENESI DI UNA PROSPETTIVA DI RIFORMA STORICO-TRADIZIONALISTA.— 3. UN ESEMPIO DI STORIOGRAFIA GIURIDICA MANIPOLATA: LA *INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO CIVIL* DEL 1853 E L'OPPOSIZIONE DELLA CLASSE FORENSE.— 4. TENDENZE CONTRORIFORMISTE E CODIFICAZIONE DEL PROCESSO CIVILE.— 5. LA LIMITATA ESPERIENZA DELLA *LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL* DEL 1855: UN PARZIALE APPRODO ALLA MODERNITÀ PROCESSUALE.

## 1. PRIME MANIFESTAZIONI DI REVISIONISMO CRITICO DELLE FONTI DI DIRITTO COMUNE NELLA DOTTRINA PROCESSUALE SPAGNOLA DI INIZIO OTTOCENTO

La storiografia del processo civile di area europeo-continentale è solita descrivere (e celebrare) l'inizio del secolo XIX come un fondamentale momento di transizione giuridico-culturale. In effetti, pur nella estrema varietà delle caratteristiche evolutive di ciascuna esperienza nazionale, tale periodo segna generalmente il distacco dalla lunga tradizione di diritto comune e la genesi di modelli processuali tipicamente “moderni”. Con ciò volendosi intendere non soltanto il potente affermarsi del fenomeno della codificazione processuale, ma anche il sedimentarsi, in ciascuno Stato, di una compiuta visione ideologica e culturale del processo civile, destinata a influenzarne l'evoluzione per tutto il corso del secolo XIX (e, almeno in parte, anche per quello successivo)<sup>1</sup>.

In una ulteriore (e forse scontata) approssimazione, tale frangente storico rappresenta per molti ordinamenti europei l'avvio di un percorso appunto di modernizzazione, contrassegnato da istanze di radicale rinnovamento fisiologicamente commiste ad altre di sostanziale conservazione del precedente

<sup>1</sup> Nell'ambito del diritto sostanziale, le “codificazioni moderne” vengono comunemente collocate tra la fine del XVIII secolo e gli inizi del XIX secolo. E ciò, come noto, in virtù della genesi storica dei grandi modelli europei (dal prussiano al francese sino all'austriaco) che finiscono, in varia misura, per influenzare il percorso della codificazione negli altri ordinamenti continentali nel corso dell'Ottocento. Si v., ad es., Tarello (1976); Cavanna (1982), pp. 258 ss.; Birocchi (2002); Ferrante (2011). In ambito processuale, la qualificazione di “codificazioni moderne” tende, invece, a riferirsi anche ai codici emanati nella prima metà del secolo XX. Nell'accezione processuale di tale esteso e variegato fenomeno, si v., in particolare, Dondi (2019), p. 667 ss.; Dondi (2020), p. 21 ss., nonché, per diffusi riferimenti all'elaborazione statunitense, Dondi (2011), p. 3 ss. Per un'analoga prospettiva riguardo l'evoluzione della disciplina processuale italiana fra '800 e '900, si v., spec., Ansanelli (2017). Per uno sguardo d'insieme su tali vicende, si v., ad es., Engelmann (1928); van Caenegem (1973), pp. 1 ss., 54 ss.; Cappelletti (1989); van Rhee (2005). Sulla modernità giuridica nel secolo XIX, si v., ad es., anche per la diversità del contesto di riferimento, Toharia (1974); Bernecker (1999); Vogliotti (2007); Guerra (2012).

assetto della giustizia civile<sup>2</sup>. E, sempre in linea di estrema sintesi, si può dire che sia proprio il sovrapporsi di queste due opposte — e quasi connaturate — tendenze a scandire anche le peculiari vicende riguardanti la storia della prima codificazione processuale spagnola.

È, del resto, intorno a tali tendenze evolutive di fondo che, già agli inizi del secolo XIX, si dipana il dibattito dottrinale concernente le due grandi opere compilative ancora in vigore, ossia le *Siete Partidas* e la *Novísima Recopilación*. Non risulta naturalmente possibile in questa sede soffermarsi sulla complessa trama di fonti processuali raccolte in tali *corpus* normativi, né sulle conseguenti difficoltà insite nella ricostruzione ad opera della prassi della disciplina concretamente applicabile per la decisione delle controversie in prima istanza<sup>3</sup>. Basti segnalare come la dottrina dell'epoca ravvisasse nel diritto delle *compilaciones* i termini estremi di un percorso di accentramento giuridico che si snoda, dal basso medioevo all'età moderna, attraverso problemi irrisolti e tentativi di soluzione dal carattere scarsamente innovativo, specie sul piano delle variazioni tecniche prospettate. Nella visione dottrinale del tempo ciò vale in particolare a fondare (e a diffondere alla stregua di *leitmotiv* letterari) severe critiche di immobilismo riformatore, convintamente imputate all'incapacità del potere centrale di fare del patrimonio giuridico tradizionale il vero cardine dell'opera di ammodernamento della legislazione processuale<sup>4</sup>.

Individuare in questo il limite fondamentale delle politiche uniformatrici storicamente sperimentate nella penisola iberica nell'arco di cinque secoli significa, per la dottrina di riferimento, porre le basi di una nuova ideologia delle riforme processuali, alla quale saranno ispirati tutti i principali interventi legislativi realizzati nel corso del secolo XIX. Un'ideologia, senz'altro moderata e conservatrice, in virtù della quale il perfezionamento dell'esistente assetto del processo civile deve compiersi solo per gradi e, comunque, nel segno della continuità con la secolare tradizione giuridica autoctona.

D'altronde, è proprio guardando alla storia — e, segnatamente, alla storia delle riforme processuali — che la dottrina spagnola ottocentesca coglie e sistematizza l'esigenza di ripensare in chiave "tradizionalista" l'azione legislativa riguardante il processo civile. Sul piano storico, l'urgenza del cambiamento si ricollega principalmente a due fallimentari esperienze del passato. Ci si riferisce, per un verso, al recepimento acritico del diritto romano-canonico, realizzatosi con la compilazione delle *Siete Partidas*, a discapito della

<sup>2</sup> Oltre alle indicazioni che seguiranno in nota, si v., ad es., Antequera (1886), p. 5 ss., Picardi (1987), Taruffo (1980), p. 7 ss., Masferrer (2014), spec. p. 21 ss., nonché, per ulteriori rimandi bibliografici, Noceto (2024), p. 5 ss.

<sup>3</sup> Per alcuni approfondimenti e relativi riferimenti bibliografici, si v., ancora, Noceto (2024), pp. 10-34.

<sup>4</sup> Con riguardo alle *Siete Partidas*, si v., ad es., Martínez Marina (1808), p. 321 ss.; Sempere y Guarinos (1823), pp. 28, 85. In merito alla *Novísima Recopilación*, si v., invece, de Vicente y Caravantes (1856), vol. I, p. 90; Gómez de la Serna (1860), pp. 465-469; Gómez de la Serna (1868), pp. 244-245 e, meno critico, Ortiz de Zúñiga (1856), p. X.

variegata trama di fonti particolaristiche altomedievali; e, per altro verso, agli insoddisfacenti risultati dell'ultima grande opera compilativa del 1805, la *Novísima Recopilación*, a sua volta implicante una mera riproposizione del diritto comune, senza la necessaria attenzione alla rielaborazione e al coordinamento delle "culture locali" del processo civile. Si tratta di circostanze che, nella previsione di ulteriori riforme, renderebbero appunto manifeste le conseguenze negative di una politica accentratrice fondamentalmente passiva e non improntata all'autonomo riadattamento delle fonti interne. In quello che potrebbe definirsi un modello di evoluzione dal basso, il rinnovamento della tradizione rappresenterebbe quindi, al contempo, la condizione preliminare all'eventuale accettazione di influenze normative esterne e lo strumento privilegiato di livellamento del particolarismo giuridico.

È, dunque, in tale prospettiva che le ricostruzioni storiografiche della prima metà del secolo XIX sembrano assumere una connotazione sostanzialmente revisionista. In particolare, vi si percepisce una tendenza alla riconsiderazione di interpretazioni consolidate, che appare, però, prevalentemente supportata soltanto da brevi valutazioni critiche e coincise analisi del contesto storico-normativo di riferimento. Con riguardo alla monumentale e celebrata opera delle *Siete Partidas* (non casualmente nota nella cultura giuridica europea come *Pandectas Castellanas*), ciò che si pone in risalto è «*la imprudencia en haber intentado transformar de un golpe, y sin oportunidad, toda legislación antigua*»<sup>5</sup>. E altrettanto criticamente si descrive la *Novísima Recopilación*, come un «*cumulo de leyes anticuadas*», «*lleno de inexactitudes y de anacronismo*»<sup>6</sup>.

L'importanza che tali ricostruzioni assumono, nell'avvalorare un'esigenza di mutamento nella cultura delle riforme del processo civile, risulta certo notevole, ma solo sul piano latamente politico. Contrapposizioni radicali e ampie esemplificazioni contribuiscono a delineare e diffondere una rilettura critica dell'esperienza passata che, per ampia parte del secolo XIX, sarà presente nel dibattito istituzionale come giustificazione di riforme dai contenuti anche profondamente diversi. Nelle spesso ondivaghe dichiarazioni programmatiche del legislatore, i risultati della precedente elaborazione giuridica acquistano caratterizzazioni negative più o meno intense, senza però determinare un loro effettivo abbandono sul piano tecnico-disciplinare. Nonostante i molteplici difetti (o presunti tali), le *Siete Partidas* e la *Novísima Recopilación* rappresentano infatti le principali fonti organiche sulle quali innestare quell'opera di riammodernamento della tradizione che, nell'opinione di larga parte della dottrina e del potere politico, si considera la linea direttrice del cambiamento<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. Sempere y Guarinos (1823), p. 28.

<sup>6</sup> Cfr. de Vicente y Caravantes (1856), vol. I, p. 90 e v., analogamente, Antequera (1874), pp. 441-422; Marichalar, Manrique (1876), pp. 533-538; Falcón (1880), pp. 593-603; Danvila y Collado (1885-1886), pp. 310-318. Per uno sguardo esterno, si v., ad es., von Rauchhaupt (1923), pp. 196-206; Vance (1937), pp. 124-127.

<sup>7</sup> Si v., anche per ulteriore bibliografia, Fairén Guillén (1969), pp. 26 ss., spec. 58-59, nonché *infra* par. 2.

## 2. LIMITATE INFLUENZE DELLA LEGISLAZIONE LIBERALE FRANCESE, ISOLAMENTO CULTURALE E GENESI DI UNA PROSPETTIVA DI RIFORMA STORICO-TRADIZIONALISTA

L'eredità della lunga tradizione del particolarismo giuridico iberico che la Spagna del secolo XIX si trova a dover raccogliere risulta evidentemente complessa. E ciò non soltanto per le difficoltà insite nell'attuazione di politiche di accentramento e uniformazione giuridica adeguate alle mutate esigenze del tempo, ma anche per i problemi che da tale situazione derivano sul piano della gerarchia delle fonti. Dalla molteplicità e confusione delle varie legislazioni di origine monarchica e particolaristica discendono, innanzitutto, rilevanti problemi in merito all'individuazione delle normative applicabili; e ulteriori problemi si pongono con riguardo al coordinamento delle norme di diritto processuale in esse raccolte<sup>8</sup>.

Fra i molteplici fattori che concorrono a determinare un simile stato di cose, ve ne è soprattutto uno in grado di evidenziare una sorta di estraneità del modello processuale spagnolo rispetto alle tendenze evolutive riscontrabili nell'Europa meridionale e, segnatamente, in Italia. Il riferimento è alla piuttosto limitata influenza esercitata dal *Code de procédure civile* napoleonico sulle riforme e sui tentativi di riforma registratisi nel Regno di Spagna a partire dal 1812.

Appare certo singolare che un evento di tale importanza per la storia della giustizia civile passi in maniera così rapida e quasi senza lasciare tracce di rilievo, specie considerando il diverso impatto avuto dal *Code civil* sul lungo processo di codificazione del diritto privato spagnolo<sup>9</sup>. Non è, infatti, un caso

---

<sup>8</sup> Si v., ad es., Acedo Rico y Rodríguez (1794), p. 22 ss.; De Aliaga Bayot y Sálasguasquí (1805), p. 9 ss.; Martínez Salazar (1828), p. 107 ss.; De Tapia (1837), p. 149 ss.; Acedo Rico y Rodríguez (1845), p. 11 ss., nonché Pérez Martín, Scholz (1978).

<sup>9</sup> Come risulta dall'ampia e diversificata letteratura esistente in argomento, il dibattito sull'influenza esplicata dal *Code civil* sul processo di codificazione del diritto privato spagnolo incrocia temi di grande interesse storico-culturale, oltre che prettamente tecnico-giuridico. Un dibattito che, specie dall'inizio del secolo XXI, sembra indirizzarsi verso una sostanziale riconsiderazione delle opinioni affermatesi nella dottrina spagnola a partire dalla seconda metà dell'Ottocento. In tale prospettiva, v., *ex multis*, Petit (2008), p. 1773 ss.; Petit (2019); Petit (2023), pp. 165-230; Masferrer (2011), p. 419 ss.; Baró Pazos (2014), p. 53 ss.; e, per un quadro d'insieme sullo stato delle precedenti ricostruzioni dottrinali, v., ad es., Baró Pazos (1993), p. 25 ss. Per quanto qui interessa, dall'analisi dei progetti di codificazione elaborati nella prima metà del secolo XIX e dal loro raffronto con il *Código civil* del 1889 studi recenti ricavano numerosissimi esempi attestanti una progressiva e piuttosto intensa attività di rivisitazione dei contenuti del Code napoleonico da parte della dottrina spagnola del tempo. E ciò, in particolare, nell'ottica sia di uno schietto riadattamento in chiave "tradizionalista" delle soluzioni normative francesi, sia di una comunque attenta valorizzazione del comune retroterra culturale e giuridico di riferimento, rappresentato dal diritto romano (cfr., ancora, J. Baró Pazos (1993), pp. 114-117). Secondo tale impostazione dottrinale, l'incidenza del *Code civil* sulla codificazione del diritto privato spagnolo andrebbe dunque ricostruita non quale mera imitazione o mimesi del modello francese, ma quale evento di profonda trasformazione dell'approccio metodologico della dottrina e del relativo sguardo alle esigenze di ammodernamento del sistema privatistico-sostanziale (sull'originalità della codificazione spagnola del 1889, si v., del resto, quanto già a suo tempo rilevato da Sumner Lobingier (1907), p. 411 ss.).

che parte della dottrina contemporanea ravvisi proprio in questa curiosa separazione (per non dire deliberato distacco) dalla cultura processuale francese la principale ragione di critica dell'evoluzione del processo civile spagnolo nel corso del secolo XIX. Con ciò, in definitiva, raffigurando un percorso evolutivo che, dal Medioevo all'approvazione della *LEC* del 1881, si caratterizza — in negativo — per un'assoluta originalità, dettata tanto dall'assenza di influenze provenienti dalle circostanti culture giuridiche, quanto dall'adozione di un sistema di riforme incentrato sul riadattamento delle fonti tradizionali di diritto comune<sup>10</sup>.

Con ogni probabilità, una delle cause principali delle peculiarità attribuite al "modo spagnolo" di concepire le riforme del processo civile si rinviene in quello che potrebbe definirsi *l'autre côté* della Guerra di indipendenza del 1808. È, infatti, soltanto a partire da tale momento che ha inizio, in diversi settori dell'ordinamento spagnolo, un percorso di graduale distacco dalla tradizione giuridica medievale, sino ad allora profondamente radicata<sup>11</sup>.

La portata di un così esteso mutamento nella legislazione del Regno di Spagna appare confermata anche dalla prevalente impostazione storiografica, che proprio nel conflitto del 1808 individua la linea di confine tra la caduta dell'*antiguo régimen* (inteso nella sua più recente configurazione settecente-

<sup>10</sup> A riguardo, le parole probabilmente più celebri ed evocative sono quelle di James Goldschmidt, contenute nel *Prólogo* dell'edizione in lingua spagnola del suo *Zivilprozessrecht* (già riedito in Berlino nel 1932): «*El proceso español es un recipiente liberal del siglo XIX, en el que se ha vaciado el vino antiguo del proceso común de los siglos pasados*». Cfr. Goldschmidt (1936), p. X, nonché, *ivi*, Alcalá-Zamora y Castillo (1936), pp. 66-82. Per ulteriori esempi di condivisione e riproposizione della tesi ricostruttiva riportata nel testo, si v., *ex multis*, Fairén Guillén (1969), p. 20 ss.; Fairén Guillén (2000), p. 331 ss.; Fairén Guillén (2001), p. XI ss.; Montero Aroca (1976); Montero Aroca (1996), p. 169 ss.; Montero Aroca (2000), p. 583 ss.; Montero Aroca (2010), p. 15 ss.; Fiestas Loza (1985), p. 413 ss.; Álvarez Cora (2002); Álvarez Cora (2012), p. 81 ss.; Ramos Méndez (2006), p. 27 ss.; Pino Abad (2014), p. 429 ss.

<sup>11</sup> Appare piuttosto significativo che due delle maggiori opere sulla storia del diritto spagnolo individuino nella Guerra d'indipendenza del 1808 l'inizio di un esteso processo di riforma dell'ordinamento giuridico tradizionale, salvo poi descriverne in termini parzialmente diversi la generale tendenza di fondo. Nell'opera di García-Gallo (1967), vol. I, p. 111, la «*época contemporánea*» si qualifica come un periodo storico improntato alla «*desnacionalización del Derecho español*», intesa quale vera e propria sostituzione del «*antiguo ordenamiento jurídico por otro calcado o inspirado en el Derecho extranjero*». Per contro, nella ricostruzione di Sánchez (1980), p. 175, il moto riformatore «*contemporáneo*» segna l'inizio del periodo del «*Derecho nacional*», a intendere non soltanto l'ormai acquisita percezione dell'*«indole nacional de las leyes, dadas ahora para todo el país español»*, ma anche il consolidarsi di una compiuta visione uniforme del fenomeno legislativo e dei relativi obiettivi politici nazionali. Come si cercherà di segnalare *infra* nel testo, in ragione del suo carattere davvero peculiare, la situazione relativa alla riforma del processo civile presenta alcuni profili di affinità con entrambe le tesi storico-ricostruttive qui brevemente riassunte, sia pur con due rilevanti precisazioni. La prima è che l'influenza del diritto francese — concordemente riconosciuta da entrambi gli autori in termini generali, ossia come di fatto circoscritta al recepimento della forma-codice (cfr. García-Gallo (1967), vol. I, pp. 114, 447; Sánchez (1980), p. 175) — assume complessivamente una scarsa incidenza sulle riforme e i tentativi di riforma che si rinvengono nel corso del secolo XIX; rappresentando, piuttosto, il *Code de procédure civile* una sorta di modello antagonista, rispetto alle politiche riformatrici che, lungo tutto l'800, risultano invariabilmente ispirate a obiettivi di razionalizzazione e ammodernamento delle fonti tradizionali di diritto comune. La seconda precisazione è data dal fatto che l'elemento «*nacionalista*» non rappresenta per la riforma del processo civile soltanto una tendenza di fondo o un valore-guida dell'azione legislativa, ma un vero e proprio vincolo da rispettare per la concreta realizzazione di qualunque innovazione o modifica del preesistente assetto giuridico.

sca di *despotismo ilustrado*) e la nascita dello *Estado liberal*. Un passaggio tra sistemi di governo ed epoche storiche che segna il brusco coinvolgimento del Regno nelle trasformazioni istituzionali in atto presso le principali monarchie europee; e che, per l'appunto attraverso questo sguardo verso l'esterno, dà vita a quella contrapposizione ideologica di fondo tra *liberalismo* e *realismo* che, per ampia parte del secolo XIX, animerà il dibattito politico interno<sup>12</sup>.

La breve parentesi dell'insediamento di Giuseppe Bonaparte sul trono di Spagna e la conseguente reazione indipendentista delle Corti di Cadice rappresentano, invero, i tentativi più eclatanti di porre fine al precedente assetto della monarchia borbonica e di far seguire a essa la creazione di un ordinamento giuridico tipicamente "moderno", in quanto ispirato ai principi delle Costituzioni francesi della fine del secolo XVIII<sup>13</sup>. Si tratta di tentativi che, come noto, perseguono finalità politiche molto diverse. Eppure, le ragioni che ne causano il fallimento possono dirsi in parte analoghe. In entrambi i casi, ciò che si intende realizzare è una rivoluzione dall'alto: un'estesa trasformazione dell'ordinamento, guidata da una ristretta *élite* di intellettuali e politici, che avrebbe dovuto rappresentare una sorta di punto di non ritorno rispetto alla risalente strutturazione della monarchia spagnola<sup>14</sup>.

L'insuccesso in cui si risolve il programma politico del re francese risulta senza dubbio più plateale, sia per gli obiettivi che questi si proponeva, sia per il modo con il quale si intendevano perseguire. Al di fuori del circoscritto numero di coloro che, per inclinazione culturale, interesse personale o di categoria, aderiscono e collaborano all'instaurazione della dittatura napoleonica (definiti in maniera dispregiativa come *afrancesados*), la maggior parte della società spagnola si schiera a difesa dell'assolutismo borbonico, assestandosi su posizioni rigidamente reazionarie<sup>15</sup>.

L'orientamento generale non cambia di molto neppure quando, nel mutato quadro delle forze militari e politiche in campo, a farsi interprete dei sentimenti di riforma in senso liberale della monarchia spagnola sono le Corti di

<sup>12</sup> Risulta ancora oggi imprescindibile il riferimento alla monumentale opera di Queipo de Llano y Ruiz de Saravia (1835-1837), recentemente riedita con un'interessante presentazione di Varela Suanzes-Carpegna (2008), p. 172 ss. e consultabile anche in lingua italiana, con traduzione di Marenesi (1838).

<sup>13</sup> Nell'ambito di una vastissima letteratura di carattere monografico e saggistico, si v., ad es., de Lizaur y Lacave (1906); Conard (1909), p. 21 ss.; Sanz Cid (1922), p. 65 ss. e, con specifico riguardo alla Costituzione di Cadice, anche per ampi rimandi bibliografici, Aymes (2003), p. 45 ss.; Perona Tomas (2011), p. 367 ss.

<sup>14</sup> Su tali profili, v., con riferimento alla Costituzione di Baiona, Artola (1973), p. 18 ss.; Fernández Segado (1986), p. 63 ss. e, con riguardo alla Costituzione di Cadice, Sánchez Agesta (1955), p. 97 ss.; Ferrando Badía (1962), p. 169 ss.; nonché, con alcune precisazioni relative all'influenza del modello inglese, Varela Suanzes-Carpegna (1995), p. 245 ss.

<sup>15</sup> Oltre alle indicazioni che verranno fornite nel prosieguo, si v., *ex multis*, Morodo (1994), pp. 36-43, 75-76 e, quale riferimento di carattere generale, nell'ampia letteratura del secolo XIX, v., ad es., Lafuente (1889), pp. pp. 312-329. Sul ruolo culturale e politico dei cosiddetti *afrancesados* nel corso dell'800, v., ad es., Méndez Bejarano (1912), pp. 167-201, 323-353; Artola (1953); e, nel contesto di una notevolissima produzione dell'autore in argomento, v., spec., López Tabar (2001), pp. 23-102.

Cadice<sup>16</sup>. Benché lo scopo fondativo dell'assemblea gaditana sia certamente quello di rovesciare il regime costituzionale instaurato da Giuseppe Bonaparte a Baiona, a creare una frattura fra la popolazione e i liberali di Cadice è il riproporsi, in questi ultimi, di istanze di rinnovamento in massima parte ascrivibili all'illuminismo francese. Un retroterra culturale e ideologico, quello del liberalismo gaditano, che segna appunto una profonda rottura nella coesione politica realizzatasi nel segno del movimento indipendentista; e che — come subito si dirà — risulta incidere anche sulle successive scelte in tema di riforma del processo civile<sup>17</sup>.

Per limitarsi a qualche esempio, nelle discussioni che precedono la promulgazione del testo costituzionale del 1812, lo scontro tra le posizioni più progressiste e quelle appartenenti all'area maggiormente conservatrice dell'assemblea rende evidente la sostanziale diversità di vedute e di aspirazioni sui caratteri fondamentali da attribuire al nuovo ordinamento giuridico spagnolo<sup>18</sup>. Con una certa dose di demagogia, i deputati realisti — anche noti come *serviles* per la loro rigida visione assolutistica — pongono al centro del proprio manifesto politico il rifiuto aprioristico di qualsiasi istanza di cambiamento modellata sull'esperienza francese, incontrando, in tal modo, l'adesione di amplissime parti della popolazione e del clero<sup>19</sup>.

Di fronte al rischio di una crisi di rappresentatività dalle possibili disastrose conseguenze, la componente liberale delle Corti di Cadice compie una scelta per molti versi cruciale, in quanto destinata a improntare di sé il modo di concepire le riforme delle istituzioni monarchiche e il relativo assetto giuridico (compreso, appunto, quello processuale). Si tratta della scelta di attribuire pubblicamente un nuovo significato alle aspirazioni di modernizzazione del Regno di Spagna; o, in altri termini, di presentare all'opinione pubblica un'immagine diversa della rivoluzione in atto e delle sue immediate finalità.

L'essenza di tale approccio politico può farsi consistere in quello che oggi si definirebbe un uso "pubblico" della storia, a intendere l'utilizzo di una riletture del passato — spesso selettiva, se non del tutto artefatta — mirante alla creazione di una parvenza di continuità tra le istanze di riforma e l'esi-

<sup>16</sup> Per un riferimento di massima al processo costituzionale di Cadice, si v. il celebre lavoro monografico di Tomás y Valiente (1995), p. 13 ss., consultabile anche in lingua italiana con un'autobiografia dell'autore e prefazione di Romano (2003).

<sup>17</sup> Sulla congiuntura fra l'imposizione *manu militari* del modello costituzionale francese, realizzatasi con la promulgazione della Costituzione di Baiona del 1808, e la sostanziale riproposizione dei principi a esso riconducibili nella Costituzione di Cadice del 1812 ad opera della componente liberale delle Cortes, si v., *ex multis*, Alcalá Galiano (1995), pp. 440-445; Nieto (1996), pp. 64-65; Fernández Sarasola (2005), p. 1 ss. Sulla conseguente opposizione manifestata dalla popolazione e dal clero, v., ad es., Artola (1957), pp. V-XLIV, XLI; Álvarez Junco (2012), p. 144.

<sup>18</sup> Si v., *amplius*, Sánchez Agesta (1955), pp. 45-101, spec. 59-60.

<sup>19</sup> Per alcuni riferimenti di base su tale contrapposizione ideologica, v., ad es., de Marliani (1840), pp. 43-62, spec. 47-48 e, anche per ampi rimandi bibliografici, Salcedo y Ruiz (1914), pp. 530-536, 544-557. Sull'intransigente posizione antifrancesa della componente più reazionaria delle Corti di Cadice, v., anche per l'agevole consultazione di numerosissimi documenti, sia precedenti sia contestuali al dibattito parlamentare, García-Gallo (1967), vol. I, pp. 861-862 e García-Gallo (1967), vol. II, pp. 1021-1025, 1034-1037, 1043-1045.

stente<sup>20</sup>. Una tecnica di legittimazione politica in senso lato, che consentirà ai liberali di Cadice di adombrare la predominante matrice ideologica del proprio disegno riformatore e, al contempo, di elevarsi a restauratori di una tradizione liberale tanto autenticamente spagnola quanto del tutto fasulla<sup>21</sup>.

Il tentativo di affermare in tal modo un'identità storica e culturale realmente alternativa all'*antiguo régimen* non otterrà tuttavia i risultati desiderati. Può, anzi, dirsi che, per larga parte del secolo XIX, il sostanziale fallimento della rivoluzione di Cadice costituirà l'esempio in grado di sintetizzare la netta opposizione della società spagnola del tempo a ogni proposta di riforma che miri a trasformare radicalmente il pregresso sistema giuridico-istituzionale<sup>22</sup>.

Sullo sfondo del clima culturale e politico che contraddistingue la nascita dello *Estado liberal*, alcune peculiarità del modo spagnolo di concepire le riforme del processo civile sembrano dunque trovare una qualche ragion d'essere e un proprio particolare significato. In effetti, quanto dinanzi osservato non vale tanto a spiegare l'emergere, nella società civile dell'epoca, di tendenze reazionarie e ostili alla cultura giuridica francese (di per sé ravvisabili anche in molti Stati preunitari italiani dopo la caduta del regime napoleonico), bensì a mettere in luce l'affermarsi, in seno alla versione più "progressista" del liberalismo spagnolo, di un'ideologia per così dire storico-tradizionalista delle riforme processuali, che finirà invariabilmente per riproporsi lungo tutto il secolo XIX<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Ci si intende riferire, in particolare, alla pervasiva incidenza, nella politica liberale di Cadice, della corrente ideologica dell'*historicismo nacionalista*. Cfr., infatti, Varela Suanzes-Carpegna (1987), p. 32: «*en España el liberalismo pretendió conjugar la defensa de la libertad con el nacionalismo, las doctrinas revolucionarias con la apelación a la tradición histórica nacional. Una pretensión que en gran parte era fruto de esa doble y contradictoria tarea [...] la de defender a España frente a la invasión francesa y a las ideas francesas frente a buena parte de España*».

<sup>21</sup> Cfr., ancora, J. Varela Suanzes-Carpegna (1987), pp. 38-39: «*Los liberales doceañistas, en efecto, pretendían extraer de los códigos medievales españoles los principios y las instituciones básicas del moderno constitucionalismo. [...] Para ellos, la Constitución de Cádiz no era sino la restauración de las leyes fundamentales de la Edad Media*». Una circostanza, questa, che risulta confermata dall'incipit dello stesso *Discurso preliminar á la Constitución de 1812*, pronunciato dal "Divino" Agustín de Argüelles: «*Nada ofrece a la Comisión en su proyecto que no se halle consignado del modo más auténtico y solemne en lo diferentes cuerpos de la legislación española*» (discorso di recente riedito in forma integrale: de Argüelles (2011), p. 67). Più generale, un esempio emblematico dell'utilizzo della storia spagnola con chiare finalità di legittimazione politica può rivenirsi in Martínez Marina (1813), ove il celebre storico del diritto ambisce a costruire una continuità tra l'*antiguo régimen* e l'*Estado liberal*, attraverso una dettagliata disamina delle più risalenti istituzioni politiche succedutesi nella penisola iberica. Del resto, che si tratti di un'opera-manifesto dell'*historicismo nacionalista*, in sé espressiva delle sue inevitabili forzature e contraddizioni, è circostanza ampiamente rilevata, tra i tanti, da Sempere y Guarinos (1810), spec. pp. 104-105 e da de Vélez (1825), vol. II, p. 173 ss. Per una recisa critica dell'approccio politico seguito dai *liberales* sulla scia dell'*historicismo nacionalista*, v., spec., Vilar, Hídalgo, (1982), pp. 217, 226.

<sup>22</sup> Già nella fondamentale opera di Queipo de Llano y Ruiz de Saravia (1835-1837), l'esperienza costituzionale di Cadice appare infatti «*destinada á pasar, como decía un antiguo de la vida, á manera de un sueño de sombra*». Cfr. Varela Suanzes-Carpegna (2008), p. 1083. Per un unico riferimento a riguardo, v., ad es., Vicens Vives (1959), p. 342.

<sup>23</sup> Si v., anche per i necessari riferimenti bibliografici, Noceto (2024), p. 135 ss.

Sotto il profilo che qui interessa, l'atteggiamento assunto dai *liberales* si traduce, innanzitutto, nella scelta di ripensare in chiave apparentemente *nacionalista* il proprio programma e, in particolare, quelle innovazioni che, sull'esempio dell'ordinamento francese, si aspira a introdurre nei vari ambiti della legislazione spagnola<sup>24</sup>. In questa prospettiva-limite, ogni riforma va concepita in modo da poter essere attuata senza suscitare reazioni ostili; il che generalmente significa rimanere all'interno del sistema previgente e degli orientamenti consolidati nella prassi, oppure apportare modifiche — più o meno ampie, a seconda dei casi — curando che siano comunque percepite come ispirate alla mitizzata tradizione medievale spagnola e di sostanziale continuità con l'esistente.

In un ambito che, forse più di altri, può dirsi ancora addentro al Medioevo e alle sue leggi, come quello dell'amministrazione della giustizia civile, l'impronta conservatrice del riformismo liberale si manifesta con singolare intensità e con conseguenze di vasta portata e prolungate nel tempo. Pur di fronte all'oggettiva esigenza di riforme generali e radicali della giustizia civile, l'idea che prevale e si consolida, nella classe politica liberale, consiste essenzialmente nel preservare l'eredità del diritto comune, proseguendo sulla via delle sistemazioni parziali e dell'innesto di soluzioni tutto sommato coerenti con la struttura originaria del processo. Ne discende, nel complesso, un'impostazione culturale e metodologica, contraddistinta da un profondo legame con la memoria storica e l'identità nazionale spagnola, ove l'elemento cardine della continuità con la tradizione dell'*antiguo régimen* non rappresenta un'ideologia di facciata per legittimare soluzioni innovative o percepibili come tali, ma un autentico vincolo da rispettare per il buon esito di qualsiasi riforma<sup>25</sup>.

In questo sguardo rivolto al passato, le istanze provenienti dalle culture straniere e da quella francese, in particolare, assumono un'importanza del tutto marginale. Il *Code de procédure civile* — che, assieme agli altri codici francesi, sarebbe dovuto entrare in vigore durante l'occupazione napoleonica — finirà per rappresentare una sorta di modello antagonista; o, in altre parole, il prodotto di una cultura giuridica, diffusamente osteggiata e respinta, dal quale distaccarsi sotto ogni profilo, persino a livello linguistico<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Cfr. Suanzes-Carpegna (1987), p. 41: «*El remitirse a historia nacional y el exhumar los viejos documentos y códigos para probar tal o cual interpretación del pasado, se convirtió en un manido expediente tanto para justificar las reformas como para evitarlas*».

<sup>25</sup> È questa, del resto, la declinazione dell'*historicismo nacionalista* che si rinviene nella componente *realista*/conservatrice delle Corti di Cadice. Cfr., ancora, Suanzes-Carpegna (1987), p. 41, ove può leggersi: «*El significado y alcance del historicismo nacionalista, común a realistas y liberales, cobraba unos perfiles bien distintos en uno y otro caso. [...] Los primeros identificaban la historia con la tradición. [...] Y a esta tradición le asignaban una misión no sólo condicionante, sino normativa*».

<sup>26</sup> Sul proposito di Napoleone di estendere anche alla Spagna occupata l'applicazione dei codici francesi (e, in particolare, del *Code civil*), v., ad es., Conard (1909), pp. 116-117, ove si rinviene il richiamo all'art. 53 del primo progetto della Costituzione di Baiona, prevedente l'applicazione del *Code Napoléon* come «*la loi civile du royaume*» (norma poi stralciata dal testo definitivo del 1808). Sul riproporsi di tale aspirazione in Giuseppe Bonaparte a seguito della tardiva annessione all'Impero francese della Catalogna, v., ad es., del Pozo Carrascosa (1992), p. 189 ss. e, ivi, il cenno all'art. 5 del *Decreto imperial* del 2 febbraio 1812, con il quale, congiuntamente alla nomina a *Intendentes de la Cataluña* del Barón de Ge-

L'esempio forse più emblematico dell'ortodossia culturale di tale periodo è dato dalla creazione dello stesso termine "*enjuiciamiento*", che ancora oggi designa la legislazione processuale spagnola<sup>27</sup>. Si tratta di un neologismo che compare per la prima volta, a livello legislativo, nel *Código de Comercio* del 1829 (art. 1219), per poi affermarsi definitivamente con l'adozione della *Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio* del 1830<sup>28</sup>.

Effettivo autore di tali testi normativi, e artefice del neologismo in questione, è Pedro Sainz de Andino: celebre giurista *afrancesado*, esule in Francia in seguito alla Restaurazione del 1814 e, infine, riabilitato nella compagine governativa della Spagna conservatrice per volontà del ministro de Hacienda, Luis López Ballesteros<sup>29</sup>. Proprio per il suo passato politico, Sainz de Andino si dimostra un fedele interprete del riformismo più cauto, specie sotto il profilo della presa di distanze dalla cultura processuale francese e della conseguente necessità di attribuire fondamenta tradizionaliste alle pur minime innovazioni<sup>30</sup>. E, infatti, è proprio a questa capacità di adattamento allo spirito del tempo e al modo spagnolo delle riforme che si ricollega la pragmatica scelta di evitare il ricorso a vocaboli, come "*procedimiento*" o "*procedimientos*", poco presenti nella tradizione spagnola e, per contro, sensibilmente vicini per assonanza alla "*procédure*" francese<sup>31</sup>.

---

rando e del Conde de Chauvelin, si ordina la predisposizione di «*toutes les mesures préparatoires pour la publication du Code Napoléon, du Code de procédure civile et criminelle, du Code pénal et du Code de Commerce*». Sulle vicende qui sinteticamente ricordate, v., *amplius*, Petit (2008), pp. 1773, spec. 1787-1802.

<sup>27</sup> Su tale aspetto, v., spec., Cachón Cadenas (2019), pp. 55-80.

<sup>28</sup> Cfr. art. 1219.1 del *Código de Comercio* del 1829: «*En cuanto al órden de instrucción y sustanciación en todos los procedimientos é instancias que tienen lugar en las causas de comercio, se estará á lo que prescribe el Código de enjuiciamiento, rigiendo entre tanto una ley provisional que promulgaré sobre esta materia*». Il testo di tale disposizione può leggersi a pp. 520-521 *Código de Comercio, decretado, sancionado y promulgado en 30 de Mayo de 1829. Edición Oficial* (1829). Madrid: Librería de Rosa. Per alcune considerazioni sulle principali innovazioni introdotte dalla cosiddetta *Ley de Enjuiciamiento Mercantil* con riguardo alla disciplina della preparazione della causa, si v., anche per ulteriore bibliografia, Noceto (2024), p. 47 ss.

<sup>29</sup> Sul ruolo di Pedro Sainz de Andino nella codificazione del diritto commerciale sostanziale e processuale, v., ad es., Rubio García-Mina (1950), p. 25 ss.; García Madarìa (1982); Toscano de Puelles (1987); García Giménez (2003); Aranguren (2005), spec. p. 107 ss.

<sup>30</sup> L'assoluta peculiarità del contesto politico e culturale nel quale si elaborano le riforme riguardanti l'amministrazione della giustizia civile spagnola trova un'ulteriore conferma sia nella derivazione sostanzialmente francese del *Código de Comercio* del 1829 sia nelle significative differenze riscontrabili tra questo codice e la *Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio*. Cfr., in proposito, Foucher (1838), pp. XVIII, XX-XXI: «*Le nouveau Code de commerce espagnole peut donc être considéré comme un commentaire légal de la loi française. [...] Mais si le Code de commerce est un véritable modèle législatif, malgré quelques imperfections qui se découvrent de loin en loin, il n'en est pas ainsi de la Loi de procédure. Cette partie de la nouvelle législation espagnole nous a même paru tellement défectueuse, mise en rapport avec son objet et son but, que nous aurions hésité à la traduire*». Sulla marcata influenza esplicita dal *Code de Commerce* del 1807 sull'elaborazione del primo codice commerciale spagnolo, v., de Saint-Joseph (1844), p. 55 ss. (ove può leggersi una tavola sinottica di raffronto fra il codice di commercio francese e i principali codici commerciali europei della prima metà del secolo XIX); Gómez de la Serna (1863), pp. 17-22; Tomás y Valiente (1981), p. 510; Sánchez-Arcilla Bernal (1994), p. 518; Lasso Gaité (1998), 6., p. 56 ss. e, più di recente, Petit (2016), p. 357 ss.; Perona Tomás (2014), pp. 361-395; Perona Tomás (2015), p. 17 ss.

<sup>31</sup> Cfr., Cachón Cadenas (2019), pp. 69-80. Sull'abilità politica di Sainz de Andino nell'adombrare il proprio retroterra culturale *afrancesado*, v., spec., J. López Tabar (2001), pp. 340-346. Sempre con

### 3. UN ESEMPIO DI STORIOGRAFIA GIURIDICA MANIPOLATA: LA INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO CIVIL DEL 1853 E L'OPPOSIZIONE DELLA CLASSE FORENSE

Una sostanziale conferma delle ricostruzioni sin qui realizzate sembra potersi trarre dalle successive vicende della riforma del processo civile<sup>32</sup>. Costituisce in effetti una circostanza ampiamente acquisita nella storiografia contemporanea che a incidere sul risultato finale del primo percorso di codificazione del diritto processuale spagnolo sia stata anche, se non soprattutto, l'esigenza di sostituire un precedente tentativo di riforma organica del processo civile, costituito dalla *Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real jurisdicción ordinaria* del 1853.

È stato detto, a proposito della *Instrucción del procedimiento civil*, che essa rappresenta la riforma processuale più innovativa realizzata nella Spagna del secolo XIX, al punto da essere stata anche accostata — certo, in un momento storico di particolare fascinazione per la cultura giuridica di area germanica — all'ordinanza kleiniana del 1895<sup>33</sup>. Pur prescindendo da tali valutazioni, non sembra comunque potersi negare che la *Instrucción* rappresenti uno dei tentativi più rilevanti di rimediare ai molti difetti del processo di diritto comune spagnolo. Ma pare altrettanto agevole constatare come si tratti di un'opera legislativa che non esprime, né intende esprimere, una nuova concezione del processo civile e delle sue relative funzioni, come anche attestato dal fatto che essa esclude dal proprio ambito di intervento sostanziali modifiche del preesistente assetto del modello procedimentale ordinario. Può, anzi, dirsi che si tratti di una riforma derivata dall'esperienza, dall'osservazione diretta delle prassi giudiziarie e forensi dell'epoca e, quindi, da un atteggiamento di estremo realismo nella prospettazione di alcune possibili soluzioni allo stato emergenziale in cui versa la giustizia civile spagnola nella prima metà del secolo XIX<sup>34</sup>.

---

riferimento al termine «*enjuiciamiento*», si v., nella medesima chiave storico-ricostruttiva proposta nel testo, Beceña González (1927), pp. 3-4, ove può leggersi: «questa denominazione ha un grande valore rappresentativo e scopre una delle peculiarità della nostra legislazione processuale civile, la quale non è un sistema, ma una compilazione di disposizioni precedenti in materia [...]. La nostra legislazione processuale civile rappresenta una zona totalmente sottratta all'influenza francese, tanto estesa in Europa in materia processuale e predominante nelle altre sfere della nostra organizzazione politica e amministrativa». In senso analogo, si v., altresì, Montero Aroca (1997), pp. 172-173.

<sup>32</sup> Il titolo del presente paragrafo contiene un evidente richiamo al noto saggio di Liebman (1974), p. 100 ss.

<sup>33</sup> In tale prospettiva, si v., spec., Alcalá-Zamora Castillo (1936), p. 70; Alcalá-Zamora Castillo (1948), pp. 87-88; Fairén Guillén (1969), p. 93; Fairén Guillén (2007), p. 106. Ancor prima, sempre in una prospettiva dominata dalla ricerca di parallelismi fra la riforma spagnola del 1853 e i principi comunemente ricondotti alla dottrina pubblicistica di matrice germanica, si v., spec., Prieto-Castro (1953), pp. 114-133, spec. 119-120; de Pina Milán (1953), pp. 187-188.

<sup>34</sup> Come subito si dirà, risulta piuttosto probabile che l'elaborazione della *Instrucción* si deva all'allora ministro guardasigilli, José de Castro y Orozco. Senza scendere in un'analisi di carattere biografico, pare interessante segnalare come nel *cursus honorum* del guardasigilli figurino sia l'esercizio della professione forense, nel collegio della città di Granada, sia lo svolgimento di funzioni requirenti

Per quanto distanti da obiettivi di riforma radicale, le finalità della *Instrucción* si pongono comunque in netta antitesi con il ruolo, per certi aspetti egemonico, tradizionalmente acquisito dalla classe forense nella “gestione pratica” dello strumento processuale; ruolo che trova il suo naturale *pendant* in un atteggiamento schiettamente conservatore. In effetti, i correttivi di ordine formale e sostanziale, che la *Instrucción* mira a introdurre nella disciplina del rito ordinario, entrano inevitabilmente in contrasto con consuetudini consolidate in un lunghissimo periodo di tempo. Con ciò a intendere non tanto il novero delle prassi volte a colmare lacune o risolvere questioni di pura pratica del processo, ma piuttosto i connessi fenomeni di elusione delle norme processuali considerate inadeguate a garantire una piena tutela degli interessi delle parti private. D'altra parte, a giustificare questa sorta di immobilismo sul fronte delle riforme è, in particolare, la convinzione che la principale garanzia del processo risieda nel suo formalismo, ossia nella accentuata analiticità delle regole (qui poco importa se dettate dal legislatore o ricostruite in via di sedimentate interpretazioni) che scandiscono tempi e modalità di esercizio dei poteri dispositivi delle parti, escludendo ogni profilo di discrezionalità o di arbitrio del giudice. Con riserva di tornare a breve su tali aspetti, si può dunque affermare che, nella percezione della classe forense di allora, il processo di diritto comune, così come “perfezionato” dalla prassi, riassumesse tutte le caratteristiche di un processo civile “moderno”; e che, pertanto, nessuna riforma delle leggi esistenti risultasse davvero indispensabile per una migliore amministrazione della giustizia civile.

