

PODERES PROBATORIOS DE LAS PARTES Y DEL JUEZ EN EUROPA⁽¹⁾

MICHELE TARUFFO

Profesor de Derecho Procesal Comparado y Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pavia.

SUMARIO:

- I. Introducción.- II. Tipología de los poderes de instrucción del juez.-
III. Implicancias ideológicas.- IV. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Un análisis adecuado del tema de los poderes del juez en los ordenamientos procesales europeos no puede agotarse en el breve espacio de una ponencia. La exposición que sigue tiene que estar limitada, entonces, a algunas referencias a los aspectos más relevantes de los ordenamientos, algunas observaciones introductorias y algunas consideraciones finales.

Una primera observación, de carácter terminológico, concierne al empleo de la expresión "inquisitorio". Este término está tan cargado de implicancias retóricas que lo hacen confuso o –en el mejor de los casos– inútil. Las implicancias retóricas son normalmente usadas con el objetivo de dar una valoración negativa a todo aquello a lo que se refiere (evocando más o menos explícitamente el espíritu de la Santa Inquisición, en cuyos procesos el investigado no tuvo ningún poder de defensa ante un tribunal omnipotente). El término "inquisitorio" es, por tanto, confuso porque no ha existido nunca, y no existe hoy en ningún ordenamiento, un proceso civil que pueda considerarse verdaderamente inquisitorio es decir, en el que las partes no tengan derechos o garantías y todo el proceso sea impulsado de oficio por el juez. De otra parte, no es el caso que la tradicional contraposición entre *proceso adversarial* y *proceso inquisitorio* esté privada de validez sobre el plano de la comparación entre modelos procesales.¹ Por estas razones parece particularmente útil una operación de terapia lingüística consistente en dejar de usar el término "inquisitorio", al menos con referencia al proceso civil. Es más oportuno hablar de modelos mixtos para indicar aquellos ordenamientos procesales –que actualmente son muy numerosos– en los que se prevén extensos poderes de instrucción al juez,² junto a la plena posibilidad que las partes tienen de deducir todas las pruebas admisibles y relevantes para la comprobación de los hechos.³

Otro apunte preliminar particularmente importante concierne a la cuestión de si los poderes de instrucción del juez pueden ser considerados como un problema político, o sea si

¹ Traducción del italiano de Aldo Zelo Villegas. Título original: *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*. Originalmente publicado en: *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*, Año LX - 2006, pp. 451-482. Ponencia presentada por el autor en la XXIV Convención Nacional de la Asociación italiana de estudiosos del proceso civil, llevada a cabo en Cagliari, el 7 y 8 de octubre del 2005 sobre "La prueba en el proceso civil".

² Agradecemos al Dr. Adrián Simons Pino, miembro del Consejo Consultivo de **ADVOCATUS** por la opción del presente artículo y al Dr. Aldo Zelo Villegas por su traducción.

³ Cf. en parte DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991, p. 34; TARUFFO, *See contra*, *Sotto la giustizia civile*, Bologna, 2002, p. 73 y ss.

⁴ [N. del Trad.] En el ordenamiento italiano, las causas son resueltas en primera instancia por un tribunal colegado. Sin embargo, se designa un juez (denominado "juez instructor") para que tramite la causa hasta que la misma sea susceptible de ser resuelta sobre el fondo por el tribunal. Por tanto, los "poderes de instrucción" están referidos a las facultades que cumplen el llamado "juez de instrucción".

⁵ Así p.e. COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, pp. 185 y ss., 350 y ss.; ID., *Affari processuali e poteri del giudice*, Torino, 1996, p. 59 y ss.

la atribución al juez de poderes de iniciativa de instrucción implica la asunción de una ideología política antiliberal y sustancialmente autoritaria, o incluso totalitaria. La cuestión no es nueva¹, y ha generado discusiones recurrentes en la doctrina del proceso civil. Sin embargo, ella es objeto de un reciente revival, particularmente en Italia² y en España³, pero también en otro lugar⁴, así que acerca de esto es oportuno hacer algunas consideraciones.

