*Esta es una copia privada hecha sólo para fines educativos.*

PROHIBIDA SU VENTA

Juan Montero Aroca
Coordinador

# PROCESO CIVIL E IDEOLOGÍA

*Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*

Autores

Adolfo Alvarado Velloso
Eugenia Ariano Deho
José C. Barbosa Moreira
Franco Cipriani
Ignacio Díez-Picazo
Federico G. Domínguez
Luís Correia de Mendonça
Girolamo Monteleone
Juan Montero Aroca
Joan Picó i Junoy
Giovanni Verde

tirant lo blanch

k TEORÍA

JUAN MONTERO AROCA
Coordinador

# *Proceso civil e ideología*

## *Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*

Autores:

ADOLFO ALVARADO VELLOSO
EUGENIA ARIANO DEHO
JOSÉ C. BARBOSA MOREIRA
FRANCO CIPRIANI
IGNACIO DÍEZ-PICAZO
FEDERICO G. DOMÍNGUEZ
LUÍS CORREIA DE MENDONÇA
GIROLAMO MONTELEONE
JUAN MONTERO AROCA
JOAN PICÓ I JUNOY
GIOVANNI VERDE

tirant lo blanch
Valencia, 2006

Copyright ® 2006

Todos los derechos reservados. Ni la toralidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com (http://www.tirant.com).

© JUAN MONTERO AROCA y otros

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@vlc.servicom.es
http://www.tirant.com
DEPOSITO LEGAL: V - 78 - 2006
I.S.B.N.: 84 - 8456 - 520 - 3
IMPRIME: GUADA IMPRESORES, S.L. - PMc Media, S.L.

# ÍNDICE

## *Introducción*


1. JUAN MONTERO AROCA
***Prólogo*** ..... 15

2. IGNACIO DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (España)
***Con motivo de la traducción al italiano de la obra del profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español*** ..... 29


## *Capítulo Primero*
## *De la libertad y de la autoridad*

### Sección 1.ª
### El prefacio


3. FRANCO CIPRIANI (Italia)
***El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas*** ..... 51


### Sección 2.ª
### El debate


4. GIOVANNI VERDE (Italia)
***Las ideologías del proceso en un reciente ensayo***
1. El contenido del libro ..... 67
2. La interpretación de uno que "ha preferido callar" ..... 70
3. Modelo autoritario y modelo totalitario de código ..... 72
4. El valor ambiguo del activismo judicial ..... 74
5. A propósito de mitos y eslóganes ..... 76
6. La eficacia del proceso, las ideologías y la privatización del proceso civil 78

5. FRANCO CIPRIANI (Italia)
***El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes***
1. Premisa ..... 81
2. Estudiosos revisionistas, estudiosos iliberales y estudiosos que prefieren callar ..... 82
3. Códigos autoritarios, códigos sociales, códigos fascistas y códigos totalitarios 84

4. El Código procesal civil de 1865 y el Consejo Superior de la Magistratura de 2001 ..... 85
5. Tres olvidos muy extraños ..... 88
6. El proceso sin proceso ..... 89
7. Un nuevo eslogan: la privatización del proceso civil ..... 91
8. Conclusiones. Despejando dudas ..... 94

6. GIROLAMO MONTELEONE (Italia)
***Principios e ideologías del proceso civil: Impresiones de un "revisionista"***
1. Juan Montero Aroca e Franco Cipriani ..... 97
2. Las reacciones a los escritos de J. Montero Aroca y Franco Cipriani ..... 100
3. Las reflexiones de un revisionista ..... 102
4. Los prefacios ..... 106

7. JOAN PICÓ I JUNOY (España)
***El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado***
I. Introducción: los fenómenos de la "publicización" del proceso civil y la constitucionalización de las garantías procesales ..... 109
II. Los planteamientos "revisionistas"
1. Introducción ..... 112
2. Las posiciones de Cipriani y Monteleone ..... 112
3. La posición de Montero Aroca ..... 114
4. La posición de Alvarado Velloso ..... 115
III. Análisis crítico de los planteamientos "revisionistas"
1. El juez activo como juez fascista o totalitario ..... 117
A) La proscripción de la mala fe procesal ..... 117
B) La iniciativa probatoria *ex officio iudicis* ..... 120
2. El carácter privado del objeto discutido del proceso civil ..... 121
3. La protección de la imparcialidad judicial ..... 125
IV. Conclusiones ..... 126

8. JUAN MONTERO AROCA (España)
***El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria***
1. Una conferencia, un libro y una polémica ..... 130
2. La ideología del *Codice di procedura civile* italiano de 1940 ..... 134
3. Lo admitido y lo impugnado de la conferencia y del libro ..... 137
4. La concepción del proceso civil en los códigos del siglo XIX ..... 141
5. La exclusión de los extremos en el siglo XX ..... 144
6. El mito del proceso "social" como instrumento de "justicia" ..... 148
7. Un mito consecuencia: la técnica procesal ..... 151
8. Otro: la negación del juez como tercero ..... 155
9. Por fin: la buena fe procesal ..... 161
10. El proceso como garantía ..... 164

9. GIOVANNI VERDE (Italia)
***Apostilla*** ..... 167

10. GIROLAMO MONTELEONE (Italia)
***El actual debate sobre las «orientaciones publicísticas» del proceso civil***
1. Los términos de una disputa ..... 173
2. Las críticas a los revisionistas ..... 174
3. Significado, valor y consecuencias del término revisionista y de su uso en la disputa ..... 176
4. Algunas interrogantes que nacen de la llamada concepción *publicística* del proceso civil ..... 180
5. Las razones efectivas de la reconsideración de algunos estudiosos. El caso italiano ..... 183
6. La realidad y las ideologías ..... 189
7. De la política del derecho a la política en el derecho ..... 193

11. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (Brasil)
***El neoprivatismo en el proceso civil*** ..... 199

12. ADOLFO ALVARADO VELLOSO (Argentina)
***La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento***
1. Introducción ..... 217
A) La justicia iberoamericana ..... 219
B) El inicio de nuevos tiempos ..... 221
2. El proceso: su causa y su razón de ser: método de debate ..... 222
A) La causa del proceso: el conflicto ..... 222
B) La posible solución del conflicto ..... 224
C) La razón de ser del proceso ..... 225
D) El concepto de proceso ..... 226
3. Los principios que gobiernan y definen al proceso como método ..... 227
A) El principio de igualdad de las partes ..... 227
B) El principio de imparcialidad del juzgador ..... 229
4. La irrupción del método inquisitorial ..... 232
5. El retorno al método tradicional por su adopción en las constituciones de toda América ..... 235
6. El divorcio de la ley y de la constitución en materia procesal ..... 238
7. La imparcialidad judicial y la actividad probatoria del juez ..... 240
8. Corolario ..... 246

*Capítulo Segundo*
***El incidente argentino***

13. FEDERICO G. DOMÍNGUEZ (Argentina)
***La sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires*** ..... 251

14. Juan Montero Aroca (España)
***La ideología de los jueces y el caso concreto. Por alusiones, pido la palabra***
1. Petición de intervención con interés legítimo ..... 265
2. Del realismo ideológico... ..... 269
3. ...a la imposición del pensamiento único ..... 270
4. Repensar las bases ideológicas ..... 273
5. Un asunto aparentemente baladí sobre cosa juzgada y ejecución ..... 274

15. Dos cartas:
***a) De Augusto Mario Morello a Juan Montero Aroca*** ..... 277
***b) De Juan Montero Aroca a Augusto Mario Morello*** ..... 279

*Capítulo Tercero*
***La verdad y la buena fe***

16. Franco Cipriani (Italia)
***El abogado y la verdad*** ..... 283

17. Juan Montero Aroca (España)
***Sobre el mito autoritario de la "buena fe procesal"***
1. Una introducción política ..... 294
2. Los principios del proceso civil en el siglo XX ..... 302
3. La asunción de la dirección formal del proceso por el juez ..... 306
4. El proceso comunista (La negación de los derechos subjetivos privados) . 308
5. El proceso fascista (El juez y la dignidad del Estado) ..... 317
6. El pretendido valor técnico del aumento de los poderes del juez ..... 329
7. Del inexistente deber de buena fe a la prohibición de la mala fe procesal 336

*Capítulo Cuarto*
***Dos ejemplos concretos de códigos autoritarios***

18. Eugenia Ariano Deho (Perú)
***En los abismos de la «cultura» del proceso autoritario***
1. Premisa: La «cultura» absorbida por el CPC peruano de 1993 ..... 357
2. El juez y las preclusiones en la fase (escrita) de determinación del objeto del proceso ..... 361
3. El «juez director» y las cuestiones procesales ..... 363
4. El «juez-director» y el control sobre los tiempos del proceso ..... 367
5. Los poderes probatorios y sus paradójicos efectos ..... 371
6. La limitación de las impugnaciones y la apelación diferida ..... 373
7. El frustrante sistema de la casación ..... 376
8. Reflexiones conclusivas ..... 378

19. Luís Correia de Mendonça (Portugal)
***80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português***
1. Introdução ..... 381
2. O Código de Processo Civil de 1876 ..... 386
3. As críticas ao Código de Processo Civil de 1876 ..... 391
4. A «revolução processual» de 1926 ..... 397
5. A consagração da oralidade (1932) ..... 407
6. O Código de Processo Civil de 1939 ..... 414
7. A reforma de 1961 ..... 424
8. A reforma intercalar de 1985 ..... 426
9. A reforma de 1995/1996 ..... 429
10. Conclusão ..... 433

# INTRODUCCIÓN

# *Prólogo*

En el verano de 1999 me convencí de que era más que probable que en España, después de casi ciento veinte años de vigencia de la Ley de 1881, tuviéramos una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Existían datos tan claros como inusitados para llegar a esa conclusión.

El 27 de julio de ese 1999 el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) publicó el Informe de la Ponencia sobre el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil y en ese mismo día se reunió, en sesión extraordinaria, la Comisión de Justicia e Interior del Congreso para dictaminar el anterior Informe, reunión que se prolongó durante el siguiente día 28. Los señores diputados, en contra de una tradición por lo menos tan inveterada como la vieja Ley del siglo XIX, habían trabajado los días 27 y 28 de julio y ello era indicio muy grave de que existía una decidida voluntad política de convertir el proyecto en ley. Con este dato comprendí que tendríamos nueva Ley.

Durante aquel verano y el otoño que le siguió fuimos trabajando en la redacción de varias obras que fueron siguiendo los pasos que iba dando el proyecto en el Parlamento. Cuando el Boletín Oficial del Estado de 8 de enero de 2000 publicó la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, estaba preparado, junto con María Pía Calderón Cuadrado, para poner inmediatamente en las librerías una edición de la misma anotada y concordada (Tirant lo Blanch, Valencia, 2000), y no había terminado el mes de enero cuando con Juan Luis Gómez Colomer, con Alberto Montón Redondo y con Silvia Barona Vilar hicimos lo propio con *El nuevo proceso civil* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2000).

La promulgación de un nuevo código procesal civil ha sido para mi el momento adecuado, no para iniciar, pero sí para exteriorizar, la preocupación por las bases ideológicas de los cuerpos legales. Me he ido convenciendo de que las cosas no suceden por casualidad y de que todos los grandes textos jurídicos no pueden dejar de ser exponentes de las con-

cepciones ideológicas del país y del momento en que se promulgan. No hay códigos neutrales, hablando políticamente, y todos debemos ser conscientes de la base ideológica del código que nos rige, entre otras cosas porque la interpretación de muchas de sus normas depende de esa base. Hoy nadie puede sostener, como hizo Stein en 1921, que el proceso civil está regido por derecho técnico en su máxima expresión, el cual por ello carece de valores eternos.

Así las cosas, la primera constatación que se presentaba como evidente era la de que la Ley española no asumía la llamada publicización del proceso civil, concepción que había dominado en la doctrina del siglo XX y que había determinado prácticamente casi todos los códigos procesales civiles promulgados en el mismo. Se trataba de algo diferente. Desde esa constatación el paso siguiente tenía consistir en replantearse los viejos mitos y en ver a qué respondían y cómo habían afectado a la efectividad de la tutela civil de los derechos subjetivos civiles.

La ocasión para ese replanteo me la proporcionaron los organizadores de las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, los cuales me invitaron para pronunciar la conferencia de clausura de esas Jornadas, que debían celebrarse en San José de Costa Rica en el otoño de 2000. La invitación se refería a un título concreto: «La Ley de Enjuiciamiento Civil española, el Código Modelo y la oralidad», pero el caso fue que a mí me pareció, primero que el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica no guardaba relación alguna con la Ley española, por lo que no valía la pena referirse a aquél y, después que, siendo la oralidad importante, había algo previo a la misma que no podía desatenderse.

Fue mi intención asumir lo esencial de la propuesta de los organizadores de las Jornadas, y así lo hice, pero también creí que esas Jornadas eran el momento y el lugar adecuados para intentar ofrecer un esbozo de la concepción política de lo que debe ser el proceso civil, pudiendo tomarse como punto de partida la nueva Ley española. Fue por ello por lo que quise atender tanto a los principios del proceso como a los principios del procedimiento, sin quedarse en éste y en la oralidad que, a la postre, es mera forma de los actos procesales y nada más.

Desde estas dos consideraciones se explican los vaivenes del título de aquella intervención, que se produjo el 20 de octubre de 2000. El texto escrito base de la intervención, publicado en las actas de las Jornadas, se

tituló «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad», sin referirse al Código Modelo, pues trataba de respetar en lo posible la sugerencia de los organizadores, y después lo he publicado, ante varias peticiones de directores de revistas, con el de «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, los poderes del juez y la oralidad», cuando he podido darle el título que se correspondía mejor con su contenido.

En el mismo momento de la conferencia, y luego a partir de aquel día, advertí que algo raro estaba empezando a pasar a mi alrededor. Ya al finalizar la intervención me pareció que parte de los miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal no estaban muy conformes con lo que habían oído, y se pudieron ver desde el estrado muestras de disconformidad no habituales en conferencias de clausura de congresos, mientras que otra parte aplaudía con convicción poco habitual en esos actos y exteriorizaba su conformidad de manera más expresiva de la acostumbrada. Desde entonces se han sucedido acontecimientos que pueden calificarse de insólitos y que siguen sorprendiéndome; a alguno de ellos me referiré seguidamente, pero adelanto ya que se me ha imputado «dividir a la comunidad de estudiosos y políticos del proceso».

Visto el aparente éxito de la intervención oral y del texto base escrito estimé que era conveniente publicar un libro. Para ello tuve que incrementar el número de palabras en unas quince mil y en el siguiente año de 2001 apareció en la editorial Tirant lo Blanch *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Con esta publicación creí concluido mi propósito de replantearme las bases ideológicas de los cuerpos legales. Para mí si en el siglo XX los cuerpos legales procesales civiles estaban traspasados de autoritarismo, y regulaban el proceso civil desde el punto de vista del juez (Estado) que aplica su ordenamiento jurídico, nuestra LEC había conseguido superar esa etapa y regula el proceso desde la perspectiva del ciudadano que acude al juez (Estado) para que se hagan efectivos sus derechos subjetivos. Concluido lo anterior creí que, por lo menos para mí, las ideas estaban claras y seguí mi camino, escribiendo libros de muy variado contenido y esfuerzo, pues van desde las ejecuciones hipotecarias de más de mil páginas hasta diversas obras sobre procesos matrimoniales, algunas pequeñas y otra monumental.

Mis intenciones, como tantas veces en la vida, no han servido para nada. La etapa de los principios políticos no estaba concluida, ni mucho

menos. Franco Cipriani tuvo conocimiento primero del texto base de la conferencia y luego del libro y gracias a su interés el libro fue traducido al italiano y publicado con el sello de Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, y con el título *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, y precedido de una *prefazione* por aquél redactada. Este fue el inicio de un debate del que se da cuenta en este libro, en el que se ha querido reunir artículos, ensayos, ponencias e incluso una sentencia aparecidas en publicaciones muy diversas.

El libro sobre los principios políticos no puede ser reimpreso aquí por razones obvias, pero del mismo puede tenerse una idea en la larga recensión que le hizo Ignacio Díez-Picazo (Tribunales de Justicia, 2003, núm. 5, pp. 37-46) y por ello la publicamos inmediatamente después de este prólogo, pues sirve para dar sentido a todas las publicaciones posteriores. Si se reproduce, debidamente traducida la *prefazione* de Cipriani porque sin ella posiblemente sería más difícil entender los términos del debate mismo.

* * *

En la presentación de la traducción del libro, con ocasión de un Seminario Internacional celebrado en Roma, los días 16 a 18 de mayo de 2002, estaba presente, e incluso presidió el acto, el prof. Giovanni Verde, en aquel momento todavía Vicepresidente del *Consiglio Superiore della Magistratura*. Pasaron sólo unos pocos meses y el mismo publicó un artículo titulado *Le ideologie del processo in un recente saggio* (en Rivista di Diritto Processuale, 2002, 3, pp. 676-687) de comentario de mi libro y de la *prefazione* de Cipriani. Dejé en su momento constancia expresa de mi reconocimiento al amigo Verde por la atención prestada a un libro mío y ahora quiero extender esa expresión de gratitud a su disposición para que su artículo se publique traducido en este libro.

Porque ese artículo fue traducido, muy rápidamente y nada menos que por el entonces Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. En efecto, con el título *Las ideologías del proceso en un reciente ensayo*, la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2003, núm. 3, pp. 31 a 44, acogió la traducción revisada por el Dr. Roberto O. Berizonce. También éste me ha contestado rápidamente concediendo la autorización para publicar su traducción.

Casi simultáneamente al artículo de Verde le dieron respuesta primero Cipriani (*Il processo civile tra vechie idelogie e nuovi slogan*, en Rivista di Diritto Processuale, 2003, 2, pp. 455-466) y después Monteleone (*Principi e idelogie del processo civile: impresioni de un «revisionista»*, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2003, 2, pp. 575-582), con sendos artículos que se reproducen traducidos, con las debidas autorizaciones. Si los hechos no producidos deben destacarse alguna vez, conviene decir que la Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, por lo menos hasta donde se, no manifestó intención alguna de traducir y de publicar esos artículos.

Puesto el debate en marcha, al mismo se sumó Picó i Junoy con su ponencia a un Congreso Internacional celebrado en Lima en 2003, titulada *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia. Un debate mal planteado* (publicada en «Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional», Lima, Universidad de Lima, 2003, pp. 55-66). El caso fue que esa ponencia se publicó seguidamente en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004, núm. 4, pp. 255-270, que puede no ser necesario pero sí es conveniente recordar que es la revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Aparte de la anterior puede encontrarse también una extensa referencia en su obra sobre *El principio de la buena fe procesal* (Barcelona, 2003). De estas dos aportaciones publicamos aquí la ponencia, también previa autorización, y no el libro por razones obvias.

Mientras sucedía todo lo anterior en Portugal se hacía hecho eco del debate Luís Correia de Mendonça poniendo de manifiesto el origen autoritario de la orientación procesal civil portuguesa, y así puede verse su libro *Direito Processual Civil. As origens en José Alberto dos Reis* (Lisboa, 2002). No podemos publicar aquí el libro, pero luego veremos que sí acogeremos el caso de Portugal.

Después de las varias aportaciones que hemos reseñado, en las Navidades de 2003 y el Año Nuevo de 2004 me sentí poco menos que obligado a volver a la base ideológica del proceso civil y lo hice para terciar en una polémica que no había buscado pero que no podía abandonar una vez iniciada. De esta manera escribí durante las vacaciones un artículo que titulé *El proceso civil llamado «social» como instrumento de «justicia» autoritaria*, el cual apareció casi simultáneamente en la Rivista

di Diritto Processsuale (*Il processo civile «sociale» como strumento di giustizia autoritaria*, 2004, 2, pp. 553-579) y en Actualidad Civil (2004, marzo, segunda quincena, número 6, pp. 597-619). Después me lo pidieron en Perú y allí apareció en Actualidad Jurídica (publicación mensual de Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2004, tomo 125, abril, pp. 57 a 76) y lo remití a la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal donde fue publicado (2004, núm. 6, pp. 15 a 50).

En Italia en la Rivista di Diritto Processuale el artículo fue publicado con una *Postilla* de Verde (2004, núm. 2, pp. 580-582), de la que fui advertido debidamente por G. Tarzia. Por cierto que este debe ser el momento adecuado para recordar a este amigo desaparecido en los días finales del mes de febrero de 2005, que no sólo abrió las puertas de «su» revista al debate sino que animó para el desarrollo del mismo y que llegó a sugerir alguna vía de entendimiento. En su último mensaje me decía:

> Caro Amico,
>
> ho letto con vivissimo interesse il Tuo saggio e sarò molto lieto di pubblicarlo sulla Rivista di diritto processuale. Esso contribuisce, in modo tanto limpido quanto efficace, a proseguire una discussione su un tema fondamentale per i nostri studi, e vi apporta argomenti di grande valore. Personalmente non so se, tra l'attribuzione piena e la negazione assoluta dei poteri probatori del giudice, tertum non datur; e penso alla «costruzione» di tali poteri come «marginali» — laddove pure sussistono— e solo eventualmente integrativi delle lacune probatorie rimaste dopo l' istruttoria sulle istanze delle parti, che almeno una parte della dottrina e della giurisprudenza italiana, prima nel processo del lavoro e poi anche nel processo civile ordinario, ha soltanto ritenuto legittimi. Aggiungo queste poche parole solo per sottolineare uno degli spunti di riflessione, che il Tuo importante saggio ha ridestato in me. Con molti cordiali saluti. Giuseppe Tarzia

En el camino indicado por Tarzia siempre he estado animado a andar con quienes estén dispuestos a hacer el camino juntos, si bien ello nos exigirá a todos «llamar a las cosas por su nombre y en dejar claro que determinadas tomas de posición aparentemente jurídicas se explican desde una determinada concepción de las relaciones del Estado y del Individuo, sea cual fuere esa concepción, sin tapujos. Todos deberíamos estar interesados en aclarar el origen y el contenido real de las posiciones que se defienden aparentemente como jurídicas, sin asustarse de llamar a las ideas por su nombre» (cita del texto de la carta remida al Dr. Morello a la que aludo seguidamente).

El debate central ha dado todavía lugar a dos artículos centrados directamente en el mismo y que han aparecido los dos en el núm. 7, 2005, de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Uno de ellos se debe a Monteleone y se titula *El actual debate sobre las «orientaciones publicísticas» del proceso civil* (pp. 223-246; publicado también, con algunas modificaciones y en italiano, en www.judicium.it), habiendo aparecido en la Revista por impulso de quien este prólogo firma; el otro artículo corresponde a la pluma de José Carlos Barbosa Moreira que lo titula *O neoprivatismo no processo civil* (pp. 13-29), si bien aquí lo publicamos traducido, al parecer por Roberto O. Berizonce, y con el título *El neoprivatismo en el proceso civil*; no puedo dejar de expresar el reconocimiento al amigo Barbosa Moreira, que no tuvo duda alguna en darme la oportuna autorización y aún en remitirme el texto traducido.

No tan centrado en el debate, pero con interés para el mismo, es la ponencia remitida por Adolfo Alvarado Velloso al XXVI Congreso Nacional Colombiano de Derecho Procesal (Bogotá, septiembre de 2005) y titulada *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*. Como se verá en la misma Alvarado fue de los primeros en alzar la voz contra un sistema que califica de inquisitivo.

* * *

Los trabajos que he citado son aquellos que pueden entenderse propios del debate que estoy denominado ideología y proceso civil o que podrían atender al predominio de la libertad o de la autoridad, pero el caso ha sido que ha surgido un incidente que se ha producido en la Argentina. El incidente tiene su origen en una sentencia. Esto requiere una explicación.

Para el lector español es necesario hacer dos precisiones:

1.ª) En los órganos judiciales colegiados argentinos los componentes de los mismos (camaristas o ministros) no debaten oralmente los asuntos sino que se produce una votación por escrito, de modo que la sentencia se compone fundamentalmente de esos votos escritos.

2.ª) Producido un empate entre los ocho ministros de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires entra a votar y, por tanto, a desempatar, el presidente del Tribunal de Casación Penal, que lo es el Dr. Federico G. Domínguez. Su voto dirimente, por la extensión

y por el contenido, me ha llevado en el Índice de este libro a atribuirle la sentencia.

El caso decidido en la sentencia puede producirse en cualquier país, y de hecho tengo noticia de que se ha suscitado en España y de que está pendiente de decisión en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo un caso idéntico. Se trataba de que:

1) En un proceso declarativo se dicta sentencia de primera instancia en la que se condena al demandado a pagar una cantidad de dinero y, al mismo tiempo, existe un pronunciamiento determinado sobre intereses. Contra la sentencia se interpone recurso por el condenado, pero en la impugnación no se cuestiona el pronunciamiento de los intereses y el caso es que, al final del proceso de declaración, el pronunciamiento en cuestión se convierte en firme y queda cubierto por la cosa juzgada.

2) Puesta en marcha la ejecución de la sentencia y, en concreto, el pronunciamiento sobre los intereses, se puso en discusión el sentido de ese pronunciamiento, llegando la Cámara de Apelación a entender que podía alterarse el sentido de la sentencia a ejecutar, por cuanto la misma era contraria a la doctrina de la Corte Suprema. Consiguientemente estimó que la condena firme a los intereses debía modificarse en el sentido de adecuar estos a la doctrina normal en la jurisprudencia.

3) Contra esa sentencia de la Cámara, que modifica el sentido del pronunciamiento que se está ejecutando, se alza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, y en la Corte Suprema se dividen sus ministros, pues mientras una mitad sostiene que debe estarse a lo establecido en la sentencia pasada en cosa juzgada, alegando la existencia de preclusión, con lo que no puede modificarse la misma, la otra mitad de ministros se inclina por la modificación, atendiendo a lo que llama *justicia material* del caso.

4) El Dr. Domínguez en su voto dirimente decide que el recurso debe estimarse, debiendo estarse en la condena de intereses a la sentencia que se convirtió en firme.

La sentencia mereció una nota del Dr. Augusto Mario Morello que se publicó en LexisNexis, Jurisprudencia Argentina de 18 de febrero de 2004. Lamentablemente no puedo publicar esa nota porque el Dr. Morello no ha accedido a mi solicitud de autorización para reproducirla en este

libro. En cualquier caso la nota, después de exponer el objeto de la controversia, se centra en dos consideraciones, una propia del caso y otra general.

Del resumen anterior que hemos hecho del caso se desprende claramente que lo debatido es, entre otras cuestiones, el valor que deba darse a la cosa juzgada. Para el Dr. Morello en general la cosa juzgada es «un concepto político que no es la panacea legitimadora del abuso y que por sí solo no da derechos al vencedor», lo que supone que los jueces, a pesar de la existencia de la misma, no pueden llegar a conclusiones que sean contrarias a su idea de la justicia; se trata de que los jueces deben hacer justicia, para lo que no debe ser obstáculo la cosa juzgada. Por ello se adhiere a un «fermentador activismo (responsable y con límites)», que debe facilitar «las lecturas creativas de los jueces».

En síntesis, la tesis del Dr. Morello, ahora ya en particular y conviene repetirlo porque las cuestiones graves deben ser entendidas correctamente, es que la cosa juzgada es un concepto político el cual por sí mismo no da derechos al vencedor en el proceso de declaración; de este modo, si los jueces estiman que el pronunciamiento con cosa juzgada sobre intereses es contrario a «su» idea de justicia, no deben dejarse atrapar por visiones dogmáticas o rígidas, sino que deben atender a la realidad, pudiendo alcanzar metas justas y creativas. En concreto los jueces, después de la cosa juzgada y ya en la ejecución, deben cambiar el sentido del pronunciamiento sobre intereses pues así se corresponde con los criterios que nos acercan raudamente hacia el Estado de Justicia.

Lo anterior es muy grave, y lo es tanto porque se afirma que la cosa juzgada no atribuye derechos a quien se ve favorecido por la sentencia dotada de ella, como porque a los jueces lo que les debe importar es «su» idea de la justicia, no la idea de justicia de la ley legítimamente promulgada. Además debe resaltarse la consideración general de la que llama «carpa ideológica». Aquí de lo que se trata es de que:

1) Quienes no opinen como la mayoría a la que Morello representa deben guardar silencio para no dividir a la comunidad de estudiosos y políticos del proceso. Plantear las bases ideológicas de las posiciones político-jurídicas y calificar a unas de liberales y a otras de autoritarias es incumplir las reglas y estilos del debate científico.

2) En realidad el Dr. Morello no entra en el fondo de la polémica sino que se limita a sostener que quienes dicen lo contrario de lo que él ha defendido a lo largo de su vida son perturbadores de la paz de los congresos.

3) Más todavía, en la Argentina es inútil y perturbador pretender «transplantar demodé polémicas desarrolladas en algunas naciones de Europa en el contexto de los siglos XIX y XX, que no se involucran con nuestra formación y fidelidades democráticas, y en modo alguno pueden anublar la clara posición republicana del contrincante».

A pesar de que el Dr. Morello no me cita literalmente basta leer la sentencia y advertir que aquél sí cita los trabajos de Verde y de Cipriani, antes dichos, para comprender que buena parte de sus alusiones se dirigen a mi y a mi intervención en las Jornadas de San José de Costa Rica; esto me llevó a escribir, durante la Semana Fallera de 2004, otra nota, titulada *La ideología de los jueces y el caso concreto. Por alusiones, pido la palabra*, que se publicó en LexisNexis, Jurisprudencia Argentina de 05/05/2004, pp. 11-16.

Poco después de la publicación de las dos notas, la del Dr. Morello y la mía, recibí una carta del Dr. Morello que sí publico, y lo hago seguida de mi contestación. El que el destinatario de una carta, por particular que ésta sea, la haga de conocimiento público no afecta desde luego, por lo menos en el Derecho español, a derecho alguno del autor de la misma. Habiéndoseme denegado la autorización para publicar su nota, no me queda más opción que dar al conocimiento general la carta, pues esa es la manera de tener conocimiento directo de la razón de la nota.

He adelantado que el Dr. Morello no ha accedido a que aquella su nota se publique ahora en este libro. Sobre su decisión nada que decir, pues nadie debe juzgar, es decir, valorar, las decisiones que otra persona toma en tanto estén dentro de su ámbito de disposición. He dicho en más de una ocasión que la mejor «razón» para hacer o para no hacer algo, siempre que se trate de aquello que está en el ámbito de la libertad, es querer o no querer, y sin que se tenga que dar explicación alguna. Con todo, las cosas cambian un tanto cuando sí se quiere justificar la decisión con argumentos, pues entonces esos argumentos pueden o no compartirse. Al efecto de que puedan conocerse los argumentos dados por el ilustre profesor y abogado argentino para no autorizar la publicación en estas

páginas de su nota tengo que dar cuenta aquí de otra carta, de aquella en la que el Dr. Morello me hace llegar su respuesta negativa.

Esta carta está fechada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 28 de junio de 2005 y en ella, después de justificar una cierta demora en la respuesta a mi petición en razones de salud, y de decir que no accede a mi «pedido de una publicación conjunta con muy calificados profesores sobre el tema de los poderes del juez», pasa a exponer estos motivos:

> «a) Con el profesor Luigi Paolo Comoglio de Milán, hemos trabajado para el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal sobre Bases Uniformes del Proceso Justo, en el cual se concretan nuestros puntos de vista que están ahora en consideración de los colegas de Iberoamérica (la iniciativa integra *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Giappichelli Editores, Torino, 2004, pp. 409-421).
>
> b) La dimensión actual de los procesos sociales, especialmente en el ámbito del derecho ambiental, provoca una reelaboración a tono con la dinámica de las tutelas diversificadas y con la protección efectiva de numerosos Derechos Fundamentales como es el ambiente sano y aquello concerniente a la lucha contra la corrupción, esencial en nuestra América y para el tiempo inmediato. El protagonismo del juez, por razones que no es del caso enumerar, en todos ellos es fundamental, claro que siempre preservando las exigencias del proceso justo.
>
> Por eso me parece más atinado diferir mi participación hasta que contemos con el balance crítico de las iniciativas en curso y un nuevo horizonte en las propuestas».

Sin perjuicio del tenor literal de estos motivos, debe quedar claro que lo pedido por mi fue la autorización para re-publicar una nota ya publicada, no para la realización de un trabajo nuevo.

* * *

En el Capítulo Tercero puede el lector encontrar dos aportaciones a un aspecto concreto del debate como es el referido a la buena fe en el proceso civil. Debo empezar por decir lo que no se publica. Hoy por hoy en España la aportación de mayor calado a la buena fe procesal es el libro de Picó i Junoy que se titula precisamente así, pero es obvio que ese libro no puede ser acogido en esta obra, si bien debe remitirse al lector al mismo pues en sus páginas iniciales se alude de modo directo al anterior debate.

Lo que sí se publica es una nota de Cipriani, aparecida en la revista Poder Judicial (2003, núm. 72, pp. 175-181) y titulada *El abogado y la verdad*, que es un magnífico ejemplo de elegancia en el decir y de adecuación a la realidad en lo que se dice. Al tener conocimiento de la existencia de la nota y al leerla reconozco que no pude sustraerme a la tentación de publicarla en España y así lo hice.

A continuación se publica mi última aportación —no se si decir que por ahora— a un aspecto de la polémica, aportación que se escribió por la necesidad de contribuir a un curso del Consejo General del Poder Judicial, el titulado «El abuso del proceso: Mala fe y fraude de ley procesal», celebrado en Madrid los días 23 a 25 de mayo de 2005. Mi aportación se titula ahora *Sobre el mito autoritario de la «buena fe procesal»* y es lo más político que he escrito, de momento.

Por fin el último Capítulo cierra el libro con dos aportaciones que juzgo especialmente importantes. La polémica se inicia realmente con la imputación que hice al *Codice* italiano de 1940 de fascista, imputación que conforme ha ido avanzando la polémica voy entendiendo más acertada, pues luego he debido atender a las leyes nazis de 1933 y de 1941 y especialmente a los códigos de los países comunistas. Ahora bien, es muy fácil decir que un código comunista o una ley nazi reflejan una concepción del proceso que no puede dejar de calificarse cuanto menos de autoritaria, pero no lo es tanto dejar claramente establecido que la base ideológica del autoritarismo, en una u otra manifestación, se encuentra en tantos otros códigos que se han promulgado a lo largo del siglo XX. Este es el sentido de los dos últimos trabajos.

Eugenia Ariano Deho ha realizado la mayor parte de las traducciones que del italiano al español han sido necesarias, pero de la originalidad de su pluma es el artículo *En los abismos de la «cultura» del proceso autoritario* que pone de manifiesto hasta donde puede llegarse en un país como el Perú que parece inicialmente democrático. Tampoco puede ser casualidad que el Código sea obra de la etapa Fujimori; más aún, debería recordarse que si la Comisión Revisora del Código Procesal Civil actuó en la etapa digamos democrática, esto es, la anterior al golpe de Estado de 5 de abril de 1992, el Decreto Ley 25940, de 10 de diciembre de 1992, ya en la peor etapa dictatorial, aquella en que Fujimori asumió todos los poderes, modificó muchos artículos.

No puede dejar de llamar la atención que los panegiristas de ese Código «olviden» que el texto que maneja, y al que alaban sin cuento, en el llamado Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, texto en el que se recoge el Decreto Ley 25940, del que no se quiere tener recuerdo alguno, si bien sería muy conveniente saber su autoría para imputar responsabilidades, aunque no faltan sospechas muy fundadas, por lo menos al no haberse rechazado la autoría.

Un buen día recibí un libro de un juez portugués al que no conocía y del que no tenía noticia. Leí ese libro y descubrí, no ya que su autor conocía perfectamente los términos de la polémica, sino que tenía una visión muy clara de los orígenes autoritarios de los últimos códigos portugueses. El libro era *Direito Processual civil. As origens em José Alberto dos Reis* (Lisboa, 2002) y su autor Luís Correia de Mendonça. La contribución que se ofrece ahora, *80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português*, es un recorrido por los códigos procesales civiles portugueses en el que se evidencia como de un modelo liberal, propio del siglo XIX, se ha pasado a modelos autoritarios en el siglo XX.

Aquí destaca la sintonía existente entre la concepción procesal civil propia del salazarismo, que se manifiesta en muy diferentes normas, pero de modo muy especial en el Decreto de 22 de septiembre de 1926 y en los códigos de 1939 y de 1961, y la asumida después de la Revolución de los Claveles del Veinticinco de Abril en los Decretos de 1995 y de 1996. Tampoco estamos ahora ante casualidad alguna, pues a la postre se trataba del autoritarismo de Antonio de Oliveira Salazar y se trata del autoritarismo de los que se han limitado a seguir una senda sin ni siquiera cuestionarse donde viene y a donde va.

* * *

Este libro es fruto de los avatares de la vida. La mayor parte de los libros que han salido primero de mi máquina de escribir y más recientemente de mi ordenador han sido libros pensados durante largo tiempo, preparados durante algo menos y, normalmente, escritos con cierta rapidez. Por el contrario el presente es un libro que no sido largamente pensado; es un libro que de repente se me ha hecho necesario dar a la imprenta. Las diversas colaboraciones que aparecen en él son todas las que, por un lado, me han permitido sus autores y, por otro, creo que contribuyen a arrojar alguna luz sobre la cuestión.

En cualquier caso he intentado ofrecer los términos de un debate «desde el talante liberal que me gustaría que fuera distintivo de mi manera de estar en la sociedad, en cualquier sociedad, también en la de los estudiosos», y he procurado tratar las ideas de los demás con el mismo respeto con que me gustaría que fueran tratadas las mías.

JUAN MONTERO AROCA
12 de octubre de 2005

# *Con motivo de la traducción al italiano de la obra del Profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español*[*]

IGNACIO DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ
*Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad Complutense. Madrid*

## I

1. Hace algunos meses se publicó la obra de Juan Montero Aroca, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo* (prólogo de Franco Cipriani, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2002). La publicación de este libro ha de ser motivo de satisfacción para los cultivadores del Derecho procesal en nuestro país. Y no ya sólo por el libro en sí, sino por tratarse de una traducción al italiano. *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo* es la traducción italiana de la obra *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2001), ya conocida por los procesalistas españoles. Aunque en estas líneas se informará al lector del contenido del libro (como digo, prácticamente idéntico en sus versiones española e italiana), lo que de verdad hace destacable, necesario y de justicia glosar esta obra es que se trata de la primera vez, que sepamos, que la obra de un procesalista español es traducida al italiano. Éste es motivo de satisfacción y de orgullo compartidos. Signi-

---

[*] Publicado en Tribunales de Justicia, 2003, núm. 5, pp. 37-46.

fica mucho que una de las obras de Juan Montero Aroca haya sido publicada en Italia. Significa mucho para el autor, en la medida en que son pocos los juristas españoles a los que se les ha hecho semejante honor. Y creo que, sin pretender que todos nos apropiemos del triunfo, significa mucho para todos los que nos dedicamos al Derecho procesal y hemos bebido en las fuentes doctrinales italianas. No creo que sea exagerado decir que supone un reconocimiento al esfuerzo y dedicación de la doctrina procesalista española, que se personifica en uno de sus autores más ilustres.

## II

2. Supongo que nada sucedería si incurriese en el tópico de decir que el Profesor Montero Aroca no necesita presentación. Sin duda, el tópico, como casi todos, es cierto. Y, sin embargo, he de decir que cuando, con mucha frecuencia, en actos académicos y conferencias escucho o en escritos leo algo parecido a lo que acabo de decir, esto es, que alguien no necesita presentación, más allá del elogio implícito que ello supone, siempre me queda un poso de insatisfacción. Incluso cuando se trata de una persona a quien uno conoce y cuya obra ha tratado de cultivar siempre cabe decir algo más que el tópico. Naturalmente, el simple hecho de relatar el extenso *curriculum vitae* del Profesor Montero Aroca consumiría un espacio que la ocasión requiere que dedique a su libro. Pero no está de más aprovechar la ocasión para decir ese *algo más*.

3. Juan Montero Aroca es un albaceteño de nacimiento (de Elche de la Sierra) y un valenciano de adopción que a lo largo de su vida se ha convertido en una de las principales figuras del Derecho procesal español; sin duda del actual, pero también, sin exageración alguna, del de todos los tiempos. Lo primero que a cualquiera se le ocurriría señalar de él es que ha cumplido y sigue cumpliendo sobremanera las tres funciones propias de todo universitario: la docencia, la investigación y la formación de nuevos universitarios. Discípulo destacado del queridísimo maestro D. Víctor Fairén Guillén, se licenció y después se doctoró en Derecho por la Universidad de Valencia. Tuvo la oportunidad de realizar una estancia de investigación en Roma, en la que inició su apego a la doctrina italiana, conocida por los seguidores de sus trabajos. Fue sucesivamente profesor adjunto, profesor agregado y catedrático de Derecho procesal

(primero, en Oviedo y después, desde 1977 hasta la actualidad, de la Universidad de Valencia). Antes de decir algo sobre su obra científica, hay que señalar, como facetas de su trayectoria, que se trata de un conferenciante infatigable; que no ha rehuido los compromisos editoriales; que ha realizado una importante labor jurisdiccional desde 1989 como magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana; y, sobre todo, que ha trabajado arduamente por mantener y mejorar las relaciones del procesalismo de nuestro país con el del mundo iberoamericano.

Decir que su obra es inmensa en cantidad y calidad posiblemente sea decir poco. Quienes le conocemos sabemos que se trata de un escritor infatigable y, sobre todo, que nunca defrauda (se esté o no de acuerdo con sus opiniones y argumentos). Su obra abarca ya casi 250 publicaciones, lo que puede dar una idea de la dimensión de su labor. Quizás lo que más llama la atención del conjunto de su obra es su amplio espectro. El Profesor Montero Aroca ha tratado las grandes cuestiones de nuestra disciplina, los temas procesales civiles, los procesales penales, los procesales laborales (éstos, desde luego, más que ningún otro procesalista), los temas orgánicos y los temas históricos (en la estela de su maestro el Profesor Fairén). Resulta casi un reto citar algunas de las principales parcelas del Derecho procesal como disciplina científica en la que el Profesor Montero Aroca no se haya adentrado alguna vez.

4. Quizás lo mejor que se me puede ocurrir decir es que cuando empiezo a leer cualquier trabajo del Profesor Montero Aroca (ya sea un nuevo trabajo o alguno de los que nunca había leído), tengo la absoluta certeza no sólo de que no me veré defraudado, sino de que aprenderé y me veré forzado a pensar. Por eso me congratulo de que los italianos —a quienes, como muchos saben, tengo en alta estima— tengan desde hace unos meses la oportunidad de leer en su propia lengua al menos uno de sus libros.

## III

5. El libro comienza con un prólogo de Franco Cipriani, profesor ordinario de Derecho procesal civil de la Universidad de Bari, promotor de la traducción. El prólogo obviamente no constaba en la edición

española y está destinado al lector italiano. Es, por así decirlo, la explicación que un procesalista italiano da a sus colegas de la importancia del libro de un procesalista español. No obstante, el prólogo de Franco Cipriani es también mucho más que eso. Es, desde luego, incisivo y provocador; y ha abierto un cierto debate sobre sus afirmaciones en Italia. Pero de ello se hablará al final, aunque se trate del prólogo, ya que creo más conveniente empezar por intentar condensar para el lector español el contenido del libro.

6. El libro se divide en tres capítulos, precedidos de una introducción en que se justifica la conveniencia de recapacitar sobre lo que ha sido y sobre lo que puede ser el proceso civil, con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

El primer capítulo lleva por título *Il modello processuale liberale e scritto (o il processo della LEC del 1881)*. En él se da cumplida cuenta de la evolución del proceso civil español desde las Partidas hasta la actualidad y de los principios (procesales y procedimentales) que, en cada etapa histórica, han caracterizado el proceso civil español.

La recepción del Derecho común a través de las Partidas llevó a configurar el proceso civil como un instrumento complejo, lento y formalista, en que predominaba la escritura y en que las facultades procesales del juez resultaban muy limitadas. Sólo de este modo —se pensaba— se salvaguardaba el derecho de defensa que asistía a las partes y se garantizaba la seguridad jurídica. Se trataba de un proceso ordinario y plenario: lo primero, porque era cauce adecuado para sustanciar cualquier tipo de pretensiones; lo segundo, porque, no estando limitadas las posibilidades de alegación y prueba, la sentencia desplegaba eficacia de cosa juzgada, haciendo imposible un proceso posterior.

Mas junto a este *solemnis ordo iudiciarius* nuestro país también conoció un segundo tipo de proceso caracterizado por la oralidad y por la supresión de formalidades superfluas: los juicios plenarios rápidos. Este segundo modelo procesal encontró campo abonado en el ámbito mercantil, pues la fluidez de las relaciones comerciales demandaba rapidez y ausencia de formalismos en la resolución de los asuntos; ventajas ambas que el proceso ordinario era incapaz de proporcionar.

Durante siglos, por tanto, coexistieron dos sistemas procesales, aunque sin relación entre sí: el proceso plenario rápido, en el ámbito mercantil,

y el proceso plenario ordinario, en el ámbito civil. Esa «coexistencia independiente» se mantuvo hasta el inicio de la época codificadora, en el siglo XIX. Hay que matizar, no obstante, que la codificación no supuso la unificación de los dos sistemas, sino el acercamiento del proceso mercantil al ordinario civil hasta la desaparición de aquél con el Decreto de Unificación de Fueros de 1868.

La codificación del proceso civil en España no supuso desprenderse del secular modelo de proceso ordinario. Cuantas iniciativas diseñaron un proceso inspirado en los principios de oralidad, inmediación, concentración y aumento de los poderes procesales del juzgador pronto fracasaron. Así sucedió, en efecto, con la Ley de 10 de enero de 1838 y con la Instrucción del Marqués de Gerona, de 30 de septiembre de 1853. El apego a la concepción del viejo *solemnis ordo iudiciarius* y a sus principios inspiradores determinó, pues, que las leyes procesales civiles del siglo XIX (las españolas y, por influencia de éstas, algunas de las iberoamericanas) se articulasen sobre la base de aquel modelo de juicio plenario y ordinario. Tal fue el caso de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que confió a las partes el impulso procesal, privó al juez de cualquier control de los presupuestos procesales y erigió la escritura, la mediación y el secreto y dispersión de las actuaciones en caracteres del proceso civil. Y tal fue el caso también de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que, ignorando lo que estaba sucediendo en otros países de Europa, asumió el sistema de principios del viejo juicio ordinario.

El más de un siglo que ha estado vigente la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 ha servido para corroborar lo que ya algunos criticaron desde el mismo momento de su entrada en vigor: la inadecuación del juicio ordinario de mayor cuantía para sustanciar la mayor parte de los asuntos y la inadecuación misma de la Ley procesal como cauce de tutela ordinaria en el ámbito del Derecho privado. Una y otra circunstancia desencadenaron un fenómeno de huida tanto del juicio ordinario como de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo que hace al juicio ordinario de mayor cuantía, la progresiva elevación del umbral cuantitativo de los asuntos que debían encauzarse a través de él supuso poco a poco su disminución en la práctica hasta casi desaparecer. En cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Civil en general, el fenómeno de huida se concretó en la regulación de procesos especiales o especialidades proce-

sales en una pléyade de leyes materiales, dando lugar a una impresionante proliferación de procesos civiles.

Aunque la incapacidad de la Ley procesal civil para dar respuesta a los conflictos de la sociedad del siglo XX pretendió atajarse mediante la técnica de reformas urgentes y parciales, el resultado se reveló insuficiente para atender a las necesidades de la realidad. La sociedad demandaba una nueva Ley capaz de solventar eficazmente sus problemas. A esta exigencia ha dado cumplida respuesta la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en vigor desde el día 8 de enero del año siguiente.

Al margen de los detalles, la más importante aportación de la Ley 1/2000 es la asunción de un nuevo modelo procesal civil —el de los juicios plenarios rápidos— y, por tanto, el abandono del modelo de proceso ordinario del Derecho común. El aumento de la litigiosidad característico de toda sociedad desarrollada sólo podía atajarse mediante un modelo procesal que permitiese una tutela pronta y, sobre todo, eficaz. Es esta finalidad la que justifica que el nuevo modelo procesal sea el de los juicios plenarios rápidos y también la razón de que la oralidad, la inmediación, la concentración y la publicidad de las actuaciones sean las notas caracterizadoras del procedimiento.

7. Bajo el título «*I principi del nuovo processo civile (o della concezione liberale e garantistica)*» examina el Profesor Montero Aroca los principios del nuevo proceso civil español. El primero de ellos es el principio de oportunidad. Este principio, no expresamente recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, trae causa del régimen económico asumido en nuestra Constitución. En este sentido, entiende el autor que en tanto nuestra Carta Magna reconoce el derecho a la propiedad privada y la iniciativa económica de los particulares, también consagra la autonomía de la voluntad y el derecho de los ciudadanos a defender sus intereses a través del proceso, si es que así lo estiman oportuno.

Derivación directa de la autonomía de la voluntad de los ciudadanos y del principio de oportunidad es el principio dispositivo, en cuya virtud la iniciación del proceso, la determinación de lo que haya de ser su objeto y su propia subsistencia quedan en manos de la voluntad de las partes. La Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce sin ambages su inspiración en este principio; reconocimiento que no se contradice con la

regulación de procesos no dispositivos ni con la atribución al juez de potestades de dirección procesal.

Atendido lo último, es decir, el aumento de las potestades judiciales de dirección del proceso, cabría pensar que la nueva Ley procesal civil se adhiere al denominado fenómeno de *socialización* del proceso civil o de concepción publicista del mismo. Nada más erróneo y ajeno a la realidad. La Ley 1/2000 se halla en los antípodas de las bases ideológicas en que se gestó aquel fenómeno. En este sentido, recuerda el Profesor Montero Aroca que la concepción publicista del proceso civil hunde sus raíces en una ideología autoritaria y fascista, en que el aumento de poderes del juzgador entrañaba en realidad la abolición del protagonismo de las partes en el proceso. La Ley de Enjuiciamiento Civil parte, sin embargo, de una concepción liberal y garantista del proceso; éste sigue siendo «cosa de partes» y el juez un tercero imparcial que ve aumentados sus poderes no en detrimento de los poderes de las partes, sino en beneficio mismo del proceso y de su regularidad formal. Al hilo de lo anterior, se detiene el autor a analizar cómo se reparten en la Ley de Enjuiciamiento Civil los poderes de dirección del proceso.

Las facultades materiales de dirección del proceso (esto es, las que atañen al objeto del proceso e influyen directamente en la eventual decisión de fondo) son prácticamente monopolizadas por las partes. A ellas corresponde, en efecto, aportar al proceso los hechos en que fundamentan sus pretensiones y resistencias y las pruebas que permitan tener aquellos hechos por ciertos en la sentencia. El juez ni puede fundar su decisión en hechos no afirmados por las partes, ni ignorar los hechos admitidos por éstas. De hacerlo, se estaría inmiscuyendo en la delimitación del objeto del proceso y del debate, adoptando una posición de parte que no se compadece con su función ni con la esencia del modelo.

Distinta de la anterior es la posición del juez frente a las normas jurídicas alegadas por las partes en su defensa. Y es que, en la medida en que la fundamentación jurídica nada añada a la delimitación del objeto procesal y dado que incumbe al juez el deber de conocer el Derecho, éste no está vinculado a las alegaciones jurídicas de las partes. La potestad del juez de fundar su decisión en normas distintas de las alegadas por las partes —condensada en el brocardo *iura novit curia*— está sujeta, sin embargo, a los límites que impone el principio dispositivo. El juez no

puede condenar a lo no pedido por la parte o a más de lo pedido por ésta, pero tampoco hacerlo con base en normas distintas de las aducidas si ello supone apartarse de las razones en que la parte fundó su petición. En todos estos casos, incurriría en incongruencia.

A diferencia de las materiales, las facultades de dirección formal del proceso no afectan al contenido de la sentencia sino al proceso en sí mismo. Más exactamente, las facultades procesales de dirección permiten, de una parte, controlar la regularidad formal o técnica del proceso (control de los presupuestos procesales) y de los actos procesales concretos; y, de otra parte, impulsar el procedimiento en sus distintas fases (impulso procesal). Resulta claro, en este aspecto, el cambio que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 supone respecto de su antecesora. A ello ha de añadirse, como señala el autor, la puesta en práctica de toda una serie de expedientes para evitar que el proceso termine con una sentencia absolutoria de la instancia. A dicho propósito responde, en buena medida, la audiencia previa del juicio ordinario.

El incremento de las potestades judiciales de dirección del proceso va más allá del control de los presupuestos necesarios para dictar sentencia sobre el fondo. La Ley también refuerza las potestades judiciales de índole coercitiva para impeler el cumplimiento de las resoluciones o para sancionar comportamientos procesales manifiestamente contrarios al logro de una tutela judicial efectiva. Tras estas potestades coercitivas —concretadas en la imposición de sanciones o multas— ve el autor un escollo a la concepción liberal del proceso civil. Esta visión parte del entendimiento de que en el reverso de dichas potestades coercitivas lo que hay son *deberes* procesales de las partes, lo que es propio de una ideología autoritaria, fascista o comunista. El caso más sintomático —escribe Montero Aroca— es el mito de la buena fe procesal, ya que la obligación de las partes y de sus abogados de colaborar con el juez sólo tiene sentido en un contexto ideológico que da por sobreentendido que los ciudadanos no tienen derecho a pelear por algo que es suyo y con todas las armas que les proporciona el ordenamiento jurídico.

Otro mito que, según el autor, se cierne sobre el proceso civil es la consideración de la prueba como medio para el descubrimiento de la verdad. Que la búsqueda de la llamada *verdad material* no puede ser función de la prueba civil es una conclusión que, en la exposición del

Profesor Montero Aroca, estos cuatro argumentos hacen irrefutable: 1º) Sólo los hechos afirmados por las partes existen para el juez. Éste no puede salir a la búsqueda de hechos no alegados por las partes. 2º) Únicamente cuando los hechos afirmados por las partes resultan controvertidos es posible realizar actividad probatoria. Si no hay controversia en las afirmaciones fácticas, el juez debe tenerlas por ciertas en la sentencia. 3º) La prueba en el proceso civil no comporta una actividad de investigación, sino de mera verificación de aquellos hechos que, afirmados por las partes, resultan controvertidos. 4º) La actividad verificadora propia de la prueba civil ha de realizarse conforme al procedimiento legalmente previsto y no de cualquier forma. Además, en esa actividad de verificación no todo vale. Así, por ejemplo, el juez no puede tener por probados aquellos hechos verificados o comprobados de forma ilícita.

Con la destrucción del mito de la prueba como instrumento para obtener la verdad cae el principal estandarte enarbolado por los partidarios de conceder al juez iniciativa probatoria. Pero no es esto lo que más preocupa al autor de la obra. Antes bien, lo que ocupa su pensamiento es, una vez más, la ideología totalitaria y antiliberal que dio a luz a los mitos de la verdad material y de la necesidad de aumentar los poderes del juez respecto de la prueba. No se debe —viene a decir Montero Aroca— optar por un determinado modelo de juez y desconocer la ideología implícita que sirve de base a dicho modelo; ni abogar por que el juez goce de iniciativa probatoria sin saber que en el fondo de esa idea latió en su origen el más puro autoritarismo. Trasladando estas reflexiones al ámbito de la legislación positiva, llega el autor a la conclusión de que en la Ley de Enjuiciamiento Civil se mezclan tintes liberales y autoritarios, pues, aun cuando el artículo 282 confiere expresamente la iniciativa probatoria a las partes, otros preceptos establecen una posible iniciativa de oficio respecto de la proposición y práctica de la prueba (*vid.* arts. 429.1 y 435. 2).

Al descartarse que la prueba civil tenga por objeto el hallazgo de la verdad, se concluye que su auténtica función es lograr la certeza del juzgador acerca de los hechos afirmados y controvertidos por las partes, en el bien entendido de que esa certeza derivará, en unos casos, de la propia convicción del juez sobre los hechos y, en otros casos, de las

normas sobre valoración legal de la prueba. Con ello enlaza el autor con los sistemas de valoración de la prueba; otro de los terrenos en que los mitos no han dejado ver la realidad y sobre el que, a juicio del autor, se ha actuado con cierto maniqueísmo.

Tradicionalmente se han distinguido dos sistemas de valoración de la prueba: el sistema de valoración libre y el sistema de valoración legal. Sobre ellos ha existido la creencia generalizada de que mientras el primero respondía a lo moderno y racional, el sistema de valoración legal o tasada respondía a figuras ya superadas en Derecho como la prueba ordálica y la prueba apriorística. La creencia no por generalizada respondía a una incontrovertible verdad histórica.

Las reglas de valoración legal de la prueba, tal y como se conciben en la actualidad, nada tienen que ver con la prueba ordálica ni con la prueba apriorística. Estos últimos sistemas probatorios respondían, respectivamente, a la creencia de que todo dependía de la voluntad de Dios y a la desconfianza en que los jueces establecieran los hechos que debían considerarse probados. Hay concretas reglas de valoración legal de la prueba que encuentran, sin embargo, su justificación en la seguridad jurídica. Con ellas el legislador no pretende suprimir los poderes del juez respecto de la prueba, sino proporcionarle un método para alcanzar la certeza de los hechos. Ese método consiste en ciertas máximas de experiencia legalmente objetivadas. En coherencia con esta atinada visión de las cosas, el autor considera que las reglas legales de valoración probatoria previstas en la Ley 1/2000 respecto de los documentos públicos, los privados no impugnados y el interrogatorio de las partes, resultan perfectamente justificables desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

Si lo característico de las reglas de valoración legal de la prueba radica en que es la ley la que fija las máximas de experiencia que debe utilizar el juez, lo propio del sistema de prueba libre no es la plena discrecionalidad del juez a la hora de valorar la prueba, sino el hecho de que esta valoración tenga lugar conforme a máximas de la experiencia no positivizadas, sino destiladas conforme a la denominada *sana crítica*. Así, señala el Profesor Montero Aroca que «prueba libre no es igual a prueba discrecional, sino a prueba en la que el Juez tiene que precisar las máximas de experiencia utilizadas y desde las que ha llegado a su conclusión probatoria».

Concluye esta segunda parte con una llamada de atención acerca de la idoneidad de la concepción liberal y garantista del proceso civil para tutelar de forma efectiva los derechos materiales de las partes. Espléndidos botones de muestra de que esto es así es la novedosa regulación de la ejecución provisional y la atribución de legitimación extraordinaria a las asociaciones de consumidores y usuarios para tutelar intereses supraindividuales.

8. A lo largo del siglo XX, la oralidad ha llegado a ser considerada la panacea de los males de la Administración de Justicia. Pues bien, Montero Aroca se detiene a explicar y demostrar cómo sobre la oralidad se ha construido todo un mito que con el tiempo llegó a desnaturalizarse hasta el punto de constituir una heterogénea idea-fuerza que encubría postulados autoritarios y fascistas. Del origen de ese mito y de lo que ha sido su desarrollo se da cuenta en el capítulo tercero de esta obra, titulado «*I principi del procedimento (o dell'oralità ragionevole)*».

Atribuye el autor la conversión de la oralidad en mito a Chiovenda, quien postuló una reforma del proceso civil italiano basada en la oralidad y en sus principios consecuencia: la inmediación, la publicidad y la concentración de las actuaciones procesales. Para Chiovenda la oralidad no era sólo una forma de los actos procesales. Era, más bien, un modelo de proceso, caracterizado por el predominio de la palabra hablada frente a la palabra escrita; la inmediación del juzgador con las personas cuyas declaraciones tenía que valorar; la identidad entre las personas que constituyan el tribunal durante el juicio y las que dicten sentencia; la concentración de las principales actuaciones en un único acto o audiencia; y la irrecurribilidad de las resoluciones interlocutorias, como principales extremos.

El *codice di procedura civile* italiano de 1940 pareció asumir —al menos, en su redacción originaria— el modelo de proceso oral propugnado por Chiovenda, pues plasmó en su articulado las ideas de oralidad, de aumento de los poderes del juez y de la concentración de las actuaciones procesales que años antes abanderó el maestro italiano. En contra de las apariencias, Montero Aroca argumenta con solidez las razones por las que, en su opinión, el código de 1940 no puede calificarse realmente de chiovendiano, llegando a sostener que el nombre del maestro sólo fue utilizado para justificar la ideología fascista propia de la época.

Otra de las facetas del mito de la oralidad lo constituye el que durante la segunda mitad del siglo XX haya sido utilizado por parte de la doctrina procesalista (así, por ejemplo, por Cappelletti) como la síntesis de los postulados de una necesaria socialización de la justicia civil. Obvio es decir que esta tesis no es compartida por el autor de esta obra, para quien el fenómeno de la socialización del proceso civil sólo puede basarse en una negación de la existencia de verdaderos derechos subjetivos privados.

El Profesor Montero Aroca transmite con su habitual brillantez cómo han existido ciertos desmanes doctrinales en la determinación de lo que debía entenderse por oralidad. Ello le sirve de base —y acicate— para replantearse su significación actual. En este propósito, parte el autor de la idea de que la oralidad es un principio referido a la forma de los actos procesales y no a su contenido; por lo que la oralidad constituye un principio del procedimiento y no del proceso. Partiendo de esta premisa, calificar un procedimiento de oral o de escrito es, a su juicio, un problema de prevalencia o preeminencia. Matiza, sin embargo, el autor que, a la hora de determinar si lo oral prevalece sobre lo escrito (o viceversa), no debe estarse a la forma de un solo acto (por ejemplo, a la forma oral o escrita en que las partes hayan formulado sus pretensiones o resistencias), sino a la del conjunto de todos ellos y a los restantes principio del procedimiento.

Atendidas las anteriores consideraciones y teniendo en cuenta la estructura y principios del procedimiento diseñado en la Ley 1/2000, llega el autor a la clara conclusión de que la nueva Ley procesal civil se ha inclinado por la oralidad y de que lo ha hecho de modo razonable, sin dejarse llevar por los desbordamientos que aquel concepto sufrió durante el siglo XX.

9. Termina su libro el Profesor Montero Aroca con una admonición que todos deberíamos tener muy en cuenta: es hora de dejar de lado la mítica jurídica y de volver a la realidad. En el ámbito civil, esa realidad debería ser, en esencia, la de un proceso que sirva como instrumento para la mejor protección de los derechos privados y en que el juez sea un tercero imparcial entre partes parciales. La conclusión puede parecer obvia, pero, a juicio de quien suscribe, es magistral, porque encierra toda la enseñanza histórica acerca de los peligros que entraña separarse de ella.

## IV

10. Del prólogo del Profesor Franco Cipriani lo que más interesa destacar es que estima que la obra del Profesor Montero Aroca es insertable dentro de la corriente que el prologuista viene a denominar el *revisionismo*. Según Cipriani, se trata de una corriente tremendamente minoritaria, pues está integrada propiamente sólo por dos autores italianos; si bien, según el prologuista, ahora serían al menos tres, pues encuentra en el Profesor Montero Aroca a un miembro más de la corriente. El revisionismo de Cipriani (ilustrado en varias de sus obras y, sobre todo, en su *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Giuffrè, Milán, 1991), se condensa en la tesis de que el *codice di procedura civile* italiano de 1940 es un código esencialmente antiliberal, autoritario y fascista. Esta tesis contradice la visión más comúnmente aceptada en Italia durante los últimos sesenta años de que el c.p.c., pese a haber sido concebido, redactado, aprobado y puesto en vigor durante el fascismo, es un código que respeta los postulados básicos de la libertad individual y de la autonomía privada y, sobre todo, que supuso (pese a las *contrarreformas* posteriores) la consagración del modelo chiovendiano de proceso civil. Para Cipriani, por el contrario, es el autoritarismo y fascismo del c.p.c. la principal causa de los males de la justicia civil italiana de las últimas décadas y postula que la doctrina italiana debería reconocer sin ambages este hecho e invertir drásticamente muchos de sus postulados. Principalmente, el en esta ocasión prologista del Profesor Montero Aroca considera que los problemas del proceso civil no se resuelven privando de derechos a las partes y aumentando los poderes del juez, que es lo que se habría hecho en Italia desde 1940, y que el tipo de proceso civil querido por la Constitución republicana italiana, esto es, un proceso civil construido desde el punto de vista del que pide justicia y no desde el punto de vista del que la administra, ha sido dejado de lado en los últimos sesenta años. Para Cipriani, el reconocimiento del carácter autoritario del código procesal civil italiano le conduce a postular la necesidad de una superación y abandono de la denominada *concepción publicista* del proceso civil, que, aun con todas las críticas imputables a cualquier síntesis, me atrevo a definir como la que postula la ampliación de los poderes de dirección del proceso en manos del juez.

Naturalmente, las posiciones de Cipriani vertidas en el prólogo no podían pasar desapercibidas en Italia y han provocado algunas reacciones, como la de Giovanni Verde («L'ideologie del processo in un recente saggio», *Rivista di diritto processuale*, 2002, núm. 3, pp. 667 y ss.).

## V

11. No estoy seguro de que el meollo de la polémica italiana acerca del carácter más o menos autoritario del c.p.c. sea fácil de entender para los lectores españoles. Además, no me considero en posesión de los conocimientos necesarios para ilustrar ni, desde luego, para verter opiniones sintéticas sobre dicha cuestión. No obstante, el libro del Profesor Montero Aroca, el prólogo de Cipriani y el artículo de Verde me parecen ocasión más que fundada para atreverme a expresar algunas reflexiones sobre el tema. Sobre todo, respecto de la perspectiva de un procesalista español y con la mente puesta en el principal objetivo de estas líneas: el pensamiento del Profesor Montero Aroca.

12. En primer lugar, he de decir que tengo serias dudas de que el Profesor Montero Aroca sea genuinamente un *revisionista*, en el sentido que a este término le da Franco Cipriani. Ciertamente, el autor del libro es el primero que confiesa haber revisado con los años determinadas posiciones que ahora considera casi como pecados de juventud. Así, Montero manifiesta que el tiempo y la reflexión le han conducido a *revisar* determinadas posiciones propias sobre lo que, por sintetizar, denomina la concepción *social* o *publicista* del proceso civil. Y es verdad también que en su libro el Profesor Montero considera que hay determinados elementos del código italiano que, a sus ojos, son derivación directa del período autoritario en que se gestó. Ahora bien, una cosa es revisar los propios postulados y afirmar públicamente que uno lo ha hecho (signo inequívoco de honestidad intelectual y, en ciertos casos como éste, atributo de un maestro) y otra cosa es considerar que todos y cada uno de los rasgos esenciales del modelo procesal civil del c.p.c. son autoritarios y fascistas; que cualesquiera manifestaciones de aumento de cualesquiera poderes del juez en detrimento de las partes son incardinables en la denominada *concepción social* del proceso civil y han de ser erradicadas; y que son ese código y esa concepción así descritos la

causa de todos los males de la justicia civil italiana. Desde luego, me permito como poco poner en duda que el pensamiento del Profesor Montero Aroca se encuentre ni siquiera próximo a dichas afirmaciones.

No estará de más mencionar que en España alguna experiencia ha habido, por decirlo así, de textos legales no esencialmente autoritarios promulgados en períodos autoritarios. Ciertamente, sería absurdo negar que el código italiano algo ha de deber al régimen político bajo el que fue promulgado. Que no existiera ningún rastro de autoritarismo en el proceso civil concebido en la época fascista sería realmente asombroso. Ahora bien, más que esta polémica me parece más fructífera, desde una perspectiva española, la tarea de deslindar —como hace en buena medida el autor de este libro— qué principios inspiradores de cada concreto ordenamiento procesal civil tienen su base en una concepción totalitaria, autoritaria, social o liberal de la justicia civil.

Llegados a este punto, no estará de más señalar, como de pasada, que no creo que el libro de Juan Montero Aroca se deba leer únicamente en clave de cuáles son las bases ideológicas del proceso civil español y, por extensión, de cuáles son las bases ideológicas respectivas de un proceso civil autoritario y de un proceso civil liberal. Naturalmente, el libro trata de eso, pero no sólo de eso. Dicho lo cual, es cierto que en este libro hay ciertas reflexiones y afirmaciones sobre bases ideológicas de los procesos civiles español e italiano que pueden pretenderse de carácter general.

13. Salvo quien peque de autoritario sin saberlo, no cabe sino estar de acuerdo en la idea de que cualquier ordenamiento procesal civil que desconozca lo que Montero llama el principio de oportunidad y que desconozca el principio dispositivo, es esencialmente autoritario. Naturalmente cabe que un ordenamiento procesal civil contenga procesos civiles en los que dichos principios sean limitados y aun excluidos en atención al interés público subyacente a sus objetos. Pero, como regla general, la autonomía privada debe tener un reflejo procesal. El proceso civil no puede ser en este aspecto sino fiel reflejo de las ideas inspiradoras de las instituciones sustantivas a las que ha de servir de instrumento de tutela jurisdiccional. Resulta de todo punto incoherente construir un proceso civil que niegue los postulados que subyacen al ordenamiento sustantivo civil y mercantil.

Muy atinada es, a mi juicio, la idea de Montero Aroca de que, a efectos de indagar o calificar las bases ideológicas de un proceso civil determinado, hay que distinguir netamente entre los poderes materiales y procesales del juez. Los primeros afectan al contenido de la sentencia, mientras que los segundos afectan a la conducción del proceso. Otorgar al juez mayores, indiscriminados y no meditados poderes materiales ciertamente tiene su base en una concepción no liberal del proceso. No obstante, ahondando en los distingos, seguramente hay que distinguir entre los poderes del juez respecto de la introducción de hechos no alegados y los poderes del juez respecto de la prueba de los hechos alegados por las partes. Respecto del segundo aspecto, cabría reflexionar acerca de si algunas excepciones al exclusivo poder de las partes sobre el *thema probadum* pueden estar justificadas tanto en razones técnicas, como en opciones de políticas jurídica que no deriven necesariamente de una concepción autoritaria del proceso civil, siempre que la concreta regulación de esas limitadas potestades judiciales no alteren la concepción de la prueba. En este sentido, no puedo sino manifestar mi completo acuerdo con las enseñanzas del Profesor Montero Aroca acerca del mito de la verdad material. Si se me permite la ironía, más de una vez he pensado que el problema de considerar el descubrimiento de la verdad material como meta de la prueba civil es que hace muy difícil solucionar el caso de que el juez no la encuentre. Precisando un poco más, verdad material y carga de la prueba son nociones inconciliables. Y un proceso cuya actividad probatoria esté encaminada al descubrimiento de la verdad material ha de encontrar una técnica alternativa a la que suponen las reglas sobre carga de la prueba para permitir al juez dar una solución distinta del *non liquet* en casos de incertidumbre fáctica. En los procesos penales, esa técnica se llama sencillamente *in dubio pro reo*. En los procesos civiles, sin embargo, resulta difícil de concebir.

Asimismo, me parece luminosa y acertada la idea de que a las reglas legales de valoración de la prueba no subyace una concepción ideológica del proceso civil, sino que el principio de seguridad jurídica puede inspirar más que razonablemente a los ordenamientos procesales civiles más modernos y sofisticados el mantenimiento de ciertas máximas de experiencia vinculantes para el juzgador. No hay una relación necesaria y unívoca entre sistema de valoración de la prueba e ideología del proceso. Obviamente siempre que las reglas legales de valoración de la

prueba respondan a una clara y razonable exigencia de seguridad jurídica o sean coherentes con el carácter disponible del *thema decidendum*.

He de señalar que no acabo de compartir la idea de que los poderes coercitivos del juez sean esencialmente manifestación de una concepción autoritaria del proceso en general y del proceso civil en particular; como tampoco alcanzo a persuadirme de que la única interpretación posible del principio de buena fe procesal aboque a una determinada concepción ideológica del proceso civil. Quizás en este tema, como en todos, la cuestión sea de matiz. Sin duda la proliferación injustificada de *deberes procesales* en sustitución de *cargas procesales* sólo pueda ser juzgada en el sentido apuntado por Montero Aroca. Sin embargo, de un lado, el establecimiento de una potestad sancionadora intraprocesal —en forma de multas— está justificada en muchos casos en aras de la efectividad de la tutela jurisdiccional (el caso de la ejecución no dineraria me parece el botón de muestra más claro). Y, de otro lado, en algunos casos la sanción a la conducta de una parte contraria a la buena fe procesal puede ser contemplada como una consecuencia jurídica menos drástica que la inadmisión del acto de parte con la consiguiente preclusión. Dicho en otros términos, a mi juicio la relación entre poderes coercitivos del juez civil y autoritarismo del proceso civil no es unívoca y requiere matices.

Finalmente, me adhiero al ánimo desmitificador del Profesor Montero Aroca acerca de la idea de *oralidad* como síntesis de los caracteres del *proceso social*. Ciertamente, como señala el Profesor Verde, *oralidad*, socialización, concepción pública del proceso civil, etc. son expresiones que condensan una amalgama de postulados de difícil precisión; de modo que cada una de ellas es más un *slogan* que otra cosa. No obstante, entre la *oralidad* como *slogan* pretendidamente condensador de una cierta concepción ideológica del proceso civil y la oralidad como mera forma externa de los actos o principio del procedimiento, creo que cabe entender la oralidad como modelo de justicia técnico y no ideológico. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 es una buena muestra de lo que quiero señalar. Un proceso civil declarativo que pretenda obtener realmente la inmediación y la concentración ha de estar construido sobre la predominancia de la oralidad y conlleva ciertas exigencias técnicas que no afectan sólo a la forma de los actos, sino que implican un entero modelo de la administración de justicia civil. La concentración, la inmediación y la oralidad, erigidas en opción de política jurídica e

implementadas de forma técnicamente correcta por una ley procesal, suponen un modelo global de justicia civil, que afecta, entre otros extremos que se podrían poner como ejemplo, al sistema de control de los presupuestos procesales o al régimen de recursos.

14. Señalé al principio que ningún trabajo de Juan Montero Aroca defrauda y que todos ellos obligan a la reflexión. Con todos ellos se aprende. De este libro cabe decir que, aparte de otros muchos aspectos, permite sentar criterios de análisis general sobre las bases ideológicas de los procesos civiles. Por lo menos a mí me ha hecho pensar sobre ello. Y si a esto se le añade el importantísimo hecho de su traducción al italiano, el lector verá claro que sobraban los motivos para celebrarlo redactando unas modestas líneas desde el más profundo aprecio y para animar a todo lector interesado por la realidad procesal a la lectura del libro.

*Capítulo Primero*

# DE LA LIBERTAD Y DE LA AUTORIDAD

Sección 1.ª

# El prefacio

# *El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas*[*]

FRANCO CIPRIANI
*Profesor ordinario de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Bari. Italia*

1.— En noviembre del 2000 se realizó en Azul, una apacible ciudad de la pampa argentina a 300 km. de Buenos Aires, el *II Congreso Internacional de Derecho Procesal Garantista* organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario y por la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

Los organizadores del Congreso, a los que evidentemente les había llegado el eco de mi pequeña batalla a favor del garantismo en el proceso civil italiano, tuvieron la amabilidad de invitarme a realizar una ponencia y pensaron bien en distribuir a los participantes dos ensayos, uno mío, aquél sobre el Reglamento de Klein[1], pacientemente traducido al español por Adolfo Alvarado Velloso, que enseña Derecho procesal en Rosario, el otro, recientísimo, de Juan Montero Aroca, catedrático de Derecho procesal en Valencia, España.

---

[*] *Prefacio* a MONTERO AROCA, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, traducción italiana de Bratelli-Magrino, Napoli, 2002, p. 5 y ss., publicado también en Foro italiano, 2002, V, c. 24 y ss., y en *Giurisprudenza italiana*, 2002, p. 425 y ss. Traducción de Eugenia Ariano Deho publicada también en *Batallas por la justicia civil*, Lima, 2003, pp. 156-165.

[1] Cfr. CIPRIANI, *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*, en *Rivista di diritto processuale*, 1995, p. 969 y ss.

Llegar a la Argentina y encontrarme con un ensayo mío traducido al español por un estudioso que ha hecho del garantismo su bandera y que es notoriamente uno de los más autorizados procesalistas de aquel lejano País, fue para mí una gran (y obviamente placentera) sorpresa. Sabía que allí el problema de las garantías en contra del autoritarismo judicial es muy sentido, pero no podía imaginar que los argentinos encontraran una ayuda en mis escritos. Y debo decir que aún más me sorprendió que una estudiosa italo-peruana, Eugenia Ariano Deho, que enseña procesal en Lima, sin nada saber de la traducción de Alvarado, estaba también ella traduciendo al español ese artículo mío para una revista peruana[2]. Me encontré así diciéndome que era realmente muy extraño que un ensayo sustancialmente ignorado en Italia suscitara tanto interés en Latinoamérica.

No era en cambio extraño y, más bien, me pareció del todo natural que los organizadores hubieran considerado oportuno poner a disposición de los participantes un recientísimo ensayo de Montero Aroca, que es notoriamente uno de los máximos procesalistas españoles, conocidísimo no sólo en toda Latinoamérica, sino también en toda Europa, incluyendo Italia[3], por sus ideas liberales y garantistas.

El ensayo de Montero era la ponencia por él sustentada quince días antes en San José de Costa Rica durante las *XVII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal*. El título era muy estimulante: *La nueva Ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad*. Comencé a leer y no tardé en darme cuenta de que Montero, como siempre informadísimo sobre nuestra literatura (para quien no lo sepa, él estudió también en Italia, en Roma, cuando enseñaba Salvatore Satta, habla con soltura nuestra lengua y viene muy seguido a Italia), tenía mis mismas ideas no sólo, como ya sabía, sobre no pocos problemas del proceso civil, sino también sobre la ideología y sobre el color político del código de procedimiento civil

---

2 En efecto, ese ensayo, con el título *En el centenario del reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad)*, ha sido publicado en la Argentina, en la *Revista de derecho procesal*, Córdoba, 2001, n. 2, p. 31 y ss., como traducido por ALVARADO VELLOSO, y en Perú, en la *Revista Jurídica del Perú*, 2001, LI, n. 18, p. 119 y ss., como traducido por ARIANO DEHO.

3 V. MONTERO AROCA, *Processo civile (Spagna)*, traducción italiana de DELLA VEDOVA, en *Digesto, Civile*, XV, Torino, 1997, p. 167 y ss.

italiano de 1940. En suma, no tardé en entender que Montero Aroca era —¡también él!... — un revisionista.

2.— Quizá no todos sepan que en Italia, entre los estudiosos del proceso civil, existen algunos revisionistas. Son solamente dos[4], pero, lamentablemente (o por suerte) existen y, por lo que parece, no tienen ninguna intención de enmendarse. Ellos, desde algún tiempo, vienen sosteniendo una tesis realmente extraña, vale decir que el código de procedimiento civil italiano, aquél promulgado en 1940 y que casualmente o *pour cause* lleva las firmas del *cavaliere* Benito Mussolini y del conde Dino Grandi, sería antiliberal y autoritario y, como tal, fascista. No sólo sino que, desde el momento que, tras la «desgraciada Reforma de 1950»[5], se ha querido regresar a la «perfección» y a la «pureza» del código de 1940 tanto con la Reforma de 1973, como con aquella de 1990, esos dos estudiosos están advirtiendo que los problemas del proceso civil no se resuelven quitando derechos a las partes y aumentando los poderes del juez, que es lo que hemos hecho inútilmente en 1973 y 1990. En suma, esos dos estudiosos están diciendo que es tiempo de invertir la ruta, además porque, desde el momento que entró en vigencia la Constitución republicana, es doblemente absurdo que se insista en reforzar al juez y en debilitar a las partes, en cuanto nuestra Constitución quiere un proceso civil construido desde el punto de vista de quien pide justicia y no ciertamente desde aquél de quién debe rendirla[6].

La tesis —que se inserta en un filón político-cultural que se afirma desde que ha sido posible examinar con una cierta objetividad lo que ocurrió en

---

4 Sin contar a aquellos que, si bien habiéndose ya expresado públicamente en seminarios y congresos sobre la necesidad de cambiar ruta respecto de cuanto se ha hecho a nivel legislativo en 1940-1973-1990, no se han expresado aún por escrito. Hay que señalar, por lo demás, la posición autónoma de PICARDI, *Prefazione*, en ID., *Codice di procedura civile*, Milano, 1994, p. XI y ss. quién nunca se ha unido al coro de los exaltadores de la denominada oralidad.

5 Así la definió un magistrado, RAFFAELLI, *A proposito di riforma del codice di rito civile*, en *Il giudice istruttore nel processo civile*, Milano, 1955, p. 133.

6 En el sentido de que el código de 1940 haya construido el proceso desde el punto de vista del juez, v. la *Relazione* del guardasellos Grandi al rey sobre el c.p.c., n. 19. Como es conocido, la *Relazione* fue escrita por Calamandrei.

los tiempos del fascismo[7] y, sobre todo, desde la caída del fascismo[8]— ha sido planteada y comprobada de mil maneras, casi, yo estaría por decir, hasta el tedio, pero, por lo que parece, con escasos resultados[9]. Hasta ahora, en efecto, la doctrina, al menos por escrito, se ha dividido entre quienes, y son los más, ha preferido callar, quien como Andrea Proto Pisani, al defender la concepción «publicística», ha concedido que en efecto en 1940 se excedió

---

7 Baste decir que hoy son publicados libros que en 1984 no pudieron serlo a causa del ostracismo de una casa editorial cercana al partido comunista: v. A. GRANDI, *I giovani di Mussolini*, Milano, 2001, p. 20.

8 Cuando fue anunciada la depuración, que los italianos rehuyeron intercambiándose falsas patentes de antifascismo (v. especialmente GALLI DELLA LOGGIA, *La morte della patria*, Bologna, 1996, pp. 19 y ss. y 39 y ss.), entre las cuales se insertó la que se refería al c.p.c., que fue unánimemente presentado por la doctrina como «italiano» y «chiovendiano», pero del todo ajeno al fascismo. El colmo se alcanzó cuando, en el proceso en contra de Grandi, hubo un testigo que aseguró, bajo juramento, que el Código era «liberal y democrático». El testigo se llamaba Piero Calamandrei. Para referencias, caídas en el vacío, v. CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992, pp. 113 y 441; ID., *Piero Calamandrei, la relazione al re e l'apostolato di Chiovenda*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, p. 754 y s.

9 También y quizá sobre todo porque el c.p.c. continúa mimetizándose detrás de los otros códigos «mussolinianos» y, en particular, detrás del código civil, que es incomparablemente menos autoritario y antiliberal que el nuestro y que por ello ha siempre permitido fácilmente a la doctrina negarle su carácter fascista (para más amplios detalles v. TETI, *Codice civile e regime fascista*, Milano, 1990, *passim*). Se agregue que algunos estudiosos, evitando especificar, terminan perpetuando el equívoco: v., por ejemplo, últimamente, CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico tra codificazione civile e regime*, en *Quaderni fiorentini*, 28, I, 1999, Milano, 2000, p. 175 y ss., el cual concluye su análisis, conducida también con referencias al c.p.c., sosteniendo que «probablemente el grado de fascistización del código fue en general más profundo de cuanto se esté por lo común dispuestos a admitir» (allí mismo, p. 280). Quizá habría sido oportuno precisar a cuál código se estaba refiriendo.

Hay que señalar el recientísimo ensayo de SOMMA, *Fascismo e diritto: una ricerca nel nulla?*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, p. 597 y ss., el cual sostiene que «no nos parece que el código civil italiano pueda ser considerado objetivamente fascista o antifascista» (allí mismo, p. 643). Plantear, aunque para excluirla «objetivamente» (!), la hipótesis de que en la Italia de los años 1939-42 se pudiera hacer un código incluso antifascista, tiene el sabor de lo increíble, pero, evidentemente, no se lo advierte.

un poco al reforzar los poderes del juez a despecho de las garantías de las partes[10], y quien, como Sergio Chiarloni, al reiterar la tesis tradicional y según la cual la paternidad moral del c.p.c. le correspondería a Giuseppe Chiovenda, no ha concedido absolutamente nada, sino que se ha limitado a advertir en una breve nota a pie de página que nuestro código es considerado expresión del autoritarismo fascista por dos estudiosos, Girolamo Monteleone[11] y el suscrito, que ha cordialmente sellado como «revisionistas»[12]. En particular, según Chiarloni, yo habría propugnado mis

---

10 Cfr. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 tra pubblico e privato*, en *Foro italiano*, 2000, V, c. 73 y ss., del cual v. también *Il codice di procedura civile del 1940 tra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualcivilistica rotta con cincuant'anni di ritardo*, en *Quaderni fiorentini*,, 28, I, 1999, Milano, 2000, p. 713 y ss. Hay que notar que el A. cuestiona que sea correcto definir fascista el código de 1940, sosteniendo que, si así fuera, habría que definir de la misma manera las reformas emanadas en 1973 y 1990. Como ya tuve manera de evidenciar (v. CIPRIANI, *La cauzione per le spese tra codice fascista e Costituzione repubblicana*, allí mismo, 29, 2000, Milano, 2001, p. 436, en nota), entiendo el embarazo de Proto Pisani, que es el máximo autor de la reforma de 1990 y que notoriamente no es fascista, pero debo reiterar que la debilidad de su discurso no tiene necesidad de ser subrayada. Para otro «capítulo» de mis casi cotidianas discusiones con Proto Pisani, v. PROTO PISANI, *Giuristi e legislatori: il processo civile*, en *Foro italiano*, 1997, V, c. 17 y ss. y CIPRIANI, *Il contributo dei processualisti alla legislazione italiana (1946-1996)*, *ibidem*, c. 265 y ss.

11 V., en efecto, MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, 2ª ed., Padova, 2000, p. 328 y ss.

12 Cfr. CHIARLONI, *La giustizia civile e i suoi paradossi*, en *Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, al cuidado de VIOLANTE, Torino, 1998, p. 410, en nota, el cual sostiene que el código de 1940 fue «violentamente hostigado» tanto por los jueces como por los abogados. Lamento tener que objetar que ello no corresponde a la verdad porque a hostigar al código fueron sólo los abogados, no ciertamente los jueces: baste recordar a d'Amelio, Conforti, Mandrioli, Azzariti, Lugo y Berri todos entusiastas del nuevo código. Para no decir de la extenuante defensa del juez instructor hecha en los años sucesivos y del radical rechazo de regresar a lo antiguo, es decir, al proceso liberal y garantista emanado en 1865 por Giuseppe Pisanelli y reformado en 1901 por Lodovico Mortara: «nosotros los magistrados nos opondremos con todas nuestras fuerzas a la monstruosa idea de retornar al procedimiento de 1901» (así, en 1955, el presidente PASQUERA, *Intervento*, en *Il giudice istruttore*, cit., p. 176). Ese procedimiento permitía a las partes comparecer en la primera audiencia ante el colegio y pedir de inmediato sentencia. Lo que, evidentemente, debe ser una «monstruosidad».

revisionistas tesis «con una serie de ensayos ahora reunidos en un volumen, por lo común muy estimulantes, pero de los cuales no se sabría como compartir el enfoque de fondo»[13].

En verdad, el volumen al cual se refiere Chiarloni tiene a sus espaldas dos libros de mil páginas en conjunto que han hecho hablar bastante de sí (también *si licet*, en Latinoamérica...) y que quizá habría sido oportuno mencionar[14]. Debo, sin embargo, reconocer que sería poco generoso mover este reproche justamente a quién, como Chiarloni, ha al menos dado cuenta de nuestra existencia. Lo que vale es tomar nota de que la doctrina italiana, frente a la avalancha de documentos y de argumentos que se ha aportado, en lugar de tomar automáticamente distancias de una ideología que no sólo es del todo opuesta a la de nuestra Constitución, sino también innegablemente responsable del estado comatoso en el cual actualmente se encuentra el proceso civil italiano, ha preferido hacer de ello una cuestión de coherencia, vendarse los ojos, taparse las orejas, negar la evidencia y atrincherarse con los hechos tras de un embarazado *non possumus*. Que es, si no yerro, el método de los negacionistas[15].

---

13 Así CHIARLONI, *op. loc. cit.*

14 Cfr., *si licet*, CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, 1991; ID., *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, cit. Sobre estos libros, además de PROTO PISANI, *opp. locc. citt.*, v. CAPRIOLI, *Satura lanx, 28. Leggendo un libro di Franco Cipriani*, en *Rivista di diritto processuale*, 1993, p. 1184 y ss.; DANOVI, *Recensione* a *Storie di processualisti e di oligarchi*, en *Previdenza forense*, 1933, 1, p. 39; FAZZALARI, *Recensione* a *Storie di processualisti e di oligarchi*, allí mismo, 1991, p. 1110; GAMBARO, *Recensione* a *Storie di processualisti e di oligarchi*, en *Quadrimestre*, 1992, p. 227 y ss.; GRASSO, *Le «storie» de Franco Cipriani, la conoscenza scientifica del processo e i metodi*, en *Quaderni fiorentini*, 12 (1994), Milano, 1995, p. 499 y ss.; ID., *La conoscenza scientifica del processo e i metodi (a proposito delle «storie» di Franco Cipriani)*, en *Studi in onore di Crisanto Mandrioli*, II, Milano, 1995, p. 1177 y ss.; LONGO, *Recensione* a *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, en *Storia contemporanea*, 1994, p. 874 y ss.; MONTERO AROCA, *Recensione* a *Storie di processualisti e di oligarchi*, en *Justicia*, 1991, p. 497 y ss.; PERA, *Il libro di Franco Ciprani «Storie di processualisti e di oligarchi»*, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1992, p. 271 y ss.; SPANTIGATTI, *La solitudine di Salvatore Satta*, en *Rassegna di diritto civile*, 1998, p. 217 y ss.

15 Sobre los cuales v. el buen ensayo y los feroces juicios de la PISANTY, *Sul negazionismo*, en *Fascismo e antifascismo. Rimozioni, revisioni, negazioni*, al cuidado de COLLOTTI, Roma-Bari, 2000, p. 43 y ss.

La constatación no es propiamente exaltante, pero es un hecho de que la situación es ésta y que en el horizonte, al menos en tiempos breves, no se entrevén espirales de luz[16]. En compensación, sin embargo, si se va más allá del horizonte, se constata que quizá el futuro no sea tan oscuro como se podría pensar: en efecto, incluso prescindiendo de los que prefieren no pronunciarse, basta ir a España para darse cuenta que los revisionistas se han vuelto tres. Naturalmente, bien puede ocurrir que el tercero, que además no es italiano, sea también él ignorado y puesto *de plano* en el *índex*, pero puede también ocurrir que los Proto Pisani y los Chiarloni, que en los años Sesenta y Setenta parecían capaces de luchar ardientemente por las causas justas[17], decidan acabar con la fábula de Giuseppe Chiovenda autor moral y padre espiritual del código de 1940 y digan que ya es tiempo de voltear la página y de dar a Italia un código en línea con los valores de la Constitución republicana.

3.— La ponencia de Juan Montero Aroca en San José de Costa Rica, tras haber sido incluida en las actas del congreso, ha sido publicada tanto en Perú como en España y, tras algunos meses, revisada y ampliada, se ha convertido en un libro, que ha salido en España y que ahora, traducido al italiano, ve la luz también en Italia.

---

16 También porque veo que incluso Paolo Grossi no se ha sentido de tomar las distancias de nuestra «vulgata». Él, al subrayar la utilidad de mis investigaciones («noticias abundantes y puntuales ofrece, como siempre, el precioso libro...»; «fundamental volumen...»: así a propósito de mis libros citados más arriba, GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, pp. 89 en nota y 216 en nota), ha reiterado que el código de 1940, lejos de tener algo que ver con el fascismo, tiene su «comentario anticipado» en la doctrina que le había precedido, y además que Piero Calamandrei fue un fielísimo de Chiovenda «por toda su vida» (allí mismo, pp. 217 y 243). Entre las dos proposiciones hay una evidente contradicción, porque no es posible apreciar mis contribuciones y continuar diciendo lo que se decía hasta ayer, pero es un hecho que un estudioso del calibre de Paolo Grossi se ha afirmado sobre estas insostenibles posiciones. Es una lástima.

17 V. especialmente, PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, en *Foro italiano*, 1973, V, c. 205 y ss.; CHIARLONI, *Diritto processuale civile e società di classi*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, p. 733 y ss., publicado también en volumen autónomo con el título *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*, Torino, 1975.

El libro se abre con dos advertencias, que son en realidad dos confesiones. Con la primera el Autor nos informa haberse poco a poco, pero siempre más irreversiblemente alejado de los «mitos» de la denominada concepción publicística del proceso civil en la cual había sido formado y había creído; con la segunda nos hace saber el estar afligido por la «funesta manía de pensar», la cual al hacerle superar la denominada concepción publicística, lo ha llevado a reflexionar con su propia cabeza y con sus propias fuerzas sobre el proceso civil, con la consecuencia de que, casualmente o *pour causa*, ha terminado llegando a conclusiones liberales y garantistas. En suma, Montero Aroca ha vivido en España una avatar muy similar, si no idéntico al mío. Con la diferencia de que, mientras él, en España, no ha sido puesto en el índex, yo en Italia, cuando no soy ignorado, debo oírme decir que soy un revisionista.

Con las dos advertencias apenas reseñadas, el libro analiza los principios políticos de la *Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* española, aprobada con la ley n. 1 del 7 de enero del 2000[18], y, para analizarlos, examina desde lo alto, con una vasta y amplia reseña sobre las varias legislaciones de ayer y de hoy, todos los grandes temas del proceso civil, poniendo en evidencia los valores políticos que están en la base de la opciones técnicas. Resulta así un análisis tan profundo como escrupuloso y desencantado, particularmente precioso para nosotros los italianos, a quienes (tras la caída del fascismo) nos ha sido asegurado que el código de procedimiento civil de 1940 nació como consecuencia de opciones técnicas que no tenían nada que ver con la política y con la ideología del fascismo. En particular, decididamente dignas de nota, en particular para nosotros los italianos, son la críticas que dirige Montero Aroca a quienes proponen aumentar los poderes del juez en el interés objetivo de las partes o, peor, para acelerar el proceso civil.

Pero no es sólo por esto el interés que las páginas de Montero Aroca revisten para nosotros los italianos. En efecto, la *relazione al re sul c.p.c.*,

---

18 Sobre la cual v. el amplio comentario de MONTERO AROCA-GÓMEZ COLOMER-MONTÓN REDONDO-BARONA VILAR, *El nuevo proceso civil*, Valencia, 2000. *Adde* MONTERO AROCA y CALDERÓN CUADRADO, *Ley de Enjuiciamiento Civil y disposiciones complementarias*, Valencia, 2000.

aquella escrita por Calamandrei, firmada por Grandi y olvidada por nosotros (tras obviamente, la caída del fascismo), está presentísima en el libro de Montero, el cual, a diferencia de los italianos, no parece para nada dispuesto a fingir que nunca se haya escrito, ni mucho menos a pensar que nuestro código haya nacido, como los niños de otrora, de los repollos. Y es realmente sorprendente ver a un estudioso extranjero recordar a sus coterráneos que el c.p.c. italiano (que en los países de lengua española, no se olvide, representa un gran punto de referencia) debe ser tomado con pinzas, en cuanto sus soluciones técnicas, sea lo que digan hoy los italianos, se expliçan con el autoritarismo del fascismo y no ciertamente con el ignaro e inocente Chiovenda: «la base ideológica de Código (italiano) es y no podía ser de otra manera fascista». Veremos que dirán los negacionistas italianos.

Hay que además reconocerle a Montero Aroca el haber tenido el coraje de decir *apertis verbis* aquello que yo mismo, en verdad, he dicho sólo a media voz[19], es decir que, al menos por lo que a nosotros nos interesa, no hay mucha diferencia entre fascismo y comunismo, por la simple razón de que son ambos antiliberales y autoritarios. Montero, en efecto, es clarísimo: «las repetidas alusiones al hecho de que el proceso es un medio para que las partes (...) colaboren con el juez en la obtención de lo más justo (...) se comprenden en un contexto ideológico que parte de dar como sobrentendido que los ciudadanos no tienen derecho de «pelear» por lo que crean que es suyo y a hacerlo con todas las armas que les proporciona el ordenamiento jurídico. Sólo el juez autoritario, fascista o comunista, lo mismo da, es el juez que se cree ungido, por no se sabe muy bien qué fuerza de la divinidad o del destino, para hacer justicia entre los hombres. El juez liberal y garantista se limita, más modestamente, a pretender hacer efectivo el derecho positivo entre los ciudadanos, a aplicar la ley, entendida ésta como expresión de la voluntad democráticamente expresada por sus representantes en el Parlamento».

Se explica así, con la sustancial identidad del autoritarismo fascista y comunista, como sea posible que estudiosos notoriamente de izquierda,

---

19 CIPRIANI, *Autoritarismo e garantismo nel processo civile*, en *Rivista di diritto processuale*, 1994, p. 30, en nota.

cómo, por ejemplo, Andrea Proto Pisani y Sergio Chiarloni, amen el código fascista de 1940[20]. Y se explica también por qué la excepcional claridad de las páginas de Montero Aroca me haga esperar que alguien, en Italia, enmiende: «También si se pretende sostener lo contrario por parte de quien propende por una concepción autoritaria de las funciones del juez en el proceso civil, la concepción llamada liberal y garantista apunta a favorecer el desarrollo de todas las instituciones procesales que llevan a dar efectividad a los derechos materiales de los ciudadanos, cuando de ellos se debate en el proceso». Sin decir de que no pocos juicios expresados por Montero con referencia a España parecen escritos con referencia a Italia: «Las concepciones sobre los poderes del juez están evidenciando como se puede estar muy próximo a la esquizofrenia. Respecto del proceso penal hemos asistido en los últimos años a la limitación de las facultades del tribunal del juicio oral, con el argumento de la imparcialidad judicial, y a pesar de que en él entra en juego la aplicación del Derecho penal, mientras que en el proceso civil se está propiciando el aumento de los poderes del tribunal, a pesar de que se trata de la aplicación del Derecho privado. La contradicción es tan evidente...».

Se agregue que la identidad de visión entre Montero Aroca y de los «revisionistas» italianos no está limitada a la superación de la denominada concepción publicística (en realidad autoritaria y antiliberal), sino que se extiende también a la oralidad[21] e, increíble decirlo, al juez

---

20 Pero hay estudiosos de izquierda que, al auspiciar el reforzamiento de los poderes del juez, han reprochado al código de 1940 estar inspirado en una concepción privatista del proceso civil (CAPPELLETTI, *Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano*, en «Giustizia e società», Milano, 1972, p. 33 y ss.), más precisamente en la ideología liberal muy querida por los abogados italianos (DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, p. 19). Es un hecho de que los abogados italianos batallaron extenuadamente en contra del c.p.c. (v. mis *La ribellione degli avvocati italiani al c.p.c. del 1942 e il silenzio del Consiglio nazionale forense*, en *Rassegna forense*, 1992, p. 71 y ss.; *Gli avvocati italiani e l'«esperienza fallita»*, allí mismo, 1997, p. 179 y ss.

21 Me sea permitido recordar que ha sido demostrado (v. mi *Storie*, cit., p. 202) que las estadísticas con las cuales Chiovenda elogió el proceso oral austríaco y criminalizó el nuestro, eran «disparatadas» [*strampalate*] (el adjetivo es de GAMBARO, *Recensione*, cit., p. 230). Lo señalado, si no yerro, es bastante mayúsculo, pero, por lo que parece, lo ha notado sólo MONTELEONE, *Diritto processuale*, cit., p. 322, en nota.

instructor, sobre cuya nociva presencia en nuestro proceso civil estoy inútilmente tentando de llamar la atención de nuestra doctrina. Montero, en efecto, admite que lo que «lo que destaca más claramente en el Código (italiano), incluso a primera vista, es la figura del juez instructor, que es algo típicamente italiano y desconocido en otros países». En Italia, en cambio, el juez instructor, pese a que impide a las partes dialogar de inmediato con el juez natural, que es el colegio, parece una obviedad[22].

4.— Es para mí difícil entender la razón por la cual en Italia hayan sido etiquetados como «revisionistas» y puestos en el *índex* libros y artículos que en el extranjero son apreciados por estudiosos que no tienen nada que envidiar a nuestros grandes de ayer, de hoy y quizá también de mañana. En verdad, alguien, bromeando, me ha recordado que *nemo propheta in patria*, pero tengo la impresión de que en el caso el problema no esté ni en el profeta ni en la patria, sino en un conjunto de factores que aún hoy impiden a los italianos en general y a los procesalistas italianos en particular valorar con serenidad lo que ocurrió en nuestro País en la primera mitad de los años Cuarenta.

Justamente por esto, sin embargo, cuanto más nos alejamos de ese trágico período de la historia de Italia (y de la vida de nuestro código), tanto más se refuerza en mí la certeza de que tarde o temprano saldremos del *impasse*. Es probable que saldremos de él dentro de algún tiempo, sin una verdadera abjuración y reconociendo sólo con los hechos lo que Montero define «el derecho de litigar por lo que crean que es suyo», es decir, pues, con la lenta y tácita superación de la denominada concepción publicística[23], pero no puede excluirse que intervenga algún factor externo a descompaginar la lógica de mis previsiones y, a lo mejor, a acelerar el cambio. Lo que reputo cierto es que ésta no estimulante

---

22 En efecto, y por ejemplo, la gravedad de la presencia del juez instructor no es advertida ni señalada en la célebre ponencia de PROTO PISANI, *Il processo civile di cognizione a trent'anni dal codice*, en *Rivista di diritto processuale*, 1972, p. 35 y ss.

23 V. CIPRIANI-CIVININI-PROTO PISANI, *Una strategia per la giustizia civile nella XIV legislatura*, en *Foro italiano*, 2001, V, c. 81 y ss., los cuales, si bien dejando a salvo la reforma de 1990, proponen cambiar música: lo propone, pues, también Proto Pisani.

historia tarde o temprano terminará: no sé cuándo, ni cómo, pero siento que terminará, porque —me digo— no es posible que en una comunidad de estudiosos prevalezca al infinito el negacionismo.

* * *

El «Prefacio» había sido entregado ya a la prensa cuando se ha publicado la *Relazione* del Consejo Superior de la Magistratura al Parlamento sobre el estado de la justicia en el año 2001[24]. Se trata de un documento de gran interés, en el cual, sin embargo, a propósito del proceso civil, junto a propuestas por lo demás descontadas (el auspicio que sean «no sólo conservados sino reforzados los poderes de impulso, control y decisión del juez»...), se leen afirmaciones en no poco sorprendentes. Me refiero al párrafo en el cual el CSM afirma textualmente lo que sigue: «no puede sin embargo no recordarse cómo el código de procedimiento civil de 1865, caracterizado por lo poderes prácticamente exclusivos de las partes en orden a la determinación de los tiempos del proceso, de las pruebas, a la posibilidad de provocar decisiones con sentencias inmediatamente impugnables sobre cuestiones prejudiciales procesales y de fondo y sobre cuestiones probatorias, fue abandonado justamente en virtud de las intolerables consecuencias que un tal sistema había determinado, transformando el proceso en una máquina complicada, abstrusa y vacía que, por las demoras y los costos que determinaba, terminaba por ir en daño de quien tenía interés en recurrir a la justicia y, sobre todo, de quien no podía permitirse las largas esperas de los tiempos de la definición de la litis».

Es difícil decir de dónde se hayan extraído tales noticias. Frente a las cuales no se puede no evidenciar que el CSM es efectivamente libre de insistir para que sean (todavía y siempre) reforzados los poderes del juez, pero no se puede sostener que en los tiempos del viejo código el proceso civil italiano funcionaba peor que hoy, ni mucho menos que duraba más

---

[24] La *Relazione* reproduce en buena parte el texto aprobado unánimemente en la Comisión para la reforma judicial y administración de justicia, de la cual era presidente y ponente el consejero Vito Marino Caferra. Puede leerse en CAFERRA (al cuidado de), *Per una riforma della giustizia*, Bari, 2002, p. 155 y ss.

que hoy. Y no se puede sostener por la simple razón de que es conocido y notorio que, en los tiempos de ese código, las cosas en el proceso civil italiano iban mil veces mejor que hoy[25]. Para no decir que ha sido también demostrado, estadísticas oficiales en mano, que «el tan vituperado código de 1865, en cuanto a celeridad del proceso civil, gracias también a la reforma Mortara de 1901, aseguraba abundantemente a nuestro País el record del mundo»[26].

En efecto, como lo reconocen incluso los negacionistas[27] (y como el CSM debería bien saber), las cosas, en el proceso civil italiano, comenzaron a empeorar a simple vista justamente desde el 21 de abril de 1942, día de entrada en vigencia del código de 1940, que se mostró de inmediato un colosal fracaso. Es verdad que inicialmente se dijo que el fracaso se debía a las disposiciones transitorias y a la infeliz idea de hacer entrar en vigencia el código durante la guerra[28], pero es un hecho que diez años después del fin de la guerra el Senado de la República aprobó un orden del día con el cual, al tomar nota que las cosas, a la luz de la Reforma de 1950, no habían para nada mejorado, empeñó al gobierno a afrontar y resolver los problemas surgidos con el nuevo código[29].

Y bien, el Gobierno, como se ha, hace poco, inútilmente, recordado[30], pidió luces a la magistratura, al foro y a las Universidades, pero, mientras la doctrina, aún capitaneada por el omnipresente Calamandrei, que en 1940 había sido el máximo colaborador del guardasellos Grandi, excluyó

---

25 Cfr. CECCHI, *Analisi statistica dei procedimenti civili di cognizione in Italia*, Bari, 1975, p. 78.

26 Es lo que he afirmado y documentado, sin encontrar desmentidos, en mi *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., p. 159.

27 Cfr. CHIARLONI, *Un giudice di pace per la pace dei giudici*, en *Foro italiano*, 1989, V, c. 14, y PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile*, cit., pp. 727 y 742.

28 Lo sostiene aún hoy PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile*, cit., p. 727.

29 El orden del día puede leerse en MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Osservazioni e proposte sulla riforma del codice di procedura civile*, I, Roma, 1956, p. 3.

30 V. CIPRIANI, *Ideologie e modelli*, cit., p. V y s.; ID., *Litigiosità, ricchezza e competenza*, en *Rassegna di diritto civile*, 1998, p. 517; MONTELEONE, *Enrico Finzi e la riforma (perenne) del codice di procedura civile*, en *Quaderni fiorentini*, 26, Milano, 1997, p. 363 y ss.

toda responsabilidad del código[31], la Corte de casación, por medio de la Comisión Acampora, reconoció y advirtió que las disfunciones y las demoras eran con toda evidencia debidos al nuevo código y, en particular, a la previsión del juez instructor, el cual, con su misma presencia, comportaba la división del proceso en fases y la imposibilidad de decidir de inmediato las causas listas para ser decididas. No casualmente, aquella Comisión, estadísticas oficiales en mano, evidenció que, mientras en el decenio desde el 1929 al 1938 el 56,2% de las sentencias *definitivas* de primera grado se había pronunciado *en menos de seis meses*, en 1952 en el tribunal de Roma, ¡*sólo cuatro sentencias habían sido pronunciadas en menos de seis meses*[32]!

Estando así las cosas, la actual salida del CSM, contraria a la verdad como es, se evidencia del todo inexplicable. Más precisamente, no se entiende ni la razón por la cual el CSM haya inopinadamente atacado un código y una ideología que quizá tuvieron la sola culpa de chocar con el fascismo, ni el motivo por el cual se oponga tan fuertemente a que las partes tengan los elementales derechos que tenían con el viejo código y que, a la luz de la Constitución republicana, sería seguramente tiempo de restituirles. De aquí mi esperanza de que el Parlamento, lejos de seguir las sugerencias del CSM, tome finalmente otros caminos.

---

31 Los dictámenes de las varias facultades se pueden leer en MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Osservazioni e proposte*, cit., I, p. 59 y ss. Hay que notar que en la facultad jurídica fiorentina se desencadenó un alboroto entre el ponente Piero Calamandrei (allí mismo, p. 61) y el decano Enrico Finzi, que al final dictó una contraponencia (allí mismo, p. 64 y ss.). Sobre el acontecimiento v., nuevamente MONTELEONE, *Enrico Finzi e la riforma (perenne) del codice di procedura civile*, cit., p. 363 y ss.

32 MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Osservazioni e proposte*, cit., I, p. 15.

Sección 2.ª

# El debate

# *Las ideologías del proceso en un reciente ensayo*[*]

GIOVANNI VERDE
*Profesor ordinario de Derecho Procesal Civil en la Universidad LUIS «Guido Carli». Roma*

Sumario: 1. El contenido del libro.- 2. La interpretación de uno que «ha preferido callar».- 3. Modelo autoritario y modelo totalitario de código.- 4. El valor ambiguo del activismo judicial.- 5. A propósito de mitos y de slogan.- 6. La eficiencia del proceso, las ideologías y la privatización del proceso civil.