Non è possibile stabilire se i rischi legati alla reazione conservatrice dell'ambiente forense siano stati adeguatamente valutati dall'allora ministro di grazia e giustizia, de Castro y Orozco, al momento di predisporre il testo finale della *Instrucción*<sup>35</sup>. In ogni modo, è un fatto che la rapida abrogazione della riforma del 1853 sia dipesa anche da scelte politiche piuttosto insolite e,

---

e giudicanti presso il foro granadino e savigliano. Si v., *amplius*, Alonso Furelos (2015), pp. 75-85. Una circostanza, questa, valorizzata dallo stesso ministro nella relazione illustrativa che accompagna la *Instrucción*: «Hombre de ley el Consejero que subscribe, respeta como el que más los fueros del Parlamento; más en su larga carrera de magistrado y jurisperito ha tocado muy de cerca los achaques habituales de nuestra administración de justicia; ha oído los incesantes clamores de las víctimas, y tiene la íntima persuasión de que grava su conciencia de hombre público si, pudiendo, dilata por un solo día el aplicar al mal algún remedio». Cfr. p. 8 della *Esposición á S.M., Real Decreto è Instrucción del procedimiento civil, con respecto á la real jurisdicción ordinaria de 30 de setiembre de 1853* (1855). Madrid: Imp. Ministerio de Gracia y Justicia.

<sup>35</sup> Come anticipato, la paternità della *Instrucción del procedimiento civil* non sembra poter essere ricondotta, con assoluta certezza storica, al ministro guardasigilli José de Castro y Orozco. Si v., spec., Prieto-Castro (1953), p.115; Fairén Guillén (1969), p. 90; Fairén Guillén (2007), p. 103. Tuttavia, sembrano diversi gli elementi in grado di avvalorare tale ricostruzione. Si v., infatti, Cachón Cadenas (2013), p. 63 ss. Oltre al passaggio della relazione illustrativa precedentemente richiamato in nota, nel quale indubbiamente traspare la connotazione personale dell'opera, va considerato che l'approvazione della *Instrucción* avviene a distanza di soli dieci giorni dalla nomina di de Castro y Orozco a ministro di grazia e giustizia (Alonso Furelos (2015), p. 94). E ciò senza alcun preventivo coinvolgimento della Commissione specificamente costituita, nel 1846, con l'obbiettivo di elaborare un testo di c.p.c. (v., spec., Lasso Gaité (1998), 2., pp. 44-45. Non secondariamente, la piena riconducibilità della riforma all'opera personale del guardasigilli costituisce uno dei principali aspetti sui quali si incentrano le critiche provenienti dal partito di opposizione e dalla stessa classe forense (v. *infra*).

per certi versi, decisamente avventate. Innanzitutto, rispetto al normale *modus legiferandi* dell'epoca, risulta senz'altro inconsueta la scelta del ministro di servirsi della forma del *Real Decreto* per l'approvazione della *Instrucción*; o, in altre parole, di intervenire sulla disciplina del processo civile mediante una tipologia di provvedimento legislativo che, nel particolare regime costituzionale instaurato nel 1845, non necessita di successivi atti di convalida da parte del parlamento. L'ulteriore conseguenza di questa scelta è che la *Instrucción* entra in vigore al momento della pubblicazione nella *Gaceta Oficial*, senza l'usuale termine di *vacatio legis* e senza che il relativo testo fosse stato precedentemente diffuso attraverso canali ufficiali del ministero<sup>36</sup>.

La *Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real jurisdicción ordinaria* entra dunque in vigore il 4 ottobre 1853, a soli quattordici giorni dalla nomina di de Castro y Orozco a ministro di grazia e giustizia del governo conservatore presieduto da Luis José Sartorius. La pubblicazione del testo della *Instrucción*, accompagnato da un'importante relazione illustrativa a firma dello stesso ministro, incontra subito le critiche del partito progressista. Ciò che lo schieramento di opposizione rileva è che si tratti di un'opera legislativa affrettata, priva della necessaria legittimazione parlamentare e del tutto non condivisibile nelle sue linee di fondo<sup>37</sup>.

L'importanza di questo dato non è secondaria, dal momento che la compagine partitica del progressismo liberale annovera i più autorevoli esponenti dell'accademia e della classe forense del tempo. Il che consente di estendere la battaglia politica per l'abrogazione della *Instrucción* anche al versante dottrinale, ove risulta in particolar modo evidente l'assenza di interlocutori altrettanto qualificati fra le fila politiche del partito conservatore<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> La *Instrucción del procedimiento civil*, approvata con *Real Decreto* del 30 settembre 1853, è pubblicata nella *Gaceta de Madrid*, n. 277, *martes 4 de octubre de 1846*. Pertanto, come anche ribadito dall'art. 105 della stessa *Instrucción*, la riforma «*se observará en todas sus partes en cuantos negocios se principien después de su publicación*». Su tale aspetto, si v., ad es., Prieto-Castro (1953), p. 115; Fairén Guillén (1969), pp. 91-92; Fairén Guillén (2007), pp. 103-104; e, più di recente, Alonso Furelos (2015), pp. 94, 97-98.

<sup>37</sup> Per limitarsi a un esempio, nell'edizione del 5 ottobre 1853, il periodico del partito liberale, *El Clamor Público*, dedica alla *Instrucción* le seguenti parole: «*Apenas hemos tenido el tiempo necesario para leer el decreto que ocupó casi por completo la Gaceta de ayer [...]. Por hoy solo manifestamos que nos causa una profunda y dolorosa sorpresa que se resuelvan por decretos y al siguiente día de tomar un ministro posesión del mando las cuestiones más arduas tocante á la administración de justicia [...]. Un decreto como el de ayer únicamente se espide allí donde la autoridad parlamentaria se halla anulada y olvidados los preceptos constitucionales. Ni bajo el absolutismo antiguo se diera ejemplo de semejante desenfado en un ministro de la Corona, que sin oír ni consultar á nadie, por sus propias inspiraciones trastorna de una plumada todas las bases de la administración de justicia*» (cfr. *El Clamor Público*, núm. 2829, *miércoles de 5 de octubre de 1853*; e v., *amplius*, *El Clamor Público*, núm. 2830, *jueves de 6 de octubre de 1853*).

<sup>38</sup> Nell'ambiente accademico e forense dell'epoca i giudizi positivi sulla *Instrucción* risultano piuttosto rari. Un primo esempio può essere rinvenuto nell'edizione del 16 ottobre 1853 del periodico *El Faro nacional*. In particolare, a tentare una pur moderata difesa degli obiettivi della riforma è il giurista, di inclinazione politica conservatrice, Francisco Pareja de Alarcón; la cui opinione sulla *Instrucción* è sintetizzata con la citazione di un noto passaggio dell'*Ars Poetica* di Quinto Orazio Flacco: «*Verum ubi plura nitent in carmine, non ego paucis, Offendar maculis, quas haud incuria fudit, Aut humana parum cavit natura*». Cfr. Pareja de Alarcón (1853), n. 236, p. 435 e v., altresì, Pareja de Alarcón (1853), n. 245, pp. 585-589. Nell'edizione del 23 ottobre 1853, segue una più esplicita presa di posizione, a favore della

In effetti, nel dibattito pubblico conseguente all'emanazione della riforma, gli interessi politici del partito progressista finiscono per allinearsi alla generale disapprovazione manifestata dalla classe forense nei confronti della *Instrucción* e del ministro guardasigilli; al quale si rimprovera di aver eliminato alcune fra le garanzie processuali più rispondenti agli interessi di tutela delle parti e, soprattutto, di aver oltrepassato i limiti della correttezza istituzionale, indicando nella «*mala fé y avaricia*» del foro «*el verdadero cáncer*» della giustizia civile<sup>39</sup>.

Non è, quindi, un caso che i primi fautori di una dura presa di posizione della classe forense sui contenuti della *Instrucción* coincidano proprio con i membri di maggior rilievo nelle fila del partito di opposizione<sup>40</sup>. Del resto, forse per scelta dello stesso guardasigilli, l'avvocatura risulta esclusa dall'interlocuzione ufficiale sulle possibili proposte di modifica della *Instrucción*, avviatasi fra ministero e magistratura dopo soli tre mesi dalla promulgazione della riforma<sup>41</sup>. Una circostanza, questa, che accresce oltremodo la spaccatura tra istituzioni e classe forense.

In particolare, la risposta ufficiale dell'avvocatura è affidata a un'apposita commissione di avvocati, accademici ed ex-decani, specificamente incaricata dal *Colegio de Abogados de Madrid* di redigere osservazioni e proposte al testo ministeriale, da sottoporre con urgenza all'attenzione del parlamento<sup>42</sup>. Il risultato dei lavori è un eccezionale documento di sintesi delle tendenze corporative e conservatrici presenti nella classe forense del tempo. Si tratta, infatti, del primo atto con il quale l'avvocatura spagnola assume una posizione unitaria sulla riforma del processo civile. E, al di là delle formule, occorre precisare sotto diversi profili la portata di simili valutazioni preliminari.

---

riforma, del celebre storico del diritto José María Antequera: «*Creemos hoy firmemente, que la reforma de 30 de setiembre, á mas de la justa popularidad que lleva consigo para el público, á quien la institución judicial presta sus buenos servicios, debe ser igualmente grata y aceptable para las clases que trabajan en ella. [...] Seria hacer un agravio á la rectitud de nuestros magistrados y jueces, suponer que pudiesen ser hostiles á lo que su ilustración les enseña como bueno [...]. La magistratura española no puede por lo mismo ser hostil á una reforma que de antemano tenia preparada en ella una favorable acogida*». Cfr. Antequera (1853), n. 238, p. 478 e, ivi, pp. 479-480, la pubblicazione di una lettera anonima, indirizzata alla redazione del periodico, contenente analoghi giudizi sulla riforma.

<sup>39</sup> Cfr. *Esposición á S.M., Real Decreto è Instrucción del procedimiento civil, con respecto á la real jurisdicción ordinaria de 30 de setiembre de 1853* (1855), cit., pp. 5-6. Per ulteriori approfondimenti sulla conseguente reazione della *Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid*, sia ancora consentito il rinvio a Noceto (2024), pp. 143-145.

<sup>40</sup> Il riferimento è, in particolare, a Manuel Cortina, decano del *Colegio de Abogados de Madrid* (v. Barbadillo Delgado (1960), pp. 60, 65, 151, 163-164, 194, 226-228) e a Pedro Gómez de la Serna, deputato della *Junta de Gobierno* del collegio forense madrilenò e, in seguito, principale autore della *LEC* del 1855 (Montalbán (1875), pp. 55 ss., spec. 66).

<sup>41</sup> Cfr. *Real Orden de 19 de diciembre de 1853*, in *Gaceta de Madrid*, n. 355, *miércoles 21 de diciembre de 1853*. Per alcune notizie e commenti sull'iniziativa intrapresa dal guardasigilli, si v. Antequera (1853), n. 255, pp. 747-748.

<sup>42</sup> Cfr. *Observaciones sobre la instrucción del procedimiento civil de 30 de setiembre de 1853* (1854). *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 2(3), 13-92, approvate all'unanimità dalla *Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid* il 24 dicembre 1853 (ivi, anche un'interessante nota dei direttori della rivista, I. Miquel y Rubert e J. Reus y García). A riguardo, si v., ancora, Prieto-Castro (1953), pp. 127-129; Fairén Guillén (1969), pp. 94-96; Fairén Guillén (1969), pp. 108-109.

Nelle ottanta pagine che compongono le osservazioni del foro madrilenno, il tema ricorrente è quello dell'effettività della tutela giurisdizionale, fondamentalmente intesa come definizione degli obbiettivi verso cui dovrebbe tendere un processo civile "moderno" (in senso storico) e del modo per realizzarli<sup>43</sup>. È noto che nell'Europa meridionale del secolo XIX, e soprattutto in Italia, ciò significasse dare attuazione ai principi corrispondenti all'ideologia liberale della giustizia civile<sup>44</sup>. E, più precisamente, perfezionare, sul piano tecnico-normativo, la concezione dogmatica secondo cui la tutela processuale dei diritti possa essere davvero effettiva solo in presenza di un numero elevato di formalità, termini, scritti difensivi e di quant'altro necessario ad assicurare alle parti un'ampia disponibilità del processo in tutte le sue varie fasi<sup>45</sup>.

Il riscontro di una certa coincidenza ideologica fra la visione dominante della dottrina europea e le aspirazioni di riforma espresse dall'avvocatura madrilenna, nelle *Observaciones sobre la Instrucción*, sembrerebbe in parte smentire l'autoreferenzialità culturale in genere ravvisata nell'elaborazione dottrinale spagnola del secolo XIX<sup>46</sup>. Senza entrare nel dibattito relativo alle inclinazioni culturali della dottrina spagnola del tempo, appare comunque da segnalare come la presenza di orientamenti riconducibili alla concezione liberale del processo influisca in maniera piuttosto ridotta sulla configurazione normativa delle riforme prospettate e realizzate in tale periodo. In effetti, come risulta dalle stesse osservazioni dell'avvocatura madrilenna, simili orientamenti non vengono razionalizzati in forma di concrete proposte di affinamento tecnico e sistematico della disciplina di diritto comune. Al contrario, il riferimento ai principi-cardine del modello liberale assume una significativa importanza nel giustificare la conservazione dell'esistente; o, per meglio dire, il mantenimento di un sistema di leggi e di consuetudini, affinandosi in un lungo periodo di tempo attraverso successive approssimazioni, che si considera già di per sé più che coerente con i valori garantistici alla base della "moderna" ideologia liberale<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Cfr. *Observaciones sobre la instrucción del procedimiento civil* (1854), pp. 13-24.

<sup>44</sup> Nell'ambito di una letteratura davvero estesa, si v., ad es., Chioyenda (1933), p. 103 ss.; Tarelli (1977), p. 1409 ss.; e, più di recente, van Rhee (2005), pp. 5-11; nonché, anche per ampi rimandi alla dottrina di matrice germanica, Carratta (2017), pp. 91-95.

<sup>45</sup> Oltre al testo fondamentale di Wach (1896), spec. pp. 2, 51-53, si v., ad es., Chioyenda (1930), pp. 353-378, spec. 368-378; e, per l'interessante diversità di prospettiva, Satta (1968), pp. 44-61, spec. 44-50. Nella letteratura più recente, v., in particolare, Taruffo (1980), pp. 142-149; Ansanelli (2017), p. 95 ss., nonché, per ulteriori rimandi bibliografici, Noceto (2024), pp. 178 ss., 317 ss.

<sup>46</sup> Cfr. *Observaciones sobre la instrucción del procedimiento civil* (1854), pp. 15-16.

<sup>47</sup> Cfr., ancora, *Observaciones sobre la instrucción del procedimiento civil* (1854), pp. 21-22, 90: «Siendo el objeto de los procedimientos dar garantía y hacer efectivos los derechos individuales que la ley consagra, poco dudoso es que su principio cardinal consiste en la seguridad de que sea respetado en su disfrute el que legalmente los obtiene ó de que los obtenga el que indebidamente se halla privado de ellos: la seguridad del juicio, el triunfo completo de la ley es, pues, el principio generador del procedimiento civil. [...] Mas dificultades presenta aun al legislador el combinar la brevedad del juicio con el principio cardinal de la seguridad. [...] Y acerca del modo de llevar á término feliz esta combinación, la ciencia no dá, no puede dar reglas precisas: el estado de civilización de cada pueblo, el carácter de sus naturales, su moralidad, sus costumbres, los hábitos y prácticas que han prevalecido en el foro, deben pesar más en el ánimo del legislador que teorías inflexibles que frecuentemente separan del buen sendero y que le hacen incurrir

Sull'esempio del Collegio forense di Madrid, ulteriori commenti e pareri sulla *Instrucción del procedimiento civil* vengono pubblicati dai Collegi di Barcellona, Valencia e Saragozza. E, nonostante le differenze nella scelta degli argomenti utilizzati, ciò che emerge è un sostanziale rifiuto delle politiche di riforma intraprese dal ministro, così come unanime è la richiesta di un immediato ritorno alla previgente legislazione<sup>48</sup>.

Sul fronte della magistratura, l'avvio dell'interlocuzione ufficiale, decretato dal guardasigilli nel dicembre 1853, impone ai reggenti delle varie *Audiencias* territoriali di trasmettere al ministero brevi resoconti sull'applicazione pratica della *Instrucción*, segnalando, al contempo, eventuali difetti e possibili modifiche migliorative<sup>49</sup>.

Probabilmente in ragione delle particolari modalità di tale interazione, le opinioni espresse dal giudiziario risultano decisamente meno critiche di quelle formulate dall'avvocatura, e non mancano esempi di encomiastica approvazione dell'operato ministeriale<sup>50</sup>. Non è possibile valutare quanto i resoconti raccolti dal ministero rispecchiassero le reali posizioni della magistratura sulla riforma del processo civile, e neppure quanto una prudente moderazione delle relative valutazioni potesse rendersi necessaria per varie ragioni di opportunità. È, tuttavia, un dato di fatto che, instauratosi un nuovo governo e abrogata la *Instrucción*, l'orientamento del giudiziario muta radicalmente, rivelando inclinazioni reazionarie e conservatrici del tutto sovrapponibili a quelle diffuse nell'avvocatura<sup>51</sup>.

---

*en desaciertos lamentables. [...] Cree haber demostrado los defectos capitales de que adolece el novísimo sistema de actuaciones civiles en los tribunales del fuero ordinario, cuán diferente es del que nuestras leyes seculares habían consagrados, y que había sido respetado en su esencia por veinte generaciones, y cuán perniciosas son las consecuencias de una innovación, que echa frecuentemente por tierra los principios reconocidos universalmente como bases de todo buen Código de procedimientos, que está en pugna con nuestra tradiciones, y que no consulta cual corresponde á la buena administración de justicia. Por esto la derogación de la Instrucción de 30 de setiembre, ó su reforma radical al menos, es una necesidad apremiante».* Più in generale, per il rilievo della "non-modernità" dell'ideologia liberale del processo civile, si v. Satta (1960), p. 280; Damaška (1986), pp. 97 ss., 181 ss.; Dauchy (2006), pp. 77-89; Taruffo (1980), pp. 142-149; Taruffo (2012), pp. 97-107; Chizzini (2023), pp. 10-13, spec. 11-12.

<sup>48</sup> Cfr. Lasso Gaité (1998), 2., p. 52 ss.

<sup>49</sup> Cfr. *Real Orden de 19 de diciembre de 1853*, in *Gaceta de Madrid*, n. 355, *miércoles 21 de diciembre de 1853*. A riguardo, si v., altresì, Antequera (1853), n. 255, pp. 747-748.

<sup>50</sup> Cfr. Tormo Camallonga (2011), pp. 887-890.

<sup>51</sup> Si v., ad es., Calderón Collantes (1855), pp. 153-156, ove, a conclusione di una critica lapidaria delle innovazioni prefigurate nella *Instrucción del procedimiento civil*, può leggersi: «*Porque las naciones, señores, no son como una tabla en que se borra la primera pintura y se sustituye con otra, sin más que la voluntad del artista. Tienen historia, tradiciones, costumbres, y ningún reformador prudente debe prescindir de ellas al introducir las novedades que el curso de los tiempos y la marcha progresiva de la civilización hacen necesarias. No olvidarán la máxima de la sabiduría romana consignada en el Digesto de que "la innovación de lo antiguo solo se justifica por la evidente utilidad de lo nuevo"*».

#### 4. TENDENZE CONTRORIFORMISTE E CODIFICAZIONE DEL PROCESSO CIVILE

La *Instrucción del procedimiento civil* viene formalmente abrogata il 18 agosto 1854, dopo soli undici mesi dalla sua entrata in vigore, passando alla storia come la più breve esperienza di riforma del processo civile compiuta nella Spagna del secolo XIX<sup>52</sup>.

Come osservato, a determinare tale epilogo è un insieme di diverse circostanze, che hanno per base comune la volontà di salvaguardare interessi particolaristici, di natura politica e corporativa. In connessione a queste vicende, emerge anche il profondo radicamento nella cultura relativa al processo civile di un conservatorismo quasi assoluto, ove ogni innovazione si percepisce a priori come destabilizzante e rischiosa. Poco importa, quindi, in che modo e con quali effetti si interviene sull'esistente disciplina del processo civile. Per larga parte dei giudici e degli avvocati del tempo, l'idea stessa di riforma contrasta con il valore-guida (che è, appunto, anche strumento di difesa dello *status quo*) della continuità storica; il che è particolarmente vero per la *Instrucción* del 1853, considerata, più di ogni altra, lontana dalla tradizione spagnola e dagli ideali di garantismo in essa consacrati.

Con l'abrogazione della *Instrucción*, il problema della riforma del processo civile assume connotazioni politiche chiare e ben definite. Segnatamente, nella parentesi del cosiddetto Biennio progressista (luglio 1854-luglio 1856), l'emanazione di un codice processuale "moderno" diviene un obiettivo prioritario della nuova politica dell'esecutivo; e ciò non soltanto per la necessità di dotare l'amministrazione della giustizia civile di un complesso di regole uniforme e coerente, ma anche per l'esigenza di segnare un profondo distacco dalla fallimentare riforma del 1853, voluta e decisa dal contrapposto schieramento conservatore. Di qui, in buona sintesi, le premesse sulla cui base si vanno a modellare, entro le fila del Partito liberal-progressista, le linee fondamentali del primo codice di procedura civile del Regno di Spagna.

In conseguenza del cambio di regime del luglio 1854, l'inizio del percorso di avvicinamento alla *Ley de Enjuiciamiento Civil* coincide innanzitutto con la destituzione della Commissione ministeriale incaricata di riformare la *Instrucción del procedimiento civil*<sup>53</sup>. Nel programma politico del nuovo governo,

<sup>52</sup> L'abrogazione della *Instrucción del procedimiento civil* viene disposta con *Real Orden* del 18 agosto 1854. Ed è lo stesso ministro di grazia e giustizia del nuovo governo, José Alonso, a dare conto della circostanza che «es muy difícil y peligroso, aun procediendo con el mayor tino y circunspección, alterar el orden de sustanciación establecido por las leyes recopiladas y otra disposiciones posteriores». Cfr. *Real Orden de 18 de agosto de 1854*, in *Gaceta de Madrid*, n. 596, domingo 20 de agosto de 1854. A riguardo, si v., altresì, Antequera (1854), n. 41, pp. 373-374; Antequera (1854), pp. 614-615. Peraltro, già nel novembre del 1853, il ministro de Hacienda, Jacinto Félix Domenech, aveva disposto una speciale deroga alla *Instrucción* «en todos los litigios en que la Hacienda sea parte actora, demandada ó coadyuvante». Cfr. *Real Orden de 29 de noviembre de 1853*, pubblicato nelle *Observaciones sobre la instrucción del procedimiento civil* (1854), pp. 90-91.

<sup>53</sup> Si tratta della Commissione di riforma istituita dallo stesso guardasigilli, José de Castro y Orozco, con *Real Orden de 14 de enero de 1854*, in *Gaceta de Madrid*, n. 380, domingo 15 de enero de 1854.

l'importanza di tale atto risulta per vari motivi cruciale, tanto da ritenersi indispensabile un atteggiamento di particolare attenzione e cautela. Ne consegue la scelta del neonominato guardasigilli, de Conejares, di non provvedere in maniera esplicita all'immediato scioglimento della Commissione di riforma. Nella percezione dell'esecutivo, appare, infatti, fondamentale attribuire alla formazione del nuovo codice una valenza prettamente tecnica e apolitica, soprattutto in ragione delle peculiari modalità legislative con le quali si ritiene debba avvenire la sua approvazione. Occorre, inoltre, considerare che fra i componenti della Commissione figurano due fra i più influenti giuristi dell'epoca, ossia Manuel Cortina e Pedro Gómez de la Serna; entrambi politicamente riconducibili alla nuova maggioranza di governo, nonché principali artefici della protesta dell'avvocatura madrileña nei confronti delle politiche legislative intraprese dal precedente esecutivo. Pertanto, la destituzione della Commissione deve compiersi solo per gradi e con la cura di fornire pubblicamente motivazioni puntuali alle iniziative in tal senso compiute<sup>54</sup>.

In particolare, nel settembre del 1854, il ministro de Conejares affida a un'apposita Commissione il compito di riformare la legge sull'ordinamento giudiziario<sup>55</sup>. Non casualmente, la presidenza della Commissione viene attribuita dapprima a Pedro Gómez de la Serna, per poi essere trasferita, nel mese successivo, a Manuel Cortina<sup>56</sup>. Realizzato questo passaggio, lo scioglimento della Commissione di riforma istituita dal precedente governo risulta pressoché immediato. A distanza di soli dieci giorni dall'insediamento di Cortina, il ministro guardasigilli ordina al referente della precedente Commissione governativa, de Olavarrieta, di trasferire il proprio lavoro alla Commissione per la riforma dell'ordinamento giudiziario; e ciò con il buon proposito di garantire che l'elaborazione del nuovo codice e della *Ley Orgánica de Tribunales y Juzgados* possano avvenire con «la debida armonía y consonancia»<sup>57</sup>.

Concluso in breve tempo il cambio di vertice alla Commissione, l'obiettivo del governo Espartero diviene quello di assicurare una altrettanto rapida preparazione e approvazione del codice. Il che significa, in buona sostanza, porre a fondamento della riforma principi e ideologie largamente condivise, facendo tesoro delle istanze conservatrici che la breve esperienza della *Instrucción* aveva fatto emergere in ampi settori della politica, dell'avvocatura e della magistratura.

Secondo le attese, nel gennaio del 1855, la Commissione licenzia un progetto di legge-delega (o di *Ley de bases*) al fine di autorizzare l'esecutivo alla

<sup>54</sup> Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, Noceto (2024), p. 165 ss.

<sup>55</sup> La *Comisión sobre Organización de Tribunales* viene istituita dal guardasigilli de Conejares, con *Real Orden* dell'11 settembre 1854, e vede la partecipazione di Pedro Gómez de la Serna, quale presidente, di Luis Rodríguez Camaleño e di Juan Manuel González Acevedo. Per ulteriori notizie e riferimenti, si v., spec., Lasso Gaité (1998), 1., p. 72 e Lasso Gaité (1998), 2., p. 58.

<sup>56</sup> La nomina di Manuel Cortina alla presidenza della *Comisión sobre Organización de Tribunales* è disposta con *Real Orden* dell'8 ottobre 1854. Sul punto, cfr., nuovamente, Lasso Gaité (1998), 1., p. 75 e Lasso Gaité (1998), 2., p. 58.

<sup>57</sup> Cfr. Gómez de la Serna (1871), pp. 299-300; Montalbán (1875), p. 68; Antequera (1886), p. 75.

pubblicazione del nuovo codice di procedura civile. Una modalità di normazione, quella per delega, che avrebbe evidentemente consentito al governo di evitare le prevedibili complicazioni legate alla discussione e all'approvazione del codice nelle neocostituite *Cortes Constituyentes*.

Nella sua versione originaria, il progetto di legge-delega predisposto dalla Commissione Cortina fissa in soli sette generici punti (o *bases*) quelli che avrebbero dovuto rappresentare i limiti dell'attività normativa delegata al governo<sup>58</sup>. Per come concepito, l'intero progetto di riforma riflette un orientamento culturale schiettamente conservatore, al punto da risultare quasi contraddittorio il nesso fra le ragioni di urgenza della riforma e le linee di intervento a riguardo prospettate.

Come esplicitato nella relazione illustrativa a firma del nuovo guardasigilli, Aguirre de la Peña, l'assoluta necessità della riforma sarebbe da ricondurre al pessimo stato della legislazione processuale in vigore. Una valutazione, quella del ministro, che non appare in effetti inappropriata per un sistema di leggi stratificatosi attraverso sei secoli di produzione normativa incontrollata, disorganica e spesso incoerente, sul quale si trova a incidere anche una straordinaria varietà di prassi e di consuetudini locali<sup>59</sup>.

Tuttavia, a simili considerazioni non consegue l'adozione di un serio e radicale approccio riformatore. In rigorosa continuità con la filosofia di intervento alla base delle precedenti riforme, l'approccio seguito dal governo Espartero si fonda piuttosto sulla convinzione che non occorra stravolgere l'esistente assetto giuridico per risolvere i problemi endemici della giustizia civile. In una visione quasi dogmatica, l'unica soluzione percepita come efficiente consiste nel perfezionare il portato della secolare tradizione giuridica ereditata dal diritto comune, con una solo secondaria attenzione all'eventualità che una riforma così congegnata possa non corrispondere alle esigenze di una realtà ormai profondamente mutata. Per utilizzare le parole della relazione illustrativa, la formazione del nuovo codice «*no ha da ser la destrucción de los fundamentos venerables sobre que descansa la obra secular de nuestras instituciones procesales; [...] por el contrario, debe ser dar nueva fuerza á los principios cardinales de las antiguas leyes*». Un'opera, in altri termini, che «*más que la destrucción de lo antiguo, será la de su reparación*»<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Per ulteriori notizie, si v., *amplius*, Lasso Gaité (1998), 2., p. 59 ss.

<sup>59</sup> Cfr. *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes, apéndice segundo al núm. 73, Sesión del jueves 1º de febrero de 1855*, p. 1811, ove può leggersi: «*La revisión de las leyes que ordenan los procedimientos de los juicios civiles es una necesidad generalmente reconocida. Formadas en diferentes épocas, y esparcidas en los Códigos y colecciones legales de los seis últimos siglos, carecen de unidad, de precisión y de claridad [...]. Oscurecidas frecuentemente por vicios de la práctica; derogadas en partes por costumbres que han llegado á tener fuerza de ley; suplidas por las doctrinas de los tratadistas, y completadas por los usos del foro, inciertos y discordantes á las veces, presentan dificultades graves para su estudio, para su apreciación actual y para su aplicación*».

<sup>60</sup> Cfr. *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes, apéndice segundo al núm. 73, Sesión del jueves 1º de febrero de 1855*, p. 1811.

Del resto, sarebbe forse avventato descrivere in termini di assoluta singolarità l'impostazione ideologica e culturale caratterizzante la preparazione del codice di procedura civile spagnolo. Nel pur vario panorama europeo del secolo XIX, la codificazione delle regole del processo civile in genere non si traduce in un totale rinnovamento della preesistente legislazione. Al contrario, in alcuni dei principali ordinamenti europei, come la Francia e l'Italia, l'evento della codificazione processuale può essere interpretato come un momento di vertice della precedente evoluzione giuridica; o, in altre parole, come l'esito di un percorso storico che riassume e conserva i tratti essenziali della legislazione antecedente, senza davvero segnare una linea di netta demarcazione fra "vecchio" e "nuovo"<sup>61</sup>.

Sul piano ideologico, occorre d'altronde considerare che i principi-cardine della "modernità" giuridica, affermatasi nel secolo XIX in connessione all'idea stessa di codice, non rappresentano un elemento in grado di incidere e di trasformare le caratteristiche fondamentali del processo civile. È infatti noto che, sotto l'egida della filosofia giuridica del liberalismo ottocentesco, ciò che si realizza in gran parte degli ordinamenti europei è una mera ideologizzazione, in chiave privatistica e individualistica, dei modelli processuali ereditati dal diritto comune<sup>62</sup>.

Sul piano tecnico, questo fenomeno di connotazione ideologica del processo civile si realizza senza particolari problemi e senza alcuna rottura della continuità storica propria di ciascuna esperienza giuridica. In effetti, malgrado le più o meno estese diversità disciplinari, il tipo di processo configurato dal diritto comune non necessita di essere ripensato in funzione dei valori garantistici ai quali si ispirano i regimi liberali dell'Ottocento. Può, anzi, dirsi che l'attuazione dell'ideologia liberale consista in un semplice perfezionamento dello schema processuale delineato dal diritto comune; o, per meglio dire, in un affinamento tecnico e sistematico di soluzioni che appaiono già perfettamente coerenti con l'ispirazione individualistica e privatistica che contraddistingue la cultura liberale ottocentesca<sup>63</sup>.

Tratteggiato per grandi linee questo sintetico quadro di riferimento, ciò che sembra emergere è una generale tendenza dei legislatori del secolo XIX alla rilettura della preesistente legislazione in una prospettiva ideologica di pretesa "modernità". La formazione delle codificazioni non spezza — e, per molti versi, addirittura rinsalda — il collegamento con modelli processuali assai risalenti; la cui caratteristica fondamentale è, appunto, quella di rivelar-

---

<sup>61</sup> Sul punto, fra i molti possibili riferimenti, si v., ad es., Engelmann (1928), pp. 750-753, 795-803, spec. 802-803; van Rhee (2005), pp. 3-23; Wijffels (2005), pp. 25-47; Dauchy (2006), pp. 77-89; Godin (2007), pp. 9-31; Fréger (2011), pp. 197-240; e, nella dottrina italiana, Chiovenda (1965), pp. 9-14; Cao (1912), pp. 5-7; Taruffo (1980), pp. 62-69, 113 ss.; Picardi (1996), p. VI ss.; Petronio (2000), p. VII ss.

<sup>62</sup> Oltre alle indicazioni già fornite nelle note precedenti, si v., ad es., Fazzalari (1965), pp. 491-515.

<sup>63</sup> Per alcuni riferimenti di base sull'attuazione tecnico-normativa dell'ideologia liberale del processo, si v., ad es., Wach (1896), spec. pp. 2, 51-53; Chiarloni (1998), p. 406 ss.; Proto Pisani (1999), pp. 713 ss., spec. 715-719; Chizzini (2006), p. 22 ss.; Carratta (2017), pp. 91-95; Ansanelli (2017), p. 95 ss.

si sostanzialmente corrispondenti alla nuova concezione politica dei rapporti fra cittadini e dei correlativi obblighi di garanzia spettanti allo Stato.

In un simile stato di cose, non pare dunque azzardato cogliere una qualche analogia di fondo fra le tendenze conservatrici espresse dalle maggiori codificazioni processuali del secolo XIX e la scelta del legislatore spagnolo di indirizzare la preparazione del nuovo codice verso una sorta di restauro dell'antico diritto comune. Tuttavia, come subito meglio si dirà, non può negarsi che tale impostazione ideologico-culturale determini, in Spagna, conseguenze non riscontrabili negli altri ordinamenti europei. E ciò al punto da potersi ritenere che l'approvazione del codice del 1855 non segni affatto l'ingresso della legislazione processuale spagnola nell'epoca della "modernità" giuridica<sup>64</sup>.

## 5. LA LIMITATA ESPERIENZA DELLA *LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DEL 1855*: UN PARZIALE APPRODO ALLA MODERNITÀ PROCESSUALE

La *Ley de Enjuiciamiento Civil* viene promulgata il 5 ottobre 1855. Il che rende il Regno di Spagna la seconda grande monarchia europea, dopo quella francese, a vedere raccolta la propria legislazione processuale in un codice in senso moderno.

Sotto il profilo strutturale, la *LEC* si compone di ben 1415 articoli, suddivisi in due grandi parti, rispettivamente dedicate alla giurisdizione contenziosa (artt. 1-1206, *LEC* 1855) e a quella volontaria (artt. 1207-1413, *LEC* 1855), a loro volta ordinate in titoli e sezioni. Due soli articoli compongono, da ultimo, le disposizioni finali del codice, nelle quali è fissato l'ambito di applicazione della *LEC* ed è sancita l'abrogazione della preesistente legislazione processuale (artt. 1414-1415, *LEC* 1855).

Nell'insieme, si tratta di un codice indubbiamente prolisso e analitico, specie se confrontato con le altre codificazioni processuali ottocentesche e, in particolare, con il codice francese (che conta comunque ben 1042 articoli). In quanto opera diretta a perseguire, in via primaria, finalità di riordino del diritto previgente, vi si percepisce la tendenza a una distribuzione delle materie ricalcante la sistematica delle compilazioni di diritto comune. Ciò implica, in genere, una frammentaria ripartizione della disciplina inerente a istituti comuni alle varie tipologie di procedimento e la conseguente presenza di molte lacune e antinomie. Soprattutto all'interno del titolo dedicato alle «*disposiciones generales*», confluiscono norme e istituti di diversa natura, senza un ordine sistematico ben preciso, e senza suddivisioni e rubriche in grado quanto meno di agevolare la consultazione delle regole in esso contenute<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> Si v., ad es., criticamente, Alcalá-Zamora Castillo (1933), pp. 714-715; Alcalá-Zamora Castillo (1933), pp. 1-6, 11-13; Montero Aroca (1994), p. 347 ss.

<sup>65</sup> Cfr. Gómez de la Serna (1857), p. XIV e v., per alcune osservazioni critiche, Fairén Guillén (1969), pp. 102-106; Lasso Gaité (1998), 2., pp. 68-69.

Occorre, comunque, segnalare che la tendenza del legislatore al recepimento e all'elencazione del materiale normativo pregresso non esclude esempi di rielaborazione critica, chiaramente improntati al perfezionamento della disciplina di istituti generali del processo.

È questo il caso, ad esempio, delle disposizioni relative ai termini processuali (artt. 25-32, *LEC* 1855), nelle quali si coglie il tentativo di ricondurre la libertà delle parti nella gestione dei tempi della controversia a un sistema di regole meglio definito rispetto al passato. Il tutto, peraltro, senza incorrere negli estremi della sostanziale assenza di controllo e della previsione di incisive limitazioni, caratterizzanti rispettivamente l'assetto originario del processo di diritto comune e le riforme sino ad allora compiute. Sulla medesima linea sembra inoltre possibile segnalare il completo riassetto della disciplina in materia di «incidenti», alla quale viene riservato un apposito titolo del codice (T. VIII, *Primera Parte*, *LEC* 1855), con l'evidente intento di delineare uno schema di procedimento uniforme per la decisione dell'eterogenea categoria di questioni processuali sollevabili dalle parti nel corso del giudizio<sup>66</sup>.

Nonostante le diverse innovazioni riguardanti gli istituti di applicazione generale, con riferimento alle norme specificamente dedicate al «juicio ordinario» risulta agevole constatare il sostituirsi di un'impostazione nettamente conservatrice alle pur moderate tendenze riformatrici ravvisate in precedenza. Come risulta da quella che può considerarsi la relazione illustrativa al codice, l'approccio della Commissione Cortina in merito alla riforma del rito ordinario si contraddistingue per l'adozione di due semplici e chiare linee di intervento. Per un verso, si considera indispensabile lasciare inalterate la struttura e le caratteristiche del procedimento ordinario così come derivano dal diritto comune, limitando pertanto all'essenziale gli interventi di perfezionamento della normativa antecedente, volti a correggere i difetti evidenziati dalla prassi. Per altro verso, e in stretta connessione con quanto sopra, si ritiene di dover accentuare la connotazione del rito ordinario quale paradigma generale del processo civile; o, in altri termini, quale modello 'normale' della tutela giurisdizionale, da applicarsi a tutte le controversie per le quali non siano previste particolari e specifiche regole (art. 221, *LEC* 1855)<sup>67</sup>.

È, in sostanza, in questi due punti-cardine dell'azione legislativa che sembra racchiudersi una concezione del processo civile non dissimile da quella riscontrabile in altre codificazioni europee del secolo XIX e in quella italiana, in particolare<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Si v., a riguardo, anche per ulteriori rimandi bibliografici, Noceto (2024), pp. 179 ss.,

<sup>67</sup> Cfr. Gómez de la Serna (1857), pp. 3, 65, ove è esplicitato il concetto del «juicio ordinario, que como tipo y norma debe servir para suplir á los demás en cuanto explícitamente o implícitamente no se halle modificado». In proposito, si v., altresì, Fernández de la Rúa (1856), vol. II, p. 3; Gómez de la Serna, Montalbán (1856), p. 6; de Vicente y Caravantes (1856), vol. II, p. 341, ove pure si rinviene il riferimento alla caratterizzazione del «juicio ordinario como la raíz y la regla general de todos los demás».

<sup>68</sup> Cfr., ad es., Rossi (1908-1913), p. 432 ss.; Ansanelli (2017), pp. 95-113, nonché, per ampia bibliografia, Noceto (2024), p. 317 ss.

Pur senza scendere in un'analisi dettagliata del tema, appare possibile rilevare come in entrambi gli ordinamenti l'evento della codificazione processuale abbia determinato il prevalere di un modello di risoluzione dei conflitti ideologicamente orientato alla conservazione dell'assetto sociale esistente. In effetti, come in parte già anticipato, è anche da ricondurre all'incidenza dell'ideologia liberale ottocentesca il mero recepimento, da parte dei legislatori dell'epoca, di modelli processuali appartenenti alla risalente tradizione del diritto comune. Nella peculiare esperienza del Regno di Spagna, l'avvento della dottrina liberale finisce per rappresentare un ulteriore argomento a favore dell'impostazione conservatrice che storicamente contraddistingue le riforme del processo civile. In questa chiave, appare, quindi, perfettamente coerente con la situazione culturale del tempo, oltre che con la "moderna" ideologia del processo, la scelta del legislatore del 1855 di recepire nel codice quello che può essere definito il prototipo del "processo liberale" per eccellenza. Infatti, fin dai tempi remoti delle *Siete Partidas*, la disciplina del rito ordinario è concepita in maniera tale da elevare le parti a «*señores de los pleytos*» (cfr. *Prólogo*, T. VI, P. III); o, in altre parole, da configurare una "signoria privata" sullo strumento processuale, che consente alle parti di scandire tempi e modalità del procedimento secondo il proprio esclusivo interesse, con il *côté* di un giudice che «*nada puede hacer [...], porque su misión en los juicios civiles se reduce a resolver lo que ante se reclama*»<sup>69</sup>.

A fronte di un archetipo processuale, come quello rappresentato dal "rito ordinario tradizionale", già di per sé in grado di esprimere significative corrispondenze con l'ispirazione individualistica della società liberale, l'importanza attribuita ai procedimenti sommari/semplificati (o «*juicios plenarios rápidos*») risulta ovviamente ridotta. E ciò al punto di concepire e disciplinare questi ultimi come marginali eccezioni rispetto al normale modo d'essere del processo civile<sup>70</sup>.

Con ogni probabilità, un simile atteggiamento riflette la tendenza dei regimi liberali a marginalizzare l'intervento delle istituzioni giuridiche nella gestione dei conflitti interpretati. È, del resto, noto, a riguardo, il postulato della dottrina liberale classica per il quale lo Stato deve normalmente astenersi da ogni ingerenza nella determinazione dell'assetto sociale e degli interessi economici che nel suo interno si producono. Una linea di pensiero, questa, che, nella prospettiva del processo civile, porta a circoscrivere l'intervento dello Stato a garantire che le controversie giudiziarie possano risolversi nelle stesse condizioni, e attraverso le medesime dinamiche, che descrivono il funzionamento della società civile. Oltre al riconoscimento della libertà e

<sup>69</sup> Il virgolettato nel testo è tratto da Gómez de la Serna (1857), p. 30. Per alcune indicazioni bibliografiche sul *solemnis ordo iudiciarius* delineato dalle *Siete Partidas*, si v., ancora, Noceto (2024), pp. 14-34.

<sup>70</sup> Cfr. Nougés Secall (1856), vol. II, pp. 7-8: «*El juicio ordinario que es seguramente como el tronco de lo demás: es, por decirlo de una vez, la regla; los demás no son otra cosa que excepciones. El juicio ordinario es un retrato hecho en toda la magnitud del objeto: los otros son miniaturas*» e, *amplius*, Fairén Guillén (1953), pp. 41-100.

dell'autonomia delle parti, quali valori fondamentali del processo, ciò conduce a conservare una logica di differenziazione delle forme procedurali incentrata sul mero valore economico della controversia. In particolare, in linea di stretta continuità con il diritto comune, permane l'idea che l'articolazione del procedimento, così come le connesse garanzie di difesa, possano ridursi in proporzione al minor valore economico della lite e in maniera del tutto indipendente dalle condizioni economiche dei soggetti coinvolti nella controversia.