No es posible aquí examinar la tesis en todas sus versiones y variantes: en sustancia, tal tesis afirma que la presencia de un juez dotado de poderes de instrucción autónomos sería uno de los indicadores seguros del hecho de encontrarnos en un sistema autoritario, mientras un sistema auténticamente liberal no debería atribuirle al juez ningún poder de iniciativa de instrucción. No está claro, en los términos en que generalmente esta tesis es expresada, si se entiende que sería autoritario y antiliberal el proceso en el que el juez cuenta con poderes de instrucción autónomos, o si se tiene que considerar como autoritario, totalitario y antiliberal también el sistema político en el que semejantes poderes le son atribuidos al juez civil. En la primera hipótesis, todo el discurso amenaza a reducirse a un juego circular de definiciones: en realidad, se puede llamar "autoritario" al proceso en que el juez tiene poderes de instrucción, y llamar "liberal" al proceso en que el juez está privado de tales poderes.⁵ Esto en el empleo lingüístico es bastante común, aunque pueda parecer incongruente definir como simplemente "liberal" un proceso caracterizado por el monopolio de las privadas sobre los medios de prueba, puesto que un proceso semejante pudiera ser "no liberal" bajo otros puntos de vista, por ejemplo no asegurando la independencia del juez.⁶ El primer uso lingüístico es aún más incongruente ya que un proceso en que el juez cuenta con poderes de instrucción no implica ningún "autoritarismo" procesal, pudiendo tales poderes configurarse como puramente supletorios y complementarios con respecto de los de las partes, y pudiendo el juez desarrollar un papel completamente secundario, o marginal, en la recolección de las pruebas.⁷

Además, como a menudo ocurre, el juez pueda prescindir de ejercer sus poderes, así que no se tendría, en realidad, ningún gesto autoritario en la instrucción probatoria. Este modo de usar el lenguaje no es, en todo caso, neutral, en virtud de la valoración negativa que el uso retórico del término "autoritario" le da al proceso en que el juez está dotado con poderes de instrucción, y de la valoración positiva que el término "liberal" retóricamente otorga al proceso en que el juez está privado de tales poderes.⁸ Se trataría pues de un juego de definiciones determinadas no

¹ Cfr. en efecto CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, pp. 44 y ss., 83 y ss.

² Cfr. en particular CIPRIANI, *Nel canovario del regolamento di Klein (il processo civile tra libertà e autorità)*, En: *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 969 y ss.; ID., *Il problema dello giustizia civile tra passato e presente*, En: *Riv. dir. proc.*, 2003, I, p. 39 y ss.; ID., *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzia*, En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, p. 1243 y ss.; ID., *Il processo civile tra vecchio ideologo e nuovi slogan*, En: *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 455 y ss. Cfr. también MONTELEONE, *Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un "realista"*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, p. 575 y ss.; ID., *Contorno dibattito sugli "strumenti pubblici" del processo civile*, en *www.judicium.it*; ID., *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, pp. XI y siguientes, 10 y ss., 328 y ss.

³ Cfr. en part. MONTERO AROCA, *Il proceso civil "social" como instrumento de gestión autocratica*, En: *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 552 y ss. (junto al cual v. la apostilla de VERDE, *ib.*, p. 580 y ss.); ID., *Los poderes del juez en el proceso civil. Los ideólogos autoritarios y la pérdida de sentido de la realidad*, En: *Riv. Lit. Der. Proc.*, 2001, p. 262 y ss.; ID., *Los principios políticos de la nueva ley de Enjuiciamiento civil. Los poderes del juez y la entidad*, Valencia, 2001 (junto la cual v. los comentarios de VERDE, *La ideología del proceso en su reciente saggio*, En: *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 676 y ss.).

⁴ Cfr. p.e. ALVARADO VELLOSO, *Devido processo versus pruebas de oficio*, Bogotá, 2004, *passim*.