## 1. EL CONTENIDO DEL LIBRO

Debemos estar agradecidos a Franco Cipriani por haber llamado nuestra atención sobre el ensayo con el cual Juan Montero Aroca ha analizado los principios políticos de la *Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* española, aprobada con la ley del 7 de enero de 2000, nº 1[1]. El catedrático de Valencia, en efecto, demostrando un asombroso dominio de nuestro sistema procesal, de la historia de sus orígenes (que le fuera transmitida sobre todo por las «historias» de F. Cipriani) y de los ribetes doctrinarios italianos más relevantes en el plano de las ideologías, nos

---

* Publicado en versión italiana en *Rivista di Diritto Processuale*, 2002, pp. 676-687. Traducción castellana revisada por Roberto O. Berizonce y publicado en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2003, núm. 3, pp. 31-44.

1 J. Montero Aroca, *Los principios políticos del nuevo proceso civil español*, con prefacio de F. Cipriani, Nápoles 2002.

permite, a través de una nueva lectura desde lo externo de la experiencia española, meditar los avatares de nuestra codificación. Y ello es tanto más importante porque vivimos un momento en el cual parece tomar la delantera el ansia revisionista, de la cual la principal justificación se encuentra en la acusación de que todos los problemas de nuestra justicia civil deben imputarse a un código de corte autoritario, más aún, de corte fascista.

En su introducción Montero confiesa que en los años juveniles había abrazado casi totalmente los mitos de la concepción publicista del proceso civil, pero que el transcurso de los años le está imponiendo, no una conversión a una fe distinta, pero sí hacer entrar a la vieja fe en una fase de crisis, fase en la cual está buscando liberarse de los mitos (p. 26).

«La funesta manía de pensar» y de pensar con plena autonomía lo ha llevado a algunas conclusiones: que la concepción según la cual el juez no se limita a juzgar, sino que conduce el proceso, estando dotado de grandes poderes discrecionales que deben garantizar no sólo los derechos de las partes, sino sobre todo los valores y los intereses de la sociedad, es fruto de una ideología antiliberal y autoritaria; que éste es el lineamiento que une a todos los regímenes autoritarios, tanto los comunistas como los fascistas (y por lo tanto, por reflejo, nuestro código de 1940 que fue el producto de la ideología fascista); que no por casualidad las codificaciones fundadas sobre principios antiliberales y autoritarios han tenido vida en países y en momentos en los cuales los jueces eran menos independientes (pp. 60, 73).

Pero Montero es un jurista demasiado avezado para no advertir que, de todas maneras, el proceso debe ser conducido por el juez. «El fenómeno de la concepción publicista está basado sobre una gravísima confusión entre los poderes materiales y los poderes procesales de dirección del proceso. Una cosa es aumentar los poderes del juez en relación al proceso mismo (por ejemplo, a su regularidad formal, al control de los presupuestos procesales, al impulso) y otra cosa es aumentarlos en relación al contenido del proceso en modo de influir sobre el contenido de la sentencia». De ello resulta que «nada obsta al aumento de los poderes procesales (ninguno se ha opuesto a la transformación del tradicional impulso de las partes en el impulso de oficio), y eso significa que el interés público predomina sobre el privado; no obstante no se puede

consentir al juez a iniciar de oficio el proceso, de alegar hechos o de admitir una prueba no pedida por las partes, dado que en este modo se terminaría por prejuzgar la existencia de derechos subjetivos reconocidos por la norma sustancial» (pp. 75, 91).

En esta perspectiva, nuestro autor confirma la distinción entre presupuestos procesales, controlables de oficio, e impedimentos, que deben ser aducidos por las partes. De aquí una significativa conclusión: «las condiciones determinan, en todos los casos, la posibilidad para el juez de impulsar una sentencia sobre el mérito de la cuestión, pero la circunstancia de que, en un determinado ordenamiento jurídico, existen más presupuestos que impedimentos, o viceversa, depende de cómo en ese ordenamiento han sido distribuidos los poderes entre el juez y las partes, en general o respecto a cada proceso concreto. La vieja concepción del siglo XIX significa que, en el ámbito de la disciplina del proceso civil, el juez tuviese pocos poderes de control sobre los presupuestos procesales, en modo que existiesen más impedimentos; con la emanación de las nuevas leyes han ido aumentando los poderes del juez y, con ellos, ha aumentado su control sobre los presupuestos» (p. 93).

En el examen en detalle de la Nueva Ley de Enjuiciamiento, Montero no parece contrario al poder judicial de dar curso de oficio al procedimiento dictando los proveídos necesarios (p. 97) y tampoco parece contrario al incremento de los llamados poderes coercitivos (p. 100). La única crítica, no poco vivaz, es por él dirigida a la introducción, en el sistema, del principio de buena fe procesal, derivado del art. 88 de nuestro código y considerado como fruto de la ideología autoritaria que lo inspira (p. 101). No duda, en cambio, que en la facultad judicial de impulso está incluido también el deber de asumir y de valorar la prueba. En cambio, es decididamente contrario a una intervención activa del juez en la búsqueda de la verdad, ya que los mecanismos procesales establecidos a este fin tienen por objetivo no el descubrimiento de la verdad, sino la «determinación formal de los hechos que estarán en la base de la sentencia» (p. 106). Pero, siendo consciente de que cada ordenamiento es dueño de elaborar las técnicas de «determinación de los hechos» que considere más apropiadas para un acierto que sea atendible en la mayor medida posible, frente a los arts. 429.1 a 435.2 de la LEC que contemplan una facultad probatoria oficiosa del juez, se limita a observar que se ha llegado a una solución de compromiso «entre la

tendencia liberal y la concepción autoritaria capaz de conducir a un modelo de proceso indeterminado» (p. 113). Es entonces que, en cuanto a la valoración de la prueba, su crítica se refiere a la orientación del Tribunal Supremo según la cual «cualquier medio de prueba debe ser libremente valorado por el tribunal de mérito». Él, defendiendo las pruebas legales, observa que «la verdadera cuestión es aclarar si es conveniente o no mantenerlas en la óptica de la certeza jurídica y en este sentido es perfectamente defendible la subsistencia de las reglas legales concernientes a los actos públicos, a las escrituras privadas reconocidas y a la declaración de las partes» (p. 125).

En conclusión, el ilustre autor observa que la doctrina ha utilizado el mito de la oralidad para justificar la construcción de un sistema procesal de corte autoritario, que ha divulgado como proceso «social». Por el contrario, la oralidad, correctamente entendida, se refiere a la forma y al procedimiento, no al proceso y al contenido de los actos procesales. En ese contexto el principio expresa una tendencia, en el sentido que un moderno sistema procesal debe tender a la forma oral de los actos procesales (en una equilibrada relación con la exigencia de utilizar en alguna medida la escritura), a la concentración, a la inmediatez y a la publicidad (cap. III).

## 2. LA INTERPRETACIÓN DE UNO QUE «HA PREFERIDO CALLAR»

He querido hacer una amplia referencia al contenido del ensayo de Montero porque F. Cipriani, al presentarlo, se inscribe a sí mismo, a G. Monteleone y a Montero Aroca en el pequeño núcleo de los «revisionistas» que contrapone a los antiliberales y autoritarios, entre los cuales señala a Proto Pisani y a Chiarloni, y a muchos más «que han preferido callar» (pp. 8, 9).

Ya que estoy entre aquellos que comparten casi totalmente las tomas de posición de Montero Aroca sobre cada uno de los problemas por él afrontados, pero estoy también entre quienes no comparten la idea de que nuestro código sea un código fascista y que consideran equivocada la idea de equiparar un código inspirado en principios autoritarios al código

emanado de un régimen autoritario, quisiera intervenir en el debate para evitar la acusación de estar entre quienes «han preferido callar».

Comienzo por una cuestión de método. Muchos, en la introducción de sus obras, exponen las líneas guía en las cuales se han inspirado para llevarlas a cabo. A veces lo hacen en escritos ad hoc inspirados por esta exigencia. Hay otros autores que prefieren, en cambio, que su ideología salga a la luz a través de la lectura integral de su obra, sea porque nada es más mutable, en el hombre, que la propia ideología, condicionada por el transcurso del tiempo y por el sucederse de los hechos que rodean y atraviesan su vida, sea porque un estudioso del derecho debe sobre todo ocuparse de problemas concretos y, si es intelectualmente honesto, debe ilustrar las opciones de valor, cuando ellas existen, que han guiado sus elecciones. Para quien ama dedicarse al estudio de las ideologías, esta actitud de los otros constituye fuente de mayor compromiso y de mayor fatiga, porque deberá llevar a cabo un análisis no sobre la base de las ideas proclamadas, sino sobre la base de particulares soluciones y sobre las argumentaciones de soporte. Una lectura de esta naturaleza evidenciaría que en la obra de muchos especialistas en derecho procesal italianos, a partir de Liebman, hay notable afinidad de puntos de vista con las ideas de Montero Aroca y mucha prudencia en la valoración de los beneficios que algunos relacionan con el activismo judicial. Es así que el disenso termina por limitarse a una cuestión marginal, es decir, cuál ha sido la influencia del fascismo en la organización de fondo del código de 1940 y si este código puede ser incluido entre aquellos de corte autoritario.

Sobre este punto se puede discutir y se pueden tener también opiniones diferentes. Me parece, no obstante, necesario disentir netamente cuando Montero Aroca y Cipriani asimilan los códigos autoritarios (o «sociales») a los códigos totalitarios. Sobre el particular, creía que la distinción entre «tutela» y «técnica», difundida entre nosotros por un memorable ensayo de Carnacini, no dejaba lugar a equívocos. Los códigos totalitarios, poniendo en discusión la existencia misma del monopolio de las posiciones jurídicas individuales, destruyen «de raíz» la idea de un proceso al servicio de los derechos de las partes y, más aún, la idea de la ley procesal, así como destruyen también la esencia de la distinción entre proceso civil y penal (y, donde existe, administrativo, tributario, etc.). No tiene sentido, en ese contexto, hablar de derecho de acción, de

derecho de defensa, de derecho a la prueba, de derecho a la decisión, etc.: el proceso se resuelve en un mero procedimiento, en una secuela de actos que el juez dispone de la manera más ordenada posible y coordinada con la finalidad de proporcionar una decisión, siempre y en cada caso, *octroyée*.

Los hacedores del proceso autoritario y del proceso «social», al contrario, presuponen que las partes tienen la disponibilidad de sus posiciones jurídicas, pero, lanzando la idea que el proceso, como servicio sostenido por el Estado, puede ser reducido a instrumento de pacificación social del cual las partes disponen ad libitum, consideran que el mismo debe ser construido como instrumento «de justicia». Y es obvio que, dentro del proceso, el poder de intervención del juez será tanto mayor cuanto más contenido tenga el objetivo de «justicia» que se intenta conseguir y es posible que, por tal vía, se reconozcan al juez facultades que inciden en el sector de la «tutela», que debería circunscribirse al monopolio exclusivo de las partes, o que en algún modo interfieren en dicho sector.

## 3. MODELO AUTORITARIO Y MODELO TOTALITARIO DE CÓDIGO

El código de 1940 puede ser relacionado al modelo «autoritario», pero nunca al modelo «totalitario», porque, como admite el mismo Montero Aroca, nunca en Italia se ha puesto en discusión el poder monopólico de las partes para tutelar las propias posiciones jurídicas y, si eso hubiera sucedido, agrego yo, habríamos debido declarar inconstitucional el código todo, teniendo el art. 24 de la Constitución incluido entre los derechos fundamentales e incuestionables el derecho de acción.

Se trata, entonces, de ver si hay disposiciones del código que siguen una línea de características autoritarias y si estas disposiciones son de tal importancia como para calificar de autoritario al código todo. Esta investigación debe hacerse, al igual que aquella que se refiere a la doctrina, sobre cada disposición de la ley y no sobre los «motivos» expresados en el Informe al Rey que, hace ya sesenta años, acompañó al código, o sobre los hechos tortuosos que llevaron a la redacción del texto. Ninguno, en

efecto, es tan ingenuo para pensar que el Ministro fascista, al presentar el nuevo código, no haya advertido la exigencia de proponerlo como producto de la ideología dominante y se puede estar dispuesto a creer que tal justificación naciera de la íntima y sincera convicción de la pertenencia a tal ideología. Pero el examen del código, como nos ha demostrado de manera ejemplar Cavallone, no puede ser hecho solamente a la luz del Informe que lo acompañó, cuyo valor también emblemático puede ser grande a los ojos del historiador, pero que inevitablemente disminuye para el especialista que debe brindar una valoración técnica.

Si se prescinde de los numerosos puntos en los cuales Montero cita pasos del Informe al Rey del Ministro Grandi, que somete a crítica porque proponen la imagen de un juez «dictador» —según la imagen de Alcalá Zamora (p. 111)— los puntos de disenso se refieren a la previsión del deber de lealtad y probidad (art. 88) y a las facultades instructorias, entre las cuales el autor recuerda las previstas en los arts. 117 (declaraciones de las partes), 118 (inspección), 240 y 241 (juramento supletorio); 253, 254 y 257 (facultades en el momento de recibir declaración testimonial); 421 (facultades instructorias del juez del trabajo) (p. 109). En cuanto a la introducción del juez instructor, Montero se limita a observar que ella es «contraria a la oralidad en el sentido indicado por Chiovenda, dado que según el criterio de este último era esencial que las pruebas fuesen recibidas frente al tribunal» (p. 145).

Yendo a un análisis en detalle, no está claro si Montero es contrario al deber de «lealtad y probidad» o si su crítica se refiere a la «concepción ideológica» sobre la cual el Informe al Rey en el punto 17 se basó para justificar la previsión y a la cual se hizo referencia también en otros ordenamientos autoritarios. El autor, si he entendido bien, no comparte la idea que «los ciudadanos no tengan derecho de "litigar" por aquello que creen poseer, con todas las armas que proporciona el ordenamiento jurídico» (p. 102) y, por lo tanto, rechaza la legitimidad del deber de lealtad y probidad en el caso en que fuese utilizado por el juez para impedir el ejercicio de tal derecho. No me parece que él apunte a considerar que, durante el proceso, las modalidades del ejercicio del derecho de «litigar» no deban tener algún control. Aunque se adopte la idea de que el proceso es una suerte de duelo legalizado y que el juez se limita a ser el árbitro (idea rechazada en el Informe al Rey), no es posible pensar en un duelo sin reglas y en el cual el árbitro no tenga el poder-

deber de hacerlas observar. Si así fuera, Montero Aroca debería catalogar como ejemplarmente autoritarios los sistemas de corte anglosajón que reconocen al juez amplios poderes directivos y un eficaz aparato sancionatorio.

De igual modo, si es comprensible que Montero sea contrario al incremento de las facultades de intervención del juez en la reunión del material probatorio, es al menos dudoso que las normas de nuestro código por él señaladas sean suficientes para asignar a éste la calificación de autoritario. Es un hecho que frente a los arts. 429.1, II y 435.1 LEC, que reconocen al juez español un poder de intervención oficiosa en materia de prueba similar al introducido, por nosotros, en el art. 281-*ter* (que Montero no cita) nuestro autor no considera la nueva LEC autoritaria o fascista, sino que se limita a señalar que se ha tratado de una solución de compromiso (p. 113).

Quisiera agregar que nuestro código —autoritario e fascista— ha hecho posible una jurisprudencia respetuosa del principio de la relación entre lo pedido y lo concedido, que no se separa de aquella que Montero considera compatible con una ideología liberal y que comprende también el principio *iura novit curia* (p. 80 s.) y la posibilidad de que el juez haga notar una excepción (y Montero pone el ejemplo de la caducidad: p. 91). De la misma manera, nuestro juez ha permitido que la jurisprudencia elaborara principios en materia de motivaciones que parecen más respetuosos de las expectativas de las partes para conocer las razones de la decisión de lo que demuestra la sensibilidad de los jueces españoles (p. 125). Por no hablar del hecho que nuestra jurisprudencia es respetuosa de los criterios legales de valoración de la prueba y está bien lejos de afirmar que cada prueba debe ser libremente valorada, contrariamente a lo que sostienen los jueces españoles (p. 124).

## 4. EL VALOR AMBIGUO DEL ACTIVISMO JUDICIAL

Es verdad que el activismo judicial es un instrumento que puede ser utilizado para perseguir objetivos varios e ideológicamente divergentes.

Montero imagina que, en un sistema autoritario, la concesión de amplios poderes discrecionales al juez se justifica solamente si, al mismo

tiempo, se priva de estos poderes a las partes. Pero la afirmación rige con la condición de que los jueces estén «fuertemente sujetos al poder ejecutivo» (p. 73). Al contrario, según la concepción «social» del proceso, el reconocimiento de amplias facultades discrecionales en cabeza del juez tiene solamente sentido si éste tiene una total independencia del poder ejecutivo y se ubica esencialmente como perteneciente a un poder legitimado para desenvolver una función de control y de garantía también en relación a los otros poderes del Estado.

Aunque más no fuera por esta razón, el carácter autoritario de nuestro código, en el caso de que efectivamente hubiere existido en su origen, con el advenimiento de la Constitución republicana habría sufrido un giro de ciento ochenta grados, porque habría significado no ya una justicia al servicio de los «poderosos», sino en garantía de los *haves not* (desprotegidos), habiendo nuestra Carta fundamental garantizado la autonomía y la independencia de la magistratura en medida mayor de aquello que ha sido hecho en otros lugares.

La verdad es que también el código originario no ha mostrado nunca una particular «confianza» en relación al juez y ha preferido dosificar con mucha prudencia, más allá de enfáticas proclamaciones, sus facultades discrecionales. Bastaría volver a recorrer la trama de las disposiciones en materia de prueba y de la valoración de la misma, como ha sido mostrada claramente por Cavallone y, en algún aspecto, también por mí, para tener sobre el particular una irrefutable confirmación.

Por otra parte, la misma complicada manera con la cual recientemente se ha remodelado la fase introductiva del proceso (arts. 180, 183 y 184), en una ley dirigida a favorecer en el aspecto de la oralidad chiovendiana la concentración procesal, no puede explicarse en otra forma que con la falta de confianza hacia el juez, al cual no se ha querido confiar un poder de gestión de esta fase del proceso análogo al que se ha reconocido, con el art. 421, al juez de trabajo.

Nuestro código, por lo tanto, por un problema típico de nuestro sistema, que da por sentada la difícil relación entre el ciudadano y la autoridad, termina siendo mucho menos «autoritario» de aquello que Montero consentiría en lo referente a las facultades del juez en la conducción del proceso, respecto a la cual «el interés público predomina sobre el interés privado» (p. 75, 91). Sería interesante, luego, confrontar

con el autor sobre la solución de concretos y específicos problemas. Para ejemplificar, me pregunto si la solución acogida por nuestro art. 102 en el tema de integración de la litis es por él compartida o si considera preferible que, en este caso, el juez cierre el proceso con una sentencia procesal o, directamente, con una sentencia de mérito producida a pedido de las partes.

Esta confrontación, sin duda, nos conduciría demasiado lejos. Me basta con señalar una concordancia: también para Montero la conducción del proceso corresponde al juez y está comprendida en su *officium*.

## 5. A PROPÓSITO DE MITOS Y DE SLOGAN

Es el momento de desvelar los mitos de los cuales Montero declara que se está liberando no sin esfuerzo.

¿Qué es un mito? Según su etimología, la palabra, la narración, la fábula, la leyenda. En sentido figurado constituye aquello que es capaz de polarizar las aspiraciones de una colectividad en una determinada época, elevándose a símbolo privilegiado y trascendente.

Pero al lado de los mitos existen los slogan, o sea las frases breves pero sustanciosas, sintéticas, fáciles de repetir y sugestivas, destinadas a permanecer impresas en la mente y a persuadir. Y yo me pregunto si Montero, hablando de mitos, tenga en realidad presentes a estos últimos.

Mi duda está reforzada por el hecho que los mitos en cuestión han tenido modo de afirmarse en las últimas décadas del siglo pasado sobre todo en ocasión de los congresos internacionales dedicados, no por casualidad, al rol del juez en el proceso.

Ahora está bien alejada de mí la idea de dejarme influenciar por la sarcástica representación de los congresos científicos hecha por Lodge, pero no descuidaría las observaciones de Cavallone (*El juez y la prueba en el proceso civil*, Padua 1991, p. 304, nota 26) sobre la necesidad de leer las afirmaciones congresales a la luz del contexto integral en el cual están comprendidas; en un contexto en el cual inevitablemente se habla por principios, en el cual los conocimientos de los recíprocos ordenamientos son aproximados y en el cual la convergencia de principios se refiere más

que nada a la revaloración del «rol activo del juez» en la dirección del proceso y en la valoración de la prueba.

Por otra parte, releyendo la literatura italiana sobre el proceso civil de estos últimos cincuenta años, no me parece advertir que haya habido un neto predominio de aquellos que se han declarado convencidos promotores del activismo judicial. Y también aquellos que más que todos han ilustrado tal programa —pienso particularmente en Cappelletti y en Denti— han rodeado sus afirmaciones de principio con muchas cautelas, de manera que en los hechos las diferencias entre los cultores de una y de otra ideología son bastante menos consistentes de lo que se podría apreciar a simple vista. Observación, esta última, que va a la par con la afirmación de Montero cuando hace notar cómo extrañamente mientras el proceso penal se va modelando siempre más sobre el perfil acusatorio, hay una tendencia a lo inquisitorio en el proceso civil, en el cual deberían prevalecer comportamientos liberales, siendo ese proceso un instrumento de tutela de situaciones en general disponibles por parte de los particulares.

En la realidad, no es que prevalezca una u otra ideología. Es que el proceso, sea civil sea penal, es siempre visto como un instrumento de garantía y, firme este valor insustituible, en lo demás se trata de encontrar modelos que permitan una justicia en lo posible rápida y eficaz. Pero si esto es verdad, sería necesario, inspirándose en las enseñanzas de Vocino, tomar a los mitos por lo que son: principios que manifiestan tendencias o, directamente, fórmulas sugestivas con las cuales se busca aglutinar consensos.

A mí me parece que la comunidad científica internacional, en este momento, está de acuerdo sobre la idea de que el proceso, en cuanto instrumento público, debe ser dirigido por el juez y que las partes tengan el monopolio en aquello que se refiere a las tutelas, y admite que hay diferencias dejadas a las especificaciones de cada ordenamiento en orden a la cantidad y a la intensidad de las facultades judiciales. Justamente, por eso, la atención de la comunidad científica está hoy dirigida a la cooperación internacional, a los costos, a la eficiencia, que se plantean como los problemas actuales y como los desafíos de los próximos años.

## 6. LA EFICIENCIA DEL PROCESO, LAS IDEOLOGÍA Y LA PRIVATIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL

El tema de los costos y de la eficiencia es tratado por Cipriani en su polémica introducción al libro de Montero, porque él esta convencido de que «el tan vituperado código de 1865, en lo que refiere a la celeridad del proceso civil, gracias también a la reforma Mortara de 1901, aseguraba ampliamente a Italia el record del mundo» (p. 18). Más en particular el autor comparte las conclusiones de la Comisión Acampora, según la cual «las disfunciones y los retardos eran con toda evidencia debidos al nuevo código y, en particular, a la existencia del juez instructor, el cual, con su misma presencia, implicaba la división del proceso en fases y la imposibilidad de decidir enseguida las causas en estado de ser resueltas» (p. 19).

Confieso envidiar las seguridades del amigo Cipriani, que le permiten olvidar que aquel proceso celebrado por los jueces togados hace cien años se aplicaba a menos del 10% del total de los litigios; que tenía objetos limitados y sobre todo que se concentraba sobre cuestiones sucesorias o relativas a los derechos reales; que se desarrollaba entre partes acomodadas (es decir, aquellas que tenían la posibilidad económica de pagar los nada exiguos costos procesales); que estaba dirigido por un ceto forense de dimensiones numéricas modestas; que se desarrollaba en un clima de *fair play* para el cual no estaba exasperada la sensibilidad hacia las garantías procesales. Yo, en cambio, no logro hacerme una idea precisa del fenómeno, dado que para desviar una parte de la contienda delante de jueces honorarios se han debido adoptar soluciones «impuestas», que todavía hoy los ciudadanos sufren con disgusto y con una a menudo no injustificada desconfianza; dado que las exigencias de tutela, por número y por variedad de contenidos, se han manifestado abiertamente más allá de cualquier fantasiosa previsión y van más allá del campo de los derechos de crédito, que el mismo Montero agrega al tradicional campo de los derechos reales (p. 57); dado que hoy los abogados inscriptos en los registros son más de ciento cuarenta mil y los habilitados para la defensa en las jurisdicciones superiores son cerca de treinta mil —cifras que, si viviéramos en la época de Federico Guillermo I, harían justificadas las medidas malthusianas por él adoptadas en contra de los profesionales forenses—; dado que la cultura del garantismo ha producido el extraño

resultado según el cual se tiene siempre derecho no ya a litigar, sino a volver a poner todo en discusión, etc. Pero alguna duda, espero que razonable, sobre la bondad de la receta de Cipriani podría comenzar a albergar, observando que, de hecho, la dicotomía juez instructor-juez de la decisión ha venido a menos, con la reciente reforma, para la mayor parte de los procesos. Y no obstante eso el efecto mágico de una drástica reducción de los tiempos procesales no se ha producido, aunque se registre un leve y fatigoso síntoma de mejora.

Yendo más al fondo, me parece entender que la receta milagrosa para Cipriani no está en la supresión del juez instructor —que, repito, en los hechos se ha ya normalmente realizado—, sino en la supresión de la instrucción *tout cort*, en base al programa según el cual es ya suficiente que los jueces dicten las sentencias. Si ésta fuera la correcta interpretación del pensamiento de Cipriani, que nada tendría que ver con las ideas de Montero Aroca, se debería concluir que a nuestro autor no le interesan tanto la eficiencia y la rapidez, sino la realización de un proceso totalmente dirigido por las partes con la intervención final del juez: un proceso, si se quiere, sin proceso; en sustancia una controversia *inter partes* con eventual posibilidad de recurrir al juez en los momentos en los cuales ellas, las partes, no sean capaces de resolver una situación por sí solas. Al mito del juez autoritario, si quisiéramos adoptar la terminología de Montero, lo reemplaza el mito del juez mero decisor de cuestiones.

Develada la fuerte carga ideológica de esta postura, que poco o nada tiene que ver con la exigencia de rapidez y de eficiencia del proceso, podría polemizar con Cipriani en el terreno de la cualidad de la justicia y podría al menos suscitar la duda que una justicia impartida a fuerza de ocasionales encuentros con el juez y en el resto enteramente dirigida por las partes termina por confiar en la posibilidad (también económica) de que estas últimas utilicen defensores capaces de asegurar una defensa técnica balanceada y de garantizar un elevado standard de profesionalidad y de corrección. Me preguntaría también cuánta coherencia tiene un legislador para el cual, en el proceso penal, la prueba «se forma» en el debate y en el proceso civil es recogida toda sin la presencia del juez. Y podría hasta sospechar que, en un proceso así construido, inevitablemente el pronunciamiento termina por perder fuerza. No lo hago, porque terminaría por dar vida a una controversia ideológica, en la cual cada uno tiene el derecho de fomentar las propias opiniones.

Quiero, entonces, fingir creer que la propuesta de Cipriani nos ofrece sustanciales utilidades sobre el plano de la eficiencia. Como he observado en otra ocasión (en Caferra, Por *una reforma de la justicia*, Bari 2002, p. 68) los procesos pendientes son cerca de tres millones y actualmente se promueven cerca de un millón y medio por año. Los magistrados que se desempeñan en el sector civil son cerca de cinco o seis mil y su productividad media ronda las ciento cincuenta— doscientas sentencias al año. Si pusiéramos a los jueces a hacer solamente sentencias, se lograría eliminar el retraso en no menos de cuatro años y en el mismo período de tiempo se habría acumulado un ulterior atraso. Basta esta consideración para comprender que el remedio propuesto por Cipriani, sin considerar el hecho de que no todas las sentencias o decisiones judiciales son aptas para concluir las controversias, no parece resolutivo.

Queriendo sacar conclusiones, valdría la pena separar las disputas ideológicas, considerando que nuestro código encierra un razonable punto de equilibrio entre varios puntos de vista, y sería cuestión de hacer sentir la opinión de la comunidad científica italiana para señalar al moderno legislador que es peligroso aventurarse en empresas de resultado incierto para dar cuerpo a los slogan lanzados durante la campaña electoral y que el camino, para salir del túnel en el cual hemos terminado, debe buscarse a través de una paciente obra de modificaciones y con intervenciones tendientes a filtrar las controversias y, si fuese posible, a poner un freno a la litigiosidad excesiva, en base al principio según el cual también el sacrosanto derecho a litigar se puede transformar en un abuso que debe controlarse.

# *El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes*[*]

FRANCO CIPRIANI
*Profesor ordinario de Derecho Procesal Civil*
*Bari (Italia)*

SUMARIO: 1. Premisa.- 2. Estudiosos revisionistas, estudiosos liberales y estudiosos que prefieren callar.- 3. Códigos autoritarios, códigos sociales, códigos fascistas y códigos totalitarios.- 4. El CPC de 1865 y el Consejo Nacional de la Magistratura de 2001.- 5. Tres descuidos muy extraños.- 6. El proceso sin proceso.- 7. Un nuevo eslogan: la privatización del proceso civil.- 8. Conclusiones. Despejando dudas.

## 1. PREMISA

El año pasado, a iniciativa mía, se publicó un pequeño volumen de Juan Montero Aroca, insigne catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia, sobre los principios políticos del nuevo proceso civil español[1]. El pequeño volumen había sido publicado un año antes en España y, conteniendo no pocas referencias a nuestro proceso civil, me pareció de interés también para nosotros. De allí mi decisión de hacerlo traducir a nuestra lengua y de publicarlo con un prefacio mío en Italia[2],

---

* Publicado en Rivista di Diritto Processuale, 2003, núm. 2, pp. 455-466. Traducción de Eugenia Ariano Deho.

1 Cfr. MONTERO AROCA, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo* (2001), traducción italiana de Brattelli y Magrino, Napoli 2002, pp. 169.

2 El prefacio, con el título *Il processo civile italiano tra revisionisti e negazionisti*, había sido anticipado en *Il Foro italiano*, 2002, V, c. 24 y ss., y en *Giurisprudenza italiana*, 2002, p. 425 y ss.

como para hacer saber a los italianos lo que en el extranjero se piensa o, si se quiere, lo que en el extranjero algunos piensan (sobre nosotros y) de nuestro bienamado c.p.c. Más precisamente, desde el momento que Montero comparte mis ideas sobre la ideología que subyace a nuestro c.p.c., me pareció que la traducción de su libro pudiera ayudar a algún viejo amigo mío a reflexionar y, quizá, a cambiar de idea no solo sobre lo que ocurrió, sino sobre todo sobre lo que se debe hacer.

El libro ha tenido el mérito de provocar un importante escrito de Giovanni Verde[3], al cual debemos estar agradecidos por su autorizada intervención, porque lo ha hecho cuando, habiendo apenas dejado la vicepresidencia del Consejo Superior de la Magistratura, tenía todo el derecho de relajarse y pensar en cosas más leves.

La gratitud, sin embargo, no puede hacer olvidar que Verde ha dedicado no pocas páginas de su breve ensayo a mí, y no ciertamente para compartir mi pensamiento. Más bien, se ha mostrado fuertemente crítico, tanto que ha terminado atribuyéndome afirmaciones que nunca he hecho, tesis que no he nunca sostenido y propósitos que, en verdad, como creo que sea notorio, nunca he acariciado.

Frente a esta realidad, por cierto tiempo he pensado que, tratándose de críticas y consideraciones que se comentaban por sí solas, no viniera al caso replicar. Luego, sin embargo, me he dado cuenta de que aquí existe el riesgo de que ciertas ideas y ciertos eslóganes se difundan más allá de los límites, y entonces me he dicho que quizá sea oportuno hacer alguna precisión: no sobre lo que Verde ha objetado a Montero, sino sobre lo que ha dicho de mí.

## 2. ESTUDIOSOS REVISIONISTAS, ESTUDIOSOS LIBERALES Y ESTUDIOSOS QUE PREFIEREN CALLAR

La primera notación que me concierne de cerca es hecha por Verde inmediatamente después de haber expuesto el contenido del libro de

---

[3] V. en efecto, VERDE, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, en *Rivista di diritto processuale*, 2002, p. 676 y ss.

Montero. Él ha afirmado que yo, al presentar el libro, me habría inscrito junto con Girolamo Monteleone y Juan Montero, en el pequeño núcleo de revisionistas, que habría contrapuesto no solo a los antiliberales y a los autoritarios, entre los cuales habría señalado a Proto Pisani y Chiarloni, sino también «a los más que han preferido callar»[4]. Y ha precisado que él, aunque compartiendo «buena parte de las tomas de posición de Montero Aroca sobre los problemas particulares por él afrontados», no considera que el nuestro sea un código fascista: ha, por ello, querido intervenir en el debate «para evitar la acusación de estar entre quienes han preferido callar»[5].

No me parece que las cosas estén realmente así. En efecto: *a*) yo nunca he inscrito a nadie entre los revisionistas, si no fuera por más porque quien ha hablado de revisionismo no he sido yo, sino Sergio Chiarloni, que ha considerado «revisionista» la doctrina profesada por Monteleone y por mí a propósito de la ideología subyacente a nuestro c.p.c.[6]; *b*) yo no he nunca incluido a Proto Pisani y a Chiarloni entre los antiliberales y los autoritarios, ni mucho menos los he acusados nunca de serlo, sino que les he dicho miles de veces, por escrito y oralmente, en público y en privado, que defienden soluciones sustancialmente autoritarias y que algunas de sus teorías, lejos de hacer un buen servicio a la causa de la racionalización y de la aceleración del proceso civil, se retuercen en su contra; *c*) yo sí he dicho que los más han preferido callar, pero no ciertamente solo a propósito del color político del código, si fascista o no, sino sobre los resultados de mis investigaciones[7], que, *si licet*, no se resuelven ciertamente en aquella alternativa; *d*) si el libro de Montero es del 2002, mis investigaciones se remontan a diez años antes, por lo que no está claro por qué Verde, aun no queriendo estar entre aquellos que han preferido callar, haya hablado recién ahora.

---

4 Así, evocando mis palabras, VERDE, *Le ideologie*, cit., p. 679.

5 Así nuevamente VERDE, *op. loc. ult. cit.*

6 V. En efecto, CHIARLONI, *La giustizia civile e i suoi paradossi*, en Violante (al cuidado de), *Storia d'Italia, Annali 14, Legge diritto giustizia*, Torino, 1998, p. 410, en nota

7 V. mi *Prefazione*, en MONTERO AROCA, *I principi*, cit., p. 7.

## 3. CÓDIGOS AUTORITARIOS, CÓDIGOS SOCIALES, CÓDIGOS FASCISTAS Y CÓDIGOS TOTALITARIOS

La segunda notación que me concierne se encuentra poco después de la primera. Verde, tras haber defendido a Chiarloni y (quien lo diría...) a Proto Pisani de mí, ha concedido que la *Relazione al re* a nuestro c.p.c. es indudablemente fascista (menos mal...), pero ha precisado que una cosa es la *Relazione* y otra el código, que sería autoritario, pero no fascista, y además que «la idea de asociar un código inspirado en principios autoritarios al código emanado en un régimen totalitario» sería equivocada[8].

Las precisiones parecen dirigidas a Montero y no a mí, pero es un hecho de que poco después Verde ha afirmado: «me parece necesario disentir netamente cuando Montero y Cipriani asocian los códigos autoritarios (o "sociales") a los códigos totalitarios»[9].

También frente a esta segunda citación, no puedo no sorprenderme: yo nunca he asociado los códigos autoritarios o sociales a los códigos totalitarios y no he dicho nunca (ni, en verdad, pensado) que los códigos autoritarios sean también sociales, ni mucho menos que en 1940 nuestros Padres emanaron un código totalitario. Nunca he cometido estos pecados por la simple razón que, hasta ayer, ni siquiera sospechaba que existieran los códigos «sociales» y los códigos «totalitarios», de cuya existencia he venido a saber solo del ensayo de Verde. Por tanto, aunque yo no sepa qué signifique o implique, para un código de procedimiento, ser totalitario, no tengo dificultad en admitir que nuestro c.p.c. no es totalitario, sino, como ahora sostiene también Verde, autoritario.

En verdad, esta polémica sobre la ideología subyacente a nuestro código debería haber hecho su tiempo. En el extranjero, la sola idea de que en la Italia de 1940 pueda haberse hecho un código de procedimiento no autoritario, hace sonreír; pero aquí en Italia, desde que cayó el fascismo (no ciertamente antes...), no se hace sino negarlo. Y se continúa negándolo aunque un estudioso autorizadísimo, Salvatore Satta, una

---

8 Así VERDE, *Le ideologie*, cit., p. 679.

9 Así nuevamente VERDE, *op. loc. ult. cit.*

vez pasado el vendaval de la posguerra, haya reconocido que «el código vigente, nacido bajo un régimen autoritario, es (y no podía no ser aunque los inspiradores hubieran querido lo contrario) un código autoritario»[10]. Es por ello muy importante que ahora Verde, aunque equipando los códigos autoritarios a los sociales, reconozca que en 1940 se hizo un código autoritario: no sé si, en consideración a ello, Sergio Chiarloni querrá ahora incluir también a Verde entre los revisionistas y, quizá, considerar a Satta su (o nuestro) precursor, pero, para mi suerte, este es un problema que no me corresponde resolver.

## 4. EL CPC DE 1865 Y EL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA DE 2001

El último parágrafo del ensayo de Verde (tres páginas de doce, o sea la cuarta parte del trabajo) está enteramente dedicado a mí y, a estar al sumario, vierte sobre la eficiencia del proceso, sobre las ideologías y sobre la privatización del proceso civil.

Verde ha recordado que yo, en mi «polémica introducción», he rememorado que nuestro c.p.c. de 1865, en hecho de celeridad del proceso civil, aseguraba abundantemente a nuestro País el record del mundo, y que en los años Cincuenta la Comisión nombrada por la Corte de Casación y presidida por Francesco Acampora reconoció que las disfunciones y los retardos del proceso civil innegablemente se debían al nuevo c.p.c. y, en particular, a la previsión del juez instructor. Verde no ha expresamente cuestionado la exactitud de mis afirmaciones, pero lo ha hecho en vía indirecta, declarando envidiar mis seguridades, que se deberían a una serie de descuidos míos[11].

---

10 Así SATTA, *Commemorazioni del codice di procedura civile del 1865*, en ID., *Quaderni del diritto e del processo civile*, I, Padova, 1969, p. 94, del cual v. en sentido diametralmente opuesto (pero en un del todo distinto contexto histórico-político), *In difesa del codice di procedura civile*, en *Il Foro italiano*, 1947, IV, c. 45 y ss.

11 Cfr. VERDE, *Le ideologie*, cit., p. 685.

Ahora, prescindiendo por el momento de lo que yo habría descuidado, debo reconocer a Verde el haber aquí referido mucho más fielmente que alguna página antes mi pensamiento, pero, lamentablemente, con una «pequeña» omisión: no ha precisado que el c.p.c. de 1865 había sido mencionado por el CSM en el último Informe al Parlamento sobre el estado de la justicia[12] y que yo, con mis objeciones, estaba justamente cuestionando las sorprendentes afirmaciones del CSM. Más precisamente: desde que el CSM había, por un lado, criticado la ideología subyacente al código de 1865 y, por el otro, asegurado que en los tiempos de ese código las cosas andaban mil veces peor que hoy[13], yo, en una breve apostilla al prefacio a Montero, había objetado que esas críticas y esas acusaciones, estadísticas oficiales en mano, no tenían razón de ser[14].

---

12 El último Informe del Consejo Superior de la Magistratura (CSM) al Parlamento, aprobado por el Consejo con amplia mayoría (26 votos favorables y 4 abstenciones) en la sesión extraordinaria del 2 de octubre del 2001 con la intervención del Jefe del Estado y del Ministro de Justicia, vierte sobre la *Tutela dei diritti, efficacia e tempi della giurisdizione* y puede leerse en CAFERRA (al cuidado de), *Per una riforma della giustizia*, Bari 2002, p. 155 ss., quien recuerda que el texto del Informe, con algunas enmiendas introducidas por el pleno en la sesión del 19 de setiembre de 2001, reproduce la versión aprobada por la Comisión para la reforma judicial y administración de justicia, de la cual era presidente y ponente el mismo Caferra.

13 El CSM, tras haber auspiciado que sean «no solo conservados sino también reforzados los poderes de impulso, control y decisión del juez», ha escrito estas textuales palabras: «no puede, sin embargo, no recordarse como el código de procedimiento civil de 1865, caracterizado por los poderes prácticamente exclusivos de las partes en orden a la determinación de los tiempos del proceso, a las pruebas, a la posibilidad de provocar decisiones con sentencia inmediatamente impugnable sobre cuestiones prejudiciales procesales y de fondo y sobre las cuestiones probatorias, fue abandonado justamente en virtud de las intolerables consecuencias que un tal sistema había determinado, transformando el proceso en una máquina complicada, abstrusa y vacía que, por la lentitud y los costos que determinaba, terminaba por ir en daño de quien tenía interés en recurrir a la justicia y, sobre todo, de quien no podía permitirse las largas esperas de los tiempos de la definición de la litis» (en CAFERRA, *op. cit.*, p. 196 s.).

14 V. nuevamente mi *Prefazione*, en MONTERO AROCA, *I principi*, cit., p. 16 ss. Quizá convenga advertir que, antes de contradecir al CSM, me he preocupado por saber quién hubiera tenido la idea de atacar de aquella tosca y absurda manera al c.p.c. de 1865. Y bien, me fue asegurado que esa idea no había sido ni del presidente Verde, ni del ponente Caferra. Ergo, mi discurso no estaba dirigido ni en contra de Verde ni en contra de Caferra, que además eran y son ambos mis viejos amigos.

Ahora bien, no se puede no reconocer que Giovanni Verde, siendo vicepresidente del CSM en la época de la aprobación de ese Informe, tenía no solo el derecho, sino también el deber de defender el Informe de las críticas de quienquiera. En el caso, sin embargo, él, al tomar las distancias de mis «envidiables seguridades» no ha para nada defendido al CSM y el Informe al Parlamento, tanto es así que no los ha siquiera mencionado. *Ergo*, el problema no es el CSM.

Al tomar nota de ello, los descuidos en los cuales yo, según Verde, habría incurrido al cuestionar la veracidad de las críticas y de las acusaciones del CSM, son los siguientes: *a*) en los tiempos del viejo código los jueces togados no se ocupaban siquiera del 10% del contencioso civil; *b*) el proceso civil, en los tiempos del viejo código, tenía objetos limitados, se desarrollaba entre sujetos seleccionados, era llevado a cabo por una clase forense de dimensiones numéricas modestas y se celebraba en un clima de *fair play*; *c*) hoy hay 140 mil abogados, 30 mil de los cuales casacionistas[15].

Estas objeciones, sin embargo, aunque fueran fundadas, no serían suficientes para llevar agua al molino del CSM, siendo evidente que, desde el momento en que se estaba discutiendo sobre la eficiencia, se me habría podido objetar (y posiblemente demostrar...) que en los tiempos del viejo código el proceso funcionaba peor que ahora, pero es un hecho de que Verde, a diferencia del CSM por él presidido, no ha osado efectuar esta afirmación: lo que le hace honor.

Queda, por lo tanto, definitivamente confirmado que el CSM, en el Informe del 2001 al Parlamento, ha efectuado, a propósito del c.p.c. de 1865 y de su eficiencia, afirmaciones que no corresponden a la verdad. Con la consecuencia de que a nosotros, lamentablemente, no nos queda sino repetir: ¡al menos las cosas, en el proceso civil italiano, estuvieran hoy como estaban entonces!...

---

15 Así Verde, *Le ideologie*, cit., p. 685.

## 5. TRES DESCUIDOS MUY EXTRAÑOS

Fijado este punto firme, queriendo examinar ahora de cerca los descuidos que mi amigo Giovanni Verde me ha atribuido, debo decir que ellos son bastante sorprendentes, porque vierten sobre lo que ocurría en los tiempos del c.p.c. de 1865 y sobre el número de los abogados, o sea sobre argumentos que no me encuentran ciertamente desprevenido.

En efecto, a propósito del primer descuido, que consistiría en el no haber tenido presente que en los tiempos del viejo código los jueces togados se ocupaban de pocas causas[16], es extraño que Verde no sepa que no es de hoy que estoy advirtiendo que en ese tiempo la justicia era administrada en tiempos razonables no sólo porque había un proceso en que se aprovechaba del deseo de justicia de las partes y no se perdía en floreos, sino también porque las causas, gracias a los conciliadores y a la disciplina de la competencia, estaban equitativamente distribuidas entre los distintos jueces. Sobre este tema he escrito una miríada de ensayos[17] y he organizado incluso un encuentro de estudio, en el cual una ponencia fue realizada por el propio Verde[18], por lo que resulta claro que aquí, si hay alguien que ha descuidado algo, éste no soy seguramente yo.

En cuanto luego a mi segundo descuido, es suficiente leer el celebérrimo *Troppi avvocati!* de Piero Calamandrei para entender que no es

---

16 Desde el momento que, en los tiempos del viejo código los conciliadores se ocupaban «solo» del 60-65% del contencioso (las estadísticas de fin del siglo XIX no interesan porque entonces las partes se dirigían a los conciliadores para estipular contratos eludiendo al Fisco), no creo que se pueda sostener, como en cambio hace VERDE, *op. loc. ult. cit.*, que en ese entonces los jueces togados se ocupaban incluso de menos del 10% del contencioso: es verdad que existían los vice-pretores honorarios, pero no creo que ellos se ocuparan de, incluso, el 25-30% del contencioso y dejaran a los togados menos del 10%: en ese tiempo los jueces togados tenían efectivamente menos causas que hoy, pero trabajaban, y cómo que trabajaban, tanto es así que nadie les reprochaba su escasa laboriosidad y la plaga del rezago [*arretrato*] no existía.

17 V. especialmente mis *Litigiosità ricchezza e competenza*, en *Rassegna di diritto civile*, 1998, p. 507 y ss., y, últimamente, *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, p. 1243 y ss.

18 V. *I rinvii e l'arretrato nel processo civile*, en *Il Foro italiano*, 1995, V, c. 263 y ss., espec. 270 y ss.

para nada cierto que cien años atrás todo fuera un lecho de rosas. Tomo nota, sin embargo, que ahora Verde nos asegura que los abogados de ayer eran todos mil veces mejores que los de ahora: los cuales, se puede tener la certeza, dentro de cien años serán considerados todos mucho mejores que sus descendientes y sus herederos[19].

En fin, en cuanto al número de abogados[20], sé bien que se suele decir que las causas son muchas porque hay demasiados abogados. Pero es un estribillo que debería haber ya hecho su tiempo. Además, en la tan decantada Francia, en la cual los abogados, gracias a una legislación claramente corporativa, son mucho menos numerosos que en Italia, las causas no son para nada menos numerosas que entre nosotros: en efecto, y por ejemplo, allí, aunque los casacionistas sean apenas 87, los recursos de casación ¡son mucho más numerosos que en Italia[21]! Por tanto, no creo que sea oportuno insistir para explicar los problemas del proceso civil con el número de abogados.

## 6. EL PROCESO SIN PROCESO

Para terminar, el juez instructor. Verde sostiene que en mi pequeña batalla en contra del juez instructor (un juez que en el extranjero deja, por decir lo menos, perplejos: Montero Aroca *docet*...) no tiene ya razón de ser porque, por efecto de la reforma de 1990, la dicotomía instructor-

---

19 Sobre la continua exaltación (que se hacía ya cien años atrás) de los abogados de ayer respecto a los de hoy, v. mi *La professione di avvocato*, (1998), ahora en mi *Avvocatura e diritto alla difesa*, Napoli 1999, p. 23.

20 Al respecto me parece un deber reconocer que Verde, quien hasta ayer enseñaba que en la provincia de Nápoles habían más abogados que en toda Francia, ahora —como consecuencia, me imagino, de mis precisiones— ha aclarado que en la provincia de Nápoles constituyen la cuarta parte de los que hay en Francia: v. mi *La professione di avvocato*, cit., p. 21, en nota, y su *Profili del processo civile*, II, 2ª ed., Napoli 2000, p. 31.

21 V. mi *Nuovi presidenti e vecchi problemi della Corte di cassazione*, en *Il Foro italiano*, 1999, I, c. 1865 y ss.

colegio ha normalmente venido a menos[22]. De aquí su sospecha de que mi insistencia tienda en realidad a suprimir la instrucción «en base a un programa en que es ya mucho si los jueces hacen sentencias». Más precisamente: yo no anhelaría la eficiencia y la rapidez, sino «la realización de un proceso enteramente gobernado por las partes con la intervención final del juez: un proceso, se si quiere, sin proceso»[23].

Por consiguiente, yo querría ¡un proceso sin proceso! La acusación es bastante grave, pero no está motivada. Más bien, está declaradamente inmotivada: Verde, en efecto, lejos de precisar en cuales obras mías se encuentre anhelado un tal ridículo propósito, ha con toda franqueza admitido que la suya es solo una impresión: «me parece entender que la receta milagrosa...»[24]. Él no se ha preocupado de verificar si lo que le ha parecido entender responda a la verdad, pero no ha dudado en extraer conclusiones por decir lo menos sorprendentes: «develada la fuerte carga ideológica de este planteamiento, que poco o nada tienen que ver con la exigencia de rapidez y eficiencia...»[25].

La cuestión, pues, es grave, pero como decía Flaiano, no es seria. Se me acusa de un hecho que, si fuera cierto, sería por decir lo menos grave, porque es un tanto como si un ingeniero quisiera construir edificios sin cimientos y sin techo, pero no se tiene el cuidado de motivar. Se trata, y con toda evidencia, de una *buotade* o, si se prefiere, de una provocación, frente a la cual no queda sino evidenciar que tales acusaciones o tales discursos tienen un sentido en el mundo político, en donde se combate a través de meras frases efectistas y de eslóganes más o menos irónicos e incisivos, no ciertamente en el mundo científico, en donde los disensos deben o deberían ser argumentados de una muy distinta manera. ¿Qué ha sucedido, pues, de tan grave como para inducir a un estudioso

---

22 VERDE, *Le ideologie* cit., p. 685 y s., que no da ninguna importancia a la permanencia de la dicotomía en las causas con la llamada reserva de colegialidad y no considera que, como he tenido manera de demostrar, la reforma de 1990 no ha para nada resuelto el problema del juez instructor: v., últimamente, mi *Il processo civile italiano*, cit., p. 1251.

23 VERDE, *Le ideologie*, cit., p. 686.

24 V. nuevamente, VERDE, *op. loc. ult. cit.*.

25 Así siempre VERDE, *op. loc. ult. cit.*

como Giovanni Verde a usar en sede científica los instrumentos dialécticos propios de los políticos?

## 7. UN NUEVO ESLOGAN: LA PRIVATIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL

La respuesta viene del último párrafo del ensayo en examen, en donde, al concluir, se afirma que «sería oportuno hacer sentir la voz de la comunidad científica italiana para señalar al actual legislador que es peligroso aventurarse en empresas de resultado incierto para dar cuerpo a los eslóganes lanzados durante la campaña electoral»[26]. El discurso es tan comprometido y solemne como críptico, pero a rendirlo inteligible provee, si no yerro, el sumario, en donde, como lo he ya recordado, se afirma que el último parágrafo vierte también sobre la privatización del proceso civil[27], de la cual, sin embargo, no hay rastro ni en el último parágrafo, ni en los otros. Por tanto, si he entendido bien, Verde, sobre las huellas de Farinata, ha hecho un llamado a la entera «comunidad científica italiana» para salvar al proceso civil del espectro de la privatización.

La idea es buena, más bien excelente. Quedaría solo saber qué tuvieran que ver el desventurado libro de Montero y mi prefacio con los eslóganes de la campaña electoral y con la privatización. En particular, yo, antes de las elecciones, hice algunas propuestas, pero, por suerte, las hice con Giuliana Civinini y con Andrea Proto Pisani[28], cuyos nombres son ya, como se suele decir, una garantía. Tras las elecciones, en un congreso forense y no ciertamente en la sede de un partido político, hice otras propuestas, más detalladas y enteramente mías, pero se da el caso de que, al reiterar por enésima vez la necesidad de eliminar todos los excesos «publicísticos» (pero en realidad autoritarios) presentes en nues-

---

26 VERDE, *Le ideologie*, cit., p. 687.

27 VERDE, *Le ideologie*, cit., p. 676.

28 Cfr. CIPRIANI-CIVININI-PROTO PISANI, *Una strategia per la giustizia civile nella XIV legislatura*, en *Il Foro italiano*, 2001, V, c. 81 y ss.

tro código, he expresamente excluido toda forma de privatización y he advertido que «no se puede poner en discusión el carácter publicístico de la jurisdicción civil»[29]. Por tanto, asociar la privatización a mí es por demás forzado.

Más bien, ¿qué es esta «privatización del proceso civil» de la cual se habla en los sumarios, pero no en los textos de los artículos de doctrina? ¿Dé qué se trata? ¿En qué consiste? ¿Quién la ha propuesto?

Por cuanto yo sé, nadie, ni en Italia ni en el extranjero, ha nunca propuesto sustraer el proceso civil al Estado y, por consiguiente, de «privatizarlo». Es un hecho, sin embargo, que en Italia, desde algún tiempo, alguien, no sabría decir quien, reproduciendo lo que se ha hecho en el campo económico, en donde muchas empresas públicas han sido privatizadas, ha comenzado a decir que se quería «privatizar» también el proceso civil. No sé quien haya comenzado a hacer este discurso, pero lo cierto es que yo mismo al final del año 2001, repitiendo lo que ya varias partes lados hablado de "privatización" del proceso civil»[30]; y también es cierto que el año pasado de "privatización" (sin comillas) ha hablado, aunque solo en el sumario de su ensayo sobre el libro de Montero, Giovanni Verde, el cual en el texto me ha, luego, acusado de querer un proceso «enteramente gobernado por las partes». Vale decir, Verde no ha llegado hasta acusarme *apertis verbis* de haber propuesto la privatización del proceso civil, pero ha estado muy cerca.

Estando así las cosas, existiendo ya el riesgo de verse presentar como un sostenedor de la llamada privatización del proceso civil[31], es quizá

---

29 Cfr. mi *Per un nuovo processo civile*, en *Il Foro italiano*, 2001 V, c. 322.

30 Así en mi *op. loc. ult. cit.*

31 En efecto, por haber yo afirmado que «no habría nada de escandaloso si se fijara el principio por el cual el juez, en base al acuerdo entre las partes, pueda permitir que los testigos sean interrogados por las propias partes y, quizá, en el estudio de uno de los defensores» (así en mi *op. loc. ult. cit.*), CORSINI, *Le proposte di «privatizzazione» dell'attività istruttoria alla luce delle recenti vicende della «discovery» anglosassone*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, p. 1274 y 1300 (pese a no reputar esencial que las pruebas sean practicadas por el juez que debe juzgar) me ha presentado como el estudioso que habría compartido las intenciones del Ministro Castelli de «privatizar» toda la instrucción y ha sostenido que yo

oportuno que yo recuerde y precise que nunca he propuesto un proceso «enteramente gobernado por las partes», ni mucho menos un juez que se limite a efectuar la «intervención final» (casi como si todas las otras resoluciones, las que yo quisiera que fueran inmediatamente impugnables, pudieran ser suprimidas o debieran ser emitidas por los secretarios o por los defensores...), de forma que no puedo no rechazar todo tentativo de colgarme etiquetas y eslóganes que no me pertenecen y que no tienen absolutamente nada que ver conmigo y con mi pensamiento. Sin dejar de decir que no me está claro qué sentido tenga hacer estos discursos mientras se comenta el libro de Montero y mi prefacio: al límite, si se quería atacar la privatización, se podía escribir un ensayo *ad hoc*.

La verdad es que la «privatización» tiene todo el aspecto de ser el último hallazgo de los sostenedores de la llamada concepción publicística del proceso, que es el noble argumento con el cual se han defendido en estos últimos 60 años todos los antiliberales (y fracasados) experimentos que se han efectuado en el proceso civil, casi como si no fuera verdad que aquí no se trata de escoger entre público y privado o entre derecha e izquierda, sino entre soluciones razonables y funcionales y soluciones irrazonables y contraproducentes. Por ejemplo: si se parte del presupuesto de que los abogados quieran solamente perder tiempo y que por ello el problema esté en constreñirlos a vaciar de inmediato el famoso saco, no solo se tiene una idea autoritaria (poco importa si de derecha o de izquierda), sino que constituye un engaño porque en realidad los abogados, cuando defienden a la parte que tiene la razón y que tiene prisa, tienen más prisa que todos los jueces del mundo; si para preparar e instruir la causa, se establece el juez instructor, no se es ni de derecha ni de izquierda, sino que se adopta una colosal ofuscación técnica; si, para evitar que las partes no se reserven las excepciones para la apelación, se excluyen los *nova* en apelación, no se tiene una idea publicística, sino una idea equivocada. Por tanto, quien, tomando inspiración de la últimas elecciones, convoca a toda la «comunidad científica italiana» para impedir que se «privatice» ese perfectísimo instrumento que notoriamente es el proceso civil italiano, demuestra no solo no tener argumentos

---

habría «propuesto» que la prueba testimonial, «con el consenso de las partes», sea practicada en los estudios de los abogados.

mejores para oponerse a reformas que se están proponiendo mucho antes de la últimas elecciones y que, siendo solo razonables, podían muy bien ser actuadas en los gobiernos precedentes.

## 8. CONCLUSIONES. DESPEJANDO DUDAS

Para concluir. Mi impresión es que aquí no se esté en presencia de propuestas tendientes a privatizar el proceso civil, sino de estudiosos que, por motivos que no interesa profundizar, pero que por lo que parece hunden sus raíces en los resultados de las últimas elecciones, han pensado bien en atacar a quien, como yo, no desde hoy batalla por un nuevo c.p.c., que prescinda de las ideas «publicísticas» de 1940 y esté, en cambio, en línea con los valores de la Constitución republicana.

Otra impresión mía es que la serenidad y la objetividad no sean precisamente las fortalezas de estos estudiosos, si es verdad, como lo es, que ellos han sabido solo acuñar el eslogan de la «privatización» y utilizarlo para «develar» las recónditas intenciones de quien, lejos de querer privatizar nada, querría solo que se fueran aumentados los jueces y simplificado el proceso, a fin de que se pueda responder en tiempos razonables a la demanda de justicia del los ciudadanos[32].

Tercera y última impresión mía es que estos estudiosos no advierten que los verdaderos «privatizadores» no son aquellos que, como yo, batallan por encontrar el justo equilibrio entre eficiencia y garantías, sino aquellos que proponen «intervenciones tendientes a filtrar las controversias y, si posible, a poner freno a la litigiosidad excesiva»[33], o sea aquellos que quieren lograr la eficiencia a despecho de lo esencial, es decir,

---

[32] V. en crítica al presidente de Magistratura democrática, Gianfranco Gilardi, que se opuso a la institución de las secciones desahogo [*stralcio*] sin, por lo demás, decir quién habría debido eliminar el rezago (*La Repubblica*, 1º de agosto, 1994, p. 11), mi ensayo sobre *Il problema dell'arretrato*, en *Il Foro italiano*, V, c. 281.

[33] Así, casi como si primer párrafo del art. 24 de la Constitución no existiera, VERDE, *Le ideologie* cit., p. 687.

limitando nuestro sacrosanto derecho de obrar en defensa de nuestros derechos e intereses legítimos.

A estos estudiosos, y en particular a Verde, que hace algún tiempo contrastaba a los estudiosos con los cuales hoy solidariza[34] y que, casi como si nuestro proceso civil fuera el mejor del mundo, batalla por dejar las cosas como están, o sea con la primera audiencia a más de 60 días desde la citación (¡un gran record mundial!...), con la insoportable trilogía 180-183-184 y con el juez que llega preparadísimo a la primera audiencia pero que no puede juzgar, a estos estudiosos, decía, quisiera decirles que, tras haber tanto penado para liberarnos del eslogan de la oralidad, de la cual ahora, por suerte, nadie habla más, no me parece que sea oportuno inventar otro; y quisiera asegurar que, al menos por lo que me respecta, sus preocupaciones no tienen razón de ser, no sólo porque la idea de «privatizar» en todo o en parte el proceso civil no me ha nunca pasado por la mente, sino sobre todo porque mi pequeña batalla por la reforma del proceso civil tiende a «racionalizar lo existente»[35] y es el fruto de estudios, investigaciones y reflexiones que, teniendo ya más de diez años de vida, no tienen absolutamente nada que ver con los eslóganes y los resultados de las últimas elecciones.

---

34 Cfr. la fuerte polémica de VERDE, *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto*, en *Diritto e giurisprudenza*, 1978, p. 241 y ss., con Cappelletti, Chiarloni, Denti y Proto Pisani.

35 Que es el método de las logradísimas reformas emanadas por Lodovico Mortara: v. COLESANTI, *Mortara e le riforme processuali*, en *Giornata lincea in ricordo di Lodovico Mortara*, Roma, 1998, p. 49 y ss., espec. 61.

# *Principios e ideologías del proceso civil. Impresiones de un "revisionista"**

GIROLAMO MONTELEONE
*Profesor Ordinario de Derecho Procesal Civil.*
*Palermo (Italia)*

SUMARIO: 1. Juan Montero Aroca y Franco Cipriani.- 2. La reacción a los escritos de J. Montero Aroca y Franco Cipriani.- 3. Las reflexiones de un revisionista.- 4. Los prefacios.

## 1. JUAN MONTERO AROCA Y FRANCO CIPRIANI

En mayo del 2002, en los tipos de las Edizioni Scientifiche Italiane, apareció un ensayo de Juan Montero Aroca sobre «Los principios políticos del nuevo proceso civil español». Se trata de un escrito que reproduce sustancialmente una ponencia sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (ley 1, 7 de enero del 2000) presentada por el estudioso en un congreso desarrollado en Latinoamérica, precisamente en Costa Rica. La publicación del ensayo en Italia se debe al empeño de Franco Cipriani, quien lo ha acompañado con un prefacio de notable interés.

El escrito de Montero Ahorca se impone a la atención de quien se dedica al estudio del proceso civil bajo varios perfiles.

El escrito inicia con la narración del personal recorrido intelectual del autor: confiesa al lector el haber iniciado su actividad científica con

---

* Publicado en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2003, pp. 575-582. Traducción de Eugenia Ariano Deho.

algunas «certezas», que le habían sido instaladas por sus maestros y habían sido por él acríticamente aceptadas como un dato adquirido e indiscutible. Se trata de la llamada concepción publicística del proceso civil: de la posición preponderante a asignar en él al juez cual expresión concreta y viviente de la autoridad del Estado: de la consecuencial subordinación de las partes a los poderes del juez: de la archiconocida tríada de principios informadores de un moderno proceso civil: oralidad-inmediación-concentración, constituyentes la trama y el viático necesarios para vaciar en él el principio de autoridad, la sujeción de las partes, las finalidades políticas y sociales partidistas a lograr también en el ejercicio de la jurisdicción, así transformando el proceso de medio para la celebración de la justicia en absoluto, a medio para la actuación de una justicia variadamente calificada como social, política, protectora de las llamadas clases más débiles, etc., según las inclinaciones del momento (que podrían también ser, como históricamente ha ocurrido, raciales, persecutorias, de venganza social, antirreligiosas o, al contrario, clericales, etc.).

En el camino, sin embargo, se dio cuenta de que aquellas denominadas certezas (aquí muy ejemplificadamente indicadas) no eran en realidad tales, sino —como siempre ocurre— el fruto de opciones conscientes o inconscientes inherentes a más amplias concepciones del ordenamiento jurídico o del derecho y con ellos de la jurisdicción y del proceso. Y penetrando aún más en el recorrido científico percibió también que esas opciones, poniendo en un pedestal, por encima de las partes en causa, la autoridad del Estado, por tanto un juez dotado de poderes directivos y coercitivos de hecho sin un control externo, producen siempre y solamente un resultado, esta vez realmente cierto: comprimir y conculcar la libertad de los ciudadanos condicionando pesadamente el pleno y autónomo ejercicio de los derechos subjetivos sustanciales y procesales que les corresponden. Y cuando ello ocurra, es lícito dudar de que jurisdicción y proceso aseguren, en fin, una verdadera justicia, muy a pesar de los adjetivos con los cuales ella resulta ocasionalmente coloreada.

Este descubrimiento llevó al autor a reconsiderar, con gran honestidad, sus iniciales posiciones, en lugar de continuar asentándose en ellas o, en el mejor de los casos, callando las propias y ajenas dudas. Lo llevó también a un análisis, bajo una distinta luz, de la nueva ley española del proceso civil, de la cual pone en evidencia virtudes y defectos. Las

virtudes son aquellas de no haber comprometido el principio dispositivo en sentido sustancial correspondiente a las partes y el de aportación de los hechos jurídicamente relevantes en juicio con la conexa carga de la prueba. Los defectos consisten en soluciones de compromiso sobre los poderes de impulso procesal del juez y sobre el de la admisión oficiosa de la prueba que rinden ambigua y poco claras las normas dictadas en argumento.

Para los estudiosos italianos, en particular, el ensayo de Montero Aroca tiene una importancia y ejercita una sugestión del todo especiales. Primeramente porque su personal vicisitud cultural refleja, a tanta distancia y en un ambiente científico y jurídico muy distintos, aquella análogamente vivida por alguno de nosotros, que por tal razón han sido sumariamente catalogados como «revisionistas». Además, porque el autor conoce perfectamente la literatura jurídica italiana sobre el proceso civil y las vicisitudes histórico-políticas que han llevado a la emanación del código aún vigente, poniendo, sin dudas, en evidencia la matriz y los contenidos autoritarios y antiliberales.

En su Prefacio Franco Cipriani, el jurista que más que ningún otro en Italia ha contribuido al estudio y a la documentación de las vicisitudes históricas que han marcado tanto la organización y la disciplina jurídica de la jurisdicción y del proceso civil, como la evolución científica y cultural alrededor de ellos, advierte con justa satisfacción la posición expresada por Montero Aroca, en tantos aspectos coincidente con la suya (además de con la de quien escribe: el segundo de los «revisionistas» italianos). Además, en un agregado incorporado en último momento (v. pp. 17-19), reacciona ante uno de esos periódicos informes predispuestos por el Consejo Superior de la Magistratura sobre el estado de la justicia (año 2001) y cuestiona tal informe en donde se afirma que los poderes de supremacía del juez no solo deben ser conservados sino incluso reforzados y se sostiene, sin siquiera sombra de prueba, que el código procesal de 1865 funcionaba muy mal y no aseguraba ni la justicia ni la rapidez de su actuación. Una vez más las objeciones de Cipriani son precisas y documentadas: a diferencia de las genéricas afirmaciones del CSM.

## 2. REACCIÓN A LOS ESCRITOS DE J. MONTERO AROCA Y FRANCO CIPRIANI

Poco después, en la *Rivista di diritto processuale*[1], ha aparecido una inmediata y apasionada defensa del código de procedimiento civil y de sus principios inspiradores justamente en respuesta al ensayo y al prefacio.

Giovanni Verde, autor de la réplica, excluye que nuestro código pueda calificarse como fascista, no considerando que su Exposición de Motivos así lo pruebe, la que, sin embargo (al menos ella), fascista era por explícita y querida declaración.

Distingue, luego, entre códigos totalitarios que comprimen los derechos subjetivos de los ciudadanos y «códigos autoritarios y sociales». Adscribe, obviamente, nuestro código a la segunda categoría, precisando que aquél delinea un proceso civil construido como instrumento de «justicia». Da, además, por descontado que solo los jueces, más no las partes, tiendan a lograr la justicia, que solo el juez sea idóneo para lograrla y que, por consiguiente, sus poderes deben acrecentarse cuanto más «se llena de contenido el objetivo justicia». Los procesos que no son autoritarios y sociales, en cambio, no tendrían como finalidad la justicia, sino la «paz social». Y, sin embargo, admitido por pura hipótesis académica que ello sea cierto, no parece que entre las dos finalidades haya una gran diferencia, dado que justicia y paz social son, si no idénticas, estrechamente conexas, salvo que se quiera considerar a la «justicia» como algo que sirva para alimentar los conflictos sociales.

Tras haber negado a las partes el deseo de justicia, para reservárselo solo al juez, el autor cuestiona que los ciudadanos «tengan el derecho de litigar por lo que creen poseer con todas las armas que ofrece el ordenamiento jurídico». Éstas, en cambio, que tienen el deber de lealtad y probidad (que nuestro código reserva solo a las partes y a los defensores, dando por implícito que todos los otros sujetos del procesos sean leales y probos por intrínseca naturaleza), deben cooperar al logro de la verdad

---

[1] VERDE, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, en *Rivista di diritto processuale*, 2002, p. 676 y ss.

material y de la justicia sacrificando en su altar lo que consideran su propio interés jurídicamente protegido. Aunque, a este punto, se entiende poco cómo y por qué en todo ordenamiento jurídico existan desde siempre jurisdicción y proceso: un deber de lealtad y probidad que funcione y sea eficaz debería prevenir el surgimiento de las litis, que en cambio según el autor se habrían en los últimos tiempos multiplicado en mucho (por consiguiente los ciudadanos, mostrando una incurable tendencia a la deslealtad y a la perversión, continúan pensando que sea justo defender sus propios derechos y, por consiguiente, invocar la justicia, cuando ellos sean violados).

Un proceso civil justo y «social» (como el nuestro), pues, debe fundarse en el reconocimiento de amplios poderes discrecionales en cabeza del juez, al cual se le deben garantizar autonomía e independencia (solo) del poder ejecutivo para permitirle desplegar una función de garantía y de control en relación a los otros poderes del Estado y a favor de los *haves not*. Ello no habría sido entendido por Montero Aroca, al cual se le reprocha también el no haberse manifestado sobre nuestro art. 102 en materia de litisconsorcio necesario, norma que, como todos saben, el mundo entero nos envidia, aunque no exista en la mayoría de los códigos procesales sin que de ello se deriven, por lo que parece, consecuencias particularmente nefastas.

A su vez Franco Cipriani en su «polémica» introducción caería en error cuando afirma que el código procesal de 1865, «en cuanto a celeridad del proceso civil, gracias también a la reforma Mortara de 1901, aseguraba abundantemente a Italia el record del mundo». Ese código, imperdonablemente privado de fundamentales normas como aquellas, por ejemplo, sobre el litisconsorcio necesario, la sustitución procesal, o el deber de lealtad y probidad, funcionaba poco y mal, y ese poco y ese mal eran posibles por el exiguo número de causas pendientes en los tribunales y por el limitado número de abogados.

Luego, no sería cierto que la figura del juez instructor, introducida con el código de 1940, haya sido el problema de nuestro proceso. Exacta y justamente las causas deben hacerse para ser instruidas también cuando de instrucción no se precise, no para ser decididas, y el proceso no debe estar construido de manera que permita a las partes pedir y obtener rápidamente la sentencia porque ello significaría crear un nuevo y per-

nicioso mito: el del juez «mero decidor de cuestiones», que se sustituiría así al juez autoritario. Aparte del hecho de que el juez instructor no existiría ya más (y que, pese a ello, la justicia civil va de mal en peor), el error de Cipriani estaría en el no haber entendido que, para eliminar el creciente número de causas pendientes no resueltas y para acrecentar la eficiencia del proceso, no se precisa que se decidan cuestiones ni que se emitan sentencias. Esta tesis tiene una fuerte carga ideológica, no compartida por el autor, según el cual, en cambio, la justicia no puede ni debe ser «dispensada en fuerza de ocasionales encuentros con el juez». Se precisa una frecuentación procesal asidua y constante, que solo ocasional y subordinadamente puede eventualmente desembocar en la emanación de una sentencia o en la decisión de cuestiones.

El escrito, tras indicar que el número de magistrados, de carrera y honorarios, es insuficiente para cubrir las necesidades[2], se cierra con una sentida apelación para evitar y/o impedir reformas tendientes a la privatización del proceso civil a fin de no «dar cuerpo a los slogan lanzados durante la campaña electoral».

## 3. LAS REFLEXIONES DE UN REVISIONISTA

Hay que, primeramente, reconocer al enérgico crítico de los «revisionistas» italianos (y no), el haber evitado la repetición de los usuales lugares comunes sobre la ascendencia, o paternidad, chiovendiana del código vigente y de invocar, con ellos, los principios de oralidad, inmediación y concentración. Sin querer con ello atribuir especiales méritos, quizá se trate de un resultado a adscribir a la obra (modesta y casi insignificante) de quien ha demostrado, pruebas en mano, que nuestro proceso civil tiene muy poco que ver con el proyecto Chiovenda, y que el proceso vigente no es ni oral, ni inmediato, ni concentrado.

---

2 Constatación muy tardía y contraria a las posiciones de aquellos que continúan en cambio sosteniendo con éxito que ese número no debe ser acrecentado. V., por todos, PROTO PISANI, en *Il Foro italiano*, 1995, V, cc. 284-288.

Además, si así no fuera, tras una alucinante experiencia de sesenta años se debería concluir que Chiovenda no había entendido nada sobre el proceso civil: prefiero, en cambio, continuar considerándolo un gran maestro, al contrario de quien ha concebido y traducido en normas el vigente código y en particular todos sus sucesivos ajustes.

Establecida esta premisa, no parece muy convincente la tesis de que el código de 1940 no sería ni fascista ni totalitario, sino autoritario y social, y que su Exposición de Motivos no sería una prueba a los ojos del jurista, sino que, a lo más podría serlo a los del historiador. Para la mente de un revisionista no habituado a las sutilezas de los «políticos del derecho», una ley totalitaria o históricamente fascista es exactamente la misma cosa que una ley «autoritaria y social», porque en ambos casos busca condicionar *a priori* el resultado del juicio, dando, o sugiriendo, un contenido predeterminado a la «justicia»; además, este perfil a los ojos del jurista en nada se diferencia de los del historiador. Lo que no puede ser absuelto históricamente, no puede serlo tampoco jurídicamente, cuando se habla de derecho.

El código de 1940, que las leyes sucesivas hasta la introducción del juez único (1998) han repuesto en auge y restaurado hasta en los mínimos pormenores, es exactamente el producto de la condición política de Italia de ese tiempo, como precisamente lo certifica de manera más que clara su Exposición de Motivos que refleja su forma y su sustancia. Aquél lejos de seguir modelos chiovendianos (cosa, además, entonces políticamente peligrosa), no fue otra cosa que el resultado de una apurada revisión del proyecto Solmi, que en sus dos versiones no suscitó el aplauso ni de los estudiosos ni de la abogacía. Una experiencia aplicativa que dura más de sesenta años demuestra de manera absolutamente incontrovertible el fracaso y la total ineficiencia del modelo procesal querido e introducido por ese código.

Si luego se quiere hacer un discurso de contenidos, no puede ciertamente olvidarse el proceso en las controversias laborales, que, tanto en las formas introducidas originalmente por el código como en aquellas trazadas y calcadas por la Ley N° 533 de 1973, es prácticamente la fotocopia del Real Decreto N° 471 del 26 de febrero de 1928 y del Real Decreto N° 1073 del 21 de marzo de 1934. Ambas leyes fueron la fiel actuación y transposición procesal del ordenamiento corporativo, cons-

tituyente el fundamento político y constitucional del régimen de ese tiempo. Y desde el momento que también los otros tipos de proceso estaban inspirados en las mismas líneas directivas, aunque con algunas adaptaciones, no es lícito dudar de que la Exposición de Motivos del código describa con exactitud su naturaleza, la inspiración política y las finalidades.

Justamente Cipriani ha reaccionado en contra de la pretensión de hacer pasar aún hoy el proceso civil diseñado por el código de 1865 como peor que el actual, que se salvaba solo por la exigüidad de las litis tratadas y por la limitación de su objeto. Existen las estadísticas judiciales, los libros que han *ex professo* estudiado y comparado, y los de algún desventurado «revisionista» que ha querido mencionarlas al público de los lectores con la finalidad de que pudieran extraer útiles elementos de juicio (en lugar de ignorarlas). Y bien, si se consultan esas estadísticas y esos libros se advierte que, por ejemplo, en el año 1933 las nuevas causas sobrevivientes en Tribunal eran 174.440, las agotadas 183.872, las pendientes eran 6.266, mientras que la duración promedio del proceso era de 149 días (o sea cinco meses). En 1974, tras 32 años de la entrada en vigencia del actual código, las causas sobrevivientes en Tribunal eran 142.881 (es decir menos de aquellas de 1933), las agotadas eran 250.795, las pendientes eran ya 433.458, mientras que la duración promedio del proceso había llegado a 904 días (vale decir, sextuplicada pasando de cinco meses a dos años y medio). ¿Cuál mejor prueba de la ineficiencia del proceso autoritario y social respecto al que no lo era? Y desde el momento que hoy la situación está ciertamente mucho peor que la de 1974 (fecha elegida por razones de homogeneidad comparativa con el año 1933), bien habría hecho el CSM a tener mayor prudencia en sus informes.

En cuanto al objeto de las causas, sea él la propiedad, sucesiones u otro, si aquél refleja la condición económica de una época histórica, no tiene ninguna incidencia sobre su duración.

En cualquier caso los jueces tienen que estudiarlas y decidirlas, y más bien las cuestiones sucesorias o sobre derechos reales son más complicadas de aquellas relativas a accidentes de tránsito o cuestiones condominiales, o previdenciales, que en decenas de miles infestan nuestros tribunales.

Hay, en fin, que preguntarnos si puede constituir remedio a la lentitud e ineficiencia de la justicia civil, y si incluso sea expresión de ella, un proceso «autoritario y social» en el cual el objetivo «justicia» se llene con un contenido predeterminado, dominado por un juez que no sea llamado a decidir cuestiones y a emitir sentencias sino más bien a ser controlador del poder ejecutivo protegido por la autonomía y la independencia. No se logra entender como puede realmente ser eliminado el número de causas pendientes y acelerado el proceso, si las causas no son decididas y si buscar facilitar la decisión «releva una fuerte carga ideológica» y representa un pernicioso mito.

Confieso preferir esta ideología a aquella de hacer poco o nada con las continuos reenvíos y con las fantasmagóricas instrucciones.

Indudablemente la autonomía y la independencia de la magistratura tienen gran importancia, pero adquieren su más específico significado jurídico y constitucional solo porque dirigidas a garantizar la imparcialidad del juez, y de ésta, que también por expreso dictado de la Constitución es su primera, indefectible y esencial calidad, son simplemente sus corolarios.

Autonomía e independencia, extraídas y separadas de la imparcialidad, no solo son una contrasentido lógico y jurídico en materia de justicia, sino que serían fuente de un seguro trastoque del ordenamiento civil y político, porque serviría para encubrir el arbitrio del juez y permitirle usar el poder jurisdiccional para finalidades de lucha política y/o de parte. Pero como escribió también Liebman en pocas, incisivas e incuestionables líneas «la política es tarea del gobierno, oficio del juez es en cambio el de juzgar imparcialmente de conformidad con la ley. Aparte de cualquier otra consideración, falta en la magistratura aquella envestidura representativa que en un Estado democrático es indispensable para ejercitar legítimamente un poder político»[3].

Ni vale para legitimar el llamado proceso autoritario y social la distinción entre principio dispositivo en sentido sustancial o procesal, vale decir entre tutela jurisdiccional y técnica del proceso, de forma que

---

[3] LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1981, p. 83, nota 12.

sería no solo posible, sino lícito acrecentar en desmesura los poderes procesales del juez a despecho de las partes. Ni, mucho menos, se puede invocar la artificiosa distinción entre verdad material y formal para extender aquellos poderes también al impulso y adquisición de las pruebas. Uno de nuestros máximos juristas y filósofos del derecho, justamente conmemorando a Chiovenda, demostró insuperablemente[4] que el proceso es celebración de justicia porque «resultado y modo de llegar a él están, como siempre en la historia de la acción, indisolublemente unidos. Si se separa el resultado del modo de llegar a él, se hace imposible el resultado, es negado justamente con la intención de salvaguardarlo»[5]. En otras palabras, si se considera el proceso como algo ajeno de la naturaleza de los derechos que son en él deducidos para que sean determinados y tutelados, no solo se niega el resultado, es decir la justicia, sino que se altera también profundamente la intrínseca naturaleza y conformación jurídica de esos derechos.

Esta elemental verdad ha sido perfectamente entendida por Montero Aroca, el cual justamente pone en evidencia que los modelos procesales llamados autoritarios y sociales se han siempre enraizado de preferencia en los regímenes políticos dictatoriales o antiliberales, aquellos en los que el individuo titular de derechos no es un sujeto a preservar y ayudar, sino un obstáculo a derribar, y a poner a merced de quien ejercite un poder cualquiera.

## 4. LOS PREFACIOS

Observa justamente Giovanni Verde que hay estudiosos que en las introducciones a sus obras expresan las líneas guía de su pensamiento, mientras que otros no lo hacen por lo que el lector debe asumirse la tarea de enuclear esas líneas del conjunto de sus escritos. La indicación es

---

4 Como lo recuerda desde siempre un «revisionista» en su *Diritto processuale civile*, Padova, 2002, pp. 21 y 266.

5 CAPOGRASSI, *Intorno al processo, ricordando Giuseppe Chiovenda*, en *Opere*, IV, Milano, 1959, p. 50.

realizada para advertir como en el fondo él concuerde en muchos aspectos con los conceptos expresados por Montero Aroca, que están en la base también de estas reflexiones.

Tenemos, sin embargo, también la suerte de poder leer la introducción a los *Profili del processo civile* que es expresamente mantenida por Verde en la última y más reciente edición de su afortunada obra, «porque revela la intención con la cual fue concebida».

Ella se abre con esta frase, que constituye también motivo dominante: «al iniciar a los jóvenes en el estudio de una nueva disciplina jurídica la responsabilidad del docente es muy grande. El riesgo es el de usar los propios conocimientos, la propia experiencia y la propia dialéctica para hacer pasar como verdad, a la cual los estudiantes creen llegar autónomamente, aquellas que son las verdades del docente. De esta manera, sirviéndose de instrumentos formalmente democráticos, se termina ofreciendo una enseñanza sustancialmente intolerante y autoritaria».

Es realmente encomiable el escrúpulo con el cual el docente se acerca a su magisterio hacia los discípulos, advirtiendo de no querer llevarlos al engaño: empero, si el docente cree en conciencia y buena fe en las propias ideas, el problema como regla no se plantea, teniendo la certeza de transmitir a los jóvenes lo que él considera verdadero y justo. Sin embargo, no resulta muy claro como alguien, que tanto rechaza (justamente) una enseñanza instrumental y autoritaria, defienda luego la idea de un proceso civil autoritario y social basado en el predominio de un juez a cuya merced poner a las partes, que al final, siendo los titulares de los derechos deducidos en juicio, arriesgan en primera persona. ¿Por qué el uso de instrumentos formalmente democráticos para lograr un fin preconstituido, que en la enseñanza es un intolerable abuso, debería ser, en cambio, no solo lícito sino incluso necesario en materia de jurisdicción, que representa una función además mucho más delicada y peligrosa de aquella?

Y entonces, si ello es verdad, hay que auspiciar que Giovanni Verde, que aún defiende un esquema procesal impregnado justamente de autoritarismo y por tanto dañoso e ineficiente, pueda lo antes posible devenir en el panorama de la doctrina italiana junto con quien escribe y a Franco Cipriani el tercer «revisionista».

# *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado*[*]

JOAN PICÓ I JUNOY
*Profesor Titular de Derecho Procesal*
*Universidad Rovira i Virgili. Tarragona. España*

SUMARIO: I. Introducción: los fenómenos de la "publicización" del proceso civil y la constitucionalización de las garantías procesales.- II. Los planteamientos "revisionistas": 1. Introducción. 2. Las posiciones de Cipriani y Monteleone. 3. La posición de Montero Aroca. 4. La posición de Alvarado Velloso.- III. Análisis crítico de los planteamientos "revisionistas": 1. El juez activo como juez fascista o totalitario: A) La proscripción de la mala fe procesal, B) La iniciativa probatoria *ex officio iudicis*. 2. El carácter privado del objeto discutido del proceso civil. 3. La protección de la imparcialidad judicial.- IV. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN: LOS FENÓMENOS DE LA "PUBLICIZACIÓN" DEL PROCESO CIVIL Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES

Uno de los fenómenos más relevantes del derecho procesal que se ha desarrollado durante el siglo XX ha sido el de la "publicización" o

---

[*] Ponencia presentada al "Congreso Internacional de Derecho Procesal" celebrado en Lima del 29 al 31 de octubre de 2003, y publicada en *Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional, Lima, 2003*, pp. 55-66; también en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004, núm. 4, pp. 253-270. Y en su versión italiana cfr. *Il diritto processuale tra garantismo ed efficacia: un dibattito mal impostato*, en "Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia", T. I, edit. Giuffrè, Milano, 2005, pp. 213 a 230.

"socialización" del proceso", cuya consecuencia más relevante se concreta en el hecho de que, sin discutir la vigencia del principio dispositivo (*dispositionsprinzip*), va a ponerse en tela de juicio el de aportación de parte (*verhandlungsmaxime*), al menos por lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento de facultades del órgano jurisdiccional, quien frente al modelo clásico del juez pasivo o inerte, pasa a ocupar una posición activa en el proceso. En la medida en que tiene asignada la función pública de resolver los conflictos, se considera que deben atribuírsele las iniciativas necesarias para lograr la máxima eficacia en su función. El citado fenómeno puso de manifiesto la distinción entre objeto del proceso y proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos. Así, si bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no lo son respecto del proceso mismo, es decir, de su desarrollo, al concebirse no sólo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como función pública del Estado, interesado, por tanto, en el mejor cumplimiento de esta función. Por ello, actualmente, la mayoría de las legislaciones procesales civiles recogen esta idea socializadora del proceso, y atribuyen al juez ciertas iniciativas procesales en materia probatoria.

Esta formulación del proceso civil encuentra su fundamento constitucional en el deber del juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos en el proceso para lograr, de este modo, lo que, por ejemplo, el artículo primero de la Constitución Española proclama como valor superior del ordenamiento jurídico: la "justicia", que constituye, sin duda alguna, el objetivo final de la función jurisdiccional. La "justicia", como valor superior del ordenamiento jurídico, representa un ideal de la comunidad, un objetivo a alcanzar por el ordenamiento jurídico, por lo que si existe un interés público en que el resultado del proceso sea "justo", el Estado debe poner al servicio de los jueces todos los medios y poderes necesarios para que puedan alcanzar dicho fin[1].

---

1 Para un estudio más detenido de este tema, con remisión a las debidas referencias bibliográficas, vid. mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil*, edit. J. Mª. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 207 a 222.

De igual modo, durante la segunda mitad del siglo XX, surgió otro fenómeno de especial relevancia para el derecho procesal, a saber, el de la "constitucionalización de las garantías procesales", que ha venido a asegurar —por vía de los textos constitucionales, en el ámbito nacional, y de tratados y convenios supraestatales de derechos humanos, en el ámbito internacional— un mínimo de garantías a favor de las partes, que deben presidir cualquier modelo de enjuiciamiento. Y a través del carácter normativo de estos textos, y de su aplicación directa e inmediata, esto es, su alcance jurídico-positivo, se pretendió evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales garantías así como que el juzgador no se viese vinculado por las mismas en la dirección de los procesos[2].

Estos dos fenómenos procesales han generado en la doctrina procesal un debate que se ha concretado en dos posturas antagónicas sobre cuál debe ser el modelo de juez civil: la de aquellos autores que centran su punto de atención sólo en las partes, a las que se les atribuye el protagonismo del debate procesal, evitando así el otorgamiento de iniciativas materiales al juez que, en opinión de estos autores, pueden suponer la ruptura del citado garantismo constitucional; y la de aquellos otros autores que buscando la máxima eficacia de la tutela judicial otorgan al juez facultades de dirección del proceso.

En la actualidad, este debate científico esta adquiriendo una excesiva crudeza debido a su "politización", lo que ha conducido a efectuar indebidos planteamientos de la discusión que, en ocasiones, y aunque sea de forma indirecta o implícita, conducen a ciertas descalificaciones personales respecto de los autores que no comparten unas mismas ideas. Y ello es especialmente significativo en algunos autores que se muestran partidarios de excluir en el proceso cualquier tipo de iniciativa de dirección material del juez.

La crudeza de estas posiciones se ha visto reflejada en los últimos congresos nacionales e internacionales de derecho procesal, y en recientes publicaciones. Así, entre las posiciones extremas y más contundentes,

---

2 Al objeto de efectuar un estudio más profundo de esta cuestión, me remito a mi trabajo *Las garantías constitucionales del proceso*, edit. J. Mª. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 17 a 38.

debemos destacar la de excelentes procesalistas como Cipriani y Monteleone, en Italia, Montero Aroca, en España, o Alvarado Velloso en Argentina.

Por ello, el objetivo de este trabajo es someter a crítica estos nuevos planteamientos, excesivamente ideologizados, para llegar a una solución o postura intermedia entre ambas posiciones doctrinales, logrando así su equilibrio, pues la eficacia del proceso sin garantismo es inadmisible desde un punto de vista constitucional, y el garantismo sin eficacia tampoco es aceptable si lo que se pretende es lograr la tutela judicial más justa posible, y no puede olvidarse que la "Justicia" también es un valor supremo en la mayoría de los textos constitucionales, ya venga proclamada expresamente o bien lo sea de forma implícita. Por ello, debemos esforzarnos en buscar una postura intermedia, que sin conculcar ninguna garantía constitucional de las partes logre la máxima eficacia del proceso.

## II. LOS PLANTEAMIENTOS "REVISIONISTAS"

### *1. Introducción*

Como hemos indicado, en la doctrina procesal ha surgido un movimiento que ha venido a denominarse "revisionista", en la medida en que somete a revisión las aportaciones que ha supuesto la "publicización" del proceso civil, que centra su crítica en la posible iniciativa probatoria *ex officio iudicis*, y en el control judicial de la buena fe procesal en la actuación de las partes. Para esta doctrina, tales iniciativas suponen una manifestación procesal propia de una ideología fascista o autoritaria, en la que se subordinan los derechos de las partes a los poderes del juez.

Seguidamente, para analizar de forma crítica estos planteamientos, expondré la opinión más relevante de esta doctrina procesal.

### *2. Las posiciones de Cipriani y Monteleone*

En la doctrina procesal italiana, el autor que más se ha destacado por la crítica a la "publicización" del proceso es Cipriani. De sus diversos

trabajos sobre el tema[3], voy a referirme especialmente al publicado en la "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile" (núm. 4 del año 2002), titulado *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, por ser el que aborda de forma más amplia el tema de la relación entre eficacia de la tutela jurisdiccional y las garantías procesales. En un documentado análisis de las verdaderas aportaciones de Calamandrei al *Codice di Procedura Civile* de 1940, destaca ya desde el inicio de su trabajo el carácter fascista del Código, indicando que "è il caso di ricordare che il c.p.c. italiano, che risale al 1940, quando il fascismo era all'apogeo, fu presentato come il *codice fascita per eccelenza*"[4].

Bajo esta premisa histórica, de gran carga ideológica, critica la "publicización del proceso" indicando: "Es cierto que en la base de la denominada concepción publicista hay un error de fondo: que el juez pueda tener en las causas civiles más protagonismo que el que tienen las partes. Sin embargo, es tiempo de convencerse que cuando se eliminan derechos de las partes y se dan poderes discrecionales al juez, esto es, cuando se busca obtener la eficacia en perjuicio de las garantías, no se resuelve ningún problema y se hace sólo un autoritarismo inútil y contraproducente"[5], y añade que "en esta perspectiva, puesto que es está difundida la idea de que si se quiere un proceso eficaz, se necesita estar dispuesto a renunciar a las garantías o, al menos, a alguna garantía, me parece oportuno advertir que, en mi opinión, el proceso civil italiano, esta afectado de una especie de esquizofrenia, ya que por un lado están previstas garantías tan caras como superfluas, y por otro, nos faltan garantías importantísimas y bastante menos costosas". Y para hacer más

---

3 Así, vid. sus estudios *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, en "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 2003, 2, pp. 455 a 466; *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, en "Rivista di diritto civile", 2003, 1, pp. 39 a 71 (especialmente pp. 45 a 47); *Il processo civile italiano tra revisionisti e negazionisti*, en "Il Foro Italiano", 2002, V, pp. 24 a 29; *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, en "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 2002, 4, pp. 1243 a 1261; *Per un nuovo processo civile*, en "Il Foro Italiano", 2001, V, pp. 321 a 327; *Autoritarismo e garantismo nel processo civile*, en "Rivista di diritto processuale", 1994, 1, pp. 24 a 61 (especialmente nota 18).

4 P. 1244.

5 P. 1250.

ilustrativo su pensamiento pone el ejemplo de un hospital, que en vez de construirse tomando en consideración a los pacientes se hace pensando en los médicos (en concreto afirma: "En fin, como se entenderá fácilmente, es como si los hospitales, en lugar de construirse en función de los enfermos, fueran construidos para los médicos"[6]).

De igual modo, Monteleone[7] se muestra partidario de esta doctrina en la medida en que los poderes de dirección material del proceso del juez no son más que la concreta manifestación de una ideología fascista o totalitaria basada en la rechazable "subordinación de las partes a los poderes del juez", lo que viene a "reprimir o conculcar la libertad de los ciudadanos condicionando insoportablemente el pleno y autónomo ejercicio de sus derechos subjetivos sustanciales y procesales"[8].

### 3. *La posición de Montero Aroca*

Entre la doctrina española, Montero Aroca es el autor más crítico con el fenómeno de "publicización" del proceso civil. Tras recordar el origen histórico de este fenómeno, equipara las formulaciones legales de los textos procesales con la ideología fascista o totalitaria de la época en la que se promulgaron. Así entiende que "conceder amplios poderes discrecionales al juez, y precisamente a unos jueces como el austriaco, el soviético, el alemán o el italiano de sus épocas fuertemente sujetos al poder ejecutivo, sólo se explica si al mismo tiempo se priva de esos poderes a las partes, poderes que en realidad se resuelven en garantías de las mismas en el inicio y en el desarrollo del proceso civil"[9].

---

6 P. 1244.

7 *Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un "revisionista"*, "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 2003, núm. 2, pp. 575 a 582; *Diritto processuale civile*, 2ª edición, edit. CEDAM, Padova, 2000, pp. 328 y ss.; y *Enrico Finzi e la riforma (perenne) del codice di procedura civile*, en "Quaderni Fiorentini", núm. 26, 1997, pp. 363 a 375 (y especialmente pp. 369-370).

8 *Principi* ..., ob. cit., pp. 575 y 576.

9 *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 69.

En consecuencia, se muestra totalmente contrario a la atribución de iniciativa probatoria al juez civil, y al reconocimiento legal del principio de la buena fe procesal. Respecto de la primera cuestión afirma que mantener dicha iniciativa supone apostar por un "modelo de juez que está implícito en algunas ideologías [se refiere a las totalitarias, fascistas o comunistas]"[10]. Y en la misma línea, con referencia al principio de la buena fe procesal, destaca que se trata de "un mito con orígenes muy claros en la historia de las normas procesales", y cita los códigos de enjuiciamiento civil italiano y soviético, realizados en regímenes totalitarios, para concluir su reflexión indicando que "las repetidas alusiones a que el proceso es el medio para que las partes y sus abogados colaboren con el juez en la obtención de lo más justo, en el descubrimiento de la verdad o de la justicia material, sólo se comprenden en un contexto ideológico que parte de dar como sobreentendido que los ciudadanos no tienen derecho a "pelear" por lo que crean que es suyo y a hacerlo con todas las armas que les proporciona el ordenamiento jurídico. Sólo el juez autoritario, fascista o comunista, lo mismo da, es el juez que se cree ungido, por no se sabe muy bien qué fuerza de la divinidad o del destino, para hacer justicia entre los hombres. El juez liberal y garantista se limita, más modestamente, a pretender hacer efectivo el derecho positivo entre los ciudadanos, a aplicar la ley"[11].

### *4. La posición de Alvarado Velloso*

Finalmente, en la doctrina procesal argentina también encontramos autores que asumiendo los postulados del "garantismo procesal" niegan todo tipo de intervención activa del juez en la dirección material del proceso. La opinión más significativa es la de Alvarado Velloso. Este autor, recogiendo los planteamientos ideológico-políticos de las normas procesales anteriormente expuestos, destaca la similitud del código procesal de la URSS y el código nazi de 1937, para concluir indicando que ambas normativas dicen "exactamente lo mismo, totalitarismo de iz-

---

10 Ob. cit., p. 120.

11 Ob. cit., pp. 106 y 108.

quierda, totalitarismo de derecha. Y esto cuaja en el código procesal italiano de 1940"[12]. Tras esta aproximación ideológica, indica que la atribución de poderes al juez "no es una cuestión técnica" sino "puramente política", siendo la ideología política del legislador la que se plasma en las normas jurídicas[13]. Por ello, deben evitarse todos los planteamientos acogidos en las épocas dictatoriales. Y en la medida en que esto todavía no se ha producido "el mundo está yendo hacia un totalitarismo procesal angustioso y angustiante"[14], que ha provocado la verdadera "crisis judicial" del sistema[15], [16].

## III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PLANTEAMIENTOS "REVISIONISTAS"

Las ideas expuestas sobre el juez civil totalmente pasivo, como mero resolutor de controversias, responden a un triple planteamiento que debemos analizar críticamente por separado: en primer lugar, partiendo de unos determinados datos históricos, se pretende evitar el modelo normativo de juez previsto en los códigos procesales de los estados europeos fascistas o totalitarios de la primera mitad del siglo XX, al considerarse que son jueces que necesariamente participan de la misma característica autoritaria o fascista. En segundo lugar, se entiende que el juez no debe tener iniciativas materiales en la medida en que estamos ante un proceso civil, en el que se discute un interés puramente privado, por lo que debe dejarse a la "suerte" de las partes. Y en tercer lugar, se

---

12 *El garantismo procesal*, "I Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista", Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 1999 (puede consultarse en www.derecho-azul.org/congresoprocesal/Alvarado.htm, p. 2.).

13 P. 6.

14 P. 7.

15 P. 4.

16 En esta línea de pensamiento encontramos también la obra de BENABENTOS, O. A.: *Teoría general unitaria del Derecho Procesal*, edit. Juris, Rosario, 2001, pp. 81 a 133 (este autor destaca en la nota 5 de la p. 99 que el "garantismo procesal", en el ámbito del proceso civil, "registra la paternidad de Adolfo Alvarado Velloso").

menciona la clásica objeción de la imparcialidad del juez y su infracción con la participación activa del mismo dentro del proceso.

### *1. El juez activo como juez fascista o totalitario*

En nuestra opinión, el hecho histórico de que se atribuyan ciertas iniciativas materiales al juez civil en los códigos procesales anteriormente indicados no tiene por qué necesariamente hacerle partícipe del carácter autoritario o fascista que se pretende. La bondad técnica (o validez) de una norma depende de su propio contenido y alcance, más que de la época en que haya sido redactada, de la ideología de su autor o de la forma en que se aplique en la práctica forense, por lo que pueden existir códigos procesales de gran rigor científico o técnicamente incorrectos con independencia del carácter más o menos liberal o social del régimen político en que fueron creados.

#### A) La proscripción de la mala fe procesal

El reconocimiento legal del principio de la buena fe procesal no atribuye al correspondiente código procesal civil una naturaleza fascista o totalitaria. Respecto a la dura crítica que los "revisionistas" efectúan a dicho principio —como analizo en otro trabajo[17]—, es posible destacar cuatro hechos que evidencian nuestra tesis:

1) En primer lugar, la recepción normativa y con carácter general de la buena fe en el ámbito del proceso, tiene lugar mucho antes de los códigos de enjuiciamiento civil fascistas o totalitarios, y así podemos destacar distintas previsiones para los procesos mercantiles de los consulados del reino de Castilla de los siglos XVII y XVIII, en los que se exigía que *en los juicios se ha de proceder siempre a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada.*

2) En segundo lugar, este principio, si bien se recoge en § 138 párr.1 de la *Zivilprozeßordung* alemana, fruto de la reforma de 27 de octubre de

---

17 *El principio de la buena fe procesal*, edit. J. Mª. Bosch, Barcelona, 2003, pp. 29 a 34.

1933, por parte del poder autoritario del momento, su contenido, casi literal, ya había sido reclamado insistentemente mucho antes del *Tercer Reich*, en concreto, como destaca el excelente estudio de Grossmann[18], en tres ocasiones: en el Proyecto referente a la "Simplificación de la vía judicial" de 1923, en el Proyecto para la "Reforma del Procedimiento Alemán" de 1928, y en el Proyecto oficial de "Nuevo Código de Procedimiento Civil" de 1931; por lo que como indica esta autora "sería erróneo suponer en la introducción de la norma [el § 138 párr. 1 ZPO] una creación de la legislación nacionalsocialista, dado que fue sencillamente tomada de los trabajos legislativos anteriores, casi sin alteración del texto"[19]. Además, la ZPO ha tenido diversas reformas importantes desde 1933, y la última de ellas mediante la *Zivilprossreformgesetz*, de 27 de julio de 2001, que, pese a la profunda modificación que ha comportado para dicho texto normativo —cambiando más de doscientos preceptos de su articulado— ha mantenido intacto su § 138 párr.1, hecho que vuelve a ratificar la validez "democrática" de su contenido.

3) En tercer lugar, la buena fe procesal se recoge actualmente en los códigos de enjuiciamiento más avanzados, como en la regla 3.4.2.b de las nuevas "Civil Procedure Rules" inglesas, de 26 de abril de 1999[20], o en el art. 247 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000; y en los diferentes proyectos de armonización internacional del proceso civil, como los "Principles and Rules of Transnational Civil Procedure", de 12 de abril de 2001[21], elaborados por el *American Law Institute* en coopera-

---

18 *El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles. Exposición de Derecho Comparado*, en "Jurisprudencia argentina", T. 71, 1940, p.11.

19 GROSSMANN, K.: ob. cit., p. 12.

20 Pueden consultarse en www.lcd.gov.uk/civil/procrules-fin/update.htm. De igual modo, respecto del *Código de Processo Civil* portugués, el *Nouveau Code de Procédure Civile* francés, y otros códigos procesales civiles recientes de países sudamericanos, cfr. mi trabajo *El principio de la buena fe procesal*, ob. cit., pp. 126 a 129.

21 Así, de los *Fundamental Principles of Transnational Civil Procedure* destacan el 10.1, según la cual: "El tribunal tendrá autoridad para sancionar a la parte que incumpla o se niegue a cumplir las órdenes judiciales o actúe vulnerando las reglas de la buena fe procesal; y el 11, en el que se establece: "1. Las partes respetarán las reglas de la buena fe procesal en sus actuaciones tanto frente al tribunal como ante las partes. 2. Las partes se abstendrán de formular demandas o excepciones temerarias". De igual modo, de las *Rules of Transnational Civil Procedure* destaca la regla

ción con la UNIDROIT; o el "Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica" de 1988, elaborado desde el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal[22]; sin que por ello estos códigos puedan calificarse de fascistas o autoritarios, o sean menos perfectos.

4) Y, en cuarto lugar, en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral cubana de 19 de agosto de 1977 no se recoge expresamente el principio de la buena fe procesal, como así debería suceder si realmente fuese un principio propio de un ideario comunista o dictatorial.

En definitiva, como podemos comprobar, en los códigos procesales civiles modernos y de estados totalmente democráticos se recoge el principio de la buena fe procesal, mientras que ello no sucede en otros códigos de sistemas políticos dictatoriales, lo que nos conduce a la evidente conclusión de que la vigencia de dicho principio no puede asociarse a un determinada ideología política autoritaria o dictatorial.

En todo caso, no se entiende por qué si en el ámbito del derecho privado se ha reconocido, ya desde el derecho romano, el principio de la buena fe como base de las relaciones privadas y el lícito ejercicio de los derechos subjetivos y, de igual modo, se recoge en el art. 1.201 de los "Principios del Derecho europeo de contratos" de 1998[23], verdaderos fundamentos de la futura legislación común europea del Derecho de contratos, debe negarse su aplicación en la actuación procesal de los litigantes, esto es, por qué lo correcto y válido en el ámbito del derecho privado no lo es también en el público, y más concretamente, en la actuación procesal de las partes[24].

---

1.4, según la cual: "El procedimiento se ajustará a las reglas de la buena fe, y deberá ser eficaz en términos económicos y de tiempo" (todas estos principios y reglas pueden consultarse en www.ali.org/ali/transrules.htm.).

22 Su art. 5º establece: "Buena fe y lealtad procesal. Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe".

23 Art. 1.201: "*Buena fe y lealtad.* (1) Cada una de las partes debe actuar de acuerdo con la buena fe y la lealtad. (2) Las partes no pueden excluir o limitar este deber".

24 Por este motivo, ya CHIOVENDA destacaba que "come ogni rapporto giuridico o sociale il rapporto processuale deve esser governato dalla buona fede" (*Principii di diritto processuale civile*, 4ª edic., edit. Nicola Jovene, Napoli, 1928, p. 745).

Sin embargo, en aras a garantizar al máximo el debido respeto al derecho de defensa, y las lógicas "estrategias procesales" que los letrados pueden idear para la mejor protección de los derechos de su defendido, la LEC española exige un uso prudente de la norma que proscribe la mala fe procesal, y así su art. 247.2 exige el carácter "manifiesto" en la actuación maliciosa de la parte. En todo caso, al limitarse un derecho fundamental —el de defensa— siempre es necesario, para impedir la eficacia del acto procesal realizado de mala fe, que se produzca la infracción de otro derecho, bien o valor constitucional de la parte contraria, así como que se motive debidamente la existencia de dicha actuación maliciosa, decisión judicial que será susceptible de control posterior en méritos de los recursos legalmente previstos[25].

*B) La iniciativa probatoria ex officio iudicis*

La atribución de cierta iniciativa probatoria al juez tampoco le convierte en un juez autoritario o fascista pues, como analicé en otros trabajos[26], bien delimitada dicha iniciativa se evita esta objeción. Así, entiendo que al juez se le puede atribuir iniciativa probatoria siempre que se limite a los hechos discutidos en el proceso —por lo que se protege el principio dispositivo—, a las fuentes probatorias que ya consten en la causa —impidiendo así una actuación inquisitoria, susceptible de vulnerar la debida imparcialidad judicial—, y se permita el ejercer el derecho de defensa a los litigantes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas. Con estos tres límites se evita la figura del juez autoritario o fascista. Precisamente, esta forma de entender la iniciativa probatoria del juez civil es la acogida por la reciente Ley de Enjuiciamiento Civil española, de 7 de enero de 2000, en cuyo art. 429.1.II y III LEC, establece: "Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos

---

25 Para un estudio más extenso de este tema me remito a mi trabajo *El principio de la buena fe procesal*, ob. cit., pp. 72 a 91 y 299.

26 Cfr. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 267 a 271; y *La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites*, en "Revista del Poder Judicial", núm. 51, 1998, 294-295.

controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal".

La redacción de esta norma, a pesar de que no indica con precisión si la actuación judicial es una mera sugerencia o una verdadera iniciativa probatoria[27], es mejor que la de otros textos procesales civiles en los que el poder de ordenar pruebas no se limita, al menos legalmente, a las fuentes probatorias que ya consten en los autos, lo que puede provocar que el juez, actuando de forma inquisitiva, ponga en peligro su debida imparcialidad judicial.

## 2. *El carácter privado del objeto discutido del proceso civil*

Otro de los fundamentos sobre los que se basa la inactividad material del juez reside en el carácter privado del objeto discutido en el proceso civil, esto es, en la idea de que las partes deben ser libre en su disposición. En consecuencia, toda actividad del juez se configura como una inaceptable intromisión estatal en el libro ejercicio de los derechos de los litigantes.

Sin embargo, esta tesis se sustenta en la idea completamente abandonada de que el proceso civil es un negocio particular. Ciertamente, las concepciones privatistas del proceso como negocio particular o relación jurídica privada se encuentran desde hace tiempo superadas, a favor de una visión "publicista" o "social" del proceso, que lo concibe como el instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Si bien es cierto que lo discutido en el proceso civil tiene, por

---

[27] Tal como destaco en mi trabajo *La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso*, en "Los poderes del juez civil en materia probatoria", coordinadores J. Picó i Junoy y X. Abel Lluch, edit. J. Mª. Bosch, Barcelona, 2003, pp. 160 y 161.

regla general, un carácter disponible o privado, ello no comporta que tales características puedan igualmente predicarse del proceso, pues el modo de desarrollarse el mismo no pertenece a los litigantes sino al Estado, único titular de la función jurisdiccional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de esta función[28], [29].