Sembra verosimile che un sistema così configurato derivasse da una rigida applicazione del principio di eguaglianza formale delle parti e dal sostanziale disinteresse del legislatore per le relative ricadute sociali. E pare, d'altronde, intuitivo che tale sistema consentisse alla parte culturalmente ed economicamente più preparata di prevalere sull'altra, secondo la logica individualistica del libero mercato<sup>71</sup>.

Non è certo possibile stabilire, con ogni sicurezza, se e in quale misura tutto ciò costituisse il frutto di una precisa scelta di politica legislativa, finalizzata alla conservazione di un assetto sociale particolarista e classista<sup>72</sup>. Tuttavia, almeno due aspetti del codice spagnolo del 1855 sembrano rendere attendibile tale ipotesi ricostruttiva<sup>73</sup>.

In primo luogo, risulta agevole constatare che il legislatore del 1855 non predispose soluzioni dirette ad arginare il problema dell'utilizzazione distorta dei procedimenti sommari. Specie per le controversie di più esiguo valore economico, in quanto tali soggette all'applicazione del «*juicio verbal*» e generalmente riconducibili alle grandi masse popolari dell'epoca (artt. 1162-1180, *LEC* 1855), il riproporsi di una disciplina gravemente incompleta non contrasta il fenomeno del surrettizio recupero, ad opera della classe forense, delle modalità di gestione del procedimento proprie del rito ordinario. Una prassi del tutto sedimentata e ben nota, soprattutto per le sue ripercussioni sui tempi e sui costi della cosiddetta giustizia minore, che non viene osteggiata dal legislatore neppure attraverso la previsione di espliciti divieti o di conseguenze sanzionatorie per le condotte processuali apertamente dilatorie<sup>74</sup>.

In secondo luogo, per le controversie di minor valore economico la disciplina dell'assistenza difensiva viene modificata al fine ultimo di privare le

---

<sup>71</sup> Cfr., anche per la relativa bibliografia, Noceto (2024), pp. 186-187.

<sup>72</sup> Si v., anche per gli opportuni approfondimenti di carattere bibliografico, Beltrán (2010), p. 234 ss.

<sup>73</sup> In proposito, si v., ad es., Aguirre de la Peña (1862), pp. 450-462, spec. 460-462.

<sup>74</sup> Cfr., a riguardo, Manresa y Navarro, Miquel, Reus (1875), vol. IV, pp. 375-376 ove può leggersi: «*La nueva Ley no ha estado más explícita que la legislación antigua al dar reglas para el procedimiento [...]. La jurisprudencia, por tanto, ahora lo mismo que antes, se ha visto en la necesidad de suplir las omisiones ó insuficiencia de la Ley [...], siguiendo la práctica más admitida, y fundándonos, como esta, en la consideración de que el juicio verbal es un ordinario abreviado, y por consiguiente debe haber en él la demanda, contestación, réplica, réplica, y pruebas*». Sul riscontro di analoghe tendenze nel pur variegato scenario delle codificazioni preunitarie italiane e del c.p.c. del 1865, si v., ancora, Noceto (2024), pp. 109 ss., 243 ss., 340 ss.

classi meno abbienti del patrocinio di un difensore<sup>75</sup>. Più in dettaglio, con riguardo alle controversie «*de menor cuantía*» (artt. 1133-1161, *LEC* 1855), l'assistenza tecnica di un «*letrado*» si configura come meramente facoltativa; il che, di fatto, preclude alla parte meno abbiente l'accesso all'istituto della «*defensa de pobre*» (art. 19.2, *LEC* 1855). Per le controversie soggette al «*juicio verbal*», l'assistenza difensiva in quanto tale risulta persino vietata (art. 19.1, *LEC* 1855)<sup>76</sup>. Tuttavia, come sottolineato dai principali commentatori dell'epoca, la parte dotata delle risorse economiche necessarie può comunque avvalersi dell'assistenza di un difensore in veste di procuratore speciale<sup>77</sup>.

Risultano pertanto varie le ragioni che consentono di qualificare il codice spagnolo del 1855 come il prodotto di un'evoluzione, politica e giuridica, di tipo fondamentalmente conservatore<sup>78</sup>. Occorre infatti considerare che, malgrado la formale abrogazione del diritto antecedente (art. 1415, *LEC* 1855), nella vigenza del codice, il concreto funzionamento del processo civile resta comunque in parte legato al diritto delle compilazioni; ossia proprio a quelle antiche leggi della tradizione processuale spagnola che il legislatore del 1855 aveva inteso «*restablecer en toda su pureza*», e che, nella pratica del processo, appaiono naturalmente adatte a integrare e interpretare le lacunose disposizioni del codice. L'ovvia conseguenza è che molti problemi della legislazione precedente si ripresentano nel vigore della normativa codificata, finendo per determinare complicati fenomeni di interazione fra le due discipline<sup>79</sup>.

Con rare e limitate eccezioni, dunque, la codificazione del 1855 si distacca dagli istituti e dalle soluzioni tecniche che rappresentano il portato della secolare tradizione processuale spagnola. Quale esempio emblematico del cauto riformismo conservatore di stampo ottocentesco, la *LEC* fornisce un'interpretazione della “modernità” processuale molto vicino alla semplice razionalizzazione del diritto preesistente, senza generare rilevanti fratture e discontinuità con l'assetto giuridico dell'*antiguo régimen*. In linea con lo *Zeitgeist* del tempo, il codice affronta solo marginalmente i problemi di una giustizia civile lunga, costosa e inefficace. Lo stesso tentativo di semplificare e riordinare il materiale normativo pregresso si realizza sulla scorta di una sistematica tanto risalente quanto dispersiva e frammentaria. Il che, non di rado, conduce la prassi dell'epoca a preferire le più analitiche norme del diritto delle compilazioni, non puntualmente riprodotte nel codice.

<sup>75</sup> In argomento, si v., ad es., Bádenas Zamora (2014), pp. 261-299.

<sup>76</sup> Cfr., ad es., Fernández de la Rúa (1856), vol. I, pp. 38-40.

<sup>77</sup> Cfr., ad es., Gómez de la Serna, Montalbán (1861), vol. I, pp. 276-277; Manresa y Navarro, Mi-quel, Reus (1856), vol. I, pp. 86-87.

<sup>78</sup> Cfr., del resto, quanto in Gómez de la Serna (1857), pp. VII-VIII: «*Las Córtes Constituyentes estuvieron lejos de querer cambios radicales, impremeditados y violentos en nuestras leyes seculares; ni la desaparición de la prácticas, hijas del saber y de la experiencia, que habían venido á suplir al derecho escrito en su silencio, en su insuficiencia, ó en su oscuridad... [...] En los códigos españoles, en los libros de nuestros pragmáticos, en la costumbres del foro debía escoger [la comisión] lo que la experiencia de los siglos recomendaba como bueno... [...] La comisión tuvo por punto de partida lo tradicional, lo español, lo consignado en nuestro foro, y procuró purificarlo en el crisol de la ciencia y perfeccionarlo dentro de sus mismas condiciones*».

<sup>79</sup> Per alcuni riscontri di tale fenomeno, si v. Noceto (2024), p. 190 ss.

In conclusione, l'insieme di tali circostanze probabilmente non consente di individuare nell'emanazione della *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 1855 un vero e proprio punto di passaggio tra fasi storiche della legislazione processuale spagnola. D'altronde, dovranno ancora trascorrere quasi trent'anni prima che la situazione della giustizia civile spagnola possa assestarsi entro un'opera di codificazione autenticamente "moderna", destinata a rimanere in vigore sino all'emanazione della *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 2000<sup>80</sup>.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Acedo Rico y Rodríguez, J. (1794). *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, según que se empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales* (2a ed., Vol. I). Madrid: Oficina B. Cano.
- (1845). *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, según que se empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales* (3a ed., Vol. I). Madrid: Imp. Compañía General de Impresores y Libreros del Reino.
- Aguirre de la Peña, J. (1862). ¿Convendría reformar la ley de Enjuiciamiento civil en las partes relativa á los que deben ser tenidos legalmente por pobres? Discurso pronunciado por el Excmo. Joaquín Aguirre, Presidente de la Academia matritense de Jurisprudencia y Legislación, al inaugurar las sesiones del año académico de 1862 a 1863. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 10(21), 450-462.
- Alcalá Galiano, A. (1955). Orígenes del liberalismo español (1864). In J. Campos (Ed.), *Obras escogidas* (Vol. II, 440-445). Madrid: Atlas.
- Alcalá-Zamora Castillo, N. (1933). Notas para la reforma de la ley de Enjuiciamiento Civil. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 82(162), 674-741.
- (1933). Algunas observaciones acerca de la reforma procesal. *Revista de los tribunales y de legislación universal*, (77), 1-13.
- (1936). Fuentes extranjeras del Derecho procesal civil. España. In J. Goldschmidt (Ed.), *Derecho procesal civil* (66-82). Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro: Labor.
- (1948). Aciertos terminológicos e institucionales del Derecho procesal hispánico. *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia (Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F.)*, 38(10), 43-108.
- Alonso Furelos, J.M. (2015). José Castro y Orozco "Marqués de Gerona" 1808-1869. Contribución a su estudio biográfico y bibliográfico. *Justicia: Revista de derecho procesal*, (1), 61-108.
- Álvarez Cora, E. (2002). *La arquitectura de la justicia burguesa. Una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2012). La evolución del enjuiciamiento en el siglo XIX. *Anuario de Historia del Derecho Español*, (82), 81-111.
- Álvarez Junco, J. (2012). *Mater dolorosa. La idea de España en el siglo XIX* (12ª ed.). Madrid: Taurus.
- Ansanelli, V. (2017). *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano. 1815-1942*. Torino: Giappichelli.

<sup>80</sup> Si v., ancora, Noceto (2024), p. 273 ss.

- Antequera, J. M. (1853, 22 dic.). Sobre la instrucción del procedimiento civil. *El Faro nacional. Revista de jurisprudencia, de administración, de tribunales y de instrucción pública*, (255), 747-748.
- (1853, 23 oct.). Observaciones sobre la instrucción del procedimiento civil. *El Faro nacional. Revista de jurisprudencia, de administración, de tribunales y de instrucción pública*, (238), 476-479.
- (1854, 18 set.). Á la Unión Liberal y al Espectador. *El Faro nacional. Diario político-religioso, jurídico, administrativo y literario, consagrado á la esposición de doctrinas, y á la defensa de los intereses permanentes del País*, (62), 613-616.
- (1874). *Historia de la legislación española*. Madrid: C. Bailly-Bailliere.
- (1854, 23 agt.). Actos del Ministerio de gracia y justicia. Sobre la Instrucción del procedimiento civil. *El Faro nacional. Diario político-religioso, jurídico, administrativo y literario, consagrado á la esposición de doctrinas, y á la defensa de los intereses permanentes del País*, (41), 373-374.
- (1886). *La codificación moderna en España*. Madrid: Imp. Revista de Legislación.
- Aranguren, J.C. (2005). *Derecho, Estado y Administración en el pensamiento de Sainz de Andino*. Pamplona: Universidad Pública de Navarra.
- Argüelles, A. (2011). *Discurso preliminar a la Constitución de 1812. Introducción de Luis Sánchez Agesta*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Artola, M. (1953). *Los afrancesados*. Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones.
- (1957). *Estudio preliminar. Memorias del tiempo de Fernando VII* (Vol. I). Madrid: Atlas.
- (1973). La burguesía revolucionaria (1808-1869). In *Historia de España Alfaguara* (Vol. V). Madrid: Alianza Ed.
- Aymes, J. R. (2003). Le débat idéologique-historiographique autour des origines françaises du libéralisme espagnol. Cortes de Cadix et Constitution de 1812. *Historia Constitucional*, (4), 45-102.
- Bádenas Zamora, A. (2014). El derecho a la justicia de balde en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. *Anuario de historia del derecho español*, (84), 261-299.
- Barbadillo Delgado, P. (1960). *Historia del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* (Vol. III). Madrid: Aldus.
- Baró Pazos, J. (1993). *La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*. Santander: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria.
- (2014). La influencia del Código civil francés (1804) en el Código civil español (1889). In A. Masferrer (Ed.), *La Codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y la francesa en particular* (53-128). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Beceña González, F. (1927). Caratteri generali del processo civile in Ispagna (G. Prattilli, Trad.). In *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento* (3-21). Padova: Cedam.
- Beltrán Villalva, M. (2010). *Burguesía y liberalismo en la España del siglo XIX. Sociología de una dominación de clase*. Granada: Universidad de Granada.
- Bernecker, W. L. (1999). *España entre tradición y modernidad. Política, economía, sociedad. Siglos XIX y XX*. Madrid: Siglo Veintiuno.
- Birocchi, I. (2002). *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*. Torino: Giappichelli.
- Cachón Cadenas, M.J. (2013). Apuntes sobre la implantación del impulso oficial en el proceso civil español. In J. Picó i Junoy (Ed.), *Principios y garantías procesales. Liber amicorum en homenaje a la profesora M.<sup>a</sup> Victoria Berzosa Francos* (63-80). Barcelona: Bosh.
- (2019). Leyes de enjuiciamiento, y no Códigos de procedimiento: entre el oportunismo político y la fuerza del uso. *Justicia: Revista de derecho procesal*, (2), 55-80.

- Calderón Collantes, F. (1855). Últimas reformas en la legislación. Deberes de la magistratura. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 3(6), 153-160.
- Cao, U. (1912). *Per la riforma del processo civile in Italia. Ricerche di sistema e tentativi di applicazione* (Vol. I). Cagliari: Meloni-Aitelli.
- Cappelletti, M. (1989). *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford: Clarendon.
- Carratta, A. (2017). Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo. In F. Macario & M.N. Miletti (Eds.), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo* (87-138). Roma: Roma TrE-Press.
- Cavanna, A. (1982). *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico* (Vol. I), Milano: Giuffrè.
- Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Ed.). (2008). *Conde de Toreno, Historia del Levantamiento, Guerra y Revolución de España* (Vols. I-V) (Pres. J. Varela Suanzes-Carpegna). Madrid: Urgoiti Ed.
- Chiarloni, S. (1998). La giustizia civile e i suoi paradossi. In L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia, Annali, XIV, Legge Diritto Giustizia* (406-483). Torino: Einaudi.
- Chiovenda, G. (1960). *Istituzioni di diritto processuale civile* (Vol. I). Napoli: Jovene. (Rist. Napoli, Jovene, 1933).
- (1965). *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione. Ristampa inalterata con prefazione del Prof. Virgilio Andrioli*. Napoli: Jovene.
- Chizzini, A. (2006). Un "codice di regole" per un processo liberale?. *Il giusto processo civile*, (3), 22-39.
- (2023). Il codice italiano di procedura civile negli ottant'anni dalla sua entrata in vigore. *Judicium*, (1), 7-20.
- Conard, P. (1909). *La Constitution de Bayonne (1808). Essai d'édition critique*. Lyon: Forgotten Books.
- Conde de Toreno. (1835-1837). *Historia del Levantamiento, Guerra y Revolución de España* (Vols. I-V). Madrid: Imp. T. Jordán.
- (1838). *Storia della sollevazione, guerra e rivoluzione della Spagna, del Conte di Toreno. Prima versione dallo spagnuolo di Ercole Marenesi* (trad. it.). Milano: A. Bonfanti.
- Damaška, M.R. (1986). *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven: Yale University Press.
- Danvila y Collado, M. (1885-1886). *El poder civil en España* (Vol. IV). Madrid: Imp. M. Tello.
- Dauchy, S. (2006). La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1806. In L. Cadet & G. Canivet (Eds.), *De la commémoration d'un code à l'autre. 200 ans de procédure civile en France* (pp. 77-89). Paris: Litec.
- De Aliaga Bayot y Sálasguasquí, M. (1805). *El escribano perfecto, espejo de escribanos teórico-practico* (Vol. I). Cervera: Imp. M. Canals Viuda.
- De Marliani, M. (1840). *Historia política de la España moderna*. Barcelona: Imp. A. Bergnes y Compañía.
- De Lizaur y Lacave, I. (1906). *La Carta otorgada de 1808*. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho.
- De Pina Milán, R. (1953). En el centenario de la Instrucción procesal del marqués de Gerona (1853-1953). *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (12), 183-189.
- De Tapia, E. (1837). *Febrero novísimo, ò Librería de jueces, abogados y escribanos y médicos legistas* (Vol. IV). Valencia: Imp. I. Mompie.
- De Vicente y Caravantes, J. (1856). *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento; con sus correspondientes formularios* (Vol. I). Madrid: Imp. Gaspar y Roig.

- (1856). *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento; con sus correspondientes formularios* (Vol. II). Madrid: Imp. Gaspar y Roig.
- Del Pozo Carrascosa, P. (1992). La introducción del Derecho francés en Cataluña durante la invasión napoleónica. In J.M. Scholz (Ed.), *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España* (189-214). Frankfurt am Main: V. Klostermann.
- Dondi, A. (2011). Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale. In A. Dondi (Ed.), *Elementi per una definizione di complessità processuale* (3-17). Milano: Giuffrè.
- (2019). Proceso civil, herencia de la modernidad histórica y desafíos del futuro. Algunas impresiones peregrinas. In G. Priori Posada (Ed.), *Justicia y proceso en el siglo XXI. Desafíos y tareas pendientes* (667-676). Lima: Palestra.
- (2020). Una mirada comparatista (y algo histórica) sobre la actual perniciosa obsolescencia de un papel activo del juez civil. *Justicia: Revista de derecho procesal*, (2), 21-46.
- Engelmann, A. (Ed.). (1928). *A History of Continental Civil Procedure*. London: J. Murray.
- Fairén Guillén, V. (1953). *El juicio ordinario y los plenarios rápidos. Los defectos en la recepción del Derecho procesal común; sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales*. Barcelona: Bosh.
- (1969). Estudio histórico externo de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855. In V. Fairén Guillén (Ed.), *Temas del ordenamiento procesal. Historia. Teoría general* (Vol. I, 21-111). Madrid: Tecnos.
- (2000). Adiós a la LEC de 1881. *Revista de derecho procesal*, (2), 311-344.
- (2001). Introducción. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, invariante española (1881-2000). In N. Picardi & A. Giuliani (Eds.), *Testi e documenti per la storia del processo. Iª Sezione: I grandi modelli europei VII. Ley de Enjuiciamiento civil. 1881* (VII-LII). Milano: Giuffrè.
- (2007). La Instrucción del Marqués de Gerona (30 de oct. de 1853) y el “modelo de Stuttgart” (1967). *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, (37), 101-120.
- Falcón, M. (1880). *Historia del Derecho civil español, común y foral*. Salamanca: Imp. V. Oliva.
- Fazzalari, E. (1965). Cento anni di legislazione sul processo civile (1865-1965). *Rivista di diritto processuale*, 491-515.
- Fernández de la Rúa, V. (1856). *Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Vol. II). Madrid: Imp. Boletín de Jurisprudencia.
- (1856). *Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Vol. I). Madrid: Imp. Boletín de Jurisprudencia.
- Fernández Sarasola, I. (2005). La influencia de Francia en los orígenes del constitucionalismo español. *Forum Historiae Iuris*. <https://forhistiur.net/2005-04-sarasola>.
- Fernández Segado, F. (1986). *Las Constituciones históricas españolas. Un análisis histórico-jurídico*. Madrid: Civitas.
- Ferrando Badía, J. (1962). Vicisitudes e influencias de la Constitución de 1812. *Revista de Estudios Políticos*, (126), 169-228.
- Ferrante, R. (2011). *Codificazione e cultura giuridica* (2ª ed.). Torino: Giappichelli.
- Fiestas Loza, A. (1985). Codificación procesal y estado de la Administración de Justicia (1875-1915). In J. L. García Delgado (Coord.) & M. Tuñón de Lara (Dir.), *La España de la Restauración. Política, economía, legislación y cultura* (413-436). Madrid: Siglo Veintiuno Ed.

- Foucher, M.V. (1838). *Code de commerce et Loi de procédure sur les affaires et causes de commerce du Royaume d'Espagne*. Rennes-Paris: Blin-Joubert.
- Fréger, L. (2011). *Procédure civile. Espagne XIX<sup>e</sup> siècle, Ley de Enjuiciamiento Civil. 5 octubre 1855. (Loi de procédure civile)*. In J. Hautebert & S. Soleil (Éds.), *La procédure et la construction de l'État en Europe (XVI<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècle). Recueil de textes, présentés et commentés (197-240)*. Rennes: Presses Universitaires de Rennes.
- García Giménez, R. (2003). *Pedro Sainz de Andino. Vida y obra*. Madrid: Secretaría General del Senado, Departamento de Publicaciones.
- García-Gallo, A. (1967). *Antología de fuentes del antiguo derecho. Manual de historia del derecho español (Vol. II)*. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones.
- (1967). *El origen y la evolución del derecho. Manual de historia del derecho español (Vol. I)*. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones.
- Godin, X. (2007). *Les antécédents du Code de procédure civile de 1806. L'Ordonnance civile de 1667 et l'œuvre de jurisconsultes*. In J. Hautebert & S. Soleil (Éds.), *Le Code de 1806 et la procédure civile en Europe. Les décrets de 1806 et la procédure du contentieux administratif en Europe. Actes du colloque organisé à Rennes les 9 et 10 novembre 2006 (Vol. I, 9-31)*. Paris: Éditions juridiques et techniques.
- Goldschmidt, J. (1936). *Derecho procesal civil*. Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro: Labor.
- Gómez de la Serna, P. (1857). *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Imp. Revista de Legislación.
- (1860). *Sobre las colecciones legislativas*. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, XVII, 465-469.
- (1872). *Estado de la codificación al terminar del reinado de Doña Isabel II*. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 19(39), 284-300.
- Gómez de la Serna, P., & Montalbán, J.M. (1856). *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales (2<sup>a</sup> ed., Vol. II)*. Madrid: Librería Sánchez.
- (1861). *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales (3<sup>a</sup> ed., Vol. I)*. Madrid: Librería Sánchez.
- (1868). *Elementos del derecho civil y penal de España, precedido de una reseña histórica de la legislación española (8<sup>a</sup> ed., Vol. I)*. Madrid: Imp. A. Peñuelas.
- Gómez de la Serna, P., & Reus y García, J. (1863). *Código de Comercio concordado y anotado, precedido de una Introducción histórico-comparada, y seguido de la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio*. Madrid: Imp. Revista de Legislación.
- Guerra, F. X. (2012). *Figuras de la Modernidad. Hispanoamérica. Siglos XIX-XX*. Bogotá: Taurus.
- Lafuente, M. (1889). *Historia General de España (Vol. XVI)*. Barcelona: Montaner y Simón.
- Lasso Gaité, J.F. (1998). *Crónica de la codificación española. 1. Organización judicial*. Madrid: Imp. Nacional Boletín Oficial del Estado.
- (1998). *Crónica de la Codificación española. 2. Procedimiento civil*. Madrid: Imp. Nacional Boletín Oficial del Estado.
- (1998). *Crónica de la Codificación española. 6. Codificación mercantil*. Madrid: Imp. Nacional Boletín Oficial del Estado.
- Liebman, E.T. (1974). *Storiografia giuridica "manipolata"*. *Rivista di diritto processuale*, 100-123.
- Lobingier, C. S. (1907). *A Spanish object-lesson in code-making*. *Yale Law Journal*, (16), 411-416.
- López Tabar, J. (2001). *Los Famosos Traidores. Los afrancesados durante la crisis del Antiguo Régimen (1808-1833)*. Madrid: Biblioteca Nueva.

- Manresa y Navarro, J.M., Miquel, I., & Reus, J. (1856). *Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación* (Vol. I). Madrid: Imp. Revista de Legislación.
- (1875). *Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación* (Vol. IV). México: Imp. Biblioteca de Jurisprudencia.
- Marichalar, A., & Manrique, C. (1876). *Historia de la legislación y recitaciones del Derecho civil de España* (Vol. IX). Madrid: Imp. Nacional.
- Martínez Marina, F. (1808). *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla. Especialmente sobre el Código de D. Alonso el Sabio, conocido con el nombre de las Siete Partidas*. Madrid: Imp. Hija de J. Ibarra.
- (1813). *Teoría de las Cortes ó Grandes Juntas Nacionales de los Reinos de León y Castilla. Monumentos de su constitución política y de la soberanía del pueblo. Con algunas observaciones sobre la ley fundamental de la Monarquía española sancionada por las Cortes generales y extraordinarias, y promulgada en Cádiz á 19 de marzo de 1812* (Vols. I-III). Madrid: Imp. F. Villalpando.
- Martínez Salazar, A. (1828). *Práctica de sustanciar pleitos ejecutivos y ordinarios, conforme al estilo de los juzgados de Madrid, de las Chancillerías, Audiencias y demás Tribunales del Reino, con estension de los pedimentos, autos y diligencias judiciales, é inclusión de varios instrumentos y advertencias á escribanos, procuradores y alguaciles* (5a ed.). Madrid: Imp. J. Viana Razola.
- Masferrer, A. (2011). Plurality of laws, legal traditions and codification in Spain. *Journal of Civil Law Studies*, (4), 419-440.
- Masferrer, A. (Ed.). (2014). *La Codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y la francesa en particular*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Méndez Bejarano, M. (1912). *Historia política de los afrancesados (con algunas cartas y documentos inéditos)*. Madrid: Sucesores de Hernando.
- Montalbán, J. M. (1875). D. Pedro Gómez de la Serna. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 23(46), 55-76.
- Montero Aroca, J. (1976). *Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso*. Madrid: Tecnos.
- (1996). La ley de enjuiciamiento civil española de 1855. La consolidación del proceso común. In *Ensayos de Derecho procesal* (169-275). Barcelona: Bosch.
- (1997). Processo civile (Spagna) (P. Della Vedova, Trad.). In *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile* (Vol. XV, 167-234). Torino: Utet.
- (2000). La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad. *Derecho PUCP*, (53), 583-668.
- (2010). Síntesis de las concepciones históricas del proceso civil. *Teoría & Derecho*, (7), 15-34.
- Morodo Leoncio, R. (1994). Reformismo y regeneracionismo: el contexto ideológico y político de la Constitución de Bayona. *Revista de Estudios Políticos*, (83), 29-76.
- Nieto, A. (1996). *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*. Barcelona: Ed. Ariel.
- Noceto, F. (2024). *Preparazione della causa nelle codificazioni liberali italiane e spagnole. Alle radici della modernità*. Genova: Genova University Press.
- Nougués Secall, M. (1856). *Tratado de práctica forense novísima, según la Ley de Enjuiciamiento civil, de 5 octubre de 1855* (Vol. II). Madrid: Imp. Sanz y Gómez.
- Observaciones sobre la instrucción del procedimiento civil de 30 de septiembre de 1853. (1854). *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 2(3), 13-92.
- Ortiz de Zúñiga, M. (1856). *Practica general forense* (Vol. I). Madrid: Imp. J. Rodríguez.

- Pareja de Alarcón, F. (1853, 16 oct.). Reforma de los procedimientos civiles. Observaciones sobre la exposición del señor ministro á S.M. *El Faro nacional. Revista de jurisprudencia, de administración, de tribunales y de instrucción pública*, (236), 433-440.
- (1853, 17 nov.). De la administración de justicia en relación con el gobierno y el presupuesto de los gastos públicos. *El Faro nacional. Revista de jurisprudencia, de administración, de tribunales y de instrucción pública*, (245), 585-589.
- Pérez Martín, A., & Scholz, J.M. (1978). *Legislación y jurisprudencia en la España de antiguo régimen*. Valencia: Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones.
- Perona Tomás, D.A. (2011). La influencia de la Constitución francesa de 1791 en la española de 1812. In J. A. Escudero López (Coord.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años* (Vol. II, 367-387). Madrid: Espasa Calpe.
- (2014). La influencia francesa en la Codificación mercantil española del siglo XIX. In A. Masferrer (Ed.), *La Codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y la francesa en particular* (351-428). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- (2015). *Notas sobre el proceso de la Codificación mercantil en la España del siglo XIX*. Madrid: Dykinson.
- Petit, C. (2008). España y el “Code Napoleón”. *Anuario de Derecho Civil*, 61(4), 1773-1840.
- (2016). *Historia del Derecho Mercantil*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons.
- (2019). *Un Código civil perfecto y bien calculado. El proyecto de 1821 en la historia de la codificación*. Madrid: Dykinson.
- (2023). *Otros códigos. Por una historia de la codificación civil desde España*. Madrid: Dykinson.
- Petronio, U. (2000). Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul codice di procedura civile del 1806. In N. Picardi & A. Giuliani (Eds.), *Testi e documenti per la storia del processo. Iª Sezione: I grandi modelli europei, V. I Codici napoleonici. T. I Codice di procedura civile. 1806* (VII-L). Milano: Giuffrè.
- Picardi, N. (1987). Processo civile (diritto moderno). In *Enciclopedia del diritto* (Vol. XXXVI, 101-118). Milano: Giuffrè.
- Picardi, N. (1996). Introduzione. Code Louis. In N. Picardi & A. Giuliani (Eds.), *Testi e documenti per la storia del processo. I. Code Louis. T. I Ordonnance civile. 1667* (VII-LII). Milano: Giuffrè.
- Pino Abad, M. (2014). Las leyes de enjuiciamiento civil de 1855 y 1881. Apuntes sobre las influencias recibidas y aportadas. In A. Masferrer (Ed.), *La Codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y la francesa en particular* (429-448). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Prieto-Castro, L. (1953). La Instrucción del marqués de Gerona «para arreglar el procedimiento de los negocios civiles con respecto á la real jurisdicción ordinaria». *Revista general de legislación y jurisprudencia*, (193), 114-133.
- Proto Pisani, A. (1999). Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato. Una continuità nella cultura processualciviltistica rotta con cinquanta anni di ritardo. *Quaderni fiorentini*, 28(1), 713-747.
- Ramos Méndez, F. (2006). La concepción del proceso civil fuera de Francia. El caso español. *Justicia*, (3-4), 27-52.
- Rubio García-Mina, J. (1950). *Sainz de Andino y la codificación mercantil*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, spec. p. 25 ss.
- Saint-Joseph, M.A. de (1844). *Concordance entre les Codes de Commerce étrangers et le Code de Commerce français*. Paris: Videcoq.

- Sainz de Andino, P. (1982). *El pensamiento administrativo de P. Sainz de Andino* (con introducción y notas de García Madarúa, J.M.). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Salcedo y Ruiz, Á. (1914). *Historia de España. Resumen crítico*. Madrid: Imp. Artística de Blass y Cía.
- Sánchez Agesta, L. (1955). *Historia del constitucionalismo español*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Sánchez-Arcilla Bernal, J. (1994). *Historia de las Instituciones Político-Administrativas Contemporáneas (1808-1975)* (con la colaboración de E. Montanos Ferrín). Madrid: Dykinson.
- Sánchez, G. (1980). *Curso de Historia del Derecho*. Valladolid: Miñón.
- Sanz Cid, C. (1922). *La Constitución de Bayona*. Madrid: Ed. Reus.
- Satta, S. (1960). Codice di procedura civile. In *Enciclopedia del diritto* (Vol. VII, 280-285). Milano: Giuffrè.
- (1968). Il formalismo nel processo. Relazione letta il 4 ottobre al quarto convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile. In *Soliloqui e colloqui di un giurista* (44-61). Padova: Cedam.
- Sempere y Guarinos, J. (1810). *Observaciones sobre las Cortes y sobre las leyes fundamentales de España*. Granada: Imp. M. Moreno.
- (1823). *Historia del derecho español* (Vol. II). Madrid: Imp. Real.
- Tarello, G. (1976). *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto* (Vol. I). Bologna: Il Mulino.
- (1977). Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. (Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente Codice italiano di procedura civile). In B. Paradisi (Ed.), *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo congresso internazionale della Società Italiana di Storia del diritto* (Vol. III, 1409-1472). Firenze: Olschki.
- Taruffo, M. (1980). *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Bologna: Il Mulino.
- (2012). L'istruzione probatoria. In M. Taruffo (Ed.), *La prova nel processo civile* (pp. 79-168). Milano: Giuffrè.
- Toharia, J. J. (1974). *Modernización, autoritarismo y administración de justicia en España*. Madrid: Cuadernos para el Diálogo.
- Tomás y Valiente, F. (1981). *Manual de Historia del Derecho español* (3ª ed., p. 510). Madrid: Tecnos.
- (1995). Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución. *Anuario de Historia del Derecho Español*, (65), 13-126.
- (2003). *Genesi di un costituzionalismo euro-americano. Cadice 1812. Con un'autobiografia dell'autore e Prefazione di A. Romano*. Milano: Giuffrè.
- Tormo Camallonga, C. (2011). El Derecho es la justicia de los hechos: A propósito de la Instrucción del Marqués de Gerona. *Anuario de historia del derecho español*, (81), 873-920.
- Toscano de Puelles, F. (1987). *Sainz de Andino. El hacedor de leyes*. Cádiz: Diputación Provincial.
- van Caenegem R.C. (1973). History of European Civil Procedure, in M. Cappelletti (Ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law* (Vol. XVI, 1-114), Tübingen: J.C.B. Mohr.
- van Rhee, C.H. (2005). Introduction. In C.H. van Rhee (Ed.), *European traditions in civil procedure* (3-23). Antwerpen-Oxford: Intersentia.
- van Rhee, C.H. (Ed.). (2005). *European Traditions in Civil Procedure*, Antwerpen-Oxford: Intersentia.
- Vance, J.T. (1937). *The Background of Hispanic-American Law. Legal Sources and Juridical Literature of Spain*. Washington, DC: J. T. Vance.

- Varela Suanzes-Carpegna, J. (1987). La Constitución de Cádiz y el liberalismo español del siglo XIX. *Revista de las Cortes Generales*, (10), 27-109.
- (1995). Los modelos constitucionales en las Cortes de Cádiz. In F.X. Guerra (Ed.), *Las revoluciones hispánicas. Independencias americanas y liberalismo español* (245-266). Madrid: Ed. Complutense.
- Vélez, R. de (1825). *Apología del Altar y del Trono, ó historia de las reformas hechas en España en tiempo de las llamadas Cortes; é impugnación de algunas doctrinas publicadas en la Constitución, diarios y otros escritos contra la Religión y el Estado* (Vols. I-III, spec. II, p. 173 ss.). Madrid: Imp. Cano.
- Vicens Vives, J. (1959). *Historia social y económica de España y América* (Vol. V). Barcelona: Editorial Teide.
- Vilar, P. (1982). *Hidalgos, amotinados y guerrilleros. Pueblo y poderes en la historia de España*. Barcelona: Crítica.
- Vogliotti, M. (2007). *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*. Torino: Giappichelli.
- von Rauchhaupt, F. W. (1923). *Geschichte der spanischen Gesetzesquellen von den Anfängen bis zur Gegenwart*. Heidelberg: C. Winters Universitätsbuchhandlung.
- Wach, A. (1896). *Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung gehalten vor praktischen Juristen im Frühjahr 1879*. Bonn: A. Marcus.
- Wijffels, A. (2005). French civil procedure (1806-1975). In C.H. van Rhee (Ed.), *European traditions in civil procedure* (25-47). Antwerpen-Oxford: Intersentia.



# GENEALOGIA DELLA PROVA INDIZIARIA: UN'EREDITÀ MEDIEVALE PER UNA RAZIONALITÀ PROCESSUALE MODERNA

A GENEALOGY OF PRESUMPTIVE REASONING:  
A MEDIEVAL LEGACY FOR THE RATIONALITY OF MODERN EVIDENCE LAW

*In assenza di certezze, è la plausibilità  
a guidare il giudizio*

Massimo Nardoza\*

Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

**ABSTRACT:** Il saggio indaga la genealogia medievale della prova indiziaria, svelando la sorprendente attualità del pensiero giuridico del XII-XIV secolo. Attraverso l'analisi delle teorie di Pillio da Medicina, Accursio e Bartolo da Sassoferrato, emerge un sistema probatorio fondato sulla dialettica tra *factum* e *ius*, tra evidenza empirica e qualificazione normativa. La *praesumptio* pilliana — articolata in presunzioni temerarie, probabili e violente — si configura come tecnica epistemologica per trasformare l'incertezza in decisione, anticipando logiche moderne come il "*circumstantial evidence*" e il "*beyond reasonable doubt*". La distinzione tra fatto estrinseco (dati spazio-temporali) e intrinseco (volontà, intenzione) rivela una razionalità processuale che media osservazione e interpretazione. L'evoluzione dalla *semiplena probatio* accursiana alla *plena fides* bartoliana segna il passaggio da un modello meccanicistico a una valutazione dinamica della prova, dove il giudice diviene interprete attivo. Il saggio dimostra come categorie medievali — analogia, finzione, gerarchia delle presunzioni — sopravvivano nel diritto contemporaneo, sfidando la narrativa di fattura epistemologica illuminista. L'eredità medievale si rivela non come archeologia giuridica, ma come struttura profonda del ragionamento probatorio, ponte tra empiria e autorità, tra verità sostanziale e probabilità legale.

---

\* Professore a contratto nell'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

**PAROLE CHIAVE:** prova indiziaria, epistemologia giuridica, *praesumptio*, Pillio da Medicina, Bartolo da Sassoferrato, *plena fides*, diritto medievale, analogia, finzione giuridica, verità processuale.

**ABSTRACT:** The essay investigates the medieval genealogy of circumstantial evidence, revealing the surprising contemporary relevance of 12th-14th-century legal thought. Through an analysis of the theories of Pillio of Medicina, Accursio, and Bartolo of Sassoferrato, a probatory system emerges, grounded in the dialectic between *factum* and *ius*, empirical evidence and normative qualification. The Pillian *praesumptio* — articulated into rash, probable, and violent presumptions — serves as an epistemological technique to transform uncertainty into judicial decision, anticipating modern logics such as “*circumstantial evidence*” and “*beyond reasonable doubt*”. The distinction between extrinsic facts (spatio-temporal data) and intrinsic facts (will, intention) unveils a procedural rationality mediating observation and interpretation. The evolution from Accursian *semiplena probatio* to Bartolian *plena fides* marks the shift from a mechanistic model to a dynamic evaluation of evidence, where the judge becomes an active interpreter. The essay demonstrates how medieval categories — analogy, legal fiction, hierarchy of presumptions — persist in contemporary law, challenging the narrative of an Enlightenment epistemological framework. The medieval legacy is not mere legal archaeology but a deep structure of evidentiary reasoning, bridging empirical evidence and authority, substantive truth and legal probability.

**KEYWORDS:** circumstantial evidence, legal epistemology, *praesumptio*, Pillio da Medicina, Bartolus of Saxoferrato, *plena fides*, medieval law, analogy, legal fiction, procedural truth.

**SOMMARIO:** 1. LA PROVA PRESUNTIVA: MORFOLOGIE DINAMICHE DI UN CONCETTO TRA EREDITÀ MEDIEVALE E PARADOSSI MODERNI.— 2. FATTO ESTRINSECO E INTRINSECO: LA GEOMETRIA DELLA PROVA TRA DISCREZIONALITÀ E RAZIONALITÀ.— 3. PRESUNZIONE, ANALOGIA, FINZIONE: LA COSTELLAZIONE EPISTEMICA DELLA RAZIONALITÀ GIURIDICA.— 4. «FACTUM» E «IUS»: LA QUESTIONE CONTROVERSA COME DISPOSITIVO DI MEDIAZIONE TRA ESPERIENZA E NORMA.— 5. REGOLA E CONTESTO: LA NEGOZIAZIONE PERMANENTE TRA ORDINE LOGICO E PRAGMATISMO GIURIDICO.— 6. NOTA CONCLUSIVA.— BIBLIOGRAFIA

## 1. LA PROVA PRESUNTIVA: MORFOLOGIE DINAMICHE DI UN CONCETTO TRA EREDITÀ MEDIEVALE E PARADOSSI MODERNI

La presunzione, in quanto strumento epistemologico fondativo del ragionamento probatorio indiretto, attiva — attraverso un salto logico-categoriale — il transito dal *factum notum* (fatto certo) al *factum probandum* (fatto da provare). Le disposizioni codicistiche vigenti (artt. 2729 c.c. e 116 c.p.c.), nel tentativo di disciplinare tale dinamica, disvelano una tensione metodologica di lunga durata: quella tra l'istanza storicistica di ricostruzione del fatto *sicuti actum est* e la necessità di ricondurlo a schemi normativi predeterminati. Una dialettica che, nella modernità, si ridefinisce come crisi ermeneutica tra il polo della verità materiale, intesa come aderenza al reale, e quello del formalismo procedurale, inteso come conformità al sistema. Tale tensione

riflette l'irrisolta ambivalenza della prova, sospesa tra verità sostanziale e probabilità legale<sup>1</sup>.

Quando Pillio da Medicina, nel XII secolo, definiva la *praesumptio* come “ciò che si assume prima” (*prae sumere*)<sup>2</sup>, fondando la verità processuale su indizi estrinseci, non elaborava un'astrazione dottrinale, ma una logica operativa che ha attraversato silenziosamente la modernità: “Presumptio est rei de qua queritur semiplena probatio vel rei dubie aliquibus signis extrinsecis credulitas seu fides. Dicta est autem presumptio a pre, quod est ante et sumo, sumitur ante enim aliquid esse vel non esse sumitur quam rei veritas certissime demonstratur. Ni mirum postea veritas apperans anteriorem regulariter presumptionem repellit ut D. si pars here. pe. le. antiquitas et l. si pauciores (D. 5.4.1.3 e D. 5.4.1.4). Ad presumptionem tunc demum recurritur cum alias veritas non dilucidatur ut D. de l. iii. 1. nummis (D. 32.75) et de questionibus 1.i. (D. 48.18.1)”<sup>3</sup>.

Il glossatore bolognese, profondamente ancorato alla tradizione retorica<sup>4</sup> ma proiettato verso un'epistemologia giudiziaria sistematica, tracciava una distinzione destinata a riaffiorare nei secoli: da un lato le *praesumptiones facti*, legate a criteri spazio-temporali e comportamentali (il *tempus*, il *locus*, la *fama communis*), a supporto dell'indagine indiziaria; dall'altro le *praesumptiones iuris*, presidi normativi che cristallizzano verità sociali in regole predefinite. Questa distinzione — tra logica induttiva e imperio della norma — non è mera archeologia giuridica, ma l'impronta originaria di una tensione irrisolta: l'odierna “prova presuntiva” oscilla ancora tra l'eredità medievale

<sup>1</sup> Sul problema della presunzione, v. Patti, R. Poli (2022).

<sup>2</sup> Il significato di presunzione nel suo aspetto etimologico-lessicale è sufficientemente chiaro: Pillio lo interpreta come l'atto di considerare un fatto vero in via preliminare, prima che siano fornite ulteriori prove: *prae, idest antequam aliunde probetur*. Pillio da Medicina, *Libellus disputatorius*, Wien, Österreichische Nationalbibliothek, Cod. Vind. Pal. 2157, f. 36v/I; di quest'opera, che nel manoscritto citato occupa i fol. 36ra-87vb, non esiste ancora un'edizione critica. Per tutte le citazioni successive del *Libellus*, farò riferimento al manoscritto originale e alla trascrizione realizzata da Meyer-Nelthropp, basata sul medesimo manoscritto conservato presso l'Österreichische Nationalbibliothek, benché parziale e non molto accurata: cfr. Meyer-Nelthropp (1958), 7 ss. Sulla figura di Pillio nell'esperienza giuridica dei glossatori, v. E. Cortese (2013), 1587 ss.

<sup>3</sup> Pillio da Medicina, *Libellus disputatorius*, Wien, ÖNB, Mss., 2157, f. 36v/I-36v/II.

<sup>4</sup> Il profilo della probabile certezza del fatto ai fini del convincimento suscita collegamenti con il pensiero di Aristotele (per il tramite di Boezio). Sulla cultura aristotelica dei glossatori, v. le osservazioni critiche di Otte (1968), 368 ss., 370 ss. Relativamente a Pillio, è stato osservato come il suo metodo espositivo appaia basato sulla tripartizione *cognitio-definitio-distinctio*, riflettendo l'influenza profonda della dialettica aristotelica [sul punto, v. Padovani (2006), 62 ss.; Id. (2014), 21 ss.]. Questo approccio, tipico degli *ordines iudicarii*, non solo struttura il discorso giuridico in modo razionale e sistematico, ma permette anche di affrontare questioni complesse attraverso uno schema logico di qualificazione dei problemi. La *cognitio* rappresenta la fase iniziale di analisi del caso, in cui si individuano i fatti e le questioni giuridiche rilevanti; la *definitio* chiarisce i concetti e le norme applicabili, mentre la *distinctio* suddivide il problema in parti più piccole, facilitandone la risoluzione. Questo metodo, che trova le sue radici nella tradizione logica medievale [Litewski (1999), 15 ss.; Bellomo (2000), 567 ss.; Weijers (2009), 123 ss.], è stato ampiamente utilizzato dai giuristi del periodo per sviluppare una dottrina giuridica coerente e per guidare la pratica processuale. L'integrazione tra diritto e dialettica, tipica di questo approccio, ha contribuito in modo significativo alla formazione del processo romano-canonico, influenzando non solo la teoria ma anche la prassi giudiziaria. Cfr. Lévy (1939); Kuttner (1949), 493 ss., Nörr (1976).