⁵ Lo circular del argumento es evidente si se parte de la premisa de que es autoritario el proceso en que el juez cuenta con poderes de instrucción, podrá derivar ciertamente de ello la consecuencia que si un juez cuenta con poderes de instrucción entonces el proceso en cuestión es autoritario.

⁶ Es el caso de la reforma que se realiza en 1865, en la que, junto a un código procesal "liberal", nace un ordenamiento judicial que somete la magistratura a las influencias del poder político (cfr. también para ulteriores indicaciones, TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi*, Bologna, 1980, p. 138 y ss.).

⁷ En este sentido cfr. en efecto CDMOGLIO, *Riforme processuali*, cit., p. 57 y ss.

⁸ En sentido análogo cfr. GUZMAN, *Algunas interrogantes difíciles de responder en la actividad probatoria del juez civil (Derecho Procesal Comparado español-argentino)*, En: *Revista Derecho Franco* (número extraordinario), 2004, p. 149 y ss.

particularmente útil, pero tampoco inocuo: es en todo caso oportuno no valerse de definiciones semejantes, ya que ellas parecen precursoras de confusiones y tergiversaciones.

La segunda de la hipótesis antes indicada (o sea, aquella según la cual existiría una conexión directa entre la presencia de poderes de instrucción del juez y la naturaleza autoritaria del sistema político en la que tales poderes son previstos) parece tener un contenido más serio y laborioso y, por lo tanto, merece alguna ulterior mención. En sus versiones corrientes, esta orientación es incierta por varias razones, relativas, ante todo, a la falta de una teoría política creíble y suficientemente articulada. Por ejemplo, generalmente no se distingue entre los muchos tipos de régimen político que, en su momento, son calificados como autoritarios, poniendo junto cosas bastante diferentes como el fascismo, el comunismo, el socialismo¹¹, el estado asistencial e intervencionista, el estado social, etcétera. De este modo la calificación de "autoritario" se hace así vaga y genérica por resultar sustancialmente falto de sentido.¹² De otra parte, no se distingue ni siquiera entre las varias especies de liberalismo, así que no se logra comprender si se habla de la concepción de Nozick, de Rawls¹³, de Mill, de Hayek, de Croce o de algún otro exponente de la teoría política liberal. En realidad, los partidarios de la orientación que aquí se considera no se interesan en la teoría política, y menos se preocupan por definir los conceptos políticos que emplean.¹⁴ Resulta sin embargo claro cuál es el tipo de sistema liberal al cual se dirigen sus preferencias: estos son –genéricamente– aquellos sistemas del siglo XIX en las que estuvieron vigentes las concepciones del proceso civil típico del individualismo propietario¹⁵, con la exaltación de la autonomía de las partes como valor absoluto y prioritario de actuar a cualquier costo, y privilegiado con respecto a cualquier exigencia de funcionalidad y eficiencia del procedimiento.¹⁶