A diferencia de lo que sucede con el principio dispositivo —que posee un fundamento constitucional[30] y, por ello, es insoslayable en cualquier proceso civil—, el de aportación de parte en materia probatoria, tiene un carácter meramente técnico, que responde a un particular modo de concebir el desarrollo del proceso jurisdiccional, en el que la iniciativa de los jueces y tribunales se constriñe a la voluntad de las partes[31].

---

28 Al respecto, vid. especialmente CARNACINI, T.: *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, en "Studi in onore di Enrico Redenti", vol. II, edit. Giuffrè, Milano, 1951, pp. 695 a 772.

29 Por ello, es incorrecto el símil que efectúa CIPRIANI entre el hospital y un proceso, indicando que deben construirse antes que pensando en los médicos o los jueces, en los intereses de los enfermos o justiciables (*Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, ob. cit., p. 1244). En mi opinión, este símil no es correcto porque lo importante en ambos casos no es tanto los sujetos que intervienen (los enfermos o los litigantes) sino la función asignada al hospital y al proceso. Por ello, en ambos casos debe darse protagonismo tanto al médico como al juez, pues el hospital tiene por función ofrecer la mejor asistencia sanitaria al enfermo, y ello lo realiza el médico; y el proceso tiene por función obtener la resolución más justa posible de los conflictos intersubjetivos, y ello lo realiza el juez, por lo que de este modo se justifica que pueda atribuírsele cierta iniciativa probatoria. El símil formulado por CIPRIANI viene a demostrar la incorrección de sus planteamientos: el hospital es el lugar donde los ciudadanos acuden para curar sus enfermedades, y a nadie se le ocurriría pensar que no son los médicos los que deben indicar las pruebas a que debe someterse el paciente y el tratamiento a seguir. De igual modo, el proceso es el lugar donde los litigantes acuden para solucionar sus conflictos, por lo que si se quiere que éstos se resuelvan de la forma más justa posible, deben dársele al juez los medios y poderes necesarios para alcanzar tal fin.

30 Así me he pronunciado en mi trabajo *Los principios del nuevo proceso civil*, en "Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, vol. I, edit. Difusión Jurídica, Barcelona, 2000, p. 30 y 31 (y en su versión italiana, cfr. *I principi del nuovo processo civile spagnolo*, en "Studi in Memoria di Angelo Bonsignori", T.I, edit. Giuffrè, Milano, 2004, p. 552 y 553; y en "Rivista di diritto processuale", 2003, 1, pp. 66 y 67).

31 Acerca del carácter técnico-procesal del principio de aportación de parte me remito a mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 217-218,

Evidentemente, atribuir un carácter técnico a este principio no significa que sea inmune a concepciones políticas, y de hecho, suele relacionarse con el principio dispositivo indicándose que, como norma general, el proceso inspirado por el citado principio lo está, igualmente, por el de aportación de parte. No obstante, la virtualidad de esta distinción se encuentra en el hecho de diferenciar con precisión el esencial y básico principio dispositivo, del eventual principio de aportación de parte. Así, mientras el legislador no puede, sin comprometer el carácter disponible del interés discutido en el proceso civil, consentir al juez tutelar dicho interés en ausencia de una demanda de parte o extralimitarse en tal tutela mas allá de lo dispuesto por los litigantes, si puede sustraerles el poder monopolístico de iniciativa probatoria incrementando, viceversa, los poderes del juez[32].

La atribución de ciertas iniciativas materiales al juzgador tiene su fundamento constitucional en el carácter Social del Estado de Derecho consagrado en el art. 1 de nuestra Constitución[33], así como en el deber del juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos en el proceso para lograr, de este modo, lo que el citado artículo primero proclama como valor superior del ordenamiento jurídico: la "justicia", que constituye el objetivo final de la función jurisdiccional. Evidentemente, el problema radica en dotar de contenido o significado al valor "justicia", pues su ambigüedad y falta de concreción pueden propiciar un

---

y a las referencias bibliográficas ahí indicadas. De igual modo, vid. el reciente trabajo de ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 31 y ss.

32 SATTA, S., y PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, 11ª ed., edit. CEDAM, Padova, 1992, p. 188. Para un estudio sobre los eventuales componentes "privatistas" y "publicistas" de un código procesal civil me remito al análisis detenido de PROTO PISANI, A.: *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato*, en "Il Foro Italiano", 2000, 4, pp. 73 a 87, quien se muestra muy crítico con la opinión de CIPRIANI (cfr. pp. 85 a 87).

33 En este sentido, vid. GIMENO SENDRA, V.: *Fundamentos del derecho procesal*, edit. Civitas, Madrid, 1981, p. 208; idem: *Causas históricas de la ineficacia de la Justicia*, en "Justicia", 1987, III, p. 591; y ASENCIO MELLADO, J.M.: *Cien años de derecho procesal en España*, en "El derecho español del siglo XX", AAVV, edit. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 278; idem: *Derecho Procesal Civil*, parte primera, 2ª edición, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 34-35.

excesivo decisionismo judicial. Sin embargo, como concluye KELSEN en su ensayo ¿Qué es Justicia?[34], ésta "se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad"[35]. En esta búsqueda de la "verdad" dentro del proceso —"verdad" mediatizada, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte, por los relatos fácticos de los respectivos litigantes— y respetando rigurosamente todas las garantías constitucionales de las partes, encuentra su justificación la iniciativa probatoria del juez.

Es cierto que las limitaciones propias del hombre hacen que no siempre pueda alcanzar la tan preciada "justicia", pero no lo es menos que ello no debe ser obstáculo para que el legislador ponga en manos del juzgador los medios suficientes al objeto de que ésta pueda lograrse en el mayor número de ocasiones, máxime si con ello no se infringe precepto constitucional alguno. Como ha indicado TARUFFO, al estudiar el concepto de «justicia de la decisión judicial»[36], ésta no es nunca justa si se fundamenta sobre una determinación errónea o inexacta de los hechos, por lo que concluye que la certeza del juicio sobre los hechos es una condición necesaria para que pueda afirmarse que la decisión judicial es justa. Además, todo ello es compatible con la teoría según la cual el proceso únicamente sirve para resolver conflictos: si no se acepta como válida cualquier solución del conflicto, y en su lugar se piensa que éste deber ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces ciertamente nos encontramos con el deber de reconocer que la declaración judicial certera de los hechos es una condición necesaria para lograr la solución justa del proceso.

Siguiendo con esta argumentación, observamos que nuestra Constitución recoge en su art. 24.2 el derecho fundamental de toda persona a obtener una *efectiva* tutela judicial. Para que el juez pueda otorgar esta tutela, aplicando correctamente la ley, necesita la prueba de los hechos

---

34 Este ensayo constituye su conferencia de despedida como profesor de la Universidad de California pronunciada en Berkeley el 27 de mayo de 1952. Junto con otros ensayos del mismo autor se encuentra en la obra *¿Qué es Justicia?*, edit. Ariel, Barcelona, 1991 (pp. 35 a 63).

35 P. 63.

36 TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, edit. Giuffrè, Milano, 1992, p. 43.

litigiosos. En consecuencia, si el objetivo de todo proceso es que los Jueces y Magistrados apliquen la ley a unos determinados hechos, de cuya certeza deben estar convencidos, coartarles o restringirles, de un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone, a mi entender, una limitación a la efectividad de la tutela judicial en la aplicación de la ley y, a la postre, a la búsqueda de la justicia[37].

En definitiva, a la luz de todas estas previsiones constitucionales, se alcanza una idónea armonización entre el carácter privado del objeto litigioso y la naturaleza indisponible del proceso, facilitando que los órganos jurisdiccionales pueden otorgar una efectiva y justa tutela de los intereses en conflicto.

### 3. *La protección de la imparcialidad judicial*

Finalmente, la pasividad del juez dentro del proceso suele argumentarse en la necesidad de proteger su debida imparcialidad. Sin embargo, atendiendo a los límites que anteriormente se han indicado sobre la iniciativa probatoria del juez, y en concreto, la imposibilidad de ordenar medios de prueba sobre fuentes probatorias que no consten en los autos, se evita que el juez pueda actuar inquisitivamente, buscando pruebas más allá de las libremente introducidas por las partes. Este límite se recoge correctamente en el art. 429.1.II LEC, cuando exige que la iniciativa probatoria del juez se ciña "a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos"[38].

---

37 En este orden de ideas, vid. también BARBOSA MOREIRA, J.C.: *Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba*, en "Libro Homenaje al Profesor Jaime Guasp", edit. Comares, Granada, 1984, p. 156; MORELLO, A. M.: *La prueba. Tendencias modernas*, Librería Edit. Platense y Abeledo-Perrot, La Plata-Buenos Aires, 1991, pp. 60 a 64; BERIZONCE, R.O.: *El activismo de los jueces*, en "Derecho Procesal Civil Actual", edit. Platense y Abeledo-Perrot, La Plata-Buenos Aires, 1999, pp. 374-375.; y GOZAÍNI, O. A.: *Elementos de Derecho Procesal Civil*, edit. La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. XVI y XIX; *Problemas actuales del derecho procesal (garantismo vs activismo judicial)*, edit. FUNDAP, México, 2002, p. 43.

38 Además, esta iniciativa probatoria, como he analizado en otro trabajo (*Los principios del nuevo proceso civil*, ob. cit., p. 54), tampoco supone la destrucción de la carga de la prueba, que seguirá aplicándose en aquellos supuestos en los que a pesar

## IV. CONCLUSIONES

Primera: El debate abierto por la doctrina "revisionista" esta mal planteado en la medida en que mediante la ideologización de las iniciativas materiales de dirección del proceso del juez pretende politizarse una cuestión puramente técnica. Lo relevante no es si el juez debe tener iniciativa probatoria o no, o si debe velar por el respeto a la buena fe procesal de los intervinientes en el juicio, sino cuáles deben ser los límites de tales iniciativas.

Segunda: La postura radical de la doctrina "revisionista", negando todo tipo de iniciativa material del juez, supone restar eficacia al proceso como instrumento del Estado para la justa tutela de los intereses litigiosos. En mi opinión, no debe buscarse el garantismo sin tener en cuenta la función que cumple el proceso, ni tampoco la eficacia olvidándose las garantías constitucionales del proceso. El garantismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso, y la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de las garantías básicas de la actividad del juez —con su deber de imparcialidad— y de las partes —con sus derechos a la defensa—. Por ello, el debate garantismo-eficacia no debe plantearse en términos de prevalencia de uno sobre otro, sino de compatibilidad, esto es, debe buscarse la máxima eficacia del proceso respetando las garantías procesales del juez y de las partes.

Tercera: Las posturas "revisionistas" parten de un planteamiento "perverso" de la cuestión, pues impiden el diálogo o debate con la doctrina que no opina de igual modo, ya que colocan necesariamente a los autores que integran este último sector bajo la descalificación —aun indirecta— de ser fascistas o autoritarias. Por ello, para evitar enfrentamientos más ideológicos que técnicos, debe hacerse siempre una lectura garantista de las normas procesales en orden a obtener la máxima eficacia de las mismas. Y esta lectura, como se ha podido comprobar, no es incompatible con el hecho de atribuir cierta iniciativa probatoria al juez civil, o permitirle el control de la buena fe procesal de las partes.

---

de la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso, determinados hechos continúen siendo inciertos.

Cuarta: En definitiva, entiendo que en el debate procesal lo verdaderamente relevante no es buscar el origen histórico de una determinada institución, esto es, cuál es el régimen político en el que ha surgido, sino analizar si dicha institución es o no válida para lograr la mejor justicia sin sacrificar ninguna garantía procesal. O si se quiere, examinar si las instituciones presuntamente autoritarias o de origen fascista, vulneran alguna garantía procesal. Sólo en este caso deberemos optar por el garantismo. De lo contrario, entre dos opciones igualmente válidas y garantes, deberemos optar por aquella que permita la más justa decisión del caso concreto, pues así se alcanzará la mayor eficacia posible del sistema procesal. Por ello, el juez que vela por el respeto a la buena fe procesal o actúa una iniciativa probatoria, con los límites que se han indicado en este trabajo, no es un juez fascista o autoritario, sino simplemente un juez comprometido en la obtención de la solución más justa posible de los conflictos. Probablemente por este motivo, en la mayoría de los ordenamientos procesales actuales de estados democráticos, así como en las propuestas internacionales que *lege ferenda* buscan la armonización del derecho procesal, se acoge este modelo de juez civil.

# *El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria*[*]

JUAN MONTERO AROCA
*Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia*
*Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana*
*España.*

"Las partes son los mejores jueces de su propia defensa".

CHIOVENDA, G., *Principios de derecho procesal civil*, tomo II, Madrid, Reus, 1925, traducción de Casáis y Santaló de la 3.ª edición italiana, p. 183.

SUMARIO: 1. Una conferencia, un libro y una polémica.- 2. La ideología del *Codice di procedura civile* italiano de 1940.- 3. Lo admitido y lo impugnado de la conferencia y del libro.- 4. La concepción del proceso civil en los códigos del siglo XIX.- 5. La exclusión de los extremos en el siglo XX.- 6. El mito del proceso "social" como instrumento de "justicia".- 7. Un mito consecuencia: la técnica procesal.- 8. Otro: la negación del juez como tercero.- 9. Por fin: la buena fe procesal.- 10. El proceso como garantía.

---

[*] Publicado en italiano *Il processo civile "sociale" como strumento di giustizia autoritaria*, en Rivista di Diritto Processuale, 2004, 2, pp. 553-579. En español con el título *El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria*, en Actualidad Civil, 2004, marzo, segunda quincena, número 6, pp. 597-619; en Actualidad Jurídica (publicación mensual de Gaceta Jurídica, Lima, Perú), 2004, tomo 125, abril, pp. 57 a 76. Y en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004, núm. 6, pp. 15 a 50.

## 1. UNA CONFERENCIA, UN LIBRO Y UNA POLÉMICA

El 20 de octubre de 2000, y en San José, Costa Rica, pronuncié la conferencia de clausura de las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Los organizadores me habían indicado como título "La Ley de Enjuiciamiento Civil española, el Código Modelo y la oralidad", pero de hecho tanto el texto escrito base como la intervención oral se titularon "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad"[1], y aún ha sucedido que después se ha publicado también como "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, los poderes del juez y la oralidad"[2].

La promulgación en España de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, llevó a las autoridades del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y a los organizadores de las siguientes Jornadas a incluir en las mismas una intervención que aunara la nueva Ley con el Código Modelo y que atendiera a la oralidad, y de ahí nació el título propuesto. Por mi parte, asumiendo lo esencial de la propuesta, creí que esas Jornadas eran el momento y el lugar adecuados para intentar ofrecer un esbozo de la concepción política de lo que debe ser el proceso civil, pudiendo tomarse como punto de partida la nueva Ley española. La lectura del índice del texto publicado en las actas de las Jornadas pone en evidencia que se trataba de atender tanto a los principios del proceso como a los principios del procedimiento, sin quedarse en éste y la oralidad que, a la postre, es mera forma de los actos procesales.

---

1 En los programas de las Jornadas el título era "La Ley de Enjuiciamiento Civil española, el Código Modelo y la oralidad" y en el Índice del Tomo II de *Relatorías y Ponencias sobre Derecho Procesal. XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, s. d (pero 2000) y s. l. (pero San José, Costa Rica), p. 4, se lee: "Conferencia: La Ley de Enjuiciamiento Civil española, el Código Modelo y la oralidad. Expositor Dr. Juan Montero Aroca (España)", pero si luego se acude al texto, que se inicia en la p. 285 para finalizar en la p. 350, puede verse: "Conferencia. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad. Juan Montero Aroca". Con este mismo título se publicó después en DERECHO. PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, núm. 53, pp. 583-668.

2 Con este otro título se publicó en España en la Revista de Derecho Procesal, 2001, núms. 1-3, pp. 555-635.

El texto escrito, que fue la base de la conferencia, tenía unas treinta y tres mil palabras, lo que es mucho para un artículo de revista y poco para un libro, y por ello, agradeciéndoles a los correspondientes directores que lo publicaron en las páginas de sus revistas, cuando pretendí publicar un libro me sentí en la necesidad de añadirle unas quince mil palabras. Así apareció en 2001 y en la editorial Tirant lo Blanch *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Con el artículo y con el libro entendí que había cumplido con la función de poner de manifiesto, primero, cuáles eran las bases ideológicas de la Ley española y, luego, cuál era mi pensamiento sobre las ideologías que habían ido conformando las regulaciones del proceso civil en el siglo XX[3].

Aquí hubieran quedado las cosas si en noviembre de 2000 no se hubiera celebrado en Azul, provincia de Buenos Aires, Argentina, el II Congreso Internacional de Derecho Procesal Garantista y si para el mismo Adolfo Alvarado Velloso[4] no hubiera tenido dos ideas complementarias: Una invitar a Franco Cipriani[5] y otra incluir entre los mate-

---

[3] Antes y con carácter más general había publicado *El Derecho Procesal en el siglo XX*, Valencia, Tirant, 2000, incluyendo también el proceso penal.

[4] Desde 1999 Adolfo Alvarado Velloso ha sido el núcleo en torno al que se han organizado ya cinco Congresos de Derecho Procesal Garantista en la ciudad de Azul. La denominación del congreso, unas veces nacional y otras internacional, lo dice todo sobre la orientación jurídica que está en la base. Para saber quién es Alvarado Velloso buscar www.alvarado-abogados.com, aunque para conocerlo puede que sea necesario o, al menos, conveniente haber disfrutado de su confianza en los últimos veintidós años.

[5] La invitación se completó incluyendo en los materiales del Congreso la traducción del ensayo de CIPRIANI, *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)* que apareció originariamente en la Rivista di Diritto Processuale, 1995, pp. 969 y ss., después en *Ideologie e modelli del processo civile*, Napoli, 1997, pp. 27 ss. Después se ha publicado traducido una vez por Alvarado Velloso en Revista de Derecho Procesal (Córdoba, 2001, 2, pp. 31 y ss.) y dos veces por Ariano Deho, primero en la Revista Jurídica del Perú, 2001, LI, núm. 18, pp. 119 y ss. y luego, junto con otros varios ensayos de Cipriani, en *Batallas por la justicia civil*, Lima, 2003, pp. 59 y ss. Franco Cipriani es ordinario de Derecho Procesal Civil en Bari y autor, entre otros, de dos libros que han despertado la memoria de la que ha sido la historia procesal civil italiana. Se trata de *Storie di processualisti*

riales del Congreso el texto mío base de la conferencia de San José. Esta suma de circunstancias condujo a que Franco Cipriani, con el que desde un congreso de Lisboa me unía y me une la amistad, conociera ese texto y asumiera el reto de su traducción al italiano y de su publicación en Italia, aunque luego, por razones obvias, se acabó por traducir el libro y por publicarlo con el sello de Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, y con el título *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*[6], y precedido de una *prefazione* por aquél redactada. El libro se presentó en el curso de un Seminario Internacional celebrado en Roma, los días 16 a 18 de mayo de 2002[7], y en el Palazzo Santacroce[8].

Muy poco después el prof. Verde publicó un artículo titulado *Le ideologie del processo in un recente saggio*[9] de comentario de mi libro y de la *prefazione* de Cipriani, manifestando conformidades y desacuerdos[10], pero en síntesis defendiendo al *Codice* italiano de 1940 de las imputacio-

---

*e di oligarchi. La procedura civile del regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, Giuffrè, 1991, e *Il Codice di Procedura Civile tra gerarchi e processualisti. Riflessioni e documenti nel cincuantenario dell'entrata en vigore*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

6 La traducción se debe a Vittorio Bratelli y Nicoletta Magrino, con la revisión general de Simona Caporusso, Serena Cartuso, Francesco Saverio y Giovanna Reali. La pruebas fueron también corregidas por mi.

7 Se trató del VII Seminario Internacional sobre "Formazione e caratteri del sistema giuridico latino americano e problemi del processo civile" organizado por el Centro di Studi Giuridici Latino-Americani y la cátedra de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Roma Tor Vergara, con la colaboración del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Istituto Italo-Latino Americano y de la Associazione di Studi Sociali Latino-Americani. Da noticia del mismo TISCINI en la Rivista di Diritto Procesuale, 2002, 3, pp. 955-956.

8 La presentación se hizo en la tarde el día 17 de mayo, con el beneplácito de los profesores Bruno Sassani, ordinario en Tor Vergara, y Sandro Schipani, secretario general del Centro di Studi Giuridici Latino-Americani, con la mesa presidida por el prof. Giovanni Verde, entonces vicepresidente del Consiglio Superiore della Magistratura, y ahora ordinario di diritto processuale civile de la Universidad de Roma.

9 Giovanni VERDE en Rivista di Diritto Processuale, 2002, 3, pp. 676-687.

10 Quiero y debo dejar constancia expresa de mi reconocimiento al prof. Verde por la atención prestada a un pequeño libro mío traducido a su lengua. Los desacuerdos son normales en quienes nos ocupamos con verdadero interés, no diré con pasión, por una materia; la exteriorización de discrepancias se hizo por él y se hace ahora por mi, no ya sólo desde el respeto, sino desde el afecto entre colegas.

nes de código fascista y reiterando la concepción llamada "social" del proceso civil. Casi simultáneamente le dieron respuesta Cipriani[11] y Monteleone[12]. En España puede verse la larga recensión de Ignacio Díez-Picazo[13] y el resumen de parte de la controversia que hace Picó i Junoy[14], además de alguna referencia en su obra sobre el principio de buena fe[15]. Por fin, en Portugal se ha hecho eco del debate Correia de Mendonça poniendo de manifiesto el origen autoritario de la orientación procesal civil portuguesa[16].

El nacimiento de la polémica es comprensible por lo menos para aquellos que tienen claro que cuando se cuestionan los principios políticos del proceso, en este caso, del civil, pero más grave sería aún del penal, se está atendido a algo que hace a la esencia de la concepción ideológica, bien de los autores de un código, bien de la doctrina que lo sustenta. Hoy ya no cabe seguir creyendo que el proceso, incluido el civil, es cosa de practicones del Derecho, por mucho que algunos sigan utilizando como sinónimas las expresiones derecho procesal y derecho adjetivo e, incluso, rituario.

Además, en torno a los principios del proceso civil se han ido formando a lo largo del siglo XX verdaderos mitos y el oponerse a ellos, el intentar poner de manifiesto que no pasan de ser, en el mejor de los

---

11 CIPRIANI, *Il processo civile tra vechie idelogie e nuovi slogan*, en Rivista di Diritto Processuale, 2003, 2, pp. 455-466.

12 MONTELEONE, Girolamo, *Principi e idelogie del processo civile: impresioni de un "revisionista"*, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2003, 2, pp. 575-582. Es ordinario de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Palermo y autor de un conocido manual *Diritto processuale civile*, 3.ª edición, Padova, CEDAM, 2002.

13 DÍEZ-PICAZO, Ignacio, *Con motivo de la traducción al italiano de la obra del Profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español*, en Tribunales de Justicia, 2003, 5, pp. 37-46.

14 PICÓ Y JUNIO, Joan, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia. Un debate mal planteado*, en "Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional", Lima, Universidad de Lima, 2003, pp. 55-66.

15 PICÓ Y JUNIO, *El principio de la buena fe procesal*, Barcelona, 2003.

16 CORREIA DE MENDONÇA, Luís, *Direito Processual Civil. As origens en José Alberto dos Reis*, Lisboa, 2002.

casos, construcciones del intelecto carentes de sindéresis, es, sin duda, una necesidad científica, pero también una provocación para quienes no pueden dejar de seguir aferrados a los mismos, pues ello supondría tener que rehacer sus bases conceptuales. En el presente caso el mito sigue siendo el del proceso civil pretendidamente "social".

## 2. *La ideología del Codice di procedura civile italiano de 1940*

Antes de seguir estimo necesario dejar constancia de que al atender a los principios políticos de la Ley española mis referencias al *Codice di procedura civile* italiano de 1940 lo eran simplemente como elemento de comparación, no habiendo intentado un estudio detallado de la ideología del mismo. Mi punto general de partida era una elemental máxima de la experiencia: una ley o código, sea cual fuere la materia que regula, es siempre expresión de la concepción ideológica propia de la sociedad en que se hace y de la sostenida por los responsables políticos que lo hacen. Nada extraño podría tener que una ley promulgada en la Alemania nazi y que regulara el proceso civil respondiera en su esencia a la concepción política propia del lugar, del momento y de sus autores[17], lo mismo que un código procesal civil de la Rusia soviética asumiría la esencia de la concepción comunista de las relaciones entre lo público y lo privado[18]. En sentido contrario, un código como el alemán de 1877 no podía dejar de tener una base liberal, dentro del nacionalismo y del centralismo del

---

17 Puede que sea conveniente citar como ejemplo la ley alemana de 27 de octubre de 1933 en la que, no creo que sea por casualidad, se produjeron determinadas reformas en el sentido de imponer deberes a las partes, caso de las veracidad (par. 138), aparte de la existencia del deber del tribunal de esclarecer los hechos (par. 139).

18 Cuando Lenin dijo: "No reconocemos nada privado; para nosotros todo el campo de la economía reviste carácter de derecho público y no de privado" (citado por GURVICH, *Derecho procesal civil soviético*, traducción de M. Lubán y revisión de H. Cuadra, México, 1971, p. 44) estaba indirectamente sentando las bases de un modelo de proceso civil en las antípodas del proceso civil propio de la ideología liberal. Por ellos varios textos legales de la Rusia soviética y de los antiguos países satélites no pudieron dejar de estar basados en ese modelo y a nadie se le ha ocurrido negarlo.

Imperio, y por ello, aún después de todas las reformas sufridas a lo largo de casi un siglo, no podía mantenerse en la ex República Democrática Alemana[19]. Creía, y sigo creyendo, que el cumplimiento de la máxima de la experiencia no necesitaba demostración al intentar aplicarse en el caso concreto el Código italiano de 1940.

Cualquier persona razonable y con experiencia no llegaría ni siquiera a cuestionarse que un código promulgado en Italia y en 1940 tiene que tener una base ideológica fascista y que el mismo no puede estar elaborado sobre la idea liberal y garantista de la tutela de los derechos de los ciudadanos, sino sobre la preponderancia de lo público sobre los intereses de los súbditos. Siempre esa persona podría llegar a cuestionarse el grado de autoritarismo que se alcanza en el código, pero no la base autoritaria del mismo.

Desde esta perspectiva fundamental cuando se abrieran luego las páginas del Código y se leyeran, bien en la iniciales la *Relazione* que lo encabeza[20], bien en las finales el *Indice sistemático* que lo concluye, la preopinión basada en la experiencia se confirmaría en el hecho concreto. No hace falta repetir frases y párrafos de esa *Relazione* para insistir en lo obvio, pero sí puede ser conveniente destacar que el *Indice* demuestra sin más que el proceso civil que regula se contempla en la norma desde la perspectiva del juez que otorga la tutela judicial, no desde la del ciudadano que la pide, y por eso el Libro Primero, de las disposiciones generales, se inicia con el juez, se sigue con el personal del órgano

---

19 WOLLSCHLÄGER, C., *La Zivilprozessordnung del 1877/1898*, introducción a "Ordinanza della procedura civile dell'Impero Germanico. 1877/1898", volumen VI de "Testi e documenti per la riforma del processo", colección dirigida por Picardi y Giuliani, Milano, Giuffrè, 2002.

20 La cual *Relazione* a pesar de todas las negaciones y pérdidas de memoria sigue siendo la exposición de motivos del *Codice* y no puede olvidarse cuando se trate de conocer el sentido político del conjunto del mismo, por mucho que se pretenda que pierde valor para el estudioso que quiera realizar una valoración técnica. Además no deben olvidarse las páginas de CALAMANDREI especialmente en el inicio y al final de sus *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte prima*, Padova, Cedam, 1941, por ejemplo pp. 7-8 y 233 y ss. en las que el principio de autoridad en el proceso, con el reforzamiento de los poderes del juez, se presenta claramente como exigencia de orden político.

judicial, se continua con el Ministerio Público[21] para llegar a las partes, y aún después se atiende a los poderes del juez. Por el contrario, un código predominantemente liberal como el español, sin perjuicio de algunos artículos previos, se inicia con las partes y sólo en segundo lugar se atiende al juez[22].

Si se pretendiera decirlo con lenguaje procesal podría sostenerse que la norma de carga de prueba tiene que consistir en que quien sostenga que un código hecho en Italia y en 1940 es un código liberal y democrático tiene que probarlo. La prueba, además, no podría consistir en meros argumentos de autoridad, con cita de autores italianos[23], pues es sabido que las meras opiniones no son medio de prueba en ningún sistema jurídico independientemente de quien las haga, que no hay prueba pericial jurídica, pues debe partirse de que los conocimientos jurídicos los

---

21 El *Codice* italiano atribuye al Ministerio Público en el proceso civil funciones exorbitantes, desde la intervención en la casación hasta en todas las causas matrimoniales (en España interviene sólo cuando existen hijos menores o incapacitados y al único fin de defender los intereses de éstos, pero no para participar en el debate sobre la separación o sobre el divorcio propiamente dichos), pasando por una larga serie de casos previstos en la ley (art. 70). Expresión clara de ello es que el art. 117.2 de las *Disposizioni di attuazioni* del *Codice* establezca que el Ministerio Público habla siempre el último en las audiencias o vistas. Debe verse todavía VELLANI, M., *Il pubblico ministero, II. Il diritto italiano vigente*, Bologna, Zanichelli, 1970, y después *Pubblico ministero nel diritto processuale civile*, en Dig. disc. priv., Sez. civ., XVI, Torino, 1997, pp. 140 y ss. También CIPRIANI, *La agonía del ministerio público en el proceso civil*, en "Batallas por la justicia civil", cit., pp. 289-330, y antes en Foro italiano, 1993, I, c. 12.

22 Más claramente todavía en la Partida III (puede verse MONTERO AROCA, *La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. La consolidación del proceso común*, en "L'Educazione Giuridica, VI. Modelli storici della procedura continentale", Tomo II, Napoli, ESI, 1994, pp. 347-458) el Título I se dedica a la justicia, dando su concepto, el II al demandante (disponiendo entre otras cosas que nadie puede ser obligado a demandar si no quisiere), el III al demandado y el IV a los jueces.

23 Para esas opiniones sobre el Código debe estarse a las obras de CIPRIANI antes citadas que en buena medida tratan de la reacción de la doctrina italiana, empezando por el ensayo de ANDRIOLI y MICHELI sobre la *Riforma del codice di procedura civile* de 1946 y siguiendo por toda una serie de trabajos que sería largo de citar, pero ver CIPRIANI, *Il Codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, cit. p. 89 y nota 40 con los más recientes. Antes TARUFFO, *La giustizia civile in Italia del'700 a oggi*, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 286-288.

posee necesariamente el juez[24] y que respecto de las declaraciones testificales habría que cuestionarse la imparcialidad de los testigos[25], no sabiéndose muy bien si habría de estarse ante casos de incapacidad para testificar o de facultad (o deber) de abstención. No puede dejar de sorprender que se haya sostenido con reiteración que entre el Código y el fascismo existe principalmente una relación cronológica[26]; más aún, que al Código lo que le perjudica es su fecha de nacimiento, siendo ésta a la postre meramente accidental[27].

### 3. *Lo admitido y lo impugnado de la conferencia y del libro*

Aclarado este aspecto inicial, volvamos a lo que se decía en la conferencia, en su texto base escrito, y en el libro, para intentar explicar las razones de que hayan despertado la polémica. Empecemos por lo que no se ha discutido.

El esquema conceptual arrancaba de la distinción entre principios del proceso y principios de procedimiento, de modo que cuando se habla de proceso se atiende algo que es exclusivo de la actuación jurisdiccional y en la que se consideran los sujetos que realizan esa actividad, con los requisitos necesarios para constituirse en tal sujeto (bien como tercero imparcial, bien como parte y, por lo mismo, parcial), la estructura y los nexos que median entre los actos que la componen, la finalidad a que tienden, las cargas que se imponen y los derechos que otorgan. A su vez cuando se habla de procedimiento se hace referencia a la forma, a la apariencia exterior de la actividad procesal, por lo que el procedimiento

---

24 MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 3.ª edición, Madrid, Civitas, 2002, p. 252.

25 Por ejemplo la de Calamandrei cuando juró que el Código "es un código de carácter liberal y democrático", en la sesión del 27 de noviembre de 1947 en el juicio contra Grandi; ver la declaración en el libro de CIPRIANI, *Il Codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, cit. p. 441.

26 Así TARUFFO, *La giustizia civile in Italia del'700 a oggi*, cit., p. 288.

27 Según ALLORIO, *La vita del diritto in Italia*, primero en JUS, 1950, después en los estudios en honor de Carnelutti y por fin en "Problemi di Diritto", volumen tercero, Milano, Giuffrè, 1957, y en éste p. 15.

no es exclusivo del ámbito judicial pues puede referirse a todas las actividades del Estado, y por ello sólo hay proceso judicial, pero existe también procedimiento administrativo e incluso legislativo.

Pues bien, al referirme a los principios del procedimiento conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 dije que en la misma se asume la oralidad y sus consecuencias (forma predominantemente oral de los actos, concentración o unidad de acto, inmediación y publicidad) de modo razonable, sin llevarla a sus últimos extremos, y sobre todo que esa oralidad nada tiene que ver con la oralidad como símbolo de una pretendida socialización del derecho en general y del proceso en particular, en la que los países comunistas se presentaban como modelo a seguir, pues en ellos con la oralidad se había efectuado una pretendida democratización de la justicia y del proceso civil. La oralidad del proceso civil español nada tiene que ver con la oralidad que, en palabras de Cappelletti, permitía al juez socialista asumir una función social que se manifestaba en su papel activo en busca de verdad material[28].

Pues bien, lo que digo ahora es que mi planteamiento de lo que significa la oralidad y sus consecuencias, como principio que sirve para determinar la forma de los actos procesales, no ha sido contestado hasta ahora, por lo que de momento puedo afirmar que el replanteamiento actual que hice del sentido de la oralidad ha sido admitido aunque implícitamente por los críticos[29].

Los que se han discutido son los aspectos que atienden a los principios del proceso, pero incluso respecto de los mismos debe advertirse que Verde, después de decir, bien que comparte la mayor parte de mis tomas de posición sobre los aspectos concretos estudiados, bien que en la obra

---

28 Puede verse MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pp. 169-171, y en *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, cit., pp. 148-150.

29 Pareciera de esta manera que por lo menos hemos todos superado toda una serie de lugares comunes sobre la oralidad chiovendiana y sobre los principios consecuencia, pero, sobre todo, de desvirtuaciones de aquella oralidad que la habían llevado a donde Chiovenda ni siquiera pudo imaginar pero que, desde luego, no era el *Codice* italiano; en este sentido también MONTELEONE, *Principi e ideologie del processo civile*, cit., p. 578.

de muchos procesalistas italianos, a partir de Liebman, existe una notable afinidad con las ideas por mi expresadas, aparte de mucha prudencia en la valoración del activismo judicial, quiere dejar constancia de que no comparte la idea de que el Código italiano de 1940 sea un código fascista, y desde esa afirmación, y después de recordar la distinción entre "tutela" y "técnica" con referencia al ensayo de Carnacini[30], distingue a su vez entre:

1.º) Códigos autoritarios o "sociales" (entrecomillado por Verde), en los que, presuponiendo que las partes tienen la disponibilidad de sus posiciones jurídicas, se regula el proceso como un instrumento de "justicia" (idem), de modo que los poderes del juez serán tanto mayores cuanto más se llene de contenido el objetivo de "justicia (idem), debiendo reconocerse que por esta vía puede acabarse otorgado al juez poderes que incidan en el ámbito de la "tutela" que debería pertenecer al monopolio exclusivo de las partes o que, de algún modo, interfieran con el mismo.

2.º) Códigos totalitarios, que destruyen la esencia de la distinción entre proceso civil y penal, la idea de un proceso al servicio de los derechos de las partes e incluso la idea de la ley procesal, de modo que en este contexto carece de sentido hablar del derecho de acción, de derecho de defensa, de derecho a la prueba, etc., con lo que el proceso acaba siendo mero procedimiento en una serie de actos que acaban en una decisión meramente otorgada, si bien a la misma no se tiene derecho.

Así cabría llegar a la conclusión de que el Código de 1940 podría ser considerado autoritario, pero no totalitario, si bien luego, parece que sigue diciendo Verde, del examen de los aspectos concretos debe llegarse incluso a la negación de ese pretendido carácter autoritario, pues sólo así podría explicarse que con ese Código se haya llegado a formar un cuerpo

---

30 Debe tratarse de CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, en "Studi in onore di Redenti", II, Milano, 1951, pp. 695 a 772; existe traducción en lengua española de Romo en Revista de la Facultad de Derecho de México, 1953, octubre-diciembre, núm. 12. Del mismo VERDE, *Profili del processo civile, Parte generale*, 4.ª edición, Napoli, 1994, pp. 128 y ss.

de jurisprudencia respetuoso de los principios que deben entenderse compatibles con la ideología liberal.

No creo que sea éste ni el lugar ni el momento para entrar a debatir sobre la distinción entre regímenes políticos totalitarios, autoritarios y democráticos, para lo que habría que empezar por remitirse a Juan J. Linz[31], pero sí debe tomarse buena nota de que Verde parece que une autoritario con "justicia" (siempre entre comillas) y aún que acaba diciendo que cuanto más se persiga la "justicia" mayores pueden o deben ser los poderes del juez, esto es, se puede ser más autoritario[32].

Después el examen de Verde atiende, por un lado, a los poderes del juez en materia de prueba y, por otro, al llamado deber de probidad y lealtad de las partes, a lo que nos referiremos a continuación[33]. Debe quedar claro que en las páginas de mi libro no he imaginado ni soñado

---

31 Linz describió los regímenes autoritarios como "sistemas políticos con un pluralismo político limitado, no responsable; sin una ideología elaborada y directora (pero con una mentalidad peculiar); carentes de una movilización política intensa y extensa (excepto en algunos puntos de su evolución), y en los que un líder (o si acaso un grupo reducido) ejerce el poder dentro de límites formalmente mal definidos, pero en realidad bastante predecibles", en el ya clásico Linz, Juan J., *Totalitarian and Authoritarian Regimes*," en Fred I. Greenstein y Nelson W. Polsby, editores, "Handbook of Political Science: Macropolitical Theory", Addison-Wesley, Reading, Massachusetts, 1975, de modo que esa caracterización tiene poco que ver con la de Verde. Aun siendo cierto que el sociólogo Linz formuló tipos ideales, que por lo mismo no tienen que corresponderse con regímenes políticos concretos, sería conveniente no dar a las palabras sentidos diferentes a los usuales.

32 En todas las ocasiones en que en unos pocos párrafos alguien ha intentado hacer la síntesis de mi pensamiento, sobre cualquier materia y tomando como base un artículo de revista o similar, he tenido siempre la sensación de que ese pensamiento ha sido, por lo menos, privado de sus matices y, algunas veces, desconocido. Naturalmente cuando ese pensamiento ha sido expresado en un libro la desazón frente a la síntesis hecha por otro ha sido directamente proporcional a las páginas resumidas. No dudo por ello que esta síntesis que ahora hago del ensayo de Verde puede producirle a él parte de la incomodidad que me produjo a mi el resumen que de mi libro hace en su ensayo.

33 En lo mismo incide PICÓ I JUNIO, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia. Un debate mal planteado*, en "Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional", cit., que centra su examen en la buena o en la mala fe procesal y en la iniciativa probatoria del juez, aparte de referirse también a la "justicia".

que en un sistema autoritario la atribución de poderes al juez se justifique sólo si, al mismo tiempo, se priva de ellos a las partes, por cuanto que en el reparto de facultades no hay que imaginar nada, pues en el mismo o se favorece al juez o se favorece a las partes. Pero, sobre todo, hay un hecho innegable: todos los códigos o leyes de reforma dictados en el siglo XX en los que se han aumentado fuertemente los poderes del juez han sido dictados —y no será por casualidad— por regímenes políticos autoritarios cuando no totalitarios, regímenes en los que se ha limitado fuertemente o incluso suprimido la independencia judicial. Esto no es una opinión, ni un sueño producto de la imaginación, es un hecho.

### 4. *La concepción del proceso civil en los códigos del siglo XIX*

Después de tantos pasos previos pero necesarios estamos ya ante el núcleo de la cuestión y éste radica en comprender qué es lo que ha sucedido en los dos últimos siglos en la manera de concebir el proceso civil. Creo que puede decirse que la concepción liberal y garantista de este proceso propia del siglo XIX se basaba, primero, en la naturaleza privada de los intereses en juego y, después, en la garantía de un juez tercero e imparcial, todo lo cual debía llevar a que las partes fueran las dueñas del proceso y que debían serlo de modo que:

a) La concepción liberal de la economía, con la libertad de empresa en un mercado libre y con el derecho de propiedad, suponía que el proceso civil se asentaba en el que llamo principio de oportunidad[34], por cuanto que lo determinante de la iniciación del proceso era la voluntad del ciudadano, el cual decidía, atendiendo a razones de oportunidad, el acudir o no al proceso para impetrar la tutela por el Estado de su derecho. No se hablaba en este aspecto de reparto de facultades entre el juez y las partes, pues las partes tenían todas las facultades careciendo el juez de ellas; estamos ante el brocardo *ne procedat iudex ex officio*, con referencia al inicio del proceso. El pretender la tutela judicial de un derecho era un

---

[34] Por ejemplo MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional, I. Parte general*, 12.ª edición (con Gómez Colomer, Montón y Barona), Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 331 y ss.

modo de ejercitar ese derecho, ejercicio que sólo podía corresponder al titular del mismo.

Desde aquí se llegaba a la consecuencia del principio dispositivo en su sentido estricto, conforme al cual no se trataba ya de que sólo las partes podían iniciar el proceso, sino de que sólo el actor podía determinar el objeto del mismo, es decir, la pretensión, con referencia tanto a lo que pide como a la causa de pedir, y de que sólo el demandado podía ampliar el objeto del debate, es decir, la resistencia, en atención a las causas de oposición a la pretensión, sin que el juez pudiera determinar ni la pretensión ni la resistencia.

Consecuencia también de la oportunidad era la exhaustividad y la congruencia de la sentencia, esto es, la imposición al juez de la necesidad de pronunciarse sobre todo lo pedido y lo debatido, pero únicamente sobre ello, y de pronunciarse sólo sobre lo pedido y lo debatido, de modo que no cabía ni una falta de pronunciamiento, ni un exceso en el mismo. Se está aquí ante el *ne eat iudex ultra petita partium*[35].

b) La concepción garantista del proceso llevada a excluir al juez de las facultades materiales en el desarrollo del mismo. Se trataba de algo diferente de lo anterior y con un fundamento que no guarda relación directa con la concepción liberal de la economía y de los derechos subjetivos privados, pues aquí se atendía a las facultades cuyo ejercicio podía llegar a determinar el contenido de la sentencia y de las que debía quedar excluido el juez[36]; este era el sentido del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*[37]. La finalidad perseguida era conseguir un juez tercero e imparcial como garantía para las partes de que se iba a realizar un verdadero proceso, esto es, un sistema de solución de

---

35 Por si acaso dejo hecha la cita de CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium"*, en "Saggi", cit., I, pp. 157 y ss.

36 MANRESA en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*, I, 1.ª edición, Madrid, 1881, p. 10, decía que la mejor ley de procedimientos es la que deja menos campo al arbitrio judicial.

37 Literalmente puede que el brocardo no sea propiamente romano, pero ya se encuentra por ejemplo en Azon y en Decio, por lo menos según DOMINGO, R., y RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B., *Reglas jurídicas y aforismos*, Pamplona, Aranzadi, 2000, p. 71.

las controversias basado en la existencia de dos partes parciales y de un tercero imparcial. Esta era la consideración que llevaba a que el juez quedara apartado de todo aquello que podía llegar a tener alguna influencia en el contenido de la sentencia, de modo que:

1.º) El juez no podía aportar hechos al proceso. No se trataba ya de determinar el objeto del proceso (actor) o el objeto del debate (demandado), sino que tampoco podía el juez realizar aportaciones de hechos, de cualquier clase que fueran, incluidos aquellos que, si no sirven para identificar el proceso distinguiéndolo de los demás posibles, sí sirven para que puedan llegar a determinar el contenido de la sentencia. Se trata de la distinción entre hechos identificadores del proceso y otros hechos, los más importantes de cuales son los constitutivos, pero también los impeditivos y los extintivos[38].

2.º) El juez no podía practicar pruebas no propuestas por las partes, las cuales tenían el monopolio de la iniciativa probatoria. Se estimaba evidente que si el juez hubiese podido acordar de oficio la práctica de medios de prueba se hubiere convertido en el auxiliar de una de las partes, la favorecida por ese medio.

c) Una vez iniciado el proceso, determinado su objeto por las partes y aclarado que son éstas las únicas que aportan los hechos y tienen la iniciativa probatoria, la desconfianza de la concepción liberal en el Estado y en la actuación de sus órganos, incluidos los jurisdiccionales, determinaba cómo se realizaba ese proceso, quién lo dirigía. Esa desconfianza llevaba, aquí sí, a un reparto de las facultades entre el juez y las partes en el proceso civil, pero reparto en el que se privilegiaba a las partes sobre el juez, hasta el extremo de que éste no era quien podía poner de manifiesto la falta de algún presupuesto procesal, siendo necesaria la oposición de la correspondiente excepción por el demandado, ni quien podía hacer avanzar de oficio el procedimiento por sus fases, siendo también necesaria la petición concreta de una de las partes.

---

38 Insisto en la cita de CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium"*, en "Saggi", cit., I, pp. 175-176 con la referencia al principio de igualdad de las partes, aunque habla de asumir la función de defensor de una parte.

A pesar de que estas facultades no pueden llegar a determinar el contenido de la sentencia, sino que por su medio únicamente cabía determinar si podía llegar a dictarse sentencia sobre el fondo del asunto (control de los presupuestos procesales) y cómo se llegaba a poner el proceso en situación de dictar la sentencia (impulso procesal), para la concepción liberal la titularidad de verdaderos derechos subjetivos privados, es decir, la existencia de un amplio ámbito de autonomía de voluntad en las relaciones jurídicas materiales de derecho privado, extendía su virtualidad hasta comprender la titularidad de verdaderos derechos subjetivos procesales, consistentes, no ya en poder acudir al proceso, esto es, a pedir la tutela de aquellos derechos materiales, sino en poder determinar la manera de hacer ese proceso[39]. Cuando se decía que las partes eran las dueñas del proceso se estaba diciendo algo que debía entenderse de modo prácticamente literal.

## 5. *La exclusión de los extremos en el siglo XX*

Frente a la idea de que las partes son las dueñas del proceso, a lo largo del siglo XX se ha ido desarrollando como idea opuesta, la que suele conocerse como publicización del proceso civil. Aunque esa publicización se ha articulado con matices diferentes, como es natural que fuera, todos ellos tienen una misma raíz que atiende al aumento de los poderes del Estado dentro de la sociedad, por lo que se trata siempre de una cierta base autoritaria, por lo menos si entendemos la palabra autoritario en sentido general, en el que equivale a aumento, exageración, desarrollo

---

39 Por eso decía GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil (Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso)*, Barcelona, Bosch, 1943, y después en "Estudios Jurídicos", Madrid, Civitas, 1996, y aquí en p. 361, que las doctrinas liberales e individualistas no podía por menos de llevar a cabo en el Derecho procesal la supresión de manifestaciones de la actividad del Estado y la proclamación de los derechos del particular a conducir el proceso, lo que no es más que expresión del sentido general contrario en un todo a la injerencia estatal. En este mismo sentido también decía Guasp (ahora en la p. 299) que la regla *ne procedat iudex ex officio* podía llegar a ser entendida comprendiendo todos los actos de impulso que en el procedimiento se desarrollan y no únicamente el acto de poner en marcha el proceso.

anómalo, deformación de la autoridad. Autoritario o autoritarismo son siempre formas exageradas o, mejor, deformadas de la autoridad, y por ello persona con autoridad[40] es algo muy distinto de persona autoritaria[41].

Antes de seguir con lo autoritario y el autoritarismo es necesario poner de manifiesto como el siglo XX ha finalizado por lo menos con el mérito de haber hecho pasar al desván de la historia los dos extremos en la concepción del proceso civil.

A) El primero de esos extremos no hace falta que lo desarrollemos porque hoy ya nadie se atreve a sostener como aspiración la existencia de un proceso civil basado en la negación de los brocardos *ne procedat iudex ex officio*, con referencia al inicio del proceso, y *ne eat iudex ultra petita partium*, sobre el contenido de la sentencia. Ese es el proceso que Verde llama totalitario, con calificación tan genérica que no podemos admitirla[42], pues bastará ahora con recordar que no ha sido un proceso

---

40 En este contexto todavía se está ante la *auctoritas* romana; véase R. DOMINGO, *Auctoritas*, Barcelona, Ariel, 1999.

41 Para el *Diccionario del Real Academia de la Lengua* española autoritario significa que se funda en el principio de autoridad y, con referencia a un régimen o a una organización política, que ejerce el poder sin limitaciones. Por su parte en el *Vocabulario della lengua italiana* de Zingarelli autoritario significa que hace valer su autoridad, y también con referencia al Estado que la autoridad política está concentrada, por lo que la propuesta de titulares para los varios órganos estatales está sustraída de cualquier sistema electivo popular. La definición española parece más adecuada, pues puede haber ejercicio autoritario (sin limitaciones) del poder incluso en algún sistema electivo popular.

42 No se trata de rehacer aquí, por razones obvias, la historia de la ideología de la ampliación de las competencias y de los poderes del Estado, una de cuyas manifestaciones más importante es la de la intervención en la vida económica. Lejos de mi ánimo también cualquier consideración que llegue más allá del mero recuerdo sobre la relación existente entre totalitarismo y economía programada o de la simple evocación de que siempre que se ha aludido a la dignidad o a la autoridad del Estado o de sus órganos, con el consiguiente aumento de sus poderes, bien del Estado propiamente dicho, bien de alguno de sus órganos, han sufrido las libertades individuales.

Por ello no quisiera insistir en la relación entre concepción liberal del proceso civil y concepción liberal de la economía, de la misma manera como renuncio a desarrollar la relación obvia entre totalitarismos negadores de las libertades del individuo y la llamada "moderna economía programada". Es por ese camino por el

teórico, una mera elucubración conceptual inexistente en la realidad, sino que ha sido el proceso propugnado por el socialismo y que ha existido en unos países y en un tiempo determinados[43]. Lo importante en ese sistema no era que el proceso pudiera ser iniciado por persona distinta del titular de los derechos subjetivos, lo importante era que los derechos subjetivos materiales de los individuos propiamente no existían y, por tanto, tampoco podía hablarse de derechos procesales, como el derecho de acción, el derecho de defensa o el derecho a la prueba. La no existencia de derechos procesales debe entenderse en el conjunto de la negación de los derechos del individuo.

B) El segundo de esos extremos estaba en la negación al juez de la potestad necesaria para asumir su función, que era algo típico del liberalismo de corte individualista, de la misma manera como se negaba al Estado en general cualquier injerencia en la vida social que llegará más allá de la seguridad ciudadana. Esta negación al juez de verdadera autoridad y de las potestades necesarias para ejercer su función, no se solucionaba con la llamada publicización del proceso, ni con el autoritarismo, sino simplemente concediéndole la dirección formal del proceso.

No cabe desconocer que en la actualidad el juez se ha convertido en todos los ordenamientos procesales civiles en quien dirige el proceso, bien entendido que esa dirección se refiere a las que antes hemos llamado facultades procesales, bien en lo atinente al control de la falta de los presupuestos de los que depende la existencia del proceso, bien en lo que atiende a hacerlo avanzar de una fase a otra en la dirección que conduce a la sentencia. En este sentido no hay oposición a que el juez controle

---

que llegó a sostenerse, bien que el verdadero "proceso social" debía llevar a la supresión del monopolio que el ciudadano tiene en el ejercicio de sus derechos, bien que debían desaparecer las diferencias entre proceso civil y proceso penal. Se trataba en todo caso de la desaparición de los derechos subjetivos privados de contenido económico, lo que estaba indisolublemente unido a la supresión de las libertades individuales en el más general terreno político, pues no existen libertades separables las unas de las otras, de modo que quepa suprimir unas, las económicas, y mantener otras, las políticas (o viceversa), sino una manera de entender la libertad como sistema político de conjunto.

43 Puede verse BAUR, F., *La socialización del proceso*, Salamanca, 1980, folleto, pp. 8-9, con la bibliografía que cita.

los presupuestos procesales, en cuanto de la concurrencia de los mismos depende la posibilidad de que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto, o a que al tribunal se le atribuya el impulso procesal, entendido éste como posibilidad de que, una vez iniciado el proceso por el actor, el procedimiento como cauce formal de la serie de actos se desarrolle por los pasos previstos en la norma; más aún, nada se opondría a que sea también el juez, siempre con las partes, el que controle la realización de los actos conforme al principio de legalidad.

Naturalmente este conjunto de facultades procesales atribuidas al juez no pueden llevar a desconocer la disposición de las partes sobre la existencia del proceso mismo en un doble sentido. Las partes han de poder poner fin al proceso cuando lo estimen conveniente para sus intereses materiales y las partes han de poder suspender la tramitación del proceso cuando lo estimen oportuno y por el tiempo que estimen adecuado, con el límite temporal señalado en la ley para la caducidad.

Lo anterior no significa que el juez "gestione" el proceso, por lo menos si las palabras gestionar (español) y *gestire* (italiano) se entienden como sinónimas de administrar una empresa, una iniciativa o una actividad influyendo de modo determinante en su desarrollo. Se trata sólo de ejercer unas facultades de dirección formal, sin influir en el que puede ser el resultado del proceso.

En la misma línea deben entenderse las facultades judiciales que pueden llamarse coercitivas, esto es, aquellas que permiten al juez llevar a efecto las decisiones que adopta, bien a lo largo del proceso, bien en la ejecución de la sentencia. El ejemplo más claro, sin duda, es el del reconocimiento a los ciudadanos del derecho a que las sentencias se cumplan en sus propios términos, derecho integrado en el más amplio a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución), y, correlativamente, de la necesidad de dotar al tribunal de los poderes necesarios para que el derecho no se quede en una declaración retórica más. Esto tiene especiales manifestaciones cuando se trata de condenas a hacer, a no hacer o dar cosas distintas del dinero.

### *6. El mito del proceso "social" como instrumento de "justicia"*

El mito procesal al que me refería y me sigo refiriendo es el de la publicización del proceso civil, en el que se han escondido mitos derivados, como el del proceso que llaman "social", mitos que deben conjugarse con el del juez que hace "justicia" a pesar de las partes y, por tanto, en contra de sus abogados, para lo que necesita de amplios poderes[44]. Se trata de la idea mítica, es decir, ilusoria, de que siendo el proceso como es un instrumento de "justicia" (siempre entre comillas o en cursiva) cuanto mayores sean los poderes del juez tanta más "justicia" podrá conseguirse. En el fondo no se sabe muy bien si se trata de la misma o de otra "giustizia sociale" a la que se referían Calamandrei y Grandi cuando decían, en la *Relazione* núm. 2 al final, que la misma era la meta de la Revolución (con mayúsculas) fascista, o si se confunde o se debe diferenciar de aquella "justicia social" a la que aspiraba el socialismo, conforme a las Bases del Proceso Civil de la URSS de 1961 y el Código de 1964.

El mito no puede presentarse de esta manera tan burda, y por ello obviamente antes ha necesitado, primero, de un caldo de cultivo y, después, de un desarrollo técnico o científico. El caldo de cultivo en el

---

44 Llamo la atención sobre el hecho de que cada vez que Verde se refiere a proceso "social" y a la "justicia" como objetivo perseguido por el juez por medio de ese proceso pone las palabras entre comillas, lo que tiene que significar algo. Si he entendido bien los usos tipográficos las comillas (y también la cursiva) se utilizan, bien cuando se cita literalmente un texto ajeno (que no es el caso), bien cuando se avisa al lector que se está dando a la palabra un sentido que no es exactamente el propio de la misma en el etimológico o en el uso común, de modo que se deja sobreentendido que el autor y el lector comparten que se trata de algo no explícito pero sí sobreentendido. De esta manera proceso "social" parece que debe tener que significar algo distinto de proceso relativo a la sociedad humana y "justicia" o "lo justo" necesariamente tiene que ser algo diferente a la plasmación en una norma de la decisión política adoptada por el legislador legítimo democráticamente de protección de unos intereses frente a otros, esto es, a la decisión plasmada en la ley, de modo que hacer "justicia" cuando se trata de la función jurisdiccional desarrollada por el juez y por medio del proceso pareciera hacer una "justicia" de contenido predeterminado, no cualquier justicia y ni siquiera la justicia querida por el legislador, que sería digamos la justicia legal, sino algo diferente, una especie concreta de "justicia" que bien pudiera acabar calificándose de "social".

que puede ser creíble o, por lo menos, no desentonar en el conjunto de creencias míticas, ha sido el autoritarismo, con sus referencias a la dignidad y autoridad del Estado y de sus órganos, a que el aumento de los poderes del Estado y, correlativamente, del juez es una conquista de la civilización, a la distinción entre juez espectador y director, pero no dictador, etc. etc., expresiones que no hace falta repetir una y otra vez pues la hemos oído todos tantas y tantas veces. Sólo desde la creencia, como ejercicio laico de fe, de que el aumento de los poderes del Estado en la sociedad significa siempre y en cualquier caso progreso social, puede llegarse a dar por supuesto que el aumento de los poderes del juez en el proceso civil supone también mejora en la "justicia", aunque se ponga entre comillas o en cursiva, pues se trata de una justicia diferente a tal y como se entiende comúnmente.

Respecto del panorama científico el desarrollo ha consistido en la consideración reiterada una y otra vez de que debe distinguirse entre varios principios procesales y en que debe apreciarse el fundamento de cada uno de ellos. El origen de la cuestión se encuentra en Calamandrei[45] y después ha pasado por Carnacini[46] y por Cappelletti[47] hasta convertirse en lugar común[48].

---

45 CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte prima*, Padova, Cedam, 1941, pp. 240-244.

46 CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, en "Studi in onore di Redenti", II, Milano, 1951, pp. 752 y 759, con cita de algunos precedentes alemanes, en p. 725.

47 CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, Giuffrè, 1962, especialmente pp. 317 y ss. También *Iniciativas probatorias del juez y bases prejurídicas de la estructura del proceso*, publicado inicialmente como *Iniziative probatorie del giudice e basi pregiuridiche della struttura del processo*, en Rivista di Diritto Processuale, 1967, pp. 407-428, pero que cito por "La oralidad y las pruebas en el proceso civil", trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1972, pp. 111-135.

48 Esta distinción había sido ya hecha en España y en 1943 por GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil (Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso)*, ahora "Estudios Jurídicos", cit. pp. 295 y ss., donde se refiere al *nemo iudex sine actore* y al *ne eat iudex ultra petita partium*, distinguiéndolos del *secundum allegata et probata partium*, para luego examinar lo que es alegar un hecho. Su crítica del principio dispositivo no ha sido recordada después en España y por ello no voy a referirme a ella.

En efecto, hoy es común considerar que de las dos proposiciones del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus* la primera, la referida a la alegación de hechos por las partes, tiene como fundamento la disponibilidad de la tutela judicial por las partes, mientras que la segunda proposición, la atinente a que se debe juzgar según las pruebas propuestas por las partes, no puede tener el mismo fundamento, siendo simplemente un medio técnico con el que el juez desarrolla su actividad de decisión. A partir de aquí pudo sostenerse que si estamos ante un medio técnico no puede aducirse incoherencia del legislador que, por un lado, respeta la regla de la congruencia entre lo pedido y lo decidido, y que, por otro, permite al juez valerse de oficio de cualquier medio de prueba, tratándose sólo de una elección técnica tomada por el legislador[49], o que sobre la iniciativa probatoria pueden darse tres soluciones técnicas[50].

El salto en el vacío de la argumentación ha consistido, en mi opinión, en que:

1.º) Se ha pretendido convertir en una cuestión técnica lo que es claramente una cuestión política.

2.º) Aún distinguiéndose entre principios, se ha insistido en querer buscar el fundamento del monopolio de las partes en la iniciativa probatoria en el monopolio de la pretensión de la tutela jurisdiccional y no en

---

49 Estoy manejando un manual de tanta calidad científica como el de MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, 15.ª edición, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 106 y 107.

50 Aludo ahora a otro excelente manual italiano, el PROTO PISANI, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, 3.ª edición, Napoli, Jovene, 1999, pp. 437-438, que se refiere a tres principios (de la disponibilidad por las partes de las pruebas, inquisitivo y de los poderes del juez de instrucción de oficio), de manera que excluye el segundo por ser contrario al principio de la imparcialidad del juez, mientras que los otros dos lo reduce a principios de mera técnica procesal siendo el legislador libre para elegir entre uno u otro sobre bases contingentes de oportunidad. Por ello en el capítulo quinto se estudian los principios fundamentales del proceso, entre los que se encuentra el principio de la disponibilidad de las pruebas que debe buscarse en el capítulo quinto, el de la prueba. La sistemática se repite en CAPONI y PROTO PISANI, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 2001, con los capítulos III y V.

el de la llamada imparcialidad o, mejor aún, en la condición de tercero del juez, aunque alguna vez se hace referencia al mismo.

## 7. *El mito consecuencia: la técnica procesal*

A estas alturas de los tiempos no tendría que ser necesario recordar que en la configuración esencial del proceso, de cualquier proceso, pero ahora nos referimos al civil, concurren evidentes elementos ideológicos que son determinantes de la existencia de varios modelos teóricos de ese proceso y de que en las leyes se plasme un modelo u otro. El debate sobre la pretendida neutralidad ideológica de la regulación del proceso civil es algo que quedó hace mucho tiempo superado. Hoy no puede seguir diciéndose que "las normas procesales tienen un carácter esencialmente técnico que impiden o al menos dificultan en modo extremo la introducción de las ideas políticas"[51], pues con ello se está negado algo que responde a la propia naturaleza de las cosas.

Si en Italia Chiovenda destacaba en 1906 la influencia de las reformas políticas en las leyes procesales[52], en España decía antes Manresa, en 1881 y sin el vuelo teórico del anterior, pero con conocimiento de la realidad, que el arbitrio judicial "es incompatible con las instituciones liberales"[53], poniendo de manifiesto incluso en una ley procedimental y casuística la dependencia de la concepción política. Por ello cabe destacar la claridad de Schönke cuando decía que "todo derecho procesal depende en su estructura fundamental de la concepción que se tenga sobre la relación entre comunidad e individuo"[54].

---

51 Como decía SERRA en 1972, *Liberalización y socialización del proceso civil*, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1972, 2-3, pp. 512 y ss.

52 CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, texto de la conferencia dictada en Nápoles el 11 de marzo de 1906 y publicado primero en Rivista Giuridica e Sociale, 1907, y después en *Saggi di Diritto Processuale Civile*, I, Roma, 1930, pp. 379 y ss. (citamos por la edición de Proto Pisan, Milano, 1993).

53 MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*, I, 1.ª edición, Madrid, 1881, p. 10.

54 SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, traducción de Prieto-Castro, Carrera y Fairén, Barcelona, 1950, p. 15.

Es cierto que ha habido una corriente de pensamiento que ha pretendido negar la base ideológica de las leyes procesales, especialmente de las civiles, pero creo, y ahora y aquí de buena fe, que esa corriente estaba hacía ya tiempo superaba y olvidada. También es cierto que ha habido otra corriente que ha pretendido, no ya evidenciar la base ideológica de las leyes procesales, sino reducir todo el proceso y su derecho regulador a política, con el propósito de destruir el derecho y el proceso[55], pero este es un camino que hoy afortunadamente ha quedado cegado por la historia.

Los dos caminos, el de la negación de la ideología en el proceso y el de la reducción del proceso a ideología (y a una determinada, claro está) carecen hoy de sentido. Por ello hubimos de decir ya en 1975 que "el pretender desterrar la política del derecho, se basa en una opinión deformada de lo que aquélla sea; el pretender reducir el derecho a política, se basa en una concepción totalitaria de ésta, desconocedora de las garantías de aquél"[56].

Si lo anterior es cierto en general, y no creo que en la actualidad nadie lo llegue a cuestionar, no puede dejar de llamar la atención que se acabe considerando como algo técnico la determinación en las leyes de los poderes del juez en el proceso civil. Es evidente que Grandi y Calamandrei no tuvieron duda en considerar como "factor político" el reforzamiento de la autoridad del juez, y en este sentido son muy claras las palabras de la *Relazione* que se repiten y se refuerzan en el Manual[57], pero inmediatamente después Calamandrei negaba su propia base de partida cuando, refiriéndose a la atenuación del principio dispositivo en el *Codice*, pretendió que el atribuir al juez poderes de iniciativa probato-

---

55 Como indicaba SATTA, *Ideologie nel diritto e nel processo*, en "Quaderni del diritto e del processo civile", II, Padova, 1969, pp. 146-151, a propósito de las obras de Cordero, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, y Cappelletti, *Processo e idelogie*, Bologna, 1969.

56 MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, Tecnos, 1976, 1.ª edición, p. 215.

57 CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte prima*, Padova, Cedam, 1941, pp. 7-8 y 233 y ss. en las que el principio de autoridad en el proceso, con el reforzamiento de los poderes del juez, se presenta claramente como exigencia de orden político.

ria para declarar la verdad dentro del ámbito de las peticiones de las partes era "una necesidad de orden técnico" que no tenía nada que ver con el respeto a la voluntad de las partes[58].

Abierto ese camino, Carnacini sostuvo luego la necesidad de distinguir entre lo que se refiere al monopolio de las partes sobre el objeto del proceso, que afecta a la disposición de su interés, y lo atinente a la determinación de los materiales de hecho y de los medios para probarlo, entendiendo que este segundo aspecto afecta únicamente a la conformación del instrumento que la ley predispone para la tutela jurisdiccional[59]. Por fin Cappelletti, desde lo anterior, pasó a subdistinguir entre la introducción del material de hecho y la introducción de los medios para probarlo, afirmando también el carácter técnico de la iniciativa probatoria del juez[60].

Resulta de esta manera que uno de los elementos esenciales para determinar la ideología base de un código procesal civil, como es el de las facultades del juez y de las partes, se acaba convirtiendo en algo pretendidamente técnico, algo sujeto a la oportunidad del legislador, y desde esa pretendida técnica se me acaba imputando que estoy politizando la cuestión[61] cuando me limito a decir que el aumento de los poderes del juez en materia probatoria no puede dejar de ser un reflejo del aumento de los poderes del Estado en la sociedad, aumento que responde a una concepción autoritaria del propio Estado y, por consiguiente, del papel del juez en el proceso civil.

Otra cosa es que alguien se sienta molesto personalmente cuando dije en general, como es obvio y sin alusiones personales, que determinadas

---

58 CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte prima*, cit., pp. 240-244.

59 CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, en "Studi in onore di Redenti", II, cit., 725 y ss.

60 CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., pp. 305 y ss.

61 Que es lo que hace PICÓ I JUNIO al imputarme que pretendo, en lo que me toca, politizar una cuestión meramente técnica como es la de las facultades materiales del juez, respecto de la iniciativa probatoria, o lo relativo a la buena fe de las partes, y así *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia. Un debate mal planteado*, en "Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional", cit., p. 65.

maneras de entender el proceso civil evidencian una base ideológica autoritaria, mientras que otras ponen de manifiesto actitudes liberales, pues en cualquier caso eso no puede imputarse a la perversidad de quienes queremos entender y hacer entender qué es lo que hay detrás de ciertas exposiciones aparentemente teóricas. Perversos podrían ser en todo caso quienes pretendieran seguir manteniendo concepciones que tienen base autoritaria, pero quisieran seguir ocultando las mismas bajo un manto pretendidamente técnico o científico, lo que por otra parte es muy propio de buena parte de los profesores universitarios, por lo menos de los españoles.

No puedo dejar de llamar la atención sobre el hecho curioso que significa que algunos de los procesalistas más politizados pretendan en algunos casos convertir cuestiones eminentemente políticas en meros detalles técnicos[62]. Por un lado se habla de la publicización del proceso civil como conquista, sin duda, política, del siglo XX frente al proceso liberal propio del siglo XIX, pero luego se quiere disimular a algunas de las ineludibles consecuencias con el ropaje de la técnica procesal. Resulta de este modo que el proceso civil calificado de proceso "social" se acaba pretendiendo reducirlo inexplicablemente a algunas cuestiones de mera técnica, cuando no de forma[63].

---

62 Para DENTI, *Le ideologie del processo di fronte al problema sociale*, en "Processo civile e giustizia sociale", Milano, Edizioni di Comunità, 1971, el proceso o la justicia "social" tiene entre sus manifestaciones al de la ampliación de los poderes del juez especialmente en lo que se refiere a la disponibilidad de las pruebas, pero ello no le impide mantener que se trata de una técnica procesal, aunque se acabe empleando para la integración de los poderes del litigante socialmente débil (p. 64) y se diga que ello confiere al proceso un carácter tendencialmente inquisitivo.

63 En este contexto no se entiende como VERDE, *Profili del processo civile*, cit., pp. 128 y 129, primero dice que el modo conforme al que el juez procede a la instrucción probatoria es un "problema de mera técnica procesal que debe resolverse sobre la base de razones de conveniencia o de oportunidad", para inmediatamente añadir la existencia de dos tendencias, la liberal-individualista y la socialista, desde las que puede resolverse el problema. No se explica como sobre una cuestión de técnica procesal puedan existir tendencias de innegable contenido político, ni como es posible que el art. 115 del *Codice* resulte estar inspirado por la ideología liberal.

### *8. Otro: la negación del juez como tercero*

El mito siguiente radica en el olvido de las garantías del juez tercero y del imparcial y ello hasta el extremo de que pretenden manejarse dos varas de medir según se trate de los procesos civil o penal. Más aún, a veces ni siquiera se alude al tercero imparcial cuando de los poderes de iniciativa probatoria del juez se trata y, desde luego, no se intenta distinguir entre los requisitos de condición de tercero (lo que los italianos llaman *terzietà*) y de imparcialidad. De esta manera resulta que incluso se niega, aunque sea implícitamente, la posibilidad de sostener que la garantía que debe tenerse en cuenta, cuando se cuestionan los poderes del juez, no es propiamente la de la imparcialidad, sino la de la distinción entre las funciones de juez y de parte en el proceso. La diferenciación aparece hoy más clara, pues ahora el art. 111, II, de la Constitución italiana (desde la Ley de 23 de noviembre de 1999) distingue claramente entre juez tercero y juez imparcial, aunque en lo que sigue asumiremos la terminología de cada momento.

El salto en el vacío en la argumentación, en este segundo aspecto, se produce cuando, después de distinguir el principio de la disponibilidad de los derechos (el monopolio de las partes en la determinación del objeto del proceso) y el principio de la aportación de parte, se dice a continuación que este segundo no puede tener el mismo fundamento que el anterior, lo cual es por otra parte obvio y nadie lo discute en la actualidad. Todavía peor, la argumentación conduce más al vacío cuando se admite que, dentro del principio de aportación, la primera parte, el aspecto de la alegación de los hechos, sí puede ser un elemento necesario del carácter privado de la relación jurídica material deducida en el proceso, mientras que lo relativo a la aportación de las pruebas no puede entenderse integrado en la disponibilidad del objeto del proceso. Esa falta de integración aparentemente permite llegar a la conclusión de que si con la iniciativa probatoria del juez no se vulnera el principio relativo a la disponibilidad por las partes del objeto del proceso, ya no hace falta seguir con otros aspectos y no se llega a cuestionar si se desconoce o no algún otro principio.

Estamos, pues, ante algo difícil de explicar científicamente, pues se trata nada menos que de entender que si una actividad judicial no vulnera un principio procesal ya no es necesario seguir comprobando si

esa misma actividad puede o no vulnerar algún otro principio, procesal u orgánico. Prácticamente sucede lo mismo cuando lo que se hace es, no ya desconocer, sino afirmar que una actividad judicial no vulnera otro principio procesal u orgánico, pero esa afirmación se hace sin la necesaria fundamentación, que es también lo que ocurre en más de una ocasión.

Llama poderosamente la atención que, después de admitir los poderes probatorios del juez en el proceso civil, buena parte de la doctrina italiana se limite a hacer referencias escasas y muy parcas a la imparcialidad judicial y puede que ninguna a la condición de tercero del juez, con la incompatibilidad para asumir el papel propio de las partes, sosteniendo, bien que no hay riesgo para aquella, la imparcialidad[64], bien que el riesgo es mínimo[65], bien no se muy bien que, pues aun advirtiendo lo que

---

64 Así MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, 15.ª edición, cit., pp. 105 y 106, después de haber dicho que el permitir la utilización por el juez de oficio de cualquier medio de prueba es una opción técnica del legislador basada en la oportunidad, añada inmediatamente: "En realidad, este sistema que, en el proceso civil, no teme aquellos elementos negativos, bajo el aspecto de las garantías, que afligían tal sistema en el proceso penal (recientemente objeto de reforma precisamente en este aspecto), puede estimarse, por cuanto hemos dicho antes, más válido y más funcional, aunque no se debe olvidar, en el plano de la oportunidad, que la amplitud de las facultades de iniciativa probatoria conferidas al juez puede resquebrajar, especialmente en sus presupuestos psicológicos, la posición de imparcialidad del juez". Y eso es todo, pues no hay alusión a la *terzietà* en la Sección dedicada a las garantías de la imparcialidad del juez, pp. 282 y ss.

65 Que es lo que dice PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 3.ª edición, cit., pp. 437-438, pues después de aludir a las tres soluciones técnicas y de excluir la que llama del principio inquisitivo, por ser contraria a la condición de tercero y a la imparcialidad del juez, y de admitir que las otras dos soluciones (la de las disponibilidad de las pruebas por las partes y las de los poderes de instrucción de oficio) son principios de mera técnica procesal, que quedan en manos del legislador ordinario con criterios de oportunidad, reconoce que la primera de ellas salvaguarda al máximo la imparcialidad psicológica del juez, mientras que la tercera, condicionada a la no utilización del conocimiento privado del juez y referida a las fuentes materiales de prueba notorias o conocidas en el curso del proceso, es una solución que reduce al mínimo el riesgo de comprometer la imparcialidad psicológica del juez, aparte de que es la más coherente con un proceso que persiga tendencialmente la verdad material.

está sucediendo en el proceso penal y que las normas sobre prueba son normas de garantía, posiblemente mi limitado italiano no me permite descubrir qué es lo que realmente se acaba sosteniendo para el proceso civil[66].

De esta manera las advertencias de Liebman[67] y de Montesano[68] sobre la imparcialidad del juez no han tenido consecuencias teóricas ni prácticas, pues no han llevado a la doctrina procesal civilista italiana a repensar los poderes del juez en la iniciativa probatoria, cuestionando lo que realmente debe suponer la imparcialidad y las consecuencias de la misma. Por tanto ni siquiera se ha profundizado en la diferencia entre las garantías orgánicas y las garantías procesales[69], y no se ha insistido en que, mientras las garantías procesales pueden ser matizadamente diferentes en los procesos civil y penal, las garantías orgánicas no deben admitir diferencias. En el mismo sentido debería haberse tenido en cuenta que la exigencia de la condición de tercero (otra vez *terzietà*) del nuevo art. 111, II, de la Constitución italiana se refiere por igual a todos los procesos.

En realidad, cuando se trata de atribuir poderes probatorios al juez, lo que debe cuestionarse no es propiamente la imparcialidad judicial, sino si ello es posible atendida la necesidad de que el juez siga siendo tercero, con la exigencia de incompatibilidad de funciones entre parte y juez en el proceso. Debe tenerse en cuenta que si la incompatibilidad de funciones en el proceso es algo objetivo, que puede determinarse en la ley de modo general, es decir, sin referencia a un juez y a un proceso concreto, pudiendo la ley disponer en general qué es lo que no puede hacer el juez pues de hacerlo estaría asumiendo funciones propias de la parte, la

---

66 Que es lo que sucede con VERDE, *Profili del proceso civile. Parte generale*, 4.ª edición, cit., p. 129

67 LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, primero en Rivista di Diritto Processuale, 1960, y después en "Problemi del processo civile", Napoli, 1962,

68 MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialita del giudice*, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1978, pp. 189 y ss.

69 Aunque sobre ellas puede verse FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2.ª edición, Madrid, Trotta, 1997, pp. 574 y ss. y 603 y ss., centrado en el proceso penal

imparcialidad es siempre algo subjetivo, que debe referirse siempre a un juez y a un proceso concreto (y por ello se habla de imparcialidad psicológica), y desde esta distinción puede hablarse de "impartialidad" (que es condición de tercero o *terzietà*) y de imparcialidad[70].

Desde la garantía de la "impartialidad" (o *terzietà*) lo que se pone en cuestión no es la concurrencia de las causas de abstención y de recusación, sino si una actividad concreta puede ser realizada por el juez, atendida su necesaria condición de tercero. Adviértase que si se quiere lograr claridad conceptual debe de distinguirse: 1) Una cosa es la "ajeneidad" (o desinterés objetivo o *alienità*) de la jurisdicción, como elemento caracterizador de la misma que la distingue de la administración[71], 2) Otra la "impartialidad" (o condición de tercero o *terzietá*) del juez en el proceso, lo que hace, no ya que no pueda ser al mismo tiempo parte, sino también que no pueda realizar los actos propios de esta, 3) Todavía otra es la incompatibilidad de funciones judiciales dentro del mismo proceso, a las que se refiere por ejemplo el art. 34 del *Codice di procedura penale* italiano al declarar incompatibles determinados actos realizados en el mismo proceso[72], pero que en el proceso civil también tienen algún sentido pues siempre será incompatible haber intervenido como juez en la primera instancia y poder intervenir en algún recurso, y 4) Por último, la imparcialidad que es necesariamente algo subjetivo,

---

70 La palabra "imparcialidad" en español procede de GOLDSCHMT, Werner, *La imparcialidad como principio básico del proceso (La "partialidad" y la parcialidad)*, en Revista de Derecho Procesal, 1950, pp. 184 y ss., y la estoy haciendo equivalente de *terzietà* en italiano, distinguiéndola de la *imparzialità*, aunque soy consciente de que no siempre se manejan con propiedad y así el traductor de FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 580, traduce *terzietá* por imparcialidad.

71 CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, I, Madrid, 1922, trad. de Casáis, pp. 339 y ss., e *Instituciones de derecho procesal civil*, II, Madrid, 1940, trad. de Gómez Orbaneja, pp. 1 y ss. En el mismo sentido PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 10. En España puede verse MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional. I. Parte General*, cit., pp. 119-120.

72 Puede verse AMODIO y DOMINIONI, *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, I, Milano, 1989, p. 224. En el derecho procesal penal español han tenido gran trascendencia práctica estas incompatibilidades, y así MONTERO AROCA, *El juez que instruye no juzga (La incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso)*, en La Ley de 16 de febrero de 1999.

aunque la ley se ve precisada a objetivarla estableciendo las causas de abstención y de recusación[73].

Lo que me importa, con todo, poner de manifiesto es que no pueden admitirse grados o diferencias, aparte de en la imparcialidad del juez en el proceso civil y en el proceso penal, en la condición de tercero del mismo, de modo que si el proponer pruebas de oficio es incompatible con el sistema acusatorio, dado que entonces el juez asume una función propia de las partes, no alcanzo a comprender como el acordar pruebas de oficio en el proceso civil no afecta a esa garantía esencial de la condición de tercero (o *terzietà*) o no la afecta en el mismo grado o existe un riesgo menor o mínimo de pérdida de la garantía imparcialidad (por mantener la terminología usada normalmente).

Desde hace tiempo vengo insistiendo[74] en que estamos ante la esquizofrenia cuando unas mismas personas propugnan, por un lado, la limitación de las facultades del juez penal (con referencia al sistema procesal penal acusatorio), mientras que, por otro lado, siguen refiriéndose al proceso civil "social" en el que es necesario el aumento de las facultades del juez para que se pueda lograr una mejor "justicia".

Por ello si la condición de tercero (o *terzietà*) (y también la imparcialidad judicial) es principio que hace a la esencia de las garantías orgánicas y si no debe haber grados en las mismas para los diferentes procesos, las posibilidades probatorias del juez no deben ser diferentes en esos varios procesos, de modo que por lo menos la coherencia exige que los códigos procesales civil y penal dispusieran lo mismo en la materia. El debate siguiente podría consistir en determinar cuáles son los límites mínimos de la *terzietà* (y de la imparcialidad), a partir de los cuales se está realmente ante la pérdida de la misma, pero la coherencia queda completamente desnaturalizada cuando se pretende que en el proceso civil al juez le es posible hacer lo que se le niega para el proceso penal.

Naturalmente la situación no es diferente cuando se trata de los llamados procesos civiles no dispositivos o procesos inquisitivos. Es cierto

---

[73] Puede verse MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

que tradicionalmente en estos procesos se han aumentado extraordinariamente las facultades del juez, con el argumento de la naturaleza pública de las situaciones jurídicas en juego, pero si se admite que en la aplicación de las normas jurídicas más públicas que existen, que son las penales, la *terzietà* del juez no consiente el aumento de facultades judiciales, no se comprende porque esas facultades sí pueden ampliarse en procesos que siguen siendo civiles[75]. Por lo mismo no se descubre la razón, siempre desde el principio de la *terzietà* como garantía, de pretender un aumento extraordinario de las facultades del juez en el proceso de trabajo, que es otro proceso civil especial.

El mito sigue siendo aquí el del proceso "social" como instrumento de "justicia" que ha llevado en este aspecto a que lo que no puede hacer el juez penal en la aplicación de este Derecho, sí pueda hacerlo el juez civil en la aplicación del Derecho privado, incluso cuando se trata de un derecho con tintes públicos. Y conste que no he dicho nada de la entelequia de la búsqueda de una verdad material, que parece que debería ser una "verdad verdadera" frente a otras verdades que aparentemente lo son menos[76].

---

74 En este sentido, por ejemplo, MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

75 En estos procesos civiles llamados no dispositivos suele disponerse la intervención del Ministerio Fiscal, a veces con legitimación activa y normalmente siempre con legitimación sólo pasiva, pero si la explicación de estas legitimaciones responde a que la aplicación del derecho material debe seguir haciéndose en un proceso, lo que exige la existencia de dos partes, no tiene sentido lógico que, por un lado, convirtamos al Ministerio Público en parte y, por otro, concedamos facultades extraordinarias al juez. O una cosa u otra; es decir, o hacemos un verdadero proceso con el Ministerio Público, y el juez es tercero e imparcial, o regulamos un sistema de jurisdicción voluntaria en el que Ministerio Fiscal no es necesario pues el juez no actúa jurisdiccionalmente (no es juez en un contienda de otros).

76 Puede verse, con todo, FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2002. Para el proceso penal, por ejemplo, ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *La función de las garantías en la actividad probatoria*, en "Cuadernos de Derecho Judicial. La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal", Madrid, CGPJ, 1993, pp. 215 y ss., y MUÑOZ CONDE, *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, 2000. Más en general, VRÓBLEWSKI, J., *Sentido y hecho en el derecho* y especialmente *El problema de la así llamada verdad*

## 9. *Por fin: la buena fe procesal*

A estas alturas estoy convencido de que nadie podrá imputarme que soy partidario de la mala fe en el proceso, ni de que las partes y sus abogados inicien y desarrollen su actividad procesal con el ánimo de perjudicar a la parte contraria. Otra cosa es que tenga desconfianza frente a la necesidad o la conveniencia de que las leyes procesales civiles impongan expresamente a las partes y a sus abogados el deber de conducirse con buena fe. Mi desconfianza tiene su origen en la constatación de la realidad.

La referencias en las leyes a la buena fe se han producido normalmente en normas dictadas por regímenes políticos por lo menos autoritarios; y así ha ocurrido desde la alemana Ley de 23 de octubre de 1933 hasta el *Codice* italiano de 1940, pasando por todos los códigos y leyes socialistas. Este es un dato que no puede olvidarse porque significa que estas referencias a la buena fe o a la probidad o a la lealtad se producen en una base ideológica que hace al juez, no un tercero imparcial entre dos partes parciales que pelean por lo que creen su derecho con todas las armas que el ordenamiento jurídico pone en sus manos, esto es, por lo que estiman que es la justicia (sin comillas y en redonda) que les reconoce la ley material, sino una especie de ser superior revestido de todas las virtudes imaginables cuya misión es lograr una especie de "justicia" que está más allá de la ley y en la búsqueda de la cual deben colaborar activamente las partes y sus abogados. Estamos en la esencia del autoritarismo, en la que el ciudadano no tiene verdaderos derechos frente al Estado sino deberes, y en la que el juez tratará a ese ciudadano como un menor de edad intelectual, de modo que todo lo que haga para defender su interés serán artimañas. Recuérdense los intentos nazis y socialistas de reducir el proceso civil a mera jurisdicción voluntaria.

Pero es que además la ampliación de las facultades del juez, especialmente en materia de iniciativa probatoria, sólo tiene sentido si se parte de la idea implícita de que el abogado de la parte puede ser o negligente o ignorante. Si la ley partiera del presupuesto de que "las partes son los mejores jueces de su propia defensa", como decía Chiovenda, con la consecuencia de que quien mejor defiende los intereses de esa parte es

---

*judicial*, San Sebastián, 1989; y HABERMAS, J., *Teorías de la verdad*, en "Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos", Madrid, 1989.

su abogado, perdería todo sentido lógico y práctico el atribuir poderes materiales al juez y entre ellos los de iniciativa probatoria. El sentido de la norma sólo puede responder a esa desconfianza frente al abogado, desconfianza que no puede negar su base autoritaria. Por ello no he entendido ni entiendo cómo algunos abogados pueden ser partidarios del aumento de facultades del juez, mientras que no puedo dejar de comprender que algunos jueces sí sean partidarios.

En este contexto de autoritarismo, de desconfianza frente al abogado, el paso siguiente consiste en considerar, siempre implícitamente pero siempre de modo evidente, que el otro riesgo que presenta el abogado es el del exceso en la defensa, el de la utilización de malas artes. Dado que en el proceso civil está normalmente en juego un interés económico, este interés se ve siempre con prevención, como algo turbio o poco digno, y desde esa creencia se llega fácilmente a la conclusión práctica de que el abogado puede llegar a ser un obstáculo en el fin de "justicia" que debe perseguir el juez. Este, desde sus presupuestas superioridades moral y de ciencia jurídica, no debe consentir maniobras torticeras de los abogados que se hacen siempre por el más despreciable de los metales, el oro.

Lo diré con las ideas de la *Relazione* del *Codice* italiano pues en ellas se descubre con claridad el fondo ideológico: Es desde la concepción del proceso civil como instrumento de la actuación de la voluntad del Estado desde la que no puede admitirse que las partes y sus abogados desplieguen todos los medios legales a su alcance para alcanzar su fin parcial. De este modo los abogados deben ir haciéndose conscientes de que no se trata de perseguir el beneficio de su parte, sino de asumir el carácter público de su función y de colaborar con el juez, se entiende en la búsqueda de la "justicia", aunque sea en contra de los intereses de su parte.

Insistiré para mayor claridad: Si este es el sentido de la buena fe o de la lealtad en el proceso civil, ese sentido es manifiestamente autoritario y desde luego incompatible con la concepción de un proceso hecho por dos partes que por esencia son parciales. Las "reglas del juego", de cualquier juego, incluso el del proceso[77], deben ser observadas por los

---

[77] Recuérdese CALAMANDREI, *Il processo como giuoco*, en Rivista di Diritto Processuale, 1950, pp. 23 y ss., y después a CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, en la misma revista, pero ahora 1951, pp. 101 y ss.

jugadores, naturalmente, pero a estos no se les puede pedir que todos ellos, los de un equipo y los de otro, colaboren en la búsqueda de cuál es el mejor de ellos, ayudando al árbitro a descubrir a quién debe declarar ganador, pues si las cosas fueran así no tendría sentido jugar el partido. El "juego" se basa en que cada equipo luche por alcanzar la victoria utilizando todas las armas a su alcance, naturalmente respetando las reglas, y con un árbitro imparcial.

En contra la celebre de cita de Antonio Machado: "¿Tu verdad? No, la verdad, y ven conmigo a buscarla. La tuya, guárdatela", el proceso regulado conforme al principio de contradicción se basa en la "verdad" de cada una de las partes y en la existencia de un tercero imparcial que no se convierte en investigador de los hechos objetivamente existentes, sino en simple verificador de los hechos afirmados por cada parte, con los elementos probatorios que propongan las partes y respetando las reglas del procedimiento que se convierten en garantías para las partes. De esta manera en el proceso no se persigue la "verdad verdadera" a toda costa, sino algo más humilde pero más real como es la "verdad legal", la que es posible obtener en el proceso, y con las garantías propias del mismo[78].

Creo, en consecuencia, que la regla debería enunciarse, no a favor de la buena fe, sino en contra de la mala fe, de modo que no se impusiera a la parte y a su abogado un deber positivo, sino un deber negativo, de abstención. Desde ese deber general, por ejemplo, no se impondría a la parte y a su abogado el deber de afirmar todos los hechos que conocieran, ni el de presentar los medios de prueba de prueba que le fueran perjudiciales, ni el de renunciar a aprovecharse de los errores materiales o procesales de la parte contraria, sino que se trataría de ponerles el límite, primero, del Código Penal y, luego, de actuar conscientemente de mala fe, con la consecuencia obvia de que se estaría impidiendo que el abogado de la parte mintiera conscientemente.

---

78 CAPOGRASSI, G., *Giudizio processo scienza verità*, primero en Rivista di Diritto Processuale, 1950, pp. 1-22, y luego en *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 51-76. En general para este Autor, BALLESTEROS, Jesús, *La filosofía jurídica de Giuseppe Capograssi*, Roma-Madrid, 1973, y sobre los elementos esenciales del juicio pp. 115-121.

Creo que éste debe ser el sentido en que deben interpretarse algunas normas en las que se habla de la "probidad, lealtad veracidad en cuanto al fondo de sus declaraciones o manifestaciones", caso del art. 36 del Estatuto general de la Abogacía Española (RD 658/2001, de 22 de junio), o de la veracidad de las manifestaciones de los abogados, caso del art. 14 del Código Deontológico aprobado por el Consejo Nacional Forense italiano el 17 de abril de 1997 conforme al que "las declaraciones en juicio sobre la existencia o inexistencia de hechos objetivos, que sean presupuesto específico para una resolución del magistrado, y de los que el abogado tenga conocimiento directo deben ser verdaderas".

### *10. El proceso como garantía*

Y he llegado al final, consciente de que, a lo peor, estamos siempre volviendo sobre lo mismo, sobre el papel del Estado en la sociedad y sobre el del juez en el proceso, también el civil, pero no sólo en éste[79]. Resta solamente dejar claro que esto no es una cuestión de eslóganes para la publicidad o la propaganda de algún producto de política electoral, sino algo mucho más importante, aunque parece que inútil a la postre en el terreno científico, pues parece que estamos condenados a rehacer una y otra vez el mismo camino.

No he creído, y sigo sin creer, que publicización del proceso civil haya sido una especie de reclamo para asistentes a congresos jurídicos, quedando todo a la postre reducido a eslóganes para mejor entenderse en eventos internacionales sobre el papel del juez en el proceso. El mero hecho de que se estimara necesario por los organizadores repetir una y otra vez el mismo tema en esos congresos dice mucho sobre la trascendencia del argumento. Todavía dice más que ahora pareciera que se está intentando justificar la publicización del proceso civil, no en una concepción política determinada de lo que debe ser ese proceso y del papel

---

79 GROSSI, P., *Sciencia giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 246, que pone de manifiesto que en la dimensión pública o en la dimensión privada del proceso civil el trasfondo de la polémica es siempre ideológico y contrapone dos ideologías.

en el mismo del juez, sino en la aparente necesidad de crear eslóganes fácilmente comprensibles para la variedad de gentes que llenan las aulas de los congresos.

Frente a ello creo que el momento presente no es ya el de poner fin al activismo judicial, que es una enfermedad forense que puede considerarse erradicada, aunque siempre queda algún alguna cepa del virus que se resiste a desaparecer, sino de dejar constancia de que si importante es el reconocimiento de derechos materiales de la persona, no lo es menos la regulación procesal de cómo se logra la tutela de esos derechos. Importa, desde luego, el resultado, pero importa también el instrumento para alcanzarlo, el camino que hay que seguir para llegar a el.

Durante el último siglo la sociedad ha visto nacer y desarrollarse varios intentos, no ya de hacer predominar lo colectivo sobre lo individual en todos los órdenes de la vida, sino de favorecer lo colectivo hasta el extremo de suprimir los derechos fundamentales de las personas, lo que en el proceso ha incidido con claras manifestaciones autoritarias y que en el proceso civil se ha llamado publicización. Es ya hora de dejar atrás esa etapa y de abrir nuevos caminos. Si el pasado es la publicización y el autoritarismo, en el futuro está la concepción del proceso, también el civil, como garantía.

# *Apostilla*[*]

GIOVANNI VERDE
*Ordinario de Derecho Procesal Civil en la Universidad LUIS "Guido Carli". Roma*

Dice Montero que «los desacuerdos son normales en quienes nos ocupamos con verdadero interés, no diré con pasión, por una materia; la exteriorización de discrepancias se hizo por él (o sea por mí) se hace ahora por mí, no ya sólo desde el respeto, sino desde el afecto entre colegas».

Es exactamente lo que yo pienso. Él reconoce que entre nuestras opiniones hay muchos puntos de contacto y algunos puntos de desacuerdo; y no podía ser diversamente. En efecto, hay que considerar las razones que inspiran mi escrito. Entre los procesalistas italianos pasaba sin respuesta la imputación que, a excepción de algunos pocos que han expresado posición, la mayor parte de nosotros se inscribe en la categoría, por así decirlo, de los pusilánimes, de aquellos que prefieren permanecer callados. Esta imputación me pareció inmerecida y no generosa, porque de las páginas de cada uno de nosotros, para quien quiera leerlas es posible extraer cuál es la ideología de fondo que nos inspira. El breve, pero denso ensayo de Montero ha sido para mí la preciosa ocasión, pero no más de esto, para hacer explícito mi pensamiento.

Regreso, por ello, sobre el argumento solamente para aclarar aquello que realmente me divide del colega y (espero) amigo Montero y para

---

[*] Publicado en *Rivista di Diritto Processuale*, 2004, 580 y ss., a continuación del artículo anterior de Montero Aroca.

explicar mis razones. Sin ninguna intención polémica, que no me pertenece, sino para continuar el diálogo en el recíproco respeto y con espíritu del amistad.

Estoy convencido de que el código de procedimiento civil de 1940 tenga una impronta autoritaria más de fachada que de sustancia. Esta convicción la extraigo de la trama en su conjunto de las normas que lo componen sin dar peso excesivo a la Exposición de Motivos (cuyo significado se atenúa cuanto más nos alejamos de la época en la que fue escrita). Otros son de distinta opinión. Son libres de serlo, aunque la cuestión es predominantemente teórica: o sea de aquellas por las que, según mi gusto, no vale la pena escribir y leer las demasiadas páginas que han sido escritas.

Ni creo que Montero considere necesario rehacer nuestro código debido a su organización sistemática, por la cual están disciplinados antes el juez y sus auxiliares y, luego, las partes.

Pienso que sea como fuere que se quiera construir un proceso, las reglas deban imponer que el juego procesal sea «correcto». Montero sostiene que «la regla debería ser formulada no a favor de la buena fe, sino contra la mala fe» y ejemplifica, enumerando aquello que no debería imponerse a la parte y a su abogado. Más allá de la fórmula, en positivo o en negativo, concuerdo en la sustancia de la lista y sobre todo en su invocación al art. 14 del Código deontológico aprobado por el Consejo nacional forense italiano el 17 de abril de 1997.

El verdadero punto de desacuerdo se refiere a la relación entre partes y juez y la delimitación de los respectivos poderes en la conducción de la investigación instructoria. He compartido y comparto la idea de que, si se dejan de lado los opuestos extremismos, las legislaciones procesales modernas inspiradas en principios democráticos, deban asegurar a los ciudadanos el monopolio de la tutela, también judicial, de las situaciones de ventaja reconocidas en el plano sustancial (lo que, por comodidad, resumimos con la palabra «derechos»). He compartido y comparto la idea de que el modo según el cual esta tutela es asegurada se refiere a un problema técnico que no presupone soluciones *sub specie aeternitatis*. Se trata de soluciones cambiantes en el tiempo. Resulta claro que estas soluciones se traducen en disposiciones procesales (que, para mí, son fruto de elecciones técnicas) influenciadas por opciones de valor, así que

no entiendo por qué Montero me imputa una incoherencia por haber sostenido que «sobre una cuestión de técnica procesal puedan existir dos tendencias de innegable contenido político».

El problema es otro. Montero tiene su propia elección de campo según la cual el hecho de que el juez deba ser no solo imparcial, sino también tercero (según el significado que Él da a estas palabras), comporta que al juez le esté inhibida cualquier intervención en la instrucción que no sea aquél enderezado a regular el correcto procedimiento, o sea el ordenado desarrollo de los acontecimientos procesales. Como consecuencia, la condición de tercero del juez es un valor talmente sentido como para llevarlo a sostener que intervenciones del juez en la instrucción están precluidos en cualquier tipo de proceso, también en aquellos que tengan por objeto situaciones jurídicas indisponibles, en cuanto el juez, ejercitando poderes instructorios oficiosos, pierde la posición de tercero, no pudiendo sino ejercitarlos a favor de una parte y en contra de la otra.

Montero asigna ésta al grupo de las garantías (que define) orgánicas. Quizá, de tal manera, trata de neutralizar la carga ideológica (o política) que está en la base. A mi parecer no está dicho que el juez que intervenga en la instrucción —siempre respetando la prohibición de hacer uso de su ciencia privada— pierda su condición de tercero. Si así fuera también las valoraciones sobre la irrelevancia y/o de superfluidad de la prueba debería estarle precluida. En realidad, cuando el juez ejercita poderes instructorios oficiosos, no los ejercita a favor o contra una parte, sino en función de la completa y correcta determinación de los hechos. Ello es tan verdad que nadie ha nunca dudado de la condición de tercero del juez que, en nuestro proceso penal, en la conclusión de la audiencia preliminar encuentra la necesidad de nuevas investigaciones que indica al ministerio público (art. 409, cuarto párrafo, c.p.p.).

Las soluciones técnicas sostenidas por Montero se conectan con una ideología liberal intransigente, allá donde las que yo prefiero mejor se adaptan a una ideología solidarista atemperada (uso este lenguaje para aclarar como, no solo para mí, sino también para Montero, el proceso tiene una ideología de fondo que lo inspira). Pienso que esto sea lo que sobre todo nos divide. Si así es, no tengo sino que tomar nota, esperando que mi aclaración convenza a Montero a revocar su convicción de que la mía sería una posición ambigua o, peor aún, contradictoria. Simple-

mente considero que el juez pueda ser tercero e imparcial, también cuando el ordenamiento le reconoce poderes propios en la investigación instructoria, a ejercitar en el riguroso respeto del contradictorio y salvando los derechos de defensa de las partes. Puedo estar de acuerdo con el A. que esta técnica contiene algún riesgo y que, por tanto, es oportuno contenerla al máximo o utilizarla con cautela. Pero, desde el momento que Montero muchas veces invoca las reglas de juego, pienso que también el poder reconocido al árbitro de fútbol de expulsar a los jugadores o de conceder los penaltis puede determinar el resultado de un partido. Pero también si en concreto muchas veces surgen polémicas y discusiones, nadie ha nunca pensado que un árbitro de fútbol pueda arbitrar sin tener el poder de expulsar o de dar penaltis o de declarar una posición adelantada, porque así haciéndolo, ayuda un equipo en daño del otro y, por consiguiente, pierde su condición de tercero.

El juez (el árbitro) no puede en el proceso ser una divinidad imperturbable y distanciada. Es lo que se ha entendido desde antiguo, cuando se ha configurado el proceso como *actus trium personarum*.

A este punto se precisaría preguntar cuál sea la incidencia, en nuestras posiciones, del conceptualismo y si, hoy, no sean tiempos en los cuales se precise recuperar al máximo grado un método empírico, en fuerza del cual las soluciones postuladas no sean nunca netas y definitivas, sino predicables en términos de mayores oportunidades y conveniencia (tema que solo menciono, dados los límites de esta necesariamente breve apostilla).

En economía nos estamos dando cuenta de que el mercado, en el complejo sistema en el cual vivimos, no logra regular adecuadamente la competencia y que son necesarias reglas externas y autoridades reguladoras. De la exigencia estamos todos convencidos: está abierta la discusión sobre los modos.

Las cosas en el proceso no andan diversamente: el contradictorio, sin ningún poder de intervención del juez, no es suficiente y a veces es distorsionante. En Italia hoy parece, en cambio, hacerse camino y prevalecer la idea de que al juez deba reservársele la tarea de decidir, limitando al máximo grado su intervención en fases precedentes. ¿Es un fruto de la adhesión a una ideología que, por comodidad, oso resumir con el término «privatística» y, en todo caso, liberal? A mí me parece que sí

(pero puedo equivocarme). El hecho es que el primer producto de esta elección ideológica parece ser el nuevo proceso en las controversias societarias y comerciales. Por cuanto, más allá de las ideologías, todos deberíamos estar de acuerdo en que una ley procesal es buena si permite que se llegue a decisiones (posiblemente) justas en tiempos razonables, seré el primero en alegrarme si la nueva disciplina logrará este objetivo y seré el primero en rehacer mis convicciones.

Por ahora se me deje la libertad de nutrir dudas y muchas preocupaciones.

# *El actual debate sobre las «orientaciones publicísticas» del proceso civil**

GIROLAMO MONTELEONE
*Profesor Ordinario de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Palermo. Italia*

SUMARIO: 1. Los términos de una disputa.- 2. Las críticas a los *revisionistas*.- 3. Significado, valor y consecuencias del término *revisionista* y de su uso en la disputa.- 4. Algunas interrogantes que nacen de la llamada concepción *publicística* del proceso civil.- 5. Las razones efectivas de la reconsideración de algunos estudiosos. El caso italiano.- 6. La realidad y las ideologías.- 7. De la política *del* derecho a la política *en el* derecho.

## 1. LOS TÉRMINOS DE UNA DISPUTA

Recientemente algunos estudiosos del proceso civil, tanto italianos como extranjeros, han vuelto a poner en discusión algunos postulados —no demostrados porque indemostrables— sobre los cuales se fundamenta la llamada concepción *publicística* del proceso civil. Es decir aquella que somete a las partes y sus derechos sustanciales y procesales a la preeminencia del Estado y, por tanto, a la supremacía del juez, que el poder y la autoridad del Estado debería ser llamado a expresarse en el ejercicio de la jurisdicción civil. Se trata de una concepción óptimamente expuesta y resumida en la Exposición de Motivos del vigente Código de

---

* Traducción de José Luis Gabriel Rivera. Publicado en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2005, núm. 7, pp. 223-246; publicado también con algunas modificaciones y en italiano, en www.judicium.it.

Procedimiento Civil italiano de 1940/42, a la cual se reenvía para ulteriores detalles[1].

Dentro de este restringido grupo de estudiosos, los italianos, que constituyen una ulterior fracción, han sido llevados a renovar una firme crítica de tal concepción por algunos datos de hecho objetivos e innegables de extrema importancia —y nunca por intereses políticos de parte ajenos a la reflexión y a la investigación jurídica— sobre el proceso y la jurisdicción, considerados en su finalidad intrínseca y no como medio para el logro de fines distintos.

Los escritos críticos de estos estudiosos han retomado un debate académico (excluyo adrede el término *científico* para calificar este tipo de disputas), que ha tenido un eco también fuera de Italia, en particular en los países de lengua y tradición jurídica española. A él pretendo referirme a fin de hacer algunas oportunas precisiones, motivadas —también— por el hecho de que, bien o mal, he sido personalmente involucrado en el mismo.

## 2. LAS CRÍTICAS A LOS *REVISIONISTAS*

¿Qué se reprocha a los que han sido calificados como *revisionistas* por el solo hecho de que, con pruebas concretas en mano, han considerado oportuno tomar distancias de la muy conocida y tradicional concepción social-publicística del proceso civil?

---

1 V. D. GRANDI, *Discorso al Senato* del 10-5-1940 y además la *Relazione al Re Imperatore*, en *Codice di procedura civile*, Roma, Stamperia dello Stato, 1940, respectivamente pp. V-LII y pp. 5-84. Es ya conocido y está documentalmente probado que el discurso de presentación del Código y la Exposición de Motivos (la *Relazione*) del entonces Ministro Guardasellos D. Grandi fueron materialmente elaborados y escritos por P. CALAMANDREI; cfr. CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992, pp. 38-52 y pp. 363 y ss.
Tras la caída del régimen fascista la Exposición de Motivos desapareció de la circulación y no fue ya la introducción, como es lo común, en las sucesivas e innumerables ediciones. Sólo en 1997 se publicó en Bari, al cuidado de F. CIPRIANI, D. D'ELIA y G. IMPAGNATIELLO, el Código con la Exposición de Motivos.

En primer lugar, un exceso de inútil garantismo hacia las partes del proceso, por cuanto no sería fundada una presunta alternativa entre el respeto de las garantías procesales y el conjunto de incisivos poderes judiciales, cuyo ejercicio debería asegurar lo mejor posible el logro de la justicia y la eficiencia de la jurisdicción. Los dos aspectos serían, en cambio, inconciliables.

Además, los llamados *revisionistas* serían culpables de haber agudizado en exceso la disputa en torno a los principios fundamentales del proceso civil, al punto de atacar también en el plano personal a aquellos que no comparten sus ideas.

Finalmente, reconduciéndose a conceptos y lugares comunes que datan de por lo menos un siglo y que, por tanto, no constituyen ciertamente una novedad en el panorama jurídico procesal[2], se observa que la atribución al juez civil del poder de admitir pruebas de oficio y la imposición únicamente a las partes del deber de lealtad y probidad no incidirían negativamente ni sobre la imparcialidad de aquel, ni sobre el

---

[2] Las críticas al enfoque publicístico del proceso civil, con todas las exageraciones y yerros a que puede conducir, se remontan a los años 1936/37. Cfr. S. SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, ahora en *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, pp. 177-194. El ensayo era la prolusión al Curso de Derecho Procesal Civil realizada por el gran estudioso en la Universidad de Padua el 7-12-1936. En el mismo sentido cfr. ID., *Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo*, allí mismo, p. 195 y ss., y antes en *Il Foro italiano* de 1937 en respuesta a las críticas dirigidas por Carnelutti en contra de aquella prolusión; ID., *Storia e pubblicizzazione del processo*, allí mismo, p. 211 y ss. y antes en *Rivista di diritto commerciale* de 1939, en crítica a las visiones de Allorio, que construía el proceso civil desde la prespectiva de una historia ideal y eterna tendiente al triunfo final del principio de autoridad y a un inexorable predominio del Estado y del derecho público sobre el privado.
La concepción publicística del proceso civil, hoy presentada por sus sostenedores como una necesidad determinada por la actual evolución político-social y en contra de la cual S. Satta dirigía críticas decisivas y, a mi parecer insuperables ya al final de los años 30 del Siglo XX, a su vez se remonta a más de un siglo atrás. Así pues, todos aquellos que hoy se detienen para sostener tal concepción representan indudablemente, en el panorama de la ciencia del proceso civil, posiciones conservadoras en línea con ideologías autoritarias y antiliberales, que en varias partes del mundo se trata con gran esfuerzo de superar.

contradictorio, ni sobre el derecho de defensa de las partes, ni sobre sus derechos sustanciales[3].

## 3. SIGNIFICADO, VALOR Y CONSECUENCIAS DEL TÉRMINO *REVISIONISTA* Y DE USO EN LA DISPUTA

Antes de entrar en el fondo de las conocidísimas y todavía hoy repetidas tesis sobre el interés público y social que caracterizarían el proceso civil, conviene detenerse sobre el uso y sobre el significado del término «*revisionista*», que se ha utilizado para calificar en modo indudablemente sugestivo y negativo a los estudiosos que siguen pensando que el proceso sirve esencialmente para reconocer y reintegrar los derechos subjetivos de los ciudadanos lesionados o amenazados por el ilícito comportamiento ajeno, y que en esto se resuelve, sin otros añadidos, su interés público y social.