(l'inferenza come strumento euristico, il ricorso a *signa extrinseca*) e l'ansia modernista di imbrigliare la discrezionalità giudiziale in griglie codicistiche. Pillio avvertiva che "alla presunzione si ricorre solo quando la verità non si manifesta" (*cum alias veritas non dilucidatur*)<sup>5</sup> e tracciava involontariamente il solco per quel paradosso contemporaneo: più il diritto pretende di esorcizzare l'indeterminatezza attraverso formule chiuse ("grave, preciso e concordante"), più rivela la sua dipendenza da categorie antiche. L'etimologia stessa di *praesumptio* — atto del "prendere prima", salto nel vuoto argomentativo — sopravvive nelle pieghe del nostro sistema probatorio, sfidando ogni tentativo di ridurre la presunzione a mera tecnica sussidiaria. Il nodo non è se l'elaborazione giuridica medievale abbia vinto o perso, ma come la sua eredità — quell'equilibrio tra empiria e autorità, tra *frequentia* dei comportamenti e *verisimilitudo* delle inferenze — continui a plasmare sotterraneamente il confine tra indizio e arbitrio, tra flessibilità processuale e certezza del diritto. Ogni slittamento terminologico moderno (confondere presunzione con prova, indizio con illazione) non è che la riemersione di una ferita antica: il rischio di vanificare sette secoli di affinamento dialettico, riportando il giudice dalla parte oscura della *divinatio*.

## 2. Fatto estrinseco e intrinseco: la geometria della prova tra discrezionalità e razionalità.

La distinzione pilliana tra *factum extrinsecum* e *intrinsecum*<sup>6</sup> non costituisce un esercizio di erudizione scolastica, ma rappresenta il cardine di un'epistemologia giuridica che ancora oggi struttura il nostro modo di pensare la prova<sup>7</sup>. Quando Pillio da Medicina delimita l'ambito del fatto estrinseco — quel contratto stipulato, quel pagamento tracciabile nello spazio e nel tempo — sta costruendo i pilastri di una razionalità processuale che trasforma

<sup>5</sup> *Supra* nt. 3.

<sup>6</sup> Pillio da Medicina, *Libellus disputatorius*, Wien, ÖNB, *Mss.*, 2157 f. 36ra: "Quibus modis presumatur, variis modis contingit presumi, siquidem incertitudo quandoque vertitur circa factum extrinsecum quandoque circa factum intrinsecum, puta cum de voluntate vel consensu cuiusque queritur vel de iuris seu alicuius scripture interpretatione. Item quandoque dubitatur de facti substantia. sitne aliquid factum vel non. quandoque essentia certa constituta de eius qualitate disputatur. scilicet sitne bonum vel malum quod factum deprehenditur".

<sup>7</sup> a) Presunzioni relative a fatti estrinseci: Pillio elenca una serie di modi in cui si può presumere che un fatto sia accaduto o meno, basandosi su elementi esterni come la persona coinvolta, il tempo, il luogo, il modo di agire, la frequenza dell'azione, la società o la sollecitudine dimostrata, e così via. Ad esempio, se una persona ha agito in un certo modo in passato, si può presumere che abbia agito nello stesso modo in un caso simile. Il modo di agire (*ex modo agendi*) assume in questo caso rilevanza. Pillio osserva che la modalità con cui una persona compie un'azione può suggerire l'intenzionalità sottostante. Per esempio, un comportamento metodico e coerente può implicare una deliberata volontà di agire in un determinato modo (D. de cond. ob causam si extraneus, D. 12.4.6).

b) Presunzioni relative a fatti intrinseci: quando l'incertezza attiene alla volontà o al consenso di una persona, Pillio spiega che le presunzioni si basano su elementi come la conversazione precedente, la fama comune, la confessione, o il sacramento. Ad esempio, se una persona ha confessato un fatto, si presume che quel fatto sia vero, a meno che non vi siano prove contrarie.

l'oggettività del mondo in indizi giuridicamente utilizzabili. Il *tempus*<sup>8</sup> e il *locus*<sup>9</sup>, quel "quando" e "dove" che ancora oggi caratterizzano i nostri verbali processuali, diventano nella sua analisi coordinate per ancorare il giudizio a parametri verificabili: un atto redatto in curia (C. 7.67.1) non è solo un dato spaziale, ma un sigillo di credibilità che attraversa i secoli. Eppure, nella genialità sistematica del glossatore, emergeva la consapevolezza che nessun fatto è mai veramente "oggettivo" — persino la *frequentia* delle azioni (D. 50.17.48)<sup>10</sup>, la loro ripetizione rituale, è già un'interpretazione, un'anticipazione di quella sociologia del diritto che settecento anni dopo indagherà il nesso tra consuetudine e normatività<sup>11</sup>.

È nell'analisi del fatto intrinseco — quella trama di volontà, consensi e intenzioni che struttura l'agire giuridico — che Pillio da Medicina rivela la portata epistemologica della sua riflessione<sup>12</sup>. Quando analizza la *voluntas* dichiarata (D. 11.3.5) o il valore probatorio del giuramento (D. 42.1.56)<sup>13</sup>, non si limita ad analizzare fonti di prova: sta delineando i contorni di quella che oggi definiremmo la "dimensione intersoggettiva del diritto", dove l'atto individuale si carica di significato solo in relazione a codici condivisi. La sua insistenza sulla *verisimilitudo* (D. 22.3.13) — la plausibilità come criterio ermeneutico — rappresenta un punto di torsione tra l'epistemologia giuridica medievale, ancorata all'evidenza documentale o testimoniale, e l'emersione di una razionalità probatoria attenta alla coerenza narrativa. Quel criterio dell'"ex eo quod vulgo fieri solet" (D. 50.17.114) — gli usi sociali come matrice presuntiva<sup>14</sup> — non è un semplice antecedente del parametro di "comportamento dell'uomo medio" nella responsabilità civile moderna, ma la radice

<sup>8</sup> Pillio da Medicina, *Libellus disputatorius*, Wien, ÖNB, Mss., 2157 f. 36v/II. Pillio fa l'esempio del problema della validità degli atti compiuti durante giorni festivi o in periodi in cui determinate attività sono sospese per ragioni religiose o giuridiche (D. de feriis l.i., D. 2.12.1).

<sup>9</sup> *Ibidem*, f. 36v/II in fine. Il luogo in cui un'azione è stata compiuta può influire sulla sua valutazione. Un atto compiuto in una sede ufficiale, ad esempio, gode di una presunzione di legittimità (C. de his qui per metum iudi. l.i., Codex Iustinianus 7.67.1).

<sup>10</sup> *Ibidem*. La frequenza o la lunga durata (*ex frequentia vel longa mora*) di un'azione può generare una presunzione di legittimità. Una consuetudine consolidata, o un comportamento ripetuto nel tempo, rafforza l'idea che l'azione sia conforme al diritto (D. de reg. iur. l. quicquid, D. 50.17.48).

<sup>11</sup> Sulla continuità tra analisi medievale della consuetudine (Pillio, Accursio e Bartolo) e sviluppi moderni del rapporto tra pratiche sociali e normatività, si veda l'impianto interdisciplinare che collega la Scuola Storica (Savigny), la sociologia del diritto (Ehrlich), il pluralismo giuridico (Santi Romano) e l'antropologia legale (Norbert). Cfr. Bourdieu (1986); sulla trasposizione della *fides* medievale nella teoria della "regola di riconoscimento", Hart (1963).

<sup>12</sup> Pillio da Medicina, *Libellus disputatorius*, Wien, ÖNB, Mss., 2157, f. 37r/1.

<sup>13</sup> *Ibidem*, f. 37r/1.

<sup>14</sup> *Ibidem*, f. 36v/III, 37r/I. "Ex eo quod vulgo fieri solet": questo principio si fonda sull'idea che i comportamenti usuali o consuetudinari possano essere utilizzati come indizi per inferire la verità di un fatto incerto. Nel manoscritto i riferimenti testuali sono:

"Ex eo quod vulgo fieri solet

D. de reg. iur. in obscuris et l. semper (D. 50.17.114, D. 50.17.34)

D. de l. et se. om. 1.1111 et v. (D. 1.3.4, D. 1.3.5)

D. de testi. 1.111. § fi. (D. 22.5.3.6)

D. de reg. i. eaque (D. 50.17.64)

D. si pars here. pe. 1. antiqui (D. 5.4.3)"

metodologica di un paradigma che vincola l'accertamento del fatto alla riproduzione di norme sociali immanenti. Pillio, in questo senso, si rivela *artefice di categorie*: trasforma gli strumenti del diritto romano (*voluntas, usus, iusiurandum*) in chiavi per decifrare la tensione tra atto individuale e ordine collettivo, anticipando quella dialettica tra soggettività e oggettività che ancora oggi struttura il ragionamento giudiziale.

Questa costruzione concettuale, tuttavia, rivela una tensione irrisolta. Pillio costruisce un sistema dove l'estrinseco (il contratto, il luogo, il comportamento osservabile) dovrebbe funzionare come indizio privilegiato per accedere all'intrinseco (la volontà, l'intenzione), ma nella pratica giudiziaria i due piani mostrano un'interdipendenza costitutiva: l'estrinseco non è mai mero involucro, ma sintomo di un'interiorità che a sua volta si plasma attraverso atti formalizzati. La stessa *confessio* (D. 16.3.26.2)<sup>15</sup>, atto esteriore per antonomasia, diviene rivelazione di una verità interiore — paradosso che attraverserà tutto il diritto processuale, fino alle moderne teorie della prova testimoniale. La grandezza di Pillio risiede nell'aver compreso, con secoli di anticipo, che il fatto giuridico è un campo di forze epistemico in cui oggettività e interpretazione si intrecciano indissolubilmente. Egli intuì che la presunzione non è un semplice ripiego, ma la tecnica fondamentale con cui il diritto trasforma l'ambiguità in dato utile ai fini della decisione<sup>16</sup>.

Quando oggi invochiamo il “grave, preciso e concordante”, non facciamo che riattivare, spesso inconsapevolmente, questo dispositivo medievale. La presunzione moderna, nella sua pretesa di oggettività, tradisce la sua

---

I passi dei *Digesta* sottolineano come, in caso di dubbi o situazioni oscure, si possa ricorrere a ciò che è comunemente accettato o praticato (*vulgo fieri solet*) per risolvere la controversia. Ad esempio, nelle questioni oscure, si deve seguire ciò che è più comune o usuale.

“Ex verisimilitudine”: questo principio permette di inferire la verità di un fatto sulla base della sua probabilità logica. Se un fatto appare verosimile, può essere assunto come vero in assenza di prove contrarie. Qui Pillio introduce il concetto di verosimiglianza, ovvero la probabilità che un fatto sia vero sulla base di indizi ragionevoli. I riferimenti testuali sono:

“Ex verisimilitudine

Ex eo quod est verisimilius

D. de reg. iur. in obscuris (D. 50.17.114)

D. de probat. cum de etate (D. 22.3.13)

In aut. de testi. § si vero quidam (Nov. 90, cap.7)”

I passi dei *Digesta* sottolineano come, nelle questioni incerte, si deve preferire ciò che è più verosimile (*quod verisimilius est*), laddove nella Novella infatti si stabilisce che, in caso di dubbi, si deve seguire la soluzione più probabile.

<sup>15</sup> *Ibidem*, *Libellus disputatorius*, Wien, ÖNB, Mss., 2157, f. 37r/III. La dichiarazione confessoria o il riconoscimento di un'obbligazione in un documento per iscritto (*ex confessione propria vel scriptura*) rappresentano un'altra fondamentale fonte di presunzione della sussistenza del vincolo giuridico. Se un soggetto confessa un fatto o firma un riconoscimento di debito, ciò costituisce un'indicazione probatoria quasi incontrovertibile (D. depositi. publia § finali, D. 16.3.26.2). Questo riferimento del Digesto citato da Pillio evidenzia con chiarezza la distinzione tra la costituzione dell'obbligazione e la prova presuntiva della sua sussistenza. Mentre la costituzione dell'obbligazione richiede il soddisfacimento di precisi presupposti giuridici, la prova presuntiva può derivare da elementi più informali, come dichiarazioni unilaterali o atti non strutturati. Inoltre, l'accento sul ruolo del giudice riflette la funzione della *iurisdictio* nell'armonizzare le situazioni giuridiche, bilanciando la dimensione formale degli atti con quella sostanziale.

<sup>16</sup> Vedi *infra* il paragrafo conclusivo.

ascendenza proprio dove crede di esserne svincolata: nel mito che i *signa extrinseca* (i documenti, le tracce temporali) possano catturare l'intrinseco senza residui. Pillio, con il suo realismo giuridico, ci ricorderebbe che ogni prova è sempre un intreccio di livelli — e che proprio nella tensione tra estrinseco e intrinseco si gioca la partita eterna tra certezza del diritto e verità processuale.

### 3. PRESUNZIONE, ANALOGIA, FINZIONE: LA COSTELLAZIONE EPISTEMICA DELLA RAZIONALITÀ GIURIDICA

La sistematicità di Pillio risulta evidente nella sua tripartizione delle presunzioni — *temerarie, probabili, violente*<sup>17</sup> — che non si riduce a una tassonomia descrittiva, ma disegna una struttura gerarchica della credibilità processuale, le cui tracce persistono nelle moderne misure di valutazione probatoria<sup>18</sup>. Le presunzioni *temerarie*, escluse come “vane congetture”, rappresentano quel limite invalicabile tra indizio e fantasia giuridica che ritroviamo nell'attuale divieto di prove meramente ipotetiche. Le presunzioni *probabili*, pur nella loro fragilità argomentativa, traducono in termini giuridici l'idea di una probabilità pratica che sarà alla base del moderno concetto di “probabile causa”, mentre le presunzioni *violente* — sostenute da una rete di indizi convergenti e che si rafforzano vicendevolmente — fissano invece la soglia minima per trasformare l'incertezza in decisione, prefigurando il requisito della “gravità, precisione e concordanza”. In questa scala, Pillio non si limita a classificare, ma svela i presupposti epistemologici del processo medievale, fondati non sulla ricerca di una verità assoluta — inafferrabile per definizione nel contesto processuale — ma sulla probabilità, calibrata come strumento essenziale per il funzionamento della giustizia.

Sotto tale nodale profilo Pillio distingue, a seconda dei casi, tra processi a cognizione piena (*plenarium et plene discuciendum*) e processi a cognizione sommaria (*semiplene examinandum*)<sup>19</sup>. Nei primi, che richiedono un'indagine approfondita, è necessario rispettare *standard* elevati di prova: gli indizi lievi (*levissima*) non sono sufficienti per giungere alla condanna del convenuto. Tuttavia, Pillio prevede alcune eccezioni significative, che includono il

<sup>17</sup> Pillio da Medicina, *Libellus disputatorius*, Wien, ÖNB, Mss., 2157, f. 36r/II: “Item presumptio alia temeraria, alia probabilis, alia violenta. § Prima prorsus repellitur ut C. de epi. et cleri. 1. eum qui (C. 1.3.19) et in aut. quo. o.e. quanta (Nov. 6, c. 6), secunda et tertia admittitur ut C. ad l. iul. de adulter. 1. quamvis (C. 9.9.29)”.

<sup>18</sup> Nell'età dell'umanesimo giuridico è emblematica la formulazione di Andrea Alciato, *Tractatus de praesumptionibus*, pars II, n. 1, Basileae 1546, col. 594. Sulla qualificazione degli indizi e il ragionamento presuntivo sottostante al rigore probatorio, v. Alciato, *Tractatus de praesumptionibus*, pars III, n. 7, ed. cit., col. 604. Sul problema, alcuni riferimenti in Rosoni (1995), 113 s.; nonché il lavoro collettaneo *The Law of Presumptions: Essays in Comparative Legal History*, Helmholz, Sellar (eds.) (2009). Relativamente alla discussione del tema in età contemporanea, v. Cavallone (1978), 681 ss.; Montesano (1980), 233 ss.; Taruffo (1992), spec. 266 ss.; Ferrer Beltrán (2007), 13 ss.

<sup>19</sup> Pillio da Medicina, *Libellus disputatorius*, Wien, ÖNB, Mss., 2157, f. 36r/II, 36v/I.

ricorso al giuramento (C. 4.1.3), la purgazione dell'innocenza (C. 1.12.1.6)<sup>20</sup> e l'interrogatorio coercitivo degli schiavi (D. 48.18.1; C. 6.30.22). Queste deroghe riflettono un delicato bilanciamento tra l'esigenza di mantenere un rigore probatorio elevato e la necessità di affrontare questioni pratiche, come la tutela dell'ordine sociale.

Nei processi a cognizione sommaria (*semiplene examinandum*), invece, anche indizi modesti possono condurre a pronunce sfavorevoli al convenuto. Ad esempio, in cause possessorie o in dispute ereditarie (D. 37.10.3.4; D. 37.9.1.14) una *levior suspicio* è ritenuta sufficiente a legittimare la decisione ("levior suspicio et modica pro actore inducit sententiam"<sup>21</sup>), privilegiando la rapidità dei provvedimenti da adottarsi e l'efficienza giudiziaria rispetto ad una più approfondita disamina probatoria.

In questioni più delicate, come nell'ipotesi dell'adulterio, quando il giudizio si svolga in assenza di testimoni diretti, Pillio ritiene che la condanna non possa fondarsi sulla sussistenza di circostanze accessorie isolatamente considerate, quali comportamenti ambigui, prove indirette o contraddizioni del convenuto, ma è necessario che tali elementi siano convergenti. È in tali casi che emerge un'esigenza di rigore logico nell'interpretazione degli indizi, affinché il giudizio non si basi su meri sospetti, ma su un insieme coerente e razionale di elementi, valutati in termini di rilevanza, specificità e coerenza logica. Lo stesso criterio si applica, secondo Pillio, nell'accertamento dei delitti di rapina (D. 47.8.2.23-24), dove l'odio sociale verso chi delinque (*odium personae*) non basta di per sé a fondare una condanna, se non è corroborato da elementi oggettivi. Pillio, in questa prospettiva, evidenzia la necessità di evitare pregiudizi e di ancorare il giudizio a una struttura probatoria rigorosa che eviti decisioni arbitrarie.

Il glossatore, richiamandosi a D. 50.2.14, sottolinea che anche la sussistenza tra gli elementi probatori di una sola presunzione tenue (*levissima*) può condurre all'assoluzione, in conformità al principio *in dubio pro reo* (C. 2.1.4). Mentre per la condanna, infatti, è necessaria una presunzione robusta (*praesumptio violenta*), l'assoluzione può derivare dal cedimento anche di un solo elemento del ragionamento probatorio, come l'insufficienza degli indizi, la vaghezza delle circostanze o la loro mancata coerenza. Tale inclinazione verso l'assoluzione, come chiarito in D. 50.17.125 (dove si afferma che il diritto è *proclivior ad absolvendum*) non è espressione di clemenza, ma riflette la consapevolezza che una condanna richiede un grado di certezza superiore rispetto a quanto necessario per assolvere<sup>22</sup>. Se per condannare serve una

<sup>20</sup> Sul giuramento di innocenza nell'esperienza giuridica medievale, v. A. Fiori (2013), spec. 225 ss. sull'ambito di applicazione; 415 ss. in ordine all'incidenza della *fama*, della *praesumptio*, della negativa *probatio*.

<sup>21</sup> Pillio da Medicina, *Libellus disputatorius*, Wien, ÖNB, *Mss.*, 2157, f. 36r/II, 36v/I.

<sup>22</sup> *Ibidem*, "In absolvendo tamen nulla fit divisio nempe iura procliviora sunt ad absolvendum quam ad condempnandum ut D. de reg. 1. favorabiliores et l. impari (D. 50.17. 125 et 128). et D. de act. et o. arrianus (D. 44.7.47)".

probabilità “violenta”, per assolvere basta il cedimento di uno dei tre presupposti (mancanza di gravità, vaghezza degli indizi, incongruenze logiche).

É nel confronto con analogia e finzione che il glossatore rivela la profondità della sua rivoluzione metodologica. Quando distingue la presunzione (*aliquibus signis extrinsecis credulitas*) dall'analogia (*similitudo rationis*)<sup>23</sup>, sta tracciando una linea di confine che ancora oggi separa l'accertamento dei fatti dall'interpretazione delle norme. L'analogia, per Pillio, è un'operazione *normativa*: colma vuoti legislativi trasportando regole da un caso all'altro, come quando estende i criteri di responsabilità da un'ipotesi codificata a una fattispecie affine non specificamente regolamentata. La presunzione, al contrario, è un'operazione *fattuale*: parte da tracce concrete (un documento, un comportamento reiterato) per ricostruire ciò che è oscuro<sup>24</sup>. Confonderle significherebbe, allora come oggi, inquinare il processo con sofismi logici.

La finzione giuridica — “*fingitur esse quod non est*” — completa questo triangolo concettuale, rivelando il lato più audace del pensiero medievale. Prendiamo l'esempio di D. 1.5.26 che stabilisce che il nascituro è protetto allo stesso modo che se fosse già venuto al mondo, nella misura in cui ciò sia necessario a salvaguardare i suoi interessi<sup>25</sup>. Pillio utilizza questo passo dei *Digesta* per sottolineare il valore dogmatico della finzione giuridica, che non si limita a registrare la realtà empirica, ma la ricostruisce per finalità normative: Pillio la definisce come un'operazione giuridica che attribuisce a un fatto inesistente la stessa rilevanza che avrebbe un fatto realmente accaduto (“*Fingitur esse quod non est*”): considerare come già venuto ad esistenza un nascituro per tutelare i suoi interessi ereditari non è un inganno retorico, ma un atto di *creazione normativa*. Qui Pillio coglie l'essenza della finzione: non inferenza logica (come la presunzione), né estensione analogica, ma *artificio deliberato* al servizio di valori superiori<sup>26</sup>. È la stessa logica che oggi permette

<sup>23</sup> Ibidem, f. 37r/I, dove Pillio cita D. 1.3.12 per illustrare come l'analogia sia uno strumento di interpretazione estensiva del diritto.

<sup>24</sup> Ibidem, f. 37r/III.

<sup>25</sup> Il passo del Digesto 5.1.26 analizza la protezione del concepito e il riconoscimento dei suoi interessi giuridici. Paolo afferma che “*qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur*”, sottolineando che il concepito, pur non essendo ancora nato, viene trattato giuridicamente “*come se fosse in vita*”, ma esclusivamente per quanto riguarda i suoi interessi diretti. Il testo rivela l'uso consapevole della finzione giuridica per finalità normative specifiche: attribuire diritti e tutele a un soggetto non ancora esistente nella realtà empirica, senza riconoscergli una soggettività generale. Questo approccio evidenzia la flessibilità del diritto romano nel bilanciare esigenze di equità e coerenza dogmatica attraverso strumenti concettuali quali la finzione giuridica; v. da ultimo, Ferretti (2008); Terreni (2008); Bianchi (2009).

<sup>26</sup> Pillio da Medicina, *Libellus disputatorius*, Wien, ÖNB, Mss., 2157, f. 67r/II. Non è possibile approfondire oltre, in questa sede, la “finzione” come concetto giuridico autonomo, poiché occorrerebbe individuare e analizzare diversi elementi che, nella pratica del diritto civile, canonico e processuale medievale, potevano portare alla creazione di realtà giuridiche che, in qualche modo, si discostavano dalla realtà fattuale. Questi elementi comprendono l'uso di giuramenti, procedure specifiche, interpretazioni estensive e restrittive, nonché meccanismi formali che, attraverso atti e dichiarazioni, erano in grado di modificare le conseguenze legali di una certa situazione. In tutti questi casi, la “finzione” si inserisce nel contesto della gestione delle situazioni concrete e del conseguimento di un determinato obiettivo. È importante notare che varie fonti evidenziano una certa tensione tra l'aderenza alla lettera della legge

al diritto di considerare “come se” un atto fosse stato notificato ricorrendo l’adempimento di determinate formalità (v. art. 140 c.p.c.).

Questa architettura tripartita — presunzione (fattuale), analogia (normativa), finzione (creativa) — delinea un sistema probatorio sorprendentemente moderno. Pillio, nel ribadire che “*veritas apparens anteriorem regulariter presumptionem repellit*”<sup>27</sup>, non formula un principio astratto, ma svela la grammatica probatoria sottesa a ogni accertamento del fatto: un equilibrio dinamico tra ciò che è certo (il documento, la confessione) e ciò che è plausibile (la presunzione, l’indizio). La *presunzione violenta*, pur nella sua forza logica, rimane subordinata alla verità processuale — regola che trova eco nell’attuale divieto di fondare decisioni su mere presunzioni non corroborate da elementi concreti (art. 2727 c.c.)<sup>28</sup>.

Eppure, l’aspetto veramente innovativo va individuato altrove: nel riconoscimento che il processo non è mai solo tecnica, ma sempre *negoziatio- ne tra realtà e artificio*. Quando oggi utilizziamo una finzione giuridica per tutelare i deboli, o invochiamo l’analogia per colmare un vuoto legislativo, stiamo riattivando dispositivi concettuali forgiati nella Bologna del XII secolo. La presunzione moderna, con la sua ossessione per la “coerenza logica”, non è che l’erede laicizzato delle *praesumptiones violente* medievali. Persino il nostro scetticismo verso le presunzioni temerarie — quel residuo di timore per l’arbitrio giudiziale — affonda le radici nella diffidenza medievale verso la speculazione sregolata<sup>29</sup>.

In Pillio, insomma, non troviamo solo il nucleo originario della prova indiziaria, ma il progetto di un diritto che sa essere insieme rigoroso e immaginifico, ancorato ai fatti e in grado di plasmarli. Un diritto che, sette secoli prima di Holmes, sapeva già che “la vita del diritto non è stata logica: è stata esperienza”<sup>30</sup>.

---

e la necessità di adattare la giustizia alle esigenze concrete. Questo aspetto può aver portato all’uso di “finzioni” come strumenti per superare le rigidità del sistema giuridico, per rispondere alle istanze di equità o per raggiungere determinati obiettivi politici e sociali. La problematica è discussa ancora a giorni nostri; v. quanto affermano M. Spanò e M. Vallerani nella postfazione al saggio di Thomas (2011), trad. it. (2016): «La finzione è ... niente di meno che il *modus operandi* più tipico e proprio del diritto» (M. Spanò, M. Vallerani, *Come se. Le politiche della finzione giuridica*, p. 98). Coglie il punto A. Scalone (2017), 1015 ss.; sulla prospettiva romana, v. M. Bretonne (2001), 295 ss.; sul tema delle finzioni nel pensiero giuridico medievale v. Menzinger (2023); per un approfondimento del tema da un punto di vista teorico-generale, v. Tuzet, *Finzioni*, in M. Ricciardi, A. Rossetti, V. Velluzzi (2015), 269 ss.

<sup>27</sup> Pillio da Medicina, *Libellus disputatorius*, Wien, ÖNB, *Mss.*, 2157, f. 36vI.

<sup>28</sup> Il processo civile, per sua natura, si svolge mediante un esercizio di probabilità calibrata: sul tema della possibilità di sindacare le decisioni giudiziali considerate non plausibili o non persuasive sotto il profilo logico, con particolare attenzione all’inferenza probabilistica e al rapporto di consequenzialità tra premesse e conclusioni, si veda Taruffo (2009); Poli (2019).

<sup>29</sup> *Supra*, nt. 17; cfr., nel versante canonistico, Damaso, *Summa De ordine iudiciario*, ed. A. Wunderlich (Göttigen 1811, rist. Aalen 1962), tit. LVIII. *Quot sunt species probationis*.

<sup>30</sup> Holmes Jr. (1881), 1, tr. it. (2010), 5.

#### 4. «FACTUM» E «IUS»: LA QUESTIONE CONTROVERSA COME DISPOSITIVO DI MEDIAZIONE TRA ESPERIENZA E NORMA

Nell'opera di Pillio, la distinzione tra *factum* e *ius* non è un mero esercizio teorico, ma il cuore pulsante di un'epistemologia giuridica che ancora oggi permea il nostro modo di concepire il processo. Quando, ad esempio, il glossatore dichiara che “valde interesse puto, utrum quid fiat vel impetretur ab homine an inducatur a iure” (rileva moltissimo se qualcosa sia fatto o ottenuto da un uomo o se sia introdotto dal diritto)<sup>31</sup>, non sta solo separando il mondo dei fatti da quello delle norme: sta introducendo una contrapposizione dialettica tra concretezza e astrazione che attraverserà i secoli. I fatti, radicati nel dominio del percepibile — un contratto stipulato, una testimonianza udita — chiedono di essere *accertati*; il diritto, costruzione della ragione — principi, leggi, finzioni — esige di essere *interpretato*. Eppure, proprio in questa apparente dicotomia, Pillio scorge l'essenza del giudizio: un lavoro di tessitura che intreccia indizi empirici e logica normativa, dove la *praesumptio* funge da ago e filo.

La questione controversa per Pillio, è un'indagine che affonda nella materialità del reale. Le testimonianze, i documenti, i comportamenti osservabili — tutto ciò che *ex modo agendi* può presumersi o meno in termini di liceità<sup>32</sup> — formano la trama di un racconto processuale che deve superare il vaglio dell'evidenza. È qui che il medioevo giuridico anticipa il culto moderno della prova: quel rigore empirico che oggi chiameremmo “riscontro oggettivo”. Ma Pillio sa che i fatti, da soli, sono muti. Senza la qualificazione giuridica — senza la *quaestio iuris* che li trasforma in “fatti rilevanti” — restano inerti, come monete fuori corso. Il diritto, pur essendo ciò che la mente comprende non è un costrutto astratto: è la lente tramite la quale riusciamo ad individuare un significato nel caos dell'esperienza.

È in questo spazio intermedio — tra il mercato brulicante di fatti concreti e lo studio silenzioso del giurista — che la presunzione rivela la sua natura ibrida: un ponte logico che collega l'osservabile all'invisibile. Quando il giudice medievale deduce un fatto ignoto da uno noto (un pagamento mancato da un registro contabile, un'intenzione dolosa da un comportamento ambiguo), non sta solo applicando una tecnica probatoria. Sta compiendo un atto alchemico: trasformare il piombo dell'evidenza sensoriale nell'oro della rilevanza giuridica. E lo fa con uno strumentario concettuale — le presunzioni “probabili” o “violente” — che ancora oggi sostiene il nostro giudizio: pensiamo al moderno “beyond reasonable doubt”, erede laico della *probatio plena* medievale.

<sup>31</sup> Pillio da Medicina, *Libellus disputatorius*, Wien, ÖNB, Mss., 2157, f. 38v/I.

<sup>32</sup> *Ibidem*, f. 37v.

Il vero insegnamento di Pillio sta nel riconoscere che fatti e diritto non sono mondi paralleli, ma poli di un campo magnetico unico: senza fatti, il diritto è un'armonia vuota; senza diritto, i fatti sono un rumore senza senso. Questa interdipendenza spiega perché, ancora oggi, ogni processo sia un rito di passaggio: i fatti devono “morire” come eventi grezzi per “rinascere” come fatti giuridici, qualificati, interpretati, inseriti in una trama normativa.

La lezione genealogica è chiara: ogni volta che un giudice moderno distingue tra accertamento fattuale e applicazione della norma, ogni volta che invoca una presunzione per colmare un vuoto probatorio, sta percorrendo un sentiero tracciato nel XII secolo. Persino le nostre ansie contemporanee — il timore che il diritto sconfini nell'arbitrio, il culto feticistico delle prove “oggettive” — rispecchiano la tensione medievale tra *sensus* e *intellectus*. Pillio ci ricorda che il diritto non è né scienza né arte, ma un'antropologia applicata: un sapere che lega i corpi (i fatti) alle idee (le norme) attraverso il laccio della presunzione.

In tempi di intelligenze artificiali che promettono di “automatizzare” il giudizio<sup>33</sup>, questa eredità medievale suona come un monito. La presunzione — con il suo carico di ambiguità e responsabilità ermeneutica — rimane l'ultimo baluardo contro la riduzione del diritto a algoritmo. Perché ogni *nexus* tra fatto e norma, oggi come nel Medioevo, è un atto di fiducia nella ragione umana: quella stessa ragione che, sette secoli fa, seppe trasformare le *quaestiones* di un glossatore in un sistema ancora capace di parlarci.

## 5. REGOLA E CONTESTO: LA NEGOZIAZIONE PERMANENTE TRA ORDINE LOGICO E PRAGMATISMO GIURIDICO

La glossa di Accursio a D. 12.2.31<sup>34</sup> rappresenta uno snodo cruciale nella storia del tema probatorio, rivelando un equilibrio tra fedeltà ai testi giustiniani e adattamento alle esigenze della società medievale. Accursio elabora una scala probatoria tripartita — prova piena, semipiena e assenza di prova<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Cfr., tra la molta bibliografia, Nieva-Fenoll (2019); Auletta (2024), 922 ss.; Simoncini (2024), 389 ss.; Gamba (2023), 76 ss.

<sup>34</sup> Sul raffronto del testo di Accursio, gl. *exacto iureiurando* (D. 12.2.31), *de iureiurando* l. *Admonendi* con la lettura critica di Bartolo, v. Bassani (2024), 258, nt. 51 (*ivi* la relativa trascrizione); ne metteremo a frutto talune indicazioni nel corso dell'indagine, anche con riferimento alla posizione di Baldo.

<sup>35</sup> Accursio, gl. *exacto iureiurando* (D. 12.2.31), *de iureiurando* l. *Admonendi*. Il rilievo della problematica è qui limitato — e peraltro in maniera generale con riferimento alla sola fonte citata — all'elaborazione civilistica, ma un discorso altrettanto rilevante dovrebbe essere svolto sul versante canonistico (v. ad esempio, Enrico da Susa, *Summa Aurea*, Lib. II, *De assertorio iuramento*, Coloniae 1612, 681, n. 4: “Aut probat quis plene intentionem suam, reo nihil excipiente, et non probante. Aut nihil probat sed probatio, et intentio per exceptionem rationabilem appositam eliditur. Aut iura hinc inde obscura sunt: quia hinc inde aequaliter probata est intentio et exceptio. Aut actor semiplene probavit, et reus nihil opposuit vel probavit. Si quis plene probaverit intentionem suam: ut dixi, debet sequi condemnatio”): la gerarchia delle prove nel diritto canonico medievale, infatti, con la distinzione tra prova piena, prova semipiena e assenza di prova, rifletteva soluzioni diverse e altrettanta attenzione per la razionalità e

— modellando il rigore romano giustiniano sulla realtà processuale del XIII secolo. Se l'attore non fornisce alcuna prova (“nil probavit”), il convenuto viene assolto senza necessità di giuramento (“aut actor nil probavit de intentione sua, et tunc reus est absolvendus et sine iuramento”); se invece presenta una prova piena (documenti autentici, testimonianze concordi), la condanna è automatica (“Si autem actor plene probat, reus condemnatur”). Nei casi intermedi, dove la prova è semipiena — una scrittura privata corroborata da indizi o la testimonianza unica (“per unum testem”) — entra in gioco il giuramento suppletorio, deferito all'attore se di buona reputazione e per cause modeste (“maxime si res petita est modica, et actor est honestus”), o al convenuto se la pretesa è ambigua o l'importo rilevante, oppure al convenuto nei casi in cui la posizione dell'attore sia meno credibile o l'importo della causa sia rilevante (“Alias autem ubi actor non noverit veritatem rei, vel summa non est modica, et persona actoris est suspecta, vel non, sed reus ita est honestus ut actor, et summa non est modica: defertur reo iusiurandum, et absolvitur”). Questo sistema, basato sulla reputazione (*honestas*) e sulla verosimiglianza, tradisce una consapevolezza giuridica sofisticata: Accursio non si limita a commentare il testo giuridico romano, ma lo reinventa sulla scorta di concetti come la *semiplena probatio*, estranei alla tradizione giustiniana, per colmare le lacune di un mondo in cui le prove dirette erano spesso elusive. Il giuramento, carico di valenza morale, diventa così il perno di un sistema che fonde formalismo ed equità, anticipando la moderna logica della “prevalenza del più credibile”<sup>36</sup>.

Tuttavia, è Bartolo da Sassoferrato a compiere il salto epistemologico decisivo. Criticando la Glossa per il suo approccio meccanicistico, Bartolo sposta l'accento dalla *quantità* delle prove alla *qualità* del materiale probatorio posto a fondamento del convincimento giudiziale. La prova piena non è mera accumulazione di elementi, ma la *plena fides* del giudice — una convinzione razionale maturata attraverso l'analisi coerente degli indizi, come prescritto da C. 2.1.7 e D. 22.3.12. Bartolo elabora una teoria del grado di sufficienza della prova, articolata in tre fasi: il *dubium* iniziale, che lascia il giudice in uno stato di incertezza; la *suspicio*, basata su indizi deboli che inclinano il giudizio verso una parte; e infine la *plena fides*, una convinzione razionale maturata attraverso elementi probatori coerenti e convergenti. Questa progressione trasforma il giudice da mero esecutore di regole a interprete attivo del processo,

---

la certezza nel processo. La procedura sommaria (*cognitio summaria*), caratterizzata dalla semplificazione delle formalità e dalla rapidità, ammetteva spesso la prova semipiena come strumento per raggiungere una decisione giudiziaria. La valutazione della persona, attraverso elementi come la *fama* e la *conversatio*, giocava un ruolo cruciale, influenzando la credibilità dei testimoni e la decisione del giudice. Sulle interpretazioni canonistiche, v. Fiori (2014), 157 ss., Bassani (2017), 69 ss. e (2009), 215 ss.; Chiodi (2017), 1 ss.; De Concilio (2024), 123 ss.

<sup>36</sup> A proposito della natura presuntiva della questione controversa, sui nessi deduttivi e induttivi e l'insieme degli elementi di prova da valutare, confrontare, acquisire, v. Patti (2001a) 476 ss., (2001b) 77 ss. e (2021), spec. 299 ss., 764 ss.; Taruffo (2002), 121 ss.; Ruffini (2004), 1329 ss.; González Lagier (2005), 53 ss.; Ferrer Beltrán [*supra* nt. 18], 61 ss.; Vanz (2008), 120 ss.; Taruffo [*supra* nt. 28], 209 ss. e (2010), 1165 ss.; Gentili (2013), spec. 139 ss. e 475 ss. [sul quale v. *Discorsi su “Il diritto come discorso”*, a cura di Velluzzi (2017); Gama Leyva (2019), 21 ss.; Poli (2020), 515 ss.].

chiamato a valutare non solo la quantità delle prove, ma la loro qualità e coerenza logica. La prova semipiena, pur utile, lascia spazio al dubbio e richiede il giuramento come correttivo, non come semplice integrazione.

In questo contesto, il modello bartoliano evidenzia come il giudice, nel formare il proprio convincimento, debba coniugare il rigore della logica deduttiva e induttiva con una componente integrativa, tipica della formazione di un giudizio intermedio. Tale approccio, che si articola nel percorso dal *dubium* alla *suspicio* e infine alla *plena fides*, non si limita a una mera accumulazione di elementi, ma richiede un'attiva integrazione degli indizi per creare una narrazione processuale coerente e persuasiva.

Il contrasto tra Accursio e Bartolo riflette una tensione irrisolta tra diritto comune e modernità: da un lato, il tentativo medievale di conciliare autorità testuale e pragmatismo sociale; dall'altro, l'embrione di una razionalità giudiziale che anticipa alcune delle criticità odierne relative alla valutazione della prova nel processo civile, dove il giudice è chiamato a superare il rischio di una mera valutazione meccanica degli indizi, abbracciando invece un percorso interpretativo dinamico e contestuale. Mentre Accursio si concentrava su una scala tripartita rigida (prova piena, semipiena, assenza di prova), Bartolo propone un modello dinamico, basato sulla *plena fides* del giudice. La *semiplena probatio* di Accursio, con il suo affidamento alla reputazione, e la *plena fides* di Bartolo, con la sua fiducia nella razionalità del giudice, sono due facce della stessa medaglia: il diritto medievale come laboratorio di tecniche che, secoli dopo, verranno codificate in nome della certezza, ma nate per governare l'incertezza.

La critica di Bartolo alla Glossa di Accursio segna una svolta epocale nella teoria medievale della prova, trasformando il giudice da applicatore passivo di regole in arbitro attivo della verità processuale. La sua affermazione “Hic est advertendum, quia glossa et Doctores hoc non intellexerunt perfecte”<sup>37</sup> non è solo una contestazione esegetica, ma il manifesto di un nuovo approccio: la *plena fides* — la piena convinzione interiore del giudice — diventa il fulcro dell'accertamento probatorio. Questo convincimento non nasce da una mera sommatoria di prove, ma da un percorso che muove dal *dubium* iniziale, attraversa la *credulitas* (un'adesione preliminare basata su indizi convergenti), e approda alla certezza morale della *plena fides*, fondata su una valutazione organica e graduale degli elementi processuali<sup>38</sup>. Bartolo attinge a fonti giustinianee come C. 2.1.7 e D. 22.3.12 per legittimare questa visione

<sup>37</sup> Bartolo da Sassoferrato, *Commentaria in Secundam Digesti Veteris Partem*, Venetiis 1590, Dig. 12.2.31, de iureiurando l. Admonendi, nn. 14 - 15. Il giurista sottolinea che la prova piena si raggiunge solo quando il giudice è condotto a una fede piena (*plena fides*) attraverso gli elementi presentati, come indicato anche in altre fonti giuridiche: “C. de edendo l. procurator (C. 2.1.7, de edendo, l. Procurator) de testibus l. ad fidem (Dig. 22.5.11, de testibus, l. Ad fidem), de probationibus l. quinquaginta in fine (Dig. 22.3.12, de probationibus et praesumptionibus, l. Quingenta, in fine) et ibi sunt multae concordantiae”. Cfr. Lévy [*supra* nt. 4], 27 ss.; Rosoni [*supra* nt. 18], 235 ss.

<sup>38</sup> Bartolo da Sassoferrato, *Commentaria in Secundam Digesti Veteris Partem*, Dig. 12.2.31, de iureiurando l. Admonendi, nn. 14 - 15.

per gradi, ma la arricchisce mediante una metodologia innovativa: il giudice deve operare una sintesi tra deduzione (certezza logica entro i limiti delle premesse), induzione (generalizzazione da regolarità empiriche) e abduzione (formulazione di ipotesi plausibili). In particolare, il passaggio dalla semplice evidenza alla formazione della *plena fides* sottolinea l'importanza di una valutazione che non si esaurisca nel conteggio degli indizi, bensì nella loro capacità di integrarsi in un giudizio globale. Questo tritico logico, mutuato dalla dialettica medievale e dalla nascente scolastica, permette di affrontare casi complessi — come le testimonianze *de auditu alieno* — esaminando singolarmente gli elementi probatori e facendone tasselli da comporre attraverso presunzioni corroborate (*praesumptio*).

La testimonianza indiretta, per Bartolo, non va scartata *a priori*, ma valutata nella sua capacità di inserirsi in una rete di indizi convergenti: un pagamento registrato, una lettera ambigua, un comportamento incongruo. È qui che la sua teoria supera il formalismo della Glossa, anticipando la moderna nozione di prova *corpuscolare*<sup>39</sup>: singoli elementi, seppur deboli, acquistano forza nella loro coerenza sistemica. Questo approccio, radicato nell'epistemologia romano-canonica ma arricchito da influssi teologici, trasforma la *fides* da concetto dogmatico a strumento processuale: non più verità rivelata, ma *certezza costruita*, frutto di un dialogo tra esperienza giuridica e razionalità umana.

La storiografia ha evidenziato come questa sintesi — tra diritto romano, teologia della prova e pragmatismo processuale<sup>40</sup> — abbia influenzato generazioni di giuristi, da Baldo agli umanisti. La *plena fides* bartoliana, con la sua enfasi sulla gradualità (*gradus probationis*) e sulla discrezionalità giudiziale, getta le basi per il libero convincimento moderno, pur mantenendo un ancoraggio medievale alla *auctoritas* delle fonti. Quando Bartolo scrive che “*il giudice è condotto alla fede attraverso ciò che gli è mostrato*” (“quando est facta iudici plena fides, hoc est, quando iudex per ea quae sunt sibi ostensa, est adductus ad fidem et credulitatem eius quod intenditur”)<sup>41</sup>, non celebra un

<sup>39</sup> Stella (2005), spec. 107 ss.