¹¹ Cfr. p.e. MONTERO AROCA, *Los principios políticos*, Op. Cit., p. 54, que pone junto el *Zwangsstaat* austriaco de 1895, definido como "arbitral y autoritario" en cuanto a su inspiración genéricamente socialista, los Códigos procesales de los países comunistas y el Código italiano de 1940, definido de manera incondicional como "típicamente fascista, inmerso en esa concepción política". Por cuanto concierne al Código austriaco, es ciertamente verdadero que le atribuyó al juez relevantes poderes de dirección formal y material del proceso (v. RECHBERGER y KOOEK, *L'ordinamento del processo austriaco del 1895*, En: *Ordinamento del processo civile di Francesco Giuseppe*, 1895, Milano, 2004, p. XXXVIII y ss.), pero queda por establecer si la concepción de la función social del proceso típico de Klein fuera de veras autoritaria, como cree CIPRIANI *Nel centenario*, Op. Cit., p. 977 y ss., o fuera orientada esencialmente a la creación de un instrumento procesal rápido y eficiente (sobre las orientaciones políticas y culturales de Klein v. CONSOLIO, *Il duplice volto della "juenza" ginevrina civile tardo-estorica e del suo rigenerazione*, En: *Ordinamento del processo civile*, cit., p. XLVI y siguientes). En cuanto a los orígenes del Código austriaco de 1895 (CIPRIANI *Nel centenario*, Op. Cit., p. 975 y ss.), se cree que deriva directamente de un modelo de proceso "claramente no liberal y autoritario" como aquél previsto por el reglamento de Giuseppe II de 1781. No parece que esta valoración sea fundada. En realidad, el reglamento "giuseppino", tal como el reglamento "gallego" posterior, no siguieron para nada un modelo basado sobre los poderes del juez: al revés, todas las iniciativas eran dejadas a las partes, mientras el juez tenía un rol decididamente pasivo (v. TARUFFO, *Lo giustizia civile*, cit., p. 38 y con referencia al reglamento "gallego" entrado en vigencia en Italia del Norte en el 1815, ID., *Il processo civile nel Lombardo-Veneto*, En: *Regolamento generale del processo civile del Regno Lombardo-Veneto*, 1815, Milano, 2003, pp. XIN, XXVI. En sentido análogo cfr. SPRUNG, *Le fasi del diritto processuale austriaco*, En: *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 31, quien define como "liberal" al proceso en cuestión). Si fuera verdadero, como Cipriani afirma, que el Código de 1895 deriva directamente de estos precedentes, entonces haría falta concluir que este es un Código sustancialmente liberal. La realidad es, en cambio, que ello no deriva para nada de los Reglamentos citados, justamente porque le atribuye al juez un papel activo en la dirección del proceso y en la adquisición de las pruebas.

En cuanto a la procedencia naturalista fascista del Código Procesal Italiano v. supra, N. 3.

¹² En sentido análogo cfr. VERDE, *La ideologie del processo*, Op. Cit., p. 479 y s.

¹³ A la confirmación de la imposibilidad de hablar genéricamente de "liberalismo", sin ulteriori precisiones, se pueden adionar las críticas que un hiper-liberal como Nozick dirige a un liberal como Rawls (cfr. acerca de esto, también para referencias, GARGARELLA, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona-Buenos Aires-México, 1999, p. 45 y ss).

¹⁴ Para una crítica análoga cfr. DTEGA, *El juez ante la tensión entre libertad e igualdad*, En: *Revista Derecho Páscual* (No. extraordinario), 2002, p. 220.

¹⁵ No es un caso en que uno de los partidarios de la orientación que se discute en el texto crea que el proceso civil tiene sobre todo que ver con la propiedad: cfr. MONTERO AROCA, *Los poderes del juez*, Op. Cit., p. 262.

¹⁶ Por cuanto a España concierne cfr. p.e. MONTERO AROCA, *Los principios políticos*, cit., p. 29 y ss., con referencia a las modificaciones españolas del siglo XIX. A propósito de Italia v. supra en el texto.

Además, no se considera que la contraposición fundamental, como se observa en la ya clásica obra de Neumann, se dé entre liberalismo y autoritarismo, sino entre estado democrático y estado autoritario.¹⁷ La diferencia es importante porque han existido sistemas políticos que se inspiraron para algunos aspectos en la ideología liberal pero que ciertamente no pueden ser definidos como democráticos. La Italia de la segunda mitad del siglo XIX –al que algunos defensores del revival hacen referencia– fue por algunos calificada como “liberal”, y lo fue en particular en el ámbito de la justicia civil, puesto que el juez configurado por el Código Procesal del año 1865 fue sustancialmente pasivo y no contó con poderes de instrucción autónomos.¹⁸ Sin embargo, el régimen de la época no fue ciertamente democrático, puesto que –para citar un solo aspecto– el derecho a voto correspondió solamente a un reducido porcentaje de ciudadanos varones. De otra parte, han sido varios los regímenes autoritarios en los que el proceso civil permaneció como monopolio de las partes con respecto a la dirección del proceso y a la disponibilidad de los medios de prueba: basta pensar en el Código napoleónico del año 1806¹⁹, que sirvió luego de modelo a numerosas codificaciones del siglo XIX, al reglamento procesal austriaco del 1815²⁰, a la Italia fascista, donde hasta el año 1942 estaba en vigor el Código “liberal” del año 1865 o a la España franquista, en el que estaba en vigor la “liberal” Ley de Enjuiciamiento Civil del año 1881.