El término «*revisionista*» ha sido usado por primera vez por un estudioso italiano, cuya militancia política es muy conocida[4]. Aquél tiene, ante

---

[3] Para las indicadas críticas cfr., por ejemplo, últimamente PICÓ I JUNOY, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, en *Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional*, Lima, 2003, pp. 55-66. Algunas observaciones y notas del escrito son muy parecidas a las que se leen en los trabajos de Chiarloni, que se indicarán en breve. El volumen indicado recoge las ponencias y las aportaciones presentadas en el Congreso realizado en Lima en ocasión del décimo aniversario de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil peruano. En él v., también, F. CIPRIANI, *Los problemas de la justicia civil italiana entre pasado y presente*, p. 67-96, quien precisa el preocupante (por así decirlo) estado de la justicia civil italiana.

[4] Cfr. CHIARLONI, *La giustizia civile ed i suoi paradossi*, en *Storia d'Italia*, Annali 14, *Legge Diritto Giustizia*, al cuidado de Luciano Violante, Torino, 1998, p. 410, nota 9. Últimamente, ID., *Introduzione*, en *Codici di procedura civile del Regno di Sardegna*, Milano, 2004, p. XXIV; ID., *Il presente come storia: dai codici di procedura sardi alle recentissime riforme e porposte di riforma*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, pp. 447-471; ID., *Relazioni tra le parti i giudici e i difensori*, in *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, México 22-26 setiembre 2003, p. 246 y ss, en particular, pp. 254-258.

todo, un significado claramente despectivo en relación a aquellas personas, que son así definidas *exclusivamente* por las opiniones que profesan. Prueba de ello es que recientemente el mismo estudioso ha aclarado en modo todavía más explícito el sentido con estas textuales palabras: «*cultura revisionista, nostálgica de antiguas disciplinas vetusto-liberales*»[5]. A mí no me parece que la agresión verbal en contra de quien piensa distinto se adecue al método científico y a la seriedad de los estudios jurídicos, y es lamentable que algunos recurran a estos sistemas. Por lo que recuerdo ninguno de los llamados *revisionistas* se ha permitido en sus escritos dirigir ofensas a nadie, sino que cada cual se ha limitado siempre a valoraciones objetivas basadas sobre datos de hecho y sobre investigaciones estadísticas e históricas ampliamente documentadas.

Además, no se puede olvidar, en particular atendiendo al legado político-cultural de quienes consiente un tal lenguaje, que hasta hace poco tiempo atrás justamente en aquellos Estados totalitarios, que despertaban su convencida adhesión, el *revisionismo* era considerado una culpa y una acusación tan grave, como para poder conducir a la supresión física o a la segregación de los *culpables* de opiniones llamadas *revisionistas y nostálgicas de viejas disciplinas vetusto-liberales*. Más aún, ello ocurre todavía bajo nuestros ojos en aquellos pocos Estados en los que tal tipo de intolerante totalitarismo aún subsiste. No hay duda de que ésta haya sido la génesis de la invectiva lanzada en contra de quien ha querido defender y sostener una concepción del proceso civil de signo distinto, por cuanto el adjetivo *revisionista* fuera del contexto político-cultural arriba mencionado no ha sido usado nunca por nadie y no tiene ningún significado.

Para quien no ambiciona *hegemonías* políticas e intelectuales y para quien considera al derecho y a la investigación jurídica atendiendo a su finalidad intrínseca, y no como instrumento para poder llegar y mantener tal hegemonía, la *revisión* y la crítica de los conceptos es un hecho fisiológico y positivo que debe estimularse, no pudiendo consistir ni en una acusación que lanzar ni en una actitud a reprimir.

---

5 Cfr. S. CHIARLONI, *Introduzione*, cit., p. XXIV y nota 58.

Y finalmente, si esta palabra afortunadamente hoy en gran parte del mundo (salvo algunas muy conocidas excepciones) no tiene ya la fuerza de afectar a la persona y a la libertad de quien por ella es así acusado, no obstante ha funcionado y continua funcionando (al menos en las intenciones) como arma de discriminación intelectual para colocar de hecho fuera de la comunidad científica o de pensamiento a quien profesa opiniones distintas a las suyas[6].

---

6 Por todos v. últimamente J. SEVILLIA, *Le terrorisme intellectuel de 1945 a nos tours. 50 ans de manipulation des esprits*, París, 2000. Observa de modo preciso el autor en el prefacio: «*cela fait cinquante ans que ça dure... quelques dizaines d'hommes donnent le ton. Il discourent a l'antenne. Ils publient des articles. Ils écrivent des livres. Ils enseignent en chaire. Ils signent pétitions. Ils déjeunent ensemble... On pense pour les autres...*

*C'est un système totalitaire. Ma d'un totalitarisme patelin, hypocrite, insidieux. Il vise à ôter la parole au contradicteur, devenu une bête à abattre. A abattre sans que coule le sang: uniquement en laissant fuser des mots. Les mots de la bonne conscience. Les mots des grandes consciences. Les mots qui tuent...*» (p. 9-10) [hace cincuenta años que esto acontece... algunas decenas de hombres marcan el ritmo. Discurren en los medios de comunicación. Publican artículos. Escriben libros. Enseñan en las universidades. Firman peticiones. Comen juntos... Piensan por los demás... / Este es un sistema totalitario. Pero un totalitarismo insinuante, hipócrita, insidioso. Cuando apunta a suprimir la palabra al contradictor, deviene en una bestia a demoler. Demoler sin que corra la sangre: únicamente dejando brotar las palabras. Palabras de la buena conciencia. Las palabras de las grandes conciencias. Palabras que matan...»].

Para un típico ejemplo, entre los muchos, del descrito comportamiento cfr. LANFRANCHI, «*Giusto processo*» *civile e riforme inconstituzionali*, en *La roccia non incrinata*, Torino, 2004, pp. 577-607, volumen que contiene una recopilación de ensayos precedidos de singulares dedicatorias, que suscitan no pocas perplejidades entre los comunes y desprevenidos lectores. En el citado escrito, dedicado a F.S. Borrelli (!?), se encuentra una avalancha de injurias hacia quien tiene una idea del proceso distinta de la suya, tales como: *aborrecido proceso formal; viejo instrumental del jurista neutral; todo técnica y razón; deplorable; visión hiperliberal; profundo contraste con los principios fundamentales de la constitución; contraste con la conciencia común; desagradable camino; tan simples en las reglas de justicia; ofensividad vulgar; reformas inciviles, geométrica progresión de injusticia; lógica todavía más perversa; grotesco; proterva voluntad de prevaricación; cultura jurídica del despotismo; ridícula y brutal propuesta legislativa; aberrante; proterva; ridícula; inculta enormidad*, etc. Todo este aparato de improperios mal se concilia, sin embargo, con el frecuente llamado a las sagradas escrituras y con el recuerdo del padre G. Dosserti, el cual ciertamente

Así ha ocurrido punto por punto también en Italia y también en contra de quien escribe, como lo testimonia, sin perjuicio de otras, la vicisitud aquí descrita.

Aclarado esto, parece paradójico e inaceptable por su evidente falta de fundamento la pretensión de acusar precisamente a los *revisionistas* de haber politizado la disputa sobre el proceso civil, de cultivar ideologías extremistas y de descalificar personalmente a quien no comparte sus mismas ideas[7]. Es realmente el colmo querer invertir los papeles, transformando a los acusados y perseguidos en perseguidores y extremistas políticos: ¡parece que estamos releyendo la versión procesal de la antigua fábula del lobo y del cordero! Por lo demás, también los números deponen en el sentido aquí expuesto: no puede seriamente pensarse que unos pocos procesalistas en el mundo entero puedan marginar al nutrido grupo de adoradores del proceso civil autoritario. La historia y la evidencia enseñan que ha ocurrido, y ocurre, precisamente lo contrario.

---

observaba el precepto evangélico, que impone amar al prójimo, en particular si es un adversario, y no, en cambio, odiarlo con todas las fuerzas y cubrirlo de insultos. Lo que dice mucho de ciertas ostentaciones de fe.

Se llega al colmo cuando Lanfranchi atribuye a Robespierre la paternidad del *Tribunal de cassation*, aprobado el 27-11-1790 por la Asamblea constituyente francesa (p. 605-606). El único tribunal querido por aquél, con la sola finalidad de suprimir a los adversarios políticos, fue el especial revolucionario, aprobado por decreto de la Convención Nacional de 10-3-1793. Del mismo fueron víctimas, el propio Robespierre y sus cómplices, como lo fue antes Danton. Sobre el tribunal revolucionario y el papel criminal desplegado por Robespierre, cfr. la clásica obra de G. LENOTRE, *Le tribunal révolutionnaire (1793-1795)*, 38ª ed., París, 1932, p. 61 y ss. En el mismo sentido, si bien con tonos más tenues, *adde*, CHIARLONI, *Il presente come storia*, cit., p. 446-471, el cual habla de *ordalía modernizada* e invoca a menudo a su favor la opinión de la comunidad jurídica. *Ergo*, quien no comparta en todo o en parte aquella opinión es relegado al círculo infernal de los excluidos, culpables de *revisionismo vetusto-liberal*.

7 Cfr. PICÓ I JUNOY, *op. cit.*, p. 56.

## 4. ALGUNAS INTERROGANTES QUE NACEN DE LA CONCEPCIÓN LLAMADA *PUBLICÍSTICA* DEL PROCESO CIVIL

Quien escribe, al igual que los pocos colegas tildados de *revisionistas*, no ha estado nunca animado por preconceptos de ninguna especie hacia las demás concepciones del proceso civil, y, en particular, no desconoce que en el ejercicio de la jurisdicción, una de las funciones en las cuales se expresa la soberanía del Estado, y, por tanto, en el proceso (cualquiera que sea su objeto), está implícito un aspecto del derecho público que sería ilusorio y antijurídico querer esconder o suprimir.

Por tanto, no está en cuestión que la justicia y su eficacia, o eficiencia, no solamente sean principios esenciales de todo ordenamiento constitucional libre de derecho, sino que representen también el primer fundamento sobre el cual se erige el edificio de la jurisdicción. No está en cuestión que la justicia, y por tanto la jurisdicción y el proceso, tengan relevancia social, puesto que todo el derecho es expresión de una sociedad organizada; sin un ordenamiento jurídico ninguna sociedad de individuos podría subsistir; *ubi societas, ibi ius*. No está en cuestión, finalmente, el deber de comportarse correctamente y de buena fe en el proceso, deber que, sin embargo, no debe limitarse solo a las partes sino que debe extenderse a todos los sujetos que en él operan, porque *nadie* nace con el crisma *a priori* de la lealtad, de la probidad y de la infalibilidad. Deber, en fin, que encuentra un límite infranqueable en el derecho de defender en el proceso, con todos los medios lícitos, los propios intereses de conformidad con el papel que en aquél despliegan las partes[8].

Empero, se plantean algunas interrogantes a las que no parece que los sostenedores de la concepción publicística hayan hasta ahora dado convincente respuesta, respuestas que, por el contrario, sería muy importante lograr para que puedan ser superadas en modo persuasivo y razonado (no con profesiones apriorísticas de fe o con invectivas) todas las dudas y las incertidumbres suscitadas por aquellas.

---

[8] Cfr., últimamente J. MONTERO AROCA, *Il processo civile «sociale» come strumento di giustizia autoritaria*, en *Rivista di diritto processuale*, 2004, p. 553 y ss., y en particular pp. 576-578.

¿Por qué una sentencia es justa, o más justa, si el juez civil está dotado de preponderantes poderes procesales y concretamente del poder de disponer pruebas de oficio, y en cambio no lo es si la conducción del proceso está encomendada a las partes y sólo a ellas está reservada la iniciativa probatoria? No resulta, por lo menos hasta hoy, haberse teórica o empíricamente probado que el grado de justicia de una sentencia sea directamente proporcional a la suma de los poderes procesales del juez, ni que las partes actúen y resistan en juicio movidas solamente por el deseo de injusticia. Por el contrario, en base a la experiencia, nunca desmentida, quien se dirige al juez civil invoca la *justicia* y la aplicación de la ley, que considera que se ha violado en su daño.

Puesto que una sentencia «no es nunca justa si se basa en una determinación errónea o inexacta de los hechos»[9], ¿quién o qué cosa asegura que las pruebas dispuestas de oficio por el juez (tercero por definición, y por tanto persona ajena a los hechos concretos deducidos en juicio) sean más idóneas que aquellas propuestas por las partes (sujetos que, por el contrario, son los artífices de esos hechos) para llegar a una correcta y precisa determinación de los hechos? No resulta, por lo menos hasta hoy, haberse científicamente demostrado que la introducción de las pruebas en juicio por obra del juez pueda ser conducida con criterios de imparcialidad y objetividad, siendo por el contrario evidente que esa iniciativa probatoria no puede sino tener la finalidad de dar o negar fundamento de hecho a las demandas, excepciones o defensas propuestas por alguna de las partes. ¿En base a cuál criterio el juez, por definición tercero e imparcial, escoge realizar la prueba de la existencia o de la inexistencia de un hecho deducido por una parte y no de aquél deducido por la otra? ¿Y no constituye aquello una evidente injerencia en el ejercicio del derecho de defensa, que corresponde por ley solo a los defensores de las partes y no al juez?

Bajo la premisa de que el derecho de acción corresponde y se garantiza al titular de un derecho o de un interés jurídicamente relevante, para que aquél sea declarado y tutelado frente a quien lo haya violado, y puesto

---

[9] Así PICÓ I JUNOY, *op. cit.*, p. 64, en donde cita a M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 43.

que sin acción, interés y legitimación la jurisdicción civil no puede ejercitarse, ni nacer ningún proceso, ¿cómo es que este mismo derecho privado y subjetivo por el solo hecho de estar necesitado de tutela y de ser deducido en juicio pierde sus características para ser absorbido por un distinto interés *público* y *social*? Por lo menos hasta hoy no ha quedado científicamente probada la existencia de este distinto y *concreto interés público* y *social*, porque, si aquél existiera realmente, el ejercicio de la jurisdicción civil no debería nunca estar condicionado a la proposición de la demanda judicial en contradictorio, sino que debería siempre procederse de oficio en base a simple denuncia de parte.

¿La declaración y la reintegración un derecho subjetivo lesionado o desconocido, a lo que está preordenado el ejercicio de la acción judicial, no constituye por sí mismo la finalidad pública y de relieve social que justifica en todo y por todo a la jurisdicción civil, o en cambio esta debe perseguir otro y distinto fin que se superponga sobre los derechos de las partes? ¿Y cuál sería, en hipótesis, este distinto interés o fin que se realiza en el proceso independientemente, o en contra, del derecho subjetivo del cual aquél se desprende con el planteamiento de la demanda judicial?

Finalmente, la interrogante que las resume todas: ¿la función «*social*» del Estado y del derecho autoriza al juez a violar las leyes, o bien ella consiste en aplicarlas, si violadas, y por tanto, en el determinar los derechos en su proyección subjetiva? En otras palabras, se querría saber, también con base en la vigente Constitución que consagra la *sujeción del juez a la ley*, si la justicia *social* y *pública* pueda en fin resolverse en la facultad de violarla subrepticiamente bajo la apariencia de la interpretación y de la búsqueda de la *verdad material*, según la conveniencia del momento, porque, si así no fuera (como en efecto no *debe ser*), toda disquisición sobre *lo social* y *público* perdería cualquier significado. Por cuanto la llamada *interpretación* pueda tener márgenes de discrecionalidad, existe un límite más allá del cual ella cesa de ser tal y constituye violación de ley, de otra forma no habría nunca existido la exigencia de las impugnaciones ni habría nacido el problema de la injusticia de la sentencia y del error judicial: si toda *interpretación* es lícita, toda sentencia es justa.

En la espera de poder leer en algún lado una respuesta a los mencionadas interrogantes que pueda justificar los argumentos aducidos en

contra de los *revisionistas*, conviene explicar las razones por las cuales ha nacido su desconfianza hacia el modelo procesal social-publicístico y autoritario.

## 5. LAS RAZONES EFECTIVAS DE LA RECONSIDERACIÓN DE ALGUNOS ESTUDIOSOS. EL CASO ITALIANO

Se ha visto arriba como contra de los críticos de las teorías procesales publicísticas y socializantes se han enderezado acusaciones de cultivar ideologías políticas y de extremismo, así como también la tendencia a satanizar a los adversarios calificándolos de *fascistas* y similares. No solo esto no responde a la verdad, sino que ni la política ni la ideología son los reales móviles de la reconsideración crítica de los postulados publicísticos del proceso civil, que además no son para nada modernos y actuales, remontándose su formulación a más de un siglo atrás: en contra de ellos ya desde decenios se han dirigido en sede teórica objeciones decisivas y a mi parecer insuperables[10].

En la Nación italiana, tras su constitución como Estado unitario e independiente, se sucedieron en el tiempo dos legislaciones procesales orgánicas. Una constituida por el Código de Procedimiento Civil de 1865, que con alguna sucesiva modificación rigió el proceso civil italiano hasta 1942[11]; este código, aun con sus imperfecciones y límites, se inspiraba en principios que hoy pueden definirse garantistas y seguramente no autoritarios, y se colocaba decididamente en el punto de vista de la parte necesitada de la defensa de sus derechos. La otra está constituida por el Código de Procedimiento Civil promulgado en 1940 y entrado en vigencia en 1942. Este segundo Código, aún vigente aunque con ciertos retoques, fue concebido y emanado en época fascista y quiso decididamente romper con los caracteres liberales y no autoritarios del precedente. Es un código construido desde el punto de vista del juez y del Estado,

---

10 V. *supra* nota 2.

11 Sobre el mismo cfr. últimamente, *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, en la serie dirigida por N. Picardi, con mi *Introduzione*, Milano, 2004.

no de las partes; atribuye al magistrado amplios poderes procesales de supremacía sustancialmente incuestionables, coloca a las partes en condiciones de inferioridad y las grava con opresivas preclusiones que condicionan negativamente el derecho de defensa; en las controversias laborales construye un proceso civil inquisitivo, atribuyendo al juez el poder discrecional e incontrolable de disponer cualquier medio de prueba en cualquier estado y grado del juicio, incluso desconociendo los límites probatorios fijados por la ley sustancial. En pocas palabras es un código plenamente inspirado en aquellos postulados publicísticos y *socializantes*, que son tan apreciados por el nutrido grupo de nuestros contradictores. Según lo que se lee en los escritos que lo acompañan, solo de esta manera se habría podido poner freno y remedio a la exasperante lentitud, que habría precedentemente afligido a nuestra justicia civil comprometiendo la confianza de los ciudadanos en ella y en el Estado[12].

Ahora bien, a mí nunca me ha interesado valorar la legislación procesal vigente, sólo porque la misma se remonte a la época fascista, ni criticarla *a priori* porque ella indudablemente refleje las concepciones políticas de su tiempo (como en cambio hacen los *ideólogos* de todas las especies).

Me interesa, por el contrario, valorarla junto con sus principios inspiradores esencialmente *por los resultados concretos que ha dado, y que continúa dando* desde hace más de sesenta años. Porque, si esos resultados hubieran sido buenos, el estímulo para la reflexión crítica sobre la bondad de la una y de los otros no se habría producido y la cuestión habría quedado como puramente teórica o de principio.

Si se consideran las estadísticas judiciales, comparándolas en modo correcto y homogéneo, se advierte que *a igualdad de carga procesal* bajo la vigencia del código de 1865 un proceso civil en tribunal (primer grado del proceso) tenía una duración de algunos meses, al máximo cinco.

---

12 Cfr. D. GRANDI, *Discorso pronunciato al Senato del Regno il 10-5-1940 XVIII* E.F., en *Codice di procedura civile*, cit., pp. XXXII-XXXIII: «el aumentado poder del juez es en efecto el único medio eficaz para librar al proceso de su peor mal, es decir, de la exasperante lentitud que ha perjudicado en la conciencia del pueblo la confianza en las formas de nuestra justicia civil». ¡El resultado no se hizo esperar!

Después del año 1942, con el nuevo código, aquella duración no ha hecho más que ir aumentado anormalmente, pasando *de inmediato* a varios años; el primer grado del proceso tiene en este momento una duración promedio de 4/5 años en cualquier tipo de controversia. Emblemático es, luego, el caso de las controversias laborales, en las cuales ha sido sustraída a las partes también la residual facultad de fijar en el escrito introductivo la primera audiencia del proceso, que en cambio corresponde disponer al juez.

Aunque el art. 415 CPC establezca que entre la fecha del depósito del escrito introductivo y la de la audiencia no deban mediar más 60 días, en realidad ha ocurrido que, con el pasar del tiempo, la primera audiencia se fije en todas las principales dependencias judiciales italianas, a distancia de dos o incluso tres años desde el depósito del escrito. En todo caso el plazo de la ley nunca es respetado, y más bien la reciente introducción del intento preliminar obligatorio de conciliación ante comisiones administrativas (impuesto bajo pena de improcedencia de la acción) constituye un ulterior y grave obstáculo al rápido desenvolvimiento del proceso. Además, así como el juez se sirve por lo común y de buen grado del poder de acordar pruebas de oficio (con resultados casi siempre inútiles), el proceso se despliega a través de una serie de audiencias *distantes de seis meses a un año la una de la otra*. Todavía peor sucede en apelación, en la que no es raro que un proceso laboral, sea cual fuere su complejidad, pueda durar en los dos grados del juicio de ocho a diez años; podría dar ejemplos sacados de mi experiencia profesional con nombres y apellidos, pero me abstengo para no violar las leyes que aseguran el derecho a la privacidad.

Como consecuencia se ha acumulado un enorme demora (es decir, procedimientos pendientes y no concluidos) en todos los sectores del proceso civil, que ya cuenta con millones de causas y que ningún expediente legislativo ha logrado reponer dentro de límites fisiológicos[13], pese

---

[13] En cuanto a las estadísticas y su comparación remito a: G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, 3ª ed., Padova, 2002, pp. 325-326, notas 4 y 5; ID., *Introduzione*, en *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, cit., pp. XXV-XXVII; F. CIPRIANI, *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, en *Rivista di diritto civile*,

a que periódicas leyes hayan cargado, en todo o en parte, la carga sobre las espaldas de los jueces honorarios escogidos en base a criterios, por decir lo menos, pésimos.

Por tal razón el Estado italiano está constreñido a sufrir centenares de condenas de la Corte Europea de los Derechos del Hombre por violación constante y sistemática del derecho de los ciudadanos a la duración razonable del proceso, consagrado en la respectiva convención europea. Se ha llegado al punto que, para evitar el continuo repetirse de condenas y más graves sanciones en contra de Italia, ha sido emanada en marzo del 2001 una ley que instituye una acción y un procedimiento especial para obtener el resarcimiento de los daños derivados de la demoras y por el mal funcionamiento del proceso[14]. Con esta ley, que ha ya abierto el

---

2003, p. 66 y ss.; CECCHI, *Analisi statistica dei procedimenti civili di cognizione*, Bari, 1975, p. 77 y ss.

Sobre el punto, cfr., últimamente, la *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2003* del Procuratore generale del la Corte Suprema di Cassazione, Roma, 2004, pp. 126-136. De ella resulta que al 30-6-2003 en tribunal de primer grado la carga de procesos pendientes no definidos ascendía a la hiperbólica cifra de 2.268.216. Los datos sobre la duración promedio de un proceso civil de primer grado en tribunal, que sería de 879 días (cerca de dos años y medio) en el período 1-7-02/30-6-03, no prueban nada, porque el cálculo ha sido realizado sumando los procedimientos decididos con sentencia con aquellos terminados por otras razones. Contrariamente, para establecer la duración promedio efectiva del proceso de cognición en tribunal se debe tomar en cuenta solamente aquellos que se cierran fisiológicamente con decisión definitiva (en atención a que existen también muchas otras sentencias no definitivas que no concluyen el juicio), y estos representan una cantidad inferior, aproximadamente el 40 % respecto al dato global de los procedimientos terminados puestos como base en las señaladas estadísticas. Si se realizaran los ajustes correctos, se llega fácilmente a una duración promedio aproximada de cuatro años con puntas muy superiores para las causas de cierta complejidad. Idénticas consideraciones valen para las controversias laborales y asimiladas, las cuales son, en promedio, de duración igual, o incluso, más larga, que las otras.

14 Se trata de la Ley N° 89 de 24-3-2001, «previsión de una reparación equitativa en caso de violación del plazo razonable del proceso». Para tener una idea de la desastrosa situación italiana en materia de duración razonable del proceso y del número impresionante de condenas emitidas al respecto por la Corte Europea de los Derechos del Hombre se reenvía, por todos, a V. ESPOSITO, *Le radici della crisi*

camino a millares de acciones resarcitorias, se ha reconocido oficialmente que la jurisdicción civil en Italia normalmente no funciona: *la patología procesal ha tomado el lugar de la fisiología.*

Ante esta situación de hecho, que nadie puede negar, quien tenga un mínimo de corrección y de honestidad intelectuales (osaría decir: ¡lealtad y probidad!) debe preguntarse por qué razón un proceso civil en primer grado bajo el código de 1865 duraba, *en igualdad de carga judicial*, en promedio cinco meses, y bajo el código de 1942 dura 4/5 años, con puntas que pueden superar (es mi personal experiencia profesional) incluso los diez años. La respuesta no puede consistir en la simplista constatación de un aumento del conjunto del contencioso, primeramente porque ha sido aumentado también el número de magistrados (si bien de manera aún inadecuada) respecto al pasado, y sobre todo, porque las comparaciones estadísticas están hechas en base a datos homogéneos, o sea a igualdad de carga.

Es evidente que algo no ha funcionado en el código de 1940/42 y que sus principios inspiradores han fallado justamente en el plano de la justicia y de su eficacia. Precisamente, el haber quitado a las partes la facultad de gobernar y controlar el desarrollo del proceso para dársela sólo al juez, el haber quitado a las mismas el poder de determinar cuándo enviar a decisión la causa para atribuírselo solo al juez, haber otorgado al mismo poderes instructorios de oficio más o menos amplios según el tipo de controversia, han sido las principales causas de la desastrosa andadura de la jurisdicción civil. Justamente tales características faltaban, en efecto, en el código de 1865, que atribuía a las partes el poder de regular el desarrollo del proceso, el de establecer cuándo mandar la causa a decisión, y excluía toda injerencia del juez en el delicadísimo y crucial aspecto de la introducción de las fuentes de prueba en juicio.

---

*italiana sul giusto processo*, en *Documenti giustizia*, 2000, pp. 2-44; AA.VV., *I rinvii e l'arretrato nel processo civile*, en *Il Foro italiano*, 1995, V, c. 263 y ss.

Es importante subrayar que, como puede leerse en la explicación de motivos que acompaña a la ley, ha sido creado un proceso especial a puerta cerrada ante la Corte de Apelación (y, por tanto, de única instancia sobre el fondo), porque si se hubiese optado por el juicio ordinario también el proceso para le reparación equitativa habría tenido una duración demasiado larga, y por tanto ¡no razonable!

Conviene, en fin, subrayar que el insatisfactorio funcionamiento del código vigente constituye un dato de hecho consolidado e incuestionable también e independientemente de su comparación con el precedente. Una ley procesal que durante todo el arco de su no breve vigencia, sin ninguna solución de continuidad, no ha hecho otra cosa que producir un vertiginoso y siempre creciente retraso y, como consecuencia, dilatar siempre más los tiempos de resolución de las controversias no puede ser juzgada positivamente, incluso si el sistema preexistente hubiera, a su vez, producido resultados igualmente malos.

Al mencionado dato de hecho, por sí mismo decisivo, hay que agregar otra circunstancia también ella de gran relieve. Algunas investigaciones histórico-críticas muy importantes debidas a F. Cipriani[15], han demostrado, con el apoyo de documentación irrefutable, que la corriente de pensamiento publicística sobre el proceso civil no era ni la predominante ni la más acreditada en Italia desde la Unificación hasta el código de 1940, que la matriz científica de los exponentes de esta corriente presentaba más de una sombra, que los estudiosos de opinión contraria fueron marginados con una operación académico-cultural de dudosa corrección, y que la verdadera fuente de la codificación de 1940 no fue, sin duda, la escuela o la ciencia procesal italiana sino la ideología política entonces en auge[16].

---

15 Cfr. F. Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, 1991; Id., *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992. A estos dos importantes volúmenes, minuciosa y pacientemente documentados, deben agregarse numerosos ensayos, aparecidos en las principales revistas jurídicas que, siempre con el mismo método histórico, ilustran aspectos particulares de los acontecimientos que también aquí se recuerdan.

16 El código de procedimiento civil aprobado con R. D. N° 1443, del 28 de octubre de 1940, no fue desde luego el producto de la escuela italiana del proceso civil, ni mucho menos tuvo en la obra de G. Chiovenda su comentario anticipado. Aquél, que está muy lejano del único proyecto procesal que nos dejó Chiovenda (salvo en algunos marginales aspectos), fue por el contrario el producto de un apurado reexamen del proyecto preliminar debido a A. Solmi, inmediato predecesor de D. Grandi en el Ministerio de Gracia y Justicia. Éste había sido, a su vez, elaborado por un limitado grupo de magistrados transferidos al Ministerio, sin participación ni de representantes de la Abogacía ni de las Universidades, y desde su salida fue

## 6. LA REALIDAD Y LAS IDEOLOGÍAS

De lo expuesto se derivan con evidencia dos consecuencias muy importantes.

La primera es que los estudiosos, injusta e insidiosamente acusados de *revisionismo*, no cultivan ninguna ideología ni propenden por ninguna parte política, como por lo demás lo testimonian, más allá de toda duda, sus conductas humanas y profesionales[17]. Sus opiniones se basan en hechos reales y documentados y sobre la propia experiencia concreta, apuntando solo al interés general de hacer salir a la jurisdicción y al proceso civil del deplorable estado en el que se encuentran.

De clara extracción ideológica y política son, en cambio, las visiones opuestas, porque ellas no quieren tomar en cuenta la realidad, que esconden o falsean, continuando como si nada sucediera e insistiendo en la defensa de pretendidos principios que precisamente en el plano de la justicia y de su eficacia han demostrado toda su inconsistencia y lesividad. En efecto, es típico de la ideología política pretender sobreponerse al dato concreto, negar la realidad, partiendo del presupuesto de que la

---

casi unánimemente criticado en particular por la introducción del juez único de primer grado, por el exceso de autoritarismo judicial y por las drásticas limitaciones al principio dispositivo. La obra de revisión fue llevada a cabo en pocos meses sobre todo por P. Calamandrei, que había sido llamado a cumplirla por el Ministro Grandi junto con F. Carnelutti y E. Redenti. Estos últimos, sin embargo, tomaron casi de inmediato distancia de la tarea encomendada, mientras que el juez único de primer grado del proyecto preliminar Solmi devino el juez instructor del código definitivo.

Sobre ello me permito reenviar, además que a las obras de F. Cipriani arriba citadas, a G. MONTELEONE, *Domenico Vitti e il concetto di azione, ovvero l'eredità scientifica di Giuseppe Chiovenda*, en *Giurisprudenza italiana*, 1997, V, c. 89 y ss.

Sobre el proyecto Solmi, cfr. *Codice di procedura civile. Progetto preliminare e Relazione*, Roma, Libreria dello Stato, 1937; *Codice di procedura civile. Progetto definitivo e Relazione del Guardasigilli On. Solmi*, Roma, Libreria dello Stato, 1939; A. SOLMI, *La riforma del codice di procedura civile*, Roma, Società Editrice del Foro italiano, 1937.

17 Los pocos *revisionistas* italianos, como quien escribe, no han nunca recibido encargos de origen político retribuidos con conspicuas prebendas. No creo que lo mismo se pueda decir en cuanto a numerosos exponentes del campo contrario.

primera prevalece sobre todo incluso a costa de ocultar o deformar lo real[18].

La segunda es que se desmoronan como un castillo de naipes los postulados social-publicísticos, así como aún hoy nos vienen repetidos según fórmulas superadas y viejas de más de un siglo.

Nadie quiere un juez pasivo e inerte, impotente espectador de las astucias de las partes y de sus defensores, pero sí se quiere evitar que el proceso esté permanentemente sustraído a la disponibilidad de los titulares de los intereses en juego para ser encomendado a un órgano autoritario e incontrolado, que produce resultados como los arriba ilustrados.

Nadie quiera la injusticia y la ineficacia de la jurisdicción, pero, precisamente, para evitar que ello ocurra, se requiere alejar diligentemente toda, aunque lejana, confusión de papeles en el proceso; es decir, que el juez y las partes permanezcan siempre en su sitio. En efecto, como

---

[18] Con relación a lo observado en el texto viene a cuento recordar un caso, que en la primera mitad del siglo pasado provocó clamor en todo el mundo: el caso del académico soviético Trofim Lyssenko. Aquél, que se consideraba un gran científico experto en biología aplicada a la agricultura pero que en realidad era solo un modesto repetidor, logró recorrer rápidamente todas las etapas de la carrera académica, hasta adquirir el dominio incuestionado de la biología rusa, gracias al apoyo de las altas esferas políticas. Él sostenía, en efecto, que sus absurdas teorías estaban conformes a la ortodoxia marxista y, por lo tanto, favorables al pueblo, mientras las de sus críticos, aunque probadas científicamente, eran *burguesas* y *revisionistas*, y por tanto favorables al capitalismo. Con este argumento *a priori* (!) puso en jaque a los mejores biólogos rusos, a muchos de los cuales logró enviar a los campos de concentración. En fin, lo absurdo de sus teorías se reveló clamorosamente cuando ellas fueron aplicadas en la práctica con el gigantesco plan de preparación y cultivo de tierras vírgenes, que en lugar de procurar a la entonces Unión Soviética la primacía mundial en la producción de cereales, determinó un colosal desastre económico sin precedentes.
La pretensión de ignorar la realidad de los hechos y la experiencia concreta, y/o la de plasmarlas a propio gusto, ha sido siempre el sello indeleble de cualquier ideología política. Así, frente a los sesenta años de fracaso del código procesal fundado en los principios publicísticos y socializantes, los sostenedores de tales principios continúan impertérritos afirmando que el remedio al mal consiste en continuar aplicando todavía más rigurosamente la receta que lo ha causado, no en cambiarla.

ha perfectamente escrito también Montero Aroca[19], atribuir al juez el poder de introducir de oficio medios de prueba en sentido estricto (no solo simples medios instructorios recognocitivos) significa exactamente atribuirle también el ropaje y los poderes de la parte. Si no hay duda de que el proceso se resuelve en el contradictorio entre los contendientes y que éstos tienen el derecho y la carga de ofrecer al juez las pruebas de los hechos alegados en sostén de sus demandas, excepciones y defensas con la finalidad de que éste pueda rectamente decidir, no hay igualmente duda que encomendar también a él el impulso probatorio lo ponga en el mismo plano de la parte vulnerando el principio del contradictorio y el derecho de defensa. La parte, en efecto, actúa y se defiende en juicio frente al adversario, no del juez, por lo que cuando entra en el ruedo, introduciendo a su discreción pruebas sobre hechos deducidos en litis, altera profundamente el contradictorio y pierde su calidad más esencial y genética de tercero imparcial. De tal modo, no solo se corrompen irremediablemente la jurisdicción y el proceso[20], sino que se abre el camino a la arbitrariedad y a la injusticia.

Justamente también Montero Aroca[21] ha observado que la crucial cuestión de la introducción de las pruebas en juicio, esto es, de la elección entre un sistema probatorio dispositivo o inquisitivo, no es un simple detalle técnico del proceso, que quedaría siempre tal en cualquier caso y no afectaría el principio dispositivo en sentido sustancial. Se trata, en cambio, de una elección política de fundamental importancia entre una concepción del proceso civil respetuosa de la naturaleza privada de los derechos, y de su autonomía, y otra concepción autoritaria, que incide fuertemente sobre sus posiciones jurídicas.

Por lo demás, si se tratara de una mera técnica procesal, no se explicarían las encendidas disputas al respecto, ni la obstinación en la defensa del sistema inquisitivo por parte de los sostenedores de la llamada publicización y socialización del proceso.

---

19 Cfr. MONTERO AROCA, Il *processo civile «sociale» come strumento di giustizia autoritaria*, cit., p. 567-576.

20 Sobre el argumento me permito reenviar a G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 263-267.

21 Cfr. MONTERO AROCA, *op. cit.*, pp. 569-571.

Es, finalmente, una absurda distorsión construir el proceso en función del juez considerando, explícita o implícitamente, a las partes y a sus abogados como si fueran unos reos a someter a un control paternalístico y a vincular a la observancia de un abstracto y genérico deber de lealtad y probidad. Las partes y los abogados no son seres malignos y diabólicos, que van a juicio para engañar a los magistrados y al adversario, sino los titulares de las posiciones jurídicas sustanciales de las cuales piden su declaración y aspiran, como todos, a la justicia.

Por tanto, ha sido observado exactamente que construir el proceso en función del juez y/o del Estado, no del ciudadano que pide justicia, es como construir un hospital no para curar a los enfermos sino en función del médico y de su *personal* interés[22].

El Estado, indudablemente, debe proporcionar al juez todos los medios necesarios para que la justicia sea rápida y eficaz, pero se trata de los medios materiales, humanos y técnicos, no de los poderes que corresponden solo a las partes, ni éstas deben ser expropiadas de sus derechos y tratadas como discapacitados en libertad vigilada solo porque en un momento de la necesidad han invocado la tutela judicial.

Nadie se opone al deber de lealtad y probidad, siempre que el mismo se extienda a todos los sujetos del proceso, dado que nada garantiza que solo las partes y los abogados puedan actuar incorrectamente o ser indignos de confianza. En todo caso, parece oportuno recordar, a quien no lo sepa, que el art. 88 del CPC (que proclama el deber de lealtad y probidad sólo para las partes y los defensores) en Italia no ha encontrado nunca aplicación por parte de los jueces, y que desde hace siglos existen impugnaciones, por ejemplo, la revocación, que permiten dejar en la nada una sentencia injusta obtenida por medio de engaños o fraudes de

---

22 Para este parangón cfr. G. MONTELEONE, *Sulla relazione di Giuseppe Pisanelli al Libro I del codice di procedura civile del 1865 (due codici a confronto)*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2000, p. 536; el escrito reproduce la ponencia presentada en Lecce el 19-4-1999 en recuerdo de la figura de G. Pisanelli. Análogamente, en el sentido de que la parte que se dirige al juez invocando justicia es un sujeto necesitado de ayuda, cfr. ya G. CAPOGRASSI, *Intorno al processo*, Opere, IV, Milano, 1959, p. 133 y ss.

una parte en perjuicio de la otra[23]. La secular existencia de tales impugnaciones convierte prácticamente en inútil la previsión del art. 88 CPC, porque no son las enfáticas enunciaciones de principio la que tutela a la parte frente a los engaños ajenos, sino la concreta facultad de invalidar la sentencia, que sea su fruto, incluso aunque haya pasado en cosa juzgada.

## 7. DE LA POLÍTICA *DEL* DERECHO A LA POLÍTICA *EN EL* DERECHO

Quien esto escribe es tan iluso como para pensar que, frente a la agudísima y prolongada crisis de la justicia civil en Italia, los estudiosos y los técnicos del proceso, tomada constancia de la realidad y de sus orígenes histórico-jurídicos, debieran empeñarse en la búsqueda de las soluciones más idóneas para resolverla, indicándoselas a los organismos competentes para tomar decisiones. Y de pensar, también, que los remedios eventualmente propuestos deberían ser examinados sin animosidad ni prejuicios, buscando, naturalmente, mejorarlos, en lugar de lanzar acusaciones e injurias sobre aquellos que los proponen; como se adecua a una comunidad científica, que debería ser algo profundamente distinto de un terreno de lucha política.

En cambio, las cosas no han ido así, y el por qué puede quizá explicarse a la luz de una actitud mental "autoreferencial", es decir, que se nutre sólo de sí misma y de sus adeptos y se coloca respecto de las concepciones de los demás siempre en una posición prejudicial de rechazo, hija de la sospecha política que generan inevitablemente las intemperancias verbales mencionadas. Un ejemplo típico de esta manera de concebir la tarea del jurista, hoy lamentablemente muy difundida, puede encontrarse en la evolución conceptual que caracteriza los escritos de un conocido estudioso del proceso civil. En 1975 se publicaba un

---

[23] Sobre la revocación cfr., últimamente, G. IMPAGNATIELLO, *Il concorso tra cassazione e revocazione. Contributo allo studio della formazione e dell'impugnazione del giudicato*, Napoli, 2003. Allí un considerable análisis sobre la génesis histórica del instituto.

pequeño volumen sobre Derecho procesal civil, precisamente una introducción a su estudio[24], que contenía en un centenar de páginas la mecánica y lisa transposición al proceso civil de esquemas abstractos típicos de la ideología marxista.

Hay que notar, sin embargo, que en 1975 se habían ya, y desde hacía tiempo, levantado fundadas objeciones en el plano científico y filosófico respecto de los fundamentos de las teorías marxistas, y que muchos Estados estaban entonces gobernados tomándolas como base y de la manera que hoy sobradamente sabemos. Caídos tras algunos años esos regímenes, tales teorías se han revelado desastrosas incluso en el aspecto de la concreta experiencia socio-política; cosa que sería oportuno tener en atenta consideración cuando se dirigen críticas, también en el plano personal, hacia aquellos que respecto de ellas no sintieron fascinación. Parece que, en el fondo, ¡no les faltaba razón para no entusiasmarse por ellas!

Aplicando, pues, tales esquemas conceptuales, en el pequeño libro de 1975 la doctrina procesal, italiana y extranjera, era considerada como un ejemplo de inútil conceptualismo abstracto, capaz solo de «construir en la arena», y sus exponentes eran señalados como un agregado de personas tendientes a «privilegiar las exigencias del curso de los honores universitarios» en lugar «de la vida jurídica de todos los días»[25]. Como ejemplo de inútil conceptualismo abstracto se citaba el manual de E.T. Liebman, por todos, y con razón, considerado un Maestro del proceso civil.

La magistratura, tachada de ineficiencia crónica e irreversible, era indicada como un «cuerpo separado del Estado, independiente, incensurable, irresponsable», constituido por un conjunto de burócratas

---

24 Cfr. S. CHIARLONI, *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*, Torino, 1975, además publicado en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, pp. 733-784, con el título *Processo civile e società di classi*. Las tesis allí expuestas no son el fruto de convicciones momentáneas o temporales, porque están en gran parte reproducidas, si bien con algunas modificaciones, en ID., *La giustizia civile ed i suoi paradossi*, cit., p. 403 y ss. Para una síntesis de este último escrito v., también, ID., *Civil justice and paradoxes: an italian perspective*, en AA. VV., *Civil justice in crisis*, Oxford, 1999, reimpresión 2003.

25 Cfr. S. CHIARLONI, *Introduzione*, cit., pp. 5-11.

tendientes solo a perpetuar y acrecentar sus propios privilegios[26]. De allí a poco, sin embargo, algunos magistrados cayeron bajo el plomo de terroristas, embebidos de burdas ideologías políticas, que *more solito* consideraban ser los únicos que habían entendido las raíces de los males de la sociedad y cuáles debían ser los remedios más adecuados.

La abogacía era, obviamente, descrita como una corporación de parásitos sociales, interesados solamente en enriquecerse en perjuicio de sus propios clientes, entrando en colusión con la magistratura para prolongar la duración de los procesos[27].

Pasando a algunos institutos procesales, los procesos especiales eran indicados como típico ejemplo de instrumentos jurídicos dirigidos a crear y reforzar los privilegios de las clases pudientes en daño de las desheredadas. Así, las acciones posesorias eran descritas como procedimientos dirigidos a la tutela rápida y eficaz del derecho de propiedad, cuando todos saben desde hace dos mil años que esas acciones sirven en cambio para tutelar la posesión en contra de los actos de violencia, incluso aunque los cometa el propietario contra el poseedor[28]. Naturalmente se silenciaba que en Italia para llevar a fin una verdadera acción en defensa de la propiedad, como por ejemplo acción reivindicatoria, ¡se precisan una veintena de años! Otras inexactitudes y deformaciones parecidas se leen en tema del procedimiento monitorio y de desalojo[29].

Pasados cerca de treinta años de ese significativo ensayo, el mismo Autor se erige hoy en inflexible defensor de la magistratura, que ya no considera más un cuerpo separado e irresponsable de burócratas ineficientes y privilegiados; se convierte en convencido sostenedor de los postulados social-publicísticos del proceso civil, elaborados por algunos de los estudiosos antes descritos como personas interesadas solo en el *cursus* de los honores académicos y, por tanto, atentas en construir en la arena sin preocuparse de las reales exigencias de la vida de cada día; se declara favorable a eliminar la obligación de motivar las sentencias civiles (pese

---

26 Cfr. S. CHIARLONI, *op. cit.*, p. 107 y ss.
27 Cfr. S. CHIARLONI, *op. cit.*, p. 99 y ss.
28 Cfr. S. CHIARLONI, *op. cit.*, p. 22 y ss.
29 Cfr. S. CHIARLONI, *op. cit.*, p. 45 y ss.

a que ello está impuesto por una concreta norma constitucional además de por el código), y naturalmente a aumentar y reforzar los poderes del juez civil quitándoselos a las partes y a sus abogados. Quien osa manifestar opiniones distintas por las razones ampliamente expuestas es tildado como *revisionista* y como *nostálgico de antiguas disciplinas vetusto-liberales*[30].

Sin embargo, no parece que, en cuanto al proceso civil, en los últimos treinta años, se hayan verificado hechos nuevos como para justificar tal aparente cambio de ruta. En efecto, la crisis y la ineficiencia de la justicia civil, que ya en 1975 eran más que evidentes, se han agravado aún más hasta el punto de que la Corte Europea de los Derechos del Hombre ha puesto a Italia en el índice de los estados europeos por su pésimo funcionamiento. Por lo tanto, ha devenido irrefutablemente claro, salvo para quien quiere deliberadamente cerrar los ojos, que el Código de Procedimiento Civil de 1940, en el entretanto restaurado en su original versión en todos sus aspectos e incluso potenciado con la institución del juez único en primer grado, es un verdadero fracaso y no sostiene ni siquiera lejanamente la comparación con el de 1865.

Y entonces, el móvil del cambio de táctica no puede sino ser político, esto es, el propósito *conservador* de obstaculizar por cualquier medio los modestos y dificultados intentos de reforma del proceso civil y de la organización judicial dirigidos a poner algún remedio a una situación paradójica, que dura ya más de sesenta años. Se ha pasado pues, de la política *del* derecho a la política *en el* derecho, en el sentido de que los escritos y los estudios jurídicos son usados (y envilecidos) como arma de lucha política, en lugar de como factor de estudio y de progreso del ordenamiento jurídico; cambia la forma, pero la sustancia permanece siempre la misma, porque la defensa a ultranza de los preconceptos ideológicos debe prevalecer sobre todo, incluso en contra la evidencia incuestionable de los hechos.

El colmo, después, es que se permite también el lujo de atribuir un intento político a quien ha buscado siempre expresar opiniones y convicciones libres de cualquier prejuicio.

---

30 V. las obras citadas *supra* en la nota 4.

Y este un hecho que molesta, porque sería en cambio extremadamente útil y oportuno un sereno y proficuo intercambio de ideas no contaminado por preconceptos y finalidades extra-jurídicas.

Sin embargo, a quien lanza la acusación de revisionismo, de vetusto-liberalismo, de inclinación por el pasado, no pretendo replicarle con la fácil, y desde luego fundada, acusación de vetusto-marxismo, porque ello no entra en mi manera de hacer. Deseo, en cambio, sugerir al fácil crítico que haga un ulterior y pequeño esfuerzo retrospectivo; entonces le será fácil encontrar en el reglamento judicial austriaco de José II de 1781 y en el prusiano de Federico el Grande el modelo de proceso civil que él auspicia. El juez autoritario lleno de poderes sin controles; las partes concebidas como súbditos mendingando la limosna de una justicia *octroyé*; los abogados proscritos del proceso; las preclusiones más rigurosas y el principio de eventualidad; las sentencias sin motivación, si no es pedida; las impugnaciones reducidas al mínimo, etc.[31]. Toda una manera de concebir la jurisdicción y el proceso, que parecía haber sido definitivamente superada por los principios fijados en el período áureo de la revolución francesa, pero que, en cambio, tras su breve retorno durante la restauración, ha encontrado hoy una nueva savia en la mentalidad de quien no es *revisionista*, ni *vetusto-liberal*.

---

[31] Para las recordadas características de la legislación del siglo XVIII de impronta germánica, v. el sobrio resumen de P. S. MANCINI, *Nozioni storiche preliminari*, en MANCINI, PISANELLI, SCIALOJA, *Commentario al Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, nueva ed. al cuidado de D. Galdi, Napoli, 1887, I, pp. 26-27.

# *El neoprivatismo en el proceso civil*

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA
*Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Río de Janeiro. Brasil*
*Ex-Presidente y Presidente Honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*

1. A lo largo de los últimos años, reformas procesales en varios países han tratado de reforzar los poderes del juez en la dirección del proceso y en la actividad de instrucción. La idea subyacente a esas reformas, es ocioso resaltar, es la de que el proceso debe llegar a un resultado justo, de preferencia con dispendio mínimo de tiempo y energías. Ahora, lo que normalmente quiere cada una de las partes es salir victoriosa, tenga o no razón: poco le importa, en regla, que se muestre justo el resultado, desde que le sea favorable y, cuando no tiene razón, le importa de ordinario retardar la conclusión del pleito. Ha de existir alguien que actúe imparcialmente en el sentido de que el proceso tenga marcha regular y vengan a los autos todos los elementos necesarios para que el juzgamiento corresponda, en la medida de lo posible, a la realidad. Ese alguien no puede ser otro sino el órgano judicial; por consiguiente, es menester proveerlo de los medios indispensables para que él pueda desempeñar cabalmente su función.

Como es natural, han variado con el tiempo y con el lugar los efectos prácticos de las aludidas reformas. Es un dato de la experiencia que, lamentablemente, no basta sancionar normas para alcanzar el objetivo que las inspira. Numerosos factores influyen en la traslación de los textos legales al mundo de los hechos: algunos contribuyen para tornarla efectiva, al paso que otros, al contrario, la dificultan o impiden. Será de gran ingenuidad suponer que, para asegurar el ejercicio eficaz de los poderes por los jueces, basta que las leyes los atribuyan. Por otro lado, con

frecuencia se reconoce que atribuirlos es condición necesaria, aunque no suficiente, para concretizar aquel propósito.

Hay, con todo, un sector de la doctrina al cual desagrada profundamente la idea misma de la concesión de muchos poderes al órgano judicial. Se encuentra en ello una exacerbación indebida del elemento publicístico del proceso y una intolerable manifestación de autoritarismo. Para los que así piensan, las cosas andarán tanto mejor cuanto más fueran dejadas a los cuidados de los propios litigantes: ningún juez, afírmase, puede saber más que los titulares de los intereses en conflicto, lo que conviene hacer (o no hacer) para resolverlo. El incremento de los poderes del órgano judicial, aseverase, es típico de legislaciones autoritarias, emanadas de gobiernos antidemocráticos e indiferentes a las garantías de los litigantes. De acuerdo con ese pensamiento, un modelo "garantístico" del proceso rechaza jueces que no se contengan en el estricto ámbito de la pasividad y, por ejemplo, se aventuren a buscar, por su iniciativa, datos capaces de propiciarles conocimiento más completo de los hechos relevantes para la decisión[1].

---

[1] De tal corriente doctrinaria son representantes autorizados y notorios CIPRIANI, en Italia, y MONTERO AROCA, en España. Para ahorrar al lector una tediosa multiplicación de citas, a cada paso del presente escrito, indicamos aquí, de ambos autores, algunos de los principales trabajos dedicados al asunto: del italiano, *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*, *in Ideologie e modelli del processo civile*, Nápoles, 1997, pp. 27 y sigs.; *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, *in Riv. di dir. e proc. civ.*, vol. LVI (2002), pp. 1.243 y sigs.; *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, *in Riv. di dir. proc.*, vol. LVIII (2003), pp. 455 y sigs.; del español, *La Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad*, conferencia pronunciada en las XVII Jornadas Ibero-americanas de Derecho Procesal, en el vol. de *relatorios y ponencias*, San José, 2000, t. II, pp. 285 y sigs.; *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, trad. italiana de Vittorio Bratelli y Nicoletta Magrino, Nápoles, 2002; *El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria*, en Rev. Iberoamericana de Der. Proc., nº 6, pp. 15 y sigs. Intentaremos discutir los argumentos más importantes expuestos y reiterados en esos trabajos, sin especificar, por innecesario, la extensión en que aparecen. A fin de prevenir equívocos, dejamos claro que se trata de dos procesalistas ilustres, en cuya producción científica hay mucho que admirar y elogiar, y cuya amistad personal —superior a cualquier divergencia— extremadamente nos honra.

2. Antes que nada, cumple esclarecer un aspecto importante de las relaciones entre régimen político y ordenamiento procesal. Se figura obvio que la disciplina legal del proceso (y no sólo del proceso) sufre la influencia de las características del régimen político bajo el cual es sancionada. Sin embargo, a la luz de la experiencia histórica, también debería ser obvio que constituye exageración de simplificación concebir esa relación a guisa de vínculo rígido, automático e inflexible, para considerar que, si determinada ley (procesal o cualquier otra) surgió bajo gobierno autoritario, esa contingencia cronológica fatalmente le imprime el mismo carácter y la torna incompatible con el respeto a las garantías democráticas. La realidad es siempre algo más compleja que la imagen que de ella proponen interpretaciones así lineales, para no decir simplificadoras.

El Derecho brasileño ofrece ejemplos sugestivos. Leyes procesales insospechadas de autoritarismo fueron dictadas o preparadas bajo gobiernos militares: *v.g.*, respectivamente, la nº 4.717, de 29.6.1965, que regula la acción popular, y la nº 7.347, de 24.7.1985, que disciplina la acción civil pública. Ambas son regulaciones de corte manifiestamente democrático, donde nada se encuentra que hiera, levemente siquiera, las garantías de las partes. Ni fue autoritario, en el (mal) sentido político de la palabra, el Código de Proceso Civil de 1939, dictado bajo el Estado Nuevo.

Fenómenos semejantes ocurrieron en Alemania. Ya se demostró cuan equivocada es la suposición de que reflejarían la ideología nacional-socialista todas las reformas introducidas en la ZPO después de la subida de los nazis al poder[2]. Una de ellas, llevada a cabo en 1933, cuidó, significativamente, de reforzar los poderes judiciales de esclarecimiento y dirección del proceso; pues bien, las raíces de esa reforma buceaban en trabajos preparatorios desenvueltos bajo la Constitución de Weimar, y la respectiva orientación permaneció inalterada aún después de 1945[3], lo

---

2 Cf. POPP, *Die nazionalsozialistische Sicht einiger Institute des Zivilprozess- und Gerichtsverfassungsrechts*, Frankfurt-am-Main?Berna?New York, 1986, p. 7.

3 POPP, ob. cit., p. 11; BÖHM, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, trad. ital. de Marinelli, *in Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, vol. LVIII (2004), p. 639.

que evidencia su perfecta compatibilidad con la redemocratización del país. Por otra parte, es oportuno registrar que la ZPO de 1877, de origen claramente liberal-individualista, después de la división de Alemania continuó en vigor por muchos años, en la socialista *DDR*, que sólo en 1975 vendría a adoptar código nuevo.

El *codice di procedura civile* de 1940 ha sido blanco de críticas que lo apuntan como producto típico del fascismo. Mejores razones, todavía, parecen las invocadas por los que le niegan tal apariencia[4]. Ni se figura exacto, también, entender que ese código haya pretendido intensificar en grado sensible el ejercicio de poderes por el juez, notoriamente en lo que concierne a la actividad instructoria: el art. 115, 1ª línea ("*Salvi i casi previsti dalla legge (...) il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero*" [Salvo los casos previstos por la ley (...) el juez debe poner en el fundamento de la decisión las pruebas propuestas por las partes o por el ministerio público]), por cierto no suena como estímulo, en la materia, a la iniciativa judicial *ex officio*.

*Last but not least*: en cuanto al Código austríaco, marco histórico de la evolución para un proceso civil social, si no se puede afirmar que haya nacido en cuna democrática? o, en caso de que se prefiera otra expresión, políticamente liberal?, tampoco se puede ignorar que resistió a la fragmentación del Imperio y sobrevive hasta hoy en la Austria democrática de nuestros días, donde se conmemoró festivamente, hace pocos años, su centenario[5].

---

4 Así, *v.g.*, un escritor absolutamente insospechado de cualquier simpatía por el ideario fascista: TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bolona, 1980, pp. 255, 281 y sigs., espec. 286/8. A ejemplo de ese autor, no nos dejamos impresionar por determinados pasajes de la *Relazione* del Ministro Grandi, que no pasan de "*clausole di stile apposte per esigenze politiche contingenti*" (p. 287).

5 Cómo ya se conmemorara, a mediados del siglo XX, su cincuentenario: *vide* el vol. colectivo *Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der Österreichischen Zivilprozessordnung*, Viena, 1948. La contribución de LEONHARD, bajo el título *Zur Geschichte der österreichischen Juztizreform vom 1898*, terminaba justamente por recordar que el código austriaco subsistió a dos guerras mundiales y a convulsiones de inimaginable extensión en la vida política y económica, pero sus fundamentos y principios fundamentales continuaron representando una realidad incontrovertida en la vida jurídica austriaca. (En el original: "*Zwei Weltkriege hat Österreichs Zivilprozess*

3. Conviene poner en evidencia el equívoco fundamental de la suposición de que gobiernos autoritarios acostumbran inclinarse al fortalecimiento de los jueces. Los poderes que ellos se empeñan en fortalecer son, generalmente, los del Ejecutivo, no los del Judicial.

Véase lo que sucedió en Brasil, después de la llamada revolución de 1964. Luego que en el Acto Institucional nº 1, de 9 de abril de aquel año, autorizábase al "Comando Supremo de la Revolución" y, enseguida, al Presidente de la República a suprimir o dispensar, "mediante investigación sumaria", las garantías de vitalicidad y estabilidad, cuidóse de instituir que el control jurisdiccional de esos actos se limitaría "al examen de formalidades extrínsecas, vedada la apreciación de los hechos que lo motivaran, así como de su conveniencia u oportunidad" (art. 7º e § 4º). Más radical fue el Acto Institucional nº 3, de 5.2.1966, que simplemente excluyó de la apreciación judicial los actos practicados con fundamento en él mismo y en los respectivos actos complementarios (art. 6º). A los jueces, por tanto, los gobiernos militares no les concedieron poderes nuevos? muy al contrario.

Para interesar a regímenes autoritarios el ejercicio, por los jueces, de poderes extensos, es preciso, en regla, que el Judicial esté enteramente privado de autonomía y reducido a la mera posición de instrumento del Ejecutivo. No precisamos pensar aquí en ese caso extremo, del cual habrá habido ejemplos históricos, inclusive en el mundo occidental, pero que hoy será excepción rarísima.

4. El próximo paso de nuestro itinerario consiste en poner a prueba la afirmación de que es peculiar a regímenes autoritarios, imbuidos de desprecio por las garantías de los justiciables, la concesión al juez de poderes instructorios ejercitables de oficio. Vamos a aplicar el test a cinco casos: el suizo, el francés, el inglés, el alemán e el brasileño.

La ley federal suiza que regula el proceso civil federal, de 4.12.1947, dispone en el art. 37: "*Le juge n'est pas lié par les offres de preuve des*

---

*überdauert. Erschütterungen des politischen und wirtschaftlichen Lebens von unvorstellbarem Ausmasse sind eingetreten und trotzdem sind die Grundgedanken und massgebenden Grundsätze des Reformwerkes auch heute noch unbestritten und reale Wirklichkeit unseres Rechtslebens*".

*parties; il ne retient que les preuves nécessaires. Il peut ordonner des preuves que les parties n'ont pas offertes*". [El juez no está vinculado por el ofrecimiento de pruebas de las partes; él no considera más que las pruebas necesarias. Puede ordenar las pruebas que las partes no han ofrecido]. A nadie de sano juicio se le ocurrirá pensar que Suiza vivía en 1947 bajo régimen despótico, o que la autorización dada al juez para ordenar pruebas *ex officio* fuese eco de una política autoritaria.

La imagen tradicional del proceso civil francés era fuertemente marcada por el dominio de las partes sobre la iniciativa en la instrucción probatoria. En 1975, con todo, se adoptó un nuevo *Code de Procédure Civile*, cuyo carácter innovador, en el particular, se patentiza a la vista de los arts. 16: ("*Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles*" [El juez tiene el poder de ordenar de oficio todas las medidas de instrucción legalmente admisibles]) y 143 ("*Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties* ou d'office, *être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible*" [Los hechos de los cuales depende la solución del litigio pueden, a petición de partes o de oficio, ser el objeto de toda medida de instrucción legalmente admisible]). Conforme acentúa la doctrina, así se erigió en principio general un poder otrora limitado a casos excepcionales[6]. Ya no cabe hablar, como en otros tiempos, del "papel pasivo" del órgano judicial en ese campo[7]. ¿Supondrá alguien que la alteración de rumbo haya reflejado la opción de Francia por un régimen político autoritario?

Evolución aún más impresionante fue la que se produjo en Inglaterra, cuna del llamado *adversary system*, que tradicionalmente confiaba a las partes, en términos exclusivos, la actividad probatoria. Hace algún tiempo se venían notando, en aquel país, señales de cambio, en ese y en otros terrenos. Esto culminó en la adopción, en 1998, de las *Civil Procedure Rules*, que si no llegaron a conferir al juez, *expressis verbis*, poderes instrutorios ejercitables de oficio, sin duda le otorgaron amplias facultades de control de la actividad probatoria? por ejemplo: la de emitir instrucciones en el sentido de especificar las cuestiones para las cuales

---

6 CADIET, *Droit judiciaire privé*, 2ª ed., Paris, 1998, p. 483.

7 Así hablaba MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris, 1932, p. 463.

desea prueba, la naturaleza de la prueba de que carece y la manera en que ella debe ser presentada en juicio (*rule* 32.1); la de ordenar a la parte, a cualquier momento, que esclarezca materia discutida en el proceso, o suministre información adicional al respecto (*rule* 18.1 (10)); la de determinar que la pericia sea hecha por un único *expert*, así como de darle instrucciones sobre inspección, examen o experiencia que tenga que realizar (*rules* 35.7 y 35.8 (3) (*b*)); la de nombrar asesores para asistir al órgano judicial en asuntos de su especialidad, inclusive preparando relatorios sobre cuestiones discutidas y aconsejando al tribunal en el *trial* (*rule* 35.15). Se amplió, por otro lado, el control del juez sobre la *disclosure* (nueva denominación dada a la *discovery*), esto es, sobre el mecanismo por el cual cada una de las partes puede exigir del adversario elementos probatorios (principalmente documentos) a que de otro modo no tendría acceso[8]. Generalizando el discurso, es posible resumir el sentido de la transformación del derecho procesal inglés en esta fórmula: transferencia, de las partes para el juez, del comando del proceso[9]. ¿Corresponderá por ventura tal fenómeno a algún sórdido autoritarismo en el régimen político británico?

También la reforma de la ZPO alemana, de 2001, amplió la actuación del órgano judicial en la esfera probatoria. Antes, podía el juez ordenar a la parte la presentación de documentos en su poder, a los cuales ella

---

8 Sobre el cambio de ruta del proceso civil inglés, nos permitimos remitir al lector a nuestros trabajos *Uma novidade: o código de processo civil inglês*, in *Temas de Direito Processual, Sétima Série*, S. Paulo, 2001, pp. 179 y sigs., y *A revolução processual inglesa*, in *Rev. Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, vol. 31, pp. y sigs., donde tratamos del asunto con algún desenvolvimiento.

9 Expresivos los títulos de dos artículos? uno anterior, otro posterior al advenimiento de las Civil Procedure Rules? de eminentes procesalistas ingleses: ZUCKERMAN, *English Civil Procedure? The Shift Away from Party Control and Orality*, in *Zeitschrift für Zivilprozess International*, vol. 1 (1996), pp. 65 y sigs.; ANDREWS, *A New Civil Procedural Code for England: Party-Control "Going, Going, Gone"*, in *Civil Justice Quarterly*, vol. 19 (2000), pp. 19 y sigs. Específicamente en cuanto a la materia probatoria, *vide*, en la literatura más reciente, JOLOWICZ, *Civil Procedure in the Common and Civil Law*, en el vol. col. *Law, Legal Culture and Politics in the Twenty First Century*, ed. Guenther Doeker-Mach y Klaus A. Ziegert, Stuttgart, 2004, p. 77: "*under the new rules of civil procedure in England, the parties have lost to the judge much of their power to control the evidence brought before the court*".

se hubiese referido. Ahora, semejante posibilidad se ve ampliada en doble sentido: de un lado, la orden de presentación puede dictarse respecto a los documentos a que *el litigante contrario* se refiera; de otro, ella puede dirigirse igualmente *a terceros*, desde que eso les sea exigible y no ocurra cualquiera de los casos de oposición legítima a deponer como testigo (§ 142, 1ª y 2ª líneas). No consta que Alemania viviese, en la época de la reforma, bajo régimen político autoritario.

En fin, en Brasil, la Ley nº 9.099, de 26.9.1995, instituyó en el art. 5º: "o juez dirigirá o processo com liberdade para determinar as pruebas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica" [El juez dirigirá el proceso con libertad para determinar las pruebas a ser producidas, para apreciarlas y para dar especial valor a las reglas de experiencia común o técnica]. Obsérvese que el art. 130 del Código de Proceso Civil ya autorizaba al órgano judicial, "de oficio o a requerimiento de la parte", a ordenar "las pruebas necesarias a la instrucción del proceso". El Código, sin embargo, fue dictado bajo uno de los gobiernos militares, y podría incurrir por eso en la sospecha de autoritarismo. En 1995, vivía el país en pleno régimen democrático, políticamente liberal.

Es verdad que la historia ofrece ejemplos de Estados autoritarios cuyas legislaciones procesales investían al juez de poderes amplios, en la disciplina de la prueba y en otros aspectos. Eso demuestra solamente que ningún régimen político, autoritario o no, tiene exclusividad absoluta en ese ámbito. El refuerzo de los poderes del órgano judicial es susceptible de convivir con estructuras políticas de colores variables, situadas en posiciones diferentes, quizás opuestas, en el espectro político: es arbitrario extraer de aquel dato ilaciones categóricas sobre la índole del régimen, como si uno fuese consecuencia directa e inexorable del otro. Recuérdese aquí lo que quedó dicho antes (nº 2) sobre la dosis de fluidez que caracteriza la relación entre régimen político y ordenamiento procesal; confirmación inequívoca, en la materia de que estamos tratando, suministra la experiencia histórica. Sólo cerrando los ojos a ella será posible sustentar que poderes mayores para los jueces constituyen señal cierta de autoritarismo político.

5. Es hora de pasar a otro orden de argumentos, a nuestro ver más serios[10]. Uno de ellos se refiere a la definición precisa de la función (*rectius*: de las funciones) que el órgano judicial está llamado a ejercer en el proceso. Es innecesario subrayar que le compete, por encima de todo, juzgar el litigio sometido a su examen. Igualmente obvio es que, para juzgar, lidia el juez con dos especies de materiales: los hechos y el derecho. En último análisis, reducido el fenómeno a la expresión más simple, lo que en sustancia hace el juzgador es aplicar a hechos las normas jurídicas contenidas en el ordenamiento (jurisdicción de legalidad) o, cuando y en la medida en que lo permita la ley, formuladas por él mismo (jurisdicción de equidad). Dejando de lado este segundo caso, que es excepcional, no hay quien no reconozca al juez, además, la posibilidad de determinar las normas aplicables a la causa, independientemente de cualquier colaboración de las partes, y hasta en desacuerdo con las alegaciones que éstas por ventura hagan (*iura novit curia*). Resta verificar cómo se pone el juez delante de los hechos.

En la tradición jurídica occidental, queda reservada a la parte que toma la iniciativa de la instauración del proceso la carga de especificar lo(s) hecho(s) a su ver capaz(es) de fundamentar el pedido? para usar expresión clásica, la *causa petendi*. Al órgano judicial incumbe averiguar si se debe o no acoger el pedido a la luz de ese(os) hecho(s): no le es lícito acogerlo invocando otro(s) hecho(s), aunque por ventura esté convencido de la respectiva ocurrencia (y de la respectiva suficiencia para producir el resultado jurídico pretendido por el autor). En cuanto a hechos susceptibles de justificar el rechazo del pedido, están los que pueden (y deben) ser tenidos en cuenta *ex officio* (*v.g.*, en el derecho

---

[10] En los item que siguen retomamos (y, en parte, reproducimos) argumentación ya expuesta en varios trabajos. Por la misma razón indicada en la nota 1, *supra*, vamos a limitarnos a enumerar los principales, omitiendo citaciones particularizadas que tornarían aún más pesada la lectura: *A função social do processo civil e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo* e *Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba*, ambos *in Temas de Dir. Proc., Terceira Série*, S. Paulo, 1984, pp. 43 y sigs. e 79 y sigs., respectivamente; *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*, *in Temas, Quarta Série*, S. Paulo, 1989, pp. 45 y sigs.; *O processo, as partes e a sociedade* e *Reformas processuais e poderes do juiz*, ambos *in Temas, Oitava Série*, S. Paulo, 2004, pp. 29 y sigs. e 53 y sigs., respectivamente.

brasileño, la caducidad prevista en ley: Código Civil, art. 210) y los que solamente pueden ser considerados mediante alegación del interesado (excepciones materiales o sustanciales; *v.g.*, siempre en el derecho brasileño, la prescripción, salvo cuando aproveche a persona absolutamente incapaz: Código Civil, art. 194).

Resta saber como actuará el juez para cerciorarse de la ocurrencia (o no ocurrencia) del hecho invocado o conocible de oficio. Dejadas de lado hipótesis especiales, que no interesan aquí (por ejemplo: la de la notoriedad), constituye principio elemental que al órgano judicial no le es lícito valerse del conocimiento *privado* que por ventura tenga del hecho; de manera alguna podría, *v.g.*, fundamentar la sentencia condenatoria diciendo que asistiera desde la ventana de la casa al accidente de tránsito y sabía, por eso, que el demandado lo causara por su imprudencia. Los hechos precisan estar *probados en los autos*.

Pues bien: no hay dudas de que, en el común de los casos, la prueba producida lo es por la parte a quien el hecho aprovecha. Bien se comprende: las partes que se involucraran personalmente en los hechos, se supone que tengan documentos a ellos relativos, sabían quién está en condiciones de testimoniarlos, y así en adelante. Falta enfrentar esta cuestión: *¿quid iuris*, si no vienen a los autos las pruebas de algún hecho relevante? Un modo de lidiar con tal situación es lanzar las consecuencias desfavorables de la carencia probatoria sobre el litigante a quien aprovecharía el hecho no probado. En esa perspectiva, las leyes acostumbran establecer reglas sobre el llamado *onus probandi*: *v.g.*, en el Código de Proceso Civil brasileño, el art. 333, cuyo *caput* distribuye la carga entre el actor, para el hecho constitutivo del alegado derecho, y el demandado, para los hechos impeditivos, modificativos o extintivos de él.

¿Es esa la única posible solución? ¿No podrá el juez, por su propia iniciativa, ordenar la realización de prueba destinada a suprimir la laguna? Siempre nos pareció, y parece a muchos otros, que a semejante pregunta se ha de responder afirmativamente. Juzgar según las reglas de distribución de la carga no es actitud que tranquilice del todo al juez consciente de su responsabilidad: el tira en la oscuridad; puede acertar el blanco, pero puede igualmente errar, y su sentencia, injusta, producirá en la vida de los litigantes efectos diversos de los queridos por el ordena-

miento, cuando no diametralmente opuestos. ¿No será preferible que él procure hacer brillar alguna luz sobre los rincones oscuros de la causa? y, si es posible, base el juzgamiento en una ciencia más exacta y completa de lo que realmente aconteció?

6. En sentido contrario suelen blandirse dos argumentos principales. Uno de ellos es el de que, al actuar así, estaría el juez invadiendo el campo de actuación reservado a las partes. No resulta procedente la objeción. Si, conforme lo dicho arriba, para juzgar precisa el órgano judicial utilizar dos especies de materiales? el derecho y los hechos?, entonces el esclarecimiento de éstos, en los lindes oportunamente indicados, entra por fuerza en la zona de competencia del órgano judicial, como presupuesto del desempeño cabal de su misión. Quien quiere el fin, quiere los medios. Si la ley quiere que el juez juzgue, no puede dejar de querer que él juzgue, tanto cuanto es posible, *bien informado*; luego, no debe impedirlo de informarse, por los medios que tenga a mano.

Cuando el juez determina la realización de prueba para el mejor esclarecimiento de los hechos relevantes, no está, en absoluto, *usurpando* función de la parte; no está actuando *en el lugar de ella*, haciendo algo que *a ella, y sólo a ella, incumbía hacer*. Su iniciativa no es, en rigor, un *sucedáneo* de la iniciativa de la parte: es algo *inherente* a su misión de juzgador. El no actúa *como sustituto de la parte*, actúa *como juez?* como juez empeñado en juzgar bien.

De otro lado, si llevásemos a las últimas consecuencias la separación entre derecho y hechos, para excluir toda y cualquier participación del órgano judicial en la colecta de datos relativos a éstos, por igual razón tendríamos que excluir toda y cualquier participación de los litigantes en lo que concierne a aquel. Sería el caso de prohibir a las partes de invocar disposiciones legales y de exponer argumentaciones jurídicas... ¡Si el "bloqueo" vale para un lado, ha de valer también para el otro!

El segundo argumento es el de que, al disponer de oficio la realización de prueba, el órgano judicial abandona la posición, que le es característica, de *tercero imparcial*, toma partido por uno de los litigantes? por aquel a quien la prueba irá a favorecer. Pero, *primero*, el juez no es adivino; no puede saber de antemano a cuál de los litigantes será favorable el éxito de la diligencia probatoria. Piénsese, por ejemplo, en una pericia: si la ordena *ex officio* el órgano judicial, tanto puede acontecer que el dicta-

men pericial favorezca al actor cuanto puede acontecer que favorezca al demandado. Se cuenta, naturalmente, que la pericia? bajo pena de frustrarse? acabe por favorecer a *alguien*, en la medida en que esclarezca el punto oscuro; quien será ese *alguien*, mientras tanto, sólo después de concluida la pericia es que se va a saber.

Hay más. Suponiéndose que el juez se torna parcial por ordenar *ex officio* la realización de prueba, beneficiando así a la parte a quien ella resulte favorable, se tendrá lógicamente que entender que *también la omisión en disponer la prueba* compromete la imparcialidad del juez. Es evidente, en efecto, que la falta de la prueba beneficiará a la parte a quien aquella resultaría desfavorable, en caso de que se realizase. Estará el juez, entonces, condenado en cualquier hipótesis a la sospecha de parcialidad? El absurdo de la consecuencia pone al desnudo la falsedad de la premisa.

El resultado de la prueba determinada de oficio, cuando no se frustra, tiene un efecto esencial: dar acceso a más sustanciosa porción de la verdad. No es ganancia despreciable, desde que se parta de la idea de que interesa intentar descubrirla. Ya se sabe, y tal vez sea ocioso repetir, a esta altura, que es siempre imperfecto e incompleto el conocimiento humano de la verdad. Pero los ordenamientos jurídicos no por eso la apartan de su pensamiento, ni renuncian a utilizar cuanto de ella sea posible aprehender[11]; de lo contrario, ni siquiera cuidarían de disciplinar las pruebas, y adoptarían con certeza maneras más simples y rápidas de decidir litigios, *v.g.* el sorteo...

7. Alégase todavía que la atribución de poderes instructorios al órgano judicial es incompatible con la preservación de las garantías procesales de las partes. El argumento tendría alguna consistencia si el juez, al ejercer tales poderes, comprimiese indebidamente el ejercicio de los

---

11 Conforme dice ZUCKERMAN, *Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure*, en vol. col. *Civil Justice in Crisis*, ed. Zuckerman, Oxford, 1999, p. 5, "*at the foundation of procedure lies the objective of getting at the truth. This objective lies behind the entire procural organization*". Nuestra impotencia para captar la verdad toda no desmerece la búsqueda de la parte de la verdad que está a nuestro alcance, de la misma suerte que nuestra imposibilidad de vencer por entero la oscuridad de la noche no torna menos importante el acto de encender una lámpara para iluminar el texto que deseamos leer.

derechos conferidos a aquellas por la ley. Puede ser que en algún caso específico se incurra en ese grave error; pero está claro que se tratará de un desvío, no de fenómeno inherente a la existencia de los aludidos poderes: *accidente*, nunca *sustancia*.

Determinar *ex officio* que se oiga la declaración de alguien no significa necesariamente cercenar el derecho de la parte de proponer y hacer oír a sus testigos. No queda disminuida la parte en sus derechos referentes a la prueba pericial por el mero hecho de ordenar el órgano judicial, *motu proprio*, la realización de pericia. Razonan algunos como si cada gesto del juez hubiese de erguir obstáculo a la actuación de la parte: si él se mueve, la impide con eso de moverse. El razonamiento es evidentemente ilógico.

El ejercicio de poderes instructorios por el órgano judicial perfectamente se compadece con la preservación de las garantías procesales de las partes. Presuponiendo que, como corresponde, ellas sean debidamente notificadas de las iniciativas oficiales, y que se les abra la posibilidad de participar de las diligencias, de impugnarlas, en caso de que les parezcan inaceptables, y de manifestarse sobre los respectivos resultados, no se descubre qué garantía no habrá sido respetada.

Se diría que los litigantes han de conservar el poder de disponer de sus derechos. Ahora, nadie es forzado a invocar un derecho en juicio, ni, por consiguiente, a alegar el hecho del que él se originaría. Pero ahí cesa el poder de disposición. Si la parte alega el hecho, es porque quiere que de él se extraiga ésta o aquella consecuencia jurídica. Impedir al juez de hacer lo posible? observados siempre los límites del pedido y de la causa de pedir? para cerciorarse de que el hecho alegado realmente ocurrió (o no ocurrió), será actitud manifiestamente contradictoria. En caso de que le resulte inconveniente, por tal o cual motivo, la averiguación, tiene aún el litigante, en el ámbito de las relaciones jurídicas disponibles, la opción de renunciar al derecho postulado, y con eso cerrar el camino a la cognición judicial. Lo que de manera alguna se figura como razonable es pretender la tutela jurisdiccional y, al mismo tiempo, objetar que el juez se muna de los elementos necesarios para verificar si debe o no prestarla en los términos requeridos.

8. Continúa el *mantra*, todavía: "las partes, y no el órgano judicial, son quienes saben lo que mejor les conviene". A ese argumento ya se dio respuesta en parte, en el item anterior; pero hay más que decir a ese

respecto. Póngase de lado, aquí, al juez, que en todo caso debe tener interés en que sea justo el resultado del pleito, ya que hacer justicia es una de las funciones principales del Estado, del cual él es órgano. Y considérese que:

*a*) en hipótesis cada vez más numerosas, quedan sujetas a los efectos del juzgamiento y a la propia autoridad de la cosa juzgada personas extrañas al proceso, no raramente vastos sectores de la población; es lo que se da, *v.g.*, en Brasil, en los llamados procesos colectivos (ejemplo: acción civil pública? Lei nº 7.347, art. 16);

*b*) en ciertos casos, eso acontece con la totalidad de los justiciables, como en las acciones directas de declaración de la constitucionalidad (o inconstitucionalidad) de ley o de otro acto normativo (Carta de la República, art. 102, § 2º; Ley nº 9.868, de 10.11.1999, art. 28, parágrafo único);

*c*) con bastante frecuencia, son alcanzados reflejamente por los efectos de la sentencia terceros titulares de relaciones jurídicas conexas con la deducida en juicio, los cuales, por eso mismo, se ven autorizados (pero no obligados) a ingresar en el proceso, en calidad de asistentes de la parte en cuya victoria tiene interés (Código de Proceso Civil, arts. 50 y sigs.), y viene así a recurrir de las decisiones a ella desfavorables (art. 499);

*d*) visto que sucesivas decisiones en el mismo sentido van formando un cuerpo de jurisprudencia capaz de influir en el juzgamiento de futuros casos análogos, el resultado del proceso es capaz de afectar a todos cuantos se encuentren en situación semejante a la apreciada por el juez; el fenómeno alcanza intensidad máxima, es obvio, en los sistemas jurídicos que atribuyan eficacia vinculante a precedentes judiciales, pero no deja de manifestarse en los otros, conforme atestigua, por ejemplo, la protección dada en Brasil a la concubina, por creación jurisprudencial, mucho antes que el legislador consagrase la figura de la "unión estable";

*e*) incluso fuera de ese ámbito, el hecho de que un juzgamiento adoptara ésta o aquella tesis jurídica puede producir consecuencias relevantes para el ordenamiento procesal, en la medida en que dé margen, *v.g.*, a la procedencia de recursos circunscritos a *quaestiones iuris* y a incidentes como el de la uniformación de la jurisprudencia (Código de Proceso Civil, arts. 476 y sigs., 555, § 1º).

Todo eso justifica ampliamente la convicción de que la simple deducción en juicio basta para cubrir de nueva tonalidad cualquier conflicto de intereses entre personas, sea cual fuere la naturaleza de la relación jurídica que las liga. Litigio sometido al examen y decisión del juez deja de ser, *ipso facto*, litigio cuya repercusión quede restringida al ámbito puramente privado[12]. Es lo que explica que, salvo casos excepcionales, el juzgamiento —al contrario de lo que sucede, por ejemplo, en el arbitraje— haya de realizarse públicamente (Constitución de la República, art. 93, nº IX; Código de Proceso Civil, art. 155). Es lo que explica, también, que la prensa divulgue las decisiones de los tribunales, que revistas especializadas reproduzcan los textos, que la doctrina las comente y discuta, que abogados, en otros pleitos, las invoquen y así en adelante.

No sorprende, a esa luz, oír de voces autorizadas que hoy el papel principal del proceso civil se está transformando de la simple solución de litigios hacia la generación de beneficios sociales - numerosos y variados, inclusive el perfeccionamiento del derecho por medio de las decisiones judiciales[13].

9. Hasta ahora, aludimos siempre a "partes", conformándonos a un generalizado modo de decir. Es hora de señalar que ese tipo de discurso raya muchas veces con el irrealismo y puede resolverse en perversa hipocresía. En efecto, en la mayoría de los ordenamientos procesales contemporáneos, las partes son, en regla, representadas en juicio por abogados. Casi todas las proposiciones en que la parte figura como sujeto

---

12 Véanse estos dos pasajes de BERNHARDT, *Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess, in Beiträge zum Zivilprozessrecht (Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg)*, Munique - Berlim, 1949, p. 30, que acostumbramos citar al respecto: "*eine Streitsache, die der staatlichen Gerichtsbarkeit unterbreitet ist, keine Privatsache mehr ist* (una litis sometida a la Justicia estatal deja de ser materia puramente privada"); y "*Durch die Anrufung des Gerichts ist die Streitsache aus dem privaten Bereich gezogen und zu einer öffentlichen Angelegenheit geworden* (por fuerza del requerimiento al juez, la litis se apartó del terreno privado y se convirtió en asunto público").

13 Así, recientísimamente, JOLOWICZ, art. cit., p. 76. En original: "*its* [del proceso civil] *primary role has become the provision of the benefits to society that come from the operation of an effective system of civil litigation. These benefits are many and various - not only but including the development of the law through judicial decisions*".

se refieren, en verdad, a acciones u omisiones *del abogado*. Sin duda, en el rigor de la técnica, éste actúa en nombre de la parte, y su comportamiento es tenido, en la mayoría de los casos, como comportamiento a ella imputable. Por detrás de ese biombo técnico, entretanto, se abre un profundo abismo.

El abogado practica (o deja de practicar) en el proceso buena cantidad de actos de que la parte por él representada ni siquiera toma conocimiento personal; y, aún cuando lo tome, no siempre estará en condiciones de valorarlos de manera adecuada. Errores profesionales son capaces de repercutir con gran intensidad en la suerte del pleito; van a influir en la vida del litigante, a pesar de la falta de participación directa de éste en el episodio respectivo. Hasta sanciones impuestas por la llamada "litigancia de mala fe" gravan a la parte, no al abogado, aunque sea éste, las más de las veces, el único verdadero responsable, como ocurre —para ceñirnos a un ejemplo— en el ofrecimiento de embargos de declaración dilatorios (Código de Proceso Civil, art. 538, parágrafo único).

Ahora, si la actuación de los abogados es, por así decir, decisiva para el resultado del pleito, no hay que despreciar la posibilidad de que la diferencia cualitativa entre el servicio prestado por uno de ellos y el prestado por el otro redunde en una distorsión de perspectiva que tiene muy poco que ver con la situación real de las partes en lo que atañe a la materia litigiosa. El litigante munido de mayores recursos, en condiciones para contratar mejor abogado, goza desde luego de una ventaja que desequilibra los platos de la famosa balanza de la Justicia. En esas condiciones, un sistema que confíe plenamente en la confrontación de luchadores, a la manera de competición deportiva, con supuesto fundamento en la idea de que "las partes" saben cuidar mejor que nadie de los propios intereses? reducido el juez al papel de mero "árbitro" competente tan sólo para asegurar la observancia de ciertas "reglas del juego"?, es un sistema que acepta de buen grado sacrificar las expectativas de ecuanimidad en el altar de una quimera[14].

---

[14] Vale la pena transcribir estas palabras de DAMAŠKA, *Evidence Law Adrift*, New Haven? Londres, 1997, p. 101: "*Finally, it is important to keep in mind that a competitively organized fact-finding enterprise requires a rough equality of the two sides*

Claro está que semejante riesgo sólo impresionará a quien atribuya algún valor a las nociones de verdad y de justicia como ingredientes necesarios de la composición judicial de los litigios. Para aquellos a quienes sea indiferente que se tome o no la porción de verdad accesible al espíritu humano, y por tanto que se haga o no la justicia posible en el plano terrenal todo cuanto quedó dicho sonará cual mero *flatus vocis*. Pero, si así fuera, ¿qué necesidad habrá de movilizar —con el inevitable dispendio de tiempo, energías y recursos financieros—la máquina judicial? Será preferible confiar la suerte del pleito a algo más simple, barato y rápido, como una riña de gallos...

10. Es dudosa la designación que mejor conviene al pensamiento criticado en este trabajo. Visto que sus representantes aluden, con comillas manifiestamente despectivas, al proceso civil "social", tal vez se pudiese pensar en designarla, con análogas comillas, como proceso civil "anti-social". Pero no deseamos herir, con tan antipático rótulo, las susceptibilidades de juristas ilustres, que nos merecen todo el respeto.

Otra opción, menos áspera, puede basarse en la idea, que se lanza, de exacerbación del elemento publicístico en el proceso civil. Pues bien: a la orientación contraria no caerá mal, en esa perspectiva, la denominación de *privatismo*. Seamos, con todo, más exactos: ya que semejante orientación nos remite a una mentalidad dominante en tiempos idos? e infelizmente, en lo que todo indica, resucitada de la sepultura en que parecía yacer?, en una época en que el proceso civil era tenido y habido como "cosa de las partes" (*Sache der Parteien*, según la conocida expresión alemana), tomamos la libertad de llamarle *neoprivatismo*, en la esperanza de que eso no desagrade a sus ardorosos propagandistas.

Noviembre de 2004

---

*in dispute in order to be fair. Two one-sided accounts can be expected somehow to cancel out and expose the truth only on condition that the contestants can disburse roughly equal resources in readying their cases for trial. Absent this condition, the resultant force of the two partisan vectors, so to speak, is likely to deviate from the correct view of reality. A weak case brought by a resourceful litigant can appear unduly strong".*

# *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*[*]

ADOLFO ALVARADO VELLOSO
*Profesor de Teoría General del Proceso.*
*Rosario (Argentina)*

SUMARIO: 1. Introducción: A) La justicia iberoamericana; B) El inicio de nuevos tiempos.- 2. El proceso: su causa y su razón de ser: método de debate: A) La causa del proceso: el conflicto; B) La posible solución del conflicto; C) La razón de ser del proceso; D) El concepto de proceso.- 3. Los principios que gobiernan y definen al *proceso como método*: A) El principio de igualdad de las partes; B) El principio de imparcialidad del juzgador.- 4. La irrupción del método inquisitorial.- 5. El retorno al método tradicional por su adopción en las constituciones de toda América.- 6. El divorcio de la ley y de la constitución en materia procesal.- 7. La imparcialidad judicial y la actividad probatoria del juez.- 8. Corolario.

## 1. INTRODUCCIÓN

Hasta el año de 1983, y consciente de que nadie en Latinoamérica estaba conforme con su Justicia, apoyé decididamente sucesivas modificaciones legislativas que, a la postre, resultaron ser siempre *más de lo mismo:* otorgar mayores poderes a los jueces e implicarlos espiritualmente en la solución de todos los asuntos en los cuales intervendrían, aumentar las tareas que debían cumplir en forma personal, restringir cada vez más la defensas de los derechos de los particulares, reducir a términos insos-

---

[*] Texto base de la ponencia presentada al *XXVI Congreso Nacional Colombiano de Derecho Procesal* (Bogotá, septiembre de 2005).

pechados los plazos procesales para las partes litigantes, hacer más angustiosa la labor abogadil, prohijar más y más creaciones procedimentales que terminaron por convertirse en verdaderas trampas para los litigantes, etcétera, etcétera[1].

A partir de 1983 —ya retirado del Poder Judicial cuyas filas integré durante exactos treinta y cinco años— descubrí desde el ejerció de la profesión de abogado que la verdadera razón de tanta recurrente ineficacia no se encontraba en los operadores del derecho, ni en el siempre escaso número de jueces, ni en los meandros procedimentales, sino en el *sistema mismo de enjuiciamiento*: el *inquisitivo* adoptado en todas partes aun a riesgo de incongruencia legislativa con el régimen constitucional. Desde entonces defendí soluciones diferentes y antagónicas con las que había sostenido poco tiempo antes[2] procurado la existencia de una relación lógica y coherente entre el texto de la Constitución y el de la ley.

En octubre de 2002 irrumpió con enorme fuerza similar pensamiento libertario: Juan Montero Aroca, desde España y accidentalmente en San José de Costa Rica[3], propició valientemente el alejamiento definitivo del sistema inquisitorial mediante la adopción de un claro sistema acusatorio que asegurara la presencia de un juez imparcial que garantizara la igualdad jurídica de los litigantes en un proceso cualquiera.

Creo que a partir de ese día cambió el mundo del derecho procesal, y, luego, más importante, desde la instauración de la polémica que se ha desarrollado en Italia y en la que han intervenido sucesivamente los profesores Verde, Cipriani y Monteleone, con la posterior réplica de Montero.

También creo que ha llegado el momento de intervenir en esa discusión y de que lo haga, primero, aprovechando la ocasión del XXVI

---

1 Todo esto puede ser visto en mi libro *El Juez: sus deberes y facultades* (Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1982) que hoy veo como un simple pecado de equivocación juvenil.

2 Así lo hice tímidamente y en completa soledad desde la cátedra y por medio de diversas publicaciones que pueden ser consultadas en las más variadas Revistas Jurídicas de la época.

3 En las *Jornadas* del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal celebradas en San José de Costa Rica a mediados del mes de octubre del año 2000.

Congreso Nacional Colombiano de Derecho Procesal y, después, generalizando el debate y refiriéndolo a los países Iberoamericanos, por creer que así mi participación puede adecuarse mejor a mis ideas actuales e intereses presentes.

### A) *La justicia Iberoamericana*

Empezaré haciendo una afirmación: los habitantes de todos los países que integran la región no estén conformes con su sistema de justicia.

Más allá del descontento generalizado de la gente y de la recurrente sensación de perpetuo desamparo que el hombre común sufre desde antaño cuando piensa en sus jueces o ve el resultado final que se presenta como sumatoria de todo lo que ellos hacen, la prensa amarilla —y la de cualquier otro color— que tanto incide en la formación de la opinión pública se encarga de recordarlo diariamente con total prolijidad y de hacer que, con ello, se profundice la ya insostenible situación que se vive.

El legislador procesal de todos nuestros países no atina a encontrar solución alguna que ponga definitivo final al problema pues se concreta a hacer continuas modificaciones a los regímenes vigentes en América que, en esencia, nada cambian. Con lo cual no se alcanza siquiera respiro alguno que lleve tranquilidad al hombre común de la calle.

A mi juicio, esto ocurre pues no se ha logrado realizar hasta ahora un diagnóstico auténtico y serio del gravísimo problema que nos aqueja y, por ende, aún estamos buscando soluciones que creo nos hallamos lejos de encontrar.

Como forma de brindar algún paliativo eficiente a tanto descontento, muchos jueces en América han comenzado a apartarse de la ley —en rigor, del orden jurídico imperante— produciendo con ello una profunda grieta en la jurisprudencia (particularmente, el argentino) que muestra hoy la existencia de variadas decisiones asistémicas: aparecen por doquier numerosas sentencias cuyos mandatos contrarían el texto expreso de la ley y, muchas veces, se presentan como definitivas no obstante no haber dado el juez actuante una audiencia previa al interesado que debe sufrir sus efectos.

Todo ello se realiza en pos de una difusa meta justiciera que quiere lograrse al amparo de nuevas ideas filosóficas que pregonan la existencia de un *postmodernismo* judicial que aconseja superar a cualquier precio la endémica ineficiencia del proceso.

De ahí que cierta doctrina actual propone con insistencia abandonar para siempre el método de debate conocido como *proceso* y suplantarlo con la mera sagacidad, sapiencia, dedicación y honestidad de la persona del juez, a quien cabe entregar toda la potestad de lograr autoritariamente esa justicia dentro de los márgenes de su pura y absoluta subjetividad. Cual el Cadí. Con esta base, muchos jueces pregonan la necesidad de resolver de inmediato toda suerte de litigio, con abandono de la previa y necesaria posibilidad de discusión.

A mi juicio, esta tesis —conocida en la sociología tribunalicia como *decisionismo judicial*[4]— ha hecho retroceder a la civilidad varios siglos en las conquistas constitucionales.

Para evitar esa disvalía, creo que lo que corresponde hacer es un diagnóstico que remarque y apunte —otra vez— que *la raíz del problema se encuentra en el sistema mismo de enjuiciamiento* —el inquisitivo— aplicado por los jueces en su tarea de hacer justicia mediante el hallazgo de la verdad real en cada caso concreto. Y, además, proclamar la necesidad de alejarse rápidamente de él y, con ello, evitar sus miasmas y calamidades, que han azotado a América durante más de quinientos años. Esto es lo que está haciéndose —precisamente— en materia penal en importante número de países que han adoptado el *sistema acusatorio de enjuiciamiento*.

Para ello, lo primero será advertir que el *proceso sólo es medio pacífico de debate* y que la función primordial de los jueces *es procurar y asegurar la paz social*, lo que sólo puede conseguirse garantizando la efectividad de los derechos subjetivos de todas las personas.

La tarea no es sencilla. Hay que fijar nuevos paradigmas, cambiar el modo de pensar el derecho que exhiben jueces y abogados, privilegiar —

---

4 Generadora, por ejemplo, de las *cargas dinámicas probatorias*, de las *medidas autosatisfactivas*, de la *tutela anticipada*, etc., etc.

y acatar— la Constitución por sobre la ley procesal, entender que todo lo atinente al valor *justicia* es de carácter relativo y que la búsqueda de la *verdad* —que tanto preocupa hoy a nuestros jueces— no es problema primordial del Derecho[5], cuya misión básica y elemental es lograr y mantener la paz de los hombres que conviven en un tiempo y lugar determinados.

Para dar un comienzo a tal propuesta es que presento esta *Ponencia* que, por cierto, no pretende afirmar una *Verdad* eterna e incontrovertible sino, muy modestamente, la *verdad* de quien esto escribe y, con ella, originar una discusión con todo quien esté interesado en hacerlo.

### *B) El inicio de nuevos tiempos*

Después de muchos años de silencio de estas ideas en Colombia, el reciente acceso del Presidente del *Instituto Colombiano de Derecho Procesal* —Doctor Jairo Parra Quijano— a la Presidencia del *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*, ha posibilitado la inauguración del debate tanto tiempo demorado vaya uno a saber por cuáles hasta ahora ocultas razones...

Que esto ocurra precisamente en Colombia y en este Congreso, resulta grato y aleccionador. Lo primero, pues me permite recordar la complaciente y respetuosa actitud que con el disenso mantuvieron desde siempre los dos grandes Hernandos de Colombia: Devis Echandía y Morales Molina. Lo segundo, porque muestra al mundo que la discusión de las posiciones antagónicas es posible y, además, necesaria para lograr algún día la instauración definitiva de la *idea de República* en nuestro

---

5 Si la *verdad* fuere realmente un problema jurídico primordial y su búsqueda la exclusiva o principal determinante de toda y de cualquiera actuación de los jueces, ¿podrían coexistir con él los institutos del sobreseimiento, de la absolución por la duda, de cualquier tipo de caducidad (de la instancia, de la producción de la prueba, etc.), de las cargas probatorias, de la congruencia procesal como clara regla de juzgamiento, de la prescripción liberatoria, de la cosa juzgada, de la imposibilidad de deducir excepciones relacionadas con la causa obligacional en la ejecución de títulos cambiarios, etc., etc.? La respuesta negativa es de toda obviedad...

sufrido continente, secularmente enfermo de tanto y tanto autoritarismo castrador de libertades civiles.

Para Parra Quijano, mi agradecimiento, junto con el de los que han sido sometidos durante tantos largos años al injusto exilio del silencio. Ahora falta que el debate salte del Instituto Colombiano al Instituto Iberoamericano

## 2. EL PROCESO: SU CAUSA Y RAZÓN DE SER

La necesidad de dar coherencia lógica al discurso me imponen empezar casi desde cero, y por ello es preciso volver al proceso y a su razón de ser.

### *A) La causa del proceso: el conflicto*

Toda explicación del tema debe pasar por una obligada referencia inicial a la *causa del proceso:* el *conflicto intersubjetivo de intereses*.

En esa tarea, creo que es fácil de imaginar que un hombre viviendo en absoluta soledad (Robinson Crusoe en su isla, por ejemplo) —no importa al efecto el tiempo en el cual esto ocurra— tiene al alcance de la mano y a su absoluta y discrecional disposición todo bien de la vida suficiente para satisfacer sus necesidades de existencia y sus apetitos de subsistencia. En tales condiciones es imposible que él pueda, siquiera, concebir la idea que actualmente se tiene del Derecho.

Fácil es también de colegir que este estado de cosas —si realmente existió— no puede presentarse permanentemente en el curso de la historia; cuando el hombre supera su estado de soledad y comienza a vivir en sociedad (en rigor, cuando deja simplemente de *vivir* para comenzar a *convivir*), aparece ante él la idea de *conflicto:* un mismo bien de la vida, que no puede o no quiere compartir, sirve para satisfacer el interés de otro u otros de los convivientes y, de tal modo, varios lo quieren contemporánea y excluyentemente para sí (comida, agua, techo, etcétera) con demérito de los apetitos o aspiraciones de alguno de ellos.

Surge de esto una noción primaria de obvia recurrencia en el plano de la realidad social: cuando un individuo (coasociado) quiere para sí y con exclusividad un bien determinado, intenta implícita o expresamente someter a su propia voluntad una o varias voluntades ajenas (de otro u otros coasociados): a esto le asigno el nombre de *pretensión*.

Si una pretensión es inicialmente satisfecha (porque frente al requerimiento "¡dame!" se recibe como respuesta "te doy"), el estado de convivencia armónica y pacífica que debe imperar en la sociedad permanece incólume. Y en este supuesto no se necesita el Derecho.

Pero si no se satisface (porque frente al requerimiento "¡dame!" la respuesta es "no te doy") resulta que a la pretensión se le opone una *resistencia*, que puede consistir tanto en un *discutir* como en un *no acatar* o, luego en el tiempo, en un *no cumplir un mandato vigente*.

El fenómeno de *coexistencia de una pretensión* y *de una resistencia* acerca de un mismo bien en el plano de la realidad social, recibe la denominación de *conflicto intersubjetivo de intereses*.

Hasta aquí he contemplado la idea de un pequeño e incipiente grupo social, en el cual los problemas de convivencia parecen ser acotados. Pero cuando el grupo se agranda, cuando la sociedad se convierte en nación, también se amplía —y notablemente— el campo conflictual, por razones que escapan a esta aplicación.

Si se continúa con la hipótesis anterior, ya no se tratará de imaginar en este terreno la simple exigencia de un "dame" con la respuesta "no te doy" sino, por ejemplo, de determinar si existe una desinteligencia contractual y de saber, tal vez, si hay incumplimiento de una parte, si ello ha sido producto de la mala fe, si es dañoso y, en su caso, cómo debe medirse el perjuicio, etcétera. El concepto sirve también para el campo delictual: ya se verá oportunamente por qué.

Como es obvio, el estado de conflicto genera variados y graves problemas de convivencia que es imprescindible superar para resguardar la subsistencia misma del grupo.

De ahí que se haya procurado desde siempre buscar sus posibles soluciones.

### *B) Las posibles soluciones del conflicto*

Planteada elementalmente la noción de conflicto como la de un fenómeno inherente a la convivencia, parece razonable imaginar que en los primeros tiempos se terminaba sólo por *el uso de la fuerza*: el más fuerte, el que ostentaba armas, el más veloz, hacía prevalecer su voluntad sobre el débil, el indefenso, el lento. Naturalmente esta solución se presenta como claramente disvaliosa pues el uso indiscriminado de la fuerza no asistida por la razón genera destrucción.

Por eso parece obvio que la fuerza debe ser erradicada de modo imprescindible para lograr la sobrevivencia de la sociedad misma como tal, pues descarto que el bíblico triunfo de David en su desigual lucha contra Goliath es una mera anécdota muy difícil de repetir en la historia: la regla es siempre igual: el pez grande se come al chico.

No creo que haya posibilidad histórica cierta de saber cómo hizo el débil para convencer al fuerte en el sentido de eliminar el uso de la fuerza y suplantarla por un medio no violento: el *uso de la razón*.

En otras palabras: cómo hizo para lograr que la *fuerza de la razón* sustituyera a la *razón de la fuerza*, reemplazando el brazo armado por la palabra, que ostenta claramente —como medio de discusión— la innegable ventaja de igualar a los contendientes.

Pero es indudable que ello ocurrió en algún momento de los tiempos. Y al aceptar todos los coasociados la posibilidad de *dialogar*, surgió como natural consecuencia la probabilidad de autocomponer sus conflictos pacíficamente, sin uso de armas o de fuerza.

Sin embargo, no pudo prescindirse definitivamente del uso de la fuerza, siendo menester aceptarla cuando su equivalente —el proceso— llegaría tarde para evitar la consumación de un mal cuya existencia no se desea.

El diálogo posibilitó la *autocomposición* y, con ella, las variadas formas imaginables para terminar un conflicto:

a) se *disuelve* por los propios interesados, directa o indirectamente o

b) se *resuelve* por acto de autoridad, legal (juez) o convencional (árbitro).

Y no hay otra posibilidad, como luego se advertirá.

En todo caso de *resolución* se configura la *heterocomposición*, que puede ser *privada* (arbitraje o arbitramento) o *pública* (pura o no conciliativa)

Este último caso es un medio unilateral cuya iniciación depende sólo de la voluntad del pretendiente: ante la falta de satisfacción de su pretensión por parte del resistente, el pretendiente ocurre ante el órgano de justicia pública requiriendo de él la sustanciación de un proceso susceptible de terminar en sentencia que acoja su pretensión.

### C) *La razón de ser del proceso*

Si la *idea de proceso* se vincula histórica y lógicamente con la necesidad de organizar un método de debate dialogal y se recuerda por qué fue menester ello, surge claro que *la razón de ser del proceso no puede ser otra que la erradicación de la fuerza en el grupo social*, para asegurar el mantenimiento de la paz y el respeto de las normas que al regular la convivencia atribuyen derechos a las personas, derechos que el Estado-juez debe garantizar a todos sus titulares[6/7].

---

6 Parece claro que la misión de un *juez pacificador*, dador de paz social, es mucho más importante que la de un *juez investigador de la verdad* (en rigor, *de su verdad* y no de *la Verdad*, imposible de alcanzar por cualquier hombre). Por eso es que no comparto lo que frecuentemente se dice de su objeto o razón de ser.

7 Empero —y esto es obvio— la idea de fuerza no puede ser eliminada del todo en un tiempo y espacio determinado, ya que hay casos en los que el Derecho, su sustituto racional, llegaría tarde para evitar la consumación de un mal cuya existencia no se desea: se permitiría así el avasallamiento del atacado y el triunfo de la pura y simple voluntad sin lógica.

Tal circunstancia hace posible que, en algunos casos, la ley permita a los particulares utilizar cierto grado de fuerza que, aunque ilegítima en el fondo, se halla *legitimada* por el propio derecho. Por ejemplo, si alguien intenta despojar a otro de su posesión, puede éste oponer —para rechazar el despojo— una fuerza igual o proporcional a la que utiliza el agresor.

Al mismo tiempo, y esto es importante de comprender, el Estado (entendido en esta explicación como el todo de la congregación social ya jurídicamente organizada) también se halla habilitado —por consenso de sus coasociados— para ejercer actos de fuerza, pues sin ella no podría cumplir su finalidad de mantener la paz.

Así concebido, debo remarcar que el *proceso no es meta a cumplir o lograr* sino, en cambio, *método para llegar a una meta*. De tal forma, se presenta lógicamente como un *instrumento neutro* para la consecución de su objeto: la sentencia.

*Por eso es que el mejor intento de hacer justicia en un caso concreto no puede vulnerar el método mismo de la discusión*. De así hacerlo y, a raíz de ello, un juzgador privilegiare la obtención de la meta por sobre la legitimidad del método, estaría dando razón postrera a Maquiavelo: *el fin justifica los medios*. En el proceso no todo vale.

### *D) El concepto de proceso*

El método precedentemente señalado consiste en una secuencia o serie invariable de actos que se desenvuelven progresivamente y están dirigidos a obtener la resolución de un litigio mediante un acto de autoridad. Lo más importante de recalcar acerca de la serie es que, con ella, el juez puede *igualar jurídicamente*[8] a quienes son *naturalmente desiguales*.

Y para ello, cualquier normación del método debe estar orientada por dos principios cardinales de irrestricta vigencia: *la igualdad de las partes* y *la imparcialidad del juzgador*.

Si ellos no se respetan en cualquiera y en todo caso, se estará frente a un proceso aparente y no ante uno verdadero que, en su esencia, exige la concurrencia de ciertos principios que describiré seguidamente.

---

Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de *ejecutar compulsivamente una sentencia*: ¿qué otra cosa sino *uso de la fuerza* es el acto material del desahucio, del desapoderamiento de la cosa, de la detención de la persona, etcétera?
Realmente, esto se presenta como una rara paradoja: para obviar el uso de la fuerza en la solución de un conflicto, se la sustituye por un debate dialogal que termina en una decisión final que —a su turno— originará un acto de fuerza al tiempo de ser impuesta al perdidoso en caso de que éste no la acate y cumpla espontáneamente.

8 Atención: es la única igualdad que puede lograrse y se efectiviza mediante la bilateralidad de la audiencia: todo lo que una de las partes afirme o intente probar respecto de la otra, debe ser puesto en conocimiento de ella para que haga o diga lo que quiera al respecto.

## 3. LOS PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN Y DEFINEN AL *PROCESO COMO MÉTODO*

Para comprender el tema, lo primero que cabe hacer es aclarar qué se entiende por *principio*: se trata simplemente de un punto de partida. Así como nadie puede caminar *hacia ninguna parte* (siempre que lo haga tomará una dirección: hacia adelante, hacia atrás, etcétera), ese punto de partida debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr al llegar (en el derecho privado esto se llama *causa eficiente* y *causa fin)*.

Si lo que se desea es regular un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad ante un tercero que heterocompondrá el litigio, formular los *principios* necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser *imprescindiblemente* respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema.

Así concebidos, los *principios procesales* —propiamente dichos, sin importar ahora las denominaciones erróneas que se consignan habitualmente en la doctrina— son sólo cinco[9]. A los fines de este trabajo me ocuparé de los dos que hacen a la *esencia misma del proceso*: la igualdad de los parciales y la imparcialidad del juzgador.

### A) *El principio de igualdad de las partes*

Esencialmente, todo proceso supone la presencia de dos sujetos (carácter *dual* del concepto de parte) que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia).