<sup>40</sup> Quaglion (1991), 159 ss.; Lepsius (2003), 187. In ordine alla persistenza tra diritto romano, teologia della prova e pragmatismo processuale anche in giuristi successivi, come ad es. Roberto Maranta (*Tractatus de ordine iudiciorum*, Neapoli 1547), v. Natalini (2016), 129 s., 145, 173; sull'influsso in Jacopo Menochio (*Tractatus de praesumptionibus, coniecturis, signis, et indicis*, Venetiis 1617), v. Adolfo Giuliani (2009), 21 ss.

<sup>41</sup> Bartolo da Sassoferrato, *Commentaria in Secundam Digesti Veteris Partem*, Dig. 12. 2. 31, de iururando l. Admonendi, nn. 14-15. Sul grado della prova in Bartolo, v. i richiami in Fraher (1989), 51 s.; Rosoni [*supra* 34], 264. Le problematiche accennate nel testo, con riferimento al processo civile, acquistano una dimensione significativa anche nel processo penale, dove l'accertamento della verità non solo risolve la controversia, ma incide sulla posizione processuale dell'imputato. La tensione tra la ricerca della verità e la valutazione della sufficienza della prova emerge in modo particolarmente evidente nelle questioni legate alla determinazione del nesso causale. Si consideri, ad esempio, l'ipotesi discussa da Bartolo in un celebre *consilium* [Bartolo da Sassoferrato, *Consilia, quaestiones et tractatus*, lib. II, cons. 36, f. 73rv; sul tema, v. Di Renzo Villata (2015), 25 ss.] in tema di percosse in seguito alle quali la morte della vittima sopraggiungeva a distanza di un notevole lasso di tempo rispetto all'iniziale condotta lesiva. La *quaestio* riguardava il controverso problema del contrasto tra la valutazione dei giuristi propensi a individuare comunque una responsabilità omicidiaria in capo all'aggressore e gli orientamenti (talvolta

mero atto di volontà, ma descrive un'ermeneutica della prova che ancora oggi consente di definire il confine tra arbitrio e giustizia: il diritto come arte della probabilità, sospesa tra regole e contesto, tra passato e presente. La distinzione tra testimonianza diretta e indiretta (*de auditu alieno*) non è un esercizio classificatorio, ma il riconoscimento che la verità processuale spesso si nasconde nelle pieghe del contesto: una lettera ambigua, un comportamento abituale, una relazione familiare possono diventare indizi decisivi se inseriti in una rete di inferenze. È qui che la *praesumptio* medievale, strumento per colmare lacune attraverso presunzioni di fatto, si rivela antesignana del moderno *circumstantial evidence*, dove elementi apparentemente marginali acquistano forza nella loro reciproca congruenza<sup>42</sup>.

Baldo degli Ubaldi, erede di questa visione, introduce il concetto di *sensus remotus*<sup>43</sup> — una percezione indiretta, ma giuridicamente strutturata, che legittima il ricorso a conoscenze derivate da relazioni sociali o consuetudini. Quando afferma che un testimone legato da vincoli di convivenza o parentela può offrire una prova credibile anche senza aver assistito direttamente ai fatti, non celebra un arbitrio, ma riconosce che il diritto deve parlare la lingua della realtà, spesso opaca e frammentaria. Questo approccio, che unisce rigore logico e pragmatismo, risuona nelle moderne tecniche di valutazione delle prove testimoniali, dove dati isolati acquistano senso solo se integrati in un quadro interpretativo<sup>44</sup>.

La lezione più profonda di questa tradizione medievale sta nel suo realismo epistemologico: la consapevolezza che nessuna prova, per quanto scien-

---

non univoci) dei periti medici, che, con il loro giudizio 'scientifico', esercitavano un'influenza sugli esiti del procedimento giudiziario e potevano rivelarsi dirimenti sulla valutazione dell'intervallo tra le ferite riportate dalla vittima e la morte, nel mettere in dubbio l'individuazione di un nesso causale. Bartolo dopo aver precisato che, in caso di accertamento della causalità commissiva, andava data assoluta centralità all'evento concretamente verificatosi, e non già ad eventi soltanto immaginabili in astratto, era comunque propenso a ritenere che occorreva rimettersi all'*arbitrium iudicis*, qualora tra il tipo di ferite inferte alla vittima e l'evento derivatone non fosse possibile stabilire, in base ai periti, se sussisteva un autonomo meccanismo causale idoneo, di per sé solo, a provocare l'evento morte: "sed tu in hac varietate modicum tempus, vel magnum arbitrio iudicis relinquas, atque committas... vel quod medium ex dictis sententiis arbitretur" (cons. 36, f. 74va). La soluzione proposta da Bartolo evidenziava come il giudice dovesse orientarsi in base al plausibile, e non all'incontrovertibile, qualora il materiale probatorio non consentisse di accertare con assoluta certezza il nesso causale. Questa prospettiva, che conferisce centralità alla logica del probabile, è tipica del diritto medievale e riflette l'influenza della retorica antica, secondo cui il giudice non deve credere ingenuamente alla realtà rappresentata dalle parti, ma verificarla criticamente attraverso un'attenta valutazione degli indizi. Tale approccio, che contempera esigenze di giustizia sostanziale e garanzie processuali, anticipa in qualche misura il moderno principio del ragionevole dubbio, che costituisce uno dei cardini dell'accertamento penale.

<sup>42</sup> Sugli aspetti epistemologici attuali, v. Tuzet (2023); Poli (2023), 243 ss.

<sup>43</sup> Baldo degli Ubaldi, Comm. al Codex, Venetiis 1599, Auth. Quas actiones (Nov. 131.6) post C. 1. 2(5). 23(21), de sacrosanctis ecclesiis l. Ut inter divinum, n. 19: Item ratione difficilis probationis sufficit probatio praesumpta ... Dico etiam quod non est semper necesse, quod testis reddat causam sui dicti per sensum corporis, quia sufficit, quod testis reddat causam, ex qua praesumitur sensus corporalis praesumptione iuris, licet non reddat rationem directe per sensum corporis: ita tenet Bartolus in repetitione sua, in l. 1 ff. si certum petatur (Dig. 12. 1. 1) sicut sufficit sensus remotus ab acto...". Cfr. Bassani, *La testimonianza per sentito dire*, cit. [supra 34].

<sup>44</sup> Cfr. Walton (2008); Poli (2023), 139 ss..

tificamente avanzata, è autosufficiente. La *plena fides* bartoliana, come la *preponderance of evidence* nei processi civili o la “certezza oltre ogni ragionevole dubbio” dei codici di rito penali odierni, non elimina l’elemento soggettivo del giudizio, ma lo disciplina attraverso una metodologia che bilancia regole e contesto. Anche oggi, di fronte a una prova quale il *timestamp* digitale, il giudice deve compiere un atto di interpretazione critica, trasformando dati tecnici in un discorso giuridicamente persuasivo.

La vera eredità di Bartolo e Baldo non è costituita da formule giuridiche, ma da una visione del diritto inteso come arte della probabilità, capace di tradurre l’incertezza dei fatti in decisioni legittime. Nell’epoca odierna che riflette sui moderni modelli inferenziali, i quali si basano su leggi di regolarità<sup>45</sup> e criteri di verosimiglianza per inferire conclusioni a partire da fatti noti<sup>46</sup>, questa eredità medievale ci ricorda che la giustizia è sempre un atto umano: un equilibrio tra autorità delle fonti, logica delle prove e saggezza dell’esperienza. Come scriveva Baldo, il diritto non chiede certezze assolute, ma reti di significato così robuste da resistere al dubbio<sup>47</sup> — una verità che, sette secoli dopo, resta il fondamento di ogni sistema giuridico degno di questo nome.

## 6. NOTA CONCLUSIVA

A riprova di come, nella lunga distanza, il lessico congetturale del giurista medievale — sebbene in totale autonomia da richiami espliciti — resti

<sup>45</sup> Quelle che Poli (*Prova e convincimento giudiziale del fatto*, cit. [supra nt. 43], *passim*) ha qualificato come “leggi di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo” (LSOFM).

<sup>46</sup> Si veda Audi (2016), il quale sviluppa una prospettiva realista, fondata sull’idea che la conoscenza si basi su fonti primarie come la percezione e la ragione, che permettono un accesso diretto, seppur non infallibile, alla realtà. Questa visione si articola in un fondazionalismo moderato, che combina elementi estrinseci (la conoscenza è radicata nella realtà oggettiva) con aspetti intrinseci (il soggetto ha un ruolo attivo nella giustificazione delle proprie credenze). Uno dei temi centrali è la giustificazione, che Audi analizza in modo dettagliato, mostrando come essa non sia sempre necessaria per la conoscenza. Attraverso esempi controfattuali, l’autore sostiene che la conoscenza può esistere anche in assenza di una giustificazione completa, valorizzando il ruolo dell’autoevidenza e dell’intuizione. Questa posizione permette di superare alcune aporie della definizione tradizionale di conoscenza come “credenza vera giustificata”, proponendo invece una concezione più flessibile e aderente alla complessità dei processi cognitivi. Nel campo scientifico, ad esempio, sottolinea il ruolo centrale dell’induzione e il carattere fallibilista del sapere, mentre in ambito morale difende l’esistenza di evidenze oggettive, criticando il non cognitivismo etico. Sulla verosimiglianza è d’obbligo il richiamo a Calamandrei (1955), 164 ss., poi in Id. (1965), 615 ss.

<sup>47</sup> *Supra* nt. 43. La mia sintesi del pensiero espresso da Baldo sul commento alla Novella 131.6 (inserito nel contesto del *Codex*), è moderna e non letterale: Baldo afferma che non è sempre necessario che un testimone riferisca fatti direttamente percepiti con i sensi (*sensus corporis*). È sufficiente che il testimone fornisca elementi da cui, tramite una presunzione giuridica (*praesumptio iuris*), si possa risalire a una conoscenza indiretta (*sensus remotus*). Questo approccio, secondo Baldo, è sostenuto da Bartolo nel commento a D. 12.1.1, dove si ammette che una “percezione remota” (non immediata) possa bastare a fondare una prova. Pertanto ove sopra nel testo, parlo di “reti di significato” mi riferisco all’idea di *sensus remotus* e *praesumptio iuris*, dove elementi indiretti, se logicamente connessi, creano una struttura probatoria credibile; con “resistere al dubbio”, invece, intendo riflettere sulla fiducia del giurista nella capacità del diritto di superare l’incertezza attraverso inferenze giuridicamente disciplinate, anche in assenza di prove dirette.

impresso nell'argomentare dei giuristi moderni, riporto un brano di G.D. Romagnosi: “[...] finita la discussione del *fatto*, il processo d’istruzione è FINITO esso pure. La discussione di diritto non forma veramente oggetto di *contestazione* giudiziaria. Quand’anche le parti, nel caso di una legge ambigua, non avessero disputato sul senso di lei, o nel caso d’una prova inconcludente non ne avessero dimostrati i difetti di credibilità, ma si fossero contentati solamente di negarne l’oggetto; ciò non ostante il giudice sarebbe in dovere di supplire da sé stesso in questa parte. Suo ufficio è d’*applicare* la legge al caso presentato; dimodochè egli non deve seguire le suggestioni delle parti, ma determinarsi unicamente in conseguenza dei rapporti che a lui emergono tra il fatto presentato e la legge promulgata. Quanto al *fatto*, a lui non rimane che il *calcolo* della rispettiva *certezza* o *incertezza*. Tocca alle parti di presentare i dati, ossia i motivi di credibilità. Il giudice non deve nè indovinarli, nè supplire da sè stesso; ma deve soltanto PESARNE la rispettiva credibilità. E qui si presenta una funzione *secondaria*, tutta propria del giudice in questa parte della CRITICA GIUDIZIARIA. Sebbene la legge non possa essere che pedissequa della logica, ciò non ostante può avere stabilite certe PRESUNZIONI, le quali servono come altrettanti punti d’appoggio al criterio dei giudici nell’esaminare le quistioni di fatto. Se queste presunzioni non sono *definitive*, esse indicano per lo meno a *chi spetti* la prova contraria”<sup>48</sup>. I corsivi e le parole in maiuscolo sono dell’autore e mi sembrano eloquenti.

Questo brano evidenzia la persistenza sotterranea di schemi medievali nel pensiero giuridico moderno, nonostante la frattura epistemologica rappresentata dall’Illuminismo giuridico. La rigorosa distinzione tra accertamento fattuale (delegato alle parti) e qualificazione giuridica (riservata al giudice) riattiva, in forma secolarizzata, l’antica dialettica tra questione di fatto e questione di diritto elaborata dai glossatori del XII secolo<sup>49</sup>. Le parole in maiuscolo — “finito”, “pesarne”, “critica giudiziaria” — funzionano come indicatori concettuali: segnalano i punti in cui la struttura profonda del ragionamento giuridico tradisce la sua ascendenza medievale, pur rivestendosi di un lessico razionalista. Al centro della riflessione di Romagnosi sta il paradosso del giudice moderno: attivo interprete del diritto (“supplire da sé stesso” nelle ambiguità normative), ma passivo “calcolatore” di certezze fattuali. Questa duplicità riproduce, in controluce, la tensione medievale tra *arbitrium iudicis* (discrezionalità nell’applicare la legge) e *vincula probationum* (vincoli probatori di origine romanistica). Il richiamo alle “presunzioni” come “punti d’appoggio” per il giudice rivela inoltre l’eredità della scolastica probabilistica: le presunzioni legali, pur presentate come strumenti di razionalità post-illuminista, sono, in realtà, dispositivi ereditati dalla tradizione del diritto comune, dove fungevano da ponti tra verità materiali e verità processuali.

<sup>48</sup> Romagnosi (1842), 856. In ordine alla riflessione dei due scritti sul regime delle acque in Romagnosi, v. Mannori (1987), 165 s., 212, 246.

<sup>49</sup> Cfr. Giuliani (1968), 223 ss.; Id. (1988), 598 ss.; Bellomo, *I fatti e il diritto. Tra le certezze e i dubbi dei giuristi medievali*, cit. [*supra* nt. 4], 641 ss.

La scelta di Romagnosi di impiegare i corsivi e le maiuscole non doveva essere meramente filologica: serviva, credo, a denudare l'architettura concettuale del diritto, mostrando come categorie apparentemente neutre ("critica giudiziaria", "pesare le prove") siano il prodotto di una lunga stratificazione storica. Quando Romagnosi insiste sul fatto che il giudice "non deve indovinare" i fatti ma solo "valutarne la credibilità", sta inconsapevolmente riproponendo il modello medievale del *iudex qui non cognoscit nisi per allegata* — principio che subordinava la verità processuale alla capacità retorica delle parti.

Questo slittamento semantico — dove un costrutto medievale si traveste da dottrina moderna — conferma la fondatezza della genealogia come "sapere delle origini disperse"<sup>50</sup>. Le presunzioni legali, presentate da Romagnosi come ausili tecnici, sono in realtà il residuo di un'epistemologia premoderna che concepiva la prova come esercizio di autorità più che di logica. La loro funzione ambivalente (razionalizzare senza determinare) tradisce ciò che Foucault chiamerebbe un "gioco di verità"<sup>51</sup>: meccanismi di potere che si occultano dietro l'oggettività del calcolo. La citazione dimostra così due aspetti cruciali per un'archeologia del diritto processuale: 1) la resilienza delle strutture profonde: strumenti concettuali medievali sopravvivono nella modernità come *a priori* storici, modificandosi ma conservando una traccia della loro genealogia; 2) sotto la superficie della codificazione ottocentesca, continuano a pulsare le nervature di un sapere giuridico medievale che, come scrive Ginzburg, "leggeva il mondo per indizi"<sup>52</sup>. Una continuità non dichiarata ma operativa, che sfida le narrazioni tradizionali della modernità giuridica e impone una riscrittura critica della storia del diritto come storia delle sue epistemologie sommerse.

La contrapposizione tra una concezione razionale della prova, orientata alla dimostrazione logico-scientifica della verità materiale, e una funzione eminentemente argomentativa della prova giudiziale, strettamente legata alla tradizione medievale, rappresenta allora una dicotomia solo apparente. La genealogia della prova indiziaria mostra come queste dimensioni siano, in realtà, profondamente intrecciate. Se da un lato la tradizione moderna enfatizza la valutazione razionale delle evidenze, basata su criteri di rigorosità logica e *standard* quali il "più probabile che non"<sup>53</sup>, dall'altro la dimensione argomentativa continua a rivestire un ruolo centrale per garantire la persuasione del giudice e il rispetto del contraddittorio. Il convincimento del giudice, infatti, si forma non solo in virtù della dimostrazione della verità materiale, ma attraverso un processo dialettico che integra la credibilità, la coerenza narrativa e il collegamento tra fatto base e fatto ignoto. Questo equilibrio tra dimostrazione e argomentazione evidenzia come il modello medievale — in

<sup>50</sup> Foucault (1971), 136 ss.

<sup>51</sup> Natoli (2005).

<sup>52</sup> Ginzburg (1986), 158 ss.

<sup>53</sup> Sul ragionamento presuntivo in relazione al "più probabile che non" v. i rilievi critici di Tassone (2022), 323 ss.

cui la prova assumeva spesso una valenza congetturale<sup>54</sup> — abbia gettato le basi per una concezione moderna della prova come risultato di una valutazione complessa e dinamica.

Tuttavia, questa apparente continuità non deve essere letta ingenuamente come un processo lineare. La distinzione medievale tra *fides* e *scientia* rispondeva a un sistema di pensiero diverso, in cui la credibilità si fondava su valori condivisi (*honestas, mores*) e sull'autorevolezza delle consuetudini locali, piuttosto che su *standard* tecnici o probabilistici. Similmente, l'idea di *plena fides* non corrisponde all'odierna certezza probatoria, ma a un convincimento morale legato all'ordine comunitario e al contesto sociale delle parti. L'analisi genealogica della prova giudiziale rivela quindi una discontinuità profonda: l'attuale razionalizzazione tecnica — dal calcolo probabilistico agli *standard* scientifici — è il risultato di un lungo processo di trasformazione dei criteri di giustificazione, che ha ridefinito il rapporto tra percezione e credenza. Se per Bartolo il giudizio implicava un confronto con l'opacità della realtà, oggi la trasparenza promessa dagli strumenti tecnici cela nuove forme di incertezza, come dimostra la fragilità delle prove digitali<sup>55</sup>.

L'evoluzione della valutazione probatoria non elimina il paradosso strutturale evidenziato dai giuristi medievali: la verità giudiziale non è mai un dato, ma una costruzione narrativa, un equilibrio precario tra visibile, credibile e giustificabile. Questo processo conserva nel tempo una medesima funzione: rendere accettabile ciò che resta irriducibile nella sua complessità. La modernità ha celato la dimensione narrativa dietro l'apparente neutralità delle procedure tecniche, ma non l'ha eliminata. L'introduzione di criteri probabilistici e strumenti scientifici per la verifica dei fatti ha raffinato il controllo sull'oggettività delle prove, senza tuttavia rimuovere il carattere contingente del giudizio probatorio. I dati scientifici, le perizie tecniche e le prove digitali, pur affidabili, non esistono in uno stato di trasparenza assoluta: richiedono interpretazioni che li rendano significativi e giustificabili nel contesto processuale<sup>56</sup>.

Il paradosso strutturale del processo si manifesta nel fatto che l'incertezza, che si cerca di risolvere, è una condizione costitutiva del giudizio stesso. La verità giudiziale deve essere accettata come plausibile, credibile e funzionale all'esito del conflitto, più che coincidere con una realtà oggettiva. Questo

<sup>54</sup> Cfr. Giuliani (1966), 164 e (1993), 954 ss.

<sup>55</sup> Cfr. Comoglio (2018), spec. 233 ss., 283 ss.

<sup>56</sup> Sul rapporto tra oggettività procedurale e dimensione narrativa nella costruzione della verità giudiziale, cfr. Ferrer Beltrán (2021), 174 ss. L'A. riconosce che, pur nell'intento di ancorare la decisione a criteri razionali e *standard* oggettivi, la determinazione della sufficienza della prova non può prescindere da una valutazione giudiziale che integri le prove in un resoconto coerente, idoneo a giustificare la decisione in termini di ragioni pubblicamente accessibili (*ivi*, 181). Questo approccio, pur mitigando l'arbitrarietà, non elimina la contingenza del giudizio, poiché l'oggettivazione delle norme si scontra con la natura essenzialmente interpretativa dell'attività probatoria, anche quando supportata da dati tecnici o scientifici (*ivi*, 185). La tensione tra controllo razionale e narrazione processuale emerge così come un tratto strutturale, ereditato dalla tradizione giuridica ma ridefinito nella modernità attraverso strumenti procedurali ed epistemologici più sofisticati.

equilibrio tra reale e normativo si riflette particolarmente nelle prove digitali, dove l'affidabilità tecnica si intreccia con la narrazione che accompagna l'origine, la conservazione e la produzione in giudizio. L'integrità di un documento digitale, ad esempio, dipende non solo dall'analisi tecnica, ma dalla costruzione narrativa che lo collega a un quadro normativo coerente<sup>57</sup>.

In definitiva, l'evoluzione della prova non elimina l'incertezza, ma trasforma le modalità con cui viene gestita e rappresentata. Il processo giudiziale, sia medievale che moderno, conserva la funzione di integrare la frattura tra reale e normativo, trasformando l'opacità del reale in una narrazione accettabile per il sistema giuridico. Il giudice non è mai semplicemente custode di una verità prestabilita, ma interprete di una realtà ambigua, incaricato di tradurla in una forma giuridica condivisa e accettabile.

## BIBLIOGRAFIA

- Audi, R. (2016). *Epistemologia. Un'introduzione alla teoria della conoscenza*, Macerata.
- Auletta, F. (2024). *Accertamento del fatto e intelligenza artificiale nel processo civile*, in *Il diritto processuale civile*, 4, 922-930.
- Bassani, A. (2009). *Necessitas ius constituit. La testimonianza de auditu alieno nelle fonti canonistiche (Secc. XII-XV)*, in *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur - Bd. 1: Zivil- und Zivilprozessrecht*, O. Condorelli, F. Roumy e M. Schmoeckel (eds.), Köln Weimar Wien, 215 ss.
- Bassani, A. (2017). *Udire e provare. Il testimone de auditu alieno nel processo di diritto comune*, Milano.
- Bassani, A. (2024). *La testimonianza per sentito dire: percorso di una prova anomala fra credulitas, veritas e necessitas*, in *Doctor Virtualis*, 19, 241-267.
- Bellomo, M. (2000). *I fatti e il diritto. Tra le certezze e i dubbi dei giuristi medievali (secolo XIII-XIV)*, Roma.
- Bianchi, E. (2009). *Per un'indagine sul principio "conceptus pro iam natus habetur". Fondamenti arcaici e classici*, Milano.
- Bourdieu, P. (1986). *La Forza del Diritto. Elementi per una sociologia del campo giuridico*, a cura di C. Rinaldi, Roma.
- Bretone, M. (2001). *Finzioni e formule nel diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 31, 295-313.
- Calamandrei, P. (1955). *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 10, 164-192 poi in *Opere giuridiche*, Napoli, 1965, Vol. V, 615-640.
- Cavallone, B. (1978). *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Rivista di diritto processuale*, 33, 678-740.

<sup>57</sup> Come osservato da Comoglio, l'intrinseca dimensione pragmatica del processo "si traduce nella previsione di meccanismi preclusivi volti a definire progressivamente il *thema decidendum* e il *thema probandum* e nella limitazione della decisione a *quod est in actis*" (Comoglio [*supra*, nt. 55], 302). Questa separazione tra ciò che è all'interno del processo e ciò che resta fuori riflette una tensione epistemica costante: il processo cerca di ridurre l'incertezza trasformando il mondo reale in uno "small world", più gestibile e controllabile attraverso le regole processuali. Tuttavia, proprio le nuove tecnologie stanno mettendo in crisi questa strategia, rendendo sempre più sfumata la distinzione tra dati acquisiti formalmente nel fascicolo processuale e informazioni accessibili al di fuori di esso.

- Chioldi, G. (2017). *Ad praesumptionem o ad plenam fidem? Il valore probatorio della testimonianza del complice nel diritto canonico medievale*, in *Italian Review of Legal History*, (2). <https://doi.org/10.13130/2464-8914/12799>.
- Comoglio, P. (2018). *Nuove tecnologie e disponibilità della prova. L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze*, Torino.
- Cortese, E. (2013). *Pillio da Medicina*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani* (DBGI), II, Bologna, 1587-1590.
- De Concilio, D. (2024). «*Potest cogi ad testimonium, quicquid decretales dicant*». Il dibattito canonistico sulla costrizione a testimoniare, tra normatività pastorale e giuridica (xii-xiii secolo), in *Rivista di storia del diritto italiano*, 97, 123-185.
- Di Renzo Villata, M.G. (2015). *Bartolo consulente nel 'penale': un'auctoritas indiscussa?*, in *Bartolo da Sassoferrato nella cultura europea tra Medioevo e Rinascimento*, a cura di V. Crescenzi e G. Rossi, Sassoferrato, 25-62.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires (tr.it. Milano 2012).
- Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid.
- Ferretti, P. (2008). *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano.
- Fiori, A. (2013). *Il giuramento di innocenza nel processo canonico medievale. Storia e disciplina della 'purgatio canonica'*, Frankfurt a.M.
- Fiori, A. (2014). *La valutazione processuale della personalità dell'accusato: dall'infamia alla "capacità a delinquere del colpevole"*, in *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, Bd. 4: *Prozessrecht*, O. Condorelli, F. Roumy, M. Schmoeckel (eds.), Köln-Weimar-Wien, 157-172.
- Foucault, M. (1971). *Nietzsche, la généalogie, l'histoire*, in S. Bachelard (a cura di), *Hommage à Jean Hyppolite*, Paris, 145-172 (poi in *Dits et écrits*, II, Paris, 1994, 136-156).
- Fraher, R.M. (1989). *Conviction According to Conscience: The Medieval Jurists' Debate Concerning Judicial Discretion and the Law of Proof*, in *Law and History Review*, 23-88.
- Gama Leyva, R. (2019). *Las presunciones en el Derecho: entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*, Valencia.
- Gamba, C. (2023). *Ius dicere e lex technologica*, Torino.
- Gentili, A. (2013). *Il diritto come discorso, Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano.
- Ginzburg, C. (1986). *Spie. Radici di un paradigma indiziario, Miti emblematici spie. Morfologia e storia*, Torino.
- Giuliani, A. (1966). *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia.
- Giuliani, A. (1968). *La logique de la controverse chez les romanistes du XI<sup>e</sup> et du XII<sup>e</sup> siècle*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 34, 223-248.
- Giuliani, A. (1988). *L'«ordo iudiciarius» medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Rivista di diritto processuale*, 43, 598-614.
- Giuliani, A. (1993). *Dalla litis contestatio al pleading system (riflessioni sui fondamenti del processo comune europeo)*, in *Rivista di diritto processuale*, 47, 1993, 954-968.
- Giuliani, Adolfo (2009). *Civilian Treatises on Presumptions, 1580-1620*, in *The Law of Presumptions: Essays in Comparative Legal History*, R.H. Helmholz - W.D.H. Sellar (eds.), Berlin, 21-71.
- González Lagier, D. (2005). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá.
- Hart, H.L.A. (1963). *The Concept of Law*, Oxford (III ed., 2012).

- Helmholz, R.H. - Sellar, W.D.H. (eds.) (2009). *The Law of Presumptions: Essays in Comparative Legal History*, Berlin.
- Holmes Jr., Oliver W. (1881). *The Common Law*, Boston (*Il diritto comune*, trad. it. di M. Ricciardi, Roma-Bari 2010).
- Kuttner, S. (1949). *The scientific investigation of mediaeval canon law: the need and the opportunity*, *Speculum*, 24, 493-501, poi in Id., *Gratian and the schools of law 1140-1234*, n. I, second edition, ed. P. Landau, New York, 2018.
- Lepsius, S. (2003). *Der Richter und die Zeugen: Eine Untersuchung anhand des Tractatus testimoniorum des Bartolus von Sassoferrato. Mit Edition*, Frankfurt am Main.
- Lévy, J.-Ph. (1939). *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Age*, Paris.
- Litewski, W. (1999). *Der römisch-kanonische Zivilprozeß nach den älteren ordines iudiciarii*, Kraków.
- Mannoni, L. (1987). *Uno Stato per Romagnosi, II, La scoperta del diritto amministrativo*, Milano.
- Meyniger, S. (2023). *Finzioni del diritto medievale*, Macerata.
- Meyer-Nelthropp, J. (1958). *Libellus Pylei Disputatorius. Liber Primus*, Tesi di dottorato, Universität Hamburg.
- Montesano, L. (1980). *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 35, 233-251.
- Natalini, C. (2016). «Bonus Iudex». Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna, Trento.
- Natoli, S. (2005). *La verità in gioco. Scritti su Foucault*, Milano.
- Nieva-Fenoll, J. (2019). *Intelligenza artificiale e processo*, tr. it. a cura di P. Comoglio, Torino.
- Nörr, K.W. (1976). *Naturrecht und Zivilprozess*, Tübingen (tr. it. *Verso il processo civile moderno. Dal diritto naturale al Novecento*, a cura di C. Foti, Roma 2013).
- Otte, G. (1968). *Die Aristoteleszitate in der Glosse. Beobachtungen zur philosophischen Vorbildung der Glossatoren*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 85, 368-393.
- Padovani, A. (2006). *Modernità degli antichi. Breviario di argomentazione forense*, Bologna.
- Padovani, A. (2014). *La dialettica degli ordines iudiciarii dei secoli XII-XIII*, in *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, Bd. 4: *Prozessrecht*, a cura di O. Condorelli, F. Roumy, M. Schmoekel, Köln-Weimar-Wien, 21-43.
- Patti, S. (2001a). *Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione*, in *Rivista di diritto civile*, 47, I, 475-492.
- Patti, S. (2001b). *Prova testimoniale. Presunzioni*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, sub art. 2721-2729.
- Patti, S. (2021). *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, 2a ed., Milano.
- Patti, S., Poli, R. (a cura di) (2022). *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, Torino.
- Poli, R. (2019). *Logica del giudice, standard di prova e controllo in Cassazione*, in *Judicium*, 10, [www.judicium.it/wp-content/uploads/2020/01/R.-Poli\\_compressed-1.pdf](http://www.judicium.it/wp-content/uploads/2020/01/R.-Poli_compressed-1.pdf).
- Poli, R. (2020). *Logica e razionalità nella ricostruzione giudiziale dei fatti*, in *Rivista di diritto processuale*, 75, 515-547.
- Poli, R. (2023). *Prova e convincimento giudiziale del fatto*, Torino.
- Quagliani, D. (1991). «Regnativa prudentia». Diritto e teologia nel «Tractatus testimoniorum» bartoliano, in *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne. Actes de la table ronde de Rome (12-14 novembre 1987)*, Rome, 155-170.
- Romagnosi, G.D. (1842). *Della condotta delle acque e della ragione civile delle acque*, riordinati da A. De Giorgi, Milano.

- Rosoni, I. (1995). *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano.
- Ruffini, G. (2004). "Argomenti di prova" e "fondamento della decisione" del giudice civile, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 58, 1329-1358.
- Scalone, A. (2017). *La potenza del diritto e il principio rappresentativo (A proposito di Yan Thomas, Il valore delle cose [2002], trad. it. Macerata, 2015; Fictio legis [2011], trad. it. Macerata, 2016)*, in *Quaderni fiorentini*, 46, 1015-1025.
- Simoncini, A. (2024). *La dimensione costituzionale della giustizia predittiva. Riflessioni su intelligenza artificiale e processo*, in *Rivista di diritto processuale*, 79, 389-423.
- Spanò, M., Vallerani, M. (2016). *Come se. Le politiche della finzione giuridica*, Postfazione a Y. Thomas, *Fictio legis [2011]*, trad. it. Macerata.
- Stella, F. (2005). *Causalità e probabilità: il giudice corpuscolariano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 48, 60-129.
- Taruffo, M. (1992). *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano.
- Taruffo, M. (2009). *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari.
- Taruffo, M. (2010). *Considerazioni sulle prove per induzione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 64, 2010, 1165-1190.
- Tassone, B. (2022). *Lo standard probatorio del "più probabile che non" e il ragionamento presuntivo*, in *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, a cura di S. Patti, R. Poli, Torino, 323-368.
- Terreni, C. (2008). *Me puero venter erat solarium. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa.
- Thomas, Y. (2016). *Fictio legis [2011]*, trad. it. Macerata.
- Tuzet, G. (2015). *Finzioni*, in *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, a cura di M. Ricciardi, A. Rossetti, V. Velluzzi, Roma, 269-284.
- Tuzet, G. (2023). *La prova ragionata*, Milano.
- Vanz, C. (2008). *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano.
- Velluzzi, V. (a cura di) (2017). *Discorsi su "Il diritto come discorso"*, Pisa.
- Walton, D. (2008). *Witness Testimony Evidence*, Cambridge.
- Weijers, O. (2009). *Quaeritur utrum: Recherches sur la disputatio dans les Universités médiévales*, Turnhout.

## LA PROVA ILLECITA NEL PROCEDIMENTO PENALE: QUESITI TRADIZIONALI E POSSIBILI NUOVI SCENARI

### ILLICIT EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS: TRADITIONAL ISSUES AND POSSIBLE NEW SCENARIOS

Andrea Cabiale\*

**RIASSUNTO:** Il lavoro approfondisce il tema della utilizzabilità della prova illecita nel procedimento penale, ossia, in senso lato, quella prova acquisita in violazione di norme diverse da quelle che regolano specificamente le attività procedimentali. Dopo aver tentato di fornire una nozione di prova illecita e di indagare le possibili ragioni della sua esclusione, viene analizzato l'ordinamento processuale penale italiano al fine di capire quale sia il trattamento riservato a questa tipologia probatoria dal codice di rito e dalla giurisprudenza della Cassazione. Dopodiché, ancora con il medesimo intento, l'attenzione ricade sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e su quella della Corte di Giustizia UE. Infine, si tenta di ricavare una soluzione di compromesso fra il formalismo italiano e l'approccio casistico sovranazionale, in grado di rimediare almeno in parte alla riscontrata adeguatezza del sistema domestico di esclusione probatoria.

**PAROLE CHIAVE:** prova illecita; inutilizzabilità; processo penale.

**ABSTRACT:** The paper delves into the issue of the admissibility of "illicit" evidence in criminal proceedings, i.e. evidence gathered in breach of rules other than those that regulate the criminal proceedings. After attempting to provide a notion of "illicit" evidence and investigate the possible reasons for its exclusion, the Italian criminal procedural law is analysed in order to understand how such evidence is dealt with by the Code of Criminal Procedure and the case-law of the Supreme Court. Finally, an attempt is made to find a compromise between Italian formalism and the concrete approach of the European Courts, capable of remedying the inadequacy of the Italian system of evidentiary exclusion.

---

\* Ricamatore di diritto processuale penale (RtdB) presso l'Università degli Studi di Torino, <https://orcid.org/0000-0001-5205-4922>.

**KEYWORDS:** illicit evidence; inadmissibility; criminal proceedings.

**SOMMARIO:** 1. PREMESSA.— 2. CARATTERISTICHE DELLA PROVA ILLECITA: 2.1. La definizione di prova illecita; 2.2. Prova illecita e *ratio* teorica dell'esclusione.— 3. ILLICEITÀ E INUTILIZZABILITÀ DELLA PROVA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.— 4. LE ILLICEITÀ POTENZIALMENTE RILEVANTI.— 5. L'APPORTO SISTEMATICO DELLE INUTILIZZABILITÀ SPECIALI.— 6. LA GIURISPRUDENZA NAZIONALE.— 7. CORTI SOVRANAZIONALI E REGOLE DI ESCLUSIONE: 7.1. La giurisprudenza di Strasburgo; 7.2. Le indicazioni della Corte di Giustizia UE.— 8. FORME VALORI.— BIBLIOGRAFIA.

## 1. PREMESSA

L'ammissibilità della cosiddetta prova "illecita" è una questione classica del diritto processuale penale, che, da molto tempo, genera accessi dibattiti tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza.

Il tema si è peraltro progressivamente arricchito di nuovi elementi di riflessione. Se già negli anni Sessanta del secolo scorso, diversi autori cercavano di fornire risposta a questo ostico interrogativo<sup>1</sup>, il codice di procedura penale del 1988 ha accresciuto l'incertezza, tramite l'introduzione dell'innovativo — ed enigmatico — art. 191 c.p.p.<sup>2</sup>

Inoltre, ogni considerazione deve ormai confrontarsi con il *novum* emergente dal contesto sovranazionale: la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e, più di recente, quella della Corte di Giustizia, presentano un vasto corredo di pronunce in materia probatoria, spesso idonee a fornire punti di vista nuovi rispetto alle tradizionali prospettive domestiche.

In questo lavoro, proveremo allora ad aggiornare la riflessione in merito a siffatta complessa materia, che — come vedremo — si pone a mezza via fra i vincoli esegetici derivanti dal dato positivo e la volontà dell'interprete di dar voce a comprensibili ragioni di giustizia sostanziale.

Prima di tutto, verranno delimitati i contorni del problema, tracciando una definizione di prova "illecita" e indagando le ragioni che, potenzialmente, ne giustificano l'esclusione. Dopodiché, ci affacceremo al panorama italiano: in particolare, si dirà come il codice di procedura penale — e anche diverse pronunce della Corte di cassazione — consentano di elevare l'illiceità a causa di inutilizzabilità della prova.

Infine, ulteriori risposte saranno cercate nel contesto europeo, tramite l'analisi della più recente giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo relative al trattamento da riservare alle prove viziato, in un'ottica di rispetto dei diritti fondamentali.

<sup>1</sup> V., fra gli altri, Cordero (1963), p. 147 ss.; Nuvolone (1966), p. 442 ss.

<sup>2</sup> Per un approfondimento complessivo in merito all'inutilizzabilità della prova e all'art. 191 c.p.p., v. Casiraghi (2009), p. 1768 ss.; Conti (2007), *Accertamento*; Daniele (2009); Dinacci (2008); Galantini (1992); Grifantini (1993), p. 242 ss.; La Rocca (2013); Santoriello (2024); Scella (2001).

Le considerazioni finali saranno riservate a possibili soluzioni *de iure condendo*, volte a rinnovare l'attuale sistema italiano di esclusione probatoria, indubbiamente poco funzionale — lo si può già anticipare — per una concreta tutela dei valori che informano l'ordinamento.

## 2. CARATTERISTICHE DELLA PROVA ILLECITA

### 2.1. La definizione di prova illecita

L'attenzione del processualpenalista è per lo più rivolta verso la prova "illegittima", ossia quella la cui acquisizione risulta viziata dall'inosservanza della legge processuale penale. Si fa riferimento, in questo caso, alle numerose disposizioni introdotte dal legislatore al precipuo scopo di regolare l'acquisizione delle prove; si pensi, fra l'altro, al Libro III del codice, interamente dedicato, appunto, alle «Prove».

Tale base normativa, però, a ben vedere, non esaurisce affatto la platea delle regole potenzialmente coinvolte in un'attività di acquisizione probatoria. Diverse norme di portata più generale — proprio a causa della loro "universalità" — possono infatti incrociare il fenomeno in questione, pur non essendo state appositamente ideate per disciplinare fattispecie procedurali.

La questione della prova "illecita" riguarda proprio queste ultime ipotesi, quando, cioè, a essere trasgredita è una legge che regola fatti, atti e comportamenti indipendenti e autonomi rispetto a quelli regolati dalla disciplina processuale, ma che ben potrebbero occasionalmente verificarsi nel corso di attività relative al procedimento penale stesso. Potremmo pensare, fra l'altro, alla disciplina civilistica dei contratti, alle norme incriminatrici del codice penale, oppure alle disposizioni protette da sanzioni amministrative<sup>3</sup>.

Molti sono quindi i contesti e le regole astrattamente interessati: una conversazione fra terzi, registrata fraudolentemente dal privato al fine di produrla in giudizio; un documento rubato, di cui una parte chieda l'ammissione fra gli atti; una dichiarazione testimoniale resa in violazione di un obbligo contrattuale di riservatezza. Quelle appena descritte sono tutte situazioni concrete — realizzabili in ambito procedimentale, o all'in fuori di esso — potenzialmente riconducibili all'archetipo della prova "illecita".

Certo, non può escludersi che la medesima condotta sia contemporaneamente "punita" dal diritto sostanziale e da quello processuale. Per esempio, qualora, in sede di interrogatorio, venga commessa violenza sul dichiarante per indurlo a confessare, opererebbe non solo l'art. 582 c.p. — che punisce,

---

<sup>3</sup> V., in questo senso, Conti (2007), *Accertamento*, p. 113. Sul punto, anche Passanante (2017), p. 124, il quale osserva come, in effetti, «intuitivamente, discutendo di prova illecita nel processo penale, venga di fatto di pensare che detta illecità non possa che discendere dalla violazione di una norma incriminatrice», ma, a ben vedere, «la scelta di limitarne la portata alle sole norme incriminatrici risulta in buona parte arbitraria e quasi sempre priva di una giustificazione».

con la reclusione, la «lesione personale» —, ma anche l'art. 188 c.p.p., a cui consegue l'inutilizzabilità di quanto dichiarato. In questa sede, ci si focalizzerà, invece, sulle trasgressioni della legge sostanziale che il codice di rito già non annoveri fra le possibili cause di effetti invalidanti.

Il nostro interrogativo può dunque essere così riassunto: una prova reperita, ammessa, o formata, in violazione di norme diverse da quelle che direttamente regolano gli atti del procedimento può, per ciò solo, risultare affetta da inutilizzabilità?

## 2.2. Prova illecita e *ratio* teorica dell'esclusione

Per rispondere al quesito appena formulato — e prima di addentrarci fra le regole dell'ordinamento italiano — può essere anzitutto utile riflettere brevemente in termini più generali. Da un punto di vista prettamente teorico, infatti, l'estromissione della prova illecita — come sopra definita — appare certamente riconducibile alle stesse *rationes* che, di solito, fondano l'esclusione della sua omologa "illegittima". Prendendo in prestito note categorizzazioni, operate soprattutto dalla dottrina statunitense e d'Oltre Manica, tali esigenze sono sostanzialmente quattro<sup>4</sup>.

Quella più comune ed evidente è rappresentata dal cosiddetto *reliability principle*; in pratica, tramite l'esclusione, vengono sottratte dall'orizzonte conoscitivo del giudice informazioni di scarsa affidabilità, che potrebbero pregiudicare la correttezza dell'accertamento fattuale.

In secondo luogo, rileva l'*integrity principle*, in forza del quale è onere del giudice dissociarsi dalle condotte illegali perpetrate al fine di ottenere una prova, espellendo quest'ultima dai fascicoli.

Un'ulteriore ragione teorica, sottesa all'esclusione, è poi identificabile nel *disciplinary principle*: questo strumento consentirebbe di innescare, al contempo, effetti punitivi e dissuasivi nei confronti di chi, pur di acquisire una prova, abbia violato la legge, o sia disposto a violarla.

Infine, le *exclusionary rules* risponderebbero al *protective principle*, svolgendo una funzione rimediale in relazione all'indebito sacrificio dei diritti individuali, eventualmente occorso nella raccolta e formazione delle fonti conoscitive da sottoporre al giudicante.

Ebbene, come anticipato, una regola di esclusione che si abbatta sulla prova illecita è in grado di soddisfare ciascuno di questi obiettivi: l'illiceità commessa può aver inciso negativamente sulla capacità dimostrativa della prova, o aver causato la lesione di specifici diritti e garanzie; ancora, l'inutilizzabilità appare idealmente idonea — anche nelle fattispecie qui trattate — a rafforzare

<sup>4</sup> Sul punto, v. Armenta Deu (2011), p. 20 ss.; Choo (2021), p. 17 ss.; Giabardo (2022), p. 57 ss.; Hsieh (2014), p. 27 ss.; Jackson, Summers (2012), p. 151 ss.; Nieva-Fenoll (2018), p. 1794; Ryan (2014), p. 65 ss.; Viebig (2016), p. 47 ss.

il principio di legalità, oltre a colpire e prevenire le sottostanti condotte contrarie alla legge.

Ovviamente, la giustificabilità teorica di un istituto non implica l'obbligo di implementarlo nel proprio ordinamento; tuttavia, è innegabile che — almeno in alcune circostanze — l'esclusione della prova illecita potrebbe manifestare una significativa utilità. Sul punto, si tornerà in seguito; per il momento, conviene soffermarsi sull'attuale configurazione del sistema italiano.