Por oposición, existen numerosos sistemas democráticos en los que el juez cuenta con amplios poderes de instrucción, como ocurre por ejemplo en Francia, en Suiza y en Alemania.²¹ En resumen: es verdad que los sistemas que se inspiraron en la ideología liberal clásica han producido ideologías procesales vinculadas a la presencia de un juez pasivo y al monopolio de todos los poderes procesales y probatorios reservado a las partes. Es cuanto se ha verificado, por ejemplo, en los Estados Unidos con la configuración del *adversarial system of litigation*²², en Italia con la codificación procesal de 1865²³, y en casi todas las codificaciones procesales del siglo XIX. No es verdad, en cambio, que los regímenes *vel-disont* liberales torzgan o hayan tenido sistemas procesales con un juez falto de poderes de instrucción. Por oposición, incluso es verdadero que algunos regímenes autoritarios, como el soviético²⁴, han extendido de modo relevante los poderes de instrucción del juez, pero también es verdad que no todos los regímenes autoritarios lo han hecho, como demuestran los ejemplos antes referidos de la Italia fascista, de la Alemania nazi y de la España franquista. Es por otra parte verdad que muchos regímenes no autoritarios –como se verá– han introducido relevantes poderes de instrucción. El hecho es que los poderes de instrucción del juez han sido introducidos en algunos regímenes autoritarios, y en muchos regímenes democráticos, cuando estos últimos han abandonado la ideología liberal clásica para seguir ideologías más desarrolladas en las que se configura un papel activo del estado en el gobierno de la sociedad. Si estas ideologías son o no son autoritarias es –una vez más– un problema de definiciones o un problema de teoría política que no puede ser adecuadamente afrontado en esta sede: sería, en todo caso, paradójica la tesis según la cual existirían sistemas democráticos que admiten modelos autoritarios de proceso civil.

¹⁷ Cf. NEUMANN, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, trad. it., Bologna, 1973. Neumann no hace ninguna referencia, al delimitar las características del estado democrático y el estado autoritario, al tema de los poderes del juez, tampoco cuando discute la función de la magistratura en Montasquieu y en las experiencias políticas siguientes (p. 240 y ss.).

¹⁸ Cf. TARUFFO, *La giustizia civile*, Op. Cit., pp. 114 y ss., 117, 119; ID., *Giuseppe Pisanelli e il codice di procedura civile del 1865*, En: Giuseppe Pisanelli, *Scienze del processo: cultura della legge e avvocato (un profilo e un anno)*, a cura di G. Vico, Napoli, 2005, p. 91.

¹⁹ Observo justamente OTEIZA, Op. Cit., p. 218, que Napoleón tuvo una concepción imperial del poder, que sin embargo no le impidió crear una legislación de inspiración liberal.

²⁰ Cf. TARUFFO, *Il processo civile nel barocco-Venezia*, Op. Cit., p. XIII y ss.

²¹ V. infra, No. 2.

²² Cf. TARUFFO, *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*, Padova, 1979, p. 259 y ss.

²³ V. infra, nota 18.

²⁴ V. infra, No. 2.