Parece claro que, como ya se dijo, si ello no ocurre se está ante un simple procedimiento y no ante un proceso pues si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, igualar jurídicamente las diferencias naturales que irremediablemente

---

9 La doctrina contemporánea acepta que son: 1) la *igualdad* de las partes litigantes; 2) la *imparcialidad* del juzgador; 3) la *transitoriedad* del proceso; 4) la *eficacia* de la serie procedimental y 5) la *moralidad* en el debate

separan a los hombres, es consustancial a la idea lógica de proceso el que el debate[10] se efectúe *en pie de perfecta igualdad*[11].

Tan importante es esto que todas las constituciones del mundo consagran de modo expreso el *derecho de igualdad ante la ley*, prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican clara desigualdad: prerrogativas de sangre y de nacimiento, títulos de nobleza, fueros personales, etcétera, y admitiendo otras que permiten paliar la desigualdad: el libre acceso a los tribunales de quienes carecen de los medios económicos suficientes para ello, la defensa de oficio, etcétera[12].

En el campo del proceso, *igualdad* significa *paridad de oportunidades* y *de audiencia*; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento *similar* a ambos contendientes.

La consecuencia natural de este principio es la regla de la *bilateralidad* o *contradicción*: cada parte tiene el irrestricto derecho de ser oída respecto de lo afirmado y confirmado por la otra. En otras palabras: igualdad de ocasiones de instancias de las partes.

---

10 Insisto recurrentemente en que el debate procesal es *lucha*, no un paseo alegre y despreocupado de las partes tomadas de la mano y caminando por el parque. Por tanto, los contendientes —protagonista y antagonista- no están interesados en *la búsqueda de la verdad* (que, generalmente, conocen bien) ¡sino en *ganar* en lo pretendido o en lo resistido!

11 SI no se acepta la imprescindible necesidad que tienen ambas partes de discutir en situación de exacta igualdad jurídica y, por tanto, se mantiene en el proceso la natural desigualdad humana, ¿para qué hemos adoptado el proceso como método de debate? ¿No es ello una simple hipocresía? ¿No es más fácil y honesto continuar la antigua tradición del uso de la fuerza?

12 Eso es, precisamente, lo que ocurre cuando no se trata de privilegiar la riqueza o la nobleza de sangre sino la pobreza, la minoridad, la indianidad, etc. Esto, que ocurre habitualmente en el sistema *inquisitivo* de enjuiciamiento, no existe ni puede existir en un sistema *acusatorio* puro, porque lo que interesa es que no se rompa jamás el fiel de la balanza. ¡Ni para un lado ni para el otro!

### *B) El principio de imparcialidad del juzgador*

De tanta importancia como el anterior es éste, que indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte *(impartialidad)*[13] ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo[14]; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio *(imparcialidad)* y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes *(independencia)*.

Esto que se presenta como obvio —y lo es— no lo es tanto a poco que el lector quiera estudiar el tema en las obras generales de la asignatura. Verá en ellas que, al igual que lo que acaece con el concepto de *debido proceso*, la mayoría se maneja *por aproximación* y nadie lo define en términos positivos. En realidad, creo que todos —particularmente los magistrados judiciales— sobreentienden tácitamente el concepto de imparcialidad pero —otra vez— nadie afirma en qué consiste con precisión y sin dudas. Por eso es que se dice despreocupada —y erróneamente— que los jueces del sistema inquisitivo pueden ser y de hecho son imparciales en los procesos en los cuales actúan[15].

---

13 Adelanto algo sobre lo cual insistiré luego. Si el juez no puede asumir el papel de parte en razón de su impartialidad, es obvio que no puede ni debe hacer las cosas propias de las partes procesales y que hacen a la esencia de sus calidades. Y así, no ha de afirmar pretensiones, ni introducir hechos, ni probar los hechos que han afirmado otros...

14 Por eso es, precisamente, que en el sistema inquisitivo no se puede hablar con propiedad de una *imparcialidad judicial* en razón de que el juez es, al mismo tiempo, el acusador... Es decir: *juez y parte*. Idéntica reflexión cabe hacer respecto del juez de lo civil dentro del sistema que le permite subrogar a la parte procesal en la tarea de probar.

15 Los jueces de América en general no han sido preparados para actuar con imparcialidad. En rigor, una gran mayoría ignora en qué consiste esa cualidad, así como cuál es su verdadera esencia o las variadas situaciones en las cuales el concepto queda vulnerado y, con él, la garantía del *debido proceso*.
Antes bien, la cultura paternalista que han instaurado en América los jueces que se sienten *autoridad* y no meros *hacedores de la paz social por la garantía de los derechos de los ciudadanos*, nos ha impuesto los parámetros autoritarios que rigen desde siempre en este sufrido sur del continente. Y ello hace que los jueces en

general —por cierto que con la mejor buena fe— vean como correctas las actitudes propias que cumplen a diario para tratar de *igualar la desigualdad natural* de las partes procesales en homenaje —otra vez— a una difusa meta de Justicia que bien pueden llegar a lograr. Pero ilegítimamente.

El problema surge, a no dudar, del doble papel protagónico de *juez y parte* que el sistema inquisitivo acuerda al juzgador.

Así ocurre hasta hoy en la mayor parte de América con los jueces laborales y los jueces de menores, encargados desde siempre de obviar la desigualdad del trabajador frente al patrón y la del menor en situación de abandono, cuyo interés superior deben privilegiar a todo trance.

Estoy convencido de que esa notable *desigualdad real* debe ser paliada. Pero no por el juez, encargado final de asegurar la *igualdad jurídica* de las partes procesales. Antes bien, podrá ser cuidada por defensores *ad hoc*, por asesores en el litigio que procedan promiscuamente con los representantes de los menores y de los trabajadores, por muchos y variados funcionarios —acepto a todos los que imagine el lector— quienes se dediquen con exclusividad a ello. Pero insisto: nunca por el juez pues, al desnivelar la igualdad jurídica para lograr una supuesta y nunca alcanzable igualdad real, logra sólo desequilibrar el fiel de la balanza de la Justicia y hacer ilegítima su sentencia. Por justa que sea en los hechos... y para el sentir del propio juzgador.

Tal vez toda esta execrable actitud paternalista provenga de mal copiar sin meditarlo la función de los jueces penales que procesan y juzgan en el sistema inquisitivo, en el cual tienen el deber de aplicar siempre la ley más benigna y de introducir oficiosamente el conocimiento de hechos que configuran excepciones cuando el reo no las ha opuesto (por ejemplo, lo sobreseen por amnistía no obstante que el amnistiado no haya hecho valer la respectiva defensa en el juicio).

Como cruel corolario final de toda esta exposición, recuerdo que habitualmente soy interrogado por algunos jueces que, aceptando mis parámetros interpretativos y académicos, afirman no compartirlos en el campo de la Justicia, pues ese criterio aséptico de la imparcialidad que pregono no sirve para prevenir la desigualdad de la parte más débil que no pudo contratar al abogado de renombre que asiste a su contrario y, por eso, deben ayudar para que el joven y poco preparado letrado efectúe una defensa correcta y, llegado el caso, suplirlo (con lo cual la ayuda ya no es para la parte débil sino para el abogado ignorante).

Estas actitudes duelen al Derecho y, a poco que se las analice, repugnan a la legitimidad procesal.

Para empezar, de nada vale ser buen abogado para estos jueces justicieros que, en lo que creen su augusta misión, igualan hacia abajo.

Por esto mismo es que el joven abogado no se prepara adecuadamente: no sólo no le sirve —pues así es como logra la ayuda del juez— sino que, tragicómicamente, el estudio conspira contra sus propios intereses: cuando sea un letrado reconocido y capaz de abogar como Dios manda, el juez tomará partido seguro por el adversario joven e inexperto, ignorante y chapucero...

¿Se advierte cómo y cuánto se iguala hacia abajo y, a la postre, se perjudica a todo el sistema de Justicia?

Pero hay algo más: la palabra *imparcialidad* significa varias cosas diferentes a la *falta de interés* que comúnmente se menciona en orden a definir la cotidiana labor de un juez. Por ejemplo, exige una definitiva:

- ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos) respecto de las partes litigantes y del objeto litigioso,
- independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo,
- no identificación con alguna ideología determinada,
- completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno,
- y a la influencia de la amistad, de odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etcétera.
- Y también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso
- y evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción
- así como de fallar según su propio conocimiento privado el asunto.
- Tampoco debe tener temor al qué dirán, ni al apartamiento fundado de los precedentes judiciales, etcétera.

Si bien se miran estas cualidades definitorias del vocablo, la tarea de *ser imparcial* es asaz difícil pues exige absoluta y aséptica[16] neutralidad[17],

---

Lo que habría que hacer cuando una parte está mal defendida es ordenar el cambio de abogado —claro que esto es fuerte, aunque se use habitualmente en los países que pertenecen al *common law*— o, más livianamente, *ordenar una asistencia letrada al letrado que la necesita*. En este sentido hay norma expresa en muchas legislaciones (por ejemplo, ver la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, Argentina).

16 Si bien la voz *asepsia* significa *ausencia de materia productora de descomposición o de gérmenes que pueden producir infecciones o enfermedades*, por extensión se dice que *aséptico* es quien *no muestra ninguna emoción ni expresa sentimientos*.

17 Es la actitud o comportamiento del que no se inclina por ninguna de las dos partes que intervienen en un enfrentamiento ni las beneficia ayudando a forzar la solución pretendida por una de ellas.

que debe ser practicada en todo supuesto justiciable con todas las calidades que el vocablo involucra[18].

## 4. LA IRRUPCIÓN DEL MÉTODO INQUISITORIAL EN EL CAMPO JURÍDICO

El diseño triangular del proceso que imaginó la civilidad auténtica para lograr la paz de los pueblos y que rigió desde que la *razón de la fuerza* fue trocada por *la fuerza de la razón*, con un juez que aseguraba la igualdad de los parciales con su propia imparcialidad, cambió por contingentes razones políticas que no han sido superadas hasta hoy[19].

Sabido es que, a raíz de lo actuado en el Concilio de Letrán (1215), se inauguró una organización que se dedicó a la búsqueda de pecadores (la llamada *Inquisición episcopal)* y que luego se impuso la meta de descubrir delitos eclesiales (la llamada *Inquisición papal* o *Inquisición medieval)* para terminar investigando delitos seglares (mediante la conocida como *Inquisición española)*.

Y con ello se generó un nuevo método de enjuiciamiento —por supuesto, penal— muy alejado en su estructura de aquél que la pacificación de los pueblos supo conquistar y que ya presenté con una *figura triangular* que siguió practicándose para todo lo que no fuera delito[20].

---

18 Insisto vehementemente en esto por cuanto los jueces del sistema inquisitivo sostienen siempre —y creo que con absoluta buena fe— que actúan con una *imparcialidad funcional* que nada tiene que ver con la *imparcialidad personal* o *espiritual* que, de existir, no empañaría a aquélla. Frase similar se lee en *Los miserables*, dicha por el Inspector Javert para justificar su tenaz persecución al desgraciado Jean Valjean: cuando el policía descubre que no es así, se suicida.

19 Y lo peor es que no lo sabemos, pues nos ha sido ocultado durante siglos. Hoy, después del valiente reconocimiento hecho por S.S., Juan Pablo II, en la Bula *Incarnationis misterium*, donde refiere a la necesidad de *purificar la memoria*, ya es hora de que quienes somos católicos asumamos los horrores del pasado y mostremos a las generaciones venideras de dónde viene el pérfido método de enjuiciamiento que rige actualmente en casi todos los países de América latina.

20 La idea triangular ya aparece en la Ley X, Título IV, Partida III de Alfonso el Sabio, donde textualmente se lee: "Cómo el juzgador se debe guardar de no oír su

Porque ese método era practicado por una organización conocida como *Inquisición*, pasó a la historia con el nombre de *método inquisitorio* (opuesto a *acusatorio*) *o inquisitivo* (opuesto a *dispositivo*). Y así se lo conoce hasta hoy como sistema de enjuiciamiento. Veamos ahora en qué consistía.

El propio pretendiente, convertido ahora en *acusador* de alguien (a quien seguiré llamando *resistente* para mantener la sinonimia de los vocablos utilizados) le imputaba la comisión de un delito. Y esa imputación —he aquí la perversa novedad del sistema— *la hacía ante él mismo* (atención: no ante un *tercero*) como encargado de juzgarla oportunamente.

Por cierto, si el acusador era quien *afirmaba* (comenzando así con el desarrollo de la serie) resultaba elemental que sería el encargado de *probarla*. Sólo que —otra vez— por sí y ante sí, para poder juzgar luego la imputación después de haberse convencido de la verdad de la propia imputación.

Por obvias razones, este método de enjuiciamiento no podía hacerse en público. De allí que las características propias del método eran:

- el juicio se hacía por escrito y en absoluto secreto;
- el juez era la misma persona que el acusador y, por tanto, el que iniciaba los procedimientos, bien porque: a él mismo se le ocurría (así su actividad comenzó a ser *oficiosa* o *propia de su oficio*) o porque admitía una denuncia nominada o anónima (ello quedó escondido en la idea del *accionar oficioso*);
- como el mismo acusador debía juzgar su propia acusación, a fin de no tener cargos de conciencia (que, a su turno, también debía

---

pleito mismo, ni otro de que él hubiese sido abogado o personero pues Juez, e demandador, e demandado, son tres personas que conviene que sean en todo pleito que se demande por juicio. Y por eso decimos que ningún juzgador no puede, ni debe oír ni librar pleito sobre cosa suya, o que a él pertenezca, porque no debe un hombre tener lugar de dos, así como de juez y demandador". Si bien se mira esta afirmación, parece claro que de ella sale la idea de que no se puede ser juez y parte al mismo tiempo pues, si así es y el acusador es el propio juez, sólo Dios puede actuar como defensor para evitar una obvia condena!

confesar para no vivir en pecado) buscó denodadamente la prueba de sus afirmaciones, tratando por todos los medios que el resultado coincidiera estrictamente con lo acaecido en el plano de la realidad social;

- para ello, comenzó entonces la búsqueda de *la verdad real*;
- y se creyó que sólo era factible encontrarla por medio de la *confesión*; de ahí que ella se convirtió en la reina de las pruebas (la *probatio probatissima)*;
- y para ayudar a lograrla, se instrumentó y reguló minuciosamente la tortura.

Como se ve, método radicalmente diferente al que imperó en la historia de la sociedad civilizada.

Pues bien: con este sistema de procesamiento feroz, se asentaron tribunales inquisitoriales *(Santo Oficio)* principalmente en Francia, Italia y España (desde donde luego llegaron a América)[21]. Y sus enseñanzas y prácticas fueron adoptadas por el mayor absolutismo europeo de finales del siglo XVIII[22], a lo largo del XIX y por los grandes movimientos autoritarios que generaron dictaduras que no deben ser olvidadas[23].

La legislación española —por su lado— partió de los antecedentes inquisitoriales que se entronizaron en la península Ibérica desde el siglo XIII y llega hasta la ley actual (Ley 1 del año 2000).

---

21 Note el lector que la Inquisición jamás logró entrar como institución a la Gran Bretaña, lo que explica ejemplarmente su propio y disímil método de procesamiento por todos conocido.

22 Me refiero al *Reglamento Josefino* de 1781 dictado por José II (Emperador germano y co-Regente de los Estados de los Habsburgos.

23 Hablo de las de Francisco José I, Emperador austrohúngaro con el *Código* que le hizo su Guardasellos Franz Klein en 1895 para que fuera utilizado como medio de *control social* de las minorías revoltosas húngaras; y de Adolfo Hitler (Leyes de 1933 y de 1941), de Benito Mussolini (*Códice di Procedura Civile* italiano de 1940) y de José Stalin (*Código de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas* de 1979), que lo utilizaron como claro medio de opresión.

Con las mismas exactas características pasó a toda América latina, donde sobrevive en lo penal[24] y en lo civil.

## 5. EL RETORNO AL MÉTODO TRADICIONAL DE DEBATE POR SU ADOPCIÓN EN LAS CONSTITUCIONES DE TODA AMÉRICA: EL *ACUSATORIO*

Paralelamente a lo recién narrado, y a raíz de la notable influencia que tuvo en el mundo la Carta Magna de 1215 y, luego, la Revolución Francesa de 1789, el vasto y notable movimiento constitucionalista que se afincó en el mundo generó el concepto aún no debidamente elaborado de *debido proceso* como un claro derecho constitucional de todo particular y como un deber de irrestricto cumplimiento por la autoridad.

El sintagma lució novedoso en su época pues, no obstante que la estructura interna del proceso —que ya he mostrado como una serie consecuencial— aparece natural y lógicamente en el curso de la historia con antelación a toda idea de *Constitución*, las cartas políticas del continente no incluyen «en su mayoría» la adjetivación *debido*, concretándose en cada caso a asegurar la *inviolabilidad de la defensa en juicio* o un *procedimiento racional y justo*.

Más acá de la Carta Magna, el origen generalmente aceptado de la palabra *debido* se halla en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, al establecer los derechos de todo ciudadano en las causas penales[25].

---

[24] Salvo varios países que ya han adoptado el único método constitucional de juzgamiento: el *acusatorio* (por ejemplo, Nicaragua, Chile, Provincia de Buenos Aires en Argentina, etc.)

[25] Dice en su parte pertinente que no podrá "someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, no se le privará de la vida, la libertad o la propiedad *sin el debido proceso judicial*."

Este mandato figura nuevamente en el texto de la Decimocuarta Enmienda *(ahora como restricción al poder de los Estados)* donde se utilizan palabras similares[26].

Al igual que las de otros países, la Constitución argentina no menciona la adjetivación *debido*. Tal vez por esa razón o por la imprecisión terminológica que sistemáticamente emplean los autores que estudian el tema, la doctrina en general se ha abstenido de definir en forma *positiva* al *debido proceso*, haciéndolo *siempre negativamente*: y así, se dice que *no es debido proceso legal* aquel por el que —por ejemplo— se ha restringido el derecho de defensa o por tal o cual otra cosa. Esto se ve a menudo en la doctrina que surge de la jurisprudencia de nuestros máximos tribunales.

Veamos ahora la descripción del *sistema acusatorio*: es un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en igualdad jurídica asegurada por un tercero imparcial que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida.

Es valor entendido por la doctrina mayoritaria que un proceso se enrola en el sistema dispositivo cuando las partes son dueñas absolutas del impulso procesal (por tanto, ellas son quienes deciden cuándo activar o paralizar la marcha del proceso), y son las que fijan los términos exactos del litigio a resolver afirmando y reconociendo o negando los hechos presentados a juzgamiento, las que aportan el material necesario para confirmar las afirmaciones, las que pueden ponerle fin al pleito en la oportunidad y por los medios que deseen.

Tal cual se ve, priva en la especie una filosofía absolutamente liberal que tiene al propio *particular* como centro y destinatario del sistema.

Como natural consecuencia de ello, el juez actuante en el litigio carece de todo poder impulsorio, debe aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes así como conformarse con los medios probatorios que ellas aportan y debe resolver ajustándose estrictamente a lo que es

---

26 "...ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin *el debido procedimiento jurídico*".

materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas[27].

Este antiguo sistema de procesamiento es el único que se adecua cabalmente con la idea lógica de *proceso*, como fenómeno jurídico irrepetible que une a tres sujetos en una relación dinámica.

Pero no sólo al litigio puramente civil se aplicó este sistema en el pasado remoto: existen noticias que muestran a este fenómeno respecto de la materia penal en las antiguas repúblicas de Grecia y en la misma Roma, en la época de los Comicios.

Y es que la primitiva concepción del juicio penal exigía que fuera iniciado por un *acusador* (ya que prevalecía el interés particular del ofendido y sus parientes) quien actuaba contra el reo ante la persona que oficiaba como juzgador.

Tanto es así que lo que hoy podría llamarse *proceso penal común* fue *acusatorio* desde antes del Siglo XII en numerosos países de Europa.

Para la mejor comprensión del tema en estudio, cabe recordar que el sistema *dispositivo* (en lo civil) o *acusatorio* (en lo penal), se presenta históricamente con los siguientes rasgos caracterizadores:

- el proceso sólo puede ser iniciado por el particular interesado. *Nunca por el juez*;
- el impulso procesal sólo es dado por las partes. *Nunca por el juez*;
- el juicio es *público* salvo casos excepcionales;
- existe paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias entre actor (o acusador) y demandado (o reo)
- y el juez es un tercero que, como tal, es *impartial* (no parte), *imparcial* (no interesado personalmente en el resultado del litigio) e *independiente* (no recibe órdenes) de cada uno de los contradictores. Por tanto, el juez es persona *distinta* de la del acusador;

---

[27] Por tanto: si las partes aceptan de consumo un hecho y, así, tal hecho está fuera del litigio, el juez debe aceptarlo aunque no le guste y le conste que no coincide con lo verdaderamente acaecido en el plano de la realidad social.

- no preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la *verdad real* sino que, mucho más modesta pero realistamente, procura lograr el mantenimiento de la paz social fijando hechos litigiosos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley. Por tanto, no se ocupa de probar hechos litigiosos;
- nadie intenta lograr la *confesión* del demandado o imputado, pues su declaración es un *medio de defensa y no de prueba*, por lo que se prohíbe su provocación (absolución de posiciones o declaración indagatoria);
- correlativamente exige que, cuando la parte desea declarar espontáneamente, lo haga sin mentir. Por tanto, castiga la falacia[28];
- se prohíbe la tortura;
- el imputado sabe siempre de qué se lo acusa
- y quién lo acusa
- y quiénes son los testigos de cargo;
- etcétera.

A mi juicio, todo ello muestra en su máximo grado la garantía de la plena libertad civil para el demandado (o reo).

## 6. EL DIVORCIO DE LA LEY Y DE LA CONSTITUCIÓN EN MATERIA PROCESAL

Como se ha visto en los epígrafes anteriores, la figura central del sistema inquisitivo *es* el propio Estado (el juez), lo que revela por sí solo

---

[28] No como ocurre en los países de América, en los que la declaración ante el juez muestra una suerte de divertido deporte de las partes procesales, en absurda posición de descarada mentira. Claro está, esto se hace por indebida interpretación de la garantía constitucional que establece que nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo.

su carácter *totalitario*. En cambio, el eje central del sistema *dispositivo* es el *hombre* actuando en calidad de litigante.

¿Hace falta que insista en la afirmación que he hecho *supra* acerca del irreconciliable divorcio que existe entre la Constitución y la ley? Tanto es así que, para terminar, debo recordar que *todos* los gobiernos autoritarios que hubo en la Argentina desde el año de 1930 hasta el de 1983[29], *derogaron la Constitución nacional* o *la subordinaron a Reglamentos y Estatutos Revolucionarios*. Paradójicamente, en cambio, *todos ellos mantuvieron vigentes las leyes procedimentales que toleraban sus actuaciones autoritarias*.

No se piensa, acaso, que el *secreto del sumario*, la *declaración indagatoria*, la recurrente *actuación oficiosa*, etcétera, concurrieron en alguna medida al genocidio de miles de argentinos...? ¿Hubiera sido todo ello posible en un régimen procesal apegado al texto de la Constitución[30]? Ruego al lector dar honesta respuesta intelectual y moral a estos interrogantes.

Y si se me contesta —tan sólo— que *pudo ser posible* que el método perverso coadyuvara a tan atroz resultado, me daré por satisfecho con la demorada exposición hasta aquí realizada y me convenceré aún más de que debe legislarse para la *generalidad de los posibles juzgadores* y no sólo para *los buenos que hoy se cuentan por montones*.

La aceptación que se haga respecto de la existencia de ese divorcio entre ley y Constitución llevará de la mano a un corolario elemental

---

29 Me refiero a los encabezados por el General Uriburu (1930), por el General Ramírez (1943), por el General Farrell (1944), por el General Aramburu (1955), por el Dr. Guido (tras de quien se escondían varios Generales) (1962), por el General Onganía (1966) y por el General Videla (1976).

30 En rigor de verdad, ello no ha sido posible en la Argentina desde 1930 en adelante y, particularmente, desde 1943. Cabe recordar aquí que las legislaciones de todos los totalitarismos europeos fueron desmanteladas con la pérdida de las respectivas guerras que sufrieron en diferentes épocas (por ejemplo, después de Nürenberg, no quedó una sola ley nazi en Alemania). El totalitarismo argentino no sufrió la pérdida de una guerra de conquista o de venganza, en las cuales los vencedores se preocupan por desarticular el sistema legal del vencido. Cual acaba de pasar en Irak.

forzoso: si la primera consagra un método de juzgamiento y la segunda —ley superior— otro, la ley procesal es francamente inconstitucional.

De ahí que haya que efectuar notable replanteo de los conceptos que actualmente manejamos acerca del sintagma *imparcialidad judicial* y, particularmente, cuando lo aplicamos a la actividad probatoria.

## 7. LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL Y LA ACTIVIDAD PROBATORIA DEL JUEZ

Si al momento de sentenciar, el juez ignora a quién debe dar la razón cuando se encuentra con versiones antagónicas entre sí y que han sido esgrimidas acerca de un mismo hecho por ambas partes en litigio, es menester proporcionarle legalmente reglas claras a las cuales deba sujetarse en el supuesto de no lograr convicción acerca de la primacía de una de las versiones por sobre la otra. Y ello en razón de que, para respetar su calidad de imparcial —y de la misma forma que le está prohibido fallar a base del conocimiento personal que tiene de los hechos a juzgar— él no puede asumir la incumbencia probatoria que le corresponde sólo a las partes procesales conforme el sistema acusatorio al cual refiere la Constitución.

Debo recordar aquí que el problema de determinar quién debe aportar al proceso la prueba de los hechos afirmados por una de las partes y negados por la otra (itero que esos son los *hechos controvertidos*) es tan antiguo como el derecho mismo y ha preocupado por igual a la doctrina y a la jurisprudencia de todos los tiempos.

Parece ser que en los juzgamientos efectuados en los primeros períodos del desenvolvimiento del derecho romano, el pretor o el magistrado —luego de conocer cuáles eran los hechos susceptibles de ser probados— convocaba a las partes litigantes a una audiencia para establecer allí a quién le incumbía hacerlo sobre la exclusiva base de *la mejor posibilidad de probar* cada uno de los hechos controvertidos.

De aquí en más pesaba en el propio interés particular de cada litigante el confirmar el hecho atribuido por el magistrado, so pena de tenerlo por inexistente al momento de sentenciar.

Llegada la oportunidad de resolver el litigio, si el magistrado encontraba que carecía de *hechos* (en rigor de verdad, de prueba acerca de esos hechos) o de *norma* que pudiera aplicar clara y directamente al caso, pronunciaba una frase que terminaba el proceso dejando subsistente el conflicto que lo había originado.

A este efecto, decía *non liquet* —no lo veo claro[31]— y, por ello, se abstenía de emitir sentencia (si bien se piensa ese *no juzgamiento* es lo que se conoce doctrinalmente con el nombre de *sobreseimiento*).

Pero en algún momento de la historia fue menester cambiar la pauta relativa a la *mejor posibilidad o facilidad de probar* pues ella estaba —está— conformada por criterios de *pura subjetividad* y, por ende, de *total relatividad:* adviértase que lo que puede resultar fácticamente sencillo de hacer para uno puede ser imposible para otro.

Cuando el pretor dejó de establecer en cada caso concreto a quién incumbía la tarea de confirmar a base de la facilidad que tenía para hacerlo y se generó una regla de carácter general, la cosa cambió: ahora, la incumbencia de probar comenzó a pesar exclusiva y objetivamente en cabeza del propio actor o pretendiente (en rigor, quien había *afirmado el hecho litigioso* y no del que lo había negado, por sencillo que le resultara "probar" lo contrario). Y ello quedó plasmado en el brocardo *el que afirma, prueba*, de uso judicial todavía en la actualidad.

A mediados del siglo XIX, el codificador argentino advirtió el grave problema que entraña la posibilidad de emitir un pronunciamiento *non liquet* y decidió terminar con ella. Y así, estableció en el art. 15 del Código Civil que "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes". Otro tanto ha ocurrido en casi todos los países de América latina.

No obstante tal disposición, el problema se mantuvo idéntico hasta hoy, pues la norma transcrita resolvió qué hacer en caso de *carencia de norma* pero dejó irresuelto el supuesto de *carencia de hechos* o, mejor aún, de *carencia de prueba acerca de esos hechos*. Y ello porque la regla que

---

31 *Nihil habere quod liqueat:* no sacar nada en claro.

establece que *el que afirma, prueba* resultó incompleta por su excesiva latitud[32]. Otro tanto ocurre respecto del llamado *hecho negativo*[33].

Ya que, según se ve, el problema no fue resuelto por el codificador, la doctrina procesalista ha debido encarar el tema y buscar su solución a base de pautas concretas y de pura objetividad. Para ello se han sustentado diversas teorías, defendidas y criticados con ahínco por los estudiosos que se han ocupado del tema y de las cuales no puedo ocuparme en este trabajo.

En general, nada de ello ha servido para hacer sencilla la regla de juzgamiento implícita en la determinación de la incumbencia de la carga de confirmar. Antes bien, todas las tesis reseñadas han sido desinterpretadas por la jurisprudencia, generando así algunas veces un caos evidente que resulta imposible de soportar.

A mi juicio, la mejor forma de explicar el tema se ha logrado a partir de la aplicación de la regla que carga la tarea a *cada una de las partes respecto de los presupuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable* (esta tesis ha sido recibida y es norma expresa en la mayoría de las legislaciones contemporáneas). En rigor de verdad, si se comprende sistémicamente su significado y no se la deforma para forzar su aplicación, la norma que consagra esta teoría es más que suficiente para que todo el mundo sepa a qué atenerse;

A este fin, desde antaño se distribuye dicha carga respecto de la afirmación de los siguientes hechos: *constitutivo*, *extintivo*, *invalidativo*, *convalidativo* e *impeditivo*, no importando al efecto que sea el actor o el demandado quienes lo hayan invocado. Veamos qué es cada uno de ellos.

Pero lo que interesa destacar primordialmente de ello es que, en rigor de verdad, lo referente a la *carga de la prueba* constituye, esencialmente,

---

[32] Y es que —como ya se ha visto en el texto— hay hechos que no pueden ser confirmados: cuando yo afirmo en un proceso; por ejemplo, que *soy soltero* y ello es negado por la contraparte, no hay forma de acreditarlo. Por lo contrario, podrá hacerse respecto de los otros estados civiles (casado, viudo, divorciado, separado) con la mera exhibición de la partida respectiva, pero nunca de la soltería.

[33] Ver la nota 10.

una regla dirigida al juez para que pueda juzgar un caso cualquiera cuando no existe prueba suficiente que le resulte convincente. De tal forma, y llegado el caso, habrá de preguntarse frente a un hecho determinado: ¿quién debía probarlo y no lo hizo? Y ese perderá el pleito[34].

Y así, con una compleja elaboración para determinar con precisión a quién incumbe la carga de confirmar en el proceso, se ha llegado a establecer desde la propia ley un claro criterio objetivo que indica al juez qué hacer cuando no hay elementos suficientes confirmatorios productores de convicción.

En efecto y reiterando la idea: si al momento de sentenciar, un juez se encuentra con un caso en el que hay varias declaraciones testimoniales acordes entre sí, una buen pericia que responde al interrogatorio formulado al efecto y varios documentos que acreditan los hechos litigiosos, el juez falla según la interpretación que haga de la suma de tales medios y, por supuesto, no se pregunta a quién le incumbía la carga de probar. No le hace falta hacer esa indagación.

En cambio, si el juez carece de elementos probatorios suficientes para que pueda formar su convicción en uno u otro sentido, como no puede ordenar por si mismo la producción de medio alguno de prueba (para no

---

[34] Véase un ejemplo respecto de un *hecho impeditivo*, que es el que afirma todo resistente para liberarse de la responsabilidad imputada o evitar la declaración del derecho pretendido a base del hecho constitutivo, pues implica por si mismo la inexistencia de tal responsabilidad o derecho. Por caso, el demandado sostiene al oponer excepciones en la etapa de negación que ha pagado la obligación cuyo cumplimiento le reclama el actor o que la posesión alegada fue interrumpida, etcétera. Cuando es alegado este tipo de hecho, debe ser acreditado exclusivamente por el propio excepcionante, con lo cual se releva de toda carga confirmatoria al actor respecto del hecho constitutivo alegado por él. En otras palabras: si el excepcionante afirma haber pagado el mutuo alegado por el actor, debe probar dicho pago. Y, nótese bien, en este caso nada debe probar el actor en cuanto al hecho constitutivo por él alegado, toda vez que no se justifica lógicamente la afirmación de un pago sin reconocer implícitamente la existencia del préstamo que tal pago extinguió. Así, toda la tarea probatoria pesará en el caso sobre el excepcionante que lo afirmó, quien ganará el pleito en el supuesto de lograr la respectiva convicción en el juez y lo perderá en el caso contrario (y, así, ganará el actor aunque nada haya hecho en el campo probatorio).

perder su calidad de *impartial*) y como tampoco puede hacer valer su conocimiento personal del asunto a fallar, recién ahí se interroga acerca de quién debía confirmar determinado hecho y no lo hizo.

Y la respuesta a ese interrogante sella definitivamente la suerte del litigio: *quien debió probar su afirmación y no lo hizo*, pierde el pleito aunque su contraparte no haya hecho nada al respecto. Así de fácil.

Comprenderá ahora el lector la enorme importancia del tema en estudio: se trata, simplemente, de facilitar la labor del juez al momento de fallar, otorgándole herramientas que le imposibiliten tanto el pronunciamiento *non liquet* como su propia actuación confirmatoria, involucrándose con ello indebida y personalmente en el resultado del juicio.

Hasta aquí me he ocupado del tema desde una óptica propia de la pretensión civil. Veamos ahora si los conceptos ya expuestos pueden o no aplicarse al campo de lo penal.

Afirma la doctrina generalizada —computo aquí a la mayoría de los autores que imponen actualmente opinión jurisprudencial en los diferentes países de nuestro continente— que el concepto de *carga probatoria* ha fracasado al ser transportado al proceso penal, donde —antes que de *cargas*— cabe hablar de *deberes funcionales administrativos* del Ministerio Fiscal (pues no cabe afirmar jurídicamente que el fiscal sea titular de un interés interno en antagonismo con el del imputado. Por ello es que nunca puede decirse que el órgano de la acusación resulta vencido cuando no prueba la imputación pues el interés de la sociedad está en el castigo del culpable y en la represión del delito en tanto exista, precisamente, un culpable) y de *deberes jurisdiccionales* del juez en los sistemas inquisitivos consagrados legalmente en casi toda América latina.

En esta tónica, tales autores se manejan exclusivamente con el sintagma *in dubio pro reo* y exigen ingenuamente la colaboración del propio imputado, a quien sí hacen soportar una especie de *minicarga probatoria* que le permita *ayudarse* a salir con bien del proceso. El tema entraña notable gravedad.

En la Relación (*Exposición de Motivos*) del Proyecto de Código para Italia de 1930 se dijo: "Sagrado e inviolable es, sin duda, el derecho de defensa. Cierto e indiscutible el principio de que al imputado no se le

puede considerar culpable antes de la sentencia irrevocable de condena. Pero que se lo haya de conceptuar *inocente* mientras se procede contra él por serle imputado el delito, es una tal enormidad, una tan patente inversión del sentido común, lógico y jurídico, que no se puede admitir ni aun como forma retórica. Mientras hay un proceso en curso, no hay ni culpable ni inocente sino únicamente imputado. Sólo en el momento en que recaiga sentencia se sabrá si es culpable o inocente".

Como es fácil de comprender, estas posturas se explican sólo si forman la glosa de un sistema inquisitivo. Pero resultan por completo inexplicables en un proceso de corte acusatorio puro. De ahí que crea que nada empece a aplicar literalmente los principios que regulan la carga confirmatoria en proceso penal donde el Fiscal —parte acusadora— actúa como representante de la sociedad toda, con obvio interés jurídico en erradicar la actividad delictiva y, así, mantiene una actitud procesal antagónica con la del imputado[35].

Por supuesto, descarto totalmente que el juez pueda llevar adelante por sí mismo la pretensión punitiva de la sociedad y que esté facultado para producir personalmente medios de confirmación que hacen al cargo imputado.

Finalmente: el *principio* o *estado de inocencia* que se encuentra insito en la cláusula *in dubio pro reo*, no juega cuando existe carencia de medios

---

35 Por supuesto, descarto —en homenaje a la seriedad con la cual deben emitirse los argumentos jurídicos— que el fiscal *es una parte procesal* y, como tal, *parcial*. Durante varias décadas, los argentinos hemos repetido como clara obviedad y hasta el cansancio las enseñanzas de ilustre maestro: *el fiscal es la parte imparcial del proceso penal*... sin advertir que ello no es más que una *contradictio in terminis*.
En efecto: sostener que *hay una parte imparcial* es negar por el adjetivo la esencia del sustantivo. Es como decir *lo bueno malo* o *lo bello feo*.
Quien actúa como fiscal puede ser *objetivo* y no tener *interés personal* en lograr una condena (en otros términos: ganarle a su contrario: el acusado) pero debe ostentar siempre *interés funcional* (base elemental de la acusación).
Claro está que todos estos dislates se dan exclusivamente en el sistema inquisitorio. En el acusatorio puro, y con un sistema de *oportunidad* y no de estricta *legalidad* para decidir si se hace o no la acusación, por lo contrario, no se justifica en modo alguno el *carácter de imparcial que debe ostentar la parte procesal*.
Simplemente, no acusa si cree que no debe hacerlo pues perderá el litigio!

de confirmación (a la que se aplican las reglas del *onus probandi)* sino — todo lo contrario— cuando hay suficientes elementos de confirmación que, no obstante, no logran forjar la convicción de culpabilidad en la mente del juez. Ello es lo que genera la *duda* y tal duda es la que lleva a la *absolución*.

## 8. COROLARIO

Este trabajo es una *Ponencia* presentada a un Congreso de Derecho Procesal, de donde se colige que cabe hacer afirmaciones coherentes con todo lo expuesto precedentemente:

1) Jurídicamente, el proceso es sólo un método de debate que, para su eficaz desarrollo con miras a obtener resultados constitucionalmente legítimos, debe sujetarse durante todo su curso a la presencia de dos principios de vigencia irrestricta: a) la *igualdad de los parciales* y b) la *imparcialidad del juzgador*.

2) El único método de enjuiciamiento que responde a estos parámetros es el conocido como *acusatorio* o *dispositivo*, en el cual cada uno de los sujetos procesales cumple la tarea asignada por la ley sin poder subrogar de modo alguno la que corresponde a los otros.

3) La *imparcialidad del juzgador* es lo que asegura *la igualdad de los parciales*; por ende, la idea expresada debe ser entendida como la sumatoria de tres cualidades esenciales: *impartialidad* (no ser parte procesal), *imparcialidad* (no estar interesado en el resultado del litigio) e *independencia* (de toda obediencia debida a las partes y de todo prejuicio respecto de ellas o del objeto litigioso).

4) La vigencia de la calidad referida a la *impartialidad del juzgador* hace que él deba abstenerse de realizar de cualquier forma las tareas propias de las partes litigantes: *pretender, afirmar hechos litigiosos, introducir nuevas cuestiones luego de trabada la litis* y *probar oficiosamente* los hechos alegados por ellas, cuya existencia improbada no puede ser suplida por el conocimiento personal que el juez tenga del asunto a fallar.

5) A consecuencia de ello —y en caso de carencia de prueba convictiva— el juez debe fallar conforme lo indican *las reglas de la carga probatoria*, de aplicación objetiva, y sin necesidad de involucrarse en el problema por justa que le parezca la solución a darle.

*Capítulo Segundo*

# EL INCIDENTE ARGENTINO

# *Sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires Sentencia de 29/10/2003*.- Padovani de Marchan, Graciela P. ¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?*

*El Dr. Negri dijo:*

1. La Cámara a quo, en lo que interesa destacar, revocó la sentencia de fs. 466/68 vta. que había desestimado los reproches de la parte demandada y, en consecuencia, estableció que en la sentencia de fs. 338/345 vta. modificada a fs. 383/389 vta., en cuanto a la tasa de intereses, se había fijado la tasa pasiva, ordenando por ello en la instancia de origen reformularse la liquidación.

2. Contra este pronunciamiento la actora interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley denunciando absurdo y violación de los arts. 17, 18 y 19 CN y 9 Const. prov.

---

* Publicada en LexisNexis. Jurisprudencia Argentina, del día 18 de febrero de 2004. Para el lector español debemos recordar que en el derecho argentino y en los órganos judiciales colegiados los magistrados (de la Corte Suprema, ministros) votan por escrito y por ello en la sentencia se expresan esos votos. En la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ante el empate de los ocho magistrados, quien decide con su voto dirimente es el Presidente del Tribunal de Casación Penal. Se trata de Dr. Federico G. Domínguez y por eso le atribuimos a él la sentencia en el Índice.

3. Opino como el subprocurador general que el recurso merece acogida.

a) En efecto, a mi juicio era en la alzada, al modificar en la etapa de ejecución de sentencia la tasa de interés a aplicar al monto de la condena, cuando ese punto era ya inmutable, por cuanto había sido establecido expresamente en la sentencia de primera instancia de fs. 338/345 vta. que la tasa aplicable era la activa y no había sido objeto de agravio por la demandada, la que pese a apelar el fallo no lo discutió; por ende, el pronunciamiento de la alzada (fs. 389) que había revocado sólo la forma de distribución de los rubros indemnizatorios del fallo de origen no modificó la tasa de interés fijada por el a quo.

Por lo demás, la parte demandada contra el pronunciamiento referido interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y tampoco allí se agravió de la tasa impuesta en la sentencia.

Esta Corte a fs. 424/30 rechazó el recurso extraordinario interpuesto, adquiriendo por ende firmeza el fallo apelado.

b) Es recién en la etapa de ejecución de sentencia, luego de haber practicado la parte actora la liquidación según el interés a la tasa activa —repito—, cuando la demandada impugna el decisorio sosteniendo que debe aplicarse la tasa pasiva.

La sentencia de fs. 466/68 vta. rechaza la oposición sosteniendo sustancialmente que la liquidación practicada resultaba acorde con las pautas establecidas por sentencia, resultando precluida su revisión en esa etapa del proceso.

La demandada apela dicha decisión (ver fs. 482/89 vta.).

c) En lo que interesa destacar, la Cámara concluyó "...que la redacción de la sentencia ha provocado dificultades que han generado el error excusable de la parte interesada, que no formuló agravios ál respecto al apelar la sentencia recaída en autos...".

Juzgo que ello no ha sido así, como quedara evidenciado ut supra: la demandada no apeló respecto de la tasa activa fijada por la sentencia en ninguna de las oportunidades procesales que tuvo, adquiriendo en consecuencia firmeza lo decidido.

De manera que, so pretexto de que no se debe contrariar la doctrina de la Corte, no pudo la alzada válidamente alterar —como lo hizo— el principio de la cosa juzgada.

Ello así, porque —repito— la sentencia que fijara la tasa activa pudo haber sido cuestionada oportunamente por la demandada y no lo hizo, cesando para ella la posibilidad de revisar lo resuelto en la etapa de ejecución de sentencia, momento en el cual ya había perdido inexorablemente la posibilidad de reeditar tal pretensión. Es que la preclusión opera como un impedimento o una imposibilidad de reeditar las cuestiones que ya han sido objeto de tratamiento y resolución anterior; la facultad procesal no usada se extingue.

Tiene dicho reiteradamente esta Corte que la firmeza de los actos procesales es, en efecto, una necesidad jurídica que justifica su validez, no obstante los vicios que pudieran presentar (causas Ac. 34675, sent. del 5/9/1986 en AyS 1986-III-94; Ac. 47714, sent. del 13/10/1992 en AyS 1992-III-684; Ac. 52906, sent. del 19/12/1995 en AyS 1995-IV-670), y también que la preclusión procesal es un instituto que garantiza uno de los principios que debe privar en toda causa judicial, esto es, la seguridad, y consiste en la pérdida de una facultad procesal por haberse llegado a los límites fijados por la ley para su ejercicio (causa Ac. 73412, sent. del 22/11/2000, entre muchas).

También ha resuelto esta Corte que no pueden ser atendidos los agravios dirigidos a procedimientos que quedaron cerrados por la preclusión (causa Ac. 34407, sent. del 3/12/1985 en AyS 1985-III-594; Ac. 68000, sent. del 24/11/1999).

Los motivos de seguridad jurídica, economía procesal y necesidad de evitar sentencias contradictorias que dan fundamento a la institución de la cosa juzgada no son absolutos y deben ceder frente al deber de afirmar otros valores jurídicos de raigambre constitucional. La cosa juzgada, como todas las instituciones legales, debe organizarse sobre bases compatibles con los derechos y garantías constitucionales, por lo que no a toda sentencia judicial puede reconocérsele fuerza de resolución inmutable, sino sólo a aquellas que hayan sido precedidas de un proceso contradictorio y en el cual el vencido haya tenido adecuada y sustancial oportunidad de audiencia y prueba (causa Ac. 52263, sent. del 21/11/1995 en AyS 1995-IV-340); esto último es lo acontecido en la especie.

Juzgo que la Cámara a quo al establecer un interés y una tasa distintos del fijado para el cálculo de la indemnización alteró los principios de la cosa juzgada, ya que modificó aspectos sustanciales de la sentencia toda vez que cambió su contenido económico.

Y sabido es que actúa con menoscabo de los límites de su propia competencia y de las garantías de la propiedad y la defensa en juicio (arts. 17 y 18 CN., 242, 266, 272 —su doctrina— y concs. CPCC.) la Cámara que examina un aspecto del fallo de primera instancia que, por consentimiento del único legitimado para impugnarlo, había pasado en autoridad de cosa juzgada (causa Ac. 43080, sent. del 18/9/1990 en AyS 1990-III-367).

4. Si lo que dejo expuesto es compartido, de conformidad con lo dictaminado por el subprocurador general, deberá hacerse lugar al recurso extraordinario traído, revocándose la sentencia impugnada y manteniéndose la dictada en primera instancia. Costas a la demandada (arts. 289 y 68 CPCC.).

Voto por la afirmativa.

*Los Dres. De Lázzari, Pettigiani y Salas, por los mismos fundamentos del Dr. Negri, votaron también por la afirmativa.*

*Sobre la misma cuestión planteada el Dr. Roncoroni dijo:*

Un mínimo de realismo judicial —al que no tenemos por qué cerrarnos los magistrados— y una lectura en ese contexto histórico en que cobrara vida la fórmula y las citas jurisprudenciales a que acudiera la sentencia de fs. 338/345 vta. para fijar la tasa de interés aplicable al monto de la condena ("montos a los que se adicionará desde el 4/5/1991 a su efectivo pago el interés que fija el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de descuento a 30 días vigentes en sus distintos períodos de aplicación [conf. Ac. Sup. Corte Bs. As. 43448 y 43858 del 21/5/1991..."] nos han de indicar, palmariamente y "a ojos vista", que dicha fórmula o cliché tipeada por copistas (o magistrados) que desde antaño habían internalizado el vocablo operaciones de "descuento" ha sido falseada inconscientemente, al pervivir en su seno tal vocablo en vez de la voz "depósito", que es la que correspondía a la doctrina legal de esta Corte que se cita en su abono. Hasta la misma estructuración de la frase se corresponde con el modo expresivo que cobrara dicha doctrina

legal en aquellos primeros pronunciamientos de esta Corte que siguieron a la sanción de la ley 23928.

Y si esto es así, si la estructura formal y las citas se corresponden totalmente con esos pronunciamientos, una interpretación sistemática de la fórmula estampada en la sentencia (armonizando su estructura, su sentido y sus citas), que nos permita leerla en su historia y en medio de las circunstancias jurisprudenciales y económicas en que se dictara dicha sentencia, no puede menos que permitirnos descubrir ese error o falseamiento inconsciente ya señalado, el que pasa más seguido de lo que se cree en la vida de los tribunales. Esto es claramente sabido en las instancias ordinarias, y el recurso de aclaratoria sabe dar remedio a tales errores.

No es éste nuestro caso. Máxime cuando la jueza de primera instancia en oportunidad de resolver la impugnación a la liquidación dice que repasando su fallo anterior advierte que la tasa de interés referida resulta ser la activa, para agregar que "al no haberse recibido en esta parcela el oportuno ataque de la parte interesada... resulta precluida su revisión en esta etapa del proceso" (fs. 467 vta.).

Pero —en mi opinión— tal tipo de errores "escriturarios", en el que la falla del cliché y su falta de correspondencia con la doctrina que cita dejan de alguna manera embozado o disfrazado un tipo de tasa por otro, no hacen instancia ni cosa juzgada y pueden ser modificados si son advertidos, como en el caso, al momento de practicarse la liquidación respectiva. Mas aún, conscientes de que el error material se refleja en un aspecto sustancial de la decisión, no tenemos dudas de que la jueza de la causa bien podría haberlo solucionado por la vía de una aclaratoria "torcida" (ver Oteiza, Eduardo, "El pedido de aclaratoria y los recursos extraordinarios", LL 1992-A-705) o por una revocatoria in extremis (ver Peyrano, Jorge W.; "Estado de la doctrina judicial en la reposición in extremis", Revista de Derecho Procesal n. 2, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 61 y ss.).

Si nuestra Carta Magna Nacional nos impone afianzar la justicia y la provincial nos impele a una tutela judicial continua y efectiva de los derechos, no creo que tal yerro y la injusticia que del mismo se deriva (clara expresión de ello es la diferencia que surge de las liquidaciones de fs. 439 y 443, que al mes de diciembre de 1999 acoplaban a un capital

de $ 210.000 en concepto de intereses una suma de $ 424.389 —tasa activa— o una de $ 169.764 —tasa pasiva—) no deban remediarse.

Por ello, persuadido como lo estoy de que aquel grosero error material de copia o, para mejor decir, aquel inconsciente pero palmario yerro expresivo era y es susceptible de ser saneado en la deseada búsqueda de la verdad jurídica objetiva y de un eficaz y sano servicio de justicia (Preámbulo de la Constitución Nacional y art. 15 Const. prov. Bs. As.) y que una vez planteado su remedio el mismo fue denegado por la jueza de primera instancia, para pasar a ser revisada y revocada la decisión aquella por la providencia de la Cámara de Apelaciones que llega a través del recurso extraordinario en tratamiento a esta Corte —cuestión ésta que no tiene firmeza—, propicio confirmar el decisorio de dicho tribunal (arts. cits. y 279 y concs. CPCC.).

Voto por la negativa.

*Sobre la cuestión planteada el Dr. Hitters dijo:*

En mi opinión, el embate no debe prosperar.

1) Para una mejor comprensión del caso cabe recordar que en la sentencia de primera instancia se estableció "el interés que fija el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de descuento a 30 días vigentes en sus distintos períodos de aplicación", invocándose como fundamento de tal decisión la doctrina (sobre tasa "pasiva") que emana de los fallos dictados por esta Corte en las causas Ac. 43448 y 43858, sentencias del 21/5/1991 (ver fs. 344 vta. y 345 vta.). Ese punto no fue cuestionado por la accionada en su expresión de agravios (ver fs. 364/369).

En etapa de liquidación la accionante practicó la propia, aplicando al capital de condena la tasa de interés activa del Banco de la Provincia de Buenos Aires (ver fs. 439).

Posteriormente se produjo la oposición del municipio demandado, postulando que se compute en el sub discussio la tasa "pasiva" de la entidad bancaria oficial.

En la instancia de origen se dispuso rechazar la impugnación de la liquidación declarando que en autos operaba la tasa "activa" (ver fs. 466/468).

La Cámara revocó tal decisorio estableciendo que la sentencia de fs. 338/345 vta., modificada a fs. 383/389 vta., fijó la tasa "pasiva".

La diferencia que surge entre la aplicación de una u otra escala ha sido claramente cuantificada por mi distinguido colega Dr. Roncoroni en su voto, con cuyos lineamientos sustanciales coincido, y que cambia sustancialmente el monto final del pleito.

2) Entiendo, entonces, que en el sub examine nos encontramos frente a lo que Carnelutti denomina "defectos de expresión", tales como los de copia o cálculo, aunque en verdad el concepto es realmente abarcador o difuso, ya que dentro de este ámbito pueden entrar un sinnúmero de déficits o equivocaciones del fallador.

Estos pseudovicios, que más bien constituyen meras equivocaciones, de ninguna manera pueden asimilarse a los llamados errores in iudicando, pues no se trata de fallas en el razonamiento del magistrado ni en la fijación de los hechos, ni en la aplicación del derecho.

Al margen de la fórmula que finalmente se consignó en la sentencia de fs. 338/345 vta. para referirse a la tasa de interés aplicable, surge indisputable que los fundamentos esgrimidos a los fines de su justificación refieren a la conocida como "pasiva", y no a la "activa".

Aclaro que con tal solución no se rescinde ni se sustituye el decisorio de origen (conforme Carnelutti, "Sistema de Derecho Procesal Civil", trad.: Alcalá Zamora y Castillo y Sentís Melendo, Ed. UTEHA., vol. III, p. 619), el que permanece inalterado en lo que resulta sustancial.

Por otra parte, considero que no ha operado aquí el instituto de la preclusión, pues, como bien se advierte en el fallo de Cámara, "la redacción de la sentencia ha provocado el error excusable de la parte interesada que no formuló agravios al respecto al apelar la sentencia recaída en autos" (ver fs. 507). Y en tales condiciones no puede sostenerse que ha sido consentida.

En síntesis, nos encontramos frente a un caso excepcional que permite dispensar a la accionada por no haber ejercido anteriormente —como habitualmente debió hacerlo— otras vías para corregir el fallo (conf. arts. 36 ap. 3, 166 ap. 2 y concs. CPCC.). Se trata de un "error material" del fallo —que le causa un serio agravio económico al quejoso— y que

si bien debió ser atacado por otro carril, la confusa redacción de la sentencia no permitió detectar el vicio en tiempo idóneo.

Voto por la negativa.

*Los Dres. Genoud y Kogan, por los mismos fundamentos del Dr. Roncoroni, votaron también por la negativa.*

*Sobre la cuestión planteada el Dr. Domínguez dijo:*

Es mi opinión que el recurso debe prosperar. Aduno, sólo a mayor abundamiento a los fundamentos brindados por el Dr. Negri, las siguientes consideraciones.

1. Al haber concluido el proceso de conocimiento se determina el ámbito de competencia de la alzada a las cuestiones propias de la etapa de ejecución, entre las cuales se excluyen las pautas establecidas en la sentencia para fijar los intereses sobre el monto indemnizatorio, circunstancia consentida por las partes.

Así, en el pronunciamiento impugnado la Cámara alteró sustancialmente cuestiones pasadas en autoridad de cosa juzgada sin razón alguna, al no haber acontecido, en el caso, una de las excepciones que permitan su revisión.

Al ser revisada —por la Cámara de Apelaciones— una cuestión ajena a su jurisdicción —por haber sido consentida por las partes— generó una situación incompatible con el debido proceso, al violentar, en mi criterio, el principio non bis in idem.

Los efectos de la cosa juzgada impiden que se dicte una nueva decisión —efecto negativo o de exclusión— o, en su defecto, originan en el juzgador el deber de ajustarse a lo ya decidido —efecto positivo o prejudicial— (conf. Montero Aroca, Juan, en "Derecho Jurisdiccional", t. II-Proceso Civil, 1989, Ed. Bosch, p. 438).

Lo expuesto se encuentra enlazado con los alcances que nuestro sistema constitucional les otorga a las facultades del juez.

2. No albergo dudas sobre que nuestro sistema de enjuiciamiento descansa sobre los principios políticos del republicanismo, muy lejos del perfil de juez de los regímenes totalitarios.

El aspecto de las facultades del juzgador se encuentra estrechamente vinculado al modelo de juez. Juan Montero Aroca en su obra "Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil" (2001, Ed. Tirant lo Blanch, Alternativa, Valencia, 2001) refiere claramente esta problemática y lo que significa otorgarle amplios poderes al juez, más allá de lo actuado por las partes. Así, cita que la ordenanza procesal civil austríaca obra de Klein, que no puede dejar de representar la ideología base del reaccionario Imperio austro-húngaro de finales del siglo XIX, y con todo ello se acaba de comprobar que las referencias a la verdad material o el aumento de los poderes del juez respecto de la prueba se asientan en un maremagnum de ideas políticas aparentemente contradictorias pero que acaban por ubicarse todas ellas en una concepción antiliberal o, si se prefiere, propiciadora de los poderes del Estado y, en el último caso, totalitarista.

Siguiendo al último de los autores citados, claramente podemos concluir que otorgando mayor poder al juez menor es la libertad de los ciudadanos, en franca contradicción con nuestro régimen constitucional y sistema de enjuiciamiento.

Ejemplo de lo expuesto emerge en forma palmaria en los distintos procesos históricos-políticos, ya que al detentar el poder un régimen totalitario se impone un sistema de enjuiciamiento donde se le otorguen mayores poderes al juez.

Siguiendo a Cappelletti (en "La oralidad y las pruebas en el proceso civil", 1972), en su resumen de las influencias del devenir ideológico en el proceso expresa que un proceso socialista se caracteriza especialmente porque, reflejando siempre intereses de orden público y no meramente privados, entiende que no puede dejarse el proceso mismo a la merced de los acuerdos, o del descuido o de la ignorancia o también de la desigualdad dialéctica de las partes (conf. Montero Aroca, ob. cit., p. 308).

En los sistemas socialistas el proceso se concibe en un instrumento para el bienestar social, y dentro de esta concepción el juez asume un cometido de guía y de propulsión procesal, no solamente técnica y formal sino también material; desde el mismo inicio del proceso se asume un cometido de carácter activo y asistencial respecto de las partes, buscando con ellas la verdad para que al final la victoria sea de la parte que tiene razón y no de aquella que sepa prevalecer en virtud de su mayor fuerza

económica o por la mayor habilidad de su defensor. Se acaba de este modo —se dice— con la vieja concepción del juez neutral, que era algo puramente formal.

En el fondo se trata de convertir al proceso civil en algo parecido a la jurisdicción voluntaria, en la que el juez asume una función no jurisdiccional sino de tutela de los particulares, a los cuales se los considera poco menos que menores o incapacitados. Baste con recordar que esto era lo pretendido por Baumbach, magistrado nazi en 1938, por Menger, el apóstol del socialismo jurídico a finales del siglo XIX, y por autores comunistas de todo el siglo XX, los cuales auspiciaron la desaparición de las varias clases de procesos, sobre todo el penal y el civil, para acabar en una única manera de actuar el derecho en el caso concreto: de oficio por el juez (conf. Montero Aroca, ob. cit., nota final 41).

Otro claro ejemplo es la Italia fascista. El 16/10/1939 (el año XVII después de la marcha sobre Roma) Grandí, ministro de justicia italiano, se dirigió a la Comisión de las Cámaras Legisladoras diciendo: "El juez es el órgano al que el Estado confía la función esencial de aplicar la ley por medio del procedimiento. En el fondo de la cuestión está el renovado concepto de la dignidad y de la autoridad del Estado fascista y de sus órganos, para los cuales no sería concebible que el juez asista, espectador impasible y, alguna vez impotente, como si fuese un árbitro en un campo de deporte que se limita a contar los puntos y a controlar que sean observadas las reglas del juego, a una lucha que afecta, por el contrario, directamente a la celosa y a las más alta función y responsabilidad del Estado. Es necesario, por tanto, que el juez tenga una precisa dirección del proceso, una posición preeminente y reguladora" (conf. Montero Aroca, ob. cit. p. 332).

El cambio del punto de vista jurídico desarrollado por el juez puede llegar a entenderse como indefensión de las partes; si éstas no han podido conocer ni alegar en torno al mismo, la "tercera opinión", la del juez, necesariamente debe ponerse en conocimiento de las partes, dando a éstas la oportunidad real de rebatir. Lo que entra en juego entonces no es el objeto del proceso sino el derecho de defensa (conf. Montero Aroca en "Relatorias y ponencias sobre Derecho Procesal", de las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Costa Rica, 18 al 20/10/2000, Ed. Departamento de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial, San José, Costa Rica, p. 325).

El debido proceso constitucional impide, en mi opinión, que el juez —en el caso, la Cámara— se pronuncie sobre cuestiones ya debatidas y decididas y que por la actividad de las partes —o su inactividad— hayan pasado en autoridad de cosa juzgada.

3. Una sentencia puede reputarse como arbitraria, entre otras circunstancias, cuando pretenda dejar sin efecto decisiones anteriores firmes (conf. Alvarado Velloso, Adolfo en "El debido proceso de la garantía constitucional", 2000, Ed. Zeus, p. 296).

Sostengo que aquella vocación observada en los jueces, que en nombre de solidarizarse con el más débil, con el mal defendido, con aquel que tiene la "razón" pero que no alcanzó a demostrarla, ha sido influencia del movimiento denominado en la sociología judicial como solidarismo o decisionismo, gracias al cual se ingresa en un terreno muy peligroso al entrometerse en cuestiones que le son ajenas —por caso, cuestión pasada en autoridad de cosa juzgada—, no cumpliendo en consecuencia con la tarea propiamente judicial: en esencia, la de otorgar justicia conmutativa. Esta postura llevó a alterar el orden de lógico del proceso, violando el derecho de audiencia con las denominadas medidas autosatisfactivas; a invertir las reglas de la prueba con las llamadas cargas probatorias dinámicas, y, sin más, esta corriente logró una suerte de gobierno de los jueces al "frenar el aumento de trenes" —diario "Ámbito Financiero" del 4/2/1999—, "Ecologistas van a la justicia para que el gobierno ejecute una obra" —diario "La Capital" de Rosario del 18/7/1998—, "Un juez anuló sanciones a una alumna cordobesa" —diario "La Capital" de Rosario del 16/12/1999—.

En mi criterio optar por esta corriente procesal representa un desgobierno, al inmiscuirse en asuntos propios de la competencia constitucional de los demás poderes del Estado, muy ajenos al control judicial de razonabilidad o arbitrariedad (conf. Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., ps. 220/222).

Estas deformaciones en la actividad jurisdiccional han sido la fragua en donde se inmolaron las garantías constitucionales de los Estados democráticos de derecho, prometedoras de un debido proceso judicial, incompatible con el modelo de proceso inquisitivo o pseudoinquisitivo o decisionista (conf. Benabentos, Omar, en "Formulación de una teoría general unitaria del Derecho Procesal Penal", 2001, Ed. Temis, Colombia, p. 33).

Por vulnerar el debido proceso conforme a la Constitución es que me encuentro vedado en el presente a ingresar a revisar una cuestión fenecida por la inactividad en tiempo oportuno de una de las partes.

4. Al mutar el órgano jurisdiccional las reglas de juego necesariamente desbalancea la igualdad que debe mediar entre las partes.

Bien sirve como ejemplo la obra de Lewis Carrol "Alicia en el País de las Maravillas", ya que desde la inteligente ironía del autor se definen las características que conforman un verdadero proceso según la Constitución.

Esta pieza de literatura, materia de lectura de las ciencias exactas, pone en evidencia que algo puede ser lógico pero no razonable y que de un razonamiento correcto puede llegarse a una conclusión absurda si se parte de una premisa equivocada; también se aborda la temática —entre otras muchas— sobre el sentido axiológico de justicia.

Al ser llamada Alicia como testigo —en el juicio seguido a la Sota por el robo de las tortitas hechas por la Reina de Corazones— dijo el Rey de Corazones, quien oficiaba de juez:

"Regla cuarenta y dos. Todas las personas que tengan más de una milla de altura deben abandonar la sala del tribunal.

Las miradas se volvieron sobre Alicia.

—Yo no tengo una milla de altura —dijo.

—Sí, tienes —replicó el rey.

—Casi dos —añadió la reina.

—De todos modos, no me voy —manifestó Alicia con energía—; además, ésa no es una regla verdadera. Acaba de inventarla usted.

—Es la más antigua de todo el libro.

—En ese caso debería ser la número uno.

El rey se puso pálido y cerró el cuaderno rápidamente.

—Piensen su veredicto —dijo a los jurados, con voz baja y temblorosa".

Lejos de actuar como el Rey de Corazones, mal puedo avalar la decisión de la Cámara, quien al volver sobre una cuestión juzgada impo-

ne nuevas pautas procesales a la actora, quien con su impugnación pretende —tal como lo realizara Alicia en el párrafo transcrito— que no le cambien las reglas de la contienda.

5. Para Adolfo Alvarado Velloso, vale aquí recordarlo, uno de los cinco principios básicos que rigen al proceso para sostener el esquema constitucional es el de imparcialidad del juzgador, que indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad), ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia) (conf. Alvarado Velloso, Adolfo, "Introducción al estudio del Derecho Procesal, Primera Parte", 2000, Ed. Rubinzal-Culzoni).

Claramente, desde la óptica del proceso garantista plasmada por Omar Benabentos, el sofisma de las "dos verdades", sostenida por los propulsores del decisionismo al contraponer la "verdad formal" con la "verdad real", ha sido superada desde la teoría única del proceso, proclamando constitucionalizar el proceso, donde el juez ya no se vea "obligado" a buscar la "verdad real", sino compelido a respetar el equilibrio procesal, la garantía del juicio previo, la igualdad de las partes y la neutralidad procesal (conf. ob. cit., p. 189).

Esta cuestión fue prevista desde antaño; así, desde la Ley de Partidas —anterior a la Inquisición española—, donde se brindó la importancia que para el juez tenía el "conocer la verdad" de lo que estaba a punto de sentenciar, pero ya en esa época se respetaba el paradigma de enjuiciamiento, cual era dos discutiendo ante un tercero imparcial, que duró largos siglos. Así, en la Ley XI del Fuero Real de España se normaba: "Verdad es cosa que los juzgadores deben captar en los pleitos por sobre todas las otras cosas del mundo. Por ende, cuando las partes contienden sobre algún pleito de juicio, los juzgadores deben ser acuciosos en tratar de saber la verdad por cuantas maneras pudieren. Primero, por el conocimiento que de ella tengan el demandador y el demandado y luego por preguntas que los jueces hagan a las partes en razón de lo que ellas contienden. Y por juramentos (regulados con prolijo esmero). Y si con esto no se logra la verdad deben recibir los testigos que le presenten las partes...".

Volver a la omnipotencia jurisdiccional sería no saber interpretar los avatares históricos del derecho procesal, recayendo en fórmulas "efectistas", violando garantías del debido proceso.

A su vez, desde el aspecto constitucional asume cada vez mayor preponderancia la figura del juez imparcial afirmada por la Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 8.1, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14.1; pensar en contrario comprometerá —indefectiblemente— la imparcialidad del sentenciante y la debida igualdad de las partes, quebrantando los preceptos constitucionales de audiencia, bilateralidad y contradicción.

Si partimos de la base de que la estructura de todo proceso contiene a dos sujetos debatiendo pacífica y dialécticamente ante un tercero que habrá de resolver el litigio —consecuentemente—, no habrá proceso cuando ese tercero (juez) se coloca al lado de uno de los interesados para enfrentar al otro, ya que el juez pierde entonces la objetividad propia de su imparcialidad.

Las premisas expuestas han sido desvirtuadas en el pronunciamiento atacado, asistiendo razón al impugnante sobre la existencia de un exceso en la jurisdicción y de arbitrariedad al afectarse un derecho incorporado a su patrimonio.

Voto por la afirmativa.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el subprocurador general y por mayoría, se hace lugar al recurso extraordinario traído, revocándose la sentencia impugnada y manteniéndose la dictada en primera instancia. Costas a la demandada (arts. 68 y 289 CPCC.). Notifíquese y devuélvase.- Héctor Negri.- Eduardo N. de Lázzari.- Eduardo J. Pettigiani.- Juan M. Salas.- Federico G. J. Domínguez.- En disidencia: Francisco H. Roncoroni.- Juan C. Hitters.- Luis E. Genoud.- Hilda Kogan. (Sec.: Adolfo A. Bravo Almonacid).

# *La ideología de los Jueces y el caso concreto. Por alusiones, pido la palabra**

JUAN MONTERO AROCA
*Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia.*
*Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.*
*España*

SUMARIO: 1. Petición de intervención con interés legítimo.- 2. Del realismo ideológico....- 3. ...a la imposición del pensamiento único.- 4. Repensar las bases ideológicas.- 5. Un asunto aparentemente baladí sobre cosa juzgada y ejecución.

## 1. PETICIÓN DE INTERVENCIÓN CON INTERÉS LEGÍTIMO

He leído en estos días de marzo, para mí festivos pues durante ellos Valencia planta y quema sus fallas, la sentencia de la Corte Suprema de Buenos Aires 29/10/2003, con el voto dirimente del Dr. Federico Domínguez, presidente del Tribunal de Casación Penal, y con la nota del Dr. Augusto M. Morello y, a pesar de no querer diversificarme con una polémica que se desarrolla en otro ámbito y de pretender integrarme por unos días en la fiesta, me estoy viendo en la necesidad de tomar la palabra (en este caso, escrita) simplemente para contestar a las alusiones.

---

* Publicado en LexisNexis. Jurisprudencia Argentina, de 05/05/2004, 2004 - II, fascículo nº 5, pp. 11-16.

Podría decirse que renuentemente me veo forzado a intervenir en un proceso iniciado entre otras partes atendido mi interés manifiesto en un debate en el que, por un lado, soy citado directamente (en el voto del Dr. Domínguez) y, por otro, se me elude con un muy significativo silencio (en la nota del Dr. Morello).

Por medio de esta intervención persigo, por tanto, un fin muy limitado y no entraré ahora en el tema de fondo que está debatiéndose en otro terreno. En efecto, el 20 de octubre de 2000, y en San José, Costa Rica, pronuncié la conferencia de clausura de las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal sobre la nueva *Ley de Enjuiciamiento Civil española, los poderes del juez y la oralidad*, y en ella intenté ofrecer un esbozo de la concepción política de lo que debe ser el proceso civil[1]. A continuación, tomando como base el texto anterior y desarrollándolo, publiqué un pequeño libro (*Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001), con el que quise poner de manifiesto, primero, cuáles eran las bases ideológicas de la Ley española y, luego, cuál era mi pensamiento sobre las ideologías que habían ido conformando las regulaciones del proceso civil en el siglo XX[2].

Una suma de circunstancias, que no es del caso reseñar ahora, condujo a que ese libro fuera traducido al italiano y publicado en Italia, con el sello de Edicioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, y con el título *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, y precedido de una *prefazione* redactada por el prof. Franco Cipriani. El libro se presentó en el curso de

---

1 Puede verse en el Tomo II de *Relatorías y Ponencias sobre Derecho Procesal. XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, s. d (pero 2000) y s. l. (pero San José, Costa Rica), pp. 285-350 con el título: "Conferencia. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad. Juan Montero Aroca". Con este mismo título se publicó después en DERECHO. PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, núm. 53, pp. 583-668.

2 Antes y con carácter más general había publicado *El Derecho Procesal en el siglo XX*, Valencia, Tirant, 2000, incluyendo también el proceso penal.

un Seminario Internacional celebrado en Roma, los días 16 a 18 de mayo de 2002[3], y en el Palazzo Santacroce[4].

Muy poco después el Prof. Verde publicó un artículo titulado *Le ideologie del processo in un recente saggio*[5] de comentario de mi libro y de la *prefazione* de Cipriani, manifestando conformidades y desacuerdos[6], pero en síntesis reiterando la concepción llamada "social" del proceso civil. Casi simultáneamente le dieron respuesta Cipriani[7] y Monteleone[8]. En España puede verse la larga recensión de Ignacio Díez-Picazo[9] y el

---

3 Se trató del VII Seminario Internacional sobre "Formazione e caratteri del sistema giuridico latino americano e problemi del processo civile" organizado por el Centro di Studi Giuridici Latino-Americani y la cátedra de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Roma Tor Vergara, con la colaboración del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Istituto Italo-Latino Americano y de la Associazione di Studi Sociali Latino-Americani. Da noticia del mismo Tiscini en la Rivista di Diritto Procesuale, 2002, 3, pp. 955-956.

4 La presentación se hizo en la tarde el día 17 de mayo, con el beneplácito de los profesores Bruno Sassani, ordinario en Tor Vergara, y Sandro Schipani, secretario general del Centro di Studi Giuridici Latino-Americani, con la mesa presidida por el prof. Giovanni Verde, entonces vicepresidente del Consiglio Superiore della Magistratura, y ahora ordinario di diritto processuale civile de la Universidad de Roma.

5 Giovanni Verde en Rivista di Diritto Processuale, 2002, 3, pp. 676-687.

6 Quiero y debo dejar constancia expresa de mi reconocimiento al prof. Verde por la atención prestada a un pequeño libro mío traducido a su lengua. Los desacuerdos son normales entre quienes nos ocupamos con verdadero interés, no diré con pasión, de una disciplina; la exteriorización de discrepancias se hizo por él se quiere seguir haciendo por mi, no ya sólo desde el respeto, sino desde el afecto entre colegas.

7 Cipriani, *Il processo civile tra vechie idelogie e nuovi slogan*, en Rivista di Diritto Processuale, 2003, 2, pp. 455-466.

8 Monteleone, Girolamo, *Principi e idelogie del processo civile: impresioni de un "revisionista"*, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2003, 2, pp. 575-582. Es ordinario de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Palermo y autor de un conocido manual *Diritto processuale civile*, 3.ª edición, Padova, CEDAM, 2002.

9 Díez-Picazo, Ignacio, *Con motivo de la traducción al italiano de la obra del Profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español*, en Tribunales de Justicia, 2003, 5, pp. 37-46.

resumen de parte de la controversia que hace Picó i Junoy[10]. Por fin, en Portugal se ha hecho eco del debate Correia de Mendonça poniendo de manifiesto el origen autoritario de la orientación procesal civil portuguesa[11].

La polémica ha continuado y está a punto de aparecer en la *Rivista di Diritto Processuale* mi contestación a las manifestaciones anteriores con el título *Il processo civile «sociale» come strumento di «giustizia» autoritaria.* Así las cosas, no me ocuparé aquí y ahora del fondo de la polémica, la cual se ha iniciado en un campo en el debe seguir sin distracciones en incidentes menores. Quien desee seguir los términos del debate ya conoce a dónde debe dirigirse.

Mi intervención en estos momento y lugar, y en cuanto titular de un interés legítimo, no responde a la existencia misma de la polémica, pues me parece evidente que todas las personas, sean jueces, autores, profesores o comentaristas, deben ejercer con responsabilidad sus libertades de pensamiento y de expresión.

Esta mi intervención, se basa en la inquietud personal y en la preocupación política que ha suscitado en mi ánimo los términos a que el Dr. Morello ha llevado un debate hasta entonces planteado y conducido con toda corrección humana e intelectual, pues su toma de posición es un ejemplo manifiesto de lo que es pensamiento único, excluyente de lo distinto y marginador del discrepante.

En lo que sigue, pues, sin atender al fondo de la polémica, me centraré sólo en dejar constancia de mi desasosiego personal y científico porque mi trabajo, que ha dado a la imprenta 250 publicaciones de las cuales 66 son libros[12], se haya convertido en motivo de descalificaciones tan llamativas.

---

10 Picó i Junoy, Joan, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia. Un debate mal planteado*, en "Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional", Lima, Universidad de Lima, 2003, pp. 55-66.

11 Mendonça, Luís Correia de, *Direito Processual Civil. As origens en José Alberto dos Reis*, Lisboa, 2002.

12 El cómputo lo estoy haciendo sobre obras publicadas como libro, pues si me refiriera a volúmenes debía contar, por ahora, ciento veinticinco, dado que algunas

resumen de parte de la controversia que hace Picó i Junoy[10]. Por fin, en Portugal se ha hecho eco del debate Correia de Mendonça poniendo de manifiesto el origen autoritario de la orientación procesal civil portuguesa[11].

La polémica ha continuado y está a punto de aparecer en la *Rivista di Diritto Processuale* mi contestación a las manifestaciones anteriores con el título *Il processo civile «sociale» come strumento di «giustizia» autoritaria.* Así las cosas, no me ocuparé aquí y ahora del fondo de la polémica, la cual se ha iniciado en un campo en el debe seguir sin distracciones en incidentes menores. Quien desee seguir los términos del debate ya conoce a dónde debe dirigirse.

Mi intervención en estos momento y lugar, y en cuanto titular de un interés legítimo, no responde a la existencia misma de la polémica, pues me parece evidente que todas las personas, sean jueces, autores, profesores o comentaristas, deben ejercer con responsabilidad sus libertades de pensamiento y de expresión.

Esta mi intervención, se basa en la inquietud personal y en la preocupación política que ha suscitado en mi ánimo los términos a que el Dr. Morello ha llevado un debate hasta entonces planteado y conducido con toda corrección humana e intelectual, pues su toma de posición es un ejemplo manifiesto de lo que es pensamiento único, excluyente de lo distinto y marginador del discrepante.

En lo que sigue, pues, sin atender al fondo de la polémica, me centraré sólo en dejar constancia de mi desasosiego personal y científico porque mi trabajo, que ha dado a la imprenta 250 publicaciones de las cuales 66 son libros[12], se haya convertido en motivo de descalificaciones tan llamativas.

---

10 Picó i Junoy, Joan, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia. Un debate mal planteado*, en "Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional", Lima, Universidad de Lima, 2003, pp. 55-66.

11 Mendonça, Luís Correia de, *Direito Processual Civil. As origens en José Alberto dos Reis*, Lisboa, 2002.

12 El cómputo lo estoy haciendo sobre obras publicadas como libro, pues si me refiriera a volúmenes debía contar, por ahora, ciento veinticinco, dado que algunas

Naturalmente no se trata únicamente de mi persona y de mi trabajo, pero que cada uno hable por sí mismo, pues no asumiré representaciones que no me han sido conferidas en instrumento público.

## 2. DEL REALISMO IDEOLÓGICO

El caso fue que ante la necesidad de dirimir un empate en la Corte Suprema de Buenos Aires el Dr. Domínguez no se limitó a sumar su voto a una u otra de las opiniones expresadas por los ministros divididos por mitad, sino que se adentró en el terreno de las facultades del juez en el sistema constitucional argentino, distinguiendo entre el juez propio de los principios políticos del republicanismo y el perfil del juez de los regímenes totalitarios.

La distinción es en esos términos nacional argentina, pero puede internacionalizarse distinguiendo entre el juez liberal y garantista y el juez autoritario y activista; con otras palabras puede atenderse al proceso, bien como instrumento de garantía del ciudadano en la tutela de sus derechos, bien como instrumento del juez para realizar la "justicia".

Es posible que a algún lector de la sentencia de la Corte Suprema de Buenos Aires pueda parecerle de entrada que un recurso sobre un asunto relativo a la tasa de interés, activa o pasiva, no era para tanto debate teórico, aunque se tratara de unos cientos de miles de dólares, y que la motivación del voto dirimente del Dr. Federico Domínguez fuera excesiva. Con todo debería reconocerse al Presidente —que entra a desempatar con su voto— un mérito evidente.

El Dr. Domínguez ha comprendido y deja constancia expresa en su voto de que detrás de asuntos aparentemente banales se encuentran muchas veces cuestiones de gran trascendencia, tanto sobre la manera de

---

de esas obras tienen varios tomos y bastantes han sido objeto de más de una edición (por ejemplo una obra de tres volúmenes está en la duodécima edición). No se computan las varias ediciones de códigos anotados y concordados de que también soy autor.

entender la misión del Derecho en un Estado Democrático, como sobre la función judicial de tutela de la libertad de sus ciudadanos expresada en los derechos que el Ordenamiento les reconoce y en las obligaciones que les impone y, por fin, sobre el papel del proceso como instrumento de garantía de las partes que piden esa tutela. Los problemas jurídicos no son siempre tan exclusivamente técnicos como algunos quieren hacernos creer y no cabe dejarse engañar por los que pueden querer pretender que las verdaderas cuestiones pasen desapercibidas. En el recurso concreto que se decide en la sentencia y con el voto dirimente no se trataba únicamente de si se pagaban unos intereses u otros, dada una determinada manera de aplicar las normas del caso, sino de algo más profundo, pues lo que estaba en juego era nada menos que la manera como un juez debe entender su función.

Correlativamente con lo anterior debe concluirse que era razonable que el voto dirimente tenía que llegar algo más allá de las consideraciones que pueden calificarse de estrictamente técnicas. No se trata de que la motivación sea sorpresiva (recuérdese que la sorpresa, como el escándalo entre mayores de edad, está en los ojos de quien mira, no en quien hace lo que estima correcto) e innecesaria (pues no hay nada más necesario que llamar a las cosas por su nombre), pero sí podría sostenerse que existe en esa motivación algo que podría calificarse de exceso de celo, lo que se refleja en la extensión y en las citas. Posiblemente lo mismo podría haberse dicho de manera más breve y desde luego no eran imprescindibles todas las citas, por lo menos las referidas a algunas de mis obras.

En cualquier caso lo destacado del voto dirimente es que su motivación puede incardinarse en lo que debe llamarse, por fin, realismo ideológico, consistente en poner de manifiesto que ni siquiera en asuntos como los de cómputo de intereses deben olvidarse las cuestiones ideológicas.

## 3. ... A LA IMPOSICIÓN DEL PENSAMIENTO ÚNICO

Con la argumentación expresada por el Dr. Domínguez en su voto dirimente, y con la implícita en las citas que hace, puede estarse o no de

acuerdo. No es ésta la cuestión, pues allá cada uno en el ejercicio de su libertad de pensamiento y de expresión. Como he indicado antes, lo que suscita mi inquietud intelectual y mi preocupación política, y me lleva apresuradamente a escribir estas pocas líneas, es la pretensión expresa e implícita en la nota del Dr. Morello de que nadie puede hacer público un pensamiento contrario al suyo y de que quien ose pensar de modo distinto al que él cree correcto debe permanecer en el silencio.

La nota del Dr. Morello debe leerse desde dos perspectivas: una concreta referida al voto del Dr. Domínguez y otra general atinente a los estudiosos y a sus conferencias o publicaciones. A cada uno en su ámbito, el Dr. Morello, les reprocha básicamente lo mismo, pero permítaseme que esté a lo que me afecta, que es al ámbito de la comunidad de estudiosos.

Según el Dr. Morello el esfuerzo intelectual realizado por varias personas en los últimos tiempos para llegar a comprender las raíces ideológicas de buena parte de la legislación y de la doctrina del siglo XIX sobre la función del juez y sobre el sentido del proceso, debería quedar en el silencio por cuanto ese esfuerzo puede entenderse, y así lo hace él, bien como un elemento de división de la comunidad de estudiosos y políticos del proceso, bien como un incumplimiento de las reglas y estilos de debate, exposición y defensa de puntos de vista, bien como una manera de agraviar, descalificar, hacer imputaciones torcidas de afiliaciones políticas.

Para el ilustre profesor y abogado resulta que plantear el debate ideológico entre una postura liberal y garantista y otra autoritaria y publicista sobre la manera de entender, desde luego el proceso y el Derecho Procesal, pero también la función del juez en una sociedad democrática, es algo que puede dividir a la comunidad de estudiosos y políticos del proceso, y ante ese riesgo lo mejor es que quien pretendiere opinar de modo contrario a lo que él estima adecuado, serio y equilibrado, debe permanecer en silencio. Naturalmente él puede exponer su opinión, y la misma parece que expresa necesariamente la de la comunidad de estudiosos y políticos, por cuanto él obviamente los representa, pero los demás no deberíamos hacerlo por los riesgos de perturbar la paz del pensamiento quieto y tranquilo.

Además de perturbadores de las tranquilas aguas del lago del pensamiento correcto y de la paz de los congresos, resulta que quienes expresamos nuestra opinión de que en los últimos cien años se ha asistido en el mundo a dos maneras opuestas de entender la función judicial, una liberal y otra autoritaria, resulta que agraviamos y descalificamos puesto que osamos llamar totalitarios y antiliberales a quien han expresado sus opiniones con contenidos determinados. No se trata ya sólo de que debemos callar porque somos perturbadores; es que, además, somos destructores, causamos agravio, descalificamos, crispamos, tergiversamos el pensamiento de otras personas, imputamos torcidas o forzadas afiliaciones, etc.

Desde ahí algunos podemos estar muy próximos al infierno en la vida futura, pero desde luego parece que deberíamos quedar en el ostracismo en la vida presente. Por lo menos quien esto escribe debe estar ya en el camino del destierro, puesto que el Dr. Morello no se digna citarme ni una sola vez de modo directo, a pesar de que las referencias indirectas son constantes, por ejemplo cuando cita dos artículos de revista italianos (Verde y Cipriani) que son parte del debate suscitado por la traducción al italiano del libro mío antes señalado. Más aún, las alusiones a los incumplidores de las reglas y estilos que deben observarse en un órgano judicial colegiado han de entenderse referidas al Dr. Domínguez, pero cuando habla de la inobservancia de las reglas y estilos de la comunidad de estudiosos de una disciplina me temo que se está refiriendo entre otros a mi, aunque mis apellidos no se escriban.

Conforme al talante del Dr. Morello, el que otras personas —ejercitando la libertad de expresión y trabajando durante muchos años en una disciplina jurídica, como acreditan las publicaciones— se atrevan a disentir de lo que él viene predicando, nos convierte en una especie de réprobos de la sociedad por cuanto nos atrevemos a disentir de la que él estima su mayoría. El introducir una disputa ideológica es, por lo visto, algo reprochable. El colmo llega cuando, atribuyéndose él de modo evidente la función de repartidor de patentes de bondad intelectual, de prosapia política y el papel de guía y mentor de la comunidad de estudiosos, nos acaba imputando que dividimos a ésta en buenos (los liberales) y malos (los autoritarios), cuando nos hemos puesto simplemente a pensar por cuenta propia y a hacer a los demás partícipes del resultando de nuestro pensamiento.

## 4. REPENSAR LAS BASES IDEOLÓGICAS

Las ideologías dominantes a lo largo del siglo XX se han caracterizado por el predominio de lo público sobre lo privado, lo que ha llevado al sacrificio de la libertad y de la responsabilidad individuales a otros valores, como la seguridad o la igualdad, y hemos vivido todos tan inmersos en esas concepciones que nos ha llegado a parecer natural lo que a una mente liberal le hubiera parecido absurdo. El esfuerzo que algunos estamos haciendo en los últimos tiempos radica simplemente en advertir que las concepciones autoritarias (fascistas o socialistas, pues entre ellas no hay diferencias sustanciales) han impregnado de tal forma el tejido social que corremos el riesgo de que, enterradas en el archivo de la historia esas concepciones de modo formal, manifestaciones de las mismas sobrevivan simplemente porque no hemos advertido cuál es su origen.

En mis participaciones orales en congresos y en mis escritos he pretendido dejar constancia de que existen básicamente dos modelos o concepciones políticas de juez y de proceso. Uno, el que es propio de un Estado liberal, en el que predomina el individuo sobre lo colectivo y la libertad sobre otros valores o principios, y otro, que caracteriza a los Estados autoritarios de variado signo, en el que se quiere hacer prevalecer lo colectivo sobre lo individual, sacrificando parcelas de libertad, cuando no toda ella, en aras de otros principios o valores como la seguridad o la igualdad. El paso siguiente consiste en reconocer que se trata de modelos que no se corresponden normalmente (sí en ocasiones, como los Estados fascistas o socialistas) con Estados concretos, sino más bien con tendencias más o menos acusadas en las que existen amplios terrenos de términos más o menos medios.

En el Derecho Procesal en concreto uno de los aspectos de ese repensar lo que hasta ahora era obvio consiste en advertir que la llamada publicización del proceso civil tiene su raíz ideológica (sin perjuicio de algún más remoto antecedente) en el autoritarismo, primero, socialista (la misión del juez soviético en el descubrimiento de la verdad y el proceso como jurisdicción voluntaria) y, luego, fascista (el juez como director del proceso y el respeto a la función del Estado y a la justicia social fascista).

Esta semilla de idea a desarrollar nos parece a algunos —y me parece a mi— algo evidente. Y no comprendo cómo el hecho de exponerla en congresos y publicaciones puede llegar a despertar las iras de personas que parecerían necesitadas de reflexión propia. Naturalmente, en este repensar las raíces ideológicas de la publicización del proceso no existe intento de dividir comunidad alguna de estudiosos o políticos del proceso, ni ánimo de incumplir reglas o estilos de debate, ni intento de agraviar o descalificar a quienes siguen su propio camino. Si alguien se siente imputado de afiliaciones políticas del signo que fuere es problema suyo, que él debe resolver pues por mi parte no hay deseo alguno de ir poniendo etiquetas.

## 5. UN ASUNTO APARENTEMENTE BALADÍ SOBRE COSA JUZGADA Y EJECUCIÓN

Descendiendo de lo abstracto a lo concreto, el recurso decidido por la Corte Suprema de Buenos Aires con el voto dirimente del Dr. Domínguez puede ser un buen ejemplo para entender los términos del debate sobre la función del juez y el papel del proceso.

En un proceso declarativo se dicta sentencia de primera instancia en la que se condena al demandado a pagar una cantidad de dinero y, al mismo tiempo, existe un pronunciamiento determinado sobre intereses; el contenido de ese pronunciamiento es lo de menos, pues basta con saber que ese pronunciamiento existe. Contra la sentencia se interpone recurso por el condenado, pero en la impugnación no se cuestiona el pronunciamiento de los intereses y el caso es que, al final del proceso de declaración, el pronunciamiento en cuestión se convierte en firme y queda cubierto por la cosa juzgada.

Puesta en marcha la ejecución de la sentencia y, en concreto, el pronunciamiento sobre los intereses, se puso en discusión el sentido de ese pronunciamiento, llegando la Cámara de Apelación a entender que podía alterar el sentido de la sentencia ejecutada, por cuanto la misma era contraria a la doctrina de la Corte. Contra esa sentencia de la Cámara, que modifica el sentido del pronunciamiento que se está ejecutando, se alza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, y en la

Corte Suprema se dividen sus ministros, pues mientras una mitad sostiene que debe estarse a lo establecido en la sentencia pasada en cosa juzgada, alegando la existencia de preclusión, con lo que no puede modificarse la misma, la otra mitad de ministros se inclina por la modificación, atendiendo a lo que llama *justicia material* del caso.

Naturalmente no voy a criticar una sentencia de la Corte Suprema de Buenos Aires. Quiero atender sólo a la nota del Dr. Morello y destacar la distinta manera de entender el papel del juez y el sentido del proceso conforme a las dos concepciones que estamos manejando:

a) Para la concepción liberal y garantista, al pronunciamiento sobre intereses se ha llegado después de un proceso con todas las garantías en el que las partes han podido ejercitar con plenitud los derechos propios de la defensa en juicio. Ese pronunciamiento queda cubierto por la cosa juzgada y, además, del mismo nace el derecho de la parte a que la sentencia se ejecute en sus propios términos, derecho que forma parte del derecho de rango constitucional a la tutela judicial efectiva, pues nadie puede variar el sentido de una sentencia después de que la misma adquiere la fuerza de cosa juzgada. Se entra de esta manera en el terreno de las garantías de las partes ante la jurisdicción.

b) Para la concepción opuesta, la cosa juzgada es un concepto político que no es la panacea legitimadora del abuso o de la exorbitancia y por sí sola no da derechos al vencedor en el proceso de declaración; de tal modo, si los jueces estiman que el pronunciamiento con cosa juzgada sobre intereses es contrario a su idea de justicia, no deben dejarse atrapar por visiones dogmáticas o rígidas, sino que deben atender a la realidad, pudiendo alcanzar metas justas y creativas. Por ello los jueces deben cambiar el sentido del pronunciamiento sobre intereses pues así se corresponde con los criterios que nos acercan raudamente hacia el Estado de Justicia.

Los términos del debate se reflejan muy precisamente en estas dos opiniones. Mientras para el Dr. Domínguez su misión como juez consiste en garantizar a un ciudadano lo que obtuvo después de un proceso, de modo que su derecho constitucional a la ejecución de la sentencia en sus propios términos debe garantizarse, para el Dr. Morello el proceso de declaración anterior puede quedar vacío de contenido pues llegada la hora de la ejecución, y atendiendo a la opinión subjetiva de lo que un

juez entienda como justicia, puede desconocerse la cosa juzgada y el derecho del ciudadano vencedor a que la sentencia se ejecute en sus propios términos.

Sin agravios, sin torcidas o interesadas afiliaciones políticas, sin descalificación alguna, sin sambenitos totalitarios o antiliberales, sin estimular división alguna entre estudiosos, sin trasplantar polémicas de algunas naciones de Europa, sin introducir elementos destructivos, sin nada de eso, mi opinión concuerda con la del Dr. Domínguez y como él hubiera votado de haber integrado el mismo órgano judicial colegiado.

# *Dos cartas*

## A) DE AUGUSTO M. MORELLO A JUAN MONTERO AROCA

Buenos Aires, 4 de junio de 2004

Señor Profesor

Juan Montero Aroca

Valencia

Apreciado Montero Aroca:

Mi nota al fallo de la SCPBA tuvo un claro y único propósito: intentar que no se instale, entre nosotros, un método y estilo de exposición crítica excesivamente ideológica y cargado de adjetivaciones descalificatorias de quienes piensan de modo diferente. O dicho con expresiones de un agudo politólogo argentino, el Dr. Carlos A. Floria, que no arraigue una identificación ciega a la defensa incondicional, un fundamentalismo para el pensar y accionar que se apontoca en una pretendida radical diferencia de puntos de vistas (*La melancolía del poder*, Criterio, Buenos Aires, nº 2291, marzo-2004, p. 112).

Yo no voy a polemizar contigo sobre el fondo de la cuestión. Mi humilde y fundada opinión la he expuesto en diversas obras y tiempos (1977, 1989, 1994, 2001) y la concretamos en un proyecto de coautoría con el ilustre profesor de Milan, Luisi Paolo Comoglio, "Bases Mínimas del proceso justo para Latinoamérica", que nos encomendaran las autoridades del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y que tendrá tratamiento definitivo, este año, en el Congreso de Caracas, Venezuela.

Son numerosas, asimismo, las contribuciones y aportes que nos acompañan. Los de los profesores Verde, Monroy Gálvez, Picó i Junoy, Alvaro de Oliveira, Oteiza, etc. etc.; poco más podría agregar a lo que llevamos dicho.

Soy un ferviente gestor y partícipe de debates democráticos; también deferente al máximo con los pareceres que replican o disienten de los míos; es decir, devoto de la lección de Ortega y Gasset: expongo mi verdad y escucho y valoro la de los otros.

Es por ello que coincido contigo en que "los desacuerdos son normales en quienes nos ocupamos con verdadero interés, no diré con pasión, por una materia; no ya solo desde el respeto, sino del afecto entre colegas ("El proceso civil llamado "social" como sentimiento de justicia autoritario", nota 10).

Pienso, por ello, que es más grato y fecundo, recordar o repetir los encuentros que disfrutamos en Buenos Aires, Lima o Roma.

Esto es lo que quería expresarte, con la consideración y la amistad de siempre.

Augusto M. Morello

## B) DE JUAN MONTERO AROCA A AUGUSTO M. MORELLO

Valencia, a 23 de junio de 2004

Dr. Augusto Mario Morello

La Plata

Mi querido amigo:

Hace ya mucho tiempo que descubrí que ocuparse profesionalmente de una ciencia, sea esta o no jurídica y por mucha que sea la pasión que en ello se ponga, no debe llevar a que su estudio se convierta en preocupación y muchísimo menos a que las concordancias o las divergencias de pareceres lleguen a determinar los afectos y los desafectos. Del Derecho Procesal yo me ocupo, y lo hago con dedicación y esfuerzo, pero mi amistad no la determinan las coincidencias política o jurídica.

También he comprendido, aunque hace menos tiempo, que detrás de expresiones que se presentan como científicas se esconden muchas veces tomas de posición política, pero también que no deberíamos consentir que esta falacia se convirtiera en algo comúnmente aceptado, al menos entre estudiosos. El profesor universitario español es muy proclive a pretender hacer creer que cuando él opina lo hace siempre científicamente y se quiere revestir de la neutralidad de la ciencia, cuando lo cierto es que buena parte de las veces está opinando políticamente. Últimamente estoy comprobando que esa actitud no es sólo española. Creo que deberíamos empeñarnos en llamar a las cosas por su nombre y en dejar claro que determinadas tomas de posición aparentemente jurídicas se explican desde una determinada concepción de las relaciones del Estado y del Individuo, sea cual fuere esa concepción, sin tapujos. Todos deberíamos estar interesados en aclarar el origen y el contenido real de las posiciones que se defienden aparentemente como jurídicas, sin asustarse de llamar a las ideas por su nombre.

Así las cosas, creo también que en cuestiones políticas, e incluso en aspectos científicos, no hay que acumular nombres de quienes opinan lo mismo que tu o que yo (que es la típica actitud de la degeneración de la escolástica, que acabó argumentando sólo con base en la autoridad de otros autores), como si se tratara de pesar, de medir o de contar los tuyos

frente a los míos, sino que debe argumentarse desde la razón, a lo peor no para convencer a quien opina distinto, pero sí por lo menos para dejar constancia de que hay otras maneras. Desde el talante liberal que me gustaría que fuera distintivo de mi manera de estar en la sociedad, en cualquier sociedad, también en la de los estudiosos, mi aspiración radica en, por lo menos, igualar el respeto que debo tenerles a las ideas de los demás con el respeto que espero que los demás les tengan a las mías. No pido más, pero tampoco menos.

Por ello me atrevo a hacer una propuesta. Organizar un debate público en las próximas Jornadas Iberoamericanas, las de 2006, sobre "Autoridad y libertad en el proceso (civil y penal)", donde aparecerían como 4 ponentes: dos (uno civil y otro penal) por cada una de las posiciones. Si te parece bien podríamos intentar convencer al Presidente del Instituto y que se acuerde de esta manera en las Jornadas de Caracas, en octubre próximo, determinando después entre nosotros los detalles*. Podríamos ir adelantando en mi próxima visita a la Argentina en el mes de septiembre.

Desde el afecto de siempre

Juan Montero Aroca

---

* En las Jornadas de Caracas de octubre de 2004 no se tomó acuerdo alguno al efecto, ni hasta ahora he tenido noticia del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal sobre ese debate (Nota de Juan Montero el 12 de octubre de 2005).

*Capítulo Tercero*

# LA VERDAD Y LA BUENA FE

# *El abogado y la verdad**

FRANCO CIPRIANI
*Profesor ordinario de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Bari. Italia*

1.— Un reciente ensayo de Ettore Randazzo, Presidente de la Unión de las Salas de lo Penal de Italia, ha replanteado a la atención de todos nosotros sobre el antiguo problema de las relaciones entre el abogado y la verdad[1]. Randazzo se ha ocupado desde su perspectiva y con referencia al proceso penal del dilema en el que se encuentra el penalista que tenga conocimiento de la culpabilidad de su cliente. El problema, sin embargo, existe en todos los procesos, incluso en el civil, en el cual, también y como quizá se recordará, se llegó al punto de proponer que las partes y los defensores tuvieran que decir la verdad.

La propuesta fue formulada en el art. 26 del proyecto preliminar Solmi, que fue elaborado en 1937 por un grupo de magistrados del Ministerio de Gracia y Justicia. Ese proyecto, a la caída del fascismo, fue etiquetado como «policiaco»[2], pero ya en 1937 se presentó excesivo a toda la doctrina porque contenía demasiadas ideas «geniales». Una de las más geniales era justamente aquella que obligaba a las partes, los procuradores y los defensores «a exponer los hechos al juez según verdad», conminando, en caso de violación, a «una penalidad no mayor de diez

---

* Traducción de Eugenia Ariano Deho. Publicado en Poder Judicial, 2003, núm. 72, pp. 175-181.

1 Cfr. E. RANDAZZO, *L'avvocato e la verità*, Palermo, 2003, pp. 160.

2 Así V. ANDRIOLI y G. A. MICHELI, *Riforma del codice di procedura civile*, en *Annuario di diritto comparato*, 1946, p. 209.

mil liras» (de entonces, equivalente, diría, a cerca de 50 mil euros de hoy!). Evidentemente, la idea debió parecer el huevo de Colón: desde el momento que las partes, en el proceso civil, están casi siempre en posiciones contrapuestas, era evidente que al menos una de las dos no decía la verdad. *Ergo*, bastaba obligar a ambas partes (y —sobre todo— a sus defensores) a decir la verdad y todo problema se habría finalmente resuelto.

Pero el caso es que, si las partes están en posiciones contrapuestas, no es necesariamente porque una de las dos mienta, sino, más bien, porque cada uno ve las cosas desde su punto de vista y porque el mundo del derecho es el mundo de la duda. Además, si las partes debieran decir la verdad, el juez estaría constreñido a creer a las partes también cuando afirman hechos favorables a sí mismos, con la consecuencia de que, salvo que se quiera hacer ganar la causa a ambas partes, el proceso resultaría desnaturalizado, en cuanto el juez, no pudiendo ya contar con el principio de la carga de la prueba, estaría en la sustancial imposibilidad de juzgar.

Las críticas de la doctrina fueron unánimes[3], tanto que al final se retrocedió al más realista deber de lealtad y probidad (art. 88 CPC) [4], pero, a la luz de ello, la idea de que en el proceso civil las partes y los defensores no hacen mas que mentir no ha desaparecido ciertamente, y tanto es así que, según un autorizado estudioso, los defensores, en el proceso civil, serían «titulares de una relación de contradicción con la verdad, en la medida en la que gozan de un consolidado derecho de mentir». Más precisamente: como las partes pueden muy bien hacer declaraciones no verdaderas en sede de interrogatorio, así los defensores podrían «difundir afirmaciones no verdaderas en los diversos actos del

---

3 V. especialmente P. CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, (1937), en ID., *Opere giuridiche*, al cuidado de M. CAPPELLETTI, I, Napoli, 1965, p. 350 y ss.

4 Nota del Traductor. Conforme al artículo 88 del *Codice di procedura civile* de 1940: "1. Las partes y sus defensores tienen el deber de comportarse en juicio con lealtad y probidad. 2. En caso de incumplimiento por los defensores de tal deber el juez debe dar cuenta a las autoridades que tienen competencia disciplinaria sobre ellos".

proceso, sin que al respecto se plantee siquiera un problema de deontología profesional»[5].

La tesis no sorprende y, más bien, se hace apreciar por su franqueza. Es conocido, en efecto, que no son pocos los que suelen decir que hay que cuidarse de los abogados, los cuales serían la causa principal de todos los males que afligen el proceso en general y el civil en particular. El discurso, por lo general, se hace cuando se quieren reducir las garantías de las partes, pero, obviamente, es hecho con una cierta cautela, refiriéndose genéricamente a las «partes» y evitando, como no por casualidad hizo el Guardasellos Grandi en la Exposición de Motivos (*Relazione al re*) del actual Código de Procedimiento Civil[6], de atacar frontalmente a los abogados. De tanto en tanto, sin embargo, hay quien no duda en ser explícito. No sorprende, pues, que se haya afirmado sin medios tintas que los abogados, en el proceso (imaginémonos fuera...), no hacen mas que mentir.

2.— Aun apreciando la franqueza de la tesis en examen, mi impresión es que la misma se debe a un equívoco, porque no me parece que en nuestro proceso civil las partes y sus defensores tengan el derecho de decir falsedades; una cosa es poder decir y hacer todo lo posible (dentro de los límites de la legalidad) para proteger los intereses del cliente, otra

---

5 Así S. CHIARLONI, *Processo civile e verità*, en *Questione giustizia*, 1987, p. 504 y ss., especialmente 510 y s. En argumento v. ya G.A. DI GENNARO, *Delle viziose maniere del difender le cause nel foro*, (1748), Bologna reimpresión 1978, y A. DE LIGUORI, *Degli obblighi dei giudici, avvocati, accusatori e rei*, (1757), Palermo, reimpresión 1998, p. 44 y ss. Sobre la búsqueda de la verdad en el proceso civil, v. C. LESSONA, *La ricerca del vero nei giudizi civili*, (1909), en ID., *Scritti minori*, I, S. Maria Capua Vetere, 1911, pp. 73 y ss.; F. CARNELUTTI, *A proposito di ricerca della verità*, en *Rivista di diritto processuale*, 1960, p. 675 y ss.; ID., *Verità, dubbio, certezza*, allí mismo, 1965, p. 4 y ss.; M. TARUFFO, *Note sulla verità dei fatti nel processo civile*, en L. GIANFORMAGGIO (al cuidado de), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, 1993, p. 340 y ss.; J. MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, 2001, p. 109 y ss.

6 V. D. GRANDI, *Relazione al re sul c.p.c.*, n. 12, el cual para justificar la drástica reducción de las garantías de las partes y la atribución de una mirada de incontrolables poderes discrecionales al juez, adujo la necesidad de combatir la «mala fe», las «astucias», las «escaramuzas dilatorias» y las «tretas» de las «partes».

es poder evitar decir la verdad (en todo caso quedando rebeldes o no compareciendo o callando), y otra es tener el derecho de mentir.

Realmente, tal derecho no está previsto por ninguna norma legal y no está ciertamente incluido o sobrentendido en la inviolabilidad del derecho de defensa. En particular, con referencia a las partes, el hecho de que ellas no tengan el deber de decir la verdad en sede de interrogatorio no implica que ellas puedan libre y tranquilamente mentir[7]. Incluso sin recordar que el ya citado art. 88 CPC las obliga a comportarse con lealtad y probidad, es oportuno tener en cuenta que la parte que jura en falso comete un delito (art. 371 CP)[8] y debe indemnizar los daños (art. 2938 CC), que también la parte vencida que haya obrado o resistido con mala fe o culpa grave responde por los daños (art. 96 CPC)[9], y además que el juez, independientemente del vencimiento, puede condenar a una parte al reembolso de las costas, incluso no repetibles, provocadas por la otra parte con su propia conducta desleal (art. 92, 1º párrafo, CPC). Es verdad que estas últimas normas no son frecuentemente aplicadas, pero ello, me parece, depende tanto del hecho de que no es fácil determinar cuándo se ha obrado con culpa grave y cuando se es desleal, como y quizá sobre todo de que los jueces no quieren hacer de justicieros; por lo demás, si se piensa en el evangélico *nolite iudicare*, se comprenderá que juzgar no es tarea precisamente grata, pero es que además lo normal es

---

7 V. en efecto el amplio ensayo de G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998, p. 91 y ss.

8 Nota del Traductor. El art. 371 del Código Penal italiano dice: "Cualquiera que, como parte en proceso civil, jura en falso es penado con reclusión de seis meses a tres años. En el caso del juramento diferido de oficio el culpable no será castigado si se retracta de la falsedad antes de que sobre la demanda se pronuncie sentencia definitiva, aunque la misma no sea irrevocable. La condena comporta la interdicción de los cargos públicos". Debe tenerse en cuenta que hay que distinguir entre interrogatorio libre de la parte (que no se concibe como un medio de prueba), interrogatorio formal (que es un medio de prueba que puede llevar a la confesión) y juramento (decisorio y supletorio, según el art. 2736 del Código Civil) y que el delito se refiere a este último.

9 Nota del Traductor. Según el art. 96.1 del *Codice di procedura civile* "si resulta que la parte vencida ha actuado o resistido en el proceso con mala fe o con culpa grave, el juez, a instancia de la otra parte, la condena, además de a las costas, al resarcimiento de los daños que liquida, incluso de oficio, en la sentencia".

que la realidad es tan compleja como para hacer extremadamente difícil entender quién tiene la razón y quién no.

3.— Por lo que respecta a los abogados, que obviamente no están libres de pecado, pero que, siendo profesionales libres y no teniendo poderes decisorios, son el argolla más débil de la cadena, y como tales atacables sin temor de que el sistema sufra contragolpes[10], es realmente sorprendente que se sostenga que ellos tengan en el proceso civil el consolidado derecho de mentir, tanto que difundirían mentiras, y con absoluta tranquilidad, en todas sus actuaciones. Es verdad que Alessandro Manzoni hizo decir a Azzeccagarbugli que tarea del abogado es la de «enredar» las cosas claras[11], pero una cosa es hacer ciertas afirmaciones en la transfiguración poética o en una novela y otra cuando uno se ocupa *ex professo* del proceso civil, pues no debería haber duda de que, para los abogados, «barajar las cartas» no significa engañar o mentir, sino, más simplemente, ponerlos en un orden que pueda ser útil al propio cliente.