### 3. ILLECITÀ E INUTILIZZABILITÀ DELLA PROVA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

L'«inutilizzabilità» è la principale invalidità che, nel procedimento penale italiano, colpisce le prove, impedendo al giudice di tenerne conto ai fini della propria decisione<sup>5</sup>.

Come è noto — vale la pena precisarlo — esiste un ulteriore strumento di esclusione probatoria, disciplinato dal codice di rito; anche la nullità, infatti, può colpire una prova e renderla, a tutti gli effetti, inservibile a scopi dimostrativi<sup>6</sup>. Tale istituto, tuttavia, ai nostri fini, non sembra rilevante. Come stabilisce l'art. 177 c.p.p., «l'inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità soltanto nei casi previsti dalla legge»; è dunque la violazione della legge processuale penale — che appunto regola gli «atti del procedimento» — a rendere operativa la nullità<sup>7</sup>, ossia proprio quelle ipotesi in cui, secondo le categorie sopra formulate, viene in gioco la prova «illegittima» e non quella «illecita».

Il sistema della inutilizzabilità, invece, come ora vedremo, si presta a una maggiore inclusività, tanto da poter ospitare, fra le sue pieghe, una più vasta gamma di ipotesi di contrarietà alla legge.

La previsione generale del vizio in questione — rubricata «prove illegittimamente acquisite» — è contenuta nel già menzionato art. 191 c.p.p.; secondo questa disposizione, «le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate». Tramite essa, determinate trasgressioni normative vengono quindi direttamente sanzionate con l'inutilizzabilità, senza che sia necessario reperire, di volta in volta, all'interno della disposizione violata, un'autonoma previsione in tal senso<sup>8</sup>.

La seconda forma di inutilizzabilità è quella «speciale»: in questi casi, è il legislatore a precisare esplicitamente che, alla violazione di una specifica regola, consegue l'estromissione dell'elemento ottenuto dal compendio probatorio. Le previsioni speciali completano quella «generale» e soddisfano due

<sup>5</sup> Si rimanda alla nt. 2 per un approfondimento generale.

<sup>6</sup> V. Daniele (2009), p. 5 ss.; Scella (2001), p. 65 ss.

<sup>7</sup> Sul punto, *ex multis*, Panzavolta (2005).

<sup>8</sup> V. Galantini (1992), p. 108.

scopi distinti: alla funzione meramente confirmatoria — volta a dissipare eventuali dubbi circa l'applicabilità del vizio — se ne aggiunge un'altra meno intuitiva; un'esplicita previsione può infatti svolgere un ruolo integrativo, colpendo trasgressioni di legge altrimenti estranee alla fattispecie descritta dall'art. 191 comma 1 c.p.p.<sup>9</sup>

Ci dobbiamo ora domandare se questo articolato sistema dia ospitalità anche alla prova illecita.

L'analisi non può che partire dal dettato della norma generale, il cui perno centrale è costituito dalla locuzione «divieti stabiliti dalla legge», che rappresenta misura e limite dell'effetto invalidante.

Si può per prima cosa notare la mancanza di un testuale richiamo alla (sola) legge processuale penale; teoricamente, quindi, stando alla lettera della norma, i “divieti” la cui trasgressione causa inutilizzabilità sono individuabili in una qualsiasi disposizione del diritto positivo, indipendentemente dalla materia regolata, civile, penale, o amministrativa che sia<sup>10</sup>.

Più specifico è appunto il termine “divieto”, evocante qualcosa che la “legge” proibisce; possono quindi sicuramente esservi ricomprese le norme che vietano in radice una condotta, mentre maggiormente discussa è la natura delle modalità di svolgimento prescritte in positivo dal legislatore (il cosiddetto *quomodo*)<sup>11</sup>.

In ogni caso, anche questo secondo presupposto non impedisce un'astratta rilevanza della prova illecita: comportamenti vietati possono sicuramente essere quelli previsti dalle fattispecie incriminatrici del codice penale, o puniti con sanzioni amministrative, oppure gli “illeciti” contenuti nella legge civile<sup>12</sup>. Ciò che davvero conta è che la disposizione trasgredita sia munita di sanzione; infatti, così come non tutte le inosservanze della disciplina processuale causano inutilizzabilità, allo stesso modo, la trasgressione della norma sostanziale — per ambire a ottenere rilevanza in chiave probatoria — dovrebbe anzitutto appartenere alla categoria dell'illecito giuridicamente sanzionato.

<sup>9</sup> Per un approfondimento della distinzione proposta, Cabiale (2019), p. 34 ss.

<sup>10</sup> In questo senso, Dinacci (2008), p. 63-64, nonché, da ultimo, Casiraghi (2024), p. 55.

<sup>11</sup> Come è noto questo tema è ampiamente discusso e si ricollega al classico interrogativo se l'inutilizzabilità operi soltanto in relazione all'*an*, o anche al *quomodo* della disciplina probatoria. Vale la pena ricordare che, sul punto, è piuttosto granitica la posizione della giurisprudenza di legittimità. Frequentemente si afferma, infatti, che «l'art. 191 cod. proc. pen., nel prevedere l'inutilizzabilità della prova illegittimamente acquisita, si riferisce solamente al caso di prove assunte in violazione dei divieti stabiliti dalla legge, cioè di prove in sé e per sé illegittime perché vietate, e non dell'assunzione di prove previste dalla legge» (così, da ultimo, Cass., sez. I, 28 ottobre 2024, n. 46349, in *Dejure*). Per un approfondimento sul punto, Conti (2007), *Accertamento*, p. 68 ss.; Galantini (2019), p. 59 ss.; Santoriello (2024), p. 16.

<sup>12</sup> In questo senso, Nobili (1990), p. 413. V. anche Dinacci (2008), p. 64, secondo cui «non avrebbe alcun senso logico precludere l'individuazione di divieti nella norma penale incriminatrice, posto che la stessa realizza tipicamente la funzione di vietare». In senso diverso, fra gli altri, Cordero (2012), p. 613-614; Galantini (1997), p. 699; Scella (2008), p. 489-490, il quale sostiene che quel che conta «è la funzione svolta dalla norma violata: una cosa è prescrivere l'obbligo dei consociati di astenersi dal commettere un fatto qualificato dalla norma come reato, altra cosa è imporre al giudice il dovere di rifiutare l'ammissione di un dato mezzo di prova».

In sintesi, mentre a fronte di una prova “illegittima”, la sanzione operante è direttamente quella processuale, ossia l’inutilizzabilità, per la prova “illecita”, le cose stanno diversamente: l’apparato sanzionatorio, predisposto dal legislatore, riguarda *in primis* l’individuo e non la prova (si pensi alle pene) e ci si deve domandare se quella stessa illiceità, oltre che sul suo autore, possa generare un qualche effetto sui dati conoscitivi appresi.

Un breve cenno merita anche la parola «acquisite», riferita alle «prove», che campeggia tanto nella rubrica dell’art. 191 c.p.p., quanto nel suo comma 1.

Come è noto, intorno al significato da attribuire alla parola “acquisite” si è dibattuto davvero molto, senza peraltro giungere a conclusioni pacifiche; nella sua accezione più lata, essa evocherebbe situazioni molto diverse fra loro, quali il reperimento materiale di prove precostituite, nonché le fasi procedurali dell’ammissione e formazione delle prove costituende<sup>13</sup>.

Maggiore è la portata operativa di questo termine, più estesi sono quindi gli ambiti procedurali ed *extra* procedurali nei quali poter reperire “divieti”, la cui trasgressione comporta inutilizzabilità. Nel nostro caso, ad esempio, se il concetto di “acquisizione” riguardasse, in senso tecnico, il solo contesto procedimentale, il documento rubato da un privato — benché ottenuto tramite una condotta di furto — non potrebbe essere considerato inutilizzabile ai sensi dell’art. 191 comma 1 c.p.p.

Infine, ci si deve soffermare ancora una volta sulla già citata rubrica della norma in commento e, in particolare, sul termine “illegittimamente” («prove illegittimamente acquisite»).

Come già più volte ricordato, l’illegittimità evoca anzitutto l’inosservanza delle norme del diritto processuale, mentre è all’illiceità che tradizionalmente si associa l’inosservanza del diritto sostanziale (civile, penale, amministrativo). Da questo punto di vista, dunque, l’art. 191 c.p.p. sembrerebbe rivolgersi soltanto alla prima tipologia di norme, sconfessando il rilievo probatorio delle seconde<sup>14</sup>.

D’altro canto, una simile conclusione sembrerebbe priva di solide fondamenta: la distinzione appena tracciata è sicuramente ben scolpita nella dottrina processualpenalistica, mentre il legislatore, quantomeno nella novellazione successiva al codice di rito, non vi si è scrupolosamente attenuto; basti pensare alla categoria della “illegalità” probatoria, introdotta, nell’art. 240 c.p.p., che ha creato ben più di qualche dubbio interpretativo<sup>15</sup>.

Non pare allora ragionevole fondare le proprie scelte esegetiche solo su una rubrica, tantomeno allorché si faccia riferimento a un concetto che non trova, nel diritto positivo, un’esplicita definizione.

<sup>13</sup> Come si è già detto (v. anche nt. 11), il dibattito sul punto è molto articolato. Si sono espressi per l’interpretazione restrittiva, fra gli altri, Cordero (2012), p. 613; Ferrua (2017), p. 252; Scella (2001), p. 159.

<sup>14</sup> V. le riflessioni sul punto di Conti (2007), *Accertamento*, p. 109.

<sup>15</sup> In tema, Conti (2007), *Le intercettazioni*, p. 158 ss.

In sintesi, la lettera dell'art. 191 c.p.p. non frapponne insormontabili ostacoli a un'interpretazione estensiva, che contempra la violazione delle norme di diritto "sostanziale" fra le fattispecie idonee a far scattare l'inutilizzabilità. È forse possibile immaginare la predetta disposizione come una porta d'accesso per mezzo della quale la trasgressione di obblighi e proibizioni di matrice sostanziale penetri nella dimensione procedimentale, convertendosi in sanzioni non solo individuali, ma anche probatorie; l'illiceità finirebbe così per acquisire rilevanza giuridica anche in senso processuale, smettendo i panni di mera circostanza, priva di effetti sui dati conoscitivi messi a disposizione del giudice.

#### 4. LE ILLICEITÀ POTENZIALMENTE RILEVANTI

L'astratta inclusione dell'illecito sostanziale fra le fattispecie rilevanti *ex art. 191* comma 1 c.p.p. lascia ancora aperti un paio di importanti interrogativi.

Anzitutto, gli illeciti sono di vario genere e bisogna chiedersi quali possano incidere sul piano probatorio. Di nuovo, soccorre il paragone con il contesto prettamente procedimentale: l'inutilizzabilità è un'*extrema ratio*, idonea a sottrarre al giudice, se del caso, persino elementi affidabili, ma comunque da scartare, in quanto acquisiti in violazione di legge; specularmente, allora, sul versante sostanziale, sembrerebbe opportuno circoscrivere l'ambito di rilevanza soltanto a un'unica tipologia di illeciti, ossia quella penale, che rappresenta la reazione più severa dell'ordinamento rispetto ai comportamenti vietati<sup>16</sup>.

Siffatta delimitazione ha peraltro trovato conferma in una nota pronuncia della Corte costituzionale.

Nel 2019, il Giudice delle Leggi ha avuto modo di rammentare la gravosità dell'invalidità probatoria, facendo riferimento proprio a un caso di prova illecita. Essendo «il diritto alla prova un connotato ineludibile del nuovo processo penale» — si è anzitutto affermato — «qualsiasi divieto probatorio [...] può spiegarsi solo nell'ottica di preservare equivalenti valori, anch'essi di rango costituzionale, con l'ovvia conseguenza che le norme le quali introducano divieti probatori si atteggiano alla stregua di norme eccezionali e di stretta interpretazione».

Dopo questa premessa, la Corte ha poi menzionato, a supporto delle sue argomentazioni, l'inutilizzabilità speciale, introdotta nel 2017, assieme al nuovo delitto di tortura; in tal caso, il legislatore avrebbe inteso precludere «qualsiasi utilizzabilità processuale di dichiarazioni scaturite dall'uso di metodi riconducibili alla fattispecie di cui all'art. 613-*bis* cod. pen., avuto riguardo all'estremo livello di lesione che una siffatta attività presenterebbe per i diritti fondamentali della persona»; infatti, si conclude, a «un "massimo"

---

<sup>16</sup> In questo senso, Conti (2007), *Accertamento*, p. 114.

di illegalità dell'atto probatorio, perché compiuto in violazione di divieti di elevato spessore, deve corrispondere, dunque, una equivalente "estensione" dell'area di inutilizzabilità processuale»<sup>17</sup>.

In definitiva, la sottrazione di una prova dalle mani del giudicante rappresenta un sacrificio considerevole per il sistema processuale; una simile rinuncia deve dunque essere sorretta da valide giustificazioni, fra cui certamente si può annoverare una grave "illiceità" caratterizzante l'atto probatorio<sup>18</sup>.

Un ulteriore quesito sulle possibili fonti del divieto riguarda le regole processuali diverse da quelle penali: se la violazione della legge processuale penale certamente può provocare inutilizzabilità, che ne è di eventuali trasgressioni alla disciplina di altre tipologie procedurali? Immaginiamo una prova formata nel contesto di un processo civile, la cui assunzione risulti appunto viziata dal mancato rispetto delle regole processualciviltistiche. Una prova siffatta può dirsi "illecita" dal punto di vista del sistema processuale penale?

Questa tesi è probabilmente da scartare.

Ogni sistema processuale ha una sua specifica identità e adotta il proprio metodo; è dunque ben possibile che un esperimento probatorio, addirittura vietato in un determinato ambito, sia invece pienamente ammissibile in un altro<sup>19</sup>. In secondo luogo, sono numerose le disposizioni del codice di rito penale da cui emerge l'indifferenza verso i limiti probatori sanciti *aliunde*.

Molto chiaro è il dettato dell'art. 193 c.p.p., per il quale «nel processo penale non si osservano i limiti di prova stabiliti dalle leggi civili, eccettuati quelli che riguardano lo stato di famiglia e di cittadinanza». Tale disposizione fa peraltro il paio con la possibilità di sospendere il dibattimento in relazione a una questione civile o amministrativa, soltanto qualora, per la risoluzione della stessa, «sia già in corso un procedimento presso il giudice competente» e «la legge non pone limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa» (art. 479 c.p.p.).

Possono da ultimo essere ricordati l'art. 238 c.p.p., che, ai fini dell'acquisizione dei «verbali di prove assunte in un giudizio civile», non pone alcun espresso vincolo riguardo a eventuali invalidità verificatesi nell'ambito di provenienza; oppure, la lett. c dell'art. 606 comma 1 c.p.p., la quale — richiamando, fra i motivi di ricorso per Cassazione, l'«inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità, di inutilizzabilità, di inammissibilità o di decadenza» — rende evidente, pur non esplicitandola letteralmente, la centralità delle norme processuali penali nell'ottica dell'amministrazione delle invalidità.

<sup>17</sup> Così, testualmente, Corte cost., 22 maggio 2019, n. 219, con nota di Casiraghi (2019); Galantini (2021).

<sup>18</sup> In questo senso, Conti (2007), *Accertamento*, p. 113.

<sup>19</sup> Il tema viene affrontato, in una diversa prospettiva, da Passanante (2017), p. 104 ss.

In ultima analisi, le fattispecie incriminatrici sembrerebbero le uniche norme sostanziali idonee a porsi quali “divieti” ai sensi dell’art. 191 comma 1 c.p.p.: ciò non tanto per la loro tipica struttura di comportamento proibito, ma per il rilievo sistematico che può essere loro attribuito nell’ordinamento giuridico.

## 5. L’APPORTO SISTEMATICO DELLE INUTILIZZABILITÀ SPECIALI

Le indicazioni finora ricavate dal testo dell’art. 191 c.p.p. scontano un grave difetto; i presupposti su cui è stato fondato l’operare dell’inutilizzabilità sono estremamente vaghi e consentono interpretazioni diametralmente opposte. È infatti sicuramente ipotizzabile una valorizzazione della legge penale sostanziale, quale fonte di invalidazione probatoria; d’altra parte, però, non sembrano nemmeno reperibili argomenti davvero conclusivi in tal senso<sup>20</sup>.

I dubbi non si diradano rivolgendo lo sguardo alle previsioni speciali del vizio.

Certamente esistono alcune ipotesi di prova “illecita” per le quali è stata comminata l’inutilizzabilità; è sufficiente ricordare ancora una volta gli artt. 191 comma 2 *bis* e 240 comma 2 c.p.p.<sup>21</sup>

Il primo sancisce l’inutilizzabilità di «dichiarazioni» e «informazioni», «ottenute mediante il delitto di tortura», restando fermo solo l’utilizzo «contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale»<sup>22</sup>; il secondo, in breve, afferma che non possono essere utilizzati dati conoscitivi «relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati o acquisiti», oppure «i documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni»<sup>23</sup>.

Non altrettanto chiara è, però, la funzione rivestita dalle summenzionate regole<sup>24</sup>.

Potremmo in effetti sostenere che queste inutilizzabilità speciali abbiano uno scopo meramente confirmatorio; in quest’ottica, l’esclusione delle prove

<sup>20</sup> V. le chiare parole di Galantini (1997), p. 699: «parrebbe tuttavia singolare che un quesito tanto intensamente discusso possa trovare soluzione positiva in un dettato del tutto generico: quest’ultimo farebbe se mai pensare ad una distrazione legislativa o, forse, alla volontà di rinviare all’interpretazione giurisprudenziale la risposta al problema».

<sup>21</sup> Sul punto, v. anche Casiraghi (2024), p. 56 ss.

<sup>22</sup> Per un commento, Bronzo, Colaiacovo (2021), p. 311 ss.; Cassibba (2018), p. 109 ss., il quale fra l’altro ricorda che la dichiarazione estorta è «doppiamente vietata in quanto prova illecita (perché derivante dal delitto di tortura) e, al contempo, prova inutilizzabile (perché derivante dall’adozione di tecniche volte a ledere la libertà di autodeterminazione del dichiarante)» (p. 115).

<sup>23</sup> Per un commento, Conti (2007), *Le intercettazioni*, p. 158 ss., la quale ricorda che «la dottrina con riguardo ai vizi della prova impiega da sempre le categorie della ‘illegittimità’ e della ‘illiceità’, mentre il riferimento alla ‘illegalità’ è pressoché assente e comunque privo di un significato specifico» (p. 159); nonché Galantini, (2019), p. 64 ss.

<sup>24</sup> V. anche § 3, in merito alla distinzione fra le varie funzioni delle inutilizzabilità speciali.

in discorso si sarebbe già potuta ricavare dall'art. 191 c.p.p., ma il legislatore — col fine di prevenire interpretazioni diverse — avrebbe blindato l'effetto invalidante per mezzo di una espressa indicazione.

Non meno accreditabile è, però, l'impressione del tutto apposta: consapevoli del fatto che, in assenza di una previsione speciale, la prova "illecita" sarebbe rimasta liberamente impiegabile — in quanto non ricompresa nella fattispecie ex art. 191 c.p.p. — i *conditores* sarebbero corsi ai ripari almeno per alcune ipotesi di illegalità sostanziale ritenute particolarmente gravi. Se così fosse quelle sopra declinate costituirebbero semplici eccezioni all'interno di un tessuto normativo che consente l'opposto.

Né la prima, né la seconda esegesi sembrano prevalere nettamente l'una sull'altra. Ancora una volta, insomma, tutto sta nello scegliere come interpretare la previsione generale, per poi conseguentemente desumerne le proprie conclusioni sul ruolo di quelle speciali.

## 6. LA GIURISPRUDENZA NAZIONALE

Norme incerte generano orientamenti giurisprudenziali altrettanto incerti e le pronunce della Cassazione in materia di prova illecita lo dimostrano chiaramente; ne citeremo ora alcune che manifestano un atteggiamento decisamente ondivago da parte dei giudici di legittimità<sup>25</sup>.

Deve essere anzitutto ricordato un noto intervento delle Sezioni unite relativo alla tutela del segreto d'ufficio. In quell'occasione, la Cassazione affermò che «il precetto normativo di cui all'art. 201 è modellato nella forma di uno specifico divieto e, dunque, attesa la genericità e onnicomprensività della formulazione del comma 1 dell'art. 191 c.p.p. (che fa riferimento ai 'divieti stabiliti dalla legge', anche, quindi, sostanziale), la prova — anche nell'ipotesi considerata — oltre che illecita è anche invalida»<sup>26</sup>.

La professata inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in violazione del segreto d'ufficio destò diverse perplessità, dovute anche all'inconciliabilità di tale conclusione con alcune disposizioni codicistiche, fra cui, ad esempio, l'art. 195, comma 6, c.p.p.<sup>27</sup> Ancor più interessante è, però, per gli scopi di questo lavoro, l'affermazione generale, inserita fra parentesi.

Si è difatti sostenuto, a chiare lettere, che l'ampia formulazione testuale dell'art. 191 comma 1 c.p.p. sia idonea a ricomprendere divieti di matrice "so-

<sup>25</sup> V., sul punto, Galantini (2012), p. 72 ss.

<sup>26</sup> Così, testualmente, Cass., Sez. un., 30 ottobre 2002. In *Dejure*. Qualcosa di simile si legge in un'altra nota pronuncia del Consesso ampliato, emessa sempre nel 2003 (Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio. In *Dejure*). Venne infatti affermato che l'art. 191 c.p.p., ancorando «la sanzione dell'inutilizzabilità alla violazione dei divieti stabiliti dalla 'legge'», avrebbe superato «l'antica tesi che si basava su di una sorta di 'autonomia' del diritto processuale penale in relazione ai vizi della prova, che quindi possono comprendere tutto il *corpus* normativo a livello di legge ordinaria o superiore». Per un commento a questo ulteriore arresto delle Sezioni unite, Potetti (2005), p. 1996 ss.

<sup>27</sup> In tema, Lavarini (2004), p. 902.

stanziale”; la Cassazione — per rafforzare la propria tesi — ha quindi esplicitamente fatto leva sulla duplice natura del divieto di deporre individuato negli artt. 201 c.p.p. e 326 c.p.

Al di là della specifica ipotesi trattata, questa esegesi della locuzione ‘divieti stabiliti dalla legge’ ha dunque rappresentato una netta e significativa presa di posizione.

La situazione cambia però completamente soltanto tre anni più tardi. Questa volta, le Sezioni unite erano chiamate a dirimere un dubbio circa l'utilizzabilità delle videoriprese domiciliari<sup>28</sup>: «per giungere alla conclusione che non possono considerarsi ammissibili, come prove atipiche, le videoregistrazioni di comportamenti non comunicativi effettuati in ambito domiciliare» — si legge nella nota sentenza “Prisco” — non occorre «stabilire se la sanzione dell'inutilizzabilità attenga solo alla violazione dei divieti stabiliti dalla legge processuale o riguardi anche la violazione di norme costituzionali o di altri rami dell'ordinamento, e segnatamente di quello penale (come per le intrusioni nell'ambito domiciliare potrebbe prospettarsi con riferimento all'art. 615 bis c.p.)»; tali «aspetti controversi», infatti, non sarebbero venuti in gioco nel caso di specie, posto che la soluzione — a detta dei giudici di legittimità — sarebbe passata «direttamente attraverso l'interpretazione dell'art. 189 c.p.p.».

L'approccio adottato in relazione alla prova “illecita” è quindi totalmente mutato. La pregressa pronuncia relativa al segreto d'ufficio non viene nemmeno citata e la Corte, dopo aver qualificato tale tema come “controverso”, decide di rivolgere altrove il proprio sguardo.

L'agnosticismo espresso dalla Cassazione in tale occasione si è poi tramandato nelle pronunce successive in materia di videoriprese, seppur con sfumature diverse. Curiosamente — al contrario di quanto avvenuto nella sentenza “Prisco” — la locuzione “prova illecita” emerge di frequente; tuttavia, l'illiceità — anziché alla violazione delle norme del diritto penale sostanziale (e segnatamente dell'art. 615 bis c.p.) — viene collegata al sacrificio dei valori costituzionali. Così, in una sentenza del 2018, si legge che sarebbe «vietata l'acquisizione ed utilizzazione delle riprese video effettuate in ambito domiciliare di comportamenti “non comunicativi”, dal momento che, in quanto “prova illecita, formatasi in violazione di diritti soggettivi tutelati dalla Costituzione, non può trovare applicazione la disciplina dettata dall'art. 189 cod. proc. pen.»<sup>29</sup>. Similmente, secondo più recente arresto del 2023, «le riprese video di comportamenti “non comunicativi” non possono essere eseguite all'interno del “domicilio”, in quanto lesive dell'art. 14 Cost.», conseguendone «che è vietata la loro acquisizione ed utilizzazione anche in sede cautelare, e,

<sup>28</sup> Si tratta di Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795. In *Dir. pen. proc.*, 2006, 11, p. 1347. Per un commento su questa pronuncia, Camon (2006), p. 1550 ss.; Conti (2006), p. 1354 ss.

<sup>29</sup> Così si esprime Cass., sez. I, 31 gennaio 2018, n. 37866. In *Dejure*.

in quanto costituenti *prova illecita*, non può trovare applicazione la disciplina dettata dall'art. 189 c.p.p.»<sup>30</sup>.

Questo evidente passo indietro verso il riconoscimento di divieti probatori scaturenti dalla legge penale sostanziale non ha tuttavia impedito che, alcuni anni dopo, l'evanescente figura della prova illecita riprendesse ancora vigore nella giurisprudenza di legittimità.

Proprio alla trasgressione dell'art. 615 *bis* c.p. è stato infatti attribuito, anche in sentenze molto recenti, un effetto invalidante in relazione ai dati conoscitivi carpiti. La vicenda capostipite di questo interessante filone riguardava, in breve, la «indebita registrazione, da parte di un coniuge, di conversazioni che, in ambito domestico, l'altro coniuge intratten[eva] con un terzo». Secondo la Cassazione, in tale fattispecie, l'inosservanza dell'art. 615 *bis* c.p. renderebbe operativa l'inutilizzabilità: «infatti, ai sensi dell'art. 191 c.p.p., le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate» e «nella specie» — viene affermato — «si tratta[va] certamente di una prova avente le caratteristiche siffatte, acquisita attraverso una interferenza illecita nella vita privata, che è addirittura penalmente sanzionata».

Come già anticipato, tale orientamento ha trovato successive conferme in almeno due pronunce del 2023. In una di esse, si afferma che i giudici di merito, nella fattispecie sottoposta alla loro attenzione, avessero fatto «buon governo del consolidato orientamento giusta il quale costituisce *prova illecita*, in quanto tale processualmente inutilizzabile ai sensi dell'art. 191 c.p.p., quella acquisita in violazione dell'art. 615 *bis* c.p. attraverso una interferenza illecita nella altrui vita privata»<sup>31</sup>.

Insomma, l'invalidità della prova “illecita” sembra aver fatto breccia negli orientamenti di legittimità anche di più di quanto ci si potrebbe attendere: non è raro osservare negli arresti della Cassazione una forte tendenza conservativa rispetto alle prove viziate, ancorché l'inosservanza di cui si discute coinvolga disposizioni processuali; può allora stupire che, in relazione a una tematica certamente meno pacifica, possa rinvenirsi una qualche apertura.

Non mancano, comunque, come si è visto, pronunce in senso almeno parzialmente diverso e va pure sottolineata la specificità delle fattispecie trattate dalla Corte, che sembra impedire la possibilità di ricavarne una regola generalizzabile per ogni ipotesi di illiceità penale.

<sup>30</sup> V. Cass., sez. VI, 26 giugno 2023, n. 39342. In *Dejure*.

<sup>31</sup> Cass., sez. III, 29 novembre 2023, n. 5157. In *Dejure*. Nello stesso senso, Cass., sez. V, 1 marzo 2023, n. 21866. In *Dejure*.

## 7. CORTI SOVRANAZIONALI E REGOLE DI ESCLUSIONE

### 7.1. La giurisprudenza di Strasburgo

Rivolgere l'attenzione al contesto giuridico in cui è immersa la Corte di Strasburgo comporta — come è ben noto — un totale stravolgimento del punto di vista: il dato positivo è principalmente composto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e non sono identificabili previsioni esplicitamente volte a regolare il fenomeno delle invalidità probatorie; pertanto, più che con norme i giudici strasburghesi lavorano con diritti, garanzie e valori, sul cui rispetto, nel caso concreto, vengono basate le decisioni in merito alla fondatezza dei ricorsi. Ciò tuttavia non implica che — proprio vagliando la conformità alla Convenzione di un procedimento nazionale — non ci si ponga il problema dell'uso "equo" della prova<sup>32</sup>.

Proprio in un'ottica di tutela della *fairness*, il tema dell'esclusione probatoria viene da molto tempo affrontato anche dalla Corte europea. Non è certo questa la sede per ripercorrere i complessi itinerari della giurisprudenza convenzionale relativi alle prove. È forse sufficiente ricordare che, in genere, — salvi contesti specifici, come violazioni dell'art. 3 Cedu<sup>33</sup>, o casi manifesti di *police incitement*<sup>34</sup> — le verifiche operate sono multifattoriali, indipendentemente dalla garanzia o dal diritto violato nel corso dell'attività probatoria di cui il ricorrente si duole<sup>35</sup>. Quasi sempre del tutto analoga è inoltre la struttura del ragionamento proposto, il quale viene poi applicato alla vicenda concreta.

Proveremo ora a illustrarlo brevemente, facendo precipuo riferimento a una recente pronuncia contro la Turchia, che ben ne ha illustrato i passaggi salienti<sup>36</sup>. Anzitutto, anche in questo caso — come spesso accade per censure circa il modo in cui una prova è stata acquisita — il punto di partenza è costituito da un'avvertenza generale, che getta le basi per ogni ulteriore ponderazione.

I giudici di Strasburgo hanno infatti ricordato che il loro compito è valutare la «*overall fairness of the criminal proceedings*» e che, mentre l'art. 6 CEDU

<sup>32</sup> Per approfondire, fra i tanti, Ashworth (2012), p. 145 ss.; Goss (2014), p. 42 ss.; Spagnolo (2015), p. 22 ss.; Trapella (2020), p. 1 ss.; Viebig (2016), p. 58 ss.

<sup>33</sup> Di recente, Corte EDU, Dursun Aliyev c. Azerbaijan, 27 luglio 2023, § 120: «*the use in criminal proceedings of statements obtained as a result of a violation of Article 3 — irrespective of the classification of the treatment as torture, inhuman or degrading treatment — renders the proceedings as a whole automatically unfair, in breach of Article 6*».

<sup>34</sup> V. Corte Edu, Yakhymovych v. Ukraine, 16 dicembre 2021, § 30: «*while the use of undercover agents may be tolerated provided that it is subject to clear restrictions and safeguards, the public interest cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement, as to do so would expose the accused to the risk of being definitively deprived of a fair trial from the outset*».

<sup>35</sup> Per una recente ricognizione globale in materia, Harris, O'Boyle, Bates, Buckley (2023), p. 421 ss.

<sup>36</sup> Ci si riferisce a Corte EDU, Mehmet Zeki Doğan c. Türkiye (n. 2), 13 febbraio 2024. V. anche, sempre di recente, Corte EDU, GC, Yüksel Yalçinkaya c. Türkiye, 26 settembre 2023, in particolare, § 273 ss.; per un commento a quest'ultima pronuncia, Tripiccione (2024), p. 692 ss.

garantisce, appunto, il diritto a un equo processo, «*it does not lay down any rules on the admissibility of evidence or the way in which evidence should be assessed, these being primarily matters for regulation by national law and the national courts*»<sup>37</sup>.

Alla luce dell'indifferenza del testo convenzionale rispetto al tema dell'ammissione probatoria in sé considerato, la Corte ha quindi reputato estraneo alle proprie competenze determinare, «*as a matter of principle, whether particular types of evidence — for example, evidence obtained unlawfully in terms of domestic law — may be admissible*»; piuttosto, nel contesto di una valutazione globale di equità, potrebbe rilevare «*the way in which the evidence was taken and used, and the manner in which any objections concerning the evidence were dealt with*»<sup>38</sup>.

Specificata attenzione dovrebbe inoltre essere riservata al rispetto dei diritti della difesa; va infatti verificato «*whether the applicant was given the opportunity of challenging the evidence and of opposing its use in circumstances where the principles of adversarial proceedings and equality of arms between the prosecution and the defence were respected*»<sup>39</sup>.

Infine, la pronuncia in esame elenca tre ulteriori profili meritevoli di considerazione: «*the quality of the evidence [...], including whether the circumstances in which it was obtained cast doubt on its reliability or accuracy*»; «*the state of the other evidence in the case file*» in correlazione alla decisività della prova censurata; nonché, da ultimo, «*the weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence in issue [...] against the individual interest that the evidence against him or her be gathered lawfully*»<sup>40</sup>.

Seppur dunque incentrate su un approccio prettamente casistico, le coordinate appena esposte consentono di estrapolare qualche linea di tendenza generale.

Riprendendo le categorie già sopra menzionate, possiamo affermare che il *reliability principle* e il *protective principle* godono di ampia considerazione a Strasburgo: la qualità dimostrativa della prova — anche alla luce delle sue modalità acquisitive — e il rispetto dei diritti difensivi basilari — come la possibilità di esporre le proprie censure — sono ritenuti cruciali.

La legalità probatoria in sé (*integrity principle*) e la valorizzazione della funzione punitiva e dissuasiva dell'esclusione (*disciplinary principle*) non

<sup>37</sup> Corte EDU, Mehmet Zeki Doğan c. Türkiye (n. 2), 13 febbraio 2024, § 79-80. La Corte ricorda, inoltre, che «*there is a distinction to be made between the admissibility of evidence (that is to say, the question of which elements of proof may be submitted to the relevant court for its consideration) and the rights of the defence in respect of evidence which in fact has been submitted to the court. There is also a distinction between the latter (that is to say, whether the rights of defence have been properly ensured in respect of the evidence taken) and the subsequent assessment of that evidence by the court once the proceedings have been concluded*».

<sup>38</sup> Corte EDU, Mehmet Zeki Doğan c. Türkiye (n. 2), 13 febbraio 2024, § 83.

<sup>39</sup> Corte EDU, Mehmet Zeki Doğan c. Türkiye (n. 2), 13 febbraio 2024, § 86.

<sup>40</sup> Corte EDU, Mehmet Zeki Doğan c. Türkiye (n. 2), 13 febbraio 2024, § 87-88.

sembrano invece vantare eguale importanza; a questi profili, infatti, — forse più affini alle logiche di un ordinamento interno — non è attribuita un'incidenza specifica nelle ponderazioni dei giudici convenzionali. In altri termini, l'«*unlawfulness*» non conta in quanto tale, ma soltanto nella misura in cui abbia avuto influenza sulla *fairness* complessiva del procedimento censurato.

La prova illecita, in questo frangente, non si presta allora a un destino univoco: di regola, l'illiceità della prova utilizzata per condannare il ricorrente non comporta un'automatica iniquità; d'altra parte, non si può nemmeno escludere che tale profilo, nel caso concreto, venga ritenuto meritevole di decisiva ponderazione. È comunque noto come la giurisprudenza Strasburgo tenda a essere abbastanza conservativa: così, solo per fare un esempio, è davvero molto difficile immaginare una condanna dello Stato chiamato in causa qualora, a fronte di perquisizioni o intercettazioni abusive, la prova censurata fosse qualitativamente affidabile e corredata di riscontri, mentre, per parte sua, la difesa abbia avuto modo di presentare le proprie doglianze, ricevendo adeguata (pur negativa) risposta<sup>41</sup>.

## 7.2. Le indicazioni della Corte di Giustizia UE

A differenza dell'ambito convenzionale, quello eurolunitario è certamente ricco di norme di diritto positivo riguardanti il procedimento penale: alla disciplina degli strumenti di cooperazione giudiziaria e di polizia, si aggiungono le varie direttive in materia di garanzie procedurali per accusati e vittime, nonché, fra l'altro, la normativa che regola il trattamento dei dati personali.

È proprio da questo fertile *humus* che — grazie all'apporto degli ormai sempre più frequenti rinvii pregiudiziali proposti dai giudici nazionali — il contributo della Corte di Lussemburgo è in esponenziale ascesa, anche in relazione alle tematiche probatorie.

Per quanto riguarda la questione dell'utilizzabilità, sembrano sollevare particolare interesse due pronunce, abbastanza recenti, da cui è desumibile un nucleo di ragionamento almeno in parte simile a quello compiuto dalla Corte EDU.

La prima decisione riguarda l'annoso tema della *data retention*, verso il quale la Corte di Giustizia ha palesato, già da diversi anni, una certa sensibilità; la seconda, invece, concerne la cooperazione giudiziaria tramite ordine europeo di indagine penale e, in particolare, la vicenda dei telefoni dotati del sistema crittografico “EncroChat”.

Nella pronuncia “H.K.” del 2021<sup>42</sup>, campeggia anzitutto una premessa generale della Corte: «allo stato attuale del diritto dell'Unione» — si legge —

<sup>41</sup> Per ulteriori approfondimenti sul punto e alcuni esempi, Cabiale (2019), p. 151 ss.

<sup>42</sup> Ci si riferisce a Corte di Giustizia UE, GS, 2 marzo 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152. Per un commento a questa pronuncia e una disamina del tema, Andolina (2021), p. 1204 ss.; v. Cascone (2022), p. 419 ss.; Dinacci (2022), p. 301 ss.; Landolfi (2024), p. 1 ss.; Malacarne, Tessitore (2022), p. 1 ss.

«spetta, in linea di principio, al solo diritto nazionale stabilire le regole relative all'ammissibilità e alla valutazione, nell'ambito di un procedimento penale instaurato nei confronti di persone sospettate di atti criminali, di informazioni e di elementi di prova che siano stati ottenuti mediante una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati in questione, contraria al diritto dell'Unione»<sup>43</sup>.

A questa chiara auto-delimitazione di competenze — invero molto simile a quella formulata a Strasburgo — seguono, però, alcune precisazioni relative al principio di effettività. Da quest'ultimo, sarebbero infatti ricavabili alcuni precisi obblighi in capo a legislatori e giudici nazionali.

Sotto il primo punto di vista, si sottolinea che «le norme nazionali relative all'ammissibilità e all'utilizzazione delle informazioni e degli elementi di prova hanno come obiettivo, in virtù delle scelte operate dal diritto nazionale, di evitare che informazioni ed elementi di prova ottenuti in modo illegittimo [*evidence obtained unlawfully*], nella versione inglese] arrechino indebitamente pregiudizio a una persona sospettata di avere commesso dei reati»; obiettivo che — prosegue la pronuncia — potrebbe «a seconda del diritto nazionale, essere raggiunto non solo mediante un divieto di utilizzare informazioni ed elementi di prova siffatti, ma anche mediante norme e prassi nazionali che disciplinino la valutazione e la ponderazione delle informazioni e degli elementi di prova, o addirittura tenendo conto del loro carattere illegittimo in sede di determinazione della pena»<sup>44</sup>.

A prima vista, i giudici di Lussemburgo sembrano quindi assumere una posizione molto netta: il diritto positivo degli Stati membri deve evitare che prove viziate dall'inosservanza di regole unionali pregiudichino l'accusato, se del caso anche tramite l'introduzione di strumenti limitativi del loro uso. Le parole successive, come ora vedremo, hanno però circoscritto l'efficacia prescrittiva del principio di fondo.

Secondo la Corte, infatti, «la necessità di escludere informazioni ed elementi di prova ottenuti in violazione delle prescrizioni del diritto dell'Unione deve essere valutata alla luce, in particolare, del rischio che l'ammissibilità di informazioni ed elementi di prova siffatti comporta per il rispetto del principio del contraddittorio [*adversarial principle*, nella versione inglese] e, pertanto, del diritto ad un processo equo»; cosicché, «un organo giurisdizionale, il quale consideri che una parte non è in grado di svolgere efficacemente le proprie osservazioni in merito a un mezzo di prova rientrante in una materia estranea alla conoscenza dei giudici e idoneo ad influire in modo preponderante sulla valutazione dei fatti, deve constatare una violazione del diritto ad un processo equo ed escludere tale mezzo di prova al fine di evitare una violazione siffatta»<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Corte di Giustizia UE, GS, 2 marzo 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152, § 41.

<sup>44</sup> Corte di Giustizia UE, GS, 2 marzo 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152, § 43.

<sup>45</sup> Corte di Giustizia UE, GS, 2 marzo 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152, § 44. Un ragionamento analogo si rinviene già in una precedente pronuncia: v., in particolare, Corte di Giustizia UE, GS, 2

In pratica, la conclusione del ragionamento può essere così riassunta. Quel rischio di pregiudizi per l'accusato — paventato nelle righe precedenti ed eventualmente derivante dall'ammissione di prove acquisite in violazione del diritto UE — andrebbe parametrato soprattutto alla possibilità, per la difesa, di esercitare il proprio diritto al contraddittorio sulle prove determinanti per la decisione. Di qui, è allora scaturito un esito forse meno dirompente di quanto ci si potesse inizialmente attendere: una prova *unlawful* sarebbe inutilizzabile allorché appaia potenzialmente decisiva e, al contempo, su di essa le parti non abbiano un'effettiva opportunità di formulare le proprie argomentazioni<sup>46</sup>.

L'eventuale *unlawfulness* verificatasi, pertanto, non rappresenta *ex se* un'autonoma fonte di pregiudizio; il rimedio — possibilmente rappresentato anche dall'esclusione della prova — opera solo quando, a tale vizio, si siano sovrapposte criticità ulteriori, ossia, in questo caso, l'impossibilità di un corretto esercizio dei diritti difensivi.

La sentenza "Encrochat" del 2024, come anticipato, mutua diversi concetti da quella precedente<sup>47</sup>.

Il giudice del rinvio chiedeva «se il principio di effettività imponga al giudice penale nazionale di espungere, nell'ambito di un procedimento penale avviato a carico di una persona sospettata di atti di criminalità, informazioni ed elementi di prova che siano stati ottenuti in violazione delle prescrizioni del diritto dell'Unione».

La Corte, dopo aver ricordato — proprio come nella pronuncia precedente — che le scelte circa l'ammissibilità «di informazioni e di elementi di prova che sono stati ottenuti con modalità contrarie al diritto dell'Unione» spetta, «in linea di principio, unicamente al diritto nazionale», ha però in questa occasione evocato una specifica disposizione della direttiva 2014/41.

L'art. 14, par. 7, obbliga infatti gli Stati membri a garantire che, nei procedimenti domestici, «siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove ottenute mediante l'ordine europeo di indagine». Così, proprio sfruttando questa prescrizione rivolta agli ordinamenti domestici, il consesso eurounitario è giunto alla propria conclusione: il giudice nazionale deve «espungere, nell'ambito di un procedimento penale avviato a carico di una persona sospettata di atti di criminalità, informazioni ed elementi di prova se tale persona non è in grado di svolgere efficacemente

---

marzo 2020, C 511/18 e altre, § 222 ss.

<sup>46</sup> Sul punto, v. anche le riflessioni di Chelo (2022), p. 3275, secondo cui, «nel caso di acquisizione di informazioni o dati delle comunicazioni conservati illegittimamente, invece, un contraddittorio si realizza certamente durante il giudizio (alla pari dei casi di conservazione legittima), ma non per tale ragione il loro utilizzo deve ritenersi scontato, pena la mortificazione del diritto alla tutela della vita privata». Sul punto anche Calavita (2024), p. 269 ss.

<sup>47</sup> Ci si riferisce a Corte di Giustizia UE, GS, 30 aprile 2024, C-670/22, ECLI:EU:C:2024:372. Per un commento a questa decisione e per un approfondimento sui temi sottostanti, Belfiore (2024), p. 1264 ss.; Bernardini (2024); Daniele (2024); Lorenzetto (2024), p. 2287 ss.; Troisi (2024), p. 1590 ss.

te le proprie osservazioni su tali informazioni ed elementi di prova e questi ultimi siano idonei ad influire in modo preponderante sulla valutazione dei fatti»<sup>48</sup>.

Erano dunque almeno in parte diversi il contesto, la normativa e i profili di *unlawfulness* censurati, ma la soluzione adottata è molto simile a quella precedente<sup>49</sup>.

La giurisprudenza di Lussemburgo, in definitiva, analogamente a quanto avviene a Strasburgo, non sembra dotare di un proprio peso specifico la circostanza che una prova sia stata acquisita *contra legem*. Tale fattore può semmai rilevare qualora sia fonte di ulteriori pregiudizi, relativi a determinate garanzie difensive ritenute essenziali.