Consideraciones generales de este género serían probablemente suficientes para demostrar que las ecuaciones del tipo "poderes de instrucción del juez = régimen autoritario" y "juez pasivo = régimen liberal" son vagas y genéricas, y se reducen a slogans polémicos faltos de valor científico.²⁵ Ya que, sin embargo, estas ecuaciones corresponden a posiciones bastante difundidas, merece la pena determinar si por casualidad ellas tengan algún fundamento bajo la perspectiva comparativa e histórica.

II. TIPOLOGÍA DE LOS PODERES DE INSTRUCCIÓN DEL JUEZ

Incluso limitando el análisis a los principales ordenamientos procesales europeos, es oportuno distinguir al menos tres tipos de enfoques legislativos al problema de los poderes de instrucción del juez.

a) Un primer modelo está representado por los ordenamientos en los que el juez está dotado de un poder general de disponer de oficio la adquisición de pruebas, no deducida por las partes, que cree útiles para la comprobación de los hechos. Ya en el ámbito de esta situación se necesita introducir una ulterior distinción, indispensable tanto bajo la perspectiva sistemática, como desde el punto de vista ideológico. Hace falta en efecto precisar si el juez tiene un deber de adquirir de oficio todas las pruebas relevantes, o bien si él tiene sencillamente el poder de proceder en tal sentido.

a.1) La primera situación fue típica de los ordenamientos de tipo soviético, en los que se impuso al juez el deber de investigar de oficio semejante verdad (gracias a una peculiar concepción filosófica de la verdad derivada de la doctrina del materialismo dialéctico y a una teoría del proceso según la cual la decisión judicial tuvo que basarse en la verdad "material" de los hechos). Se previó más bien la nulidad de la sentencia en la que la verdad material no hubiera sido verificada.²⁶

a.2) La segunda situación, o sea aquella en la cual el juez tiene un poder discrecional general de disponer de oficio la adquisición de pruebas no deducida por las partes, está presente en varios ordenamientos de tipo no soviético. Un caso particularmente interesante es el de Francia, donde el artículo 10 del *Code de Procédure Civile*, en la parte del Código que concierne los *principes directeurs du procès*, dice que el juez "a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles". Se trata evidentemente de un poder discrecional y no de un deber sin embargo, el juez francés tiene la posibilidad de disponer la adquisición de todos los medios de prueba admisible que crea útiles para establecer la verdad de los hechos, yendo más allá de las deducciones de parte.²⁷

Según la orientación antes referida, estaríamos aquí en presencia de un sistema claramente autoritario, o incluso fuertemente autoritario, dada la extensión general de los poderes de instrucción que le son atribuidos al juez, pero una tesis de este género parece evidentemente absurda. Sobre el plano del proceso, en efecto, no solo el legislador francés actúa rigurosamente

²⁵ En este sentido alguna de las reacciones críticas suscitadas por la afirmación de que se habla en el texto. Cfr. en particular BARBOSA MOREIRA, *O neopositivismo no processo civil*. En *Revista Brasileira de Direito Processual*, 2003, 7, p. 12 y ss.; PARRA QUIJANO, *Racionalidad e abstração na produção de ofício*. Bogotá, 2004, pp. 9 y ss., 51 y ss.; SIMONS PINO, *El Dilema entre el Juez Activo y el Juez Pasivo*. En *XCVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá, 2005, pp. 815 y ss.; OTEIZA, *Op. Cit.*, p. 216 y ss.

²⁶ Sobre esta concepción, y sobre sus implicaciones filosóficas, cfr. DENTI, *La giustizia civile. Lezioni introduttive*. Bologna, 1989, p. 46; TARUFFO, *Studi sulla rilevanza delle prove*. Padova, 1970, p. 139 y ss. (verbalde para ulteriores indicaciones bibliográficas). Cfr. además GURMIG, *Introduzione: profilo generale del processo civile sovietico*. En *Atti del processo I, Il processo civile sovietico*. Padova, 1976, pp. 11-19; *Derecho procesal civil soviético*, trad. esp., México, 1971, p. 42.