En efecto, que los abogados no tengan ningún derecho de mentir y/o de enredar los papeles ha sido siempre afirmado tanto por el Consejo Nacional Forense en sede jurisdiccional, como por los diversos Consejos de la Abogacía en sede disciplinaria[12]. Demás, desde hace algunos años ese inverosímil derecho está solemnemente excluido por el art. 14 del

---

10 V. en efecto, por ejemplo, últimamente, D. MARCHESI, *Litiganti, avvocati, magistrati. Diritto ed economia del processo civile*, Bologna, 2003, especialmente p. 105, según la cual la duración de los procesos dependería del método de determinación de los honorarios de los abogados, los cuales se habrían siempre y en todas partes opuesto a toda reforma dirigida a acelerar el proceso civil. La tesis, generosamente elogiada por F. GAVAZZI, *I privilegi di pochi che paghiamo tutti*, en *Corriere della sera*, Milano, 18 agosto 2003, p. 1, c. 1, es bastante sorprendente, pero se inserta en un bien conocido filón doctrinario: sobre el cual v. mi *La professione di avvocato*, en L. VIOLANTE (al cuidado de), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge diritto giustizia*, Torino, 1998, p. 881 ss., especialmente 903 y s., y ahora en PANIZZA-PIZZORUSSO-ROMBOLI (al cuidado de), *Ordinamento giudiziario e forense*, Pisa, 2002, p. 339 y ss., especialmente 356 y s.

11 V. A. MANZONI, *I promessi sposi*, (1840), con comentario crítico de L. RUSSO, Firenze, reimpresión 1989, cap. III, p. 55: «al abogado hay que contarle las cosas claras: a nosotros nos toca luego enredarlas».

12 V. las decisiones citadas por R. DANOVI, *Commentario del codice deontologico forense*, 2ª ed., Milano, 2004, p. 243 y ss.

Código Deontológico emanado por el Consejo Nacional Forense el 17 de abril de 1997, que prevé expresamente el «deber de verdad» y en el párrafo primero establece con toda claridad que «las declaraciones en juicio relativas a la existencia o inexistencia de hechos objetivos, que sean presupuesto específico para una resolución del magistrado, y del cual el abogado tenga directo conocimiento deben ser verdaderos»[13]. Es pues cierto que los abogados, sobre los hechos objetivos, lejos de tener el derecho de mentir, deben decir, cuando la conocen, la verdad.

En todo caso, incluso queriendo prescindir de la deontología, me parece que en la base de las críticas examinadas hay una cierta confusión sobre la esencia y la función de la dialéctica, que es el arte de razonar, de argumentar y de refutar las opiniones ajenas, no ciertamente un instrumento para enredar mejor al prójimo más o menos parangonable al juego de las tres cartas[14]. La dialéctica, en efecto, como estaba ya claro en los tiempos de Aristóteles, es una refinada manifestación del espíritu y está hecha de mil sutiles y sofisticadas «estratagemas»[15]; de ella hace uso y consumo el abogado defensor, no ciertamente de burdas y vulgares mentiras. Por no decir del arte de hablar en público, la oratoria, que está reservada a los sumos, de Cicerón a Carnelutti o a de Marsico, y que no se sustenta ciertamente en la habilidad de mentir oralmente: un abogado un poco inteligente no sostiene nunca falsedades, ni cuando habla ni mucho menos cuando escribe, sino que se esfuerza siempre por encontrar el argumento correcto para poner al adversario en la esquina y tener el partido ganado.

---

13 Sobre el artículo 14 del *Codice* deontológico forense, v. R. DANOVI, *Corso di ordinamento forense e deontologia*, 7ª ed., Milano, 2003, p. 289 y ss.

14 V. la ya clásica obra de C. PERELMAN e L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, (1958), traducción italiana de C. SCHICK y M. MAYER, Torino, 1966, p. 38 y ss. y *passim*. *Adde* los dos recientísimos volúmenes editados a iniciativa del Consejo Nacional Forense: *Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica*, al cuidado de A. MARIANI MARINI, Milano, 2003, y *Il linguaggio, la condotta, il metodo*, Milano, 2001, en donde especialmente G. GULLOTTA, *L'argomentazione psicologica in campo forense*, p. 13 y ss.

15 V. en efecto A. SCHOPENAUER, *L'arte di ottenere ragione esposta in 38 stratagemmi*, (1830-31), traducción italiana de N. CURCIO e F. VOLPI, Milano, reimpresión 1994.

Añádase que no es desde luego un misterio que «el lenguaje sirve tanto para esconder como para decir»[16] y que no precisamente desde hoy se acostumbra advertir que en algunos casos es mejor callar[17]. Por otro lado, el abogado sabe bien que, lamentable o afortunadamente, un antiguo principio quiere que *quod non est in actis non est in mundo*, con la consecuencia de que, sea cual fuere la verdad, el defensor puede (y debe) atenerse a los autos; el abogado, a lo más, puede no aceptar el encargo o renunciar al mandato, pero si acepta defender a quien se le encomienda, debe hacerlo con todas sus propias fuerzas y dentro de los límites que los autos se lo permiten. La habilidad del defensor, pues, no está en contar cuentos, sino en plantear tesis objetivamente o al menos aparentemente sostenibles, basándose en la lógica formal, en la doctrina, en la jurisprudencia y en cualquier otro argumento que pueda ser útil para poner en dificultad a la contraparte y convencer al juez del buen derecho de su asistido. El abogado, en efecto, para ganar las causas, debe persuadir al juez de la exactitud de sus propias tesis o, por lo menos, hacerle entender que su tesis es más exacta y más coherente que la del adversario; y no creo que lo lograría si se limitara a mentir.

4.— Excluido, pues, que los abogados tengan el derecho de mentir, la ocasión es propicia para advertir que no parece que los abogados puedan ser deplorados, como en cambio se hace, porque se esfuerzan por encontrar «sutilezas» [«*cavilli*»]. La «sutileza» no es una mentira, ni mucho menos algo ilícito, sino que es el fruto de la habilidad del defensor por encontrar en los pliegues del código o en los repertorios la norma o el precedente jurisprudencial que le permite vencer la causa.

Es cierto que verdad y mentira, aun siendo la una la contraria de la otra, no se ubican siempre como las dos caras de la misma moneda, por la simple razón de que las cosas cambian o pueden cambiar de aspecto según la perspectiva en la cual uno se coloca. Por lo demás, entre lo verdadero y lo falso hay muchos matices y muchas otras categorías, una

---

16 Así V. JANKÉLÉVITCH, *La menzogna e il malinteso*, (1998), traducción italiana de M. MOTTO, Milano, 2000, p. 108.

17 V. en efecto, J.A.T. DINOUART, *L'arte di tacere*, (1771), traducción italiana de C. BIETOLETTI, Palermo, 2002, p. 37 y ss.

de las cuales es notoriamente la ficción[18], que no tiene nada que ver con la mentira y que a su vez puede manifestarse bien en la forma de la simulación, bien en la de la disimulación[19].

También es cierto que el proceso civil no es un decoubertiano pasatiempo en el cual lo importante es participar, sino un «organismo de lucha»[20], en el cual se desarrolla «una verdadera batalla»[21], que se hace para ganar (o para perder lo menos posible) y que cabe esperar ganar únicamente si se demuestra al juez tener la razón. Lo que, por lo general, en vez de ser fácil para al menos una parte, es dificilísimo para las dos, porque hay cuestiones altamente opinables y objetivamente discutibles. No es pues casual si el proceso civil ha sido parangonado a una competición[22], más precisamente como una «competición de habilidad», en la cual, lejos de estar permitido engañar, es necesario ser probos y leales (art. 88 CPC), pero en la que está siempre permitido pelear con todos las fuerzas para ganar, incluido el "farol"[23].

Si así es, es evidente que hay que cuidarse de hacer fácil moralismo (y, sobre todo, hay que evitar fundarse en los verdaderos o presuntos defectos de los abogados para dar poderes discrecionales al juez y limitar los derechos de las partes). En realidad, el juez, como hoy lo establece

---

18 Sobre la cual v. el volumen sobre *Le finzioni del diritto*, al cuidado de F. BRUNETTA D'USSEAUX, Milano, 2002, *passim*, y G. MITSOPOULOS, *Le problème de la notion de fiction juridique*, Atenas, 2001.

19 Sobre el cual v. el célebre tratado de T. ACCETTO, *Della dissimulazione onesta*, (1641), Genova, reimpresión 1983, el libro de R. VILLARI, *Elogio della dissimulazione. La lotta politica nel Seicento*, Roma-Bari, 1987, y mi ensayo sobre *Le finzioni nel processo civile*, en *Rassegna di diritto civile*, 2002, p. 51 y ss.

20 Así G. CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, (1907), in ID., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I, al cuidado de A. PROTO PISANI, Milano, 1993, p. 391

21 Así L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, 6ª ed., I, Milano, 1910, p. 5, el cual precisa que se trata de una batalla «en la cual es necesario que triunfe no lo fuerza o la astucia, sino la razón».

22 Cfr. el clásico volumen de J. HUIZINGA, *Homo ludens*, (1939), traducción italiana de C. VAN SCHENDEL, Torino, reimpresión 2001, p. 90 y ss.

23 Así P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, en *Rivista di diritto processuale*, 1950, I, p. 23 y ss., especialmente 30 y 33 y s. En el mismo sentido F. CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, allí mismo., 1951, I, p. 101 y ss., especialmente 107.

también la Constitución, debe operar en el respeto del contradictorio (art. 111 Const.) y por tanto debe saber extraer de las contrapuestas tesis de las partes la verdad o, mejor, aquella que le parece la verdad[24], y que, con el paso en cosa juzgada de su sentencia, se vuelve la denominada «verdad legal». La cual, como decía Giuseppe Capograssi, «no significa una verdad ficticia o presunta por necesidad práctica, sino que es la verdad que se encuentra siguiendo la vía de la objetividad (...), es decir la verdad que los hombres encuentran procediendo humanamente a su búsqueda, con las posibilidades y métodos y modos que son propios de la condición humana»[25].

---

24 En el sentido de que el proceso está inspirado en el «principio de dialecticidad», P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, cit., p. 27. En el sentido de que «el contradictorio procesal, o sea la dialéctica del proceso, es el fundamento de la justicia», v. F. GALGANO, *Il contraddittorio processuale è ora nella Costituzione*, en *Contratto e impresa*, 2000, p. 1084. En el mismo sentido v. ya N. PICARDI, *Il principio del contraddittorio*, en *Rivista di diritto processuale*, 1998, p. 673 y ss., y ahora N. RASCIO, *Contraddittorio tra le parti, condizioni di parità, giudice terzo e imparziale*, en *Rivista di diritto civile*, 2001, I, p. 603 y s.

25 Así G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, en *Rivista di diritto processuale*, 1950, I, p. 13.

# *Sobre el mito autoritario de la "buena fe procesal"**

JUAN MONTERO AROCA
*Catedrático de Derecho Procesal.*
*Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de la Comunidad Valenciana.*
*España*

SUMARIO: 1. Una introducción política: A) El desconocimiento no casual de la buena fe procesal durante más de mil años; B) La mención, tampoco casual, en los últimos años; C) La inclusión en el debate parlamentario de la LEC; D) Nada es políticamente casual, ni siquiera la buena fe procesal.- 2. Los principios del proceso civil en el siglo XX: A) Sobre el objeto del proceso: Oportunidad y dispositivo; B) Sobre el proceso mismo: Aportación e impulso.- 3. La asunción de la dirección formal del proceso por el juez.- 4. El proceso comunista (La negación de los derechos subjetivos privados): A) La función del juez y su cumplimiento por medio de proceso; B) La intervención en todos los procesos del Ministerio Fiscal; C) Los principios de ese proceso: a) La verdad objetiva; b) La colaboración del juez y las partes.- 5. El proceso fascista (El juez y la dignidad del Estado): A) Alemania: Las Leyes de 1933 y de 1941: a) La función política del proceso civil; b) La Ley de 1933 y las controversias civiles; c) La Ley de 1941 y el Ministerio Público; B) Italia: Grandi y el *Codice* de 1940; C) España: Guasp y los hechos en el proceso.- 6. El pretendido valor técnico del aumento de los poderes del juez: A) A estas alturas... la politización de la cuestión; B) Peor todavía... la división de la comunidad de estudiosos.- 7. Del inexistente deber de buena fe a la prohibición de la mala fe procesal: A) Los deberes procesales; B) Lo que no es la buena fe: a) La observancia de la norma; b) Las multas coercitivas; C) La buena fe y la verdad; D) Las normas legales: a) La norma general; b) Las normas especiales; E) Una propuesta de interpretación: el deber de no actuar de mala fe.

---

* Texto base de la intervención en el Curso del Consejo General del Poder Judicial "El abuso del proceso: Mala fe y fraude de ley procesal", celebrado los días 23 a 25 de mayo de 2005.

## 1. UNA INTRODUCCIÓN POLÍTICA

Es prácticamente imposible saber cuántas disposiciones de contenido procesal se han dictado en España desde que puede hablarse de la existencia de un Derecho propiamente español. Sin duda tienen que ser varios cientos y cabe que, incluso, debiéramos hablar de algunos miles[1]. Desde este dato, que proviene un poco del saber histórico y otro poco de la experiencia, no puede dejar de llamarnos la atención que, hasta hace muy poco y durante bastante más de mil años, en ninguna de aquéllas disposiciones se aludiera a un pretendido principio de la buena fe procesal o, si se prefiere, que en ninguna de ellas se impusiera a quienes hacen el proceso (principal, pero no exclusivamente, a las partes y a sus defensores) la actuación conforme a la buena fe[2].

### *A) El desconocimiento no casual de la buena fe procesal durante más de mil años*

Ni en el *Liber iudiciorum*, ni en Las Partidas, ni en la Nueva, ni en la Novísima Recopilación, esto es, en ninguno de los más importantes cuerpos legales que van desde el año 654 con Recesvinto hasta el año

---

1 En la Nueva y en la Novísima Recopilación se incluyeron 6.695 disposiciones en general, no solo procesales. Este dato proviene de PÉREZ MARTÍN, A., *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia, 1978 (con Scholz), p. 13, que cita a DÁNVILA, *El poder civil en España*, I a VI, Madrid, 1885-1886. Si en el Antiguo Régimen, en el que el rey asumió tardíamente la función legisladora, las disposiciones legales se cuentan por millares, qué habrá sucedido en el Estado Moderno, en el que la función de legislar se considera esencial en el ejercicio del poder.

2 No lo creo necesario pero puede que sí sea conveniente dejar claramente establecido desde el principio que en esta intervención no atendemos a la buena fe en el Derecho, sino únicamente a la buena fe en el proceso y aún dentro del mismo nos estamos limitando de modo consciente al proceso civil o, si se prefiere a los procesos no penales. No ofrece duda alguna que especialmente en el ámbito de las relaciones entre comerciantes el principio de la buena fe tiene una gran tradición, algo menos en las relaciones civiles, relativamente poca en las laborales y mucho menos en las administrativas. Insisto, en esta intervención aludo única y exclusivamente a la llamada buena fe procesal.

1805 con Carlos IV y Reguera Valdelomar, se encuentra norma alguna que contenga una regla legal del proceso, de cualquier proceso[3], que

[3] En alguna ocasión se ha sostenido que la regla o el principio de la buena fe no se encuentra ciertamente en Las Partidas pero sí en algunas otras normas como las relativas a los Consulados de Comercio, y así se citan algunas de las Ordenanzas, empezando por la del Consulado de Madrid de 1632 y siguiendo por otras posteriores; en este sentido puede verse PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, Madrid, 2003, pp. 59-60. A pesar de ello es difícil admitir que en las Ordenanzas reguladoras de los Consulados de Comercio se estuviera asumiendo dicho principio o regla conformadora. En efecto, los Consulados españoles lo que hacen es asumir la regulación de los llamados procesos plenarios rápidos, en su manifestación mercantil que tiene su origen en las ciudades italianas; en los Estatutos de estas ciudades se regula un proceso caracterizado por la oralidad, por la supresión de la *litis contestatio*, por la reducción de los trámites y de los plazos, y en esas regulaciones suelen utilizarse expresiones que se ha reiterado después; por ejemplo en el Estatuto de Perugia de 1342 se decía: "... se proceda sommariamente, senza porgemento de libello e contestatione de lite e senza figura e strepito de giuditio..." (FAIRÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953, pp. 46 y ss.). En su origen canónico los procesos plenarios rápidos se inician posiblemente con la clementina *Saepe contingit* de 1306 en la que la fórmula es: "... simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii procedi...". Estas fórmulas o semejantes aparecen con reiteración también en los Consulados españoles, aunque más tarde; en la Corona de Aragón debe citarse las "Ordenanzas de la antigua forma judiciaria del Consulado del Mar" del siglo XIII, en las que (edición de CAPMANY, *Código de las costumbres marítimas de Barcelona, hasta aquí vulgarmente llamado Libro del Consulado*, Madrid, 1791) puede leerse, en el Capítulo XXXVI, que los cónsules deben decidir los juicios: "... breuement, sumaria, e de pla, sens brugit e figura de juy, sola factiueritati attenta", es decir, y según la traducción del propio Capmany: "... breve, sumaria y llanamente, sin estrépito y figura de juicio sola factiveritate attenta, es decir, atendida la sola verdad del hecho, según se ha acostumbrado hacer a uso y estilo de mar". Pero es en el Reino de Castilla donde las Ordenanzas de los Consulados regularon un verdadero proceso plenario rápido atribuido a la competencia de los priores y cónsules de los Consulados y para decidir contiendas mercantiles entre comerciantes. Ese proceso inicia su andadura con el Consulado de Burgos de 1494 (puede verse en Nueva Recp. Libro III, Título XIII, ley 1.ª) y luego se desarrolla en muchas Ordenanzas de otros Consulados, que no es preciso traer aquí; en esas Ordenanzas eran comunes frases como éstas: "... breve y sumariamente, según estilo de mercaderes... la verdad sabida y la buena fe guardada como se debe hacer entre Mercaderes". Sí bastará recordar que ese proceso se caracterizaba, entre otras cosas, por prohibir la intervención de abogados, por la oralidad, por el predominio de la

asuma ese pretendido principio de la buena fe procesal. Tampoco puede encontrarse entre las normas extravagantes a esos cuerpos legales disposición alguna que incluya semejante pretendido principio como conformador de nuestro Ordenamiento jurídico procesal. Reconozcamos ya, sin más, que no puede ser fruto de la casualidad que durante más bastante más de mil años de Derecho español no se encuentre en el mismo alusión a ese afirmado principio que se dice debe conformar todos los procesos.

Más aún. A lo largo del siglo XIX se dictaron en España cuerpos legales de naturaleza procesal muy importantes, pues de ese Siglo fueron las leyes de enjuiciamiento, las civiles y las criminales, y tampoco en ellas se hizo mención de la buena fe procesal, ni con estas palabras ni con otras que vengan a disponer algo parecido, como sería el caso del deber de probidad, de veracidad y similares. Tampoco esto puede ser casualidad.

### *B) La mención, tampoco casual, en los últimos años*

Hay que esperar a estos últimos veinte años para que en nuestro Ordenamiento jurídico nos encontremos con referencias directas a la buena fe procesal. El primero de los cuerpos legales fue la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, y en ella se encuentran dos alusiones. Una

---

costumbre mercantil sobre el derecho escrito y también por el aumento de los poderes procesales del prior y cónsules; en ese sentido la fórmula de "la buena fe guardada", que se utiliza con reiteración significaba "que se ha guardar equidad de la justicia, templándola con el dulzor de la misericordia, porque la buena fe es equidad, y la equidad es temperamento del rigor" (puede verse así HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, tomo II, libro II, capítulo XV, parágrafo 37, p. 445 y citamos por la edición de Madrid, 1797; también puede ser conveniente ver DOMÍNGUEZ VICENTE, *Ilustración y continuación a la Curia Filipina*, tomo II, Madrid, 1790, p. 440, donde continúa el anterior epígrafe 37, para el que "la buena fe, y no el rigor y sutilezas de Derecho se han de observar en el Consulado"). Sin perjuicio de que sería necesaria una investigación más detallada, puede provisionalmente concluirse que el pretendido principio de la buena fe procesal, tal y como se pretende que se entienda en la actualidad, era algo ajeno a esos Consulados y al proceso que se regulaba en sus Ordenanzas.

de ellas es general, la del artículo 11.1, conforme al cual: "En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe"; y la otra es especial, referida a los abogados, encontrándose en el artículo 437.1 (ahora en el art. 542.2, después de la LO 19/2003), a los que se ordena que "en su actuación ante los Juzgados y Tribunales... se sujetarán al principio de buena fe..."[4].

Unos pocos años después se promulga la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral, y en su Base Décima se pretende que en el posterior texto articulado se regulen como deberes procesales: "3. La actuación de las partes con arreglo a los principios de veracidad y probidad...". De esta manera luego en la Ley de Procedimiento Laboral, primero en el texto de 1990 y luego en el vigente de 1995, y en el artículo 75, pareciera quererse regular los que llama "deberes procesales", pero el caso es que respecto de las partes lo que se dispone es: "1. Los órganos judiciales rechazarán de oficio en resolución fundada las peticiones, incidentes y excepciones formuladas con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de derecho. Asimismo, corregirán los actos que, al amparo del texto de una norma, persigan un resultado contrario al previsto en la Constitución y en las leyes para el equilibrio procesal, la tutela judicial y la efectividad de las resoluciones".

Por fin, es la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 la que en su artículo 247 regula la buena fe procesal y dispone que "los intervinientes en todo tipo de procesos se ajustarán en sus actuaciones a las reglas de la buena fe", para después entrar en el desarrollo de un régimen de sanciones económicas, las multas, y de la responsabilidad disciplinaria de

---

4 En el RD 2090/1982, de 24 de julio, que aprueba el Estatuto General de la Abogacía, no había alusión a la buena fe; en su artículo 42 se decía que el abogado debía actuar con toda libertad e independencia, sin otras limitaciones que las impuestas por la Ley y por las normas de la moral y deontológicas. Por el contrario, ahora en el Estatuto aprobado por el RD 658/2001, de 22 de junio, sí se dispone como obligaciones del abogado en el artículo 36 "la probidad, lealtad y veracidad en cuanto al fondo de sus declaraciones o manifestaciones". Por su parte en el Código Deontológico se dice: "Artículo 11. Relación con los Tribunales. 1. Son obligaciones de los Abogados para con los órganos jurisdiccionales: a) Actuar ante ellos con buena fe, lealtad y respeto.-. b) Colaborar en el cumplimiento de los fines de la Administración de Justicia".

los profesionales. La LEC no convierte a la buena fe procesal en un principio del proceso, pues entonces el mismo afectaría a todos los que hacen ese proceso, incluidos los jueces y magistrados; se limita a imponer un deber a algunas de las personas que intervienen en el proceso, bien entendido que se trata sólo de las partes y de los profesionales que las defienden.

### C) *La inclusión en el debate parlamentario de la LEC*

A pesar de que de la buena fe se habla por vez primera en la LOPJ de 1985, creo que debe estarse a la LEC de 2000 para intentar determinar su sentido. En efecto, en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, remitido a las Cortes por el Gobierno del Partido Socialista con mayoría absoluta en las dos Cámaras, se decía en el artículo 11.1, y en lo que nos importa: "El ejercicio de las acciones y la oposición en todo tipo de procesos respetará las reglas de la buena fe", y hay que esperar al Senado para que el Grupo Socialista presente una enmienda, la 374, que admitida por la Ponencia[5], hace que el artículo 11.1 diga ya de modo definitivo: "En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe". En ese mismo proyecto de ley orgánica el artículo 466 decía lo que al final dijo el artículo 467.1, sin que se propusiera enmienda alguna. No hay más, pero recordemos que el proyecto se presentó por el Partido Socialista en el poder y que la única enmienda admitida provino del mismo.

En el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil remitido por el Gobierno, ahora del Partido Popular y sin mayoría absoluta en las Cámaras, a las Cortes y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 13 de noviembre de 1998 no había referencia alguna a "la buena fe procesal". Más aún en las enmiendas que se publicaron en el Boletín de

---

[5] La misma Ponencia no admitió la enmienda 30, presentada por el Grupo Popular, en la que se pretendía que el artículo 11. dijera: "El ejercicio de las acciones y la oposición en todo tipo de procesos respetará las reglas de la buena fe y con observancia del deber de veracidad, salvo el derecho de las partes a no declarar contra sí mismas", que es un ejercicio de ignorancia procesal, aparte naturalmente de política. La enmienda no fue admitida por la Ponencia.

26 de marzo de 1999 seguía sin aludirse a ese pretendido principio. Hay que esperar al texto de la Ponencia, publicado en el Boletín de 27 de julio de 1999, para encontrar un artículo 244 bis, el único del Título VIII ("De la buena fe procesal"), que luego ya no sufrió modificación alguna en toda la tramitación del proyecto de ley hasta convertirse en el artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. En el Informe de la Ponencia se lee simplemente: "La Ponencia propone incorporar un nuevo Título... bajo la rúbrica "De la buena fe procesal". Ese nuevo Título estará integrado por un solo artículo, el artículo 244 bis, cuya redacción se incorpora al Anexo".

Consultado el debate de la Comisión de Justicia e Interior, el realizado el 27 de julio de 1999, nos enteramos de algo más. En el curso de ese debate el portavoz del Grupo Popular dijo que la incorporación de ese nuevo artículo se hizo a petición de Izquierda Unida y añadió: "... se incorpora un importante precepto que castiga la mala fe procesal con efectos económicos y disciplinarios". Por si faltara algo el diputado Sr. Castellano Cardalliaguet, el portavoz de Izquierda Unida, vino a decir que se ha introducido una referencia expresa al principio de la buena fe procesal. "Celebramos haber convencido a los demás". Y añadió: "Creemos que, además de la sanción exigible para quien actúe temerariamente en un proceso, debe haber alguna otra medida de carácter intimidatorio que ponga claramente de manifiesto, cual exige nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, que la buena fe en el proceso es una condición *sine qua non* para que funcione perfectamente el servicio público de la Justicia. Que haya multas que ya están previstas en otros artículos de esta Ley de Enjuiciamiento Civil y para otros supuestos que sancionen tanto a la parte como en el profesional que no respete la buena. Se procesa esa conducta de entorpecimiento, de obstrucción a la buena marcha de la justicia, es una petición que en modo alguno va a resultar rechazable por nadie que quiera actuar con arreglo a ese principio de la buena fe".

Ya en el debate del Pleno del Congreso, el 23 de septiembre de 1999, el mismo diputado Sr. Castellano insistió en que "a instancias de esta representación" se ha dado especial tratamiento a "combatir el abuso o el fraude en las actuaciones litigiosas". Y en esa línea el portavoz del Grupo Popular reiteró que la norma que castiga la mala fe procesal se incorporó por enmienda de Izquierda Unida.

Dada la falta de debate sobre la inclusión de este artículo 247 no podemos saber las razones de la misma. Lo único cierto es que la propuesta partió de Izquierda Unida.

### *D) Nada es políticamente casual, ni siquiera la buena fe procesal*

Se ha tratado, por tanto, de que después de muchos siglos en los que se han realizado millones de procesos sin que se aludiera en las leyes reguladoras de los mismos a la buena fe, en los últimos años se ha entendido que era necesario legalmente aludir al principio o a la regla de la buena fe. Ello no puede ser casualidad. En nuestra opinión las modernas referencias legales a la buena fe, y no sólo en el Derecho español, tienen que explicarse políticamente y, por ello, desde la ideología aplicada al proceso. Así las cosas, esta intervención no se va a limitar a la buena fe procesal, que no puede explicarse enrocada en sí misma, sino que pretende atender al sentido político que está en su base.

A estas alturas nadie se escandalizará si nos limitamos a recordar que "los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de la política estatal en general", como decía en 1935 James Goldschmidt[6], y que por esos mismos años sostenía Schönke que "todo derecho procesal depende en su estructura fundamental de la concepción que se tenga sobre la relación entre comunidad e individuo"[7]. Las citas destacando la base política y, por tanto, ideológica de la regulación del proceso, de cualquier proceso, podrían seguir y casi sin fin pero estimamos que no es necesario insistir en que en la regulación del proceso concurren evidentes elementos ideológicos que son determinantes de la existencia de varios modelos teóricos de ese proceso y de que en las leyes se plasme uno u otro.

No puede desconocerse que ha existido una corriente de pensamiento que ha pretendido negar la base ideológica de las leyes procesales, espe-

---

6 GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, cito por la 2.ª ed., Buenos Aires, 1961, p. 109, pero la edición 1.ª es de Barcelona, 1935.

7 SCHÖNKE, A., *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1950 (trad. de Prieto-Castro, Carrera y Fairén), p. 15, la edición en lengua alemana es de 1938.

cialmente de las civiles, pero esa corriente está hace tiempo superada y podría decirse que olvidada. Hoy no parece que nadie osaría sostener que "las normas procesales tienen un carácter esencialmente técnico que impiden o al menos dificultan en modo extremo la introducción de las ideas políticas"[8], y de la misma manera no creo que en la actualidad pueda encontrarse a alguien para el que la mejor demostración de la neutralidad y el apoliticismo de las normas procesales es su mantenimiento en regímenes políticos diferentes[9].

Si lo anterior se afirma en general no puede llegarse a afirmación contraria cuando se trata de lo especial de la buena fe procesal. La pretensión de que el proceso, cualquier proceso, venga determinado por la que se llama buena fe procesal no puede entenderse si no se toma en consideración lo que suponía el proceso civil en el siglo XIX y como ha evolucionado en el XX.

Y nos limitamos conscientemente al proceso civil, dejando a un lado el proceso penal, porque en nuestra opinión cualquier consideración sobre que el imputado-acusado deba actuar en este proceso sujeto a un deber de buena fe es algo que implica desconocer un derecho, sin duda con rango fundamental, como es el derecho de defensa[10].

---

8 Como sostuvo Manuel SERRA en 1972, en *Liberalización y socialización del proceso civil*, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1972, 2-3, pp. 512 y ss.

9 Que es lo sostenido por ALCALÁ-ZAMORA, N., *Liberalismo y autoritarismo en el proceso*, en "Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)", tomo II, México, 1974, p. 255.

10 No puedo dejar de llamar la atención que PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, Madrid, 2003, dice primero, p. 179, que el imputado tiene el deber de actuar de buena fe, sin perjuicio de que constata, como hecho sociológico, la escasa colaboración procesal del presunto delincuente en la persecución del hecho criminal, y luego, p. 183, que deben distinguirse dos ámbitos de actuación del imputado: 1) En el material, esto es, en lo referido al fondo de la cuestión investigada en el proceso penal al imputado no le es exigible que actúe de buena fe y tiene incluso derecho a mentir, y 2) En el procesal, es decir, en lo que guarda relación con el modo de intervenir en el juicio, sí es exigible la buena fe, por lo que, por ejemplo, no puede actuar con ánimo dilatorio. Dejo aquí mera constancia de mi sorpresa al leer que: 1) al imputado-acusado se le llame presunto delincuente, 2) se afirme que ese imputado está sujeto a un deber de buena fe en la persecución del hecho criminal, y 3) pareciera existir sorpresa de que el imputado

## 2. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO CIVIL EN EL SIGLO XIX

Aunque parezca volver demasiado atrás el intento de entender la relación entre ideología y proceso pasa por comprender qué es lo que ha sucedido en los dos últimos siglos con la manera de concebir, primero, la función jurisdiccional y, luego, el proceso civil. Creo que puede decirse que la concepción liberal propia del siglo XIX se basaba, sobre todo, en que, suprimida la posibilidad de tomarse la justicia por propia mano y por la fuerza, la tutela judicial debía concebirse como la manera pacífica de resolver controversias, primero, por un tercero imparcial y, después, por un medio (=proceso) en el que debía quedar asegurado el respeto al principio de contradicción. Se trataba en conjunto de garantizar la plenitud de los derechos subjetivos de los ciudadanos y no, desde luego, la mera observancia del derecho objetivo, esto es, la salvaguarda del interés público[11]; la jurisdicción y el medio del proceso estaban al servicio de los derechos de los ciudadanos.

---

se muestre poco colaborador en esa persecución. Me complazco, naturalmente, de que después se aclare que el principio de buena fe, que sigue implicando un deber para el imputado, no supone que éste tenga que declarar en contra de sí mismo, pero sigo sorprendiéndome de que ese mismo principio tenga que llevar a que el imputado no pueda usar de todo lo que la ley le permite, incluso aunque ello suponga ánimo dilatorio, de modo que la buena fe y el deber que ella supone han de implicar que el imputado debe colaborar con que, primero, se decida el proceso rápidamente y, después y en su caso, con que ingrese en la cárcel cuanto antes.

11 Como ponía de manifiesto nada menos que CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte prima*, Padova, 1941, p. 71, "la concepción que ve en la jurisdicción principalmente la defensa de los derechos subjetivos, parte de las premisas propias del Estado liberal, para el cual la función del derecho mira, en primer término, al mantenimiento del orden entre los coasociados y a la conciliación de los contrapuestos intereses individuales, y la justicia aparece así como servicio público puesto a disposición de los mismos. Viceversa, cuando se parte de la concepción autoritaria, que ve en el derecho, ante todo, la voluntad del Estado, y en la observancia del derecho el respeto a la autoridad, resulta que también en la definición de la finalidad de la jurisdicción queda en la sombra el interés individual en la defensa del derecho subjetivo, y surge en primer plano el interés público en la observancia del derecho objetivo". Y añade seguidamente: "no es necesario explicar porqué, hoy, esta segunda concepción de la jurisdicción civil se presenta como correspondiendo *históricamente* mejor con el derecho positivo vigente" (la cursiva es del Autor y la expresión "concepción autoritaria" también).

Además partiendo de que la función de la jurisdicción era la tutela de los derechos de los ciudadanos, que se confiaba a un juez imparcial (en la terminología de la época neutral), el paso siguiente consistía en afirmar la naturaleza privada y, por tanto, disponible de esos derechos, los cuales eran en sentido estricto derechos subjetivos privados, y una y otra premisa llevaban a la consecuencia de que eran las partes tenían que ser las "dueñas del proceso" y en un doble sentido.

### *A) Sobre el objeto del proceso: Oportunidad y dispositivo*

La concepción liberal de la economía, con la libertad de empresa en un mercado libre y con el derecho de propiedad, suponía que el proceso civil se asentaba en el que llamo principio de oportunidad[12], por cuanto que lo determinante de la iniciación del proceso era la voluntad del ciudadano, el cual decidía, atendiendo a razones de oportunidad, acudir o no al proceso para impetrar la tutela por el Estado de su derecho subjetivo. No se hablaba en este aspecto de reparto de facultades entre el juez y las partes, pues estas tenían todas las facultades careciendo el juez de ellas; estamos ante el brocardo *ne procedat iudex ex officio*, con referencia al inicio del proceso. Si el pretender la tutela judicial de un derecho era un modo de ejercitar ese derecho, ese ejercicio sólo podía corresponder al titular del mismo.

Desde aquí se llegaba a la consecuencia del principio dispositivo en su sentido estricto, conforme al cual no se trataba ya de que sólo las partes podían iniciar el proceso, sino de que sólo el actor podía determinar el objeto del mismo, es decir, la pretensión, con referencia tanto a lo que pide como a la causa de pedir, y de que sólo el demandado podía ampliar el objeto del debate, es decir, la resistencia, en atención a las causas de oposición a la pretensión, sin que el juez pudiera determinar ni la pretensión ni la resistencia.

---

12 Por ejemplo MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional, I. Parte general*, 13.ª edición (con Gómez Colomer, Montón y Barona), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 333 y ss.

Consecuencia también de la oportunidad era la exhaustividad y la congruencia de la sentencia, esto es, la imposición al juez de la necesidad de pronunciarse sobre todo lo pedido y lo debatido, pero únicamente sobre ello, y de pronunciarse sólo sobre lo pedido y lo debatido, de modo que no cabía ni una falta de pronunciamiento, ni un exceso en el mismo. Se está aquí ante el *ne eat iudex ultra petita partium.*

Se trataba, por tanto, de que sólo las partes podían determinar el objeto del proceso y el objeto del debate. De uno y otro quedaba excluido totalmente el juez; éste no solo no tenía facultad alguna en estos extremos, sino que ni siquiera se contemplaba la posibilidad de que algo semejante pudiera llegar a existir.

### *B) Sobre el proceso mismo: Aportación e impulso*

El ser las partes las dueñas del proceso no se refería sólo a lo debatido en él, pues comprendía también al proceso mismo:

a) La concepción liberal del proceso llevaba a excluir al juez de las facultades materiales en el desarrollo de ese proceso. Se trataba de algo diferente de lo anterior y con un fundamento que no guarda relación directa con la concepción liberal de la economía y de los derechos subjetivos privados, pues aquí se atendía a las facultades cuyo ejercicio podía llegar a determinar el contenido de la sentencia y de las que debía quedar excluido el juez; éste era el sentido del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus.* La finalidad perseguida era conseguir un juez tercero e imparcial como garantía para las partes de que se iba a realizar un verdadero proceso; esto es, un sistema de solución de las controversias basado en la existencia de dos partes parciales y de un tercero imparcial. Esta era la consideración que llevaba a que el juez quedara apartado de todo aquello que podía llegar a tener alguna influencia en el contenido de la sentencia, de modo que:

1.º) El juez no podía aportar hechos al proceso. No se trataba ya de determinar el objeto del proceso (actor) o el objeto del debate (demandado), sino que tampoco podía el juez realizar aportaciones de hechos, de cualquier clase que fueran, incluidos aquellos que, si no sirven para identificar el proceso distinguiéndolo de los demás posibles, sí sirven para que puedan llegar a determinar el contenido de la sentencia. Se trata de

la distinción entre hechos identificadores del proceso y otros hechos, los más importantes de los cuales son los constitutivos[13], pero también los impeditivos y los extintivos.

2.º) El juez no podía practicar pruebas no propuestas por las partes, las cuales tenían el monopolio de la iniciativa probatoria. Se estimaba evidente que si el juez hubiese podido acordar de oficio la práctica de medios de prueba se hubiere convertido en el auxiliar de una de las partes, la favorecida por ese medio.

b) Una vez iniciado el proceso, determinado su objeto por las partes y aclarado que son éstas las únicas que aportan los hechos y tienen la iniciativa probatoria, la desconfianza de la concepción liberal en el Estado y en la actuación de sus órganos, incluidos los jurisdiccionales, determinaba cómo se realizaba ese proceso, quién lo dirigía[14]. Esa desconfianza llevaba, aquí sí, a un reparto de las facultades entre el juez y las partes en el proceso civil, pero reparto en el que se privilegiaba a las partes sobre el juez, hasta el extremo de que éste no era quien podía poner de manifiesto la falta de algún presupuesto procesal, siendo necesaria la oposición de la correspondiente excepción por el demandado, ni quien podía hacer avanzar de oficio el procedimiento por sus fases, siendo también necesaria la petición concreta de una de las partes. Se trataba de que:

1.º) El juez no tenía control de oficio de los presupuestos procesales. El principio general era el de que nada debe hacerse de oficio en los negocios civiles, sino que debe dejarse todo al interés de la parte y a su excitación (lo que supuso que no había verdaderos presupuestos procesales, siendo todos impedimentos[15]).

---

13 Puede verse MONTERO, *Derecho Jurisdiccional. II. Proceso civil*, cit., pp. 123-124.

14 MANRESA en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*, I, 1.ª edición, Madrid, 1881, p. 10, decía que la mejor ley de procedimientos es la que deja menos campo al arbitrio judicial.

15 Para la distinción entre presupuestos e impedimentos procesales, ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, II, Buenos Aires, 1955 (trad. de Romera Vera), pp. 44 y ss. 1) Presupuestos: Son aquellos que un Ordenamiento jurídico permite que sean controlados de oficio por los órganos jurisdiccionales, y 2) Impedimentos: Los

2.º) El impulso procesal se confió a las partes. El proceso tenía que avanzar a instancia de parte, pues éstas debían solicitar al juez que declarase terminada una fase procesal y abriese la siguiente[16]. De este modo todos los plazos quedaban a la discrecionalidad de las partes, pues no se entendía precluído un trámite mientras una parte no lo pidiera al juez expresamente.

A pesar de que estas facultades no pueden llegar a determinar el contenido de la sentencia, sino que por su medio únicamente cabía determinar si podía llegar a dictarse sentencia sobre el fondo del asunto (control de los presupuestos procesales) y cómo se llegaba a poner el proceso en situación de dictar la sentencia (impulso procesal), para la concepción liberal la titularidad de verdaderos derechos subjetivos privados, es decir, la existencia de un amplio ámbito de autonomía de voluntad en las relaciones jurídicas materiales de derecho privado, extendía su virtualidad hasta comprender la titularidad de verdaderos derechos subjetivos procesales, consistentes, no ya en poder acudir al proceso, esto es, a pedir la tutela de aquellos derechos materiales, sino en poder determinar la manera de hacer ese proceso. Cuando se decía que las partes eran las dueñas del proceso se estaba diciendo algo que debía entenderse de modo prácticamente literal.

## 3. LA ASUNCIÓN DE LA DIRECCIÓN FORMAL DEL PROCESO POR EL JUEZ

Antes de seguir hay que dejar a un lado el aspecto de la dirección formal del proceso por el juez, pues sobre ese aspecto no vamos a

---

que han de ser alegados por alguna de las partes (lógicamente por el demandado) para que puedan ser tenidos en cuenta por el juez.

16 En la vieja terminología española se hablaba de "acusar una rebeldía", y por eso el artículo 32 de la LEC de 1855 decía: "Transcurridos que sean los términos improrrogables, y acusada una rebeldía, se declarará, sin más sustanciación, perdido el derecho que hubiere dejado de usar la parte a quien haya sido acusada". Acusar una rebeldía no era, como es evidente, declarar en rebeldía al demandado, sino simplemente poner de manifiesto que había concluido el plazo, pidiendo, bien el demandante, bien el demandado, al Juzgado que se pasara al trámite siguiente.

cuestionar la determinación ideológica. La negación al juez de la potestad necesaria para asumir su función, que era algo típico del liberalismo de corte individualista, de la misma manera como se negaba al Estado en general cualquier injerencia en la vida social que llegará más allá de la seguridad ciudadana, no pudo mantenerse en el siglo XX. Esta negación al juez de verdadera autoridad y de las potestades necesarias para ejercer su función, no se solucionaba con la llamada publicización del proceso, ni con el autoritarismo, sino simplemente concediéndole la dirección formal del proceso.

No puede dejar de reconocerse algo tan elemental como es que si en el proceso civil se debate de derechos subjetivos de titularidad privada y se aplican normas de derecho material plenamente dispositivas (con escasas excepciones), las normas reguladoras del proceso civil son de derecho público y, por tanto, ello tiene que repercutir de algún modo en que las partes dejen de ser plenamente las "dueñas del proceso". En este sentido en el siglo XX se ha puesto fin una exageración típicamente liberal como eran las referidas a los presupuestos procesales y al impulso de parte[17].

En la actualidad y en la mayor parte de las regulaciones positivas se ha atribuido al juez la dirección formal del proceso. El juez se ha convertido en todos los ordenamientos procesales civiles en quien dirige el proceso, bien entendido que esa dirección se refiere a las que antes hemos llamado facultades procesales, bien en lo atinente al control de la falta de los presupuestos de los que depende, si no la existencia del proceso, sí la validez del mismo, bien en lo que atiende a hacerlo avanzar de una fase a otra en la dirección que conduce a la sentencia. En este sentido no hay oposición a que el juez controle los presupuestos procesales, en cuanto de la concurrencia de los mismos depende la validez del proceso y la posibilidad de que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto, o a que al tribunal se le atribuya el impulso procesal, entendido éste como posibilidad de que, una vez iniciado el proceso por el actor, el

---

17 Puede verse FAIRÉN, *El principio de autoridad del juez en el proceso civil y sus límites (Sobre los presupuestos procesales y la audiencia preliminar)*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, pp. 223 y ss.

procedimiento como cauce formal de la serie de actos se desarrolle por los pasos previstos en la norma; más aún, nada se opondría a que sea también el juez, siempre con las partes, el que controle la realización de los actos conforme al principio de legalidad.

Lo anterior no significa que el juez "gestione" el proceso, por lo menos si la palabra gestionar se entiende como sinónima de administrar una empresa, una iniciativa o una actividad influyendo de modo determinante en su desarrollo. Se trata sólo de ejercer unas facultades de dirección formal, sin influir en el que puede ser el resultado del proceso.

En la misma línea deben entenderse las facultades judiciales que pueden llamarse coercitivas, esto es, aquellas que permiten al juez llevar a efecto las decisiones que adopta, bien a lo largo del proceso de declaración, bien en la ejecución de la sentencia. El ejemplo más claro, sin duda, es el del reconocimiento a los ciudadanos del derecho a que las sentencias se cumplan en sus propios términos, derecho integrado en el más amplio a la tutela judicial efectiva, y, correlativamente, de la necesidad de dotar al tribunal de los poderes necesarios para que el derecho no se quede en una declaración retórica más. Esto tiene especiales manifestaciones cuando se trata de condenas a hacer, a no hacer o dar cosas distintas del dinero.

Para llegar a esta conclusión de atribuir al juez los poderes necesarios para cumplir su función no hacía falta la que se ha llamado "publicización del proceso", pues ésta parte de una base necesariamente autoritaria, en el sentido de aumento, deformación, exageración de la autoridad.

## 4. EL PROCESO COMUNISTA (LA NEGACIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS)

En la Viena de finales del siglo XIX Anton Menger, profesor de procedimiento civil y llamado el fundador del "socialismo jurídico", aspiraba a que, transformados los derechos civiles privados en derechos administrativos, desapareciera la barrera más importante que separa hoy —decía— los procesos civil, penal y administrativo. Se trataba de que "las tres formas de procedimiento se fundirán en una sola, consistente

esencialmente en una instrucción de oficio"[18]. Si esta era una aspiración teórica, poco después se estaría ya ante una imposición práctica; cuando Lenin decía que "no reconocemos nada privado; para nosotros todo el campo de la economía reviste carácter de derecho público y no de privado"[19], estaba oponiendo las bases políticas para la desaparición de los derechos subjetivos privados, de todos, pero especialmente de los económicos, y con ellos del proceso civil tal y como se había entendido hasta entonces.

### *A) La función del juez y su cumplimiento por medio de proceso*

En la doctrina comunista ha sido un lugar común partir de que la división entre derecho privado y derecho público, que era algo propio de los estados capitalistas, se basaba en la propiedad privada y más allá en la existencia de intereses individuales tutelados por el Derecho. Ahora bien, unificado todo el derecho en lo público, y habida cuenta del nexo profundo que existe entre el derecho sustantivo y la forma procesal de su realización, no existía ya razón de ser de un proceso civil distinto de los otros procesos[20]. Naturalmente por ese camino la consideración fundamental es la de que el proceso civil es un "fenómeno social de masas"[21].

---

18 Sobre Menger puede verse la biografía de MONEREO PÉREZ en *Juristas universales.3. Juristas del siglo XIX*, Madrid, 2004, pp. 487-494. Las citas del texto provienen de MENGER, *Neue Staatslehre*, Jena, 1903, pero citamos por la traducción al francés de Milhaud, *L'Etat socialista*, Paris, 1904, p. 220; existe traducción española *El Estado socialista*, Barcelona, 1908. debe verse PORCAR, V., *Il giudice como amministratore: Antón Menger*, en "L'Educazione Giuridica. VI-Modelli storici della procedura continentale", tomo I, Perugia, 1994, pp. 225 y ss.

19 La cita proviene de GURVICH, *Derecho procesal civil soviético*, México, 1971 (trad. de Lubán y revisión de H. Cuadra), p. 44.

20 Pueden verse GURVICH, Op. cit., en el Capítulo I ("Objeto y sistema de la ciencia del Derecho Procesal Civil Soviético") y en el II ("Principios de Derecho Procesal Civil Soviético"), y también *Profili generali del processo civile sovietico*, en *Codice di procedura civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia*, Milano, 2004, en volumen IX de "Testi e documenti per la Storia del Processo", dirigidos por Picardi y Giuliani (el trabajo de Gurvich se escribió en los años setenta del siglo XX); STALEV, *El Procedimiento Civil en los estados socialistas miembros del C.A.M.E. Antecedentes, creación, desarrollo, tendencias fundamentales*

Si se leen los *Principios fundamentales del procedimiento civil de la URSS y de las Repúblicas Federadas* de 1961 se advertirá que la función del juez, a llevar a efecto por medio del proceso, no es la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos, sino la tutela del interés general, interés que es el definido como tal en las leyes. Dice así el principio 2.º. Finalidad del proceso civil. Finalidad del proceso civil soviético es el justo conocimiento y decisión de las causas civiles, pero ello con el fin de garantizar la defensa de la estructura social y estatal de la URSS, del sistema socialista de la economía y de la propiedad socialista". Se trata, por tanto, que el juez no es el garante de unos inexistentes derechos subjetivos de los ciudadanos; el juez es el garante del exacto cumplimiento de la legalidad y el proceso es el medio utilizado para ello. Desde esta idea fundamental debe examinarse el proceso.

---

*y soluciones: 1900-1975*, en "LXXI años de evolución jurídica en el mundo", México, 1978, pp. 176-216; KELLNER, *Introduzione* a la *Ordinanza della procedura civile della Repubblica Democratica Tedesca, 1975*, Milano, 2004, en el volumen X de "Testi e documenti per la Storia del Processo", dirigidos por Picardi y Giuliani (el trabajo de Kellner se escribió en los años ochenta del siglo XX). También puede tener interés CAPPELLETTI, *El proceso civil en el derecho comparado*, Buenos Aires, 1973 (trad. de Sentís).

21 Por ejemplo STALEV, Op. cit., p. 171. La misma concepción ideológica se encuentra, por raro que pueda parecer en estos tiempos, en un juez federal brasileño, CABRAL, Antonio do Passo, *Il principio del contraddittorio como diritto d'influenza e dovere di dibattito*, en Rivista di Diritto Processuale, 2005, 2, p. 453. Según el Autor el derecho procesal (en general) ha abandonado hace mucho tiempo las esposas del individualismo consolidando la concepción publicista del proceso; siendo derecho público debe identificarse en el ejercicio de la actividad jurisdiccional el esfuerzo del Estado para realizar, por medio de la jurisdicción, algunos fines que le son propios y que preceden a los intereses de las partes: objetivos sociales y políticos, entre los que debe subrayarse el de asegurar la participación popular en el proceso; esto es, el proceso es un medio al servicio de determinados fines estatales y la función jurisdiccional es camino para alcanzar los fines políticos del Estado democrático (si cambiamos democrático por soviético, el discurso es exactamente el mismo). Por ello no puede extrañarse que el paso siguiente radique en sostener que el principio de contradicción debe entenderse también como un deber, lo que lleva a concluir que la participación colaboradora en las decisiones estatales que supone el principio justifica la represión de los comportamientos de mala fe o de los actos que ofendan a la dignidad de la justicia; "si participar está garantizado, la conducta debe ser ética, en consonancia con los objetivos estatales de la jurisdicción" (p. 460).

Desde esa concepción en la regulación del proceso civil, que sus propugnadores han llamado socialista, carecen de sentido el principio dispositivo y todas sus consecuencias. Se niega la aplicación de los brocardos *ne procedat iudex ex officio*, con referencia al inicio del proceso, y *ne eat iudex ultra petita partium*, sobre el contenido de la sentencia. Pero más allá, en realidad se trataba ideológicamente de negar la existencia de derechos subjetivos realmente privados y, consiguientemente, de negar la disposición de unos inexistentes derechos. Naturalmente la negación de los principios de oportunidad y dispositivo no se produjo siempre de modo evidente, pues era común en la doctrina comunista aludir a la "dispositividad" o principio dispositivo, en el sentido de que las partes iniciaban el proceso y determinaban su objeto; incluso se llegó en alguna ocasión a advertir que la interpretación que hacían algunos "sovietólogos" del papel del juez comunista era exagerado[22], pero no puede negarse que el principio dispositivo quedaba negado desde el momento en que la parte no era la única en poder iniciar el proceso, dado que podían hacerlo partes públicas, ni podía ponerle fin cuando lo estimara oportuno[23].

---

22 Para GURVICH, *Profili generali*, cit., p. LIII, nota 10, la explicación que hacía un "ilustre jurista italiano de vanguardia", CAPPELLETTI (en *Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto compararato*, de 1968, que se corresponde con la obra antes citada de *El proceso civil en el derecho comparado*, en la traducción de Sentís, Buenos Aires, 1973) incurría en exageraciones sobre el papel del juez soviético en detrimento de las partes; se estimaba exagerada la afirmación de que los actos realizados por las partes en el proceso solo se consideran legítimos en tanto en cuanto esos actos se correspondan con los fines de los funcionarios de las organizaciones socialistas que intervienen en el proceso para tutelar los intereses de esas organizaciones. Con todo, en la misma nota se pone de manifiesto una sutileza típica del pseudo jurista comunista: la actividad del juez en defensa de la legalidad es una asistencia prestada a las partes con el fin de tutelar sus intereses personales, es una garantía de la plenitud de esos intereses, y no una limitación de los mismos.

23 Por si faltara algo debe recordarse que conforme al principio 45.º de los *Principios fundamentales del procedimiento civil de la URSS y de las Repúblicas Federadas*, de 1961: "Al conocer de la causa en segunda instancia, "el juez de la casación" controla, tomando como base los actos del proceso y el ulterior material aportado por las partes y por los otros participantes en el juicio, la legalidad y el fundamento jurídico de la decisión dictada por el juez de primera instancia, tanto respecto de

De esta manera bastará recordar, para no extenderse demasiado, como Cappelletti exponía el contenido del principio dispositivo en los procesos civiles del entonces mundo occidental, tanto del *civil law* como del *common law*, y había de llegar a la consecuencia de que los mismos eran algo ajeno al proceso civil que él llamaba socialista[24].

### *B) La intervención en todos los procesos del Ministerio Fiscal*

La conversión en Derecho público de toda la economía lleva a lo que en algunas ocasiones se ha llamado penalización del proceso civil, de lo que fue clara manifestación el papel preponderante del Ministerio Fiscal en el proceso civil. El mismo Lenin seguía diciendo que no debemos "... desperdiciar la mínima posibilidad de ampliar la intervención del Estado en las 'relaciones civiles'"[25]. De esta manera el equivalente del Fiscal asumió plena competencia para controlar la aplicación de la ley en el proceso civil. En el Principio 14 se lee: "El Ministerio Fiscal (o Procurador del Estado) debe, en cualquier momento del proceso, adoptar las medidas previstas por la ley con el fin de impedir cualquier violación del derecho, sea cual fuere su autor", y luego el Principio 29 permitía convertirlo en parte en todos los procesos civiles, atribuyéndole incluso legitimación activa con el fin de tutelar los intereses del Estado y de la sociedad, aparte de los derechos y de los intereses legítimos de los ciudadanos.

Por este camino de la atribución de la legitimación al Fiscal es evidente que los derechos subjetivos han desaparecido; si cualquiera puede ejercitar "mi" derecho, incluso contra mi voluntad, es obvio que

---

la parte de la misma que ha sido impugnada, como de la parte que no ha formado objeto de la impugnación, incluso con relación a las personas que no han recurrido. El "juez de la casación" no está vinculado por los motivos propuestos en el recurso y debe proceder a reexaminar controversia en su conjunto".

24 Puede verse CAPPELLETI, *El proceso civil en el derecho comparado*, cit., pp. 10 y ss. Tampoco está de más recordar que Cappelletti llegó a mostrarse favorable a la supresión del "principio della domanda", es decir del principio dispositivo, y así puede verse *Ideologie nel diritto processuale*, en *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 18.

25 La cita también en GURVICH, *Derecho procesal civil soviético*, cit., pp. 110-111.

ese derecho no es "mío". Más aún, si es posible que después de que un ciudadano ha formulado una demanda el Fiscal determine que la misma es infundada y que ello supone la "renuncia" a la misma[26], la única conclusión posible es la de que los derechos subjetivos no existen.

### C) *Los principios de ese proceso*

Lo anterior es lo más importante, pero no es lo único. A partir de un proceso civil en el que las partes no eran dueñas del objeto del proceso, el desarrollo posterior llevó también a negar las otras características del proceso liberal relativas al proceso mismo y de esta manera se convirtieron en principios del proceso civil socialista:

#### *a) La verdad objetiva*

La obtención de la verdad objetiva, se convierte en un principio que no responde simplemente a una idea científica, ni de técnica procesal, sino que constituye parte esencial del derecho socialista puesto que responde a un postulado marxista-leninista[27], aparte de que viene impuesto por la función del juez y su cumplimiento por medio del proceso[28].

Kellner, que fue catedrático de derecho procesal civil en la Universidad Von Humboldt de Berlín, ponía en relación el principio de contradicción y la verdad que llamaba formal. La contradicción, en el sentido que la definía Rosenberg de que "sólo las partes introducen en el proceso los elementos de la contienda, deciden sobre la necesidad de la tutela y le dan impulso, mientras que el juez no tiene las facultades de tener en cuenta circunstancias de hecho no alegadas por las partes, ni, normal-

---

26 GURVICH, *Derecho procesal civil soviético*, cit., p. 119.

27 GURVICH, *Derecho procesal civil soviético*, cit., p. 43, postulado que suele denominar de la cognoscibilidad, en el sentido de que todo hombre tiene la capacidad de reflejar en su conciencia los fenómenos del mundo objetivo; el hombre es capaz de conocer el mundo y la verdad.

28 Debe verse GWIAZDOMORSKI y CIESLAK, *La preuve judiciaire dans les pays socialistes à l'époque contemporaine*, en el volumen *La preuve*, Bruxelles, 1963, en «Recueiles de la Société Jean Bodin, XIX», pp. 69 y ss.

mente, de acordar pruebas de oficio", conducía a la verdad meramente formal. El fin del proceso burgués no era lograr la verdad objetiva, descubriendo las relaciones verdaderas entre las partes, sino que se conformaba con el contenido del proceso tal y como las partes lo habían delimitado. El proceso burgués no perseguía la verdad objetiva.

En sentido contrario, el derecho socialista, por medio del principio de la verdad objetiva o material, impone a los tribunales el deber de adoptar todas las medidas previstas por la ley para esclarecer del modo más completo las circunstancias reales del asunto, las relaciones jurídicas entre las partes, sus derechos y obligaciones; el principio responde así al interés del Estado en la realización del derecho objetivo, de los derechos subjetivos tal y como han sido definitivos por el Estado, y no de otra manera[29].

Desde este principio de la verdad material u objetiva se comprenden las facultades del juez, primero, respecto de la aportación de hechos y, luego, en materia probatoria. Si el Estado, y en este caso el juez como órgano o representante del Estado, tiene que conocer la verdad "verdadera" existente en las relaciones jurídicas entre los particulares, pues por medio del proceso no se trata tanto de tutelar esos intereses particulares cuanto de hacer efectivo el derecho objetivo proclamado en la ley, las consecuencias tienen que ser: 1) el tribunal en su decisión no está limitado por el material proporcionado por las partes, de modo que en el logro del conocimiento de los hechos está interesado tanto el tribunal como la procuraduría y las varias organizaciones estatales y de representación de la sociedad soviética, y 2) el tribunal no debe conformarse con los medios de prueba propuestos por las partes.

El principio de la verdad objetiva tiene que llevar a las consecuencias de que el juez puede o, mejor, debe, adoptar todas las medidas tendentes al esclarecimiento total de las circunstancias del asunto, incluido natu-

---

29 Por ello no puede extrañarse de que algunos países socialistas el principio de la verdad objetiva en el proceso llegara a aparecer en la Constitución, por ejemplo en la Constitución Checoslovaca de 1960 se decía en el artículo 107: "Los tribunales realizarán el proceso de modo tal que se conozca el estado real de las cosas sobre las cuales deliberan".

ralmente acordar medios de prueba de oficio. No se trata de una facultad, se trata de un deber, y la finalidad no es propiamente la tutela de los derechos del particular (los cuales tienen importancia secundaria), sino la defensa del derecho objetivo, el cual debe aplicarse siempre que se esté ante un supuesto de hecho de los previstos en general en la norma[30]. Además, en todos los procesos en que el Fiscal asume efectivamente su condición de parte la finalidad de su participación es la defensa del interés del Estado, de la legalidad socialista, lo que sólo puede lograrse con el total conocimiento de la verdad.

*b) La colaboración del juez y las partes*

Una de las constantes en la doctrina comunista sobre el proceso civil es la idea relativa a que ese proceso no se presenta como una suerte de contienda entre partes, no es ya una lucha entre ellas, sino que la búsqueda de la verdad material se resuelve en un principio que puede denominarse de colaboración entre todos los que intervienen en el

---

30 En este sentido por ejemplo se puede leer en los *Principios (o Bases) fundamentales del procedimiento civil de la URSS y de las Repúblicas Federadas*, de 1961:
1) Principio 16.º: Declaración de los hechos de la causa, de los derechos y de las obligaciones de las partes: el juez, sin limitación alguna e independientemente del material llevado al proceso y de las declaraciones prestadas por las partes, adopta todas las medidas previstas por la ley a fin de alcanzar un completo, minucioso y objetivo conocimiento de los hechos de la causa, además de los derechos y obligaciones de las partes. El juez debe instruir a las personas que intervienen en el proceso de sus derechos y obligaciones.
2) Principio 18.º: Carga de la prueba y obligación de practicar los medios de prueba: después de decir que los medios de prueba deben ser propuestos por las partes "y las demás personas que intervienen en el proceso", añade: Si las pruebas propuestas resultan insuficientes, el juez ordena a las partes y a las otras personas que intervienen en el proceso proporcionar otros medios de prueba o los acuerda de oficio.
Después debe estarse al *Código de procedimiento civil de República Socialista Federal Soviética de Rusia*, de 1964, y en el que los principios anteriores se transcriben literalmente. Estos dos cuerpos legales pueden verse en *Codice di procedura civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia*, Milano, 2004, en el volumen IX de "Testi e documenti per la Storia del Processo", dirigidos por Picardi y Giuliani, y ya antes citado.

proceso, y así se habla de una "confiada colaboración entre el juez y las partes"[31]. De este modo se destacan:

1.º) El deber del juez de asesorar a las partes sobre los derechos y obligaciones que les corresponden, lo que supone también la necesidad de estimular la actividad procesal de las partes y realmente de todos los demás que intervienen en el proceso, llegándose a hablar de una suerte de funciones asistenciales encomendadas al juez que deben operar incluso cuando las partes comparecen asistidas por abogado[32].

2.º) Correlativamente el deber de las partes, no ya de aportar los hechos al proceso informando al juez, sino de hacerlo sin esconder hecho alguno y haciéndolo siempre de manera veraz, de modo que han de llevar al proceso todo aquello de lo que tienen conocimiento. Se trata un deber de veracidad e integridad o, de otra manera, de lealtad y probidad[33].

En este contexto de la colaboración entre el juez y las partes se inscribe la necesidad de que la buena fe. Esta se presenta como algo relativo a la "moralización" del proceso, pero también como elemento fundamental para lograr la verdad objetiva. De esta manera, y según Cappelletti, el principio del deber de lealtad y verdad en el proceso significa que "las partes deben deducir en juicio el hecho específico

---

31 Por ejemplo KELLNER, *Introduzione*, cit., p. XLIX.

32 Puede verse por ejemplo STALEV, *El proceso civil en los Estados socialistas*, cit., p. 195. Según el artículo 2 (2) del que se llamaba Código de Procedimiento Civil de la República Democrática Alemana, de 1975: "Los tribunales tiene el deber aclarar, declarar en forma veraz y decidir, según las normas de derecho, en un proceso concentrado y rápido, los hechos relevantes para el juicio". Y artículo 2 (3): "Los tribunales deben indicar a los que participan en el proceso sus respectivos derechos y obligaciones, para la efectividad de los mismos". Este cuerpo legal puede verse en *Ordinanza della procedura civile della Repubblica Democratica Tedesca, 1975*, Milano, 2004, en el volumen X de "Testi e documenti per la Storia del Processo", dirigidos por Picardi y Giuliani, ya antes citado.

33 Según el artículo 3 ("Derechos y obligaciones de las partes") (1) del Código de Procedimiento Civil de la República Democrática Alemana, de 1975: "... Las partes tienen el derecho y el deber de participar en el proceso y, especialmente, de colaborar para la declaración de la situación de hecho. Sus respectivas declaraciones y deposiciones deber ser competas y veraces".

integral y real, sin omisiones ni reticencias y no sólo sin falsificaciones, ni siquiera expresa o tácitamente convenidas"[34].

Lo que nos importa destacar es que el principio de la buena fe, o el deber de verdad, o la probidad (y ya no se sabe muy bien si se está ante un principio procesal o ante un deber), no se presenta de modo aislado. Forma parte de un conjunto, de un sistema procesal en el que tiene un sentido determinado[35].

## 5. EL PROCESO FASCISTA (EL JUEZ Y LA DIGNIDAD DEL ESTADO)

Volvemos a Viena y a finales del siglo XIX, ahora para encontrarnos con Franz Klein que es nombrado en 1891 jefe de sección del Ministerio de Justicia y que pone en marcha las "leyes de la justicia". Entre las varias leyes que impulsó la que nos importa es la Ordenanza Procesal Civil, que será aprobada en 1895 y entrará en vigor el 1 de enero 1898.

Curiosamente también para Klein el proceso se ha convertido en un fenómeno social de masas[36]; el proceso es un mal social y, por tanto, el

---

34 CAPPELLETTI, *Interrogatorio de la parte y principios fundamentales del proceso civil en la Europa comunista*, en el volumen *La oralidad y las prueba en el proceso civil*, trad. de Sentís, Buenos Aires, 1972, p. 398; adviértase que se está hablando de un principio procesal que parece consistir en imponer a las partes un deber.

35 En este sentido por ejemplo se puede leer en los *Principios fundamentales del procedimiento civil de la URSS y de las Repúblicas Federadas*, de 1961: Principio 24.º: Las partes, sus derechos y obligaciones: Las partes tienen el deber de ejercitar sus derechos procesales con lealtad y probidad. Lo que se repite después en el artículo 30 del *Código de procedimiento civil de República Socialista Federal Soviética de Rusia*, de 1964, y en el que los principios anteriores se transcriben literalmente. Reiteramos que estos dos cuerpos legales pueden verse en *Codice di procedura civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia*, Milano, 2004, en el volumen IX de "Testi e documenti per la Storia del Processo", dirigidos por Picardi y Giuliani, y ya antes citado.

36 La obra de referencia de esta concepción es la de KLEIN, *Materialen zu den neuen österreichischen Civilprozessgesetzan*, Viena, 1897. Sobre ella puede verse FAIRÉN,

interés del Estado es terminarlo cuando antes y al menor coste posible[37]. Estas son las bases ideológicas de Klein, para el que el proceso debía entenderse como una especie de procedimiento administrativo en el que se tutelan, desde luego los intereses individuales, pero también los sociales[38].

No vamos a entrar en el detalle de esta forma de entender el proceso; nos limitaremos a decir que en la misma concurren dos elementos que nos importan ahora: 1) El reforzamiento de los poderes del juez, el cual no puede seguir siendo un mero contemplador de la contienda, puesto que no debe proteger no sólo al individuo, sino también al Ordenamiento jurídico al servicio de la comunidad[39], lo que incluye el acordar pruebas de oficio, y 2) La imposición a las partes del llamado imperativo de totalidad y obligación de veracidad[40].

También en esta concepción se llegó a sostener por Klein que las partes debían colaborar diligentemente con el juez en la búsqueda de cómo realmente habían ocurrido los hechos, con el apercibimiento de que si así no lo hacían el juez se convertiría en investigador de los hechos[41]. El juez no se limita a juzgar, es el gestor del proceso, dotado de

---

*El proyecto de Ordenanza Procesal Civil austriaca visto por Franz Klein*, en "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, 1955, pp. 301 y ss.

37 Así SPRUNG, *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, en Rivista di Diritto Processuale, 1979, p. 38. También CIPRIANI, *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*, en Rivista di Diritto Processuale, 1995, después publicado en *Idelogie e modelli del processo civile. Saggi*, Napoli, 1997 y, por fin, en *Batallas por la justicia civil*, Lima, 2003 (trad. de Ariano); cito por esta última publicación, y en ella p. 65.

38 Otra vez SPRUNG, *Le basi del diritto*, cit., p. 36.

39 En este sentido FASCHING, ponencia nacional austriaca citada por FAIRÉN, *Los procesos europeos desde Finlandia hasta Grecia (1990-1975)*, en "LXXI años de evolución jurídica en el mundo", México, 1978, p. 28.

40 Para GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1936 (trad. de Prieto Castro y notas de Alcalá-Zamora), p. 40, en la ZPO austriaca "la reunión de los elementos de juicio se obtiene por la colaboración del juez con las partes, gracias a una feliz fusión del principio dispositivo y el oficial o intuitivo", aparte de la posibilidad de acordar pruebas de oficio y de las imposición de deberes u obligaciones (no queda claro) a las partes.

41 FAIRÉN, *El proyecto de Ordenanza Procesal Civil...*, cit., pp. 315-6: "Es lamentable, decía Klein, que en determinado porcentaje las sentencias, contrastadas con la

grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar, no sólo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad.

### *A) Alemania: Las Leyes de 1933 y de 1942*

Algunas décadas después en la Alemania nazi no se afronta la realización de una nueva Ordenanza Procesal Civil[42], lo que nos impide poner de manifiesto cómo se ha plasmado una ideología en un cuerpo legal, y a ello debe unirse la variedad de aspectos propios del nazismo, aunque se ha sostenido[43] que el común denominador de todas sus elaboraciones fue la tiránica acentuación del criterio colectivista de la 'comunidad de pueblo'[44], que llevaba a pretender: 1) La desaparición de la diferencia entre sociedad y Estado, 2) La abolición de la separación de poderes y 3) La exaltación de la figura del juez, el cual, por otro lado, se convirtió en dependiente del poder nazi; como decía el ministro de Justicia Hans

---

realidad de los hechos, vengan a resultar injustas o defectuosas"; ello ocurre en muchos casos por falta de diligencia; en otros por haberse visto obligado el juez diligente a fallar, a pesar suyo, sobre la base de hechos injustos, inciertos, dudosos. Por esto Klein aumenta los poderes del juez, el cual puede completar el proceso en lo que haga falta, es decir, puede acordar cuantas medios de prueba estime oportunos.

42 Para LEIBLE, *Proceso civil alemán*, Medellín, 1999, pp. 64-65, la ZPO de 1877, influenciada por la codificación napoleónica, estaba "acuñada totalmente por una concepción liberal del Estado", de modo que la ley era el reglamento de la lucha entre las partes, en la que éstas asumían su responsabilidad siendo el juez un tercero neutral. Atendida la influencia de la ZPO austriaca de 1895 los reformadores alemanes empezaron a pensar en limitar la disposición de las partes sobre el curso del proceso, incrementando la dirección por el tribunal y como consecuencia en 1933 se estableció el deber de veracidad de las partes.

43 BÖHM, Peter, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2004, núm. 2, pp. 623 y ss. (el trabajo es de 1990, y apareció publicado en el volumen colectivo *Nationalsozialismus und Recht*, Viena, 1990).

44 En materia penal esa "comunidad del pueblo" dio lugar a la legislación sobre los "extraños a la comunidad", y un ejemplo puede verse en MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudio sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, 4.ª edición, Valencia, 2003.

Frank el juez debe ser siempre consciente de que "en razón de su posición predominante en la aplicación del derecho, no puede jamás ir contra los principios del programa político nacionalsocialista y de su ideología"[45].

*a) La función política del proceso civil*

La acentuación colectivista del Derecho se manifiesta claramente en el proceso, aunque sobre el mismo pueden indicarse dos corrientes:

1.ª) La extrema representada por Adolf Baumbach, un alto magistrado, que en 1938 propuso que el proceso civil fuera sustituido por actos de jurisdicción voluntaria[46]. Conforme a esta idea si el proceso civil supone una lucha entre partes en la que todos los medios son lícitos para vencer, aunque sea a costa de la verdad y de la justicia, en la concepción nacional-socialista el juez no debe ser considerado como un tercero imparcial sino que, lo mismo que la policía, es un amigo del ciudadano al que se debe acudir para restablecer el orden y la paz, por lo que parece conveniente que su actuación, como ocurre en el procedimiento administrativo, se inspire en los principios de sencillez, libertad (libertad para el juez anotó Calamandrei) de tramitación, oficialidad y veracidad; el principio dispositivo era peligroso, no sólo para la parte más débil, sino para la dignidad de los tribunales del Estado.

Recordando aquí que la proposición no era muy diferente de la idea que Menger tenía del proceso civil, debemos destacar que la proposición suponía realmente la desaparición de la jurisdicción y en ese sentido las críticas fueron muy claras[47].

---

45 Citado por BÖHM, Peter, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., pp. 629-630.

46 BAUMBACH, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit* (Proceso civil y jurisdicción voluntaria), en Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht, 1938, pp. 583 y ss; luego en 941, pp. 31 y 49, y en 1942, p. 49.

47 En Italia debe destacarse la de CALAMANDREI, *Abolizione del processo civile?*, en Rivista di Diritto Processuale Civile, 1938, I, pp. 336-340, y luego en *Opere giuridiche*, I, Napoli, pp. 387-390; en España PRIETO CASTRO, *Revisión de los conceptos básicos de derecho procesal*, en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, II, Madrid, 1950, pp. 665-669.

2.ª) Aparentemente menos radical fue la proposición de Hans Otto de Boor el cual mantenía la existencia del proceso civil en el Estado nacional-socialista[48], si bien dejando claro: "Que a nosotros, en el Tercer *Reich*, no nos sirve para nada un proceso de inspiración y características liberales es cosa totalmente evidente, sobre la que no debe darse ni siquiera una explicación". Esto es, se imponía un proceso civil modelado conforme a los principios nacional-socialistas, el cual debería tener valor para la "comunidad del pueblo".

Se trataba de que como la actuación de la jurisdicción voluntaria, preferentemente conciliadora, que era la idea de Baumbach, no debía impedir declarar a quien correspondía la propiedad de un bien y para ello era más adecuado un verdadero proceso, pero teniendo en cuenta que en el fin del mismo era la tutela de los intereses de la "comunidad del pueblo" por medio de la actuación del derecho en el caso concreto. Otra vez a parece aquí, la negación del juez como sujeto neutral que asiste a la lucha entre dos personas; es necesario juez que "tutele los intereses de la comunidad del pueblo de modo extremadamente activo".

Incluso en la concepción menos extrema el proceso civil no trataba de modo principal de tutelar los derechos subjetivos de los ciudadanos, pues existe siempre algo que está por encima de ellos. La concepción ideológica que está en la base del nazismo presupone que ciudadano singular existe sólo en cuanto forma parte de su pueblo, de modo que aquél no es titular de derechos fundamentales, sino de deberes.

### *a) La Ley de 1933 y las controversias civiles*

Esa concepción básica se descubre en la Ley sobre modificación del procedimiento civil de 1933, que acaba en el Decreto de 8 de noviembre de 1933. Conforme a su exposición de motivos o introducción: "Las partes y sus representantes deben ser conocedores de que la jurisdicción

---

[48] La síntesis de DE BOOR puede verse en BÖHM, Peter, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., pp. 631-633; se trata del artículo de aquél publicado también en la Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht, 1938, pp. 834 y ss. y titulado *Die Funktion des Zivilprozesses* (La función del proceso civil).

no las sirve sólo a ellas, sino que, sirve antes y principalmente, a la actuación de la paz jurídica de toda la comunidad". De esta manera y dentro de lo que nos importa:

a) No se desconoce que son las partes las que aportan los hechos, para la determinación del objeto del proceso y de la resistencia, y que el juez debe decidir dentro de lo pedido y resistido por las partes, con lo que se está admitiendo el principio dispositivo, pero ese principio viene matizado por dos consideraciones:

1.ª) El llamado deber judicial de esclarecimiento, conforme al cual, y según el parágrafo 139, el presidente del tribunal debe requerir a las partes para completar sus aportaciones de hechos y de medios de prueba propuestos.

2.ª) En el parágrafo 138 se introdujo el deber de veracidad de las partes, de modo que éstas deben hacer sus declaraciones sobre los hechos de forma íntegra y de acuerdo con la verdad, añadiendo luego el parágrafo siguiente que el presidente del tribunal debe intentar esclarecer la verdad.

b) El principio que se denomina de deliberación lleva a que sean las partes las que aporten los hechos y las que insten los medios de prueba, pero también en este principio las matizaciones llevan a que el juez tenga amplias posibilidades de acordar pruebas de oficio.

Según la misma Exposición de motivos o Introducción: "Al derecho a la tutela jurisdiccional, que compete a todo sujeto, se corresponde con la obligación de facilitar al juez la declaración del derecho por medio de una conducta procesal leal y diligente". Más aún, se trataba, como dice Böhm, de que las disposiciones programáticas de la Ley de 1933 "imponen a las partes una conducta procesal 'leal', 'diligente' y 'cuidadosa', al juez una 'rigurosa dirección del proceso', 'el efectivo descubrimiento de la verdad' y una disciplina del procedimiento 'dinámica', 'comprensible' y 'auténticamente popular'"[49].

---

[49] BÖHM, Peter, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., p. 639. Para añadir seguidamente que según la revista *Deutsches Rechht*, 1934, cuaderno 20, y en sus observaciones introductorias se decía: "En el proceso civil se ha

*c) La Ley de 1941 y el Ministerio Público*

En los últimos años del nazismo las reformas más importantes se hicieron en la organización judicial, siendo manifiesto el intento de ir limitando la independencia judicial. Según Böhm lo característico fue la reducción de la competencia de los jueces ordinarios, con el aumento de la de los especiales, la supresión en la Ley de 24 de noviembre de 1937 de los decanos o directores de los Tribunales, asumiendo sus funciones (las de reparto de los asuntos entre los varios órganos jurisdiccionales) el poder ejecutivo y, por fin la supresión de la inamovilidad judicial en el Decreto de 26 de abril de 1942[50].

La mayor incidencia, en lo que ahora nos importa, se produjo con la Ley de 15 de julio de 1941, sobre la participación el Ministerio Público en las controversias civiles. De esta manera el Fiscal asumía en todos los procesos civiles, más o menos como el Fiscal soviético, la posición de pretendida parte imparcial, con poder para alegar hechos y para proponer pruebas; de esta manera el principio de aportación venía completamente alterado, siendo un primer paso en el camino de la imposición del principio inquisitivo en el proceso civil. Se trataba de sacrificar la estruc-

---

manifestado de forma particularmente clara el principio individualista, porque en la época liberal se consideraba el proceso civil como una lucha entre dos individuos. Hoy el proceso civil debe servir para la conservación de la paz dentro de la comunidad. La conservación de la paz jurídica no puede ser confiada a las partes. el proceso civil no es una técnica igual para todos los tiempos, también sus formas son solo expresión de una ideología. A un proceso civil formalista, caracterizado por un sistema de garantías en favor del individuo, debe sustituirlo un procedimiento que lleve a una definición rápida y satisfactoria de la controversia. Esto requiere principalmente una organización dinámica del proceso, la remoción de los límites demasiado rígidos entre magistratura y administración de la justicia, una reforma de la organización judicial en sentido colectivista y la actuación también en el ámbito jurisdiccional del principio del *Führer*".

50 BÖHM, Peter, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., pp. 641-647; y no nos paramos a atender a la llamada revocación extraordinaria, entendida en el sentido de que si el juez supremo era el *Führer* nada podía impedir que éste revocara cualquier sentencia; si los jueces no eran más que representantes del *Führer* las sentencias no pasaban de ser respuestas aprobadas por aquél si bien con reserva de revocación.

tura bilateral de este proceso y por eso la Ley fue calificada de "giro crucial" o de "vuelta de tuerca" en la evolución del derecho.

### *B) Italia: Grandi y el Codice de 1940*

Una de las cosas más curiosas que han ocurrido en el mundo del proceso civil es la afirmación, hecha por la mayor parte de los procesalistas italianos y exportada al resto del mundo, de que el Código de Procedimiento Civil de 1940 no es un código fascista. Calamandrei llegó a jurar en un proceso que se trata de un "código de carácter liberal y democrático"[51], y con ello nos pone en la duda de si en el juramento no respetó la verdad, de si Grandi fue engañado, y con él todo el fascismo, o de si en la Italia de 1940 ocurrían milagros jurídicos.

La concepción del proceso civil del fascismo italiano es la que se expresa en la Exposición de Motivos del Código de 1940[52], del código que entonces fue llamado "*codice fascista per eccelenza*"[53]. Sin grandes profundidades en esa Exposición se encuentra:

a) El nuevo Código se basaba en un condicionamiento político; si el Código anterior, el de 1865, era expresión de los intereses individuales que estaban en la base del Estado liberal, el Código de 1940 quería ser expresión del Estado fascista. Para éste el proceso civil no es sólo la lucha entre intereses privados, es también instrumento para asegurar que las

---

51 Así lo hizo en la sesión del 27 de noviembre de 1947 en el juicio contra Grandi; ver la declaración en el libro de CIPRIANI, *Il Codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992, p. 441.

52 La *Relazione al Re* había sido olvidada, después de no haber sido publicada desde 1943, y así CIPRIANI, D'ELIA e IMPAGNATIELLO, *Codice di procedura civile con la Relazione al Re*, Bari, 1997, pero es evidente que expresa políticamente lo que el Código desarrolla en su artículos. No hace falta recordar ahora que la *Relazione* es obra de Calamandrei, CIPRIANI, *Il Codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992, y *En los orígenes del Codice di procedura civile*, en *Batallas por la justicia civil*, cit., pp. 3 y ss.

53 Así D'AMELIO, *Codice fascista*, en "Corriere della sera", de 27 de octubre de 1940, p. 1, citado por CIPRIANI, *Il Codice di procedura civile*, cit., p. 51, y recordando que Mariano d'Amelio, fue primer presidente de la Corte de Casación.

normas dictadas por ese Estado son cumplidas ("2.- Los factores históricos de la reforma").

b) Uno de los puntos fundamentales del Código de 1940 fue el aumento de los poderes del juez ("8.- El juez y la ley"), que se calificó de "directiva fundamental de la reforma", pero ello debe entenderse dentro del "renovado concepto de la dignidad y de la autoridad del Estado fascista y de sus órganos" ("12.- Reforzamiento de los poderes del juez para la dirección del proceso"). No se desconoce el principio dispositivo, que es la proyección en el campo procesal de la autonomía privada, por lo que se mantiene la idea de derecho subjetivo ("13.- El principio dispositivo, proyección en el proceso del derecho subjetivo") pero, una vez iniciado el proceso por la parte, el juez debe tener los poderes indispensables para administrar justicia de un modo activo, para que entre en juego el interés público en la recta y solicita aplicación de la ley en el caso concreto[54].

c) En la Exposición de Motivos se dedica un largo epígrafe, el 17, a "Contra la mala fe procesal", y en el se intenta justificar la razón de que el artículo 88 disponga que "las partes y sus defensores tienen el deber de comportarse en el juicio con lealtad y probidad"[55]; esa razón es que si el

---

54 Desde esas consideraciones luego el Código dedicó un Título (el V del Libro I) a "De los poderes del juez" y, sobre todo en materia de prueba se le atribuyeron poderes de oficio: 1) Acordar en cualquier momento del proceso el interrogatorio de las partes (art. 117), 2) Acordar el reconocimiento de personas y de cosas (art. 118), 3) Diferir el juramento supletorio (arts. 240 y 241 CPC y 2736 CC), 4) Formular al testigo todas las preguntas que estime útiles para esclarecer los hechos (art. 353), 5) Decretar careos (art. 254), 6) Llamar como testigos a personas cuyo nombre se ha conocido por la declaración de otro testigo (art. 257), etc., y sin olvidar que en el proceso de trabajo el artículo 421 permite al juez acordar cualquier medio de prueba y en cualquier momento.

55 El comentario de esta norma puede verse, de modo general, en CARPI y TARUFFO, *Comentario breve al Codice di procedura civile*, 3.ª edición, Milano, 1994, pp. 196-8, y PICARDI, *Codice di procedura civile*, a cura di, Milano, 1994, pp. 380-2. Debe recordarse que por más de un autor se ha considerado que esa no es una norma con contenido jurídico, y así SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile*, I, Milano, 1966, pp. 259 y ss, y REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, 4.ª edición (al cuidado de Vellani), Milano, 1995, pp. 203-204. Más recientemente debe verse

proceso civil es un instrumento de actuación de la voluntad del Estado no puede admitirse que la astucia sea un arma tolerable en los juicios; no se trata principalmente de la tutela de los derechos de la otra parte, pues lo importante es que no puede consentirse el fraude contra la administración de justicia. También aquí se alude a la "moralización del proceso civil"[56].

d) No se llegó, sin duda a un Ministerio Público dominador del proceso civil, caso de los fiscales soviético y nazi, pero si a un aumento de sus poderes, siendo muy significativos los procesos en los que debe intervenir en todo caso (arts. 69 y 70 del *Codice*), pero especialmente lo es su intervención en todas las causas ante la Corte de Casación.

Han pasado más de sesenta años y en Italia no sólo siguen con un Código fascista sino que todas las reformas posteriores, salvo quizá la de 1950, han seguido por el mismo camino de acentuar los poderes del juez[57]. Se ha tratado de un camino que ha ido llevando al desastre cada vez de modo progresivamente acelerado[58].

---

SCARSELLI, *Lealtà e probitá nel compimento degli atti processuali civili*, en Rivista di Diritto Processuale Civile, 1998, I, pp. 91 y ss.

56 Este conjunto de caracteres que determinan lo que es un Código fascista tiene una explicación doctrinal de altura en el Capítulo Tercero de las *Istituzioni* de CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte prima*, Padova, 1941, pp. 233 y ss. En ese Capítulo es necesario leer los parágrafos 57, sobre el principio de autoridad en el proceso, 59, sobre el principio dispositivo, pero especialmente en la parte atinente a la iniciativa probatoria del juez, y el 61, sobre el reforzamiento del deber cívico de colaboración con la justicia. Las diferencias son muy apreciables en la comparación con la obra de CARNELUTTI, F., *Instituciones del Nuevo proceso civil italiano*, Barcelona, 1942 (trad. de Guasp).

57 Puede verse CIPRIANI, *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, ponencia al encuentro organizado por la Associazione Italiana dei Costituzionalisti sobre "Esperienze e prospettive della giustizia italiana" y celebrado en Roma del 14 al 16 de noviembre de 2002, que explica la evolución de la regulación del proceso civil italiano desde 1865. Puede verse también la traducción *Los problemas de la justicia civil italiana entre pasado y presente*, en "Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional", Lima, Universidad de Lima, 2003, pp. 67-96 (trad. de Ariano),

58 No estoy haciendo un juego de palabras pero es sabido que el problema práctico más grave en Italia es la duración de los procesos y que la situación ha llegado hasta el extremo de que para evitar las condenas por millares del Tribunal Europeo

### C) *España: Guasp y los hechos en el proceso*

En este epígrafe podríamos hacer mención también de Portugal y de su *Código de Processo Civil* de 1939, junto con la obra de José Alberto dos Reis[59], pero no es del caso ahora ir examinando códigos de otros países más o menos de la misma época, esto es, de antes de la II Guerra Mundial[60]. No estoy muy seguro de que los autores de los códigos posteriores, especialmente de los últimos y empezando por el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, tuvieran muy claras las bases ideológicas en las que están inmersos.

La dictadura franquista no llegó a producir un España un código procesal civil y en todo caso sus reformas más importantes, caso de la creación un juicio declarativo (el juicio llamado de cognición, regulado en el Decreto de 1952), llevaron a aumentar los poderes del juez, pero sólo en la dirección formal del proceso, no en la material. Algún día habrá que comparar la ideología franquista (si es que la tuvo) con la nazi, la fascista y el salazarismo portugués para advertir similitudes y diferen-

---

de Derechos Humanos de Estrasburgo por la vulneración del derecho a la duración razonable del proceso, se ha llegado dictar una ley, la llamada Ley Pinto, de 24 de marzo de 2001, núm. 89, por la que se regula un procedimiento para tutela del derecho a una reparación equitativa por la excesiva duración de los procesos.

59 MENDONÇA, *Direito processual civil. As origens em José Alberto dos Reis*, Lisboa, 2002, y *O pensamento de Franco Cipriani sobre a justiça civil*, en Revista do CEJ, 2005, 2, pp. 65-125..

60 No es fácil resistirse a dejar constancia de lo dispuesto en el artículo 481 del Código portugués de 1939, en el que se asume la reforma introducida por la ley de 22 de septiembre de 1926: El juez debe rechazar la demanda: "d) Cuando la injusticia de la pretensión del actor es tan evidente que resulte inútil cualquier instrucción de la causa". Esta innovación fue calificada de "auténtica revolución" por su ideólogo, DOS REIS, *O novo Código de Processo Civil Portugués*, en Boletim da Facultade de Direito da Universidade de Coimbra, suplemento VI, 1945, p. 343, citado por MENDONÇA, *Direito processual civil*, cit., p. 156; pero también debería verse DOS REIS, *La riforma del processo civile portoguese*, en Rivista di Diritto Processuale, 1930, I. Por cierto que esta "revolución" salazarista ha sido asumida en el artículo 427 del Código Procesal Civil de Perú de 1993 y es necesario ver MONROY GÁLVEZ, *Introducción al proceso civil*, tomo I, Bogotá, 1996; la cita obligada aquí es la de ARIANO DEHO, *¿Diez años de eugenesia procesal? Los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil*, en "Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional", Lima, Universidad de Lima, 2003, pp. 119-135.

cias, pero de momento baste dar cuenta de que en la España franquista no hubo alteraciones de trascendencia en el proceso civil.

A pesar de lo anterior, no me resisto a recordar el pensamiento de Jaime Guasp[61]. No se ha destacado lo suficiente que, opinando sobre la propuesta de Baumbach[62] a que nos hemos referido antes, Guasp entendía que el proceso no es el único medio de que dispone el Estado para la realización de la justicia, siendo ese Estado libre para acudir o no al proceso; por ello la propuesta de Baumbach de supresión del proceso civil dando paso a la jurisdicción voluntaria no se opone al derecho natural.

Pero debe estarse a su libro *Juez y hechos en el proceso civil* para percatarse de que el pensamiento de Guasp debe entenderse inmerso en la concepción fascista del proceso[63]. No se trata ahora de pretender rehacer todo ese pensamiento, sino simplemente de recordar que para Guasp la tendencia a aumentar los poderes del juez, tal y como se estaba registrando en Alemania y en Italia (que calificaba de "modernas corrientes") formaba parte de la reforma radical que precisaba la justicia civil, reforma del principio dispositivo al que se oponía la "rutina mental", llegando a sostener que el aforismo *secundum allegata et probata partium, iudex iudicare debet*, que en España se había convertido en un dogma jurídico, se explicaba por el entronque de nuestro sistema con las prácticas medievales[64]; naturalmente, el paso siguiente es la pretensión de que un futuro código tenía que superar esa vieja concepción.

---

61 Por el contrario me resisto a citar en el texto a FENECH y su *La posición del Juez en el Nuevo Estado*, Madrid, 1941, por mucho que el prólogo de ese libro sea de Guasp.

62 GUASP, *Administración de justicia y derechos de la personalidad*, en Revista de Estudios Políticos, 1944, y ahora en *Estudios jurídicos*, Madrid, 1996, p. 174, nota 5;

63 GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil (Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso)*, Barcelona, 1943, publicado ahora también en *Estudios jurídicos*, cit., pp. 279-390.

64 Lo que en el libro *Juez y hechos en el proceso civil* eran "prácticas medievales", luego en el manual *Derecho procesal civil*, cito la 3.ª edición, 2.ª reimpresión, Madrid, 1977, pp. 316-317, eran "ordenamientos primitivos de la institución procesal"; es decir, para Guasp, no ya en la obra de 1940 sino hasta el final, "la exclusividad legal de la actividad de alegación a cargo de las partes, según la cual, a tenor del

De esta manera Guasp en su libro pretende "modernizar", no ya el principio dispositivo, sino una parte del mismo, la relativa a la disponibilidad de los hechos, y llega a concluir que "las lentas y continuas concesiones al principio de la iniciativa judicial constituyen las primeras etapas de un trabajoso esfuerzo por alterar concepciones históricas que se resisten a su evolución"; más si se quiere, contra quienes defienden el principio dispositivo escribe su libro[65].

## 6. EL PRETENDIDO VALOR TÉCNICO DEL AUMENTO DE LOS PODERES DEL JUEZ CIVIL

Si se me ha seguido hasta aquí en mi intento de explicar, muy resumidamente, el origen de unas concepciones del proceso civil, se habrá tenido que concluir que esas concepciones eran políticas y que no se ocultaban bajo capa técnica alguna. Comunistas y fascistas estaban hablando de su idea política de lo debía ser el proceso; la verdad objetiva, con los medios propuestos para conseguirla, incluida la colaboración de la partes con el juez bajo la regla de la buena fe, no podía dejar de tener una base política[66].

---

viejo aforismo: *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, no es sino una arcaica reminiscencia de ordenamientos primitivos de la institución procesal. La finalidad característica del proceso no quedaría desnaturalizada aunque se atribuyera al juez la posibilidad de aportar datos al proceso, siempre que se mantuviera en vigor y radicalmente escindida la distinción entre la pretensión procesal, con sus elementos, y las meras alegaciones, o instrumentos que garantizan la exactitud lógica del fallo".

65 GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil*, cit., p. 390.

66 Por eso no puede dejar de suscitar preocupación cuando se lee por ejemplo en la STC 206/1991, de 30 de octubre: "Pues bien, uno de los deberes de colaboración de las partes en el proceso, a fin de que pueda obtenerse una rápida y eficaz tutela efectiva, estriba precisamente en la obligación procesal de actuar en el proceso de buena fe (art. 11 LOPJ), con probidad, sin chicanas, ni enredos". Se trataba de un proceso penal y se achaba al imputado que había formulado recursos que habían paralizado el proceso, de modo que: "Dicha conducta obstruccionista no sólo no guarda proporcionada relación con el legítimo ejercicio del derecho de defensa, sino que, antes al contrario, estuvo dirigida exclusivamente a obtener la indebida

En la labor posterior de convertir en técnico lo que era político, el paso fundamental ha consistido en distinguir dentro de las proposiciones del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus* entendiendo que la primera, referida a la alegación de hechos por las partes, tiene como fundamento la disponibilidad de la tutela judicial por éstas, mientras que la segunda proposición, la atinente a que se debe juzgar según las pruebas propuestas por las partes, no puede tener el mismo fundamento, siendo simplemente un medio técnico con el que el juez desarrolla su actividad de decisión.

Es evidente que Grandi y Calamandrei no tuvieron duda en considerar como "factor político" el reforzamiento de la autoridad del juez, y en este sentido son muy claras las palabras de la *Relazione* que se repiten y se refuerzan en el Manual[67], pero inmediatamente después Calamandrei negaba su propia base de partida cuando, refiriéndose a la atenuación del principio dispositivo en el *Codice*, pretendió que el atribuir al juez poderes de iniciativa probatoria para declarar la verdad dentro del ámbito de las peticiones de las partes era "una necesidad de orden técnico" que no tenía nada que ver con el respeto a la voluntad de las partes[68].

Abierto ese camino, Carnacini sostuvo luego la necesidad de distinguir entre lo que se refiere al monopolio de las partes sobre el objeto del proceso, que afecta a la disposición de su interés, y lo atinente a la determinación de los materiales de hecho y de los medios para probarlo, entendiendo que este segundo aspecto afecta únicamente a la conforma-

---

puesta en libertad del recurrente por el mero transcurso de los plazos legales de la prisión provisional, razón por la cual dicha antijurídica conducta, contraria a la obligación constitucional de colaboración con Jueces y Tribunales en orden a obtener una rápida y eficaz actuación de la Justicia, no puede merecer el amparo de la Constitución". Adviértase hasta donde puede llegar la "perversión" de la buena fe y de la colaboración del acusado con los jueces.

67 CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte prima*, cit., pp. 7-8 y 233 y ss. en las que el principio de autoridad en el proceso, con el reforzamiento de los poderes del juez, se presenta claramente como exigencia de orden político.

68 CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte prima*, cit., pp. 240-244.

ción del instrumento que la ley predispone para la tutela jurisdiccional[69]. Por fin Cappelletti, desde lo anterior, pasó a subdistinguir entre la introducción del material de hecho y la introducción de los medios para probarlo, afirmando también el carácter técnico de la iniciativa probatoria del juez[70].

Resulta de esta manera que uno de los elementos esenciales para determinar la ideología base de un código procesal civil, como es el de las facultades del juez y de las partes, se quiere acabar convirtiendo en algo pretendidamente técnico, algo sujeto a la oportunidad del legislador. Pero todavía hay algo más sorprendente y que puede verse en dos aspectos.

### *A) A estas alturas... la politización de la cuestión*

Cuando con afán de claridad conceptual se pretende destacar por algunos —y me estoy refiriendo a lo que me afecta directamente— los orígenes ideológicos de determinadas concepciones del proceso civil y se dice que el aumento de los poderes del juez tiene las bases ideológicas comunista y fascista que hemos visto, la respuesta de algunos es que estamos politizando la cuestión, que estamos haciendo "indebidos planteamientos de la discusión que, en ocasiones, y aunque sea de forma indirecta e implícita, conducen a ciertas descalificaciones personales respecto de los autores que no comparten unas mismas ideas" [71].

---

69 CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, en "Studi in onore di Redenti", II, Milano, 1951, pp. 725 y ss.; existe traducción en lengua española de Romo en Revista de la Facultad de Derecho de México, 1953, núm. 12.

70 CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, pp. 305 y ss.; también *Iniciativas probatorias del juez y bases prejurídicas de la estructura del proceso*, publicado inicialmente como *Iniziative probatorie del giudice e basi pregiuridiche della struttura del processo*, en Rivista di Diritto Processuale, 1967, pp. 407-428, pero que cito por "La oralidad y las pruebas en el proceso civil", trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1972, pp. 111-135.

71 En este sentido PICÓ I JUNIO, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia. Un debate mal planteado*, en "Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional", Lima, Universidad de Lima, 2003, pp. 55-66, y aquí p. 65; publicado seguidamente en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004, núm. 4 p. 255, la revista del

Picó parte de que el aumento de los poderes del juez en el proceso civil, y precisamente de los poderes materiales, no simplemente de los procesales, es una cuestión puramente técnica, por lo que el politizarla es plantearla mal. Desde aquí la consecuencia es que aquellos, a los que se califica de "revisionistas"[72], que pretendemos explicar la base política del aumento de los poderes del juez, hacemos un planteamiento perverso de la cuestión. De este modo los sostenedores del aumento de esos poderes son técnicos del derecho procesal y los que nos hemos limitado a pretender advertir de la bases ideológicas propias de ciertos planteamientos que se han repetido durante un siglo somos los que estamos politizando la cuestión. Los que propiciaron la llamada "publicización del proceso", los que han entendido, por ejemplo, que el derecho procesal es el prisma ideal para analizar y entender los grandes movimientos de la historia, o los que han defendido la socialización de la justicia, o los han concebido el proceso como un fenómeno social de masas, o, mejor aún, los que han pretendido escribir un derecho procesal desde una concepción marxista[73], esos parece que no han politizado la cuestión o, por lo menos, no he visto reproche alguno.

---

Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. En el mismo número de la Revista puede leerse un "curioso" trabajo de OLIVEIRA, *Poderes del juez y visión cooperativa del proceso*, pp. 31-72, que es el mejor ejemplo que puede encontrarse de reducción del proceso civil a instrumento de justicia totalitaria en manos de un juez que no se encuentra vinculado por las alegaciones y las peticiones de las partes, de un juez que, además, impone a los abogados de las partes colaborar con él en contra de los intereses de sus clientes respectivos.

72 De "revisionistas" ha calificado CHIARLONI, *La giustizia civile e i suoi paradossi*, en *Storia d'Italia, Annali 14, Legge diritto giustizia* (direc. Violante), Torino, 1998, p. 410, en nota, a quienes están sosteniendo hoy en Italia la base fascista del *Codice* de 1940 o, mejor, a quienes están pretendiendo un nuevo código no sometido a esa base ideológica. La palabra se asume y se utiliza por Picó i Junoy, aunque siempre la pone entre comillas.

73 Caso de CHIARLONI, *Introduzione allo studio del Diritto Processuale Civile*, Torino, 1975; además *Introduzione*, en *Codici di procedura civile del Regno di Sardegna*, Milano, 2004, p. XXIV; *Il presente come storia: dai codici di procedura sardi alle recentissime riforme e porposte di riforma*, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2004, pp. 447-471; y *Relazioni tra le parti i giudici e i difensori*, en XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, México 22-26 setiembre 2003, pp. 246 y ss., y en especial pp. 254-258. Recuérdese que fue este autor el que ha tildado de

Después de casi un siglo en el que se ha pretendido que el derecho procesal civil es una ciencia partidista, que "sirve para la construcción del comunismo"[74], en que se han escrito varios libros con títulos en los que se hacen coincidir las palabras proceso e ideología[75], en el que se ha afirmado paladinamente que el proceso no es "neutro" en sus técnicas internas con relación a las orientaciones políticas de la sociedad en que opera[76], después de todo esto va resultar que somos los llamados "revisionistas" los que estamos politizando el derecho procesal. ¡Vivir para ver!

### *B) Peor todavía... la división de la comunidad de estudiosos*

Poco después de promulgarse la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, fui invitado a dictar la conferencia de clausura de las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. La conferencia la dicté el 20 de octubre de 2000 y desde aquel mismo día advertí que algo raro estaba empezando a pasar a mi alrededor. Ya al finalizar la intervención me pareció que parte de los miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal no estaban muy conformes con lo que habían oído, y se pudieron ver desde el estrado muestras de disconformidad, mientras que otra parte aplaudía con convicción poco habitual en esos actos y exteriorizaba su conformidad de manera más expresiva de lo acostumbrado. Desde entonces se han sucedido acontecimientos que pueden calificarse de insólitos y que siguen sorprendiéndome.

Aparte del texto escrito que sirvió de base para la conferencia[77], algo después publiqué ya en España un pequeño libro ampliando el texto

---

"revisionistas" a quienes no piensan como él. Debe recordarse también que la palabra "revisionista" en boca o pluma de un comunista tiene un sentido muy determinado, como nos recuerda MONTELEONE, *El actual debate sobre las "orientaciones publicistas" del proceso civil*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2005, núm. 7, pp. 223 y ss.

74 GURVICH, *Derecho procesal civil soviético*, cit., p. 25.

75 Por ejemplo CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna, 1969. Insisto, es un mero ejemplo.

76 DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, p. 118.

77 Con el título *La Ley de Enjuiciamiento Civil española, el Código Modelo y la oralidad* se publicó en el Tomo II de "Relatorías y Ponencias sobre Derecho Procesal. XVII

anterior[78]. Ese libro fue traducido al italiano al año siguiente y publicado con el sello de Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, y con el título *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*[79], y precedido de una *prefazione* redactada por el prof. Cipriani[80].

Muy poco después el prof. Verde publicó un artículo titulado *Le ideologie del processo in un recente saggio*[81] de comentario de mi libro y de la *prefazione* de Cipriani, manifestando conformidades y desacuerdos, más de éstos que de aquéllas, y ese artículo fue rápidamente publicado en la revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y con traducción revisada por el mismo presidente del Instituto[82]. Casi simultáneamente dieron respuesta al prof. Verde los profs. Cipriani[83] y Monteleone[84],

---

Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal", Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, s. d (pero 2000) y s. l. (pero San José, Costa Rica), pp. 285 a 350; Con este mismo título se publicó después en DERECHO. PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, núm. 53, pp. 583-668. Después con el título *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, los poderes del juez y la oralidad*, se publicó en España en la Revista de Derecho Procesal, 2001, núms. 1-3, pp. 555-635.

78 *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2001.

79 DÍEZ-PICAZO, Ignacio, *Con motivo de la traducción al italiano de la obra del Profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español*, en Tribunales de Justicia, 2003, 5, pp. 37-46.

80 Franco Cipriani es ordinario de Derecho Procesal Civil en Bari y autor, entre otros, de dos libros que han despertado la memoria de la que ha sido la historia procesal civil italiana. Se trata de *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile del regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, Giuffrè, 1991, e *Il Codice di Procedura Civile tra gerarchi e processualisti. Riflessioni e documenti nel cincuantenario dell'entrata en vigore*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992. En castellano puede verse su colección de ensayos *Batallas por la justicia civil*, Lima, 2003, traducción de Eugenia Ariano.

81 Giovanni VERDE en Rivista di Diritto Processuale, 2002, 3, pp. 676-687.

82 VERDE, *Las ideologías del proceso en un reciente ensayo*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2003, núm. 3, pp. 31 a 44, traducción revisada por Roberto O. Berizonce.

83 CIPRIANI, *Il processo civile tra vechie idelogie e nuovi slogan*, en Rivista di Diritto Processuale, 2003, 2, pp. 455-466.

84 MONTELEONE, Girolamo, *Principi e ideologie del processo civile: impresioni de un "revisionista"*, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2003, 2, pp. 575-

naturalmente en revistas italianas y nadie del Instituto ha pretendido publicarlas en la Revista.

En esa polémica hube de terciar y lo hice con un breve artículo que publiqué, primero en una revista italiana y luego en la Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, aparte de una española y otra peruana[85]. Después deben leerse las notas de Cipriani sobre el abogado y la verdad[86] y de Montelcone sobre orientaciones publicistas del proceso civil[87]; y menos interés tiene la aportación del magistrado Costanzo M. Cea[88].

Por el camino anterior discurría la polémica cuando surgió un incidente en Argentina, que es el que me importa destacar ahora. Fue el caso que el presidente del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires (Dr. Federico Domínguez) hubo de dirimir con su voto un empate entre magistrados de la Corte Suprema de la Provincia y en su voto dirimente (Suprema Corte Buenos Aires, 29/10/2003) hizo repetida referencia a mi libro de los principios, poniendo de manifiesto que el problema del caso concreto no era simplemente una cuestión técnica, pues en el mismo, relativo al respeto de la cosa juzgada, se evidenciaba las varias posiciones en torno al papel del juez en el proceso.

---

582. Es ordinario de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Palermo y autor de un conocido manual *Diritto processuale civile*, 3.ª edición, Padova, CEDAM, 2002.

85 MONTERO, *Il processo civile "sociale" como strumento di giustizia autoritaria*, en Rivista di Diritto Processuale, 2004, 2, pp. 553-579. En español con el título *El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria*, en Actualidad Civil, 2004, marzo, segunda quincena, número 6, pp. 597-619; en Actualidad Jurídica (publicación mensual de Gaceta Jurídica, Lima, Perú), 2004, tomo 125, abril, pp. 57 a 76. Y en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004, núm. 6, pp. 15 a 50.

86 CIPRIANI, *El abogado y la verdad*, en Poder Judicial, 2003, núm. 72, pp. 175-181

87 MONTELEONE, *El actual debate sobre las "orientaciones publicistas" del proceso civil*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2005, núm. 7, pp. 223 y ss.

88 CEA, C. M., *Valori e ideologie del processo civile: Le ragioni di un "terzista"*, en Rivista di Diritto Civile, 2005, II, pp. 87-108. También puede citarse a última hora RICCI, G. F., *Il processo civile fra ideologie e quotidianità*, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2005, pp. 77 y ss.

La sentencia anterior mereció una nota del Dr. Augusto M. Morello[89], presidente de honor del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en la que venía a sostener que la fundamentación del voto del Dr. Domínguez era innecesariamente ideológica, aparte de que se basaba en escritos de quienes habían venido a dividir la comunidad de estudiosos y políticos del proceso. Dada la referencia que de modo indirecto hacía a mi persona y a mi libro hube de contestarle por medio de una nota que se publicó en la misma revista Argentina[90].

La nota del Dr. Morello no tenía una tesis que defender. Según el Dr. Morello el esfuerzo intelectual realizado por varias personas en los últimos tiempos para llegar a comprender las raíces ideológicas de buena parte de la legislación y de la doctrina del siglo XX sobre la función del juez y sobre el sentido el proceso, debería quedar en el silencio por cuanto ese esfuerzo puede entenderse, y así lo hace él, bien como un elemento de división de la comunidad de estudiosos y políticos del proceso, bien como un incumplimiento de las reglas y estilos de debate, exposición y defensa de puntos de vista, bien como una manera de agraviar, descalificar, hacer imputaciones torcidas de afiliaciones políticas.

Eso era todo. No se defendía una tesis, ni técnica ni política. Se quería simplemente callar a quienes discrepamos de la que el Dr. Morello afirma que es la mayoría de estudiosos, la cual naturalmente coincide con lo sostenido por él. La respuesta, por tanto, no podía llegar más allá de recordar que todos podemos expresar el resultado del esfuerzo intelectual, especialmente cuando existe detrás una obra que lo respalda.