## 8. FORME E VALORI

Questa nostra breve riflessione in merito al panorama italiano ed europeo non ci ha potuto fornire una risposta univoca circa l'utilizzabilità o meno delle prove "illecitamente acquisite". Le ragioni non sono, però, sempre identiche.

Il sistema interno delle regole esclusione — focalizzato sull'art. 191 c.p.p. — si basa su presupposti formali e su ambivalenti canoni testuali, forieri di più di una interpretazione<sup>50</sup>. Il versante europeo, al contrario, anziché alla forma, dà rilievo alla sola sostanza: un simile modello è pertanto refrattario a schemi preconetti, basati sul mero dato che una regola sia stata infranta.

Un primo quesito, a questo punto, si impone. Sarebbe opportuno generalizzare, o comunque definitivamente consolidare, l'invalidità delle prove illecite?

Sembra si possa affermare, senza troppe incertezze, che non esiste — né nell'ordinamento nazionale, né in quelle "europee" — un diritto incondizionato all'esclusione della prova illecita, né sarebbe opportuno per il legislatore decidere di codificarlo *ex novo*.

Come si è detto in precedenza, l'estromissione di un dato conoscitivo è la più seria delle conseguenze possibili; basti pensare che pure l'inosservanza della legge processuale penale non conduce indefettibilmente a tale esito. Sono quindi senza dubbio possibili — e legittime — anche soluzioni diverse, che lascino impregiudicate o intacchino in minor misura le possibilità d'impiego della prova in questione.

<sup>48</sup> V. sul punto le riflessioni di Lorenzetto (2024), p. 2894, che definisce le parole qui utilizzate dalla Corte di Giustizia come «lemmi scivolosissimi».

<sup>49</sup> V. ancora Belfiore (2024), p. 1270 s.

<sup>50</sup> V. Peroni (2005), p. 924, secondo cui l'inutilizzabilità, per causa dell'art. 191 c.p.p., sarebbe «un istituto codicistico, per un verso, affidato a soglie definitorie non del tutto appaganti, per un altro, sfrangiato in una molteplicità di fattispecie di difficile armonizzazione con il canone di tassatività».

Intanto, come riconosciuto dalla Corte costituzionale, «se è vero» che i «divieti probatori riposano essenzialmente sulla esigenza di introdurre misure volte anche a disincentivare possibili “abusi” [...] — è altrettanto vero che un simile obiettivo viene in ogni modo perseguito dall’ordinamento attraverso la persecuzione diretta, in sede disciplinare o, se del caso, anche penale, della condotta abusiva». In altri termini, il già citato *disciplinary principle* — per cui l’esclusione della prova previene e punisce le condotte illecite — potrebbe a detta della Corte essere soddisfatto anche tramite sanzioni che colpiscono l’individuo, senza “punire” il processo. Queste affermazioni sono di certo condivisibili, seppure debba essere ulteriormente aggiunto che la sanzione individuale — indipendentemente dalla sua natura — è disincentivante solo se effettiva e concreta.

In secondo luogo, sono altrettanto individuabili misure processuali ulteriori rispetto all’esclusione probatoria; lo ha chiarito anche la Corte di Giustizia in una delle due sentenze sopra esaminate, facendo riferimento a «norme e prassi nazionali che disciplinino la valutazione e la ponderazione delle informazioni e degli elementi di prova», o tengano conto del «loro carattere illegittimo in sede di determinazione della pena». Si potrebbe allora certamente immaginare un criterio di valutazione, che incanali l’uso della prova “illecita” verso determinati scopi (mero riscontro), o direzioni (solo a favore dell’imputato); oppure, un’utilizzabilità ancorata al consenso della difesa, da incentivare tramite uno sconto di pena in caso di condanna.

Non si può infine dimenticare che, in diversi casi, la dimensione processuale — e in particolar modo la tutela del diritto di difesa — devono prevalere sulla legalità probatoria, anche “sostanziale”. Ne sono validi esempi l’esclusione della punibilità per «stato di necessità» (art. 54 c.p.), o per l’«esercizio di un diritto» (art. 51 c.p.), fra cui appare certamente collocabile anche il diritto di difendersi provando. Emblematico, sotto questo profilo, è il comma 2 dell’art. 617 *septies* c.p., che prevede l’esclusione della punibilità dal reato di «diffusione di riprese e registrazioni fraudolente», quando la condotta «deriva in via diretta ed immediata dalla loro utilizzazione in un procedimento amministrativo o giudiziario o per l’esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca».

Insomma, una relazione biunivoca fra illiceità e inutilizzabilità non sarebbe opportuna per diverse motivazioni. D’altra parte, però, neppure la situazione attuale appare soddisfacente.

L’art. 191 comma 1 c.p.p. vive di assoluti. Se riteniamo che le parole “divieti” e “legge” accolgano anche il diritto sostanziale, allora la prova “illecita” dovrebbe essere sempre inutilizzabile; in caso contrario, nessuna illiceità sostanziale — salvo eventuali previsioni speciali — potrebbe condurre all’esclusione. Nessuna delle due soluzioni è, a ben vedere, ragionevole<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> Si veda, in relazione alla disciplina processualcivile, le riflessioni di Passanante (2017), p. 393, secondo il quale la discussione sulla sorte della prova illecita nel processo civile non ruota attorno, «come talvolta sembra darsi per presupposto», a «un vero vuoto normativo», ma, piuttosto,

L'ulteriore criticità dell'attuale assetto normativo è l'incertezza che ne deriva. La disposizione in commento non solo è esclusivamente improntata al bianco o al nero, ma addirittura i suoi contenuti permettono quasi egualmente di coltivare entrambe queste opposte direzioni.

Insomma, un'esclusione probatoria, fondata su canoni testuali e labili nozioni, presenta grossi limiti.

Un'alternativa — sui cui forse si potrebbe aprire una riflessione — ci è suggerita proprio dal contesto sovranazionale sopra esaminato. Se, infatti, anche la giurisprudenza delle Corti europee ha le proprie debolezze, dall'altro lato, è però in grado di offrire un chiaro e semplice insegnamento: non importa la branca del diritto violata, né il contesto in cui la condotta *contra legem* si è realizzata; conta soltanto se quanto accaduto compromette un'esigenza o un valore ritenuto meritevole di protezione.

Il difetto principale dell'art. 191 c.p.p. sta forse proprio in questo: in esso, l'interprete non trova valori ed esigenze da preservare; vi si rivengono soltanto parole asettiche, che lasciano il giudice orfano di quelle bussole valoriali che, invece, dovrebbero orientarlo nella scelta di escludere o meno una prova.

Pertanto, conviene ricordare che anche altri ordinamenti nazionali hanno già adottato analoghi meccanismi.

Così è per il *Code d'Instruction Criminelle* belga; all'art. 32 del *Titre Préliminaire*, viene infatti stabilito che «*la nullité d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement*» può essere dichiarata in tre ipotesi: «*le respect des conditions formelles concernées est prescrit à peine de nullité*»; «*l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve*»; oppure «*l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable*». Frutto di un lungo travaglio giurisprudenziale<sup>52</sup>, tale disposizione fonde insieme la tassatività dei vizi e specifiche istanze valoriali: accanto alle previsioni speciali di nullità, contano anche l'affidabilità della prova — dunque, il *reliability principle* —, nonché l'equità della procedura, ossia il *protective principle*.

Guardando invece al sistema spagnolo, la *Ley Orgánica del Poder Judicial* parametrizza l'esclusione al sacrificio dei diritti e delle libertà ritenuti maggiormente rilevanti: «*no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales*»<sup>53</sup> (art. 11.1).

Infine, fra le altre, possiamo ancora citare la soluzione adottata in Francia. Il *Code de procédure pénale*, accanto alle *nullité textuelles*, amministra l'invalidità tramite il criterio del pregiudizio effettivo<sup>54</sup>, così come sancito, anzitutto,

a «una norma insoddisfacente, che i più considerano inopportuna, ingiusta», ossia, appunto, «una lacuna assiologica».

<sup>52</sup> Per approfondimenti, Beernaert, Holzapfel, Lacombe, Lurquin, Monville, Scarnà (2016); Dhayer (2014), p. 7 ss.; Lugentz (2017), p. 38 ss.; Verbruggen, Conings (2021), p. 273 ss.

<sup>53</sup> In merito a questa disposizione e alla sua interpretazione, Armenta Deu (2011), p. 50 ss.; Bachmaier Winter (2013), p. 209 ss.

<sup>54</sup> V., in particolare, Ataya (2013), p. 190 ss.; Hur-Vario (2012), p. 543 ss.; Pradel (2013), p. 148 ss.

nell'art. 171: «*il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne*». Il concetto è egualmente ribadito nel successivo art. 802, per il quale, «*en cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne*».

Al di là di questi limpidi esempi stranieri — in cui la forma del diritto positivo s'incrocia con esigenze di giustizia sostanziale — qualcosa di simile accade, invero, anche in Italia: nel nostro codice di procedura penale, esiste una previsione generale di invalidità — in diversi casi applicabile pure alle prove — che tiene conto di profili “valoriali”; l'art. 178 c.p.p. spiega quali sono le norme la cui inosservanza comporta nullità e — anziché basarsi su mere nozioni linguistiche — elenca le tematiche che siffatte disposizioni devono regolare per meritare la protezione del vizio (ad esempio, «intervento», «assistenza» e «rappresentanza» dell'imputato)<sup>55</sup>.

Plasmando il nuovo art. 191 c.p.p. sulla base di questa modellistica, si potrebbe ancorare l'attivazione dell'inutilizzabilità a specifici valori, come ad esempio alcuni di quelli compendati nell'art. 111 Cost.<sup>56</sup>: rilievo primario potrebbe allora essere offerto ad alcune garanzie, direttamente o indirettamente promananti dalla nozione di «giusto processo». In questa prospettiva, l'impiego di prove genuine appare un valore chiave di qualsiasi procedura che intenda qualificarsi come “giusta”; allo stesso modo, potrebbe farsi espresso riferimento alla tutela delle norme che garantiscono la partecipazione della difesa, il diritto all'interpretazione e traduzione, nonché la parità fra le parti. Ovviamente, proprio come accade in Belgio e Francia, andrebbe infine ribadita la centralità delle disposizioni “speciali” di inutilizzabilità, o di quelle volte a plasmare codicisticamente il contraddittorio nella formazione della prova, come le norme che regolano contestazioni (artt. 500 e 503 c.p.p.) e letture (art. 511 ss. c.p.p.).

Appare insomma evidente il punto di vista di una simile proposta: la realizzazione di un sistema di esclusione probatoria maggiormente volto alla concretezza dovrebbe probabilmente affondare le sue radici nei già più volte menzionati *reliability principle* e *protective principle*; da un lato, quindi, l'esigenza di un accertamento dei fatti il più possibile aderente al passato che s'intende scrutare, tramite l'uso di prove affidabili, perché formate nel rispetto di certe regole acquisitive e in contesti controllati e verificabili; dall'altro lato, il rispetto dei diritti della difesa, che deve trovare equilibrata estrinsecazione anche nelle procedure di acquisizione probatoria.

<sup>55</sup> V. Aprati (2018), p. 124 ss.

<sup>56</sup> Sull'esclusione della prova illecita quale forma di tutela dei valori del giusto processo e dei diritti fondamentali, v. anche Casiraghi (2024), p. 62 ss.

Qualcuno potrebbe obiettare che un simile meccanismo metterebbe a rischio la tassatività delle invalidità, offrendo al giudice un eccessivo grado di discrezionalità. A simili argomentazioni, è però possibile rispondere che, in fin dei conti, la situazione attuale non è poi così diversa: come si è già detto, la formulazione vigente dell'art. 191 comma 1 c.p.p. lascia spazio a esegesi opposte in relazione al medesimo interrogativo.

Molto probabilmente la discrezionalità non diminuirebbe; tuttavia, sapremmo sempre, quantomeno in astratto, quando una prova deve essere esclusa, lasciando al giudice soltanto la valutazione concreta del singolo caso. Per giunta — come per molte altre materie — la giurisprudenza di legittimità potrebbe facilmente dettare una linea per alcune ipotesi complesse, garantendo un certo grado di prevedibilità delle soluzioni singolarmente adottabili.

Da ultimo, non è meno importante sottolineare che migliorerebbe molto la qualità delle domande che l'interprete deve porsi: non sarebbe necessario affaticarsi ancora — peraltro con scarsi risultati — per capire quali siano i “divieti” e quali le “leggi” rilevanti, oppure cosa debba intendersi per “legittimo”, “illecito” o “illegale”; molto più concretamente e forse utilmente, ci si dovrebbe chiedere se l'impiego di una determinata prova — ottenuta/ammissa/formata *contra legem* — abbia leso un valore che il legislatore ritiene primario.

La prova illecita verrebbe così esclusa, o conservata, quando è opportuno farlo e non sulla base del significato che l'interprete attribuisce a un qualunque termine, sulla base delle sue individuali preferenze linguistiche.

## BIBLIOGRAFIA

- Andolina, E. (2021). *La sentenza della Corte di giustizia UE nel caso H.K. c. Prokura-tuur: un punto di non ritorno nella lunga querelle in materia di data retention?*. In *Proc. pen. giust.*, 5, 1204-1217.
- Aprati, R. (2018). *Effettivo pregiudizio e nullità*. Wolters Kluwer-Cedam.
- Armenta Deu, T. (2011). *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. Marcial Pons.
- Ashworth, A. (2012). The exclusion of Evidence Obtained by Violating a Fundamental Right: Pragmatism Before Principle in The Strasbourg Jurisprudence. In Roberts, P., Hunter, J. (a cura di). *Criminal Evidence and Human Rights. Reimagining Common Law Procedural Traditions*. Hart Publishing, 145-161.
- Ataya, A. (2013). *La légalité des moyens de preuve. La légalité des moyen de preuve dans le procès pénal e droit Français et Libanais*. Presses Académiques Francophones.
- Bachmaier Winter, L. (2013). Spain. The Constitutional Court's Move from Categorical Exclusion to Limited Balancing. In Thaman, S.C. (a cura di). *Exclusionary Rules in Comparative Law*. Springer, 209-234.
- Beernaert, M.-A., Holzzapfel D., Lacombe S., Lurquin V., Monville P., Scarnà S. (2016). *L'èvolution de la jurisprudence Antigone sous le triple axe, pénal, social et fiscal*. Larcier.
- Belfiore, R. (2024). *L'ordine europeo di indagine nella sentenza “Encrochat” della Corte di Giustizia UE*. In *Riv. it. dir. proc. pen.*, 6, 1264-1271.

- Bernardini, L. (2024, 21 maggio). *On Encrypted Messages and Clear Verdicts – the EncroChat Case before the Court of Justice (Case C-670/ 22, M)*. In *EU Law Live*. <https://eulawlive.com/op-ed-on-encrypted-messages-and-clear-verdicts-the-encrochat-case-before-the-court-of-justice-case-c-670-22-mn-by-lorenzo-bernardini/>.
- Bronzo, P., Colaiacovo G. (2021). *Inutilizzabilità delle prove e delitto di tortura nel sistema processuale italiano*. In *Rev. Bras. de Dereito Processual Penal*, 1, 311-342.
- Cabiale, A. (2019). *I limiti alla prova nella procedura penale europea*. Wolters Kluwer-Cedam.
- Cammack, M.E. (2013). The United States: The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule. In Thaman, S.C. (a cura di). *Exclusionary Rules in Comparative Law*. Springer, 3-32.
- Camon, A. (2006). *Le Sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni dubbi nuovi*. In *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 1550-1569.
- Cascone, G. (2022). *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea definisce le condizioni per la legittimità delle normative nazionali in materia di acquisizione dei tabulati. Le ripercussioni sull'ordinamento italiano della sentenza del 2 marzo 2021 (c-746/18) nel caso H.K*. In *Cass. pen.*, 2, 419-440.
- Calavita, O. (2024). *L'ordine europeo di indagini penale. Presente e futuro della cooperazione probatoria nell'Unione europea*. Wolters Kluwer-Cedam.
- Casiraghi, R. (2009). *Prove vietate e processo penale*. In *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 1768-1800.
- Casiraghi, R. (2019, 18 novembre). *La Corte costituzionale non esclude l'invalidità derivata in materia probatoria*. In *Sistema penale*. <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/invalidita-derivata-materia-probatoria>.
- Casiraghi, R. (2024). *Presunzione d'innocenza, accertamento legale della colpevolezza e prova illecita*. In Cassibba, F., Della Torre, J., La Rocca E.N., Zacchè F. *Le nuove frontiere della presunzione di innocenza*. Wolters Kluwer-Cedam, 53-67.
- Cassibba, F. (2018). *Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma 2-bis c.p.p.* In *Dir. pen. cont.*, 4, 109-117.
- Chelo, A. (2022). *Tabula rasa sui tabulati? Riflessioni a margine della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*. In *Cass. pen.*, 9, 3268-3286.
- Choo, A. L-T. (2021). *Evidence*. Oxford University Press.
- Conti, C. (2006). *Le video-riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni unite elaborano la categoria dei luoghi 'riservati'*. In *Dir. pen. proc.*, 11, 1354-1363.
- Conti, C. (2007). *Accertamento del fatto e inutilizzabilità della prova nel processo penale*. Cedam.
- Conti, C. (2007). *Le intercettazioni "illegali": lapsus linguae o nuova categoria sanzionatoria?*. In *Dir. pen. proc.*, 2, 158-165.
- Cordero, F. (1963). *Prove illecite*. In Id. *Tre studi sulle prove penali*. Giuffrè, 147-171.
- Cordero, F. (2012). *Procedura penale*. Giuffrè.
- Daniele, M. (2009). *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*. Giappichelli.
- Daniele, M. (2024, 17 luglio). *Le sentenze "gemelle" delle Sezioni Unite sui criptofonini*. In *Sistema penale*. <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/daniele-le-sentenze-gemelle-delle-sezioni-unite-sui-criptofonini>.
- Dhaeyer, P. (2014). *Le régime général des nullités des preuves irrégulières en Belgique et à l'étranger*. In Bouiyoukliex, I., Dhaeyer, P. (a cura di). *La théorie des nullités en droit pénal*. Anthemis, 7-35.
- Dinacci, F.R. (2008). *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*. Giuffrè.
- Dinacci, F.R. (2022). *L'acquisizione dei tabulati telefonici tra anamnesi, diagnosi e terapia: luci europee e ombre legislative*. In *Proc. pen. giust.*, 2, 301-330.
- Ferrua, P. (2017). *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*. Giappichelli.

- Galantini, N. (1992). *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*. Cedam.
- Galantini, N. (1997). *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*. In *Enc. dir.*, Agg. I. Giuffrè, 690-709.
- Galantini, N. (2012). *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*. In *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 64-90.
- Galantini, N. (2019, 17 aprile). *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*. In *Dir. pen. cont.*, 4, 57-71. <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/d/6628-l-inutilizzabilita-effettiva-della-prova-tra-tassativita-e-proporzionalita>.
- Galantini, N. (2021, 24 marzo). *Alla ricerca della 'inutilizzabilità derivata'*. In *Sistema penale*. <https://www.sistemapenale.it/it/sentenza/galantini-inutilizzabilita-derivata-corte-constituzionale-219-2019-e-252-2020>.
- Giabardo, C.V. (2022). *Rilievi comparati sul fondamento morale della disciplina della prova illecita nel processo penale e civile*. In Roca Martinez J.S. (a cura di). *Procesos Y Prueba Prohibida*. Dykinson, 57-71.
- Goss, R. (2014). *Criminal Fair Trial Rights. Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Hart Publishing.
- Grifantini, F.M. (1993). *Inutilizzabilità*. In *Dig disc. pen.*, VII. Utet, 242-258.
- Harris, D.J., O'Boyle M., Bates, E.P., Buckley M. (2023). *Harris, O'Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press.
- Hsieh, K.-H. (2014). *The exclusionary Rule of Evidence. Comparative Analysis and Proposals for Reform*. Ashgate.
- Hur-Vario, N.M. (2012). *L'administration de la preuve pénale: de l'irrecevabilité à la valeur probatoire*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 543-556.
- Jackson J.D., Summers S.J. (2012). *The internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*. Cambridge University Press.
- Landolfi, M. (2024, 11 novembre). *Data retention tra continui sviluppi e nodi irrisolti*. In *Leg. pen.* <https://www.laegislazionepenale.eu/data-retention-tra-continui-sviluppi-e-nodi-irrisolti-mariagisa-landolfi/>.
- La Rocca, N. (2013). *Le regole di esclusione della prova nel processo penale*. Aracne.
- Lavarini, B. (2004). *Segreto d'ufficio e inutilizzabilità della prova*. In *Dir. proc. pen.*, 7, 900-902.
- Lorenzetto, *Il caso Encrochat e l'ordine europeo di indagine penale nella staffetta fra Corte di Giustizia e diritto dello stato di emissione*. In *Cass. pen.*, 9, 2887-2897.
- Lugentz, F. (2017). *La preuve en matière pénale. Sanction des irrégularités*. Anthemis.
- Malacarne, A., Tessitore, G. (2022). *La ricostruzione della normativa in tema di data retention e l'ennesima scossa della Corte di giustizia: ancora inadeguata la disciplina interna?*. In *Arch. pen. web.*, 3, 1-45.
- Nuvolone, P. (1966). *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, in *Riv. dir. proc.*, 442-475.
- Nieva-Fenoll, J. (2018). *La regola di esclusione delle prove illecite e l'effetto deterrente: un errore di fondo nella giurisprudenza statunitense*. In *Cass. pen.*, 5, 1794-1814.
- Nobili, M. (1990). *Art. 191*. In Chiavario, M. (coord. da). *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II. Giappichelli, 408-414.
- Panzavolta, M. (2005). *Nullità degli atti processuali. Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, XXI. Treccani, 1-19.
- Passanante, L. (2017). *La prova illecita nel processo civile*. Giappichelli.
- Peroni, F. (2005). *Prova illegittima e prova illecita: una singolare nozione di inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p.* In *Cass. pen.*, 3, 922-925.
- Potetti, D. (2005). *Questioni sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria*. In *Cass. pen.*, 6, 1996-2008.
- Pradel, J. (2013). *Procedural Nullities and Exclusion*. In Thaman, S.C. (a cura di). *Exclusionary Rules in Comparative Law*. Springer, 145-160.

- Ryan, A. (2014), *Towards a System of European Criminal Justice. The problem of admissibility of evidence*. Routledge.
- Santoriello, C. (2024, 27 settembre). *L'inutilizzabilità presa sul serio*. In *Arch. pen. web*, 1-22. <https://archiviopenale.it/inutilizzabilita-presa-sul-serio/articoli/46784>.
- Scella, A. (2001). *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*. Giappichelli.
- Scella, A. (2008). *Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*. In *Enc. dir., Annali*, I. Giuffrè, 479-496.
- Spagnolo, P. (2015). Il modello europeo delle garanzie minime e il regime delle invalidità: un binomio conciliabile?. In Marandola, A. (a cura di). *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*. Giappichelli, 17-68.
- Tomkovicza, J.J. (2011). *Constitutional Exclusion. The Rules, and Remedies that Strike the Balance Between Freedom and Order*. Oxford University Press.
- Trappella, F. (2020, 21 dicembre). *Equo processo e inutilizzabilità tra Codice e C.E.D.U.* In *Arch. pen. web.*, 2, 1-29. <https://archiviopenale.it/equo-processo-e-inutilizzabilita-tra-codice-e-cedu/articoli/27005>.
- Tripiccione, D. (2024). *Il regime di utilizzabilità della prova digitale formata all'estero ed acquisita tramite ordine europeo di indagine*. In *Cass. pen.*, 2, 692-699.
- Troisi, P. (2024). *I canali di ingresso delle intercettazioni assunte e decrittate all'estero*. In *Proc. pen. giust.*, 4, 1590-1605.
- Turner, J.I., Weigend, T. (2019). The Purposes and Functions of Exclusionary Rules: A Comparative Overview. In Gless, S., Richter, T. *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules*. Springer, 255-282.
- Verbruggen, F., Conings, C. (2021). *After zigzagging between extremes, finally common sense? Will Belgium return to reasonable rules on illegally obtained evidence?*. In *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 1, 273-310.
- Viebig, P. (2016). *Illicitly Obtained Evidence at the International Criminal Court*. Springer.

# LITIGIOS COMPLEJOS Y PROBLEMAS JUDICIALES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA RELACIÓN ABOGADO-CLIENTE

COMPLEX LITIGATION AND JUDICIAL PROBLEMS  
FROM THE PERSPECTIVE OF THE LAWYER-CLIENT RELATIONSHIP

Angelo Dondi\*

Profesor emérito de Universidad de Génova

Vincenzo Ansanelli\*\*

Profesor titular de la Universidad de Génova

**RESUMEN:** El ensayo es un intento de abordar un tema tan amplio como el de los litigios complejos desde un punto de vista funcional. Más concretamente, se refiere a la especial interrelación entre abogados y clientes en este contexto. El objetivo es, sobre todo, poner de relieve las particularidades de los tipos de clientela y, en consecuencia, del asesoramiento indispensable en este ámbito.

**PALABRAS CLAVE:** litigios complejos; relación cliente-abogado; judicialización del conflicto; cliente-empresa y abogado; conflicto de intereses; secreto profesional.

**ABSTRACT:** This essay is an attempt to approach a subject as broad as that complex litigation from a functional point of view. More specifically, it concerns the special interrelationship between lawyers and clients in this context. This is mainly to highlight the particularities

---

\* ORCID: 0000-0002-2192-3651 Angelo Dondi Profesor emérito en Derecho Procesal Civil en la Universidad de Génova. [angelo.dondi@unige.it](mailto:angelo.dondi@unige.it)

\*\* ORCID: 0000-0003-2188-3765 Vincenzo Ansanelli, Profesor titular en Derecho Procesal Civil en la Universidad de Génova. [vincenzo.ansanelli@unige.it](mailto:vincenzo.ansanelli@unige.it)

of the different types of clienteles and, consequently, the specific advice that is essential in these cases.

**KEYWORDS:** complex litigation; consulting; client-lawyer relationship; client as an organization and law firm; attorney-client privilege.

**SUMARIO:** 1. PERSPECTIVA DEL ABOGADO, COMPLEJIDAD PROCESAL Y “LAW OF LAWYERING”.— 2. CENTRALIDAD DEL PAPEL DEL ABOGADO Y SU MODALIZACIÓN COMO “LAWYERING”.— 3. RELACIONES CON CLIENTES COMPLEJOS EN LITIGIOS COMPLEJOS.— 4. IMPLICACIONES ÉTICO-PROFESIONALES Y REFORMAS PROCESALES.

## 1. PERSPECTIVA DEL ABOGADO, COMPLEJIDAD PROCESAL Y LAW OF LAWYERING

Quien esto escribe es consciente de estar proponiendo aquí a la atención y al debate de los procesalistas un tema que, si anómalo hace años, hoy inevitablemente ha de ser abordado en la perspectiva de una transformación de nuestro enfoque respecto de las cuestiones del buen funcionamiento de la justicia civil. En efecto, la importancia, las implicaciones, las reflexiones y, en definitiva, el impacto preponderante de la estructura de las diversas disciplinas deontológicas en el funcionamiento concreto y eficaz de la justicia civil puede decirse que se ha adquirido incluso en nuestra cultura jurídica. Y ello, esencialmente —pero resulta casi superfluo señalarlo a estas alturas de la evolución del debate—, gracias a los estudios comparados realizados desde hace unos treinta años por una parte de nuestra doctrina, que han tenido al menos el mérito de poner de relieve las diferencias de enfoque existentes bajo este perfil en los distintos ordenamientos jurídicos<sup>1</sup>. En cualquier caso, para ajustar esta referencia a la realidad, hay que añadir que estos estudios han tenido un éxito y una difusión más bien limitados, hasta el punto de ser marginales, cuando no sustancialmente ajenos, al debate en el que participan nuestra academia y nuestra abogacía<sup>2</sup>.

Parece, sin embargo, que son precisamente los estudios realizados en relación con este ámbito de problemas desde una perspectiva comparada los que permiten considerar ciertas circunstancias comúnmente aceptadas en la actualidad. Nos referimos en particular al hecho de que:

(a) las disciplinas deontológicas o de ética jurídica de los distintos sistemas jurídicos no son todas iguales, sino que difieren en varios aspectos,

<sup>1</sup> Para una referencia básica a estas cuestiones, todavía hoy indispensable, aunque anticuada, véase Hazard and Dondi (2004).

<sup>2</sup> Enmendando esta autocita (aunque, por desgracia, más adelante se repetirán otras y también pedimos disculpas por ellas) quizá sea útil referirse a algunos estudios con los que se introdujo sustancialmente el tema del abuso del proceso en Italia. Sobre este tema véase Dondi (1985); Dondi (1991). En una perspectiva parcialmente diferente, más recientemente sobre el tema de la elaboración de estrategias procesales, véanse los escritos en Donadio and Maniaci (2019); en una perspectiva eminentemente histórico-reconstructiva, véase Bianchi Riva (2015), p. 1 ss. Más en general sobre cuestiones éticas relativas al ejercicio de la abogacía, en la doctrina italiana véase, recientemente, Bina (2024).

algunos de ellos muy profundos. Además, esta diversidad ya viene indicada por las diferentes denominaciones utilizadas en ocasiones (de deontología forense, ética jurídica o *law of lawyering*, a las que volveremos en breve);

(b) estas disciplinas no solo afectan a la relación entre el abogado y su cliente, el abogado de la parte contraria o el juez del caso concreto, sino que también repercuten en la eficacia general del modelo pertinente de justicia civil;

(c) el impacto de estas distintas disciplinas en la eficacia de la justicia civil está, a su vez, profundamente diversificado;

(d) estas diferencias se perciben con especial inmediatez en lo que se refiere a la configuración del espectro de la responsabilidad del abogado por su conducta antes y durante el proceso; y, más aún, en referencia a la identificación de las personas a las que se atribuyen las correlativas facultades sancionadoras y el lugar en que tales sanciones pueden imponerse.

Se trata de una diversidad de enfoques que resulta particularmente perceptible cuando se comparan los sistemas tradicionalmente categorizados como *civil* o *common law*; tanto es así que puede afirmarse sin demasiada incertidumbre que, a diferencia de lo que ocurre en muchos otros ámbitos del proceso, la yuxtaposición de los dos macrosistemas tradicionales o familias procesales parece conservar aún una importante razón de ser en este contexto<sup>3</sup>.

En este contexto de no homologación sustancial tanto entre las disciplinas deontológicas presentes en los distintos países como entre la atención que las distintas culturas jurídicas prestan a estas cuestiones, esta consideración renovada de los problemas del proceso civil, por así decirlo, desde la “perspectiva del jurista”, puede resultar un tanto sorprendente. Uno lo observa sobre todo con cierta satisfacción por las múltiples implicaciones que ello tiene tanto del lado del debate en nuestro ámbito del Derecho como de la adquisición de esta perspectiva por parte de estudiosos más jóvenes. Lo que parece poder caracterizar este nuevo interés como indicio de un trasvase quizás fructífero entre generaciones, así como de una vitalidad bastante sorprendente en cuanto a la curiosidad cultural actual de nuestra academia<sup>4</sup>.

En cualquier caso, e incluso dejando a un lado los sentimientos inmediatos de quien escribe, el tema de la relación abogado-cliente parece revestir una importancia absoluta. Sobre todo por sus implicaciones del lado de una conducta éticamente cualificada del abogado en el ejercicio de las actividades de defensa y, hoy quizás sobre todo, por la explicitación de tales actividades sobre todo en un contexto de litigios hoy ampliamente complejo. Así como,

---

<sup>3</sup> También es recurrente en la doctrina italiana la constatación de la obsolescencia de la yuxtaposición tajante entre los sistemas de *common law* y de *civil law*. Para algunas referencias en este sentido, véase Taruffo (2001); más recientemente Dondi *et al.* (2018, Chapter 1, p. 5); consideraciones similares en Trocker (2012).

<sup>4</sup> Entre los estudios más recientes en esta perspectiva véase de nuevo Bina (2024), p. 3 y ss.

en consecuencia, por la absoluta centralidad de esta perspectiva respecto a la asunción de un enfoque funcional en la consideración de las deficiencias del proceso civil. Enfoque que se ha revelado particularmente adecuado para denunciar los aspectos de ineficacia presentes en los diversos sistemas procesales civiles, tanto en términos de mal funcionamiento como de incapacidad para emprender cursos efectivos de reforma<sup>5</sup>.

Que quede claro, ello no implica en modo alguno la idea de que en sí misma la mera asunción de lo que se ha denominado “perspectiva del abogado” pueda ser decisiva para resolver tales discrepancias. Ello es así en la medida en que, en primer lugar, parece establecerse en qué consiste tal perspectiva, asumiendo también, eventualmente, las problemáticas relativas tanto a su configuración intrínseca como a las implicaciones y consecuencias derivadas de tal asunción.

Simplificando hasta el extremo, se trata ciertamente de abordar la problemática del proceso civil de forma que, dada la naturaleza intrínsecamente problemática de este contexto, se sitúe el comportamiento de los abogados como elemento estructural. Esto no implica, como es bastante obvio y en el límite trivial, la atribución a las actividades del abogado de una función a todos los efectos insustituible en el funcionamiento de la dinámica del juicio, sino más bien el encuadramiento y la vinculación de estas actividades a las principales cuestiones que comprometen su funcionamiento. La perspectiva que se sugiere, por tanto, parece caracterizarse por la intención de implicar a los diversos aspectos de la cultura del juicio, teniéndolos en cuenta en cierta medida precisamente para encontrar soluciones adecuadas a los problemas que surgen de vez en cuando con respecto a la realización de la justicia civil.

Se trata de una toma en consideración que parece bastante alejada de la idea de que el funcionamiento del proceso responde esencialmente a principios y, en consecuencia, su análisis requiere precisamente la consideración y, en su caso, la actualización conceptual de tales principios. Por eso hablábamos más arriba de un enfoque funcional, con la intención de indicar la atención que debe prestarse a los acontecimientos que caracterizan la realidad del proceso civil como emanación de las evoluciones en curso en la sociedad.

Se puede suponer con cierta certeza que un acontecimiento en particular ha marcado y sigue marcando la realidad actual de las relaciones interpersonales y de los intercambios económicos, y que se encuentra en la extrema complicación de estas relaciones. Una circunstancia, esta, de tan gran impacto que ha dado lugar a una profusión de definiciones, entre las que parece especialmente apropiada la descripción de nuestro tiempo como un “momento de complejidad”<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Sobre las relaciones e inferencias entre la adecuación de las normas deontológicas o de ética jurídica y las reformas del proceso civil, remitimos a Ansanelli (2021).

<sup>6</sup> Para algunas referencias básicas ajenas a la cultura puramente jurídica, véase Waldrop (1992) and Taylor (2001).

Frente a este estado de cosas, uno se ve inducido a creer que, a menos que se distorsione la realidad, tal caracterización inmanente de la complejidad no puede sino referirse también al proceso civil. Y que, en efecto, esto se aplica en particular al juicio civil como contexto en el que convergen inevitablemente la mayor parte de las exigencias de afirmación de derechos y, en consecuencia, los conflictos presentes en la sociedad<sup>7</sup>.

Hay que decir, además, que también en nuestra cultura jurídica existe actualmente cierta literatura al respecto, sobre todo en lo que se refiere a la denuncia de la escasa percepción de la importancia de la cuestión de la complejidad en relación con el proceso civil. De hecho, puede decirse que es precisamente la denuncia de esta circunstancia lo que ha representado el *modus operandi* italiano para abordar la serie de problemas que en otros lugares se ha definido como *procedural complexity*. Y aquí el uso de dos expresiones en lengua inglesa no es en absoluto casual. Es indicativo de una circunstancia que, sin duda, debe tenerse presente si se quiere instar a prestar seria atención al presente. Nos referimos a la necesidad, manifestada en otras culturas jurídicas y abordada en particular en algunos ordenamientos jurídicos de lo que sigue llamándose el mundo del *common law*, de hacer frente a la complejidad de la realidad posmoderna. Es en este ámbito cultural, y en particular en la cultura jurídica norteamericana (pero podría decirse que en la cultura de ese país), donde la asignatura se ha convertido a todos los efectos en el tema principal, además con plena conciencia de la extrema articulación de los problemas propios de esa materia<sup>8</sup>.

Se dice esto para señalar cómo la referencia a la cultura jurídica estadounidense a este respecto es indudablemente necesaria. Parece particularmente ineludible en relación con los dos aspectos intrínsecamente conectados que serán objeto de estas pocas consideraciones.

En efecto, es un hecho que en la cultura norteamericana, desde hace unos cincuenta años, se ha instalado la idea de que, por diversas razones que pueden resumirse en la afirmación de la llamada economía del conocimiento, el litigio civil se ha convertido en un contexto de extrema complejidad y, en consecuencia, también de atrevidas complicaciones en cuanto a la gestión procesal de tales complejidades<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Sobre la noción de complejidad procesal véanse, en particular, los escritos recogidos en la antología de Dondi (2011). Con referencia más específica al tema de la relación entre complejidad procesal y ética jurídica véase Dondi (2018). Con referencia a la transición de una época moderna en sentido histórico a la complejidad propia de la época posmoderna véase Dondi (2019) and Dondi (2019); con referencia específica a la llamada “complejidad subjetiva” de los litigios véase Monateri and Somma (2009, p. 649).

<sup>8</sup> En relación con la referencia estadounidense véase Everdell (1998), Dondi (2011, Chapter 1, p. 21); más recientemente Lande (2005); ineludible es entonces la referencia a la obra de Marcus *et al.* (2021).

<sup>9</sup> La transformación de la sociedad estadounidense en una “sociedad próspera y litigiosa” subyace notoriamente a estos hechos. De hecho, es en el ámbito de los procesos civiles donde estructuralmente el sistema jurídico estadounidense tiende a trasladar, de forma prácticamente omnimoda, los conflictos

Se trata de una enfiádis que expresa ciertos aspectos que son precisamente típicos de la complejidad *lato sensu* procesal. Estos aspectos —como se recuerda en el título de esta obra— pueden hacerse corresponder tanto a su existencia podríamos decir de derecho sustantivo (en razón de la naturaleza implícitamente compleja de los derechos implicados en el caso) como en su creación y posterior gestión en juicio (obviamente y en primer lugar por los abogados), y finalmente en la combinación de estas características<sup>10</sup>.

A pesar del carácter de premisa de estas conclusiones, no se puede evitar añadir aquí una observación adicional. Tal traslado al juicio de los múltiples problemas de la complejidad ha tenido un impacto tan fuerte en la cultura jurídica estadounidense que ha llevado a una modificación radical de la visión del juicio, transformando tanto su percepción global como el núcleo de las nociones a él referidas.

Partiendo de la base de una aptitud para examinar las cuestiones procesales desde una perspectiva funcional, esta transformación se ha caracterizado por una especial atención a las posibles formas de gestionar las actividades de defensa en el contexto de *big case* o de *complex litigation*. Ello ha coincidido esencialmente con el análisis de las opciones de estrategia procesal que incumben al abogado en tal contexto, obviamente en el ejercicio de su propia actividad de defensa (entendiendo por tal tanto la interacción con el cliente, la organización de una estrategia de defensa, como la gestión práctica de la defensa técnica adecuada dentro del juicio)<sup>11</sup>.

Se considera que la progresiva caracterización del juicio civil como, según una definición ya bastante recurrente también en nuestra literatura, *law of lawyering* referida al ejercicio de la actividad de defensa técnica tanto en el juicio como, como dijimos, en previsión del mismo<sup>12</sup>. Y hay que añadir que con el tiempo esta expresión se ha ido caracterizando aún más, tanto en el sentido de indicar el claro desplazamiento del foco de la cultura jurídica y del juicio hacia las actividades desarrolladas por el abogado, como en el de señalar que el núcleo esencial de la actividad del abogado como defensor técnico consiste en su correcta conducta o, mejor dicho, en su conducta ética durante el juicio<sup>13</sup>. Son estas cuestiones las que pretendemos tratar aquí, aunque muy brevemente.

---

económico-sociales. Para algunas consideraciones sobre estos fenómenos, véase Putnam (2000) and Farhang (2010).

<sup>10</sup> Para algunas consideraciones al respecto, así como otras referencias jurisprudenciales, véase Dondi *et al.* (2018).

<sup>11</sup> Para una única referencia, en el contexto de una amplísima producción en EE.UU. sobre este tema, véase Flood (1996).

<sup>12</sup> También está relacionado con esta circunstancia otro dato característico del sistema jurídico estadounidense, en sí mismo indicativo de la importancia bastante central que se atribuye al colegio de abogados en este modelo procesal, a saber, la configuración tradicional del juez como *antiguo* abogado. Para una elaboración temprana y original, véase Hazard and Hodes (2001).

<sup>13</sup> A este respecto obra de Hazard (1978); véase también Hazard *et al.* (1999).

## 2. CENTRALIDAD DEL PAPEL DEL ABOGADO Y SU DECLINACIÓN COMO *LAWYERING*

Obviamente, lo dicho hasta aquí no implica que la focalización en el rol del abogado y su caracterización como central en el despliegue de la dinámica del litigio constituya un paradigma enteramente nuevo o, en todo caso, solo referible a las transformaciones culturales coincidentes con el surgimiento del tema de la complejidad. Antes y más allá de la emergencia de una cultura de la complejidad, así como de su conexión con la problemática del proceso civil desde aproximadamente los últimos cincuenta años, debe quedar claro que el protagonismo del papel del abogado constituye un *proprium* permanente y estructural del sistema jurídico norteamericano. Y que, en definitiva, también puede decirse que es una de las especialidades básicas de ese sistema y cultura jurídicos. Lo que, en otras palabras, puede resumirse afirmando que antes y después de la entrada en vigor de una legislación tan trascendental como las *Federal Rules of Civil Procedure*, la absoluta crucialidad para el desarrollo del proceso civil de las opciones táctico-estratégicas de los abogados de las partes (así como de su interacción con el juez) constituye un hecho totalmente indiscutible, así como de reconocimiento general<sup>14</sup>.

Por otra parte, no puede sostenerse que la mirada sobre el juicio civil en esa cultura se haya desprendido de la atención específica a la gestión concreta del juicio, a su realidad, más que a la evocación de principios generales *bons à tout faire*. Al menos desde la gran transformación correspondiente al Código de David Dudley Field —estamos en 1848—, la cuestión de “cómo se actúa en juicio haciendo qué” aparece inequívocamente planteada, hasta el punto de constituir también un objeto de debate, cuando no a veces de conflicto. Se trata, sin embargo, de un conflicto sobre valores más que sobre *modus procedendi*; en el sentido de que, hasta la introducción de la legislación federal de 1938, la determinación exacta del perímetro o área de las libertades del abogado constituye un verdadero *casus belli* en el debate doctrinal.

También es bien sabido que, en el curso de los acontecimientos relativos al proceso civil estadounidense, el siglo xx se caracterizó por una difícil pero ya bastante clara afirmación de una idea de libertad no absoluta del abogado en el ejercicio de su actividad en defensa de los intereses del cliente; y ello en el sentido de una progresiva atribución a este de deberes adicionales a un “partidismo” que parecía interpretar el *adversary system* como una lucha sin cuartel, precisamente entre abogados<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Para amplias consideraciones a este respecto, véase de nuevo Dondi (1991).

<sup>15</sup> Se trata de un cambio cuyo telón de fondo es el progresivo abandono de una función exclusivamente *partisan* del abogado (de *hired gun* en manos del cliente) en favor de una visión más bien *ethical*, de entender al abogado como un colaborador necesario del juez en la gestión eficiente de las actividades del juicio (ye la fase de *pretrial*, en particular). En relación específicamente con el vivo debate en la cultura jurídica estadounidense sobre estos aspectos, especialmente desde los años ochenta, véase Frankel (1981), Miller (1984) and Sward (1989).

De hecho, como también ya se ha mencionado, es a partir de la segunda mitad del siglo XX cuando una atenta relectura precisamente de las disposiciones de las *Federal Rules of Civil Procedure* condujo a una reconfiguración de los papeles respectivos de abogados y jueces en el proceso civil estadounidense<sup>16</sup>. Y si, por un lado, esto ha llevado a la elaboración de una noción anómala del juez como *manager*, por otro, y como se discutirá más específicamente dentro de un momento, ha iniciado una conciencia diferente de la necesidad de atribuir al abogado funciones adicionales más allá de la de la mera protección de su cliente<sup>17</sup>.