²⁷ Cfr. p.e. FERRAND, *The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France*. En *The Reform of Civil Procedure in Comparative Perspective*, al cuidado de Trocker o Varano, Torino, 2003, p. 27 y ss.; CADIET-JEUAND, *Droit judiciaire privé*. Paris, 2004, p. 437 y ss.; VINCENT-GUNCHARD, *Procédure civile*, Paris, 2003, p. 541; CORNU-FOYER, *Procédure civile*. Paris, 1956, p. 450.

el principio dispositivo (cfr. p.e. los artículos 1, 4 y 5 del código)²⁸, sino que realiza de manera particularmente intensa el principio del contradictorio (cfr. los artículos 14 y 16)²⁹ con una tutela de los derechos de las partes más amplia que aquella que existe en muchos otros ordenamientos, incluido el nuestro. El poder atribuido al juez francés de disponer de oficio la adquisición de todas las pruebas admisibles proviene de una tendencia más general, históricamente emergente en Francia, en el sentido de acentuar el papel del juez en el proceso civil³⁰, que sin embargo no parece tratarse de cuestiones autoritarias³¹ y, más bien, parece indispensable para realizar una gestión eficiente del proceso civil.³² Se trata de otra parte de un poder discrecional, que obviamente el juez está libre de no ejercer si no reconoce en ello una necesidad. Parece más bien que los jueces franceses raramente se sirven de ello³³, probablemente porque –como por lo demás es obvio en todos los sistemas procesales– las partes son activas en deducir todas las pruebas que hacen falta para la comprobación de los hechos, haciendo superflua la intervención del juez. No por azar el manual francés –no sospechoso de simpatías autoritarias– dedica escasa atención al tema de los poderes de instrucción del juez.³⁴ Frente a una norma como el artículo 10, insertada en el contexto total de la justicia civil francesa. Parece, en todo caso, difícil pensar que Francia haya tenido en los últimos 30 años –o sea a partir de la entrada en vigencia del Code de Procédure Civile– un régimen autoritario.³⁵

Igualmente difícil es pensar que en los últimos 60 años lo haya sido Suiza, donde el artículo 37 de la Ley Procesal Federal del año 1947 prevé, en general, que el juez pueda disponer pruebas no deducidas por las partes.³⁶

Surge luego otra complicación, relativa al hecho que en varios ordenamientos procesales al juez tiene pocos poderes de instrucción o no tiene ninguno en el proceso ordinario, mientras que cuenta con amplios poderes de iniciativa de instrucción en algunos procesos especiales. Como en el caso del proceso del trabajo en Italia y también de varios procesos especiales en España.³⁷ En estos casos haría falta pensar que el ordenamiento procesal y también el correspondiente sistema político están enfermos de alguna forma de esquizofrenia, siendo liberales y autoritarios al mismo tiempo en sectores diferentes de la justicia civil.

b) Un segundo modelo, en el que se inspira la mayor parte de los ordenamientos actuales –entre los que, por ejemplo, están Italia y Alemania– prevé que al juez sean atribuidos algunos poderes de iniciativa de instrucción. Naturalmente estos poderes pueden ser más o menos

²⁸ Cfr. p.e. FERRAND, *Op. Cit.*, p. 9; CADIET-JULIAND, *Op. Cit.*, p. 397 y ss.; VINCENT-GUINCHARD, *Op. Cit.*, p. 514 y ss.; CORNU-FOYER, *Op. Cit.*, p. 438 y ss.

²⁹ Cfr. p.e. FERRAND, *op. cit.*; CADIET-JULIAND, *Op. Cit.*, p. 374 y ss.; VINCENT-GUINCHARD, *Op. Cit.*, p. 543 y ss.; CORNU-FOYER, *op. cit.*, p. 466 y ss.

³⁰ Cfr. p.e. VINCENT-GUINCHARD, *Op. Cit.*, Paris, 1991 (la extensa disertación es tratada en las ediciones más recientes) p. 306 y ss., y en part. la clásica obra de NORMAND, *Le Juge et le Acte*, Paris, 1965, *op. cit.*, p. 385 y ss.