## 7. EL SENTIDO DE LA BUENA Y DE LA MALA FE PROCESAL

Todo lo anterior, las largas páginas sobre ideología y proceso, han perseguido una finalidad, la de poner de manifiesto que el pretendido

---

89 Publicada en LexisNexis, Jurisprudencia Argentina, de 18/02/2004, y titulada *Los jueces, la interpretación y las carpas ideológicas*.

90 MONTERO, *La ideología de los jueces y el caso concreto. Por alusiones, pido la palabra*, en LexisNexis, Jurisprudencia Argentina, de 05/05/2004.

principio de la buena fe procesal no nace en el vacío, no es algo que aparezca desconectado de las corrientes ideológicas que han pretendido conformar el proceso civil en el siglo XX. Más aún, no puede sostenerse que una norma, sea ésta la que fuere, pueda interpretarse de modo aislado, sin incardinarla en el contexto socio-político en el que aparece y sin ponerla en relación con el conjunto del cuerpo legal en el que se incluye.

### *A) Los deberes procesales*

Parece así claro que el pretendido principio de la buena fe procesal no puede separarse, por lo menos de entrada, de la elemental consideración de que en su origen en el siglo XX no fue una concreción del principio general de la buena fe en las relaciones jurídicas materiales[91]. La buena fe procesal tuvo su origen en la idea política de que el proceso civil no es una contienda o lucha entre partes parciales, que "pelean" por lo que creen que les corresponde, y ante un tercero imparcial, sino que ese proceso es un medio para la búsqueda de la única solución legal, la basada en la verdad objetiva, medio en el que colaboran las partes (especialmente sus abogados) y el juez; en esa colaboración el juez asume deberes, no frente a las partes, sino para con la sociedad (por ejemplo la prueba de oficio), y las partes asumen deberes (no obligaciones), principalmente el de colaborar con el juez (el deber de veracidad e integridad)[92].

---

91 Las obras generales sobre la buena fe en el derecho material son muchas y algunas de gran mérito, desde la clásica de WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Madrid, 1977 (trad. de Carro), con prólogo de Díez-Picazo, pasando por la obra de DE LOS MOZOS, J. L., *El principio de la buena fe*, Barcelona 1965, hasta el reciente *Tratado de la buena fe en el Derecho*, Buenos Aires, 2004. Es evidente que la consideraciones del texto no se refieren a la buena fe en el ámbito de las relaciones jurídicas materiales y especialmente en las privadas.

92 Se puede leer aún en la Partida Tercera, Título VI, Ley XV: "*Prevaricator*, en latín tanto quiere decir en romance como abogado que ayuda falsamente a la parte por quien aboga, e señaladamente, cuando en paridad ayuda e aconseja a la parte contraria... tal abogado como este debe morir como alevoso... Otrosí decimos que cuando el abogado hiciere usar, a sabiendas, a la su parte de falsas cartas o de falsos testigos, que esa misma pena merece". Estamos ante una muestra de sabiduría; el abogado ayuda a su parte, pero no de cualquier manera.

Incluso en el caso de que se pusieran en duda, o se negara lo anterior, no podría desconocerse que las referencias que pudieran hacerse a la concurrencia de una exigencia de buena fe procesal tendrían que encuadrarse en la configuración, no tanto de obligaciones, cuanto de deberes procesales, y que ello es propio, no de un proceso garantista, sino de un modelo de proceso civil diferente, modelo al que ahora pretende llamarse de "proceso civil social"[93].

Una de las genialidades de Goldschmidt y de Carnelutti fue constatar que el moderno proceso civil se basa en que las partes actúan en el mismo movidas por su propio interés, no al servicio de intereses ajenos, y de ahí que concluyeran que lo que mueve a las partes son cargas, no obligaciones ni deberes. La carga se concibió así, por el primero como "la necesidad de realizar un acto para prevenir un perjuicio procesal"[94], mientras que el segundo, que empezó diciendo que la distinción entre carga y obligación se fundaba en "la diversa sanción conminada a quien no realiza el acto; existe sólo obligación cuando la inercia da lugar a una sanción jurídica (ejecución o pena); en cambio si la abstención del acto hace perder sólo los efectos útiles del acto mismo, tenemos la figura de la carga", acabó refiriendo la distinción al interés: "obligación y carga tienen en común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad, pero divergen en cuanto al elemento sustancial, porque cuando media obligación, el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno y cuando hay carga, para la tutela de un interés propio"[95]. La

---

93 Puede verse MONTERO y el artículo antes citado en italiano *Il processo civile "sociale" como strumento di giustizia autoritaria*, y en español *El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria*. Un ejemplo de asunción de ese modelo de "proceso civil social" puede verse en GIMENO, *Proceso civil práctico*, III, Madrid, 2002, pp. 685 y ss.; naturalmente no es el único, también ASENCIO MELLADO, *Derecho procesal civil. Parte primera*, Valencia, 2000, pp. 33 y ss., llega más lejos, pues pone en duda la constitucionalidad de un proceso civil que no asuma ese modelo.

94 GOLDSCHMIDT, J., *Derecho procesal civil*, cit., pp. 201.213, y *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, 1961, pp. 91-110, aunque el origen está en su *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, y en éste pp. 335-362.

95 CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, núms. 155-166. Otra cosa es que en la evolución permanente del pensamiento de Carnelutti

noción de carga se convirtió así en algo esencial para entender el proceso civil.

Todo el proceso civil, entendido como garantía de los derechos subjetivos privados de los ciudadanos, descansa sobre la concepción de que los actos procesales no se conciben para las partes como obligatorios, sino como potestativos, en el sentido de que a su realización se vinculan consecuencias beneficiosas para la parte que los hace y a su no realización se adscriben consecuencias perjudiciales[96]. En el proceso, pues, no existen normalmente:

1) Ni obligaciones, que son imperativos del interés ajeno y que suponen la existencia de un titular de un derecho subjetivo correlativo, el cual podría exigir coactivamente el cumplimiento de la obligación y, en caso de incumplimiento, la reparación o indemnización consiguiente.

2) Ni deberes, que no tienen correlativamente un titular de un derecho subjetivo concreto, pues el deber se impone como imperativo del interés general y por ello el incumplimiento del deber lleva a la imposición de una sanción, normalmente de una multa, pero también de una corrección disciplinaria.

Partiendo de esta distinción entre carga, obligación y deber, que es la comúnmente aceptada[97], puede concluirse que en la LEC española no se

---

en algún momento se incurra en graves imprecisiones sobre el concepto de obligación, y así *Instituciones del Nuevo proceso civil italiano*, cit., pp. 209 y ss., pues define la obligación como "vínculo impuesto a su voluntad (la de la parte en el proceso) para la subordinación de un interés suyo al interés (público) referente a la justa composición de la litis", desde esa definición el artículo 88 del Código de Procedimiento Civil impone a las partes una obligación, aunque luego resulta que el incumplimiento de la misma da lugar a una sanción, la del artículo 99.

96 En general sobre poder y deber, ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, pp. 172 y ss. (existe traducción al castellano de Sentís, Buenos Aires, 1964) decía Romano que en el derecho público la figura del deber desligado de un derecho ajeno es frecuente; FROSINI, *Potere (teoria generale)*, en Novissimo Digesto Italiano, XIII, Torino, 1966, pp. 440 y ss.; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, pp. 168 y ss., y BETTI, *Dovere (teoria generale)*, en Enciclopedia del Diritto, XIV, Milano, 1965, pp. 53 y ss.

97 Por ejemplo COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 4.ª edición, Buenos Aires, 2002, pp. 171 y ss.

ha llegado a imponer obligaciones a las partes, sino simplemente deberes, y aun que debe distinguirse claramente entre lo que es un deber y lo que es una carga, por ejemplo cuando se trata del sometimiento a las pruebas biológicas[98]. Desde la misma distinción la posibilidad de imponer multas a las partes se basa en la consecuencia del incumplimiento de deberes procesales, la mayoría de ellos unidos al de la aparente buena fe (en realidad, a la prohibición de la mala fe, que es cosa muy diferente como veremos como veremos).

### *B) Lo que no es la buena fe*

Llegamos así a la conclusión de que lo que se quiere imponer a las partes y a sus defensores en el artículo 247 de la LEC es un deber, y ahora debe precisarse que el mismo no debe confundirse (no ya con el abuso del derecho[99] o con el fraude a la ley procesal, aparte de con el fraude

---

98 Cuando el artículo 767.4 LEC dispone que la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios, no está estableciendo un deber procesal sino inequívocamente una carga, pues el incumplimiento de ese pretendido deber no lleva aparejada una sanción sino una consecuencia procesal perjudicial que podría evitar realizando el acto. Si ese sometimiento a la prueba biológica se concibiera como una obligación de hacer se estaría nada menos que ante la posibilidad de que se exigiera coactivamente, lo cual no parece que sea defendido por nadie, aunque existe alguna sentencia del Tribunal Constitucional muy sospechosa; si se tratara de un deber el incumplimiento debería ser sancionado; al tratarse de una carga la ley se limita a disponer una consecuencia perjudicial para la parte al no "levantar" la carga; incluso podría recordarse la diferencia entre el artículo 767.4 y el artículo 329.2 sobre la presentación de documentos en poder de la parte contraria; así MONTERO, *La prueba en el proceso civil*, 3.ª edición, Madrid, 2002, pp. 222 y ss.

99 El abuso de derecho tiene contornos propios, incluso en el ámbito procesal, pues también en éste debe partirse de la existencia de un derecho subjetivo claro e indiscutido y del ejercicio del mismo de modo que se cause un daño o perjuicio a otra persona, sin por ello alcanzar beneficio o ventaja alguna de las que son inherentes a la titularidad de ese derecho subjetivo. Me remito a PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, cit., pp. 93 y ss., donde puede verse toda la bibliografía. Parece claro que siendo teóricamente posible el abuso de un derecho

procesal[100], con los que la diferencia no se ha llegado a cuestionar), ni con lo que podríamos llamar el cumplimiento de la norma procesal, y las consecuencias de la inobservancia de la misma, ni con las multas coercitivas.

*a) La observancia de la norma*

El sometimiento a las normas procesales y las consecuencias de su inobservancia es algo muy distinto del pretendido deber de buena fe y la imposición de una sanción por incumplimiento. El proceso civil tiene, como es obvio, una regulación procedimental en la que cada trámite tiene un contenido determinado, de modo que si la parte no realiza el acto, o no lo realiza del modo previsto en la ley, la consecuencia no es la imposición de una sanción sino la pérdida del trámite. Estamos en el terreno de las cargas, pero para verlo más claro podremos algunos ejemplos.

---

de naturaleza procesal y en el proceso, en la práctica será raro que se produzcan supuestos evidentes del mismo, que no será fácil distinguir del deber de buena fe o, mejor, de la prohibición de actuar de mala fe. Cuesta mucho pensar en la imposición de sanciones por presentar una demanda, por muy inicua que sea, o por interponer un recurso con ánimo meramente dilatorio. El supuesto de la recusación con mala fe, según el artículo 228 de la LOPJ, es un ejemplo claro de prohibición de actuar con mala fe y de la sanción de esa conducta. Naturalmente el pretender recusar fuera de los momentos legalmente previstos no es supuesto de actuación de mala fe, ni con abuso de derecho, pues se trata simplemente de acto contrario a la regulación prevista en la norma y por lo mismo de acto que no puede producir los efectos normales propios del acto.

100 El fraude a la ley, se entiende ley procesal, tampoco debe confundirse con el deber de buena fe, pues aquél presupone la utilización de una norma, al amparo de la cual se realiza un acto, para evitar la aplicación de otra norma que es la procedente. También aquí PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, cit., pp. 106 y ss. Naturalmente una cosa es la utilización del proceso, del conjunto del mismo, como medio para lograr un fin no permitido por la ley, y otra diferente el fraude de ley procesal propiamente de dicho, pues ahora se trata de que dentro de un proceso se utilice una norma para conseguir lo que otra norma impide. Por ello mientras se pueden poner ejemplos de procesos fraudulentos, no ocurre lo mismo con el verdadero fraude de ley procesal.

La alegación por el demandado de la falta de jurisdicción o de competencia dice la LEC (arts. 63 y 64) que debe realizarse precisamente por medio de la declinatoria y no de otra manera, de modo que si el demandado en la contestación a la demanda y en la audiencia previa quiere alegar sobre la falta de esos presupuestos procesales, no es que esté incumpliendo el deber de buena fe, es simplemente que no se sujeta a lo previsto en la ley, de modo que el juez simplemente rechazará la posibilidad misma de la alegación en esos momentos.

De la misma manera si en la ley se prevé que el momento de la alegación de la causa de pedir es el de la demanda y el de la alegación de las excepciones materiales es el de la contestación a la demanda, de modo que luego, ya en la audiencia previa, no cabe alterar ni los fundamentos de la pretensión ni los de la resistencia, el intento del demandante de alterar la causa de pedir de su pretensión o del demandado de modificar el fundamento de su resistencia, es simplemente inadmisible y el juez lo rechazará. En ello no entra en juego la buena fe, sino el cumplimiento de la ley.

Asimismo si la ley dispone que los documentos, los esenciales y los accesorios, se presentan en unos momentos determinados y prevé algunas excepciones, la petición de una de las partes de que se le admita un documento fuera de la regla general y de las excepciones, no es que sea contraria a la buena fe, es que es contraria a la legalidad sin más y por ello no debe estimarse.

Los ejemplos en este orden de cosas podrían referirse a la mayor parte de las pretendidas por Picó i Junoy reglas de la buena fe en los procesos declarativos, que son las estudiadas por él, pero también en el proceso de ejecución y en las medidas cautelares. Así no se descubre fácilmente qué relación guarda con la buena fe el que los artículos 580 y 581 LEC prevean casos en que procede y casos en que no procede el requerimiento de pago, y, desde luego, la exigencia de acreditar el *fumus boni iuris* no se descubre como depende de la buena fe[101].

---

[101] PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, cit., pp. 130 y ss.; para el caso del proceso de ejecución p. 168, y para el del proceso cautelar p. 169. Por cierto

En todos estos supuestos no se impone a la parte que realice una conducta determinada ni se le conmina con una sanción para el caso de que no la realice. Se trata sencillamente de que la parte tiene, en un acto procesal, que cumplir con lo que la ley dispone y el incumplimiento, tanto si hace como si no hace, da lugar a la consecuencia prevista en esa misma ley. Nada que ver con la buena fe, a riesgo de entender que el incumplimiento de las reglas legales, incluidas las meramente procedimentales, supone siempre una infracción del deber de buena fe, con lo que el ámbito de ésta sería desmesurado.

*b) Las multas coercitivas*

Ya la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, en su artículo 238, procedió a regular los que llamó apremios pecuniarios y que la doctrina calificó, no de *astreintes*[102], sino de multas coercitivas, de manera que se partía de la existencia de una noción general de multa coercitiva y de manifestaciones de la misma, en el campo administrativo y en el procesal[103]. En efecto:

1.º) El artículo 96 la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, entre los medios de ejecución forzosa de las resoluciones administrativas prevé la que llama multa coercitiva, y luego el artículo 99 establece que las Administraciones Públicas pueden, "para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado", fijándose luego la lista de cuándo pueden hacerlo, pero dejando aclarado que esta multa es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas[104].

---

que pareciera como si en los procesos de ejecución y cautelar hubiera muy poca exigencia de buena fe atendida la escasa atención que les dedica en comparación con el proceso de declaración.

102 ARAGONESES MARTÍNEZ, *Las "astreintes" (Su aplicación en el proceso español)*, Madrid, 1985.

103 MONTERO, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, II (con Iglesias, Marín correa y Sampedro), Madrid, 1993, pp. 1365 y ss.;

104 Pueden verse GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, II, Madrid, 1997,

2.º) El artículo 239 de la LPL y los arts. 589 (manifestación de bienes), 676 (administración judicial), 709 (hacer personalísimo), 710 (condena de no hacer), 776 (medidas definitivas en procesos matrimoniales) y 711 (general para la cuantía), todo estos de la LEC, establecen una serie de multas coercitivas.

Entre estos dos conjuntos normativos existen elementos comunes, tantos que permiten construir una parte general de la multa coercitiva, la cual debería caracterizarse porque:

1) No es una sanción y, por lo mismo, no tiene carácter retributivo; su cuantía no puede guardar relación con el incumplimiento objetivo, sino que deberá referirse a la situación económica del apremiado.

2) Por medio de la multa no se trata de sancionar el incumplimiento del sujeto pasivo, sino de remover su resistencia forzando su voluntad para que haga algo, y por eso es esencial concederle el tiempo necesario para que cumpla lo que se le ha ordenado.

De este modo resulta que las multas coercitivas previstas en la LEC no guardan relación con un pretendido deber de buena fe, al ser un medio

---

pp. 1607-1608; y GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1999, pp. 773-775. Conforme a la STC 239/1988, de 14 de diciembre: "consiste en una medida de constreñimiento económico, adoptada previo el oportuno apercibimiento, reiterada en lapsos de tiempo y tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa. No se inscriben, por tanto, estas multas en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, sino en el de la autotutela ejecutiva de la Administración, previstas en nuestro ordenamiento jurídico con carácter general por el artículo 102 LPA cuya constitucionalidad ha sido expresamente reconocida por este Tribunal (SSTC 22/1984 de 17 febrero, 137/1985 de 17 octubre y 144/1987 de 23 septiembre), y respecto de la que no cabe predicar el doble fundamento de la legalidad sancionadora del artículo 25.1 CE a que se refiere la STC 101/1988 de 8 junio, esto es: de la libertad (regla general de la licitud de lo no prohibido) y de seguridad jurídica (saber a qué atenerse), ya que, como se ha dicho, no se castiga una conducta realizada porque sea antijurídica, sino que se constriñe a la realización de una prestación o al cumplimiento de una obligación concreta previamente fijada por el acto administrativo que se trata de ejecutar, y mediando la oportuna conminación o apercibimiento".

coactivo de los titulares de potestad pública para imponer a los sujetos el cumplimiento de las decisiones adoptas por esos titulares.

### C) *La buena fe y la verdad*

Estamos partiendo de que las reglas del juego, de cualquier juego, incluido el del proceso[105], deben ser observadas por los jugadores, naturalmente, pero también de que a estos no se les puede pedir que todos ellos, los de un equipo y los de otro, colaboren en la búsqueda o determinación de cuál es el mejor, ayudando al árbitro a descubrir, entre todos juntos, a quién debe declarar ganador, pues si las cosas fueran así no tendría sentido jugar el partido. El "juego" se basa en que, con un árbitro imparcial, cada equipo luche por alcanzar la victoria utilizando todas las "armas" a su alcance, naturalmente las "armas" legales, lo que equivale a respetar el reglamento del juego. Podríamos decir también que el proceso implica metafóricamente una suerte de lucha[106], o una batalla[107], en la que se participa sólo cuando se considera imprescindible para la defensa de los derechos que se creen propios, nunca por gusto ni por recreo, y en la que, por tanto, no se trata de colaborar para que gane el mejor, sino de ganar. Obviamente se trata de una "lucha" en la que no todo vale, en tanto que la misma se regula por el derecho[108], y por ello nadie sostiene que en esa "lucha" todo sea lícito o válido; afirmar que alguien sostiene semejante cosa es un claro ejercicio de maniqueísmo. No todo vale, pero no puede imponerse a las partes, y a los abogados de las mismas, que contribuyan a que venza la contraria.

Desde estas consideraciones hay que preguntarse si en nuestro Ordenamiento procesal, en el que se asegura que existe el llamado principio

---

105 Recuérdese CALAMANDREI, *Il processo como giuoco*, en Rivista di Diritto Processuale, 1950, pp. 23 y ss., y después a CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, en la misma revista, pero ahora 1951, pp. 101 y ss.

106 CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, de 1907, pero ahora en *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I (editado por Proto Pisani) Milano, 1993, p. 391.

107 MORTARA, *Manuale della procedura civile*, 6.ª ed., I, Milano, 1910, p. 5.

108 Decía CALOGERO, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, en Rivista di Diritto Processuale. 1939, pp. 129 y ss.

de la buena fe procesal, las partes y sus abogados tienen el deber de decir verdad y de decir toda la verdad en sus alegaciones.

a) Cuando se discute sobre la existencia de un pretendido deber de veracidad pareciera como si lo que se está cuestionando es la alternativa entre un supuesto derecho a mentir y un pretendido deber de decir la verdad y lo normal es que esa alternativa no se le plantee a la parte, sino al abogado. El planteamiento mismo de la alternativa no se corresponde con la realidad práctica de los abogados y de su actuación ante los tribunales, pues se basa en algo tan teórico como creer que antes del inicio del proceso "la verdad" ya resplandece y deslumbra a todo el que la mira.

En los procesos civiles reales, en esos que se realizan en la práctica, un abogado narra una historia y la narra desde "su verdad", desde la perspectiva que favorece a los intereses de su cliente, y el otro abogado narra la misma historia y lo hace también desde "su verdad", destacando lo que favorece a los intereses de su cliente. De entrada no existe el conocimiento de la "verdad", y por ello en uno y en otro caso no se trata de mentir, sino simplemente de algo tan viejo como la utilización de la dialéctica[109].

Parece claro que el abogado no puede afirmar como existente un hecho que le consta como inexistente, entre otras cosas porque ello, aparte de una mentira, es un error táctico, pero nada puede imponerle que ponga su trabajo y su inteligencia al servicio de la defensa de los intereses de su cliente, precisamente porque esa en su función y en ella se justifica su propia existencia. La estrategia procesal, considerada un arte, no consiste en mentir, y la argumentación, en tanto que ejercicio de la razón utilizando la técnica jurídica, no se basa en confundir. Dejando a un lado la patología del ejercicio de la abogacía, no creo que pueda afirmarse en general que los abogados mienten en los procesos y que en ellos se dedican a embrollar. También aquí es muy revelador de la ideología política la visión que se tiene de la función del abogado, tanto de la teórica (lo que debería de ser) como de la práctica (lo que es).

---

[109] CIPRIANI, *El abogado y la verdad*, en revista Poder Judicial, 2003, núm. 72.

b) En sentido en parte contrario pretender que el abogado tiene el deber de decir toda la verdad, esto es, de incluir en sus alegaciones todos los hechos de los que tiene conocimiento, no es que sea contrario al principio dispositivo, en el sentido de que corresponde a la parte el fijar el objeto del proceso, es que es contrario al sentido del proceso como contienda. En efecto la determinación del objeto del proceso, y lo mismo del objeto del debate, por la partes, y ahora en el aspecto de la causa de pedir y de la causa de resistir, no puede por sí mismo, significar la imposibilidad de imponer a las partes el deber de decir toda la verdad. Debe recordarse aquí que una cosa son los hechos determinantes del objeto del proceso y otra los hechos constitutivos[110].

Pero lo importante es que lo que las normas disponen es que el actor debe hacer en su demanda el relato de hechos que considere oportuno, siempre que sea capaz de fundamentar la petición (art. 399); de la misma

---

110 Debe bastar aquí con recordar, como ya dijimos por ejemplo en MONTERO, *El nuevo proceso civil*, 2.ª edición (con G. Colomer, Montón y Barona), Valencia, 2001, p. 226, que no todos los hechos con trascendencia jurídica sirven como fundamento de la petición o, dicho de otra manera, no constituyen la causa de pedir; es preciso todavía distinguir entre hechos constitutivos y hechos identificadores de la pretensión. Los hechos constitutivos son aquellos que conforman el supuesto fáctico de la norma cuya alegación hace el actor como base de la consecuencia jurídica que pide, de modo que de su alegación y prueba depende la estimación de la pretensión, mientras que los hechos que identifican la pretensión del actor, la causa de pedir, son sólo una parte de los anteriores y no se refieren a la estimación de la pretensión del actor por el juez, sino simplemente a su distinción de otras posibles pretensiones. Por ejemplo y escalonadamente:
1) Si en la demanda se dice que se reclama una cantidad de dinero (que se fija) en concepto de comisión por el trabajo efectuado por un agente de la propiedad inmobiliaria, esa demanda no contendrá la causa de pedir de la pretensión.
2) Si en la misma demanda se añade que la operación concreta por la que se pide la comisión se refiere a la venta de una determinada vivienda, la pretensión tendrá fundamentación o causa de pedir, pero con sólo esos hechos no podrá llegarse a una sentencia estimatoria.
3) Si además de todo lo anterior se añade que la comisión se refiere a una venta determinada y concreta, la que se hizo en un momento determinado en el tiempo y habiendo puesto en relación el agente de la propiedad inmobiliaria al comprador y al vendedor, quedarán determinados los hechos constitutivos que, si son probados, darán lugar a la estimación de la pretensión".

manera el demandado debe oponer los fundamentos de su oposición, levantando la carga de pronunciarse expresamente sobre los hechos alegados por el actor (art. 405).

No creo que una interpretación razonable de la LEC permita llegar a la consecuencia de que en la misma ese pretendido principio de la buena fe procesal signifique que las partes o, mejor, que sus abogados, estén sujetos a un deber general de decir la verdad y toda la verdad, lo que es especialmente manifiesto cuando se trata de las alegaciones. Tampoco éste puede ser el contenido del pretendido principio de la buena fe. Y hay que insistir en que si se pretendiera la imposición de un deber de ese género al abogado, también ello revelaría muy claramente la ideología de quien lo pretendiera.

### *D) Las normas legales*

Si todo lo anterior no es el contenido del pretendido principio de la buena fe procesal, a lo mejor convendría empezar de modo diferente y atender a aquellos casos en que en la LEC se contiene un aparente deber de buena fe. Se trataría de ver las normas en que las que se impone un deber y se sanciona el incumplimiento del mismo para luego intentar precisar la naturaleza del deber.

#### *a) La norma general*

Podemos empezar por examinar la norma general, que es la contendida en el artículo 247. Si del mismo se excluye el apartado 2, que se refiere al abuso de derecho, al fraude de ley y al fraude procesal, lo que nos queda es:

1.º) Una norma genérica conforme a la que todos los intervinientes en el proceso deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. No se dice cuáles son esas reglas, pero sí que comprenden a todos los intervinientes.

2.º) Una especificación referida a las partes, en la que se dispone que si alguna de ellas ha actuado conculcando esas indeterminadas reglas de la buena fe puede imponérsele una multa.

3.º) Otra especificación atinente a los profesionales intervinientes en el proceso y conforme a la cual si la actuación contraria a la buena fe fuera imputable a alguno de ellos, además de la multa, se dará traslado de la circunstancia al colegio profesional por si procediera imponer algún tipo de sanción disciplinaria.

Si algo puede concluirse de estas normas es que la buena fe es un concepto jurídico indeterminado, por lo que el artículo 247 de la LEC no nos dice prácticamente nada que nos ayude a integrarlo. Lo único claro es que el aparente deber legal de buena fe no comprende a las personas integradas en los órganos judiciales; los "tribunales" controlan si los "intervinientes" en el proceso ajustan su actuación a la buena fe e imponen las sanciones, en su caso, pero no hay previsión legal para los tribunales mismos.

*b) Las normas especiales*

Si la norma general no nos dice nada que nos lleve a integrar cuál es el contenido práctico de la buena fe, pudiera ser conveniente que acudiéramos a lo especial, a los supuestos concretos en los que la propia LEC da contenido a la buena fe para, conocido lo concreto, elevarnos luego a lo general. En la LEC se regulan como aparentes incumplimientos de la buena fe que llevan apareja una sanción los siguientes casos:

1) Recusación: Según el artículo 112.1 el auto que desestime la recusación puede declarar expresamente la existencia de *mala fe* en el recusante e imponerle una multa. Un caso especial se contiene en el artículo 190.2, III, para la recusación formulada en la vista y que luego no se formaliza por escrito. En los dos casos se ha hecho algo de modo indebido.

La primera es una norma tradicional, con antecedentes claros en el artículo 212 de la LEC de 1881 y en el artículo 227 de la LOPJ de 1985. En este segundo cuerpo legal, en la redacción dada al artículo 228 por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, se ha asumido la norma de la LEC y se utiliza también la expresión *mala fe*.

2) Auxilio judicial: Según el artículo 176 puede imponerse una multa al litigante que demore sin justa causa la cumplimentación de los exhortos

cuya gestión le haya sido confiada. Pudiera pensarse en que se impone un hacer diligente.

3) Señalamiento de vista: Conforme al artículo 183.5 puede imponerse una multa al abogado, litigante (perito y testigo) que hayan procedido con dilación injustificada o sin fundamento alguno a pedir nuevo señalamiento de vista. Se sanciona por hacer indebidamente.

4) Nulidad de actuaciones: Según el artículo 228.2, II se impondrá una multa al solicitante del incidente de nulidad de actuaciones cuando el tribunal entienda que se promovió con *temeridad* (lo que ha sido asumido en el artículo 241.2, II, de la LOPJ, en la redacción de la LO 19/2003). Se sanciona por hacer temerariamente.

5) Presentación de documentos: El artículo 270.2 permite imponer una multa al responsable de la presentación de documentos en momento no inicial si se aprecia *ánimo dilatorio o mala fe procesal* en esa presentación. Se impone la sanción por hacer con mala fe.

6) Hechos nuevos o de nueva noticia: De la misma manera el artículo 286.4 permite imponer una multa al responsable de la alegación de hechos como si fueran nuevos o de nueva noticia, si se aprecia *ánimo dilatorio o mala fe procesal* en esa alegación. Se impone la sanción por hacer con mala fe.

7) Tiempo de la prueba: Dispone el artículo 288 que al litigante por cuya causa una prueba admitida no se ejecute temporáneamente se le impondrá una multa, salvo que acredite falta de culpa. Pudiera pensarse que se impone un hacer diligente, aunque realmente también pudiera concluirse que se trata de impedir la proposición de pruebas para luego no practicarlas.

8) Inasistencia a interrogatorio: El artículo 292.4 permite imponer una multa a la parte que no ha comparecido a su interrogatorio, sin mediar excusa. Aquí en donde más claro se ve un supuesto de imposición de hacer, y es también el más absurdo, pues no era necesario acudir a la sanción, al ser suficiente la consecuencia de no levantar la carga.

9) Impugnación de documento público: Según el artículo 320.3 cuando la impugnación de un documento público se hiciere *temerariamente* puede imponerse una multa. Realmente lo que se hace es prohibir el hacer de impugnar con temeridad.

10) Tacha de perito: El artículo 344.2 dispone que si la tacha a un perito se hizo con *temeridad o deslealtad*, atendida su motivación o el tiempo en que se formule, podrá imponerse a la parte responsable una multa. Cuando se trata de la tacha de testigos el artículo 379.3 se remite al anterior. Realmente lo que se hace es prohibir el hacer de tachar con temeridad.

11) Proceso especial derivado de la venta de bienes muebles a plazos: En la regulación de este proceso sumario se limitan las alegaciones del demandado (artículo 444.3) y además se establece un sistema propio para alegarlas y de ahí que se prevea una multa si el demandado no asiste a la vista, sin concurrir justa causa, o asiste pero no formula oposición o la formula de modo no permitido por la ley[111]. También aquí parece claro que se trata de una prohibición de hacer.

Independientemente de que me parezcan pocos o muchos supuestos de imposición de multas y también sin aludir a la inconcreción de bastantes de esos supuestos, lo que me importa ahora es distinguir entre dos clases de previsiones legales:

a") La mayor parte de ellas no imponen a la parte, al abogado o al "responsable" un deber positivo, en el sentido de que han de hacer algo, sino un deber negativo, puesto que realmente se les prohíbe una conducta cuando la misma se basa en la mala fe, en la dilación indebida, o se carece de fundamento, o se hace temerariamente, o con deslealtad. En algunos casos se habla de hacer sin justa causa o de tener que justificar la existencia de causa.

b") Sólo en unos pocos de esos casos pudiera llegar a poder considerarse que se está imponiendo a alguien un deber positivo o de hacer, y en alguno de esos casos la conclusión lógica o, al menos, posible, es la inutilidad de la sanción, pues quien concurre a su interrogatorio de parte lo hará por razones muy distintas a evitar la multa.

---

[111] Para comprender las singularidades de este proceso sumario puede verse MONTERO y FLORS, *Tratado de juicio verbal*, 2.ª edición, Pamplona, 2004, pp. 218, 430, 850 y 973, siempre y ss.

### *E) Una propuesta de interpretación: el deber de no actuar de mala fe*

Con la excepción que hemos dejada indicada la constatación a la que puede o, incluso, debe llegarse en estos momentos finales es la de que en la LEC no existen supuestos concretos de imposición de un deber positivo de actuar o de hacer de buena fe, deber cuyo incumplimiento lleve aparejada la imposición de una multa o de cualquier otra sanción. Lo que la LEC regula son supuestos concretos en los que modo expreso se imponen deberes que suponen prohibiciones de hacer o de hacer de una manera de determinada, esto es, los deberes son negativos, de prohibición, y por ello si se hace o si se hace de modo contrario al previsto legalmente la consecuencia puede ser la imposición de una sanción.

Desde esta constatación creo que puede hacerse una propuesta de interpretación del artículo 247 de la LEC, aunque la misma puede tener un alcance mayor y que afecte a todos los procesos no penales. Se trata de que en la LEC:

1.ª) Desde luego no existe en la LEC un principio procesal de la buena fe. No puede decirse, en general, que del conjunto normativo de la ley se deduzca un criterio desde el que interpretar normas concretas o integrar analógicamente lagunas legales[112]. No creo que pueda sostenerse que el sometimiento de las partes y de los profesionales a las normas reguladoras del proceso, es decir, el cumplimiento de lo previsto en la ley (del reglamento del "juego") implique la existencia de un principio procesal. En la regulación legal de un proceso civil en el que se diga que existe el principio de la buena procesal y otro en el que no se haga mención expresa de ese principio no se descubrirán diferencias.

2.ª) Tampoco existe un deber de que las partes, y los profesionales que las representan y defienden, actúen en el proceso de manera positiva, vinculadas por un deber de buena fe que suponga la exigencia de hacer y de hacer de determinada manera. Ese deber positivo no se descubre en la LEC, ni siquiera en manifestaciones concretas.

---

[112] Sobre las funciones de los principios puede verse MONTERO, *Derecho Jurisdiccional, I. Parte general*, 13.ª edición, cit., p. 317.

3.ª) Si en la regulación contenida en la LEC no existen normas especiales, concretas en las que se imponga a las partes, y a los profesionales que actúan por ellas, deberes concretos de hacer en sentido positivo conforme a la buena fe, la lógica debe llevar a considerar que el artículo 247 no impone un deber positivo de hacer, de actuar conforme a la buena fe. El deber cuyo incumplimiento posibilita la imposición de la sanción de la multa es un deber negativo, de prohibición; impide hacer o impide hacer de manera determinada. Se trata, por tanto, de un deber de prohibición, que podría enunciarse diciendo que está prohibido actuar en el proceso con mala fe.

De esta manera la imposición de la multa del artículo 267 no procede cuando un interviniente en el proceso se haya limitado a no hacer. La posibilidad de la sanción exige que el interviniente, bien haya hecho cuando no debía, bien haya hecho de una manera determinada y contraria a la ley. Por ello de lo que se trata es de que cuando un tribunal estime que alguno de los intervinientes en el proceso ha actuado de mala fe podrá imponerle, siempre con audiencia de todos los intervinientes, motivadamente y respetando la proporcionalidad, la multa prevista.

*Capítulo Cuarto*

# DOS EJEMPLOS CONCRETOS DE CÓDIGOS AUTORITARIOS

# *En los abismos de la «cultura» del proceso autoritario*

EUGENIA ARIANO DEHO
*Profesora de Derecho Procesal Civil*
*en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima.*
*Perú*

SUMARIO: 1. Premisa: La «cultura» absorbida por el CPC peruano de 1993.- 2. El juez y las preclusiones en la fase (escrita) de determinación del objeto del proceso.- 3. El «juez director» y las cuestiones procesales.- 4. El «juez-director» y el control sobre los tiempos del proceso.- 5. Los poderes probatorios y sus paradójicos efectos.- 6. La limitación de las impugnaciones y la apelación diferida.- 7. El frustrante sistema de la Casación. 8. Reflexiones conclusivas.

## 1. PREMISA: LA «CULTURA» ABSORBIDA POR EL CPC PERUANO DE 1993

Cuando a los inicios de los años noventa se presentó la ocasión (política) de reformar nuestro viejo Código de Procedimientos Civiles de 1912, un tanto todos estábamos convencidos de que el proceso civil era «lento»[1] (y, como tal «injusto») por la falta de autoridad del juez, que no

[1] Qué tan «lentos» fueran los «juicios» en ese entonces no se tiene la certeza. En diciembre de 1993, se nos indicó que en promedio duraban (comprendiendo incluso la ejecución) cuatro años: así el principal autor del CPC de 1993, MONROY GÁLVEZ, *Procesos Judiciales*, en BOZA (al cuidado de), *Invirtiendo en el Perú. Guía legal de negocios*, Lima, 1993, pp. 496 y 504. Sin embargo, diez años después el

tenía los instrumentos para hacer frente a las tácticas dilatorias de las partes que el «liberal» código vigente no solo permitía sino que estimulaba[2]. Por tanto, para resolver el problema de la injusta lentitud, había

---

mismo autor indicará que esos mismos procesos duraban en promedio catorce años... : así MONROY GÁLVEZ-MONROY PALACIOS, *Las relaciones entre los jueces, partes y abogados en el proceso civil peruano*, en *Revista peruana de derecho procesal*, VII, dic. 2003, p. 296. Sobre la duración de los procesos con el CPC derogado se cuentas muchas leyendas, también a nivel oficial. Así la COMISION DE MAGISTRADOS PARA LA REESTRUCTURACION DEL PODER JUDICIAL, INFORME FINAL DE REFORMA DE LA JUSTICIA CIVIL, del 4 agosto 2003 (en http://www.pj.gob.pe/reestructuracion/informes_finales/INFORME_FINAL_DE_REFORMA_DE_JUSTICIA_CIVIL.htm), asegura que antes de la vigencia del CPC de 1993 los procesos civiles duraban «un mínimo de 3 o 5 o incluso 30 años». Naturalmente no se indica (porque no puede indicarse) cuántos, en el universo de los procesos civiles, en los diversos períodos de tiempo (el CPC de 1912, estuvo vigente 80 años...), duraban 3, cuantos 5 y cuantos 30 años.

[2] MONROY GÁLVEZ, *Proceso civil en el Perú: origen y destino*, (1988), en *La formación del proceso civil*, Lima, 2003, p. 38 y ss., repitiendo lo que se decía (y se sigue diciendo) de otros muy distintos códigos europeos del S. XIX, indicaba que el «ordenamiento procesal civil no es ajeno a una respuesta ideológica, al contrario, se encuentra sólidamente sustentado en los fundamentos de la llamada Filosofía Individualista, es decir, es expresión de la concepción liberal emanada de los postulados de la Revolución Francesa (...). Esta base ideológica significa que los conceptos de Libertad e Igualdad (...) están presentes en el actual Código de Procedimientos Civiles, sin que tal hecho constituya un mérito». *Ergo*, el CPC de 1912, sería culpable del grave pecado de ser «liberal-individualista». Ya entrado en vigencia el CPC de 1993, el mismo autor nos reiterará que el CPC de 1912 «constituye una demostración palmaria de la concepción privatista y precientífica del proceso: en él se advierte, a la par de una aptitud absolutamente concesiva para con las partes, una restricción severa a los poderes del juez», pero lo calificará como «medieval», por lo que cuando entró en vigencia el CPC de 1912 «jueces, abogados, profesores de la especialidad debimos guardar los aparejos medievales con los que instrumentábamos el mediocre arte de la dilación y el ocultamiento, y de pronto empezamos a utilizar instituciones procesales creadas y desarrolladas con otros propósitos: evitar que el proceso sea moroso, aleatorio y antieconómico y, sobre todo, que la duración del proceso no sea necesariamente soportada por quien tiene la razón». *Ergo*, no se tiene muy claro si el CPC de 1912 era un mal código porque era «liberal» o porque era «medieval». Por cierto, en el Perú de aquél entonces se solían repetir, respecto al CPC de 1912, las palabras de J. Goldschmidt sobre la LEC española de 1881, «un recipiente liberal del siglo XIX,

que construir un proceso declarativo simple y que, bajo la conducción e impulso del juez, pudiera llegar lo más pronto posible o a una conciliación o a la sentencia de fondo. Y, para simplificar el proceso, había que —bajo el lema de la «oralidad-inmediación-concentración»— dotar al juez de «autoridad» y sujetar a las partes a todo tipo de preclusiones, limitar las impugnaciones de las resoluciones interlocutorias, transformar la segunda instancia en una mera *revisio prioris instantiae* y sustituir a la tercera por el sistema de la casación. Un proceso así, gracias a la conducción del juez, devendría además «social», o sea accesible también a los más pobres.

Sobre estas «sólidas» bases se construyó el Código Procesal Civil de 1993, un código que entró en vigencia casi sin resistencias y que fue elogiado por todos tanto en términos de «técnica»[3] como en términos

---

en el cual se ha vaciado el vino antiguo del proceso civil de los siglos pasados». Quizá también para nosotros valga lo del recipiente «liberal» y el contenido «medieval», pero es un dato de hecho que el CPC de 1912 simplificó notablemente el procedimiento respecto al previsto en el código precedente de 1852 (anterior a la codificación española), lo que, por motivos «ideológicos», suele hoy olvidarse.

3 Así, FIGALLO, *La reforma del proceso civil peruano*, en *Revista del Foro*, Año LXXXI, julio-diciembre 1993, N° 2, p. 48, quien sostuvo que «el Código Procesal Civil no puede ser acusado de falta de tecnicismo sino al contrario es fruto del meticuloso trabajo de destacados maestros dedicados al estudio de la disciplina». Sobre ese «meticuloso trabajo», años más tarde su principal autor, MONROY GÁLVEZ, *Algunas interrogantes sobre el Código Procesal Civil peruano*, entrevista de Nelson Lozano Alvarado, en *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVIII, N° 13, oct.-dic. 1997, p. 30, para justificar la ausencia de exposición de motivos del CPC, nos confesará que: «El Código salió porque felizmente yo no tenía el control de él y la Ley autoritativa decía que el 28 de febrero era el límite», agregando que: «no hay exposición de motivos porque, quiero serle sincero, los últimos cuatro meses de la elaboración del Código deben haber sido un promedio de 18 horas diarias de trabajo, no dábamos más. Cuando dijimos tiempo después, vamos a trabajar la exposición de motivos, empecé a hacer esta contabilidad de errores que cité al inicio creímos que no valía la pena hacer la exposición de motivos...». Sin embargo, PEYRANO, *Breve estudio crítico del Código Procesal Civil del Perú*, en *Código Procesal Civil*, 9ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003, pp. 5-16, nos dirá que el nuestro CPC es «un verdadero alarde de técnica procesal, susceptible de enorgullecer a cualquier país moderno» y que «solo espíritus cavilosos o mezquinos podrían detenerse en sus lunares para desmerecer una construcción jurídica amasada con ciencia, realismo y, sospecho, algo de audacia para alterar la inercia característica de los ámbitos forenses».

ideológicos: desde el 28 de julio de 1993 el juez no sería ya más un pasivo «espectador» de las actividades de las partes, sino el activísimo protagonista del «drama procesal», el director del proceso[4], con la consecuencia de que el proceso aseguraría también un resultado «justo».

Por tanto, nosotros los peruanos absorbimos y plasmamos normativamente —como nos venía recetado por todos lados—la «cultura» del «juez activo» como remedio a los problemas de la justicia civil, y lo hicimos, por lo que respecta al proceso declarativo, con resultados no propiamente satisfactorios, porque es un dato de hecho que en estos doce años de vigencia del nuevo proceso, en lugar de resolverse todos los viejos problemas (duración incluida[5]) se han terminado creando muchos otros.

---

4 Lo dijeron todos los que escribieron sobre la reforma (incluso, para mi embarazo, yo, en *Apuntes sobre el Título Preliminar del Código Procesal Civil*, en *Cathedra. El Espíritu del Derecho*, N° 3, 1998, p. 8). Así, FIGALLO, *La reforma del proceso civil peruano*, cit., p. 48; MORALES GODO, *Deberes de los jueces en el nuevo Código Procesal Civil*, en *Revista del Foro*, Año LXXXI, julio-dic. 1993, N° 2, p. 65 y ss., espec. p. 67 y s.; MONROY GÁLVEZ, *Los principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992*, en *Themis*, N° 25, 1993, p. 35 y ss., espec. p. 37 y s.; ID., *La ideología en el Código Procesal Civil peruano*, en *Ius et Praxis*, N° 24, 1994, p. 192 y ss., espec. p. 199; MANSILLA NOVELLA, *¿Una criatura procesal?*, en *Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil*. Edición Oficial, Editora Perú-Ministerio de Justicia, Lima, 1997, p. IX y ss. espec. p. XIII; MONROY GÁLVEZ, *A cinco años de vigencia del Código Procesal Civil*, en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, 1999, p. 179 y ss., espec. p. 190.

5 Tanto es así que hoy se reconoce que la duración promedio bordea los cinco años y «que va en progresivo aumento»: así, MONROY GÁLVEZ-MONROY PALACIOS, *Las relaciones entre los jueces*, cit., p. 296. En rigor, nadie en el Perú puede dar cifras estadísticas serias sobre la duración promedio de los diversos procesos. En una investigación financiada por el Banco Mundial sobre la marcha de los procesos civiles, de familia y laborales entre los años 1998-2001 (inédita, pero publicada en síntesis en el diario *La República*, 20 de enero del 2003, p. 16-17), en un universo de 1250 procesos civiles iniciados en 1998, el 42,86% de los procesos civiles, el 37,50% de los procesos de familia y el 28,37% de los procesos laborales no habían terminado en el 2001. En tal publicación se indica que para obtener el promedio real sobre la duración de los procesos judiciales se habría debido tener la totalidad de los casos concluidos, lo que no fue posible registrar por el límite de tiempo de la investigación. Lo importante de este estudio es que atribuye la «lentitud» de los procesos (llevado todos con las normas del CPC de 1993 o con sus «derivados»,

## 2. EL JUEZ Y LAS PRECLUSIONES EN LA FASE (ESCRITA) DE DETERMINACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO

El nuevo código, respecto al derogado, no es que haya innovado mucho respecto a la estructura de la fase destinada a la determinación del objeto del proceso (que nosotros llamamos «postulatoria»). En efecto, tal fase, por lo que respecta a la fijación del objeto del proceso (la *res in iudicium deducta*), está compuesta únicamente por los dos actos escritos ya previstos en la normativa anterior: demanda (art. 424) y contestación de la demanda (art. 442). Una pequeña modificación, en cambio, se ha producido en cuanto a la posibilidad de modificación/variación de la demanda: mientras antes se podía hacer hasta en tanto el demandado no hubiera presentado su contestación, ahora es posible hacerlo solo antes que el demandado haya sido notificado con la demanda (art. 428). Como consecuencia, una vez notificada al demandado, la demanda queda tal cual, y cualquier omisión del actor no podrá ser ya enmendada. Ello vale también para el demandado, que tiene solo «el momento» de la contestación de la demanda para decir lo suyo, tal cual el CPC derogado (que, sin embargo, es preciso indicarlo, permitía, con mucha amplitud los *nova* en apelación).

Por consiguiente, por lo que atañe a la «delicadísima fase» de la determinación del objeto del proceso, no hay nada de nuevo: el objeto se «determina» exclusivamente en base a lo que se escribe (sin ninguna posibilidad de variación ulterior).

En donde sí ha habido una gran modificación es en la forma y en el contenido de la demanda escrita. Contrariamente a lo que podría pensarse, nuestro CPC introduciendo una «oralísimo» proceso por audiencias, no ha para nada reducido los formalismos propios del proceso escrito, sino que los ha exasperado a más no poder, a tal grado que ha llegado a establecer los márgenes y las distancias entre rayas «de los

---

o sea el Código de los Niños y de los Adolescentes y la Ley Procesal de Trabajo), «a los juzgados especializados y a los de Ejecución» y no ciertamente a las partes y/o a sus abogados (que son los que se quejan de la duración «excesiva»...).

escritos» de las partes (art. 130) e incluso en cuál específico punto deben ser firmados (art. 131)[6].

Una importante reforma se ha producido también en materia de pruebas, porque si antes con el CPC de 1912 la «fase de postulación» era de pura alegación[7], hoy, en nombre de la probidad, lealtad y buena fe, con la demanda deben ofrecerse todas las pruebas y adjuntados todos los documentos. Y lo propio vale para el demandado. La consecuencia es solo una: prueba no ofrecida (documentos incluidos) pero que podía ofrecerse es prueba que nunca más podrá ser ofrecida.

En el Perú, pues, ambas partes están sujetas a un rigidísimo sistema de preclusiones de alegación y de prueba, que es lo mismo que decir que no es que tengamos un proceso civil enderezado a emitir sentencias «justas», en cuanto lo que no ha sido deducido en la demanda o en la contestación (repito, escritas) no podrá ser nunca más ser introducido al proceso, menos que nunca en las «cordialísimas» y «oralísimas» (y, por general, inutilísimas...) audiencias previstas en nuevo y tan celebrado código[8].

---

6 Por lo que los «escritos» de las partes son recibidos regla en mano. Sobre los viejos jueces que «miden con el centímetro el papel sellado», cfr. SATTA, *El formalismo en el proceso*, en *Soliloquios y coloquios de un jurista*, Buenos Aires, 1971, p. 49 y ss.

7 Y lo fue alejándose de la tradición colonial, pues expresamente se estableció que «La demanda puede interponerse con documentos o sin ellos» (art. 308), en razón de que así se daba «más amplitud y facilidad al litigante».

8 Conforme al art. 471 CPC en la primera audiencia, tendiente *in primis* a lograr la conciliación entre las partes, una vez fracasada ésta, «el juez, con lo expuesto por las partes, procederá a enumerar los puntos controvertidos y, en especial los que van a ser materia de prueba». Se supone que esa «enumeración de los puntos controvertidos» debería constituir la fijación, primero, del «thema decidendum» y, luego, del «thema probandum» en base a lo «expuesto por las partes». Pero como en esa audiencia nada se debate oralmente, ese «con lo expuesto por las partes» hace referencia a lo que consta en la demanda y en la contestación escritas.

## 3. EL «JUEZ DIRECTOR» Y LAS CUESTIONES PROCESALES

La «fase postulatoria», tal como resulta de la ley, no está solo compuesta por los dos actos escritos arriba mencionados, sino también por otros que no atañen a la fijación del objeto del proceso, sino al proceso en sí y por sí.

*In primis*, el CPC de 1993 ha establecido que el juez tiene el poder-deber de controlar, *in limine litis* e *inaudita altera parte*, la «admisibilidad» y la «procedencia» de toda demanda (arts. 426-427). En este «control» se encuentra la primera manifestación del autoritarismo y del paternalismo del papel del juez en el nuevo proceso civil peruano, en cuanto él es colocado cual «filtro» de la llamadas demandas «inútiles», permitiendo al juez enviar al canasto lo más pronto posible las demandas formalmente defectuosas o «no idóneas» para obtener una decisión de fondo. Con ello, nuestro ordenamiento ha seguido la línea de aquellos códigos latinoamericanos que, en más que evidente desprecio por las esencias del proceso, por influencia (indirecta, a través de la disciplina brasileña) del sistema portugués[9], consideran que, en nombre de la economía procesal

---

9 Sobre el poder del juez portugués de «indeferir» liminarmente las demandas, cfr, las memorables páginas de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *La riforma del processo civile portoghese*, en *Rivista di diritto processuale civile*, 1930, I, p. 161, al presentar a los lectores italianos la reforma portuguesa de 1926; cfr., igualmente, del propio DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, II, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1949, p. 372 y ss., los comentarios al art. 481 del Código de 1939, en donde se señala que el poder del juez de «indeferir» (o sea «no admitir») *in limine* la demanda se fundaría en el principio de «economía procesal» a fin de evitar *«dispendio inútil de actividad judicial* (...). La no admisión (*«indeferimento»*) liminar presupone que por motivos de *forma* o por motivos de *fondo*, la pretensión del actor está irremediablemente comprometida, está enderezada a un fracaso cierto. En tales circunstancias no tiene sentido que la demanda (*«petição»*) tenga seguimiento; dejarla avanzar es desperdicio manifiesto, es practicar actos judiciales en pura pérdida. Se impone, por esto, al juez el deber de yugular (*«jugular»*) la acción naciente». La económica idea del proceso que puede «morir al nacer» debe haber gustado mucho a los brasileños, tanto que el CPC de 1939 la terminó consagrando en su art. 160 y de allí pasó a los arts. 295-296 del Código de 1973. Sobre el art. 160 del CPC brasileño de 1939, no sin sorpresa, señalaba LIEBMAN, *Istituti di diritto comune nel*

y del principio de autoridad del juez, un proceso, cuando no subsistan todos los «presupuestos procesales», debe morir en el momento en el cual debería nacer.

Con este «poder-deber» impuesto por la ley al juez se ha, sin embargo, sobrecargado el trabajo de los jueces de primera instancia, en cuanto cada demanda debe ser analizada por todos sus costados (cosa que puede durar muchos días, si no meses), creando un auténtico «cuello de botella» desde el inicio y postergando, como consecuencia el momento de la litispendencia (que en el Perú coincide con la notificación al demandado). Sin dejar de decir que ese control ha exaltado el formalismo (*rectius*, «formulismo») de las soluciones, a tal grado que muchas demandas no son admitidas por motivos ridículamente formales[16], y que las incidencias

---

*processo civile brasiliano*, (1948), en *Problemi del processo civile*, Morano, Napoli, 1962, p. 504, que «Lo que mayormente llama la atención es el hecho de que el juez debe de oficio «indeferir» la petición inicial, es decir negarse de darle trámite y de citar al demandado, cuando encuentre que una de las partes es incapaz o que la demanda es 'manifiestamente inepta'», agregando que «esto es lo que queda de la antigua *exceptio inepti libelli*, que el juez debe hoy tomar en consideración 'in limine' y de su propia iniciativa».

16 Yo tengo toda una colección de resoluciones de «inadmisibilidad» e «improcedencia» tanto por motivos de forma como por motivos de fondo. La casuística es infinita en cuanto va desde la inadmisibilidad porque los documentos no se presentaron en copia certificada hasta la declaración de improcedencia porque el actor es considerado no legitimado, por no decir de los problemas que se presentan cuando el demandante tiene la «osadía» de acumular varias pretensiones en su demanda. Da fe de ello mi colega en la Universidad de San Marcos y Notario de Lima ZÁRATE DEL PINO, *Inadmisibilidad e improcedencia de las demandas civiles*, en *Cáthedra*, Año I, N° 1, 1997, p. 23 y ss., quien señala que «prácticamente no ha habido Abogado que no haya sufrido el rechazo de las demandas que autorizaban, su admisión a trámite se convirtió en un albur por la disparidad de criterios adoptados por los jueces de modo que la misma demanda reingresada a otro Juzgado sí lograba ser acogida; los derechos e intereses de los justiciables naufragaban así frente a esa calificación preliminar y oficiosa», agregando que «Los problemas reseñados en forma suscita crearon un clima de mortificación e inseguridad, explicable en una etapa de transición pero lamentablemente persiste aunque de modo más atenuado». En realidad, esos problemas persisten inalterados hasta la actualidad. En el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil realizado en la Universidad de Lima en octubre del 2003, frente a mi ponencia en contra de

sobre la admisibilidad (que pueden llevarse a través de las impugnaciones hasta el órgano vértice de nuestra estructura judicial[11]), provocan que no pocas veces para ver «admitida» una demanda pasen no digo meses, sino incluso años[12]. En la praxis, sin embargo, salvo que la caducidad esté de por medio[13], la parte que no ve admitida su demanda, por lo general, no impugna sino que se limita a volver a presentarla, en la esperanza de que esta segunda (o tercera o cuarta...) sea admitida. Y todo ello sin que el demandado (*rectius*, el que pudo ser demandado) se entere siquiera.

Ahora, la idea del control inicial sobre la «admisibilidad» de la demanda, parte de una premisa ideológica: el «juez director» debe poder controlar de oficio la subsistencia de los llamados presupuestos procesales y debe poder hacerlo desde el inicio, antes que entre en escena el demandado, evitándose así que los procesos, tras «un penoso y largo transcurso, acab(en) en una decisión que no resuelve el conflicto, sino

---

tales artículos [*Diez años de «eugenesia» procesal? (Los arts. 426 y 427 CPC)*, en *Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional*, cit., p. 119 y ss.], negando lo evidente, se me objetó que tal problema no existe, que todos los justiciables están felices de que el juez le «califique» su demanda y que realmente con los arts. 426 y 427 CPC sí se «ahorra».

11 En los primeros tiempos de vigencia del CPC la Corte Suprema peruana tuvo una gravísima duda «ontológica»: si no se admite la demanda: ¿hay proceso? La respuesta al inicio fue negativa y por ello se inadmitieron los recursos de casación planteados en contra de esas resoluciones (al respecto cfr. MONROY GÁLVEZ, *Casación: sobre el inicio de un proceso judicial*, (1995), en *La formación del proceso civil peruano*, cit., p. 507 ss.). Luego cambió de idea admitiendo la recurribilidad (cfr. mi *Diez años de «eugenesia» procesal*, en *Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional*, Lima, 2003, p. 131 y s.).

12 Así, Cas. N° 1812-2001/Lambayeque, del 5 de octubre del 2001, en *Diálogo con la jurisprudencia*, 41, febrero 2002, p. 91 ss., con mi nota *Sobre el poder del juez de «sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso»*. En este caso se precisaron más de dos años para «admitir» una tercería de preferencia de pago, cuya admisión ocurrió muy tarde porque la ejecución había ya terminado...

13 Lo terrible se verifica cuando merodean plazos de prescripción breves, pues todas las incidencias sobre la admisibilidad se hacen a espaldas del demandado, por lo que no notificándosele no se produce la interrupción de la prescripción. Si luego la demanda termina admitiéndose, por lo general, el demandado deduce (con éxito) la excepción de prescripción.

que simplemente exige que se vuelva a iniciar el proceso subsanándose los vicios cometidos»[14]. Lo que es bastante curioso porque la laboriosa resolución que le sigue al control sobre la «admisibilidad» y «procedencia» no es absolutamente vinculante para el juez que la emitió, con la consecuencia de que, cuando la demanda es admitida, nada asegura que, al final, no se tenga una sentencia meramente absolutoria.

En efecto, la admisión de la demanda (que presupone, como ya dicho, un enjuiciamiento sobre la admisibilidad y procedencia de la demanda) no impide ni que el demandado (re)plantee la cuestión ya resuelta afirmativamente oficiosamente por el juez al inicio, a través de excepciones procesales (o, en la praxis, a través de pedidos de nulidad)[15] ni precluye al juez pronunciarse sobre lo mismo en el llamado «auto de saneamiento» (versión doméstica del famoso «despacho saneador» luso-brasilero) o, lo que es peor aún, que de ello se pronuncie en la sentencia, pues el juez puede siempre (por ley y con el *placet* de la jurisprudencia[16])

---

14 Così MONROY GÁLVEZ, *La postulación del proceso en el Código Procesal Civil*, en *La formación del proceso civil*, cit., p. 226.

15 En la Cas. N° 724-99/Lambayeque, del 10 de agosto de 1999, en *Diálogo con la jurisprudencia*, 43, abril 2002, p. 59 ss., con mi nota *¿Jueces «directores» o jueces «Penélope»? (Reflexiones sobre las vicisitudes de las excepciones procesales, el saneamiento y el contradictorio en el CPC de 1993)*, con referencia a un caso en el cual *in limine* el juez había declarado la «improcedencia» de una demanda por caducidad y en el que planteada apelación se excluyó la caducidad por lo que se dispuso la admisión de la demanda; una vez entrado en escena el demandado se planteó excepción de caducidad, que resultó estimada por el *a quo* y confirmada por el *ad quem*, la Corte Suprema desestimó el recurso de casación sosteniendo que la segunda decisión sobre la caducidad era la que valía pues ella había sido adoptada en contradictorio. *Ergo*, todas las incidencias sobre la admisibilidad, que duraron cerca de 15 meses, fueron pura pérdida de tiempo.

16 Así, además de la sentencia citada en la nota precedente, la Cas. N° 1534-03, del 15 de octubre del 2003, en *Diálogo con la jurisprudencia*, 75, diciembre 2004, p. 144 y ss., que expresamente señala que «la facultad de rechazar la demanda en nuestro ordenamiento procesal civil, no se limita al inicio del proceso, sino que incluso puede realizarse al momento de emitirse la decisión final, inhibiéndose el juzgador de emitir un pronunciamiento respecto del fondo de la controversia. Esta facultad es coherente con las nuevas tendencias de la Teoría General del Proceso que conciben al juez como director del mismo y no como mero espectador, mostrándose como una manifestación contralora de la actividad judicial, razón por la cual

volver a pronunciarse, como si nada fuera, sobre la llamada «validez de la relación procesal», emitiendo, al final de todo, una simple sentencia de *absolutio ab instantia*.

*Ergo*, el control inicial de la demanda impuesto por el CPC de 1993 no solo puede conducir, cuando no se admite, a una más que clara denegación de justicia sino que, cuando la demanda es luego admitida, se revela como una auténtica pérdida de precioso tiempo del juez (y del actor...), pues tal resolución es jurídica y procesalmente irrelevante (o sea del todo inútil).

Pero lo que le importaba al legislador peruano de 1993 era que el juez fuera el «director» y que lo fuera «desde el inicio». Evidentemente, para ese legislador, ser «director» significa, *in primis*, tener el poder de cerrar el proceso en cualquier momento, pero de preferencia al inicio, sin un pronunciamiento de fondo y, sea dicho, sin permitir al demandado darse el «gusto» de liquidar él el proceso, cobrarse las costas y, si del caso, hacerse acreedor de una indemnización frente a una demanda «temeraria».

## 4. EL «JUEZ DIRECTOR» Y EL CONTROL SOBRE LOS TIEMPOS DEL PROCESO

Pero, para nuestro legislador, ser «director» del proceso significa también otra cosa: que el juez tenga el control absoluto sobre los tiempos del proceso.

---

puede juzgador examinar —en cualquier estado del proceso— que la demanda puesta en su consideración sea adecuada para obtener un pronunciamiento final». Esto se repite a cada momento: últimamente en la Cas. N° 1012-2003-Lambayeque, en *El Peruano*, 31 marzo 2004, p. 11643 s. Ahora, esta facultad que el llamado «juez-director» tendría, es ejercitada también por la Corte Suprema: así en Cas. N° 1670-2003/Ucayali, del 8 de noviembre del 2002, en *Diálogo con la jurisprudencia*, 65, feb. 2004, con mi nota *Embargo de bien enajenado «fraudulentamente»* y dies a quo *en la tercería de propiedad*, con referencia de una tercería de dominio en la cual la Corte Suprema, aunque estimando el recurso del demandante y reconociéndole la propiedad del vehículo embargado, le declaró la demanda improcedente porque no habiendo el demandante entregado el bien al custodio concluyó que el actor no estaba «legitimado».

En efecto, si antes con el CPC de 1912, el proceso en primera instancia iba más o menos al ritmo querido por las partes[17], en el sentido de que para pasar de la fase de «postulación» a la de «prueba» se requería de un acto de impulso[18], el CPC de 1993, partiendo de la premisa de que el «lento» ritmo de los procesos se debía a las partes mismas (y/o de sus abogados), ha establecido que, como regla, el juez tenga el «poder-deber» de impulsarlo «autónomamente» (art. II del Título Preliminar CPC).

El poder de impulso oficioso, flor y delicia de todo sistema procesal «publicizado», que según *communis opinio* tendería a quebrar «el monopolio cerrado de las partes respecto del avance del proceso (...), medio a través del cual los procesos se demoran o enredan sin que el juez pueda evitar tal desperdicio de tiempo, esfuerzo y gasto»[19], constituye, al menos en un proceso que a un cierto punto se desenvuelve por audiencias, la mayor fuente de «desperdicio de tiempo, esfuerzo y gasto» del juez y de las partes.

En efecto, si hay algo que la experiencia me ha enseñado es que una cosa es que el juez tenga el poder de impulso oficioso en un proceso enteramente escrito y estructurado en fases rígidas (de postulación, de prueba, de decisión) y otra muy distinta que lo tenga en un proceso igualmente rígido, pero estructurado con audiencias. A los fines de la «velocidad» del proceso, el poder de impulso de oficio puede llegar a tener una cierta utilidad en un (burocratizado) proceso escrito y dividido en fases preclusivas (como lo era el «juicio ordinario» del CPC de 1912), porque una vez vencidos los plazos de cada fase, es perfectamente posible que el proceso siga con su *iter* (lo quieran o no las partes) hasta la sentencia, pero tal impulso, en un proceso con audiencias se vuelve contraproducente y fuente de embrollos porque la realización de la

---

17 Digo «más o menos» porque el ritmo más que las partes (o sus abogados), lo imponía el secretario de juzgado, verdadero *dominus* de los «juicios» del CPC de 1912.

18 Así fue hasta que en 1977 (en argentina inspiración) se introdujo el impulso de oficio. En el texto original del CPC de 1912 no era necesario un acto de impulso de parte para emitir sentencia (así el art. 507).

19 Monroy Gálvez, *Introducción al proceso civil*, Temis, Bogotá, 1996, p. 93.

audiencia se vuelve un momento necesario para que el proceso avance. Y desde el momento que el calendario es en todo el mundo el que es, si el juez tiene que fijar audiencia en todos los procesos, resulta inevitable que éstas se fijen en función del tiempo disponible del juez y no dentro de los términos establecidos en la ley.

Y ello es lo que se está verificando (y no desde hoy) en la realidad peruana, porque el juez, llegado el momento de la fijación de la audiencia, no la fija dentro de los cándidos plazos de pocos días previstos en la ley, sino a muchos meses, con la consecuencia de que en el entretanto no se hace nada. Clamoroso es el caso del llamado «proceso sumarísimo», en el cual el demandado tiene cinco días para contestar la demanda, ofrecer todas sus pruebas y plantear sus excepciones procesales, cuestionar las pruebas del contrario (arts. 552-553-554-555), pero luego, una vez vencido ese plazo, con o sin contestación (es decir también cuando el demandado esté en rebeldía), el juez *tiene* que convocar a las partes a una audiencia (en teoría[20]) «única», que según la ley debería realizarse dentro de los diez días, pero que en el concreto puede realizarse tras muchos (muchos) meses. En el entretanto no se hace nada de nada, ni siquiera limpiar el terreno de las cuestiones procesales, ni mucho menos sentenciar, pues *todo* debería ocurrir en esa audiencia (por ello llamada «única»).

Ello significa que si bien el proceso se impulsa de oficio a un cierto punto, inevitablemente, se detiene porque si no hay audiencia el proceso no prosigue: y no hay audiencia si (como es lógico que así sea) al menos una de las partes no comparece a la misma. Pero, mientras las audiencias son fijadas cuando el juez tiene tiempo disponible (sin que las partes puedan en lo más mínimo incidir para anticiparlas o postergarlas: art. 203), si las partes no asisten, el juez (siempre de oficio) debe fijar nueva fecha, y si esta audiencia está fijada para «promover» la conciliación, frente a la inasistencia de las partes, se podría seguir (en teoría, hasta el

---

20 Digo en teoría, porque, por lo común, las audiencias se suspenden y continúan en otra fecha (art. 206 CPC), fijada —*more solito*— cuando el juez tenga tiempo. Así que la «unidad de la audiencia» resulta ser, en los hechos, una auténtica ficción.

infinito) llenando el calendario de fechas de audiencias... (así el último párrafo del art. 472).

Debe luego considerarse que si la audiencia está fijada para la actuación de las pruebas, si las partes no se presentan «personalmente» (primer párrafo del art. 203[21]), las consecuencias podrían ser fatales. En efecto, la inasistencia de las partes a la audiencia de pruebas determina que el juez tenga que fijar (siempre de oficio) una nueva fecha de audiencia, pero si en esta nueva fecha las partes no se presentan, «el juez declarará concluido el proceso» (así, el último párrafo del art. 203). Lo que a mí me parece un extraño desenlace para una proceso (publicísticamente) «cultivado» por el juez, porque no se entiende como así aquél deba automáticamente concluir solo porque las partes no asisten (repito, *personalmente*) a una audiencia para la actuación de las pruebas[22].

---

21 Según tal artículo las partes, si personas naturales, deben asistir a la audiencia de pruebas «personalmente» y si personas jurídicas o incapaces deben asistir sus «representantes legales». Solo «si se prueba un hecho grave o justificado que impida su presencia, el Juez autorizará a una parte a actuar mediante representante». A estar al texto de la ley ello debería da lugar a que, si concurre un apoderado *ad litem* y no la parte (o el representante *legal* de la parte), se le tenga por no presente. Por lo general los jueces no son tan estrictos en la aplicación del art. 203 CPC, pero puede ocurrir, con la consecuencia de que o la audiencia no se realiza o realizándose ese «apoderado» podrá estar presente (como parte del «público») más no actuar como parte.

22 Si antes con el (original) CPC de 1912, el proceso cuando no era activado por las partes durante dos años, podía morir por «abandono», borrándose el efecto interruptivo de la prescripción, hoy, aunque el juez tenga poderes oficiosos de impulso, si las partes no asisten (por segunda vez) a una audiencia de pruebas, todo el proceso muere, pero del todo inútilmente pues ni siquiera borra el efecto interruptivo de la prescripción, vale decir, sin incidir ni un poco sobre el derecho sustancial en juego, que son las paradojas del proceso «publicístico» tal como lo había evidenciado SATTA, *L'estinzione del processo*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, pp. 1011-1013, al preguntarse: «*¿A quoi bon*, hacer morir un proceso si su muerte es privada de toda finalidad, no sirve absolutamente para nada, sino a hacer más complicado lo que se creía simplificar? (...) Una extinción que opere en vacío, sin consecuencias sobre el derecho, a mí me parece inútil, salvo que su utilidad no se quiera ver en el cansancio que genera el deber comenzar todo de nuevo, y por tanto en la probabilidad de que la demanda no sea más replanteada».

Por tanto, las «dilaciones» que terminan produciéndose en nuestros procesos civiles no deberían sorprender, en cuanto el legislador de 1993, siguiendo las recetas «publicísticas», sustituyó «el motor natural del proceso civil, que era y está representando por el ansia de justicia de las partes, con un motor artificial, que está representado por el juez y por sus ritmos burocráticos»[23], con la consecuencia de que en el proceso se crean inevitables «tiempos muertos» porque las audiencias se realizan (si es que se realizan) tras intervalos de tiempo cada vez más largos, a todo daño de la celeridad del conjunto de los procesos[24].

## 5. LOS PODERES PROBATORIOS Y SUS PARADÓJICOS EFECTOS

Habiendo sido nuestro proceso «publicizado», no podía ciertamente faltar el «poder-símbolo» para llegar a una decisión «justa»: disponer pruebas de oficio. En verdad, ese poder lo tenía ya el juez civil peruano con el CPC de 1912 (en realidad desde el código de 1852[25]), pero, con

---

23 Así CIPRIANI, *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, p. 1248.

24 Esta simple constatación debería inducir al legislador a cambiar ruta y volver a dar el impulso del proceso civil solo a las partes, tal como se ha hecho (sin mayores traumas) con la Ley N° 27809, del 5 de agosto del 2002, en relación a los procedimientos concursales (por cierto de competencia no judicial, sino administrativa). Cabe señalar que ello no implica «privatizar» la justicia civil, sino solo utilizar racionalmente los escasos recursos disponibles, vale decir, que las audiencias se fijen cuando alguna de las partes lo pida. Por ejemplo, en los procesos por violencia familiar, de competencia de los jueces de familia y regulados en una ley especial (Ley N° 26260) que sigue el molde del CPC, el juez debe de oficio citar a audiencia (en la realidad de hoy, como mínimo a ocho meses, no solo en Lima) y, por lo general, cuando llega esa fecha las partes no asisten porque ya ajustaron su propia vida familiar. Sin embargo, la audiencia se fijó y se quitó el espacio para otra que (probablemente) otras partes en otro proceso sí querían (para que el proceso marche).

25 En efecto, el art. 670 de nuestro primer código permitía al juez disponer pruebas de oficio (salvo la testimonial). Sobre tal poder señalaba J. J. CALLE, *Código de Procedimientos Civiles*, Tipografía El Lucero, Lima, 1912, p. 177 que «La razón y la

un proceso reestructurado bajo el signo de las preclusiones para las partes, el «poder probatorio» ha terminado por asumir extrañas funciones: *in primis*, que el juez haga entrar (del todo discrecionalmente, o sea cuando quiere) como prueba por él dispuesta pruebas (sobre todo documentos) presentadas extemporáneamente por alguna de las partes. Lo que nos coloca en el terreno de la «ficción»: prueba de parte con la máscara de la prueba de oficio (pero con el tratamiento de la prueba de oficio, que implica su incuestionablilidad: art. 194 CPC).

Pero, probablemente, la función más extraña que en nuestro proceso ha terminado asumiendo el poder probatorio oficioso es el de ser también él fuente de dilaciones innecesarias, y no solo y no tanto cuando el juez dispone inútiles pericias e inspecciones, que luego ni siquiera valora en la motivación de su sentencia[26], sino porque en nombre de la «verdad real» no pocas veces, sobre todo en apelación, los jueces anulan las sentencias y reponen el proceso ante el juez *a quo* para que practique «de oficio» la prueba que ellos indican: es decir se vuelve un expediente para no pronunciarse sobre el fondo[27]. Por no decir de las consecuencias que

---

justicia aconsejan que el juez pueda y deba decretar la práctica de diligencias que estime oportunas cuando las pruebas actuadas no hayan esclarecido los hechos y abrigue su ánimo alguna duda, o cuando considere que hay alguna manera de *catar* la verdad que no aparece tan clara como fuera de desear para fallar con acierto. Esto se hará ahora como se hacía según la antigua jurisprudencia por medio de providencias *para mejor proveer*, que son las que dictan jueces y tribunales antes de la sentencia, acordando que se practique alguna diligencia que consideran conveniente para resolver la cuestión con mejor acierto» (cursivos en el original). ¡Y hay quien recurre a Devis Echandía o a Cappelletti para justificar los poderes judiciales probatorios oficiosos! ¡Pero si pueden ir a la «antigua jurisprudencia» de los jueces «catadores» de la verdad! Nótese que Calle escribe en 1912, ¡de cuándo sería la «antigua jurisprudencia»!

26 Así en Cas. N° 616-2002-Arequipa, del 5 de setiembre del 2002, en *Diálogo con la jurisprudencia*, 56, mayo 2003, p. 71 y ss., con mi nota *Ejecución de garantías: viejas y nuevas dudas*, con referencia a un caso en el cual el juez *a quo* en una oposición a la ejecución había dispuesto una pericia contable de la cual luego no dijo ni raya en la motivación de su decisión. Cabe señalar que en la oposición a la ejecución las partes no pueden ofrecer una pericia contable (porque solo pueden presentar documentos, art. 722), pero el juez sí puede ¡disponerla de oficio!

27 Así la Cas. N° 2057-99, del 8 de junio de 2000, en *Diálogo con la jurisprudencia*, 30, marzo 2001, p. 94 ss., con mi nota *Prueba de oficio y preclusión*.

se producen cuando el juez, en particular de apelación, toma en cuenta un documento presentado «informalmente» por una de las partes: si se recurre en casación, es más que seguro que la sentencia de apelación será anulada con reenvío al primer juez, pero con la advertencia que tal juez ¡podrá admitir el documento «de oficio»[28]!

## 6. LA LIMITACIÓN DE LAS IMPUGNACIONES Y LA APELACIÓN DIFERIDA

Otro de los «pilares» de nuestro proceso civil «publicizado» fue la sustancial limitación de las impugnaciones. Ello es entendible: con las impugnaciones las partes cuestionan los resultados de la actividad del juez. De allí que cuando se quiere «reforzar» su «autoridad» es por demás obvio que los derechos de las partes a impugnar o se eliminen o se atemperen[29].

Ciertamente, gracias a la constitucionalización de la «instancia plural» operada con nuestra Constitución de 1979 (anterior a la vigente que ha reiterado la garantía), al elaborarse el CPC de 1993, no fue posible (aunque ganas no faltaron sus redactores[30]), la consagración de procesos

---

28 Así la Cas. N° 3067-00/Cañete, del 5 de setiembre del 2002, en *Diálogo con la jurisprudencia*, 55, abril 2003, p. 282 y ss., que estimó el recurso y repuso el proceso al primer juez para que se pronunciara nuevamente y si del caso «admitiera» de oficio el documento no formalmente presentado por la parte. Así, la en similar sentido, la Cas. N° 1555-2000 Cusco, del 30 de abril del 2002, en *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 52, enero 2003, p. 171; y Cas. N° 900-2003/Huaura, del 18 de agosto del 2003, en *El Peruano*, 31 de marzo del 2004.

29 No por nada en el n. 30 de la *Relazione al re al c.p.c.* italiano de 1940 se señala que: «La tendencia general del Código de reforzar la autoridad del juez y a rendir más solícito el curso del procedimiento se manifiesta también en el campo de las impugnaciones, en el sentido de limitar el número de las sentencias impugnables, de restringir los plazos dentro de los cuales son admitidas, y de reducir con límites siempre más rigurososamente fijados el reexamen al juez superior»

30 Monroy Gálvez, *Los principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992*, en *Themis*, N° 15, 1993, p. 47 y s. (ahora en *La formación del proceso civil peruano*, cit.,

a instancia única. De allí que el Código no pudo prescindir de regular la apelación, un recurso que procede tanto contra (todas las) sentencias como contra ciertos autos.

Pero la apelación de las sentencias, a estar al severo régimen de preclusiones de alegación y de prueba a las que se ha sometido a las partes, ha sido consagrada sustancialmente como una *revisio prioris instantiae*, por lo que el juez de apelación debe pronunciarse en base sustancialmente al material de la primera instancia[31] y, a la par, se ha dotado a tal juez del poder oficioso de anular lo actuado en aquella. Y dado que este último poder no tiene precisos límites (tal como ya lo dije en relación a la prueba oficiosa), no son pocas las ocasiones en que los jueces de apelación en lugar de emitir la resolución sustitutiva de la primera, la rescinden reponiendo el proceso al primer juez, vale decir retrocediendo a estadios procesales que ya deberían haberse superado. De allí que debido a una regulación poco clara de la apelación, el proceso en lugar de avanzar (o terminar), no pocas veces, retroceda.

Ahora, por lo que atañe a las resoluciones interlocutorias el CPC de 1993, por un lado, ha establecido una treintena de ellas absolutamente inimpugnables, algunas en extremo transcendentes para las partes —tal como la que resuelve una recusación (art. 310), la que declara (*inaudita parte*) aplicable una «vía procedimental» distinta a la «propuesta» por el demandante (arts. 477, 487 y 549) o la que dispone una prueba «de oficio» (art. 194), etc.— y, por el otro, ha establecido la denominada «apelación diferida» en relación a aquellas interlocutorias apelables «sin efecto suspensivo».

---

p. 286 y ss.), señala que la tendencia «contemporánea» es la de establecer procesos a instancia única.

31 Solo por excepción existe la posibilidad para el apelante de introducir nuevos hechos y nuevas pruebas en apelación. Deben tratarse de hechos (y de las respectivas pruebas) auténticamente «nuevos», o sea producidos después del momento de la demanda o de la contestación. También es posible presentar documentos de cuya existencia no se conocía (art. 374). El único momento para alegarlos (y ofrecer las pruebas respectivas) es con el escrito de apelación. Luego se produce su preclusión. Nada de ello es posible en el llamado proceso sumarísimo (art. 559).

Es así que el art. 369 CPC permite la reserva del trámite de una apelación sin efecto suspensivo, «a fin de que sea resuelta por el superior conjuntamente con la sentencia u otra resolución que el Juez señale», vale decir que a apelación interpuesta (y «concedida») no le sigue la formación y remisión del cuaderno de apelación al *ad quem*, sino que se «reserva» hasta que llegue el momento en que se apele, si es que se apela, otra (la final).

Luego, estamos ante una apelación «reservada», y como los supuestos de «reserva» o los decide la ley[32] o, discrecionalmente, el juez (y en decisión inimpugnable, o sea que no procede el denominado recurso de queja), se termina constriñendo a la parte a plantear una apelación en forma, para que luego aquella duerma, estando en el entretanto totalmente a merced de los efectos de la resolución del juez.

La «apelación diferida» tendería a la *unidad del procedimiento de impugnación*, vale decir, que si el procedimiento en primera instancia es uno, el que se promueva por la apelación también debería serlo. *Ergo*, su fundamento se encontraría en los principios de concentración y de economía procesal. Si no fuera porque la «concentración» y la «economía» se hace a costa de los derechos de las partes de ver conocida y resuelta lo más rápidamente posible su impugnación.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la «apelación diferida» es una «forma» de conceder la apelación respecto de autos interlocutorios, o sea de autos en los que el *a quo* ha resuelto cuestiones procesales que no han definido el proceso. Diferir la (tramitación) de la apelación de aquellos provoca el pernicioso efecto de que no se pueda corregir a tiempo los errores cometidos por el *a quo* en el *iter* procesal de primer

---

[32] Los supuestos «legales» de apelación diferida son: todos los autos en el proceso abreviado (pues sólo es apelables «con efecto suspensivo» el que declara improcedente la demanda *in limine*, el que declara fundada un excepción y el que declara la «invalidez de la relación procesal con carácter insubsanable»: art. 494); todos los autos del proceso sumarísimo (salvo el que declara improcedente la demanda y el que declara fundada una excepción: art. 556); todos los autos expedidos en los procesos de ejecución (art. 691 último párrafo) aunque no se entiende a la apelación de cuál resolución esté condicionada la «diferida».

grado, dejando para mañana lo que se puede corregir hoy, con la consecuencia de que cuando finalmente lleguen al *ad quem* las apelaciones que se difirieron, es probable que alguno de esos autos sean revocados o anulados debiéndose retrotraer el proceso (ya sentenciado) al primer grado o anular todo lo actuado (sentencia incluida) cuando el propio auto del *ad quem* pone fin al proceso. Por no decir de los problemas que se generan cuando el juez de apelación no se pronuncia sobre algunas de esas apelaciones: si se recurre en casación, tenemos otro supuesto más de nulidad segura y nueva pérdida de tiempo precioso, retrotrayéndose (una vez más) el proceso a momentos que ya deberían haberse superado.

Como siempre las soluciones «publicísticas» fundadas en una supuesta economía procesal terminan produciendo antieconómicos resultados.

Ciertamente, la apelación diferida se funda en la generalizada idea de que las impugnaciones son un vehículo dilatorio (lo cual es un absurdo cuando la impugnación no es suspensiva). Cuando se sostiene ello no se ha tomado en cuenta que, estableciendo que una resolución no es impugnable o lo es sólo diferidamente, se deja a las partes a merced del juez, el que no pudiendo ser «controlado» en su actuar procesal, se puede volver el auténtico *amo y señor* del proceso, o sea se posibilita que todo y lo contrario de todo se produzca en el proceso sin que se tengan mecanismos correctivos oportunos y eficaces.

## 7. EL FRUSTRANTE SISTEMA DE LA CASACIÓN

Con el CPC de 1993 «finalmente» los peruanos ingresamos al sistema de la casación. No está muy claro por qué se consideró que tal sistema constituiría un «progreso», pero lo cierto es que con la entrada en vigencia de tal Código nuestra Corte Suprema dejó de ser un Juez de Tercera Instancia para pasar a ser un (disminuido) Juez «de Casación».

No me cabe duda, sin embargo, que la «antipatía» hacia las impugnaciones como garantía subjetiva de las partes haya contribuido a la introducción de una por motivos legalmente limitados. Tampoco me cabe duda que todo el rollo «panpublicístico» que acompaña a la influyente teoría calamandreiana sobre la función «institucional» de la casa-

ción haya calzado muy bien con el sistema procesal consagrado en 1993: si ella no constituye una garantía subjetiva de las partes frente a las sentencias que consideren injustas, sino solo una garantía de protección del «derecho objetivo» en cuanto enderezada a la nomofilaquia y la unificación de la jurisprudencia, realmente tal sistema se presentaba (ideológicamente) el «perfecto».

Ello justifica muchas cosas: *a*) que el recurso no esté abierto a todas las sentencias (y autos que ponen fin al proceso) de segundo grado, sino sólo aquellas que emitan las Salas de Corte Superior (que no son las únicas que conocen en apelación); y *b*) que entre los motivos de recurso no esté el *error in iudicando* «de hecho», pues un tal error no ofende al «derecho objetivo», sino «sólo» a la justicia en el caso concreto...

Más, pese a ello, el legislador le dio al recurso un paradójico efecto suspensivo (art. 393).

Además nuestro legislador sintió la necesidad de establecer una serie de antieconómicos controles antes de llegar a la emisión de la «sentencia de casación»: es así que la ley le impone a la Sala de la Corte Suprema el *triple* trabajo de controlar primero la *admisibilidad* (art. 391), luego la *procedencia* (art. 392) —ambos controles sin audiencia a las partes[33]— y, finalmente, si se superan todas esas vallas a la Sala ya no queda más salida que fijar fecha para la vista de la causa (art. 393 in fine) para, luego, emitir la sentencia (art. 395 CPC).

Quizá lo mejor de su regulación esté en que cuando el recurso se funde en un *error in iudicando* (incs. 1 y 2 del art. 386) y se le estime, no se procede al reenvió a la Sala Superior, sino que la propia Sala Suprema debe emitir la resolución (de fondo) que corresponda (art. 396.1 CPC). Sin embargo, no se ha previsto lo mismo tratándose de un *error in procedendo* (inc. 3 del art. 386 CPC) pues en estos casos se ha conside-

[33] El recurso de casación peruano prescinde totalmente del contradictorio. No sólo no se regula audiencia a la parte contraria a la recurrente (que en otros ordenamientos se llama «contrarecurso»), sino que el control de la admisibilidad e improcedencia se hace sin previa audiencia a las partes, casi como si éstas no existieran.

rado ineludible el reenvío (art. 396.2 CPC), aunque el «vicio» esté en la propia resolución que se «casa».

Como fuere, lo cierto es que la introducción del sistema de la casación ha sido un auténtico tormento porque, por un lado, hemos terminado «importando» toda la problemática que implica un recurso por motivos limitados, consumiendo la mayor parte de las energías judiciales en determinar si esto o aquello puede ser apreciado en esa sede (la añosa problemática de la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, ajena al sistema de la tercera instancia) y, por el otro, hemos (re)caído en la mayor tara de un sistema procesal a nivel de juez supremo: que se dedique a «cazar» nulidades en las fases anteriores del proceso, las que si «detectadas» producen el (obvio) pernicioso efecto de eternizar el proceso.

Y esto último es justamente el problema más grave que afrontamos, pues incluso cuando el recurrente, frente a un alegado error *in indicando*, logre convencer al juez supremo de que no lo está «desviando» de su función «institucional» llevándolo hacia la «*quaestio facti*», en no pocos casos, en lugar de estimar el recurso y pronunciarse sobre el fondo, ya sea porque «sería la única que se pronuncie» en violación de la «instancia plural» constitucionalmente garantizada o porque encontró un «gravísimo» vicio procesal (no alegado por nadie...), reenvía el proceso, no digo al juez de apelación, sino ¡al primer juez!

*Ergo*, por lo general, ni nomofilaquia, ni unificación de la jurisprudencia», ni (qué osadía...) la ajenísima «justicia del caso concreto», sino solo dilación (y frustración).

## 8. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Estas son algunas de las características del proceso civil peruano «publicizado» según cuanto le pareció al legislador de 1993: siempre limitativo de los derechos de las partes, pero siempre libre para el juez, que con todos sus poderes hace y deshace el proceso a su propio placer.

La moraleja es que, a estar a lo que ocurre en el Perú, todas las manifestaciones del proceso todo empernado en la autoridad del juez son en realidad instrumentos para propiciar (por lo general) formalistas

denegatorias de justicia, para sustraer a las partes derechos que deberían serles garantizados y para demorar «irracionalmente» el ritmo del proceso.

De allí que mi esperanza es que en el Perú más bien se haga una serena lectura de la experiencia del proceso «sombríamente dominado por el juez»[34] y se decida, lo más pronto posible, voltear la página[35].

---

[34] La expresión es de SATTA, *El formalismo en el proceso*, cit., p. 54. La esperanza, sin embargo, es incierta, en particular si se toman en cuenta las geniales «recomendaciones» que se hacen en los congresos mundiales «para purificar y dignificar el proceso para una buena relación entre jueces, partes y abogados», tales como que el juzgador tenga facultades expresas para «externarle [a las partes] sus preocupaciones respecto a la forma en que el abogado conduce el juicio, las desventajas de esa o aquella promoción presentada por su representante», que las «partes deben cooperar con el sistema de administración de justicia, y la parte contraria en la averiguación de los hechos y la aportación de pruebas», que el juez tenga el poder de «rechazar de plano la demanda cuando fuera improponible», de «procurar la búsqueda de la verdad», etc., etc. (tal como se lee en ELIZONDO GASPARÍN, *Relaciones entre partes, los jueces y los abogados*, en *Ponencias Generales del XII Congreso Mundial de derecho procesal*, México, 2003, p. 207 y ss., espec. p. 238 y ss. ; ponencia general también publicada en ELIZONDO GASPERÍN (relatora general), *Relaciones entre las partes, los jueces y los abogados*, México, 2003, p. 19 y ss., volumen en el que se recogen todas las ponencias nacionales tomadas en cuenta por la relatora general).

[35] Esa es la razón por la cual me lancé a traducir los ensayos de Franco Cipriani en cuanto orientados a revalorar realísticamente el papel del juez en el proceso civil y a reivindicar el de las partes y sus abogados. Así, *La defensa del pobre en el proceso civil. La experiencia italiana*, Lima, 2002 y *Batallas por la justicia civil*, Lima, 2003. Sobre tal libro último libro, v. la reseña de TARZIA, en *Rivista di diritto processuale*, 2004, p. 319 y s.

# *80 Anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português*

LUÍS CORREIA DE MENDONÇA
*Juiz de Direito.*
*Docente do Centro de Estudos Judiciários.*
*Portugal*

«Entreguemos a liberdade à autoridade, porque só ela a sabe administrar... e defender».

Salazar

SUMÁRIO: 1. Introdução.- 2. O Código de Processo Civil de 1876.- 3. As críticas ao Código de Processo Civil de 1876.- 4. A «revolução processual» de 1926.- 5. A consagração da oralidade (1932).- 6. O Código de Processo Civil de 1939.- 7. A reforma de 1961.- 8. A reforma intercalar de 1985.- 9. A reforma de 1995/1996.- 10. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

A experiência do fascismo em Portugal apresenta uma assinalável precocidade e uma surpreendente longevidade. Em 28 de Maio de 1926, um grupo de militares desencadeou um golpe de Estado que inaugurou um período de «Ditadura Militar» de cerca de 7 anos, a que se seguiram mais 41 de «Estado Novo», um regime absolutista e centralizado na autoridade, antiliberal, antiparlamentar e antidemocrático, só deposto em 25 de Abril de 1974.

Tinham decorrido pouco menos de quatro anos sobre os acontecimentos de Outubro de 22, que levaram Mussolini ao poder, e Espanha vivia, desde 1923, sob a ditadura de Miguel Primo de Rivera. Antecedendo, porém, de cinco anos, o regime imposto à Itália pelo fascismo, já Portugal passara pelo consulado de Sidónio Pais (1917-1918) percursor dos governos de autoridade que, anos depois, proliferaram pela Europa inteira.

O facto de não ter havido em Portugal um partido fascista, mas uma associação de cidadãos sem partido chamada União Nacional, organizada segundo o modelo da primoderiverista *Unión Patriotica*, o isolamento do regime em relação às massas populares, o «conúbio monstruoso» operado com a Igreja católica (Eduardo Lourenço), o carácter arcaizante, conservador e agrário das suas estruturas, têm sido geralmente apontados como elementos que diferenciam o «Estado Novo» do fascismo clássico.

Para este trabalho não é decisivo saber se o salazarismo se deve assimilar a um verdadeiro fascismo, a um «regime clerical-corporativo» (Charles Delzell), a uma versão nacional da teoria do «grande homem» (Livermoore), a uma ditadura de notáveis (F. e A. Demichel), a uma ditadura militar (S. E. Finer e Nicos Poulantzas), a um regime sob tutela militar ou intermédio entre a ditadura de partido e a ditadura militar (M. Duverger), a uma «inversão fascizante da democracia cristã» (M. Braga da Cruz), etc.

Seja qual for a natureza do «Estado Novo» e a sua correcta caracterização o certo é que «o seu carácter «catedrático» é, sem dúvida, um dos aspectos mais típicos», como com notável perspicácia foi posto em destaque por Unamuno[1].

Tendo integrado uma delegação de intelectuais de nomeada que visitou Portugal, em 1935, a convite do Secretariado de Propaganda Nacional, *Don* Miguel publicou, em Julho desse ano, dois artigos no jornal *Ahora* de Madrid, onde relata as suas impressões sobre essa sua derradeira visita ao nosso País.

---

1 Luís Reis Torgal, *A Universidade e o Estado Novo*, Minerva, Coimbra, 1999:51; João Medina, *Ortega y Gasset no exílio português (1942-1955)*, Centro de História da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2004: 82 ss.

No artigo intitulado «*Nueva vuelta a Portugal*» (3.7.1935) Unamuno define o «Estado Novo» como um «fascismo de cátedra»: «a ditadura do núcleo que representa Oliveira Salazar é uma ditadura académico-castrense ou, se se preferir, bélico-escolástica. Ditadura de generais —ou coronéis— e de catedráticos, com uma ou outra gota eclesiástica»[2].

De entre os professores que integraram a elite restrita que controlava o poder no «Estado Novo», tiveram papel de relevo os da Universidade de Coimbra, particularmente os da Faculdade de Direito, a cujo corpo docente pertencia o próprio Salazar.

Dois deles —José Alberto dos Reis (1875-1955) e Manuel Rodrigues Júnior (1889-1946)— foram os principais responsáveis pelas mais profundas reformas operadas no século passado na área da justiça, designadamente a civil. Figuras eminentes do regime, eram ambos, mais radical embora o segundo, profundamente antidemocráticos e anti-individualistas e partilhavam no essencial as mesmas ideias conservadoras, o estatismo, o corporativismo e o nacionalismo[3].

José Alberto dos Reis, autor material da reforma de processo civil e comercial de 1926 e do Projecto que deu origem ao Código de Processo Civil de 1939, foi professor e amigo pessoal de Salazar com quem se correspondeu até ao fim da vida. Por sua iniciativa, Salazar foi feito doutor em direito administrativamente, sem prestação de provas académicas[4]. Foi presidente da Assembleia Nacional durante 12 anos, em três legislaturas sucessivas, de Novembro de 1934 até Novembro de 1945, vogal vitalício do Conselho de Estado, desde 1933, e membro da União Nacional, a cuja Junta Consultiva presidia por ocasião da sua morte.

Manuel Rodrigues Júnior, discípulo do primeiro, foi Ministro da Justiça e dos Cultos no primeiro governo constituído após o Movimento de 28

---

2 Em Portugal, os artigos de Unamuno estão reproduzidos, em apêndice, na obra de João Medina, *Salazar em França*, Ática, Lisboa, 1977: 107 ss.

3 Sobre o pensamento de José Alberto dos Reis cfr. o meu, *Direito Processual Civil, As origens em José Alberto dos Reis*, Quid Juris, Lisboa, 2002.

4 Manuel Augusto Rodrigues (org.), *A Universidade de Coimbra no Século XX, Actas da Faculdade de Direito (1911-1919)*, Vol. I, Publicações do Arquivo da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1991: 332 e 346.

de Maio de 1926 e permaneceu à frente da mesma pasta nos dois governos imediatos, até 11 de Abril de 1928. Em 1932, voltou ao governo, à mesma pasta da justiça, onde se manteve por oito anos. A ele se deve um conjunto de reformas estruturais que marcaram uma época, ainda com sinais bem visíveis no actual ordenamento, e que contribuíram significativamente para a consolidação, quer da «Ditadura Militar» quer do «Estado Novo». Chegou a ser considerado «o legislador da Situação», «o pensamento do Governo [da Ditadura Militar] em pessoa». Saiu do governo aquando de remodelação de 1940, depois de num conhecido artigo de opinião («O Homem que passou») ter sugerido que o ditador se retirasse[5]. Foi também membro da União Nacional e da Câmara Corporativa.

Ora, só por uma total ausência de consciência crítica e verificação cultural se pode compreender que se admita que da mão dos referidos autores tenha alguma vez saído uma legislação democrática e liberal ou axiologicamente neutra, imune à concepção ideológica do regime, a preconceitos ou a idiossincrasias pessoais[6].

Uma das primeiras medidas de Manuel Rodrigues Júnior foi encarregar o seu antigo professor de «elaborar projectos alterando o Código de Processo Civil e o Código de Processo Comercial no sentido de abreviar e simplificar a marcha do processo».

José Alberto dos Reis desempenhou-se da incumbência com a habitual destreza, aproveitando o trabalho desenvolvido na elaboração de anterior projecto de reforma por si apresentado a dois Ministros da Justiça da 1.ª República[7]. Assim nasceu o Decreto n.º 12.353, de 22 de Setembro de 1926.

---

5 Marcello Caetano, *Minhas memórias de Salazar*, Verbo, Lisboa, 1977: 108.

6 Juan Montero Aroca enuncia, como uma elementar máxima de experiência, que «uma lei ou código, seja qual for a matéria que regulam, é sempre expressão da concepção ideológica própria da sociedade em que são feitos e da defendida pelos responsáveis políticos que os elaboram», «Il processo civile «sociale» come strumento di giustizia autoritaria», *Rivista di diritto processuale*, 2004: 557.

7 José Alberto dos Reis, «Reformas de Justiça», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 56.º ano (1923-1924): 65-66 e 81-83; José Gualberto de Sá Carneiro, «A reforma de processo civil», *Revista dos Tribunais*, 1926: 49-50.

A reforma de 1926 representa uma mudança de paradigma no processo civil português, a substituição do modelo liberal e garantista de oitocentos, ou melhor da concepção individualista do processo, pelo modelo «social» e autoritário e pela concepção publicística que ainda hoje nos regem, pese embora o 25 de Abril e a Constituição democrática e republicana de 1976[8].

O «fascismo português», aliás como as outras experiências históricas similares, tem com a história precedente e com a sucessiva uma relação de continuidade e de ruptura.

Sem prejuízo de ser possível reconduzir, nas suas grandes linhas, a factores e matrizes comuns as várias experiências do fascismo histórico, estes elementos de fractura e de articulação apresentam, consoante os casos, manifestações diversas.

O processo civil não foge àquela relação. Ao contrário do que aconteceu em Espanha, por exemplo, em que a ditadura franquista não produziu um código de processo civil, continuando a vigorar a Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a ditadura em Portugal trouxe consigo uma solução de continuidade, nesta específica área do direito.

O caso português representa um exemplo do sucesso prematuro da orientação publicística, ou melhor ainda autoritária, no processo civil. Basta pensar que as correntes de ideias e os princípios doutrinais que enformaram a nossa legislação processual, desde 1926, só obtiveram consagração em Itália 14 anos depois e, no Brasil, de Getúlio Vargas, com o Código de Processo de 18 de Setembro de 1939.

Com o presente texto pretende-se dar a conhecer, nas suas linhas gerais, como ganhou corpo e acabou por se impor a ideologia autoritária no processo civil português, como ela desmereceu o passado, reagiu contra o regime de liberdade anterior e continuou a ser reproduzida mesmo após a queda do «Estado Novo» e a restauração da democracia.

---

[8] Sobre o processo civil «social», como instrumento de justiça autoritária, cfr. o artigo anteriormente citado de Montero Aroca.

## 2. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1876

O primeiro Código Civil português foi aprovado pela Lei de 1 de Julho de 1867. Este Código, que disciplina os aspectos estáticos da prova civil (artigos 2404.º ss.) e contém muitas normas de direito processual, entre outros, nos capítulos relativos à administração e curadoria de ausentes (artigos 55.º ss.), à interdição por demência e prodigalidade (artigos 314.º ss. e 340.º ss.), à interrupção da sociedade conjugal (artigos 1203.º ss.) e aos inventários (artigos 2064.º ss.), deixou a organização e a jurisdição dos juízos para leis especiais e ordenou que as regras relativas às acções pertencessem ao código de processo.

A reforma da legislação civil não podia ser convenientemente executada sem o complemento de uma lei de processo adequada.

Ora, a chamada «novíssima reforma judicial», contida no Decreto de 21 de Maio de 1841 e ao tempo em vigor, fundava-se ainda nas Ordenações do reino e remetia constantemente para a praxe do foro anterior aos decretos liberais de 16 de Maio de 1832. A «novíssima reforma judicial» oferecia as maiores dificuldades de aplicação e era considerada uma das principais causas da tão frequente anulação dos processos nos tribunais. A urgência em se proceder à reforma da legislação processual civil era reclamada por todos.

Ao cabo de sete anos de trabalho foi por fim aprovado, por Carta de Lei de 8 de Novembro de 1876, o primeiro Código de Processo Civil português.

O código contém 1178 artigos, mais 8 de disposições transitórias, e encontra-se dividido em quatro livros: Livro I: *Do processo em geral*; Livro II: *Do processo nos tribunais de primeira instância*; Livro III: *Do processo nas relações*; Livro IV: *Do processo no supremo tribunal de justiça*.

Enraizado na ideologia liberal do seu tempo, o Código de 1876 está profundamente influenciado pelo princípio dispositivo e por uma concepção jusprivatista do processo. Mas do passado não fez tábua rasa. A comissão revisora, a cuja apreciação foi submetido o projecto primitivo do advogado Alexandre de Seabra, erigiu como finalidade principal da sua actividade «simplificar quanto possível os termos do processo, sem deixar de garantir os direitos dos litigantes» e «harmonizá-los com os princípios consignados no Código Civil, tornando exequíveis as suas

disposições»[9] e a Câmara dos Pares resumiu desta forma os princípios que presidiram ao trabalho do Código de Processo:«Um Código não é o rompimento com as leis e com a prática existente, inova no que é preciso, mas não destrói o que constitui o estado presente a que se aplica; modifica de ordinário mais do que cria; aperfeiçoa mais do que inventa; desenvolve mais do que aniquila»[10].

O Código instituiu um processo escrito, mediato e não concentrado, em que a recolha de prova testemunhal se fazia, por regra, no processo civil ordinário, em audiência extraordinária sem a presença do juiz, e a discussão da causa só era oral quando intervinha o júri, por acordo expresso das partes reduzido a termo antes de estar designado dia para a inquirição das testemunhas perante o juiz da acção (artigo 401.º), o que raramente acontecia, e em certos processos civis especiais (v.g. processo de separação de pessoas e bens e processo de suprimento do consentimento para a venda de bens dos pais ou avós a filhos ou netos, em que intervinha o conselho de família com funções de julgar).

Por outro lado, consagrou os princípios modernos da publicidade (artigo 59.º) e da livre apreciação da prova (artigos 2416.º, 2419.º, 2514.º, 2519.º c.c.).

No processo de 1876[11], concebido como uma disputa entre dois adversários perante um terceiro judicante, o respeito pela forma, que regulamenta e disciplina a discussão, assumia particular relevo.

---

9 «Relatório da comissão revisora do Projecto do Código do processo apresentado à câmara dos srs. deputados pelo sr. Ministro da justiça», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 9.º ano (1876-1877): 274.

10 «Parecer da comissão de legislação da câmara dos dignos pares sobre o Projecto do Código de processo civil», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 9.º ano: 387.

11 Em traços grossos era esta a marcha do processo ordinário: a acção tinha por base a petição inicial em que o autor requeria a citação do réu, deduzia os fundamentos da acção e concluía pelo pedido (artigo 394.º); seguia-se a distribuição feita numa das audiências ordinárias (artigo 165.º) que se realizavam às segundas e quintas-feiras (artigo 151.º, § 1.º); distribuída a acção procedia-se à citação do réu (artigos 178.º ss.), depois de ordenada por juiz competente (artigo 180.º); ordenada a citação o escrivão ou o oficial devia fazê-la imediatamente (artigo 179.º); a citação revestia duas formas, pessoal ou edital (artigos 183.º ss., 194.º e 195.º); a falta de oposição ao pedido não dispensava, em regra, o autor de fazer a prova das suas

As formas do processo eram concebidas não para enredar o reconhecimento dos direitos, mas como «meios para impedir a precipitação das decisões, dar a estas a solenidade necessária, e preparar os actos da justiça com as garantias para a sua firmeza»[12]. «Forte para extrair a verdade de entre os factos; simples para proteger sem criar inúteis peias; flexível para se moldar às necessidades de todas as causas; firme para resistir ao arbítrio dos juízes, ou ao manejo dos interessados, tal deve ser o carácter da parte formulária, em que se traduz o direito ao processo para ser aplicado»[13].

As regras da contenda deveriam ser não só efectivas, mas também formalmente equitativas (igualdade de armas).

A parte era dona da lide (*dominus litis*), estando legitimada a comportar-se como preferir, não cabendo ao magistrado intervir para corrigir uma gestão deficiente dos interesses dos particulares, porquanto tal podia conduzir a um «*paternalismo opressivo*».

---

alegações correndo a causa sem necessidade de qualquer intimação pessoal (artigo 200.º); a citação para princípio da acção era acusada, pelo autor ou reconvinte, sob pena de não produzir efeitos, na segunda audiência posterior à citação ou ao oferecimento da contestação (artigos 201.º e 332.º § único); feita a acusação o processo já não podia terminar, a não ser por julgamento ou perempção (artigo 202.º); o réu, o qual não tinha necessidade de comparecer na audiência de acusação da citação, podia impugnar o pedido, por excepção ou contestação, na terceira audiência posterior àquela em que fosse acusada a citação (artigo 395.º); se o réu deduzisse excepção ou contestasse, articulando ou juntando documentos, o autor podia replicar na segunda audiência a contar daquela em que devia ser oferecida a última defesa (artigo 396.º); em caso de réplica, por artigos ou por junção de documentos, o réu podia treplicar no prazo de duas audiências a contar da designada para oferecimento da réplica (artigo 397.º); findos os articulados, não comportando o processo audiência de discussão e julgamento, o juiz marcava dia para o depoimento das partes e para os exames ou vistorias que tivessem sido requeridos (artigo 398.º) seguindo-se a inquirição das testemunhas, cujo depoimento se reduzia a escrito, em audiência extraordinária de expediente (artigo 399.º); finda a produção de prova, o processo era continuado aos advogados para alegações por escrito (artigo 400.º); seguia-se o proferimento da sentença, a publicar em audiência ordinária ou por entrega na mão do escrivão (artigo 153.º) e eventuais recursos.

12 «Parecer da comissão de legislação da câmara dos dignos pares...», op. cit. 387.

13 Ibidem.

O processo, que se desenvolvia em audiências, estava exclusivamente sujeito ao impulso das partes (*ne judex procedat ex officio*), tanto o inicial como o sucessivo, podendo estas pôr-lhe termo através de confissão, desistência e de transacção (artigo 140.º), pois, na ausência de conflito, a causa perde a sua razão de ser.

Às partes cabia definir o objecto da controvérsia a resolver, incumbindo àquela que alegava os factos a obrigação de os provar, salvo tendo a seu favor alguma presunção de direito (artigo 2405.º c.c.), o que vedava a atendibilidade de factos não alegados, mesmo os notórios (*iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet*). O direito alegado presumia-se, sendo necessário prová-lo, por excepção, quando fundado em costume ou em estatuto ou postura municipal do país ou em qualquer lei estrangeira, cuja existência fosse contestada.

O procedimento probatório era dominado pelas partes, não podendo o juiz promover *ex officio* à produção de outras provas que as partes não tivessem submetido à sua apreciação, à excepção dos exames e vistorias e do juramento supletório, que podiam ser ordenados pelo juiz quando o entendesse necessário (artigos 235.º, § 1.º e 2533.º c.c.).

À assunção e produção das provas presidia um estilo competitivo. Não havia sanções específicas, salvo em caso de decaimento na acção, em que seria considerada litigante de má fé, contra a parte que se recusasse, a requerimento da outra, a juntar documentos que dissessem respeito à causa e que confessasse existirem em seu poder (artigo 211.º); no depoimento, a parte era perguntada pelo juiz e nenhumas perguntas lhe podia fazer a parte contrária (artigo 226.º); os peritos eram nomeados pelas partes (artigo 236.º); era o advogado da parte que tivesse oferecido a testemunha que a interrogava, podendo o advogado da parte contrária fazer-lhe as instâncias convenientes (artigos 211.º).