Es bien sabido cómo este reajuste o reconfiguración de los dos papeles de jueces y abogados ha sido provocado por la difusión de prácticas de defensa muy agresivas y para configurar formas articuladas de abuso procesal. Y también es bien sabido que, en el plano de la reforma del proceso civil estadounidense, la reacción frente al abuso procesal ha conducido a una reorganización, ya estable, de los papeles mencionados mediante la atribución al juez de poderes considerables de gestión del *discovery*, es decir, de la fase que definiríamos como de tratamiento o preparación del litigio con vistas a una transacción, en su mayor parte, previa a la fase de *trial*<sup>18</sup>.

Sin embargo, es necesario añadir un dato que otorgue una particular concreción y sustancia a tan significativo desarrollo. Un dato que puede consistir en la constatación de que tanto el abuso como la reacción al abuso de proceso se situaron dentro de una mutación igualmente, si no más notable, del contexto configurador del proceso civil en la experiencia judicial estadounidense de los últimos treinta años del siglo pasado. En esencia, se asiste en este período a un cambio crucial desde un predominio de litigios de magnitud económica media y configuración procesal igualmente relativamente sencilla (desde un punto de vista probatorio y fáctico) a una marcada difusión de litigios que a todos los efectos son definibles como complicados precisamente en estos aspectos. Puede decirse que, *in nuce*, se trata del fenómeno de la complejidad procesal, es decir, de la complejidad que, por así decirlo, adquiere características específicas en el plano procesal, por razones muy diversas, pero todas ellas implicando el papel y la figura del abogado y, en una perspectiva más amplia, también del juez. La sociedad de consumo, masificada más allá de la noción de “sociedad opulenta y litigiosa” planteada por los sociólogos en los años cincuenta y sesenta, y la innovación tecnológica constituyen la base de este fenómeno. Pero lo que le da sustancia efectiva es, quizás sobre todo, la estructuración interna de la profesión jurídica estadounidense, así como, en cierta medida, sus particulares habilidades<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Hazard and Dondi (2006).

<sup>17</sup> Como es bien sabido, la noción de *managerial judge* fue elaborada a principios de los años ochenta por Resnik (1982).

<sup>18</sup> En la literatura italiana sobre el tema, véase Dondi (1995), Comoglio (2008), Dondi (2009) and Dondi (2021). Para más referencias a una producción realmente extensa en los EE.UU., remitimos a Dondi *et al.* (2018).

<sup>19</sup> Como ya se ha mencionado, es de hecho en el ámbito de los procedimientos civiles donde sistema jurídico estadounidense tiende estructuralmente a transferir los conflictos económico-sociales. Y

Se puede describir este fenómeno argumentando, en otras palabras, que cada vez más litigios civiles se convierten en *mass tort litigation* o en conflictos judiciales que implican la resolución de cuestiones de hecho particularmente difíciles desde un punto de vista cognitivo, científico o especializado, que solo los grandes *law firm* pueden gestionar en la práctica. En efecto, es en la forma de gestionar este tipo de *complex litigation* donde la manera de estar del abogado en el litigio se convierte en central; esto implica también que se perciba como necesariamente regulada, limitada e inspirada por cánones de cooperación tanto con la parte contraria como con el juez. Y es en esto que pasan a primer plano dos elementos que hoy se consideran inevitablemente conectados a la idea del juicio; nos referimos tanto a la idea de que el modo de defensa (propriadamente *law of lawyering*) constituye una perspectiva ineliminable en la consideración de los problemas del juicio, como a que esta perspectiva no puede ser asumida sin una amplia reconfiguración de los parámetros ético-profesionales que conciernen conjuntamente a la actividad defensiva del abogado y al papel del juez<sup>20</sup>.

De hecho, no parece casual la sustancial contemporaneidad entre las grandes reformas que llevan a cabo una transformación efectiva de las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 y la introducción de la reforma normativa más significativa en el ámbito de la *legal ethics* (es decir, de la ética concretamente aplicable con respecto a la actividad de la abogacía). En 1983 asistimos, en efecto, tanto a la emisión de las reformas de las *FRCP* que transforman radicalmente el papel del juez en la gestión de la fase de *discovery*, como a la adopción por la *American Bar Association* de la disciplina denominada *Model Rules of Professional Conduct*; ambas regulaciones marcadas por una clara instancia de transformación de la concepción tradicional del *adversary system* en la perspectiva de una gestión más eficiente de los aspectos técnicos del proceso en orden a la consecución de un objetivo de justicia sustancial efectiva<sup>21</sup>.

---

ello a través de una reserva explícita de *private enforcement* que solo puede realizarse en forma de tutela judicial. Para algunos estudios sobre este fenómeno, véase Schultz (1998), Putnam (2000), Sarat and Kagan (2001), Burke (2002), Friedman (2002) and Farhang (2010). Sobre el impacto de la articulación específica de la profesión jurídica estadounidense en este fenómeno, véase Dondi (2008).

<sup>20</sup> Como referencias básicas véase Frankel (1975), Fried (1976), Frankel (1981), Resnik (1982) and Marcus (2014); en la literatura italiana véase Dondi (1991) and Dondi (1995). Por último, remitimos de nuevo a Ansanelli (2021).

<sup>21</sup> Para algunas referencias tradicionales véase de nuevo Miller (1984), Swars (1989); en la literatura italiana véase Dondi (1991); el autor elabora y analiza parámetros definitorios de la relación abogado-cliente tipificados, como él mismo señala, en las *Model Rules of Professional Conduct* de 1983. Para algunas referencias sobre la génesis de estas reglas, véase Hazard and Hodes (2001); como es sabido, este texto fundamental es el resultado de los trabajos de la comisión presidida por Robert Kutak. La referencia a Kutak (1980) and Wolfram (1980). Sobre el trabajo de Robert Kutak véase Hazard (1983). Para limitarnos a trabajos contemporáneos o poco posteriores a la adopción de las *Reglas Modelo*, remitimos a Maute (1987) and Gaetke (1989).

### 3. RELACIONES CON CLIENTES COMPLEJOS EN LITIGIOS COMPLEJOS

Ha llegado el momento de prestar una atención específica a la figura del abogado y a su relación con la complejidad procesal. En efecto, si el contexto de referencia, especialmente tal como se configura en la cultura de referencia, es decir, la de los Estados Unidos, aparece marcado por una fuerte conciencia de la articulación imperante del contencioso civil en el signo de la complejidad, el papel desempeñado en este marco por el modo de ser de la abogacía resulta, sin embargo, esencial. Esto se dice con referencia a la circunstancia de que, también sobre la base de lo que se ha señalado anteriormente, tal papel es en esa cultura absolutamente central; una centralidad que parece explicarse sobre todo por la organización tan articulada como compleja de la abogacía.

La referencia es, por supuesto, a la conocida configuración de la abogacía estadounidense como una profesión jurídica que opera a través de estructuras multicomponentes (es decir, que en su mayoría cuenta con un gran número de abogados, además con diferentes cargos y que desempeñan diferentes tareas), emblematizadas por el *law firm*. Pero también se debe al hecho de que —en el contexto de tal estructura y organización— hace tiempo que se ha puesto de manifiesto una predisposición particular de la abogacía estadounidense a tratar con clientes complejos<sup>22</sup>.

Esto significa que, muy probablemente también debido a su capacidad estructural de acomodación, el *law firm* como empresa articulada de la abogacía era especialmente adecuado para gestionar las relaciones con grandes corporaciones o, en cualquier caso, grandes empresas que casi inevitablemente tienen conflictos de gran alcance y, por lo tanto, en gran medida complejos. Esto corresponde a la denominada categoría del *client as an organisation* (“cliente -gran empresa”) con todas sus implicaciones operativas y ético-profesionales<sup>23</sup>.

Esta circunstancia, que se ha descrito como peculiarmente típica de la experiencia estadounidense, parece encontrarse hoy también en otras culturas jurídicas y, en cualquier caso, en muchas otras realidades de la práctica litigiosa en el mundo. Casi en todas partes, en efecto, esta realidad está marcada por una difusión de los litigios complejos; todo lo cual se refleja también en el plano de las relaciones con determinados tipos de clientes y con la aparición de determinados tipos de problemas relativos al ejercicio de la actividad de defensa en juicio (pero también antes del juicio). En efecto, la gestión de clientes complejos conlleva relaciones igualmente complejas al menos por

---

<sup>22</sup> Para algunos análisis de la reestructuración de *law firm* para satisfacer las necesidades de clientes más grandes, véase Flood (1996), Wald (2012), Loughrey (2011) and Dezalay and Garth (2012).

<sup>23</sup> Véase Dondi (2008), Hazard (2004), Dondi (1993), Patterson (1981), and Alpa (2005). Véase también Bina (2024).

la necesaria comunicación con diversos interlocutores o, en todo caso, con diversos centros de poder dentro de la figura del. De ahí un problema básico de asignación del poder de interlocución dentro del bufete, con los perfiles relativos de atribución de responsabilidad por el ejercicio de dicha interlocución. Pero, además, se plantea el problema de la identificación, en el seno del bufete, de los sujetos realmente llamados a asumir el poder de elección en materia de estrategias defensivas y, más en general, de gestión de conflictos. Un problema, o una serie de problemas, relacionados a su vez con el de la extensión de las responsabilidades o, más bien, con el de la exclusividad de la atribución de tales responsabilidades (si solo al miembro de la empresa o también a la empresa en su conjunto)<sup>24</sup>.

También hay que añadir que este panorama parece complicarse o complicarse aún más. Por ejemplo, si se tiene en cuenta que el ejercicio de la abogacía a través del instrumento del *law firm*, en una economía globalizada como la actual, se configura a menudo de forma diversamente localizada. Y esto, por tanto, conlleva también la relación del bufete (o mejor de las filiales extranjeras individuales) con clientes fuertemente estructurados en términos organizativos. Clientes a su vez situados en zonas geográficas diferentes y que, también por ello, pueden encontrarse virtualmente en situaciones de conflicto mutuo. Situaciones de las que también pueden surgir importantes problemas de conflicto de intereses para el *law firm*.

Lo que hay que destacar aquí no es, intuitivamente, la posible existencia de un conflicto de intereses *tout court* entre el bufete de abogados, aunque muy organizado, y su clientela, sino un problema latente y generalizado de conflicto de intereses entre los abogados que ejercen este tipo de actividad con una clientela tan articulada, en caso de que se produzcan incidentes de comunicación entre los distintos despachos locales del *law firm*<sup>25</sup>.

Algunas consideraciones parecen esenciales en relación con lo que constituye, por así decirlo, el verdadero núcleo de nuestro tema, a saber, el de la configuración de la relación abogado-cliente en la perspectiva de la gestión de litigios complejos. En efecto, dada la peculiaridad básica de la relación abogado-cliente cuando la perspectiva es judicial, tal peculiaridad (caracterizada por múltiples responsabilidades y actividades debidas y a menudo tipificadas debidas al defensor) se carga de perfiles ulteriores cuando el contexto de referencia es el de los conflictos que, por ser complejos, conllevan una particular cautela en cuanto a las opciones estratégicas y, en todo caso, de lo que hemos denominado *law of lawyering*<sup>26</sup>.

Recurriendo a burdas simplificaciones, pero tratando de ofrecer un marco, por así decirlo, operativo de las cuestiones que pueden o deben ser consideradas, se considera fundamental, en primer lugar, una exploración que reconozca los momentos en los que la relación abogado-cliente se desarrolla

---

<sup>24</sup> Dondi (1994), Dondi (2009); Dondi (2012) and Dondi (2018).

<sup>25</sup> Dondi (2009) and Dondi (2009).

<sup>26</sup> Dondi (2009) and Hazard (1998).

en la complejidad. La primera de estas cuestiones o momentos es, más bien previsiblemente, la de la identificación de los sujetos que actúan en este contexto procesal; es decir, quiénes son los actores en los litigios complejos. A este respecto, se admite que parece muy previsible identificar a los actores en tales circunstancias procesales en los llamados grandes actores y, por tanto, precisamente, en aquellos que la investigación ya bastante antigua ha catalogado como *client as an organization* (cliente-gran empresa). En otras palabras, incluso el demandado en este tipo de litigios es en cierto sentido complejo, en la medida en que muy frecuentemente corresponde a su vez a una organización, mayoritariamente una empresa, pero en todo caso fuertemente articulada en cuanto a su estructura operativa, tendiendo a formar parte de un vasto mercado de productos con distribución al menos nacional<sup>27</sup>.

Siguiendo con un guion virtual de cómo se desarrollan los procesos de formación de conflictos (aún no judiciales, pero en perspectiva o en riesgo de serlo), es obvio que el segundo paso inevitable es el de la elección del abogado. Se ha dicho a este respecto que la organización-cliente se encuentra muy a menudo en la situación de evaluar —principalmente a través de sus propios departamentos jurídicos internos— un dato prospectivo esencial, como es el de la eventual, futura (y de hecho probable) jurisdiccionalización del conflicto. Ante tal perspectiva —uno se da cuenta de que conoce circunstancias muy familiares— se da casi por sentado que la dirección a elegir debe referirse a despachos “capaces”, es decir, aquellos que están organizados de tal manera que puedan soportar el impacto de las numerosas actividades que necesariamente conlleva un litigio complejo.

Así, la noción de *complex litigation* encuentra su contraparte natural en la de *law firm* de gran entidad; tal al menos porque es capaz de operar a escala nacional o internacional. Una dimensión a la que también corresponden, al menos por razones operativas, equipos muy numerosos de abogados, a menudo con cualificaciones curriculares si no académicas particulares.

A ello hay que añadir que la identificación de un abogado adecuado suele estar vinculada a la circunstancia de que el *client as an organization* (“cliente-gran empresa”) sea un cliente habitual importante del tipo de despacho que reúne las características antes indicadas. Ello tiene en cuenta, además, tanto la necesidad de recurrir de forma recurrente a una profesionalidad adicional a la del abogado (a menudo vinculada de forma permanente a los *law firm*) cada vez más central en la gestión de los litigios, como los equipos informáticos (y hoy de inteligencia artificial) de los que debe disponer el despacho (como, por ejemplo, la posibilidad de disponer de una especie de pronóstico predictivo de los posibles desenlaces del litigio a afrontar).

Es en este contexto de elecciones y determinaciones en el que se considera que deben situarse las cuestiones antes referidas. Así, por ejemplo, el problema del secreto profesional se planteará en este contexto de articuladas

---

<sup>27</sup> La expresión *client as an organization* puede encontrarse en Hazard and Dondi (2004).

interrelaciones preprocesales y procesales como una cuestión íntimamente selectiva; es decir, referida a la identificación de los sujetos obligados a respetar ese secreto (sea o no ese deber referible a la totalidad de los sujetos integrantes del *law firm*). Pero, además, se plantea a este respecto un problema típicamente configurable como el del cliente (en este caso, como organización); se refiere a la tradicional pertenencia precisamente al cliente de uno de los secretos más típicos de la abogacía norteamericana, como es el *attorney-client privilege*. En este caso, existe una amplia literatura que ha elaborado teorías muy interesantes sobre el hecho de que el derecho a renunciar a este secreto pertenece solo a determinados sujetos dentro de la organización; sujetos que en su mayoría corresponden o bien a los que ocupan los puestos más altos en la escala directiva o bien a los que están en contacto más directo con el abogado en litigio<sup>28</sup>.

En general, parecen hacerse consideraciones similares con respecto a la cuestión de los conflictos de intereses. Como ya se ha mencionado anteriormente, a este respecto —es decir, con referencia a los litigios complejos— puede surgir un problema típico de conflicto de intereses cuando uno se enfrenta a clientes que están geográficamente dispersos. Clientes que entran en relación con despachos de abogados que, a su vez, tienen diversas realidades locales; despachos locales y realidades locales a las que, en teoría, también pueden referirse los intereses en conflicto y que, también en teoría, pueden haber establecido comunicaciones mutuas precisamente en relación con esta eventualidad de conflicto<sup>29</sup>.

Menos problemática parece, en cambio, la cuestión de la responsabilidad profesional del abogado frente al cliente en este contexto de complejidad procesal. Ello es ante todo coherente con el presupuesto básico del ejercicio por el abogado de una *lawyering* coherente con las prescripciones de la normativa profesional y deontológica y, por tanto, no reñida con la búsqueda de una solución rápida al litigio. Un planteamiento que constituye en la actualidad una verdadera cultura de la esencia más básica de la *law firm* estadounidense, fundada en la unidad de las responsabilidades económicas del despacho. Todo ello debido a la existencia de una capitalización unitaria; circunstancia en base a la cual, por un lado, el *law firm* ha podido históricamente mantenerse en el mercado sin tener que recurrir necesariamente al acaparamiento forzoso de clientes y, por otro, responder solidariamente de las eventuales reclamaciones de daños y perjuicios formuladas por el cliente por la conducta del abogado individual.

Este conjunto de consideraciones impone, sobre la base de lo que se ha dicho hasta ahora o, en todo caso, del enfoque aquí adoptado, una referencia verdaderamente ineludible, a saber, la que representa la actividad de consul-

---

<sup>28</sup> Hazard (1978) and Parlett (1985). Para un desarrollo general del tema, véase Epstein (2007), Dondi (1994) and Xu (2009).

<sup>29</sup> Véase de nuevo Dondi (2009) and Dondi (2018).

toría, es decir, el contacto operativo entre cliente y abogado o, para decirlo más contextualmente, entre esos clientes y esos abogados<sup>30</sup>.

Incluso en la cultura procesal italiana, este momento —sobre todo en los estudios realizados desde una perspectiva comparada— se ha tenido en cuenta con bastante frecuencia, sobre todo para señalar su caracterización como no especialmente relevante en el enfoque tradicional de los estudios sobre el proceso civil. Esto se debe, evidentemente, al hecho de que la relevancia de la actividad de contacto-consulta previa al juicio (y, posteriormente, posiblemente al juicio) entre abogado y cliente parece realmente crucial, especialmente a efectos de la introducción y planificación estratégica del conflicto. Y es evidente que un determinado tipo de realización de ambas actividades adquiere especial importancia precisamente en el contexto de la complejidad procesal mencionada hasta ahora.

En efecto, uno de los elementos denunciados, por así decirlo, por la parte comparatista de la doctrina procesal italiana, como tendente a ser descuidado o infravalorado por el enfoque tradicional, era precisamente que la particularidad de ciertos litigios (léase su complejidad o posibilidad de complicación) tendía a no ser identificada y, más o menos en consecuencia, a no ser vinculada a la necesidad de prever formas distintas de configuración de las dos actividades mencionadas; es decir, tanto de introducción como de planificación estratégica de las formas de afrontarlos<sup>31</sup>.

Entrando en el fondo de las posibles modalidades concretas de realización de dicha consultoría, una circunstancia parece imponerse en primer lugar. Se trata de la realización de dichas consultas en la mayoría de los casos en los mismos locales del “cliente - gran empresa” y, con la misma frecuencia, con los miembros del bufete de abogados interactuando con los miembros del equipo legal interno de la organización-cliente. Y ello puede considerarse una circunstancia que si, por un lado, aumenta la posibilidad de encontrar información y documentación útil para la eventual gestión del conflicto, por otro no es improbable que acabe restringiendo las esferas de decisión y elaboración estratégica típicamente propias del abogado.

Parece posible concluir sobre este punto afirmando – uno se da cuenta, más bien apodócticamente, pero con verosimilitud en la realidad de los “grandes litigios” – que una cuestión crucial consiste en identificar al “verdadero cliente”. Por tal se entiende el sujeto (o sujetos) condiciones de indicar al abogado los objetivos que deben perseguirse a través del conflicto judicial. Y esto también conlleva inevitablemente la identificación de los centros o autoridades decisorias en el contexto del *client as an organization* (“cliente- gran empresa”).

Conectada a este núcleo de problemas se encuentra otra cuestión central en la configuración de la relación abogado-cliente en los litigios complejos:

---

<sup>30</sup> Véase Hazard and Dondi (2004), Ansanelli (2021).

<sup>31</sup> Como ejemplo de tal producción véase Dondi (2004).

la de cómo recabar la información necesaria para gestionar adecuadamente tales conflictos, en la medida en que se caracterizan por un complejo contexto fáctico de referencia. Y es con este fin que a menudo se ha recurrido a la creación de grupos de trabajo especiales organizados jerárquicamente mediante la presencia de personas dotadas de competencias específicas y que desempeñan funciones diferentes, en su mayoría correspondientes a las distintas fases del conflicto. Por poner un ejemplo, también muy emblemático, se trata en particular de las técnicas articuladas de *discovery* que caracterizan la fase de *pretrial*; un contexto en el que cada vez es más necesario recoger, ordenar y almacenar la denominada ESI (*Electronic Stored Information*, o sea información almacenada en soporte electrónico). Esto se dice en la medida en que dicha información, debido al volumen y complejidad de su recuperación, interpretación y utilización, a menudo requiere el uso de profesionales internos específicos dentro del bufete de abogados o, alternativamente, de recursos externos habitualmente empleados por los grandes *law firm*.

También debe tenerse en cuenta que la recopilación de dicha información, aunque es un objeto específico de la fase de *discovery*, es un problema que generalmente se aborda mucho antes de la jurisdiccionalización del conflicto. De hecho, en Estados Unidos, la jurisprudencia federal lleva mucho tiempo haciendo hincapié en la necesidad de que las partes proporcionen una especificación fáctica precisa de sus respectivas demandas ya en la fase de presentación de la demanda/*pleading*. Este planteamiento ha dado lugar, de hecho, a una *overruling* parcial del núcleo prescriptivo básico de la *Rule 8* de las *FRCP*, lo que ha conducido a la previsión de un modelo de *fact pleading* sustancialmente alternativo al que puede resumirse con la expresión *notice pleading* y que corresponde al ámbito meramente informativo del *pleading* en la versión original dicha regla<sup>32</sup>.

Vinculada a esta circunstancia, que también ha sido ampliamente constatada por nuestra doctrina, se encuentra una necesidad básica muy propia de la actividad de defensa en litigios complejos. Nos referimos a la necesidad verdaderamente ineludible de proceder, mucho antes del inicio del litigio, a una recopilación lo más completa posible de la información que permita una reconstrucción analítica del contexto fáctico de referencia. Todo ello —como puso notoriamente de relieve el *dictum* del Tribunal Supremo en el asunto *Twombly* de 2007— con vistas a proporcionar al juez ese marco exhaustivo información indispensable para la gestión eficaz del conflicto en juicio<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Por limitarnos a algunas indicaciones dentro de la doctrina italiana véase Dondi (1991), Dondi (2008), Dalla Bontà (2014), Dondi (2014) and Dalla Bontà (2018); dentro de la reciente literatura estadounidense sobre el punto véase Dodson (2010) and Dodson (2013).

<sup>33</sup> Dondi (2008) and Dalla Bontà (2014).

#### 4. IMPLICACIONES ÉTICO-PROFESIONALES Y REFORMAS PROCESALES

Es precisamente esta instancia de factualización del auto la que debe vincularse a la necesidad de una realización adecuada y, en última instancia, también ética, de las actividades de la defensa. Todo ello, debe reiterarse, en un contexto como el de los litigios complejos, en el que —con casi total consenso dentro de la cultura jurídica estadounidense— asume una importancia esencial la ya mencionada intención de permitir al juez desempeñar un papel de controlador de las actividades de las partes, así como de gestor efectivo de la fase de *discovery*. De hecho, es a través de dicha supervisión como la cultura estadounidense llega a creer que es realmente factible una actuación éticamente orientada de las actividades de los abogados en esta fase crucial del juicio. Esta circunstancia implica —desde el *law of lawyering*— la obligación de los abogados de asumir una actitud de cooperación seria y eficaz con el juez, encaminada a la rápida aclaración tanto de la posición de las partes como del objeto del litigio<sup>34</sup>.

Hay que dar por sentado que ello puede suponer un compromiso importante tanto para el abogado como para el *law firm* correspondiente, teniendo en cuenta los recursos económicos que implicará dicho compromiso, para el litigio individual pero no solo. De hecho, muy a menudo se induce a los grandes *law firm* a tener en cuenta el valor global del cliente para el bufete, dando así una importancia totalmente preeminente a la categoría de si el cliente es (o no) cliente habitual del bufete, vinculando inevitablemente sus fortunas y desventuras económicas y financieras a la prosperidad del propio *law firm*.

Estas consideraciones, que tienen en cuenta la conexión entre cuestiones —incluso éticamente apreciables— de naturaleza económica o societaria y la conducta del abogado, no deben, sin embargo, hacernos subestimar un punto que es a todos los efectos esencial, especialmente en una perspectiva comparada. Este punto se refiere a la estrechísima conexión entre las constataciones anteriores y adopción de una perspectiva de reforma que tenga en cuenta el hecho de la complejidad en toda su incidencia en el funcionamiento real del proceso civil<sup>35</sup>.

En otras palabras, las consideraciones y observaciones realizadas hasta aquí llevan a pensar que, precisamente con vistas a la gestión de los litigios complejos, el proceso debe reformarse invistiendo al abogado de responsabilidades de alcance ciertamente diferente del espectro que configura su actuación en el ámbito de los litigios ordinarios, por así decirlo. Responsabilidades que, evidentemente, necesitan ser claramente orientadas, pero también encontrar límites precisos. A tal fin, la implicación en una perspectiva de refor-

<sup>34</sup> Dondi (1995) and Hazard and Dondi (2004).

<sup>35</sup> Para algunas consideraciones sobre la conexión entre la reconfiguración de las disciplinas ético-jurídicas y las reformas del proceso, remitimos de nuevo a Ansanelli (2021).

ma de las directrices contenidas en la normativa deontológico-profesional parece del todo adecuada; siempre y cuando dicha normativa aborde explícitamente la cuestión de lo que el abogado debe o no debe hacer con vistas a la eficaz celebración del juicio. Y ello también —si no especialmente— cuando la determinación del marco fáctico del litigio sea extremadamente compleja (complicada o enrevesada).

Esta sugerencia parece apoyarse en la comparación cultural entre el enfoque italiano y el que existe desde hace tiempo en los Estados Unidos. Una comparación que, a los efectos de esta investigación, puede hacerse consistir en un hiato fundamental entre, por un lado, una propensión catalogadora de los problemas del buen funcionamiento del proceso y, por otro, la asunción de una perspectiva funcional para la elaboración y resolución de tales problemas. Además, y en aras de una mayor claridad, puede afirmarse que en el mundo americano, abogados y jueces parecen ser conscientes desde hace tiempo de que operan “en la complejidad de las complejidades”; conciencia adquirida precisamente por la aspiración no tanto a catalogar dicha complejidad como por la necesidad, ya hace tiempo adquirida, de “abordar los problemas paso a paso” en su manifestación concreta dentro de la realidad procesal.

Esto se afirma porque, repitiendo cosas ya dichas, en el ámbito estadounidense la afirmación de una nueva cultura del papel del abogado ha derivado, por así decirlo, de la asunción de un “enfoque sancionador” convencido ya en las dos últimas décadas del siglo pasado. Pero no solo eso. A este punto de inflexión, de hecho, le han seguido en larga sucesión importantes reformas normativas y, sobre todo, una amplia discusión en clave funcionalista acerca precisamente de los problemas de mal funcionamiento del proceso.

También hay que señalar que el resultado fundamental de este debate fue la plena afirmación de una aspiración general a una mayor cooperación interna y autodisciplina del colegio de abogados. Circunstancia que aparece indudablemente vinculada a lo que a día de hoy constituye una anomalía absoluta de la estructura disciplinaria norteamericana; esto es, la posibilidad de que el juez dicte sanciones directas contra el abogado. Y el hecho de que este planteamiento se reafirme también en el sector específico y contiguo de la deontología de la abogacía parece sin duda confirmar el ajuste al que ha llegado la concepción de *law of lawyering* como compromiso de colaboración obediente en el contexto de una organización cada vez más eficaz de las actividades de defensa<sup>36</sup>.

La visión que las *Model Rules of Professional Conduct* elaboran del papel del abogado y de sus deberes ético-profesionales constituye, de hecho, un *alejamiento* significativo y quizás radical de la idea estrictamente *adversarial* en la que tradicionalmente se insertaba el papel del abogado. Como se ha observado, la filosofía subyacente en la base del movimiento de reforma de la abogacía que conducirá a la aprobación de las *Model Rules* se manifiesta en

---

<sup>36</sup> Dondi (1991) and Hazard and Hodes (2001)

la atribución de un nuevo significado a la noción de eficiencia en la gestión de la actividad defensiva. Una noción que, dejando de estar parametrizada únicamente a la mejor preservación posible de los intereses del cliente (en forma de *competent representation*), pasa a estar plenamente implementada por la perspectiva, en cierto sentido opuesta, del debido y eficiente ejercicio por el abogado de un rol público. Un papel, además, plenamente coherente con su tradicional caracterización también como *officer of the court*, sobre cuya base parece ahora plenamente justificado exigir al abogado que coopere seriamente el juez a fin de permitir que el juicio se desarrolle con eficacia y se logre una solución justa del litigio<sup>37</sup>.

Las normas ético-profesionales en Estados Unidos configuran un nuevo tipo de responsabilidad para el abogado, como conexión en términos de responsabilidad y confianza entre las posiciones del cliente y los correlativos deberes del defensor. De hecho, y por reiterar lo que ya constituye casi un lugar común incluso para nuestra cultura jurídica, con la adopción en 1983 de las *Model Rules of Professional Conduct*, se afirma el paso de una idea de responsabilidad esencialmente hacia el propio cliente a la de una responsabilidad más amplia y articulada, que encuentra su núcleo en la interrelación obediente e inequívoca con el juez definida emblemáticamente como *candor with the Court*<sup>38</sup>.

En conclusión, solo cabe preguntarse si tal dinamismo en las dos vertientes del derecho del proceso y una visión más amplia de la deontología profesional solo puede encontrar desarrollo en el ámbito anglosajón y no en un contexto de cultura jurídica europeo-continental. Que la asunción, por decirlo de un modo sencillo, de una perspectiva efectiva del *law of lawyering* no está llamada a ser una propensión exclusiva del mundo del *common law* y que, por el contrario, las culturas jurídicas de *civil law* también son capaces de desarrollar planteamientos similares parece quedar de algún modo demostrado por el ejemplo español al menos tras la promulgación de la LEC 2000. También aquí, en efecto, la promulgación de la nueva legislación procesal fue de la mano de la modificación de la disciplina ético-jurídica y de la atribución expresa a los abogados y a la judicatura de nuevos estándares de seriedad y responsabilidad en la persecución del interés de los justiciables, como por lo demás se recoge explícitamente en los objetivos claramente señalados en la Exposición de motivos que acompañó a la reforma. Nuevos criterios, estos últimos, que deben inspirar específicamente la conducta del abogado también en la redacción de los actos procesales (y en las alegaciones iniciales en particular); actos y actividades a ellos asignados que deben responder a estándares de claridad y exhaustividad<sup>39</sup>.

Como es bien sabido, los dos últimos años también han sido testigos en Italia de una reforma de alcance verdaderamente significativo de la justicia

<sup>37</sup> Véase Martineau (1984), Maute (1987), Gaetke (1989) and Dondi (1991).

<sup>38</sup> Véase Dondi (1995).

<sup>39</sup> Para algunas referencias completamente arbitrarias sobre la LEC 2000 véase Dondi and Gutiérrez (2009); De La Oliva Santos (2011). Para más referencias bibliográficas pueden consultarse Dondi *et al.* (2018).

civil. Sin entrar en las particularidades de las intervenciones llevadas a cabo, lo que pretendemos señalar es que la reestructuración, incluso profunda, sobre todo de la fase preparatoria del litigio, no ha ido acompañada de una reconfiguración de las obligaciones (y correlativas responsabilidades) que incumben al abogado en el momento de la constatación del conflicto.

En particular, la previsión de nuevos estándares de concisión, claridad y precisión (y la correlativa previsión de nuevos formatos de redacción de la escritura, como en el Decreto Ministerial 110/2023) no ha venido acompañada de la configuración de consecuencias concretas en caso de su vulneración (si no en términos de honorarios de letrado y, en todo caso, desde luego no a costa del abogado). *In absentia*, uno se pregunta si no queda otra cosa en nuestro ordenamiento jurídico que reiterar una referencia tan conocida como previsible; esto es, plantear la cuestión de la posible sanción por incumplimiento de estos nuevos cánones en la redacción de documentos con remisión a la previsión del artículo 88 de la Ley de Enjuiciamiento Civil italiana en materia de cooperación leal<sup>40</sup>. Pero si esto es demasiado, y también desesperadamente, poco, solo puede dejarse que el lector lo valore.

Debe añadirse, además, que un elemento de distonía sistémica parece encontrarse en la falta de vinculación de la potenciación del papel y de las facultades del abogado defensor en la elección y gestión de los instrumentos de la justicia consensual (también con vistas a la deflación de la litigiosidad) con correlativas responsabilidades y sanciones a su cargo en caso de conductas impropias o poco éticas y, en todo caso, incompatibles con la persecución de objetivos eficientes también en este foro. Ello permite afirmar que parece no solo oportuno sino también absolutamente necesario que las reformas incisivas del derecho procesal vayan acompañadas de una reconfiguración de la normativa deontológica; una reconfiguración que prevea sanciones específicas contra el abogado que —antes y/o dentro del juicio— no adopte conductas tendentes a una gestión eficiente y eficaz del conflicto.

Teniendo esto en cuenta, es indudable la necesidad de someter incluso el Código Deontológico de la Abogacía a una profunda actualización, que parece hasta cierto punto anticuado y, de hecho, no es capaz de regular las relaciones abogado-cliente en la perspectiva de conflictos complejos. Ello se debe a que, en otras palabras y como, por otra parte, parece del todo intuible, la legislación deontológico-jurídica italiana sigue centrada en la regulación de las relaciones, por así decirlo, “tradicionalmente bilaterales” entre un abogado individual y un cliente que es una persona física. Y es probablemente debido a esta caracterización que carece de normas específicas para la regulación de aquellos fenómenos (secreto profesional en sus diversas declinaciones, conflicto de intereses, etc.) que asumen un carácter muy peculiar en los litigios complejos.

---

<sup>40</sup> Sobre los nuevos principios de concisión y claridad y su declinación en la reforma Cartabia véase Noceto (2024).

## BIBLIOGRAFÍA

- Alpa, G. (2005). *L'avvocato. I nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione*. Il Mulino.
- Ansanelli, V. (2021). *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*. Genova University Press.
- Ansanelli, V. (2021). Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforma del processo civile. *Il Giusto processo civile*, 2, 399-416.
- Bianchi Riva, R. (2015). *La coscienza dell'avvocato. La deontologia tra diritto ed etica in età moderna*. Giuffrè.
- Bina, M. (2024). *La felicità dell'avvocato. Diritto forense e processo civile*. Giappichelli.
- Burke, T. (2002). *Lawyers, Lawsuits, and Legal Rights: The Battle over Litigation in American Society*. University of California Press.
- Comoglio, L. P. (2008). Abuso del processo e garanzie costituzionali. *Rivista di diritto processuale*, 63(2), 319-354.
- Dalla Bontà, S. (2014). La giurisprudenza federale statunitense sulla specificità dell'atto introduttivo. *Rivista di diritto processuale*, 1, 141-163.
- Dalla Bontà, S. (2018). L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione. Premesse teorico-ricostruttive. *Il Giusto processo civile*, 12, 1-356.
- De La Oliva Santos, A. (2011). Il nuovo codice di procedura civile spagnolo (*Ley 1/2000*) a dieci anni dalla sua approvazione. *Rivista di diritto civile*, 57(3), 437-454.
- Dezalay, Y. & Garth, B. G. (2012). Corporate Law Firms, NGOs, and Issues of Legitimacy for A Global Legal Order. *Fordham Law Review*, 80(6), 2309-2345.
- Dodson, S. (2010). New Pleading, New Discovery. *Michigan Law Review*, 109(53), 53-89.
- Dodson, S. (2013). *New Pleading in the 21st Century. Slamming the Federal Courthouse Doors*. Oxford University Press.
- Dondi, A. (1985). *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*. Cedam.
- Dondi, A. (1991). *Introduzione della causa e strategie di difesa. I. Il modello statunitense*. Cedam.
- Dondi, A. (1994). Aspetti dell'Attorney-Client Privilege tra "Evidence" e "Legal Ethics". In *Studi in Onore di Vittorio Denti* (Vol. II, 115-142). Cedam.
- Dondi, A. (1995). Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti. *Rivista di diritto processuale*, 787-808.
- Dondi, A. (1995). Spunti in tema di "legal ethics" come etica della difesa in giudizio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 261-272.
- Dondi, A. (2004). Complessità e adeguatezza nella riforma del processo. Spunti minimi di raffronto comparato. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 58(1), 137-156.
- Dondi, A. (2008). *Case Law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 62(2), 529-539.
- Dondi, A. (2008). Realtà evolutiva della professione legale italiana nel momento presente. Sfide della globalizzazione, "glocalizzazione" e adeguatezza degli standard professionali. *Politica del diritto*, 4, 623-634.
- Dondi, A. (2009). Avvocatura e qualità del cliente-impresa. Problemi di compliance o audit. *Compliance*, 5-9.
- Dondi, A. (2009). Economia, etica e avvocatura. *Implications of fairness. Diritto e pratica della società*, 12(3), 13-19.
- Dondi, A. (2009). *Etica dell'avvocatura, strategie difensive, conflitti di interesse e abuso nel processo civile*. In *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, (Vol. I, 543-554), Jovene.
- Dondi, A. (2009). Segreti ed etica dell'avvocatura - Rilievi minimi in tema di law of lawyering e attorney client privilege. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*,

- 651-665.
- Dondi, A. (2012). *Conduite de l'avocat et loyauté procédurale. Une tentative de mise à jour*. In *Mélanges Jean Louis Bérge* (867-880) Bruylant.
- Dondi, A. (2014). Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e il processo italiano. *Rivista di diritto processuale*, 2, 434-454.
- Dondi, A. (2018). Lealtà e conflitto di interessi nella prospettiva delle dinamiche processuali. Un sintetico raffronto comparato nel momento della complessità. *Il Giusto processo civile*, 3, 681-701.
- Dondi, A. (2019). Proceso civil, herencia de la modernidad histórica y desafíos del futuro. Algunas impresiones peregrinas. *Justicia. Revista de derecho procesal*, 2, 37-54.
- Dondi, A. (2021). Qualche cenno all'abuso del processo civile con sintetici richiami alla singolarità del dibattito italiano. *Il Giusto processo civile*, 1, 1-14.
- Dondi, A. (Ed.). (1993). *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*. Il Mulino.
- Dondi, A. (Ed.). (2011). *Elementi per una definizione di complessità processuale*. Giuffrè.
- Dondi, A., Ansanelli, V. & Comoglio, P. (2018). *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata* (2nd ed.). Giuffrè.
- Epstein, E. S. (2007). *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine* (5th ed.). American Bar Association.
- Everdell, W. R. (1998). *The First Moderns: Profiles in the Origins of Twentieth-Century Thought*. University of Chicago Press.
- Farhang, S. (2010). *The Litigation State. Public Regulation and Private Lawsuit in the U.S.* Princeton University Press.
- Flood, J (1996). Megalawyerism in the Global Order: The Cultural, Social and Economic Transformation of Global Legal Practice. *International Journal of the Legal Profession*, 3(1/2), 169-214.
- Frankel, M. E. (1975). The Search for Truth: An Umpireal View, *University of Pennsylvania Law Review*, 123, 1031-1059.
- Frankel, M. E. (1981). *Partisan Justice. Too Much Fight? Too Little Truth? Equal Justice?*. Farrar Straus & Giroux.
- Fried (1976). The Lawyer as a Friend; The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation. *The Yale Law Journal*, 85, 1060-1089.
- Friedman, L. M. (2002). *American Law in the 20th Century*. Yale University Press.
- Gaetke, E. R. (1989). Lawyers as Officers of the Court. *Vanderbilt Law Review*, 42(1), 39-91.
- Hazard, G. C. & Dondi, A. (2004). *Legal Ethics. A Comparative Study*. Stanford University Press.
- Hazard, G. C. & Dondi, A. (2006). Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits. *Cornell International Law Journal*, 39, 59-68.
- Hazard, G. C. & Hodes, W. W. (2001). *The Law of Lawyering - A Handbook on the Model Rules of Professional Conduct* (3rd ed.). Aspen Publishers.
- Hazard, G. C. (1978). An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege. *California Law Review*, 66(5), 1061-1091.
- Hazard, G. C. (1978). *Ethics in the Practice of Law*. Yale University Press.
- Hazard, G. C. (1983), In Memoriam. Robert J. Kutak. A Brief Appreciation. *Oklahoma Law Review*, 36(2), 309-310.
- Hazard, G. C., Koniak, S. P., Cramton, R. C., Cohen, G. M. & Wendel, W. B. (1999). *The Law and Ethics of Lawyering* (3rd ed.). Foundation Press.
- Kutak, R. J. (1980). Evaluating the Proposed Model rules of Professional Conduct. *American Bar Foundation Research Journal*, 5(4), 1016-1023.
- Lande, J. (2005). Shifting the Focus from the Myth of "The Vanishing Trial" to Com-

- plex Conflict Management Systems, or I Learned Almost Everything I Need to Know About Conflict Resolution from Marc Galanter. *Cardozo J. of Conflict Resolution*, 16, 191-212.
- Landsman, S. (1984). *The Adversary System: A Description and Defense*. American Enterprise Institute for Public Policy Research.
- Loughrey, J. (2011). Large Law Firms, Sophisticated Clients, and the Regulation of Conflicts of Interest in England and Wales. *Legal Ethics*, 14(2), 215-238.
- Marcus, R. (2014). "Looking Backward" to 1938. *University of Pennsylvania Law Review*, 162, 1691-1730.
- Marcus, R. L., Sherman, E. F., Erichson, H. M. & Bradt, A. D. (2021). *Complex Litigation. Cases and Materials on Advanced Civil Procedure* (7th ed.). West Academic Publishing.
- Martineau, R. J. (1984). The Attorney as Officer of the Court: Time to Take the Gown off the Bar. *South Carolina Law Review*, 35, 541-572.
- Maute, J. L. (1987). *Sporting Theory of Justice: Taming Adversary Zeal with a Logical Sanctions Doctrine*. Connecticut Law Review.
- Miller, A. R. (1984). The Adversary System: Dinosaur or Phoenix?. *Minnesota Law Review*, 69, 1-37.
- Monateri, P. G. & Somma, A. (Eds.). (2009). *Patrimonio, Persona e Nuove Tecniche di "Governo del Diritto". Incentivi, Premi, Sanzioni*. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Noceto, F. (2024). Chiarezza e sinteticità degli atti di parte nella recente riforma del processo civile. Minimi tentativi di inquadramento sistematico. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 617-639.
- Parlett, D. F. (1985). Attorney Client Privilege. Professions and Common Law Tradition. *The Journal of the Legal Profession*, 10, 9-26.
- Patterson, L. R. (1981). The Function of a Code of Legal Ethics. *University of Miami Law Review*, 35(4), 695-726.
- Putnam, R. D. (2000). *Bowling Alone - The Collapse and Revival of American Community*. Simon & Schuster.
- Resnik, J. (1982). Managerial Judges. *Harvard Law Review*, 96, 374-448.
- Sarat, A. & Kagan, R. A. (2001). *Adversarial Legalism - The American Way of Law*. Harvard University Press.
- Schultz, D. A. (Ed.). (1998). *Levering the Law - Using the Court to Achieve Social Change*. Peter Lang.
- Sward, E. E. (1989). Values, Ideology, and Evolution of the Adversary System. *Indiana Law Journal*, 64(2), 301-355.
- Taruffo, M. (2001). Il processo civile di "civil law" e di "common law": aspetti fondamentali. *Il Foro Italiano*, 124(11), 345-360.
- Taylor, M. C. (2001). *The Moment of Complexity. Emerging Network Culture*. University of Chicago Press.
- Trocker, N. G. (2012). La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto procedurale civile europeo. *Il Giusto processo civile*, 1, 31-78.
- Wald, E. (2012). *Smart Growth: The Large Law Firm in the Twenty-First Century*, *Fordham Law Review*, 80(6), 2867-2915.
- Waldrop, M. M. (1992). *Complexity: The Emerging Science at the Edge of Order and Chaos*. Simon & Schuster Editions.
- Wolfram, C. W. (1980). Client Perjury: The Kutak Commission and the Association of Trial Lawyers on Lawyers, Lying Clients and the Adversary System. *American Bar Foundation Research Journal*, 5(4), 964-980.
- Xu, X. (2009). A Comparative Study of Lawyers' Ethics in the US and PRC: Attorney-Client Privilege and Duty of Confidentiality. *Tsinghua China Law Review*, 2009, 1,46-61.







<https://www.revistasmarcialpons.es/rivitsproc>