A intervenção dos advogados era considerada indispensável. E deles apenas se esperava que fossem defensores, activos e zelosos, dos interesses dos seus constituintes, nos termos por estes definidos, no confronto com o adversário, sem se deixarem diminuir com as regras estatuídas (artigo 98.º), tendo em vista coarctar as suas «*demasias*».

O juiz não podia condenar além ou em coisa diversa do que se pedisse (*ne eat judex extra petita*) —artigos 281.º e 1159.º § 2.º n.º 1— sendo

igualmente nula a sentença que deixasse de se pronunciar sobre algum ponto submetido à sua decisão (artigos 281.º e 1054.º, n.º 3).

Das decisões finais ou interlocutórias, que deviam ser sempre fundamentadas (artigo 96.º), recorria-se, por meio de embargos (artigos 989.º ss.), apelação (artigos 933.º ss.), agravo (artigos 1008.º ss.), revista (artigos 1148.º ss.) e cartas testemunháveis (artigos 1022.º ss.), subindo os agravos de petição, em regra, em separado, para não demorar o andamento do processo.

Compreende-se que um Estado reactivo, cuja função primordial era fornecer um foro neutro para a resolução das controvérsias, evitasse atribuir a um seu órgão responsabilidades, para além das burocráticas, no ritmo e impulso do processo; que este órgão —o juiz— se abstivesse de uma procura activa dos factos e se limitasse a fazer de árbitro na competição entre as partes, resolvendo os incidentes interlocutórios que surgissem entre elas, verificando a observância das regras fundamentais de conduta processual e proferindo a decisão final sobre o mérito da causa.

Na verdade, no Código de 1876, a actuação do juiz é predominantemente reflexa e não impulsiva. Faltam àquele magistrado quaisquer faculdades de direcção efectiva do procedimento, só em casos excepcionais se permitindo, v. g. em sede de incompetência em razão da matéria, de nulidades insupríveis, de arbitramento e de legitimidade das partes (artigos 3.º, § 2, 131.º, § único, 235.º, § 1, 281.º), que o julgador tome providências e resoluções oficiosas.

É certo que, ao proferir sentença, o juiz, que até esse momento se mantivera discretamente num segundo plano, presidindo a algumas audiências e intervindo na inquirição das testemunhas apenas quando se levantavam divergências ou conflitos entre os advogados, ganha saliência como centro de atenção. Não deixava, contudo, de ser um mero «servidor da lei», sem qualquer pretensão a fazer direito por sua conta e a ganhar um protagonismo ilegítimo.

José Alberto dos Reis interpretava e ensinava aos seus alunos com inteira correcção e clareza o papel reservado ao juiz pelo código liberal, apesar de tal não ser manifestamente do seu agrado: «a aplicação da lei não pode resultar da própria iniciativa do juiz na repressão dos factos perturbadores ou lesivos do direito. Se assim fosse, a justiça do julgamento

ficaria gravemente comprometida pelas impressões recebidas da preparação e promoção do litígio, e por outro lado ofender-se-ia a liberdade dos cidadãos, que são e devem ser os únicos árbitros dos seus próprios interesses e aos quais deve, por isso, conceder-se a faculdade de recorrer aos tribunais, de resolver o conflito por uma transacção ou por um julgamento arbitral, ou de deixar sem reparação o direito violado.

O juiz deve, pois, ser inerte; só deve intervir para a tutela do direito quando uma força estranha o impelir e o solicitar. Essa força é a *acção*. E visto que a actividade do juiz só pode legitimamente exercer-se no sentido de manter direitos ameaçados e reintegrar direitos violados, é claro que a força motriz do magistrado judicial, a acção, deriva naturalmente da necessidade que tem o titular de direitos de os defender contra as ameaças ou lesões exteriores»[14].

## 3. AS CRÍTICAS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1876

O Código de Processo Civil foi em geral bem recebido e reconhecido como um importante contributo para a boa administração da justiça. Mas apresentava imperfeições e defeitos, tendo sido desde o início objecto de críticas, de ordem técnica e ideológica.

Interessa aqui apenas o segundo tipo de críticas, designadamente os ataques que sobre o sistema de 1876 desferiu o «pontífice coimbrão» do processo civil. Com efeito, foi a ideologia subjacente a estas críticas que acabou por triunfar na configuração do modelo do moderno processo civil português.

José Alberto dos Reis irá atacar, em dois momentos distintos, o modelo liberal de oitocentos principalmente no que concerne à atitude passiva do juiz, à forma escrita do processo e à excessiva demora na decisão das causas. Vejamos melhor estas críticas e a evolução do pensamento do nosso processualista nestas matérias.

---

14 José Alberto dos Reis, *Processo Ordinário Civil e Comercial*, Vol. I, Coimbra, Imprensa Académica, 1907: 61.

No percurso intelectual de Alberto dos Reis podemos claramente distinguir dois períodos.

O primeiro período é o do convencimento de que o juiz deveria ser colocado numa posição que lhe permitisse ter a direcção real e efectiva do litígio.

Este verdadeiro combate pelo aumento dos poderes do juiz inicia-se de uma forma mais nítida com o livro *Processo Ordinário Civil e Comercial*, de 1907[15], e tem a expressão mais relevante no artigo doutrinal «Os poderes do juiz no julgamento da acção» publicado em 1914[16], republicado, sem qualquer alteração, em 1923[17].

A aludida convicção é consequência das ideias estatistas e anti-individualistas que este autor desde cedo perfilhou: «Instaurado (...) o pleito, não pode assinar-se aos órgãos judiciais um papel meramente passivo; isso implicaria a ideia de que o litígio é um negócio de exclusivo

---

15 Apesar da sua fecundidade —a sua bibliografia compreende cerca de 770 títulos— Alberto dos Reis redigiu uma única obra doutrinária de vulto sobre o processo declaratório. Essa obra é justamente o *Processo Ordinário*, com duas edições, uma de 1907 e a segunda de 1928. Parte desta última edição encontra-se traduzida em castelhano por Guillerme García Meynez com o título *Teoria de la accion*, Compañia general editora, México, 1944.

16 José Alberto dos Reis. «Os poderes do juiz no julgamento da acção», *Revista da Universidade de Coimbra* (1914): 399-410.

17 *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, VII (1921-1923): 65-79. «Os poderes do juiz no julgamento (e depois desenvolvimento) da acção» passaram, de resto, a integrar, desde 1918, o elenco de matérias sobre que incidiam os interrogatórios das provas para o grau de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, então sob a direcção precisamente de Alberto dos Reis, na cadeira de organização judiciária e de processo ordinário civil e comercial, enquanto «o procedimento oficioso do juiz no processo civil e comercial» constava do interrogatório das provas da cadeira de processos especiais civis e comerciais, *A Universidade de Coimbra no século XX*, Vol. I, op. cit.: 358, Vol. II, 1995: 43, 59, 76, 89, 105, 127 e 176. Alberto dos Reis exerceu as funções de director da Faculdade de Direito no triénio de Julho de 1916 a Julho de 1919 e de 1922 a 1928. A partir de 1939, os pontos de doutoramente na cadeira de processo civil deixaram de versar sobre os poderes do juiz, dando-se então preferência, entre outras matérias, ao dolo processual, *A Universidade de Coimbra...*, op. cit., Vol. II: 424.

interesse particular, quando é certo que o Estado tem no processo um interesse próprio, que absorve até o interesse dos litigantes - realização do direito objectivo. O Estado tem o dever de assegurar a efectividade da justiça: incumbe-lhe, pois, torná-la tão rápida e completa quanto possível e para isso precisa de intervir activamente, por intermédio dos seus órgãos, na instrução e na marcha do processo»[18].

Alberto dos Reis, ao defender, nas suas lições de 1907, um papel mais activo para o juiz na instrução, orientado no sentido de acelerar a marcha do processo, inspirava-se em Albert Tissier e, tal como este processualista francês, considerava o Código austríaco de Processo Civil de 1895 o diploma que melhor traduzia esta nova tendência[19].

Por esta altura, Alberto dos Reis não dedica qualquer atenção à oralidade, apesar da ZPO austríaca estar inspirada por este princípio fundamental.

Na verdade, ao abordar nas suas aulas a matéria sobre a discussão da causa, José Alberto dos Reis limita-se praticamente a dizer que a discussão oral tem sobre a escrita a vantagem da rapidez e brevidade, «mas também tem o inconveniente de não se prestar a um exame cuidadoso e demorado do processo»[20]. O que então sobretudo o preocupava era a realidade aplicativa do regime de inquirição de testemunhas, cujo interrogatório era, na esmagadora maioria das comarcas, feito pelos advogados e não, como ele propunha, pelo juiz, o que considerava ser «o grande mal do nosso sistema»[21].

Por sua vez, no artigo de 1914, o nosso processualista debruça-se sobre o conteúdo substancial ou funcional da sentença civil, ligando-a a outras duas noções substanciais, as de acção e de jurisdição, e examina «dentro de que limites se move ou deve mover, a actividade do magistrado no julgamento da acção ou emissão da sentença».

---

18 José Alberto dos Reis, *Processo Ordinário...*, op. cit.: 70.

19 Ibidem.

20 Coelho de Carvalho e Manuel de Barros, *Apontamentos sobre instrução do processo, discussão e julgamento, coligidos segundo as prelecções do Exmo. Sr. Dr. J. Alberto dos Reis ao curso de 1913-1914*, Livraria Neves-Editora, Coimbra, s.d.: 197.

21 Op. cit.: 171.

No desenvolvimento dogmático do tema Alberto dos Reis inspirou-se sobretudo na obra de três expoentes maiores da doutrina italiana do seu tempo -Lodovico Mortara, Guiseppe Chiovenda e Alfredo Rocco- num trabalho de abelha que recolheu e condensou o melhor suco que julgou encontrar em cada um deles. Ora, para ele, este melhor suco era o que sabia a Estado e a autoridade. Não admira, pois, que se tivesse afastado daquilo que no pensamento daqueles autores era reflexo de uma concepção liberal da jurisdição e do processo[22]. A economia deste texto não permite desenvolvimentos quanto a esta matéria. Limito-me a chamar a atenção para a parte mais propriamente ideológica do artigo, no essencial inspirada uma vez mais em Albert Tissier e ainda em Ugo Ferrone.

Alberto dos Reis já conhecia o artigo publicado em 1906, na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, por aquele professor da Faculdade de Direito da Universidade de Paris, considerado próximo da corrente de ideias do «socialismo jurídico»[23] e no qual, por ocasião do centenário do *Code de procédure civile*, dirigia severas críticas a esta obra, para ele «tão imperfeita, tão apressadamente elaborada, e que já estava bem velha ao nascer»[24], pugnando pelo cumprimento das promessas contidas na lei de 1790 de um processo «mais simples, mais expedito e menos caro». Agora tratava-se de retomar as ideias de Tissier e de reforçá-las com o apoio de um autor italiano, por pouca que fosse a sua fama.

Albert Tissier tece ao projecto de reforma de 1894, do Ministro Antonin Dubost, grandes elogios, sem deixar de apontar algumas outras reformas necessárias e urgentes. De entre estas, Tissier destaca a do papel conferido ao juiz no processo, não sendo este, de todo, na sua óptica, «coisa das partes, ao menos quando é levado perante os juizes»[25]. O autor insurge-se contra a concepção demasiado individualista subjacente ao processo civil francês e propõe, seguindo o exemplo da ZPO austríaca e os ensinamentos de Menger, a restrição dos «direitos exagerados» confe-

---

22 Luís Correia de Mendonça, *Direito Processual Civil...*, op. cit.: 113 ss.

23 Nicole et André-Jean Arnaud, «Le socialisme juridique à la «belle époque», *Quaderni Fiorentini*, 3-4, T 1, Giuffrè, Milano, 1975: 32

24 Albert Tissier, «Le centenaire du code de procédure et les projets de réforme», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906: 625.

25 Op. cit.: 651.

ridos às partes, atribuindo-se ao juiz uma maior autoridade e iniciativa na instrução e marcha do processo:«Não se pode seriamente sustentar que a função do juiz deva consistir em utilizar os únicos factos e as únicas provas que as partes lhe submetam. Não se pode obrigá-lo a decidir sobre relações fictícias, sobre factos incompletamente apresentados, talvez mesmo completamente desfigurados, sobre situações quiméricas. (...). As partes são livres de não submeter o seu litígio ao juiz; se elas o submetem, devem apresentá-lo tal como existe realmente; elas não dispõem dos factos e das provas. É pois preciso reconhecer (...) que, quer nos tribunais civis quer nas jurisdições administrativas, o juiz deve ter a direcção da instrução do processo»[26].

Ugo Ferrone, também influenciado pela orientação social da ciência jurídica europeia de final de oitocentos, sobretudo nos países germânicos, faz derivar daquela orientação a ampliação dos poderes do juiz na justiça civil —a qual, tendo a mesma origem da penal, deve sofrer igual evolução—, e preconiza um tipo de procedimento onde o juiz, chamado a intervir, com poderes de direcção, nas controvérsias entre privados — de quem se espera que colaborem no fim social do processo, ainda que contra os seus próprios interesses—, «representa a consciência social, que assim se valoriza e se afirma no processo civil em conformidade com o supremo interesse da sociedade, para quem a justiça foi instituída»[27].

Na linha destes autores, José Alberto dos Reis afirma: «Os Códigos, que como o nosso se moldaram ao *sistema francês* da *inércia* e *passividade* do juiz, só excepcionalmente permitem que o magistrado proceda oficiosamente na produção de provas.

Em princípio, o juiz assiste impassível à luta travada entre as partes e só conhece dos factos e provas que aos litigantes aprouver submeter à sua aprovação.

Mas este sistema vai perdendo terreno dia a dia, acossado pelo *sistema austro-germânico*, que investe o juiz duma larga iniciativa na instrução do processo e na produção das provas. Mal se compreende, na verdade, que

---

26 Op. cit.: 654.

27 Ugo Ferrone, *Il processo civile moderno*, Francesco Cavotta, 1912: *passim*, *maxime* 112, 160 e 175.

o juiz se veja forçado a decidir sobre relações fictícias, sobre factos incompletos ou desfigurados, sobre situações quiméricas. As partes têm a liberdade de deixar de submeter a controvérsia à apreciação do juiz; mas desde que a submetem, hão de apresentá-la tal como ela é, sob pena de o juiz poder oficiosamente completar e corrigir as suas deficiências, pois não pode reconhecer-se às partes o direito de disporem como cousa sua, dos factos e das provas.

Certo é, porém, que, enquanto o sistema legal não for modificado, os juizes têm de limitar-se a conhecer dos factos produzidos pelas partes, salvo os casos excepcionais em que lhes é dado actuar oficiosamente»[28].

Este tom resignado estava longe, como hoje sabemos, de corresponder a uma capitulação. Logo que houve condições para isso, o princípio de um juiz *forte*, *activo* e *informado*, representante do Estado, com amplos poderes de direcção formal e material, foi introduzido pela mão do nosso processualista, na disciplina do processo, a par da oralidade, não por acaso ausente das preocupações manifestadas pelo autor em 1914.

Só tardiamente, num segundo período de evolução do seu pensamento, José Alberto dos Reis reconhece as vantagens da oralidade. Suponho que a primeira vez em que aquele professor manifestou por escrito publicamente a sua adesão à oralidade foi num artigo de 1923, onde se lê: «A *oralidade* e a *concentração* são os traços característicos das reformas do processo, mais recentes e mais dignas de imitação.

*Oral* e *concentrado* é o processo austríaco, considerado o tipo mais perfeito de organização processual em ordem a assegurar a rapidez e a brevidade do julgamento das causas.

E a comissão italiana *«per il doppo guerra»* encarregada de remodelar o sistema de processo, tendo à frente o notável professor de processo civil na Universidade de Roma, Guiseppe Chiovenda, não hesitou em adoptar o modelo austríaco, consagrando largamente o princípio da *oralidade* e de *concentração»*[29].

---

[28] José Alberto dos Reis. «Os poderes do juiz...», op. cit.: 408.

[29] José Alberto dos Reis, «Reformas de Justiça», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 56.º ano (1923-1924): 81-82.

Pese embora este tributo prestado à oralidade e ao professor romano, Alberto dos Reis não pode ser considerado um chiovendiano.

José Alberto dos Reis, à semelhança de Klein, acreditava nos poderes do juiz e considerava como corolário a oralidade, ao contrário de Chiovenda que acreditava na oralidade e considerava um seu corolário o aumento dos poderes do juiz[30].

## 4. A «REVOLUÇÃO PROCESSUAL» DE 1926

Em 1923, a convite do Ministro da Justiça e professor de direito, Abranches Ferrão, José Alberto dos Reis elaborou um projecto de reforma do processo civil[31].

«Conta-se que, esse Ministro, ao ler o interessante trabalho, declarou, por ironia que, para se cumprir tal reforma, necessário se tornava que todos os juízes fossem como o de uma certa comarca vizinha de Lisboa - magistrado muito conhecido pela sua incompetência»[32].

Um outro Ministro da Justiça da I.ª República, Augusto Monteiro, voltou, dois anos depois, a pegar no projecto, mas, após diversas consultas «a pessoas conhecedoras do processo civil» acabou por pô-lo de parte[33].

Alguma coisa teria de mudar profundamente, na justiça ou na política, para que o referido projecto pudesse ir avante.

---

30 Apontando, nestes precisos termos, a diferença entre os pensamentos de Chiovenda e Klein, Franco Cipriani, *Batallas por la justicia civil*, Cultural Cuzco, Lima, 2003: 80, nota 107, e 167 ss.

31 Não está publicada e desconhece-se a versão original deste projecto, mas tanto quanto se pode deduzir da obra do autor, devia já inspirar-se nos princípios da oralidade e da actividade do juiz. Terá mesmo servido de inspiração às propostas de reforma apresentadas pelo referido ministro ao parlamento, mas que não tiveram seguimento, José Alberto dos Reis, «Reformas de justiça», op. cit.: 65-66 e 81-83.

32 José Gualberto de Sá Carneiro, «A reforma do processo civil», op. cit.: 49

33 Ibidem.

Ora, como não se conseguiu, em três anos, melhorar a competência dos juízes, houve que mudar o juízo sobre essa competência dos ministros[34]. Tal só foi possível com o pronunciamento militar de 28 de Maio de 1926 que abriu caminho à reforma processual de Setembro desse mesmo ano[35].

José Alberto dos Reis por várias vezes sublinhou o enorme significado da reforma de 26 para o desenvolvimento do processo civil português, descrevendo-a como «o passo mais ousado, a iniciativa mais corajosa, o impulso mais desembaraçado, no sentido da remodelação do processo civil que tinha sido organizado pelo Código de 1876. Não foi uma modificação *episódica*, um simples retoque de *superfície*, um arranjo de mera forma (...); foi uma reforma *profunda*, porque desceu até às *raízes* e à *essência* do sistema legal e procurou renovar o *espírito* das instituições processuais. Uma reforma de estrutura»[36].

Tão profunda essa reforma aos seus olhos aparecia, que José Alberto dos Reis não hesitou em considerá-la «uma autêntica revolução». Para ele, o verdadeiro ataque às velhas ideias e aos velhos quadros foi feito em 1926, não em 1939, com o novo Código[37].

Lê-se no Relatório do Decreto n.º 12.353 que a reforma se inspirou nos modernos princípios da *oralidade*, *concentração* e *actividade jurisdicional*

---

34 Uma das primeiras medidas tomadas pela ditadura em matéria de justiça foi, é verdade, a exigência de concurso para o provimento nos lugares de juízes de direito. No entanto, esta medida acompanhou e não precedeu a reforma de processo, só podendo mostrar resultados muito para além da entrada em vigor da nova lei de processo.

35 Sobre as linhas gerais desta reforma, José Alberto dos Reis, «La riforma del processo civile portoghese», *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1930, I: 158-165.

36 José Alberto dos Reis, «O novo Código de processo civil», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 72.º ano (1939-1940): 161. Em 1951, voltou a referir-se ao decreto n.º 12.353 «como tendo estabelecido em Portugal as bases para a reforma do processo civil. Reforma em profundidade e não reforma de superfície», «A função do Supremo Tribunal de Justiça segundo o Código de processo civil português», *Studi in onore di Enrico Redenti*, Vol 1, Giuffrè, Milano, 1951: 387.

37 José Alberto dos Reis, «O novo Código de processo civil português», Conferência lida na Faculdade de Direito de Santiago de Compostela, no dia 26 de Abril de 1944, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (Suplemento VI), Coimbra, 1945: 340.

e convoca-se a autoridade de Chiovenda. Todavia, o que verdadeiramente revolucionou o nosso sistema processual não foi a oralidade nem a concentração, só muito timidamente consagradas no diploma, mas sim o «*princípio da actividade permanente e intensiva do juiz*»[38].

É consabido que, para o processualista de Roma, o processo oral se decompunha nos seguintes princípios: predomínio da palavra falada como meio de expressão, atenuado pelo uso de escritos de preparação e documentação da causa; imediação da relação entre o julgador e as pessoas cujas declarações aquele tem que valorar; identidade das pessoas físicas que constituem o tribunal durante a pendência da causa; concentração do processo numa só audiência ou em poucas audiências próximas umas das outras; irrecorribilidade das interlocutórias[39].

O traço característico da oralidade residia, para este autor, na existência de uma audiência de instrução, onde se produzem perante o julgador as provas mais importantes, seguida imediatamente da discussão e do julgamento da causa[40].

Chiovenda refere que «o princípio da imediação não só está estreitamente ligado à oralidade, porquanto só no processo oral pode ser plena e eficazmente aplicado, mas constitui verdadeiramente a essência do processo oral»[41]. «O valor da oralidade consiste essencialmente naquele dos seus múltiplos aspectos a que chamamos imediação, isto é, naquele princípio que permite utilizar na valoração das provas a *observação directa*»[42]. Por outro lado, o princípio da concentração constitui para ele «a principal característica exterior do processo oral e é a que maior influência tem na brevidade dos pleitos. Dizer *oralidade* é como dizer *concentração*»[43].

---

38 José Tavares, «A reforma do processo civil e comercial», *O Direito*, 58 (1926): 259.

39 Guiseppe Chiovenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940: 159 ss.

40 Guiseppe Chiovenda, «Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova (L'oralità e la prova)», *Saggi di Diritto Processuale Civile* (1894-1937), Vol. 2.º, Giuffrè, Milano, 1993: 201.

41 Guiseppe Chiovenda, *Instituciones...*, op. cit.: 163.

42 Op. cit.: 170.

43 Op. cit.: 164. Cipriani refere, a propósito das ideias de Chiovenda sobre a oralidade, que este, «ao reconhecer a importância da audiência e ao sublinhar a vantagem da

Ora, a reforma de 1926, «para não romper bruscamente com tradições e hábitos inveterados», ficou muito longe de satisfazer estes requisitos, não se podendo dizer por isso que tenha consagrado a oralidade. O processo continuou a não ser concentrado e, no que concerne à discussão, conclui-se, da leitura dos artigos 37.º e 61.º do Decreto, que o debate oral em apelação foi diminuído e que na primeira instância é que foi aumentada *levemente* a oralidade. «Dizemos *levemente*, porque com efeito o artigo 37.º dispõe que a discussão escrita será substituída pela discussão oral se as partes estiverem de acordo ou o juiz o julgar conveniente em atenção à simplicidade do pleito»[44]. Compreende-se que, relegado para o mundo dos sonhos o acordo das partes quanto à discussão oral e atenta a aversão da magistratura por esta forma de debate, tenha ficado vedada na prática, em larga medida, a actuação da discussão oral.

José Alberto dos Reis, o qual enquanto exerceu a advocacia em tribunais de primeira instância, nunca foi para uma inquirição de testemunhas «com o espírito desanuviado e sereno»[45] —«cada dia de inquirição era para mim uma tortura e um pesadelo horrível»[46]— considerava que, mesmo assim, mantendo-se o sistema do processo escrito, era útil que fosse o juiz a inquirir as testemunhas e a redigir os respectivos depoimentos. Escrito pelo seu punho, lê-se no Relatório: «os advogados têm a tendência *irresistível* para se alongarem em minúcias, detalhes e pormenores que são completamente inúteis para a decisão da causa. É o que poderemos chamar uma *deformidade profissional*». E a instância da parte contrária exercia, quanto a ele, uma função mais

---

«imediação, prescinde da publicidade, eleva a oralidade a sistema para acelerar o processo e assinala as vantagens da palavra, que ele considera um instrumento que, na medida em que transmite o pensamento muito mais rapida e fielmente do que a escrita, permite que o processo seja breve e que o juiz compreenda tudo e julgue depressa e bem» e põe em evidência que «a ideia de apostar no juiz que toma apontamentos e na rapidez da palavra e da audição para acelerar o processo, não tinha precedentes», *Storie di processualisti e di oligarchi, La procedura civile nel regno d'Italia (1866-1936)*, Giuffrè, Milano, 1991: 146 e 147.

44 José Alberto dos Reis, *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*, Coimbra Editora, Coimbra, 1927, prefácio XVI.

45 Op. cit.: XXXI.

46 Ibidem.

prejudicial. Assim se justificava o novo regime de as testemunhas serem inquiridas sempre pelo juiz, cabendo aos advogados o mero papel de fiscais da inquirição (artigo 36.º). De entre todas as alterações introduzidas pela reforma, foi esta a que mais concitou as críticas dos advogados, tendo sido inclusive objecto de um protesto da Associação dos Advogados de Lisboa. E isto, apesar de Alberto dos Reis ter ensinado durante vinte anos a sucessivas gerações de juristas as vantagens daquele regime, o qual, diga-se de passagem, nada acrescenta à caracterização do processo como oral ou escrito.

Chiovenda ligava a oralidade e a concentração a «um outro «grave problema» —o relativo aos poderes do juiz[47]— e considerava ainda «condição indispensável quer para o correcto andamento do processo oral, quer para o exercício consciencioso dos poderes do juiz» que este fosse investido na causa «durante *toda* a causa e não só no momento da decisão»[48].

Todavia, nem a resolução daquele problema a favor do aumento dos poderes do juiz nem o preenchimento daquela condição devem ser considerados essenciais num processo oral. Um processo pode bem ser oral sem ser inquisitório, porque o aumento dos poderes do juiz nada tem que ver com a oralidade[49]. Isto mesmo é reconhecido por Chiovenda quando afirma que «a oralidade *em si mesma* não requer um considerável aumento na ingerência directiva do magistrado e não se identifica com esta»[50].

Ora, o legislador processual português, do qual não se pode dizer que desconhecia a obra do mestre italiano, de cuja autoridade se serve, aliás, reiteradamente para tentar persuadir a comunidade jurídica da bondade da «sua reforma», acabou por ficar bem longe da doutrina daquele a quem Alberto dos Reis chamou «o mais denodado campeão da *oralidade*»[51] e concentrar a parte dispositiva do diploma no princípio da *actividade* jurisdicional.

---

47 Guiseppe Chiovenda, *Instituciones...*, op. cit.: 171 ss.

48 Guiseppe Chiovenda, *Principii di Diritto Processuale Civile*, Jovene, Napoli, 1965: 687.

49 Franco Cipriani, *Storie di processualisti...*, op. cit.:140.

50 Guiseppe Chiovenda, «Sul rapporto...», op. cit.: 203.

O juiz imparcial que julgava serenamente a causa a final, no termo de um processo em que supostamente não deveria deixar sinal da sua intervenção pessoal ou iniciativa por as suas funções serem as de um terceiro judicante equidistante das partes —figurino adoptado pelo Código de 1876— era agora apelidado «*juiz manequim*» ou «*juiz fantoche*»[52] —como se os fantoches ou os manequins tivessem consciência e vontade, como se proferir sentenças não implicasse esforço e energia moral. Era este mesmo juiz, de quem se dizia que «*julgava mal* e *julgava com atraso*»[53], que se pretendia que se metamorfoseasse, não se sabe à força de que poção ou engenho, num magistrado poderoso e super-activo ao ponto de poder «cortar toda a *chicana*», ocupar no processo uma posição tal que lhe permita tomar conhecimento, desde o início, da questão que se controverte, dirigir a instrução, intervir eficazmente na preparação da causa e acompanhá–la com atenção e rapidez até ao julgamento. Tudo isto, bem entendido, à custa da liberdade das partes na conduta da lide judiciária e para fazer triunfar o direito objectivo.

O ponto culminante da reforma é a formulação normativa constante do artigo 27.º que ainda hoje pesa sobre nós: «A instrução do processo pertence às partes, mas sob a direcção e fiscalização do juiz, o qual pode e deve tomar todas as providências necessárias para assegurar a maior rapidez, simplicidade e economia na preparação, discussão e julgamento da causa e para conseguir que a decisão corresponda à verdade e à justiça».

Como refere Alberto dos Reis «esta disposição revolucionou profundamente o nosso sistema processual; exprimiu a reforma mais audaciosa operada em 1926 no campo do processo civil; consagrou a homenagem mais ousada e franca ao princípio da autoridade do magistrado judicial»[54].

---

51 José Alberto dos Reis, *Breve estudo...*, op. cit.: XI.

52 Op. cit.: 105.

53 José Alberto dos Reis, «La riforma...», op. cit.: 160.

54 José Alberto dos Reis, *Comentário ao Código de Processo Civil*, Vol. 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1946: 8.

Dum regime processual impregnado de ideias liberais e garantistas passou-se bruscamente para um regime dominado pela mesma concepção publicística e autoritária que modelou a ZPO austríaca: partes privadas do direito de dispor do ritmo do processo e sujeitas à rígida disciplina que, no interesse superior da justiça e da verdade, o Estado entendeu dever estabelecer para a marcha do processo; amplos poderes discricionários conferidos ao juiz para dirigir, desde o princípio, a causa e conduzi-la, em marcha forçada se necessário, até à extinção; assunção de que a eficiência só se poderá alcançar com a neutralização dos advogados, considerados a causa principal de todos os males do sistema, e a diminuição das garantias, etc[55].

Depois de definir a posição central do juiz no processo, como órgão coordenador de toda a actividade processual, o artigo 28.º do decreto menciona alguns poderes especiais do magistrado. Esses poderes são susceptíveis de uma classificação em quatro grupos: *poderes de inspecção* (poder de chamar a atenção das partes para quaisquer deficiências, irregularidades ou vícios que possam ser corrigidos —artigo 28.º, n.º 1; poder de convidar as partes a esclarecer e completar as suas alegações —artigo 28.º, n.º 2); *poderes de instrução* (poder de convidar as partes a completar os seus meios de prova —artigo 28.º, n.º 2, *in fine*; poder de ordenar exames, vistorias e avaliações —artigo 28.º, n.º 3; poder de ordenar a comparência pessoal das partes para as ouvir sobre os factos essenciais da causa —artigo 28.º, n.º 4; poder de requisitar a apresentação de documentos, plantas, desenhos ou objectos indispensáveis ao esclarecimento da verdade— artigo 28.º, n.º 5; poder de significar às partes a conveniência de virem depor a tribunal testemunhas residentes fora da circunscrição judicial —artigo 28.º, n.º 8); *poderes de disciplina* (poder de indeferir a junção ao processo de tudo o que for impertinente e desnecessário — artigo 28.º, n.º 5, 2.ª parte; poder de chamar à ordem os advogados e de retirar-lhes a palavra no caso de extravasarem nas suas alegações, de forma grave e reiterada, do objecto da causa— artigo 28.º, n.º 6, 2.ª parte; poder de recusar a expedição de cartas rogatórias e de cartas

[55] Críticas semelhantes são dirigidas por Franco Cipriani ao Código de processo italiano de 1940.

precatórias e de indeferir o pedido de quaisquer diligências, quando entenda que se tem apenas em vista protelar o andamento da causa — artigo 28.º, n.º 7); *poderes de impulsão* (poder de ordenar preparos e remover todos os obstáculos ao seguimento do processo —artigo 28.º, n.º 9; poder de ordenar a junção de causas entre si conexas e a suspensão de uma causa enquanto não for decidida outra de que está dependente — artigo 28.º, n.º 10)[56].

Dizer que tais inovações constituem «transformações aberrantes da passividade dos juízes em iniciativas e arbítrios»[57], que, «desnaturando a índole do magistrado, parecerão às vezes visar ou favorecer uma das partes ou prejudicar a outra para o resultado final, que a cada uma [o juiz] tenha reconhecido no processo»[58], que, ao impor-se ao magistrado que guie e aconselhe as partes na instrução do processo está-se a ir demasiado longe e a postergar a missão do advogado[59], é apenas recordar algumas das reacções, mesmo assim moderadas, que a nova reforma provocou.

Para além destes amplos poderes, o Decreto n.º 12.353 consignou, no artigo 2.º, o princípio do indeferimento liminar da petição inicial para os casos de ineptidão, incompetência em razão da matéria, impropriedade do meio empregado e inviabilidade evidente da acção.

Trata-se de uma disposição inovadora que impõe «ao juiz o *dever de jugular a acção à nascença*»[60]. Alberto dos Reis via nesta medida uma concretização do princípio da economia processual:«O indeferimento liminar pressupõe que ou por motivos de *forma* ou por motivos de *fundo*,

---

56 José Alberto dos Reis, *Breve estudo*..., op. cit.: 107 ss. e *Comentário*..., Vol. 3.º, op. cit.: 9 ss. As fontes directas dos artigos 27.º e 28.º do decreto foram os artigos 29.º e 30.º do projecto Chiovenda de 1920, que, no entanto, era muito mais moderado na atribuição de poderes ao juiz, Guiseppe Chiovenda, «Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Comissione per il dopo guerra», *Saggi*..., Vol. 2, op. cit.: 124-125.

57 Visconde de Carnaxide, «Balanço jurídico do ano de 1926», *O Direito*, 59 (1927): 2

58 Op. cit.: 10.

59 José Tavares, «A reforma ...», op. cit.: 259.

60 José Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil, anotado*, Vol. II, Coimbra ed., Coimbra, 1948: 373.

a pretensão do autor está irremediavelmente comprometida, está votada ao insucesso certo. Em tais circunstâncias não faz sentido que a petição tenha seguimento; deixá-la avançar é desperdício manifesto, é praticar actos judiciais em pura perda»[61].

Para o nosso autor, este dever conferido ao juiz de logo de começo, *inaudita altera parte*, deitar abaixo a acção era uma providência de protecção e benefício do autor e que não brigava com o princípio da integral tutela jurisdicional de todas as situações jurídicas subjectivas. Os advogados, porém, dispensavam este paternalismo e logo alertaram que o indeferimento liminar era perigoso e que podia causar ao autor prejuízos irreparáveis, podia fazer-lhe perder o próprio direito ou as garantias que tivesse. Mais uma vez perderam os advogados e o indeferimento liminar manteve-se firme até hoje, pese embora o princípio constitucional da tutela jurisdicional efectiva (artigo 20.º, n. 1 CRP)[62].

Não podendo ser minucioso na análise da reforma, recordarei ainda mais quatro pontos culminantes:

---

61 *Ibidem*.

62 O indeferimento liminar manteve-se no Código de 39 (artigo 491.º), na reforma de 61 (artigo 474.º) e está previsto no actual artigo 234.º-A, embora num contexto em que a intervenção liminar do juiz queda atenuada. Eugenia Ariano Deho critica vigorosamente este poder do juiz, também previsto no Código de Processo Civil peruano de 1993, por si considerado em antinomia com o direito de acção e ao processo. «A petição judicial, se efectivamente é a acção concretizada, não deveria ser admitida ou deixar de o ser pelo juiz. A petição judicial deveria somente «comunicar-se», «notificar-se», ou utilizando a espanholíssima expressão «*trasladarse*» ao demandado. Que isso se faça por intermédio do juiz (...), por intermédio de «auxiliar jurisdicional» (...) ou por obra do próprio autor é uma questão a decidir. Todavia, o certo é que não deveria haver filtros para alguém poder levar outra pessoa a juízo», «Sobre el poder del juez de «sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso», *Problemas Del Processo Civil*, Jurista editores, Lima, 2003: 80. Permita-se-me acrescentar que me parece preferível um sistema em que a citação se faça pelo próprio autor, porquanto a citação ordenada pelo juiz ou feita oficiosamente pela secretaria adapta-se melhor à ideia que, uma vez iniciado o processo, é o juiz o *dominus* a quem pertence a cadência e o ritmo do desenvolvimento da causa. Neste sentido, Giovanni Verde, *Profili del Processo Civile*, 2, Jovene, Napoli, 2000: 3-4.

1) O decreto ampliou o alcance do *despacho regulador do processo*, criado pelo Decreto n.º 3, de 29 de Maio de 1907[63], para conhecimento das nulidades, passando a ter por finalidade, para além da referida, apreciar se as partes tinham legitimidade para a causa e se estavam devidamente representadas em juízo e resolver quaisquer questões que pudessem obstar à apreciação do mérito da causa (artigo 24.º);

2) Estabeleceu, como regra, para os agravos das decisões interlocutórias, a subida não imediata, deles só conhecendo o tribunal superior quando o processo subisse, depois da sentença final, em recurso de apelação (artigo 55.º);

3) Substituiu, quanto aos recursos para o Supremo Tribunal de Justiça, o sistema de cassação de modelo francês pelo sistema de revista (ou de *Revision*) de tipo germânico (artigo 65.º);

4) Criou o instituto dos assentos, para uniformização da jurisprudência, permitindo ao Supremo Tribunal fixar doutrina com força obrigatória para os tribunais inferiores e para o próprio Supremo (artigo 66.º).

---

[63] O Decreto de 16 de Maio de 1832 tinha previsto para as pequenas causas um processo abreviado e barato. Esta ideia foi retomada por Alexandre de Seabra, o qual, no seu projecto, previa um processo sumário ou verbal. Esta proposta não passou na Câmara dos Deputados. Quanto à forma, o Código consagrou a divisão do processo, civil ou comercial, em ordinário e especial (artigo 4.º). Prevaleceu o princípio doutrinário segundo o qual o valor da causa não deve determinar a forma do processo, o que derivava da convicção de que uma regulamentação minuciosa dos trâmites de qualquer processo tem por fim garantir os direitos das partes e evitar o arbítrio do julgador.

Aconteceu, porém, um facto não previsto pelo legislador. O movimento judiciário diminuiu gradualmente em todas as comarcas do país, durante os primeiros trinta anos de aplicação do Código de Processo, e só em raros casos foram instauradas acções para cobrança de pequenas dívidas.

A necessidade de organizar um processo rápido e económico para a exigência de créditos de diminuta importância foi-se tornando cada vez mais premente. Após várias iniciativas falhadas, foi, por fim, aprovado o Decreto n.º 3, de 29 de Maio de 1907, vulgarmente designado *decreto para cobrança de pequenas dívidas*, apesar de aplicável a todas as acções civis ou comerciais de pequeno valor, a que não coubesse processo especial. Sobre este decreto José Soares Nobre, *O novo processo nas causas cíveis e comerciais de menor valor*, Lisboa, 1907.

## 5. A CONSAGRAÇÃO DA ORALIDADE (1932)

Foi o Decreto n.º 21.694, de 29 de Setembro de 1932, que instituiu a oralidade no moderno processo civil português. Duas outras importantes medidas —a extinção da jurisdição comercial[64] e a criação do tribunal colectivo— foram também adoptadas pelo diploma. O preâmbulo do decreto está dividido em duas partes. A primeira justifica longamente a supressão da jurisdição mercantil; a segunda enaltece as virtudes da concentração e fundamenta a criação do tribunal colectivo. Estas três medidas articulam-se entre si num todo coerente e não incindível, impregnado, todavia, de uma concepção de processo contraliberal e contragarantística.

O Decreto n.º 12.353 desferira já um fundo golpe na jurisdição comercial[65]. Com a extinção desta jurisdição poderia pensar-se que as

---

64 Foi o Código Comercial de Ferreira Borges, publicado em 1833, que introduziu em Portugal a jurisdição mercantil com carácter geral. Desde cedo se detectaram defeitos na parte adjectiva do Código e foram feitas várias tentativas para reformar o processo comercial. A reforma da legislação processual mercantil, considerada ainda mais necessária depois da entrada em vigor do Código de Processo Civil, tornou-se inadiável com a publicação, em 1888, de novo Código Comercial. Em 24 de Janeiro de 1895, por decreto ditatorial, foi aprovado o Código de Processo Comercial. Este Código teve três edições: a primeira, em 1895, e duas outras, em 1896 e 1905. Sobre este código, Adelino Palma Carlos, *Linhas gerais do processo civil português*, Cosmos, Lisboa, 1991: 27 ss.

65 Antes da entrada em vigor desse diploma, eram julgadas com intervenção do júri todas as causas comerciais, sempre que as partes não concordassem em desistir da sua intervenção (artigo 55.º c. p. com.). Como na prática nunca se alcançava este acordo, todos os litígios comerciais eram submetidos à apreciação do júri. Com o novo decreto, nas causas entre comerciantes matriculados, bastava que uma das partes renunciasse à intervenção do júri, para que este ficasse posto de lado; nas causas em que uma das partes não fosse comerciante matriculado, o júri só se pronunciava quando ambos os litigantes o requeressem (artigos 44.º e 45.º). Estas medidas equivaleram, na experiência de aplicação prática do diploma, à supressão do júri na jurisdição comercial, seguindo o exemplo do que já há décadas acontecia quanto à intervenção dos jurados nas causas cíveis.

Os depoimentos perante o júri não eram escritos, nem de teor nem por extracto (artigo 32.º c.p. com.), porquanto a decisão dele sobre a matéria de facto não admitia recurso (artigo 17.º, § único c.p.com.). Por sua vez, as discussões, intervindo o júri, eram sempre orais (artigo 54.º c.p.com.); terminados os debates, o juiz

regras procedimentais da intervenção dos jurados em processo comercial tinham de vez passado à história. Tal, porém, não veio a acontecer.

A reforma de 1926 deu, como vimos, os primeiros passos, tímidos e receosos, em direcção à oralidade. Agora, em 1932, ao cabo de 6 anos de experiência, era já possível completar o sistema e instituir a concentração, «o menos impugnável dos princípios indiscutíveis do processo».

«Com efeito, lê-se no preâmbulo do decreto, só havendo concentração processual é possível observar os princípios da imutabilidade do juiz, isto é, a identidade da pessoa física do juiz através do desenvolvimento da causa e do contacto imediato do juiz com as partes, testemunhas, peritos, com todas aquelas enfim que podem esclarecer a verdade; e finalmente só com a concentração é possível obter a celeridade na resolução dos litígios».

A discussão, em 1.ª instância, das causas cíveis ou comerciais, independentemente da sua natureza e da forma de processo aplicável, passou, consequentemente, a ser sempre oral (artigo 11.º); o julgamento da matéria de facto, acerca da qual não houvesse confissão ou acordo das partes, ou que não estivesse já provada por documentos autênticos ou autenticados, nas acções de valor superior à alçada da Relação e nas relativas ao estado das pessoas, independentemente do valor, foram entregues à competência do tribunal colectivo, reservando-se para o juiz singular o julgamento do facto e do direito nas causas de valor compreendido naquela alçada, o julgamento, restrito à matéria de direito, nas causas que ultrapassassem essa alçada e, ainda, o julgamento das questões de facto subtraído à livre apreciação do tribunal (artigo 12.º); o tribunal colectivo, constituído pelo juiz do processo e mais dois magistrados adjuntos, apreciava livremente as provas, não exceptuadas por lei, «de modo a chegar à decisão que lhe parecer justa» (artigos 12.º, § 4.º e 13.º), respondendo a um questionário organizado pelo juiz da causa

formulava os quesitos ao júri sobre os factos articulados, sujeitos a reclamação dos advogados (artigo 55.º, §§ 5.º e 6.º c.p.com.). Não era este o sistema do Código de Processo Civil. Neste Código a iniciativa na formulação dos quesitos pertencia aos advogados, sendo na base das propostas por estes apresentadas que o juiz elaborava a peça a submeter à apreciação dos jurados (artigo 401.º, § 11.º).

depois do saneamento do processo, findos os articulados, e depois de intimadas as partes para oferecerem documentos e organizarem definitivamente o rol das testemunhas (artigo 15.º, proémio); nesse questionário o juiz fixava os pontos de facto que interessavam à solução do pleito, seleccionando apenas, de entre os factos articulados e pertinentes à causa, os que fossem indispensáveis para a resolver (artigo 15.º proémio); organizado o questionário e decididas eventuais reclamações, nas causas da competência do colectivo o processo ía com vista aos juizes adjuntos para exame, sendo depois designado dia para a discussão e julgamento (artigo 16.º) ao qual presidia o princípio da plenitude da assistência dos juízes (artigo 17.º); os depoimentos nunca eram escritos e a discussão era sempre oral (artigos 16.º da reforma e 32.º e 54.º c.p.com.); nas causas em que não interviesse o colectivo a audiência final realizava-se de acordo com a oralidade prevista para os julgamentos em processo sumário (artigo 16.º); em todos os processos com intervenção do colectivo, a Relação julgava de direito e podia apreciar a matéria de facto resolvida por aquele e alterar a decisão de 1.ª instância, sempre que os autos fornecessem para isso os necessários elementos (artigo 18.º).

Podemos agora compreender a afirmação inicial de a reforma de 1932, concorde-se ou não com as opções do legislador, constituir um todo articulado e coerente.

Tendo suprimido a jurisdição comercial e com ela o regime do júri, querendo instituir com plenitude a oralidade, o legislador processual viu-se confrontado com o obstáculo irremovível, de ordem prática e financeira, que consistiria em mobilizar em permanência três juízes para acompanharem, do princípio ao fim, o desenvolvimento da causa, e em ocupar esses magistrados em extenuantes audiências com depoimentos escritos.

A solução então encontrada consistiu em pôr o tribunal colectivo no lugar do júri comercial, cujas funções absorveu.

O nosso tribunal colectivo descende, pois, em linha recta, do júri mercantil. O Decreto n.º 21.694 aboliu a jurisdição comercial e em simultâneo estabeleceu nova forma de julgamento das causas cíveis, confiando a órgãos diferentes, ainda que ambos profissionais, o julgamento de facto e o julgamento de direito, a apreciação das provas livres e a apreciação das provas legais.

«Dominados pela nossa velhíssima tradição da singularidade dos tribunais de primeira instância, não fomos para a colegialização total estabelecida em outros países; fomos para uma solução mista: ao juiz singular deixou-se o julgamento de direito, incluída a valoração das provas legais, que julgamento de direito é; o colégio foi instituído apenas para determinar o valor das provas livres, para o julgamento de mera convicção»[66].

O tribunal colectivo português, o qual desde o Dec.-Lei n.º 183/2000, só intervém «se ambas as partes assim o tiverem requerido» (artigo 646.º, n.º 1 c.p.c.), não é um verdadeiro tribunal, com plenitude de jurisdição, não é um juiz delegado ou comissário com a função de recolher as provas e muito menos um juiz instrutor de figurino italiano, mas sim «um instrumento destinado a apurar factos que um único juiz tem de valorar»[67].

Um autor português —Alexandre Mário Pessoa Vaz— dedicou quase toda a sua carreira académica e produção teórica[68] a analisar e combater o sistema a que chamou de «*oralidade pura* e *colegialidade generalizada*»[69] introduzido em 1932 e mantido quase inalterado no Código de Processo Civil de 1939 e nas sucessivas reformas, até à de 1995/1996. Este sistema conduziu a que Portugal, durante mais de 60 anos, tivesse um sistema processual que não assegurava garantias judiciárias fundamentais, a saber: documentação da prova, motivação das decisões em matéria de facto e efectivo segundo grau de jurisdição quanto às questões de facto.

Para aquele processualista, esta situação aberrante e única teve a sua origem no «duplo erro de 1932», erro de carácter doutrinal e de direito

---

66 Eurico Lopes Cardoso, «O tribunal colectivo na revisão do código de processo civil», *Boletim do Ministério da Justiça*, 106: 28.

67 Op. cit.: 20.

68 Alexandre Mário Pessoa Vaz, «O tríplice ideal de justiça celere, económica e segura ao alcance do legislador processual moderno», *Revista da Ordem dos Advogados*, 33 (1973): 167 ss.; *Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial*, Coimbra, 1977; «Da crise da justiça em Portugal. Os grandes paradoxos da política judiciária nos últimos cinquenta anos», *Revista da Ordem dos Advogados*, 46 (1986): 625 ss. *Direito Processual Civil. Do antigo ao novo código*, Almedina, Coimbra, 1998.

69 Pessoa Vaz, *Direito Processual Civil...*, op. cit.: 172.

comparado, posto que o legislador português se baseou no pretenso testemunho de vários autores estrangeiros de nomeada (Klein, Chiovenda, Carnelutti, Mortara e Ramanones) e na pretensa experiência processual de um número significativo de países estrangeiros (Inglaterra, França, maior parte dos cantões da Suiça, Alemanha, Áustria e Hungria) para justificar a consagração da «oralidade pura» quando, na verdade, tais autores e legislações engrossavam o movimento a favor da «oralidade mitigada». No fundo, para Pessoa Vaz, foi a falta de preparação técnica de Manuel Rodrigues Júnior como processualista que o levou a não se aperceber desse erro e a deturpar o pensamento de todos os autores e a orientação de todas as legislações por ele citados[70].

O importante acerca desta tese não é recordar que talvez não seja adequado falar-se em «oralidade pura» (*reine Mündlichkeit*) a propósito do sistema de 1932, certo sendo que, como advertia Chiovenda, qualquer processo moderno é misto. «Exclusivamente oral só pode ser um processo primitivo: quando são simples as lides e os meios de prova, excluídos os recursos, difíceis os meios de reprodução da palavra»[71]. E, na verdade, foram vários os elementos escritos mantidos no processo declaratório, após a reorganização operada pelo Decreto n.º 21.694 (articulados, prova documental, auto com resposta dos peritos, acta da audiência com eventuais confissões feitas em depoimento de parte, especificação e questionário, etc).

Importa sim compreender as razões políticas e ideológicas que estão na base da opção legislativa, que não deve ser reduzida a um grave erro de técnica processual.

Manuel Rodrigues não tinha, é verdade, quando pela primeira vez chegou ao governo, em 1926, qualquer competência específica na área do direito processual e não se preparou seguramente para ser ministro da justiça. Doutorado em 1921, em Ciências Económico-Políticas, com uma tese intitulada *Indústria Mineira em Portugal, Estudo Económico-Jurídico*,

---

70 Pessoa Vaz, «Da crise da justiça em Portugal...», op. cit.: 640.

71 Guiseppe Chiovenda, *Principii...*, op. cit.: 679. Considerando também desadequada esta denominação, Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985: 630, nota 1.

trocou rapidamente esta vocação económica pela ciência jurídica, tendo apresentado, em 1923, como dissertação de concurso para assistente, um estudo de direito civil —*A posse*— ramo em que se destacou. É por isso natural que tenha confiado ao seu mestre a elaboração da primeira reforma de processo que empreendeu como Ministro e na qual teve uma intervenção técnica muito reduzida. No entanto, em 1932, quando voltou ao governo —donde saíra contrariado em 1928, nunca escondendo a partir de então o gosto de a ele voltar e continuando a acompanhar com «críticas apaixonadas» as leis e decisões que iam saindo[72]— podendo contar com a anterior experiência de dois anos de intensa actividade legislativa, não se podia por certo afirmar que este jurista de «excepcional envergadura»[73] não estava ainda preparado e não era capaz de impor as suas próprias ideias no domínio do processo. Por essa altura, era-lhe já possível definir e executar, por si mesmo, a orientação da reforma da legislação processual e contrariar, se necessário, o parecer do seu mestre. E aí está o Decreto n.º 21.694, da sua inteira responsabilidade, a demonstrá-lo.

E esse decreto, tal, como aliás, o Código de 1939, considerando os valores autoritários e contragarantísticos de que está impregnado, é bem o espelho da visão do mundo e da ideologia do seu autor.

As ideias políticas de Manuel Rodrigues sobre a essência do Estado e a extensão das suas funções captam-se na leitura das suas obras *Política, Direito e Justiça*[74] e *Problemas Sociais (Questões Políticas)*[75]. Não podendo aqui desenvolver este ponto direi apenas que para ele o homem só vale porque é um valor social —o indivíduo, na sua concepção, «é um instrumento social»[76], o indivíduo isolado um ser sem realidade e sem verdade[77]—, sendo o Estado —a Nação organizada—, com os seus três elementos «irredutíveis» —a Família, a unidade local, e a Corporação—

---

72 Marcello Caetano, *As minhas memórias...*, op. cit.: 107.

73 Pessoa Vaz, «Da crise da Justiça...», op. cit.: 640.

74 Empresa Jurídica Editora, Lisboa, 1934.

75 Ática, Lisboa, 1943. Nesta obra merecem destaque três artigos: «O Destino do Estado», «O Estado Totalitário» e «Regimes Autoritários e regimes de Liberdade».

76 Manuel Rodrigues, *Política...*, op. cit.: 56.

77 Op. cit.: 87.

o que dá valor ao homem[78]; que a partir da ideia de ampliação absorvente e orgânica da esfera estadual e do holismo subjacente ao lema —«tudo pela Nação, nada contra a Nação»— dá preferência a um modelo de *Estado com uma concepção totalitária da vida*, modelo que considera ser o modelo do Estado Português.

Destas ideias-chave sobre como se deve organizar o Estado decorre, como não pode surpreender, uma concepção rasgadamente publicística do processo. Como ideia base do novo direito processual, Manuel Rodrigues enfatiza o «valor social do litígio» —«a violação do direito individual é, no fundo, um ataque à tutela da lei, pois não é mais do que a soma das tutelas dos direitos individuais»[79]; «com o processo pretende-se integrar a ordem jurídica, que é a síntese das situações individuais. Perturbar uma destas é esquecer aquela. Donde, se ao Estado compete, pelos seus órgãos, defender a ordem jurídica, a ele incumbe intervir quando é postergado um direito. Aproveitou o Estado o protesto individual como forma de conhecimento da infracção em juízo, mas, essa faculdade de protestar deixou de ser considerada um direito privado para ser considerada um direito público e a relação processual a que a acção dá origem uma relação jurídica de direito público. Uma vez integrada a relação processual no direito público o domínio das partes sobre ela atenuou-se.

Chamado o Estado a realizar a justiça é intuitivo que deve intervir para efectivar a verdadeira justiça, porque só esta realiza a paz social devendo, consequentemente, aproximar-se a justiça formal da justiça real, mesmo quando um dos litigantes não esteja em condições de o fazer por si. Este objectivo só pode atingir-se pela concessão ao juiz de largos poderes sobre as formalidades processuais e sobre a instrução do processo. Esta é a orientação do direito processual moderno, que inteiramente o afasta da base individualista para lhe dar uma base social»[80].

Devidamente informado sobre o pensamento de Manuel Rodrigues, quem poderá sinceramente convencer-se de que a opção por um processo

---

78 Op. cit.: 38 ss. e 43 ss.

79 Op. cit.: 85.

80 Op. cit.: 90.

que entrega ao arbítrio do juiz o julgamento sobre a matéria de facto, retirando às partes a possibilidade efectiva de recurso dessa decisão para uma instância superior, derivou de erro técnico e não de escolha consciente e ponderada de índole ideológica?

## 6. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939

Em 28 de Maio de 1939, quando se celebrava o décimo terceiro aniversário da «Revolução Nacional», num clima de «euforia do movimento patriótico decorrente da vitória dos nacionalistas em Espanha»[81], foi promulgado o novo Código de Processo Civil[82].

O Código teve origem num projecto elaborado por Alberto dos Reis, por incumbência do Ministro da Justiça[83].

---

81 Joaquim Veríssimo Serrão, *História de Portugal*, Vol. XIV (1935 -1941), Verbo, Lisboa, 2000:197.

82 O Código de 1939, com 1178 artigos na versão original, compartimentou os actos e termos do processo de declaração em seis fases: *articulados, audiência preparatória e despacho saneador, instrução do processo, discussão e julgamento, sentença* e *recursos*. A actividade inicial permite a apresentação de quatro articulados, dois por cada parte (petição inicial, contestação, réplica e tréplica). A esta actividade sucede-se a audiência preparatória e despacho saneador, com a dupla finalidade alternativa de permitir a decisão antecipada da causa ou estabelecer a transição para a fase subsequente. Esta terceira fase, a existir, é denominada instrução e destina-se à produção das provas, sem prejuízo de algumas delas deverem ser oferecidas com os articulados (v. g. prova documental) ou de se produzirem em regra na audiência de discussão e julgamento (depoimento de parte e inquirição de testemunhas). Instruída a causa segue-se a discussão e julgamento da matéria de facto e, logo depois, o proferimento da sentença, a qual completa e finaliza o julgamento feito em audiência. Finalmente, depois da sentença, entra-se na fase dos recursos. No nosso sistema, muito marcado pelos princípios da eventualidade ou preclusão, os recursos são de reponderação não de reexame.

83 A 1.ª parte do Projecto, só sobre o processo declaratório, foi publicada por Alberto dos Reis, precedida de uma carta do autor ao Ministro, na qual se expõe a orientação geral a que o projecto obedecia, *Projecto de Código de Processo Civil* (organizado pelo Professor José Alberto dos Reis), Imprensa Nacional, Lisboa, 1935. Sobre este projecto, Roberto Goldschmidt, «Intorno al progetto d'un nuovo

Subestima-se, hoje, o papel deste Ministro na feitura do Código de 1939, imputando - o em exclusivo àquele professor de Coimbra. Ora esta imputação é sobretudo verdadeira para a Reforma de 1926. Não se deve, na verdade, esquecer que:

1) o Decreto n.º 21.694, cujos princípios foram transpostos para o novo Código, é da inteira responsabilidade do Ministro;

2) Manuel Rodrigues nunca cedeu em questões de princípio, mesmo quando derrotado na Comissão Revisora e conseguiu sempre levar avante as suas ideias;

3) o texto definitivo é sobretudo o resultado do trabalho de quatro revisões, feitas por Manuel Rodrigues em íntima colaboração com Alberto dos Reis, do segundo projecto saído das sessões de uma Comissão Revisora, onde aqueles também tiveram uma parte activa e determinante[84];

4) a última palavra, em termos técnicos e ideológicos, sempre coube ao Ministro, o qual, como bom «Zé Povinho de capelo e borla»[85], não se amedrontava facilmente.

---

codice di procedura civile portoghese», *Rivista di Diritto Processuale Civile*,1936, I: 277-281.

84 Alberto dos Reis relata que, tendo ficado concluídos os estudos desta Comissão em Agosto de 1938, nada se progrediu até Janeiro de 1939, data a partir da qual «começou o Ministro a fazer a sua revisão; e desde essa data até ao dia 31 de Maio não levantou mais a mão, limando e retocando, numa ânsia febril e apaixonada de fazer do Projecto uma obra, tanto quanto possível, perfeita», «O novo Código de processo civil», op. cit.: 17. Foram tantas as alterações introduzidas no trabalho saído da Comissão Revisora que até mesmo para um seu membro se tornava difícil emitir opinião perante a versão definitiva do Código. Como nos diz Barbosa de Magalhães «as alterações, quer na sistematização das matérias, quer na regulamentação de certos institutos, quer em muitos dos seus preceitos, foram tão grandes depois que foi revisto (uma única vez) pela Comissão, que só com um estudo demorado poderemos formar definitivamente a nossa opinião [sobre a versão definitiva do Código]», «O novo Código de Processo Civil», *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 53.º (1939): 33.

85 Marcello Caetano, *As minhas memórias* ..., op. cit.: 106. O «Zé Povinho», figura típica criada por Rafael Bordalo Pinheiro, representa caricaturalmente o português médio, como John Bull personificava o inglês médio.

Um episódio significativo ilustra bem o que acabo de referir. Alberto dos Reis não partilhava as ideias de Manuel Rodrigues acerca do princípio da concentração, pelo menos com a amplitude com que tinha sido delineado em 1932. Alberto dos Reis, apesar de se ter inclinado, na elaboração do projecto inicial perante a visão do seu antigo discípulo, submeteu, no entanto, à apreciação da Comissão Revisora um artigo, o artigo 582.º (625.º do Projecto de 35), que mitigava o sistema, ao dispor: «A discussão pode ser feita por escrito se as partes nisso concordarem e o juiz o julgar conveniente em atenção à natureza e circunstâncias da causa». Esta proposta obteve 6 votos a favor e 3 contra. No entanto, o Ministro garantiu que, com tal previsão, o novo Código de Processo Civil não conteria a sua assinatura. A comissão então recuou e a concentração passou...a contento de Manuel Rodrigues[86].

O novo Código foi publicado sem preâmbulo. Todavia, alguns dias após a sua promulgação, saiu no jornal de Lisboa, O *Século*, um artigo intitulado *Demandas, processos e tribunais*, em que Manuel Rodrigues se encobre sob a inicial M., no qual se pode ler que «quem folhear [o Código] há de ver que o novo diploma não pretende fazer uma viragem das justiças, mas o prosseguimento da obra iniciada em 1926 e a cujos princípios se mantém fiel»[87].

Na verdade, o Código de 1939 não fez obra de raiz, limitando-se a generalizar a todos os sectores do mecanismo judiciário, aos diferentes actos e termos do procedimento as ideias e conceitos que orientaram as reformas feitas pelo Decreto n.º 12.353 e diplomas posteriores, em ordem à prossecução dos mesmos objectivos essenciais: *justiça real no menor período de tempo*.

E porque, no entender de Manuel Rodrigues, a experiência demonstrou que nem a ciência, nem a vigilância nem a moral dos litigantes são suficientes para apurar a verdade, conferiu-se ao julgador um conjunto de poderes «por meio dos quais ele deverá evitar que a ordem ou a fórmula

---

86 «Acta n.º 25 da Comissão Revisora do Código de Processo Civil», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 7.º (1947), 3-4: 361 ss.

87 M. «Demandas, processos e tribunais», O *Século*, 7 de Junho de 1939, 2, e *Revista de Justiça*, 1939: 177-179.

se sobreponham ao direito e à justiça e se faça com a chancela do poder e a dignidade da justiça do torto direito e da mentira verdade» e obstar a que prevaleça a lentidão na justiça, o «budismo judiciário»[88].

Não se pode proceder neste texto a uma análise detalhada do diploma. Direi ainda assim alguma coisa sobre o sistema e as características do novo Código.

O Código está dividido em quatro livros: Livro I: *Da acção*; Livro II: *Da competência e das garantias de imparcialidade*; Livro III: *Do processo*; Livro IV: *Do tribunal arbitral*.

Este plano de exposição das matérias mereceu desde cedo a preferência de José Alberto dos Reis. Seguidor, nem sempre atento, diga-se de passagem, da obra de Chiovenda[89], teve contacto desde cedo com a famosa prelecção de Bolonha de 1903: «A acção no sistema dos direitos».

Alberto dos Reis nunca aderiu à *teoria da acção como direito potestativo*. Para ele, a *teoria do direito abstracto de accionar*, que era a de Alfredo Rocco, «avantaja-se sensivelmente às concepções de Chiovenda e Wach: e parece-nos que explica satisfatoriamente a relação jurídica processual»[90].

---

88 *Ibidem*. «Exige-se-lhes por isso, acrescentava o Ministro, que estejam sempre presentes a sua ciência, diligência e consciência. Se assim não procederem desonram-se a si, desonram a instituição e desonram o próprio Estado, que associam à injustiça, porque, se a sentença pode fazer do branco preto e do preto branco, perante os factos, não o consegue fazer perante a justiça, e é esta que interessa».

89 Sobre as relações entre José Alberto dos Reis e Chiovenda e o muito que separa as suas visões do processo não posso tratar neste estudo. Lembro aqui apenas um contraste e um episódio curioso. No *Processo Ordinário* de 1907 o professor português tinha afirmado que a teoria da acção de Chiovenda enfermava do vício de negar «a existência de relações entre os particulares e o Estado no exercício da função jurisdicional».

Chiovenda entendeu conveniente responder, sem intenção polémica, à crítica de Alberto dos Reis à sua obra nos *Principii di Diritto Processuale Civile*, de 1913: «não negamos (como se viu), que existam relações jurídicas de carácter público entre o Estado e o cidadão nem haveria acção se não existisse o Estado a quem dirigir-se; mas neste caso a relação com o Estado não é mais do que um meio para obter certos efeitos *contra o adversário*». Nisto não teria pensado Alberto dos Reis (55 e nota 1).

O episódio é este: Alberto dos Reis assistiu pessoalmente a duas lições de Chiovenda quando se deslocou, entre outras universidades, à de Roma, em 1910, em «missão

Naquela lição, o nosso processualista terá sido, em contrapartida, sensível à divisão aí proposta para a ciência do direito processual em teoria da acção e das condições da tutela jurídica, teoria dos pressupostos processuais e teoria do procedimento[91].

Desde as suas lições universitárias sobre teoria do processo de 1904, José Alberto dos Reis passou a adoptar um plano de estudo para o processo civil assente na tríplice distinção entre *acção*, *competência* e *processo*[92].

De tal maneira se arreigou no seu espírito a bondade deste plano que José Alberto dos Reis o irá transpor para a sistematização que preside à estrutura do Código de Processo de 1939.

Explicando mais uma vez o seu pensamento, que agora se identificava com a opção legislativa, escreve o autor: «A justificação das três primeiras divisões [do Código] e do seu conteúdo é fácil de fazer. O processo põe

---

científica». No relatório dessa missão escreve: «Estas duas lições foram das melhores que na Itália ouvimos. Chiovenda, apesar de novo, é já distinto professor de *processo*; mostra-se conhecedor da literatura alemã que imprimiu uma nova feição aos estudos do processo, elevando esta disciplina à categoria de uma verdadeira ciência.

Ao contrário do que sucede em geral com os professores italianos, Chiovenda acusa, como professor, méritos superiores aos que revela como escritor.

As duas lições que lhe ouvimos, estão, na verdade, tanto em clareza e nitidez, como na profundeza e no rigor lógico, acima dos seus trabalhos escritos -*Saggi de diritto processuale*, *Principii di diritto processuale civille*. Chiovenda segue o método sistemático na exposição das matérias: estabelece os princípios e tira as conclusões, preocupando-se mediocremente com o aspecto formulário», José Alberto dos Reis e Marnoco e Sousa, O *Ensino Jurídico na França e na Itália*, Coimbra, 1910: 174-175.

Ora, para além de Chiovenda ser mais velho três anos do que Alberto dos Reis era essencialmente um escritor, um bom escritor, e não um orador. A oratória de Chiovenda, como refere Jemolo era a «antítese da eloquência forense» e ao «pacato raciocinar» do Mestre alude também Calamandrei, Franco Cipriani, *Storie di processualisti*...op. cit.: 154 e nota 129.

90 José Alberto dos Reis, *Processo Ordinário*..., op. cit.: 67.

91 Guiseppe Chiovenda, «L'azione nel sistema dei diritti», *Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937)*, Vol I, Giuffrè, Milano, 1993: 30, nota 2.

92 José Alberto dos Reis, *Theoria do Processo*, Coimbra, 1904: 50.

em contacto e em movimento três figuras, três entidades: o *autor*, o *réu* e o *juiz* (as partes e o tribunal). (...) Antes de se cuidar de saber como se propõe a acção e qual o andamento dela depois de proposta, matéria de que se ocupa o livro *Do processo*, importa determinar quem há-de propor a acção (capacidade e legitimidade do autor), contra quem há-de ser proposta (capacidade e legitimidade do réu) e em que tribunal deve ser intentada (capacidade e legitimidade do juiz)»[93]. Quanto ao livro 4.º, que trata de um juízo que «funciona ao lado e à margem da jurisdição normalmente competente»[94], julgou-se mais conveniente juntar num livro próprio todas as regras a ele atinentes «porque permite tomar conhecimento rápido de toda a disciplina relativa ao tribunal arbitral»[95].

É duvidoso que se deva vincular a ordem de exposição das matérias de um código a uma visão tão fortemente doutrinária[96]. Acresce que, enquanto Chiovenda sublinhava a importância do estudo da relação processual e dos respectivos pressupostos processuais, José Alberto dos Reis destaca, de entre estes, a competência, o que é uma reminiscência da importância lectiva da matéria respeitante à organização judiciária e do peso do magistério do seu mestre, Manuel Oliveira Chaves e Castro, que dedicou precisamente à competência dos tribunais a sua obra maior[97].

O facto de o Código tratar primeiro a acção e só depois a competência, ou seja a medida de jurisdição pertencente a cada tribunal, tem sido muitas vezes apontado como base liberal do diploma. Não me parece que tal se possa afirmar. Se fosse legítimo retirar significativas consequências ideológicas de uma sistematização que dê primazia às partes ou à acção, só depois tratando o juiz e a jurisdição, então seria forçoso identificar o

---

93 José Alberto dos Reis, «O novo Código...», op. cit: 81.

94 Op. cit.: 82.

95 Ibidem.

96 «Não é indiscutível a construção de uma teoria geral do processo assente no conceito de acção, nem sequer é aconselhável tratar em conjunto a acção considerada como direito subjectivo e como meio de tutela», Miguel Teixeira de Sousa, «Aspectos metodológicos e didácticos do direito processual civil», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XXXV (1994): 397.

97 Refiro-me à obra *Organização e competência dos tribunais de justiça portugueses*, Coimbra, 1910.

mesmo pendor liberal, por exemplo, no projecto de *Codice di Procedura Civile* de 1937, do Ministro Arrigo Solmi, declaradamente inspirado na «grande ideia fascista» e num paradigma fortemente publicístico[98], o que se me afigura insustentável.

Importa agora dizer algo sobre as *características* do Código. O Código de 1939 seguiu, já o referi, na esteira doutrinal em que foram moldadas as reformas feitas pelos decretos n.ºs. 12.353 e 21.694.

Do decreto de 1926 conservou o princípio do *juiz forte, activo* e *informado*. Do decreto de 1932 recolheu os princípios da *oralidade* e *concentração*.

Pode, por isso, dizer-se que «*processo oral* e *processo concentrado* dirigido e *comandado*, na realidade, por um *juiz forte* e *activo* são os lineamentos e orientações fundamentais da organização processual estabelecida pelo Código»[99].

Quanto à adesão do novo Código aos princípios da *oralidade* e *concentração*, tal materializou-se, entre outros, nos seguintes aspectos: existência de uma audiência de instrução, discussão e julgamento da causa em todas as formas de processo comum de declaração, ordinária (artigo 647.º ss.), sumária (artigo 791.º) e sumaríssima (artigo 800.º); introdução de uma *audiência preparatória* para a *discussão oral* das questões a decidir no despacho saneador (artigos 512.º e 513.º); a imediação traduz-se nos depoimentos das partes e testemunhas serem prestados, em regra, na audiência de discussão e julgamento (artigos 573.º, 628.º e 653.º, alíneas b) e d), na leitura em audiência dos quesitos e respostas dos

---

98 Carnelutti teceu a propósito deste ponto interessantes considerações pondo a tónica nos aspectos estéticos e arquitectónicas da arrumação das matérias no Código de Processo italiano. Tratar do juiz primeiro do que as partes «assemelha-se a construir um edifício sem fachada ou pelo menos sem vestíbulo; começar com as normas sobre a competência é qualquer coisa como entrar da rua para o coração da casa», Franco Cipriani, *Il Codice di Procedura Civile tra gerarchi e processualisti. Riflessioni e documenti nel cinquantenario dell 'entrata in vigore*. Esi, Napoli, 1992: 166.

99 José Alberto dos Reis, «O novo Código de processo civil», op. cit.: 164. Repare-se que neste estudo, por muitos considerado a verdadeira exposição de motivos do Código, não se atribui qualquer relevância ao princípio dispositivo.

peritos, os quais aí prestam os esclarecimentos julgados necessários pelo tribunal (artigos 606.º e 653.º, alínea c), na faculdade de o tribunal, em qualquer altura, ouvir o funcionário especializado ou o técnico requisitado (artigo 653.º, alínea f), na faculdade de o tribunal, mesmo após o encerramento da discussão e de recolher à sala de conferências, poder ouvir as pessoas que entender (artigo 653.º, alínea g), na faculdade de o tribunal ordenar o depoimento perante o colectivo de pessoa, parte ou testemunha, que resida fora da circunscrição judicial (artigos 573.º, 630.º e 632.º), na possibilidade legal de a inspecção judicial ser feita pelo colectivo (artigo 616.º), na possibilidade legal de as testemunhas serem inquiridas no local da questão (artigo 629.º); o princípio da plenitude da assistência dos juizes está consagrado no artigo 654.º; a continuidade do debate, na medida do possível, está prevista no artigo 656.º; quanto à proibição de recurso separado quanto às decisões interlocutórias consagrou-se um regime temperado no processo ordinário —os agravos interpostos de despachos proferidos até à organização do questionário sobem em conjunto ao tribunal superior quando subir o recurso da decisão sobre as reclamações contra o questionário ou logo que este esteja organizado, subindo os restantes quando subir a apelação da sentença (artigo 734.º)— e pleno, no processo sumário e nos processos especiais (artigos 792.º e 472.º)[100].

Quanto ao princípio da *autoridade* e *actividade do juiz* «o Código está elaborado sobre a base de que é o juiz quem dirige real e efectivamente todo o movimento do processo; e para exercer esta direcção e este comando, foi investido dos poderes necessários»[101].

De entre esses poderes refira-se o *poder de promoção*, de ordenar oficiosamente o que for necessário para o seguimento do processo (artigos 264.º e 266.º); o *poder de instrução*, de determinar as diligências e actos necessários para o descobrimento da verdade (artigo 265.º, n.º 3); o *poder de disciplina*, de recusar o que for impertinente ou meramente dilatório (artigo 266.º).

---

[100] Op. cit.: 165-166.

[101] Op. cit.: 166.

Mas não se esgotam aqui os casos em que a lei confere poderes oficiosos ao juiz. Se os houvéssemos de citar a todos, como adverte Alberto dos Reis, «seria um nunca mais acabar»[102].

Claro que os referidos princípios não são um fim em si, mas determinados instrumentos postos ao serviço de certos objectivos: justiça *simples*, justiça *rápida* e *pronta*, justiça *económica*, justiça *leal* e *correcta* e justiça *real*.

O novo Código representa o ponto de chegada de uma obra, que durou treze anos, de construção de um processo que assumisse por inteiro o feitio do Estado a que pertencia: um Estado anti-individualista e orgânico, um Estado, como vimos, com uma concepção totalitária da vida.

Em vez de o processo civil ser visto como um serviço que o Estado presta ao cidadão, fornecendo-lhe os meios para realizar o seu direito subjectivo, passou a ser entendido como um serviço que o cidadão presta ao Estado, fornecendo-lhe a ocasião para realizar o direito objectivo[103], porquanto «desde que se assina ao processo um fim público —o da realização da justiça— importa que as partes tomem no processo aquela atitude e desenvolvam aquela actividade que melhor pode contribuir para a satisfação desse fim»[104].

---

102 *Ibidem*. Mesmo assim aluda-se à faculdade de o juiz, por sua iniciativa, suspender a instância (artigo 284.º), à de fixar o valor da causa em montante diferente do acordado pelas partes (artigo 319.º), à de não suspender uma deliberação social contrária à lei ou aos estatutos, se no seu prudente arbítrio, entender que o prejuízo resultante da suspensão é superior ao que poderá advir da execução (artigo 404.º), à de fazer depender o arresto e embargos de obra nova da prestação de caução (artigos 411.º e 424.º) e ainda aos poderes de requisitar informações ou documentos a organismos oficiais, às partes ou a terceiros (artigo 535.º, n.º 1), de ordenar oficiosamente a realização de segunda perícia (artigo 589.º, n.º 2), de, por sua iniciativa, realizar a inspecção judicial (artigo 612.º, n.º 1), de inquirir as testemunhas no local da questão (artigo 622.º), de ordenar a notificação, para depor, de testemunha não arrolada (artigo 645.º, n.º 1), de, encerrada a discussão, ouvir as pessoas que entender e ordenar as diligências necessárias para o seu esclarecimento (artigo 653.º, n.º 1), etc.

103 Esta alternativa é colocada por Piero Calamandrei, «La relatività del concetto di azione», *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I, 1939: 23.

104 José Alberto dos Reis, *O novo Código de processo civil português*, Coimbra ed., Coimbra, 1945: 11.

A natureza autoritária do processo civil da ditadura, construído do ponto de vista do juiz, *ergo* do Estado, à custa das garantias das partes, era, sem reticências, sublinhada por Manuel Rodrigues nas *Lições de Direito Processual Civil*, feitas no ano lectivo de 1940/1941.

Aí, a propósito dos princípios do Código, o já ex-ministro esclarece: «O Código pretende que se realize uma justiça real e não uma justiça formal. Uma justiça em harmonia com os factos verdadeiros e o direito aplicável e não uma justiça que apenas respeite a aparência. Por isso integra-se na corrente autoritária, ao contrário do anterior que era todo inspirado pelo individualismo»; «o novo processo assenta em um sistema de colaboração íntima entre as partes e o tribunal mas este tem um lugar proeminente porque ele é que é o órgão da Justiça, e as partes apenas cooperam na preparação dos elementos processuais». «As partes têm ao lado do direito de colaborar no processo, a iniciativa da acção. Se não colaborarem sofrem sanções de diversas espécies»[105].

Este hábito do regime em ameaçar com sanções —e as multas processuais e as condenações por litigância de má fé não eram seguramente as espécies mais temidas— aqueles a quem repugnava exercer o seu «direito» de colaborar nunca atemorizou todos os espíritos.

Fernando de Abranches Ferrão, por exemplo, nas colunas da revista que dirigia —*Jornal do Fôro* — ainda criticou o novo Código: «a oralidade apenas assegurará uma boa aplicação de Justiça, quando os poderes do Juiz sejam reduzidos (de forma a evitar-se um comando *pessoal* no processo, sabido que a acção deve obedecer a *princípios* e não a *ordens*) e seja chamado a apreciar o caso maior número de julgadores»[106]. Para conseguir este fim propunha a criação do júri e a repetição do julgamento — com a consequente reinquirição de testemunhas e alegações pelos advogados— perante o Tribunal da 2.ª instância.

---

105 João de Matos, J. Santana Godinho, *Lições de Direito Processual Civil*, segundo as prelecções do Ex. mo Senhor Prof. Doutor Manuel Rodrigues feitas ao curso do 3.º ano jurídico no ano lectivo de 1940-1941, Lisboa, 1940: 33.

106 Fernando Abranches Ferrão, «O novo Código do Processo Civil», *Jornal do Fôro*, 42 (1939): 105.

No entanto era uma voz quase isolada e, bem vistas as coisas, a batalha pela liberdade no processo, como no espaço público em geral, tinha já sido perdida há alguns anos.

## 7. A REFORMA DE 1961

Em Portugal, desde há algumas décadas, quando se faz uma reforma um pouco mais profunda em qualquer área do direito, há quase sempre uma tendência irresistível para se considerar que se fez um novo código. Assim aconteceu também na área do processo civil, com a reforma de 1961, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 44.129, de 28 de Dezembro, e, mais próximo de nós, com a reforma de 1995/96. Teríamos, pois, tido, no século passado, nada menos do que três códigos de processo civil: o código de 39, o código de 61 e o código saído da reforma de 95/96.

A lei preambular de 1961 foi ao ponto de dispor no artigo 1.º que «é aprovado o Código de Processo Civil, que faz parte integrante do presente decreto-lei», apesar de no n.º 3 do relatório que precede o diploma ter afirmado que «a reforma a que se procede (...) não envolve (...) uma substituição dos princípios fundamentais que a legislação processual vigente abraçou».

Talvez estejamos aqui perante uma particular insegurança antropológica do legislador português[107], pois não parece que na Alemanha, na Áustria ou na Itália, por exemplo, se tenha alguma vez tomado a mesma pretensão quando os códigos de 1877,1895 e 1940, respectivamente, foram objecto de reformas.

A elaboração de um novo código não se pode consubstanciar em deslocação de preceitos, em modificações de pormenor, em alterações da numeração ou da redacção dos artigos nem em intervenções técnicas de detalhe, axiologicamente irrelevantes. O problema central a enfrentar

---

107 A que se alia uma intenção não pouco autoritária de mitificação do momento de produção do direito como momento de revelação da vontade do legislador, Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001: 33.

pelos codificadores, de cuja resolução depende o resultado da sua obra, é essencialmente de estrutura e de método de exposição, de instituições-chave a consagrar e de princípios fundamentais a desenvolver[108].

A reforma de 1961 foi acima de tudo um trabalho de restauro durante o qual se discutiram sobretudo «os materiais de construção», mas deixando sempre intacto o espírito com que tinham sido utilizados os materiais anteriores[109].

A reforma surgiu, no essencial, para dar resposta às críticas formuladas contra o nosso sistema de oralidade, designadamente contra a constituição e funcionamento dos tribunais colectivos.

Isso mesmo nos é dito pelo principal responsável da reforma — Antunes Varela— quando refere que «os tribunais colectivos eram frequentemente acusados de dois pecados graves: de julgarem numerosas vezes, sem nenhuma possibilidade de fiscalização efectiva, *contra* os resultados da prova produzida e de afeiçoarem a cada passo o julgamento da *matéria de facto* (através das *respostas* dadas aos *quesitos*) à *decisão pré-concebida* da questão de direito que constituía objecto do litígio»[110].

Para dar resposta a estas críticas, e como inovação mais importante do diploma, o legislador de 1961, mantendo embora a intervenção do tribunal colectivo na apreciação da matéria de facto, «com o fim de evitar os graves inconvenientes da apreciação livre das provas por um único juiz» (cfr. n.ºs. 11,12 e 13 do relatório), instituiu a *obrigatoriedade da fundamentação* das respostas dadas aos quesitos, «no manifesto intuito de obrigar os juizes a acompanharem atentamente a produção da prova, a precaverem-se contra o impacto especial das primeiras ou das últimas inquirições e a passarem pelo crivo da *razão* as meras impressões de raiz *intuitiva* ou de carácter *emocional*»[111].

---

108 Cfr. por todos, a obra já clássica de Andrè-Jean Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, L.G.D.J., Paris, 1969.

109 Em sentido próximo João Castro Mendes quando afirma que o diploma de 61 «não é na realidade mais que uma nova redacção do Código de 1939», *Direito Processual Civil*, Vol I, AAFDL, 1997: 143.

110 Antuves Varela *et alii*, *Manual*...,op. cit.: 34.

111 Op. cit.: 37.

Assim, de acordo com a nova redacção dada ao artigo 653.º, n.º 1 c.p.c., o acórdão do tribunal colectivo que julgar a matéria de facto terá de especificar os «fundamentos que foram decisivos para a convicção do julgador», *relativamente aos factos que declare provados*, não se exigindo fundamentação para as respostas negativas.

Continuando a inexistir uma efectiva e rigorosa documentação da prova oral produzida em primeira instância e um igualmente efectivo recurso sobre a matéria de facto este passo em direcção à fundamentação das decisões pode ser visto como excessivamente tímido e na prática irrelevante.

Na base do restaurado edifício do processo conservaram-se intactos os mesmos três pilares fundamentais —actividade do juiz, oralidade e concentração— sobre os quais assentou um conjunto considerável de disposições novas ou modificadas, sempre com referência àqueles princípios e participando do espírito autoritário que os anima[112].

## 8. A REFORMA INTERCALAR DE 1985

O fascismo em Portugal durou 48 anos. Houve duas gerações que foram influenciadas (e em parte até dizimadas) pelo fascismo. Mesmo aqueles —uma minoria— que sempre foram antifascistas e lutaram contra o fascismo viveram e sofreram, ainda que reactivamente, a influência do regime[113]. Talvez se encontre nesta especificidade portuguesa a explicação para o facto de o Código de 1939, impensado politicamente durante décadas, ter continuado a não ser propriamente pensado politicamente depois de restaurada a democracia e de os seus princípios estruturantes terem continuado a funcionar como referência intelectual e até afectiva para a esmagadora maioria dos nossos profissionais do foro.

---

[112] O Código de 39 sofreu ainda uma outra reforma em 1967, com o propósito de o adaptar aos novos institutos do novo Código Civil de 1966.

[113] Cfr. entrevista de Salgado Zenha ao *Jornal Novo* de 28.10.1976.

Deposto o regime, em 25 de Abril de 1974, ninguém procedeu à queima simbólica do Código nem pediu a sua abrogação, como aconteceu, por exemplo, em Itália, em 1945.

Por maior surpresa que possa causar, a questão mais discutida do nosso ordenamento processual civil, no período pós-25 de Abril, foi a existência ou inexistência da especificação e do questionário[114]. Por parte dos juízes, pela considerável sobrecarga de trabalho que a elaboração de tal peça processual acarretava, numa situação de exponencial aumento de litigiosidade; pelos advogados, porquanto se via nela a causa do estrangulamento da marcha dos processos e dos respectivos atrasos.

Sem prejuízo de algumas vozes terem continuado a exigir uma adequada motivação das decisões sobre a matéria de facto e um efectivo segundo grau de jurisdição a esse respeito, nunca se discutiram a sério os poderes do juiz, nem se reclamou a sua diminuição. Muito pelo contrário, a corrente dominante, em sede de reforma da legislação processual, tem sistematicamente apelado para um paradigma de (ainda) maior intervenção do juiz.

A primeira reforma do processo civil, pós-25 de Abril, só foi levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 242/85, de 9 de Julho, e abrange 70 artigos do Código.

---

114 Cardona Ferreira, *Decreto-Lei 242/85, de 9 de Julho (Reforma intercalar do processo civil), Notas práticas*, 1986: 50. Pelo Decreto-Lei n.º 261/74, de 18 de Junho, foram criadas comissões de reforma judiciária, com carácter obrigatório no Supremo Tribunal de Justiça e nas sedes de cada distrito judicial e com carácter facultativo na sede dos círculos judiciais, com competência para elaborar e sistematizar as críticas ao regime vigente, bem como sugerir as reformas julgadas mais adequadas à democratização e eficácia da justiça, em todos os seus aspectos.
O interesse despertado pela constituição destas comissões traduziu-se na formulação de cerca de 900 propostas ou sugestões, 212 das quais sobre processo civil. A leitura dessas propostas permite ficar com uma ideia das preocupações da altura daqueles que mais directamente colaboravam na administração da justiça, Cfr. Relatório Geral sobre todos os trabalhos produzidos pelas Comissões de Reforma Judiciária, *Boletim do Ministério da Justiça*, 248: 5 ss. e 250: 11 ss. e *I Congresso da Magistratura Judicial Portuguesa*, ed. da Associação Sindical dos Magistrados Judiciais Portugueses, Lisboa, s.d. mas 1984.

Aumentou-se o âmbito do conhecimento oficioso do juiz em sede de incompetência relativa, designadamente nas acções de falência, nos processos cuja decisão não seja precedida de citação do requerido, nas acções reais e nas emergentes de acidentes de viação (artigo 109.º, n.º 2), erigiu-se como regra a existência de apenas dois articulados (petição inicial e contestação), acentuando os elementos preclusivos do sistema (artigos 467.º, n.º 1, al. c), 489.º, n.1 e 502.º), simplificou-se a organização da especificação e do questionário, admitindo-se o recurso à técnica da remissão para os articulados (artigo 511.º), limitou-se o direito de recurso à circunstância de o valor da sucumbência exceder metade da alçada do tribunal de que se recorre (artigo 678.º).

Como se vê, soluções que não primam pelo garantismo e que deixam muito a desejar a quem se bata pelo «ideal democrático de se conseguir melhor justiça, através de maior liberdade», ideal que a restauração da democracia em 1974, sua constitucionalização em 1976 e a adopção pelo nosso país, em 1978, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem eram as primeiras a incentivar.

Mais ainda: a reforma intercalar era particularmente chocante — senão escandalosa— quando tornou a audiência preparatória facultativa em qualquer hipótese, mesmo quando se tratava de, findos os articulados, o juiz conhecer, sem necessidade de mais provas, do pedido ou de algum dos pedidos principais ou do pedido reconvencional (artigo 508.º)[115].

A faculdade discricionária então conferida ao juiz de julgar antecipadamente de mérito sem audiência, demais a mais quando se reduziram a dois os articulados normais, ou seja o âmbito da discussão anterior ao despacho saneador, não tem defesa possível e contraria o artigo 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Enrico Tullio Liebman ensinava que «todas as actividades que se realizam até o despacho saneador, inclusive, têm a natureza de uma *contentio de ordenando judicio* e a função de abrir o caminho e preparar

---

[115] Francisco Salgado Zenha, «Novas perspectivas do processo civil: processo civil e democrático. Depoimento de um advogado», *3.º Congresso dos Advogados Portugueses: Relatórios e comunicações*, Porto, 1990: 482.

tecnicamente o verdadeiro debate sobre a lide, que deve fazer-se na audiência. Este debate não pode ser preterido, porque é a fase central, essencial, decisiva de todo o processo. Sua omissão só é possível no caso de não poder haver conhecimento do mérito»[116]. A eliminação da audiência obrigatória, para além de impedir o debate oral entre as partes, retirou-lhes a única oportunidade que a lei lhes tinha concedido para dar desenvolvimento às suas razões; a súbita decisão da lide no saneador, sem prévia audiência das partes, constitui uma surpresa que, podendo embora contribuir para um andamento rápido da causa, prejudica necessariamente a defesa dos interessados[117]. Liebman elogiava o regime do processo civil português anterior à reforma intercalar, ao prever como obrigatória a audiência, em caso de julgamento da causa juntamente com o saneamento do processo. Foi pena que o legislador português, sempre receptivo às doutrinas alheias, não tivesse desta vez meditado nos bons argumentos que vinham de fora.

## 9. A REFORMA DE 1995/1996

A reforma de 95/96 (Decretos-Leis n.º 329 -A/95, de 12 de Dezembro, e n.º 180/96, de 25 de Setembro) constitui a última grande reforma do processo civil português.

Em 1990, na comunicação que fez ao 3.º Congresso dos Advogados, a que acima aludi, Salgado Zenha constatava que o processo civil, em Portugal, se encontrava numa encruzilhada histórica: ou optava pelo progresso ou pelo regresso.

Infelizmente optou-se por aprofundar a tendência regressiva.

Existem, claro está, inovações positivas. De entre estas, destaco: o reforço da dimensão do contraditório, levando à proibição de convolações inesperadas ou do proferimento de «decisões-surpresa» (artigo 3.º, n.º 3);

---

116 Enrico Tullio Liebman, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, Bestbook editora, Araras, 2001: 90.

117 Op. cit.: 92/93.

a possibilidade de as partes, por acordo, prorrogarem qualquer prazo para a prática de actos processuais, dentro do limite do dobro do prazo legalmente previsto (artigo 147.º, n.º 2); a possibilidade de a citação do réu ser feita por mandatário judicial ou por pessoa por este credenciada (artigos 233.º, n.º 3, 245.º e 246.º); a faculdade de as partes, por acordo, suspenderem a instância, ainda que não podendo ultrapassar o limite imperativo de seis meses (artigo 279.º, n.º 4); o abandono do «dogma da prioridade», com consequente possibilidade de se conhecer do mérito da causa sem prévia verificação dos pressupostos processuais e regularização da instância (artigo 288.º, n.º 3); a maleabilização do ónus de impugnação especificada (artigo 490.º); a previsão de uma «audiência preliminar», em substituição da desgastada audiência preparatória, erigida «em amplo espaço de debate aberto e corresponsabilizante entre as partes, seus mandatários e o tribunal, de forma que os contornos da causa, nas suas diversas vertentes de facto e de direito, fiquem concertada e exaustivamente delineados» (artigo 508.º -A); a gravação das audiências e o registo de prova (artigo 522.º -B); a eliminação do efeito cominatório pleno, por falta de contestação, nas acções sumárias e sumaríssimas (artigos 783.º e 795.º), etc.

Todavia, o que sobretudo merece ser posto em relevo é o claro reforço dos poderes do juiz, o qual não se vê como compatibilizar com o lema que deveria presidir à elaboração de qualquer processo verdadeiramente garantístico e democrático, a saber «melhor justiça com maior *liberdade*».

Na actual versão do Código o juiz conserva, entre outros, os poderes, já constantes da versão originária, e a que aludi no ponto 6 deste trabalho.

Tendo erigido em linha essencial da reforma o reforço da inquisitoriedade do tribunal[118], o legislador de 95/96 não se satisfez com a anterior repartição de poderes entre as partes e o juiz, já em si desequilibrada e não isonómica.

Foi fortemente atenuado o princípio da exibição, segundo o qual a responsabilidade pela selecção e apresentação dos factos pertence exclu-

---

[118] Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.ª ed., Lisboa, Lex,1977: 62 ss.

sivamente às partes; passou-se a acolher com naturalidade e amplamente a existência de «articulados judicialmente estimulados» (artigo 508.º, n.º 1, alínea b) e n.º 3); ao tribunal foi conferido o amplo poder de, por iniciativa própria, investigar factos instrumentais, durante a instrução e discussão da causa (artigos 264.º, n.º 2); em homenagem à concepção do processo civil como instituição, que coloca em primeiro plano o interesse da colectividade, robusteceu-se o poder de direcção formal do processo pelo juiz, apenas limitado quando exista «um ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes» (artigo 265.º, n.º 1); atribuiu-se ao magistrado o poder de providenciar pelo suprimento da falta de pressupostos processuais susceptíveis de sanação (artigo 265.º, n.º 2); alargou-se substancialmente os poderes instrutórios, de natureza oficiosa, do tribunal, v. g. com a incumbência de o juiz investigar os factos alegados pelas partes (artigos 265.º, n.º 3), com o poder de iniciativa do juiz, em sede de depoimento de parte (artigo 552.º, n.º 1), com a faculdade de o tribunal inquirir oficiosamente as testemunhas prescindidas pela parte que as ofereceu (artigo 619.º, n.º2), com a ampliação das hipóteses em que é permitida a inquirição oficiosa de testemunhas não oferecidas pelas partes (artigo 645.º, n.º 1), com a «desconsideração» de determinados «sigilos» ou «confidencialidades» legalmente reconhecidos, sempre que deva prevalecer a verdade material (artigos 519.º e 519.º - A), etc.[119].

Para contrabalançar o reforço do inquisitório, foi escolhido o paradigma de comunidade processual, isto é, um processo baseado, não na lógica do jogo, da disputa ou da estratégia, mas na lógica da informação e da cooperação: «Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados e as próprias partes cooperarem entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio» (artigo 266.º, n.º 1, nova redacção).

Esta cooperação seria reforçada pelo princípio da igualdade substancial das partes[120]: «O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo,

---

[119] Carlos Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. 1, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2004: 256 ss.

[120] Paula Costa e Silva, *Acto e Processo.O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003: 111.

um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações e sanções processuais» (novo artigo 3.º-A).

Ora, nenhum destes princípios tem a virtualidade de transformar a parte real —«alguém que vive o conflito de modo emocional e não de modo racional»[121]—num tipo ideal de parte— «que pressupõe claramente um homem que, com a maior isenção, possa apresentar a sua versão dos acontecimentos ao tribunal pedindo apenas aquilo que a lei lhe permite e ajudando, tanto o tribunal, como a parte contrária, na recolha de tudo quanto permita chegar ao resultado final justo»[122].

Só por utopia ou ingenuidade se pode querer tornar o processo um alegre passeio de jardim que as partes percorrem de mãos dadas na companhia do juiz[123]. Ou, dito de outro modo, nas palavras de Montero Aroca: «...as repetidas alusões a que o processo é um meio para que as partes e os seus advogados colaborem com o juiz na obtenção do mais justo, na descoberta da verdade ou da justiça material, só se compreendem num contexto ideológico que pressupõe como subentendido que os cidadãos não têm direito a «lutar» pelo que crêem que é seu e a fazê-lo com todas as armas que lhes proporciona o ordenamento jurídico»[124].

---

121 Op. cit.: 112.

122 Ibidem.

123 Adolfo Alvarado Velloso lembra que o litígio socialmente é uma guerra ... sem armas, e «não alegre passeio dos contendores de mãos dadas pelo parque», *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005: 98, nota 50.

124 Juan Montero Aroca, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001: 108. Franco Cipriani critica também a ideia de transformar o processo «num lugar onde, sob a iluminante presença do juiz, se discute pacatamente os aspectos da controvérsia, se esclarecem lealmente os pontos obscuros e se eliminam os equívocos e os erros, não só aqueles da parte contrária, mas também, por correcção, os próprios, de maneira a fazer triunfar a verdade e a fazer depressa e bem justiça a quem tem efectivamente razão» *Il Codice di Procedura Civile tra gerarchi...*, op. cit.: 22. Esta ideia romântica de pretender que as partes contribuam para a sua própria derrota, admissível e até desejável se sair vencedor do processo quem tiver «verdadeiramente» razão foi acarinhada, entre outros pelo ministro fascista Solmi. A concepção do processo como um *jogo para vencer* que põe frente a frente partes com interesses contrapostos e para quem o que conta não

Por outro lado, pode legitimamente questionar-se se o correcto exercício do dever assistencial por parte do tribunal —dever de assegurar a igualdade substancial das partes e de atribuir «uma espada maior a quem tem o braço mais curto»— não pressupõe também um tipo ideal de juiz, que, para além de árbitro, faça também de treinador, em ordem a corrigir os erros técnicos das partes e a obter a «actuação da vontade concreta da lei», mas sem dar mostras de parcialidade e sem anular ou diminuir, em relação a cada um dos litigantes, a equidistância que, como terceiro judicante, deve intransigentemente manter. Se a resposta for positiva, como julgo que deve ser, então o verdadeiro problema está na transposição deste juiz fictício para o mundo da realidade.

## 10. CONCLUSÃO

Salazar, numa entrevista de 1932, confrontado com o problema da censura, aproveitou para dizer o que pensava acerca da liberdade e da autoridade. Para o ditador «autoridade e liberdade são dois conceitos incompatíveis... Onde existe uma não pode existir a outra». (...) «Autoridade absoluta pode existir. Liberdade absoluta não existe nunca. Quando se procura aliar o conceito de liberdade ao conceito de progresso comete-se um erro grave. A liberdade vai diminuindo à medida que o homem vai progredindo, que se vai civilizando». (...) «Entreguemos, pois, a liberdade à autoridade, porque só ela a sabe administrar... e defender»[125].

O antagonismo entre liberdade e autoridade, a superioridade civilizacional desta e, consequentemente, a necessária subordinação da liberdade à segurança, eis uma visão que mais do que a idiossincrasia de um homem se pode considerar uma ideia de regime.

---

é tanto a justiça quanto a vitória, consta do conhecido artigo de Piero Calamandrei, «Il processo come giuoco», *Opere Giuridiche*, Vol. I, Morano Editore, Napoli, 1995: 537 ss.

[125] António Ferro, *Salazar, o homem e a sua obra*, Empresa Nacional de Publicidade, Lisboa, 1933: 50.

Ideia que teve a devida e coerente transposição para o processo civil e comercial aquando da respectiva reforma iniciada em 1926. Entregar a liberdade à autoridade significou, neste domínio, substituir a concepção *particularista* ou *privatística* do processo pela concepção *publicística*.

O processo, para os liberais de oitocentos, era encarado como um instrumento de luta entre os particulares, um assunto das partes, porquanto, como dizia o jovem Chiovenda, elas «são os melhores juízes da sua própria defesa»[126]. A liberdade das partes era necessária para impedir o arbítrio dos juízes; a autoridade dos juízes para contrariar a licença das partes; a força e o prestígio da lei para evitar os abusos de umas e de outros.

A partir do momento em que se começou a encarar o direito de acção como autónomo e distinto do direito material, a relação processual como uma relação de carácter público e se pôs a tónica não na resolução do conflito de interesses privados, mas na prossecução de valores transcendentes e superiores, destacou-se a função pública do processo que passou a ser considerado como um instrumento de investigação da verdade e de distribuição de justiça.

Esta concepção publicística do processo que arranca, como é sabido, do pensamento de Klein e da ZPO austríaca de 1895, encontrou em Portugal, primeiro com a «Ditadura Militar» e depois com o «Estado Novo», um clima político particularmente propício e favorável para se instalar e desenvolver.

Salazar, e com ele os demais hierarcas do regime, acreditava num Estado forte e na necessidade de restringir as liberdades. Liberdade garantida pelo Estado e condicionada pelo Estado era a única possível. Ele desejava um Estado todo-poderoso, cuja função essencial era proteger a vida do cidadão, por cada um depositada nas mãos bondosas e benevolentes das autoridades públicas e não, bem entendido, a salvaguarda das liberdades cívicas, o respeito e a garantia dos direitos, o que, no seu modo de ver, não passava de «uma expressão de retórica», de «uma simples imagem literária». Quer dizer, um governo paternalista (*imperium*

---

[126] Guiseppe Chiovenda, *Saggi...*, Vol. I, op. cit.: 176

*paternale*) que causava arrepios, entre outros, a Kant, como o pior despotismo que se podia imaginar.

Bem se compreende, por conseguinte, que o processo civil da ditadura, depois de aceite a concepção *publicística*, tenha consagrado, como um corolário lógico e imediato, o princípio da actividade do magistrado, substituindo a concepção *duelística* pela concepção *autoritária* do processo.

Em verdade, depois de as partes, com a instauração da acção, terem depositado no altar da jurisdição a sua liberdade, que figura convocar senão a do juiz para administrar e defender essa liberdade?

Para tal fim necessário se tornou reforçar os poderes do magistrado, fazendo-o dirigir e acompanhar, qual timoneiro do processo, o desenvolvimento da lide, jugulando a acção à nascença, em putativo benefício do autor, entrando em correria processual até ao fim, mesmo que desacompanhado e contra os interesses das partes, em nome de interesses públicos de grau superior.

Este reforço da autoridade do juiz, em detrimento das garantias das partes, foi no nosso País excessivo, coloca-nos a par dos países totalitários da época (fascismo, nacional-socialismo e comunismo) tomando aspectos surpreendentes, designadamente quando se «foi ao extremo de proibir a redução a escrito do depoimento das testemunhas (nem mesmo em forma de versão taquigráfica como nos tribunais americanos) a fim de não retardar desnecessariamente o processo»[127].

---

[127] Eduardo Couture, «Oralidade e regra moral no processo civil», *Processo Oral*, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1940: 109. Eduardo Couture compara e equipara o reforço da autoridade do juiz no projecto de reforma que conduziu ao nosso Código de Processo de 1939 com idêntico fenómeno ocorrido na Itália, com o projecto do Ministro Solmi, com a tese nacional-socialista de que o juiz é o *Führer* do processo e ainda com a experiência comunista de aumento das faculdades discricionárias do juiz para concluir que «a tese da doutrina autoritária (seja de direita ou de esquerda) representa um regresso a etapas do direito definitivamente transpostas». Para este processualista o princípio do aumento das faculdades do juiz aparecia como um retrógrado e preocupante regresso ao passado, anulando séculos inteiros de combate contra o despotismo ou a tirania do juiz. E concluía, exteriorizando um receio, o de «que se esqueça, nessa volta, que a história do homem é

Um lugar comum ainda hoje muito difundido vê no reforço dos poderes e da autoridade dos juizes uma manifestação de confiança do executivo nas faculdades da magistratura e de respeito pelo seu estatuto, designadamente de independência. Nada disso a experiência histórica permite concluir.

Como tem vindo a sublinhar Juan Montero Aroca, «os propugnadores do aumento dos poderes do juiz civil foram, na sua origem, os que limitaram a independência desse juiz, às vezes até suprimindo-a de raiz. Na actualidade, os que continuam a defender esse aumento não aludem à independência e, sobretudo, negam a realidade histórica ou, pelo menos, não querem recordar que modelo político de juiz foi o que teve maiores poderes»[128].

Quanto a este ponto é mais uma vez reveladora a experiência portuguesa. O preâmbulo do Decreto n.º 12.353 terminava reconhecendo que «é fora de dúvida que a reforma agora decretada supõe juízes capazes» e, implicitamente, que era necessário ser acompanhada de uma correspondente reorganização judiciária. E, com efeito, a reforma judiciária não se fez esperar. Alguns meses mais tarde, a 22 de Junho de 1927, o Decreto n.º 13.809 aprovava o Estatuto Judiciário, depois modificado, em 10 de Abril de 1928, pelo Decreto n.º 15.344.

De acordo com o artigo 14.º do Estatuto, «a independência da magistratura judicial consiste no direito de, por intermédio do Conselho Superior Judiciário, escolher os seus membros para os diversos cargos judiciais, e no de exercer livremente as respectivas funções, sem sujeição a outros ditames que não sejam os que as leis impõem e a consciência inspira».

A institucionalização do Conselho Superior Judiciário, unicamente composto de magistrados, «como organismo superior hierárquico do Poder Judicial em matéria administrativa e disciplinar», poderia ser entendida como um meio suficientemente capaz de assegurar a independência das magistraturas. A verdade é que, num total de 5 membros com direito a

---

a história de sua liberdade, da defesa do seu espírito, do domínio da sua inteligência, numa palavra da nunca esmorecida defesa da sua substância humana».

128 Juan Montero Aroca, *Los principios políticos*..., op. cit.: 70.

voto, o presidente do Conselho era por direito próprio, o presidente do Supremo Tribunal de Justiça, livremente escolhido pelo Governo, dois vogais eram directamente nomeados pelo Governo e os restantes dois eleitos pela magistratura judicial, uns e outros de entre juízes conselheiros do Supremo, igualmente nomeados pelo Governo. Para lá das aparências, não era salvaguardado o princípio da independência orgânica do poder judicial, sendo estreito o elo que ligava o Conselho ao poder executivo.

Este poder esperava essencialmente dos seus juízes[129] que fossem um misto de sacerdotes e milicianos do poder e da conformação a este modelo ou estereótipo dependia em grande medida a respectiva classificação de serviço e progressão na carreira[130].

Com a instauração da democracia e a Constituição Republicana de 1976 o sistema de justiça sofreu em Portugal alterações profundas e progressivas. Todavia, no domínio da justiça civil, conservou-se no essencial o mesmo paradigma de processo, assente nos três princípios basilares e fundadores das reformas de 1926 e 1932.

---

129 Todos do género masculino, porquanto só após o 25 de Abril de 1974 as mulheres puderam ingressar na magistratura.

130 Para o Ministro Antunes Varela, por exemplo, «mais do que uma profissão, a magistratura judicial é um sacerdócio». O magistrado, em todas as facetas da sua vida, devia ser «o espelho das virtudes que, por delegação do Direito, a todo o momento exige dos outros», ter «fortaleza de ânimo necessária para desmascarar a mentira das partes e das testemunhas e deixar resplandecer toda a pureza da verdade», mas, acima de tudo, ter o espírito de renúncia na tarefa de aplicação das leis.

Este ponto é fundamental para Varela: «o magistrado tem de sacrificar, na aplicação do Direito, aos princípios incarnados no ordenamento jurídico constituído tanto o seu sentimento de equidade como as suas concepções pessoais de ordem geral relativas à disciplina de cada instituto.

A violação desse dever fundamental de subordinação à lei constitui um factor dissolvente da certeza e da segurança necessárias a toda a vida social, representa uma subversão da divisão constitucional dos poderes do Estado e pode em muitos casos —designadamente na apreciação dos chamados crimes contra a segurança interna ou exterior do Estado— constituir um perigo gravíssimo para a vida em comunidade», Antunes Varela, Discurso pronunciado quando da inauguração do Tribunal de Portalegre, em 28 de Maio de 1955, *Boletim do Ministério da Justiça*, 1955: 8-11.

O problema da reforma processual continuou a ser considerado como uma questão a ser discutida e resolvida segundo critérios e opções técnicos, como se não fosse também e essencialmente uma questão política dependente do lugar que o Estado, na ordem dos valores, destina à liberdade e à autoridade, à certeza e à justiça, ao individual e ao colectivo. Da colocação do debate sobre a justiça civil em plano tão redutor resultou que a concepção publicística do processo se manteve intocada e que a figura do juiz forte, activo e informado, a qual não por acaso nunca se conseguiu impor antes do aparecimento da ditadura, se reforçou e, conjuntamente com ela, a inquisitoriedade.

Não me deixa de surpreender que aqueles que lutaram, com assinalável sucesso, por um processo penal de estrutura acusatória fiquem indiferentes perante o reforço do inquisitório, no processo civil declarativo, onde estão essencialmente em causa interesses disponíveis dos particulares. Mais intrigante ainda se me afigura que sejam os mesmos reformadores a ampliar os poderes de direcção formal e material do juiz na reforma de 95/96 e a desjudicializar o processo executivo na reforma de 2003 (Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março).

Como ainda há pouco voltava a dizer Montero Aroca «não se trata já de ser coerente; trata-se de não cair na esquizofrenia»[131].

E se o futuro pertence ao garantismo então que o período de remissão seja breve e tranquilo.

---

[131] Juan Montero Aroca, Prólogo a Adolfo Alvarado Velloso, *Garantismo procesal...*, op. cit.: 20.