³¹ En el Code de Procédure Civile se reconoce más bien una solución de compromiso, que sitúa la tradición radicalmente liberal contrariando los poderes de las partes con la función del juez, que es promover la justicia con el logro de la solución más correcta de la controversia. En este sentido cfr. CADIET, *Civil Justice Reform: Access, Cost and Delay, The French Perspective*, in *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, ed. by Zuckerman, Oxford, 1999, p. 316.

³² Cfr. p.e. FERRAND, *Op. Cit.*, p. 10 y ss.

³³ Cfr. BEARDSLEY, *Proof of Fact in French Civil Procedure*, En: 34 *Am J Comp L*, 1966, p. 489 y ss.

³⁴ En la edición del 2003 de uno de los principales manuales franceses (o sea VINCENT-GUINCHARD, *Op. Cit.*) el argumento lo es dedicado 7 líneas en la p. 541 y una línea y media en la p. 809.

³⁵ En sentido análogo cfr. BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, p. 18.

³⁶ Cfr. BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, p. 17.

³⁷ Cfr. acerca de esto Los Poderes del Juez Civil en *Alcance Probatorio*, al cuidado de JE. ABEL LUICH y J. RICO I JUNOY, Barcelona, 2003, p. 67 y ss. También en el proceso del trabajo español el juez cuenta con amplios poderes de instrucción, en la forma de las diligencias para mejor proveer previstas en el artículo 98 de la ley de procedimiento laboral de 1990.

numerosos y más o menos amplios, según cada caso. Surge, sin embargo, una tendencia bastante clara al incremento de los poderes de instrucción del juez que se manifiesta también en Italia, por ejemplo con la reciente introducción del artículo 281-ter.³⁸

Sobre la naturaleza autoritaria o no autoritaria del proceso civil italiano no es el caso extenderse en esta sede. Quiera sólo remarcar la opinión que expresé hace años,³⁹ y que me parece todavía oportuna, según la cual el Código de Procedimiento Civil italiano no fue para nada un código 'fascista', salvo algunas apariencias retóricas que –quizá inevitablemente, puesto que se dio en 1940– estuvieron presentes en la *Relazione*.⁴⁰ Frente al principio de disponibilidad de las pruebas establecidas en el artículo 115, y de la realización del principio dispositivo de las partes en normas como los artículos 99, 101 y 112, del Código de Procedimiento Civil italiano la atribución al juez de algunos poderes de instrucción fue modesta, limitada, y ciertamente no como para hacer al juez el *dominus* absoluto y autoritario de la comprobación de los hechos como la experiencia aplicativa de las décadas siguientes ha demostrado claramente. En cuanto a reformas más recientes, como la que ha introducido en el año 1998 el artículo 281-ter, no se puede decir ciertamente que ellas hayan perturbado el sistema procesal, vulnerando los derechos de las partes y dejándolas en manos de un juez inquisidor.

El juez alemán está tradicionalmente dotado de una gama bastante amplia de poderes relativos a la prueba de los hechos. Ante todo, él tiene que discutir y aclarar con las partes, que son tenidas a proveerle informaciones completas y verificadoras, todos los hechos relevantes de la causa, dando a las partes las oportunas indicaciones.⁴¹ Además, él puede contar sustancialmente de oficio con todos los medios de prueba, con la sola excepción de la prueba testimonial.⁴² En el caso en que las partes no hayan deducido una prueba testimonial que el juez considera relevante, él puede sin embargo preguntar a las partes si han considerado esta posibilidad y por qué no la han aprovechado⁴³ lo que puede inducir fácilmente a las partes a ofrecer el testimonio que omitieron indicar.

Los poderes de instrucción del juez alemán han sido incrementados significativamente en el año 2001 –con la introducción en el § 142 del *Zivilprozessordnung*– del poder de ordenar de oficio a las partes y a los terceros la exhibición de documentos a la que una parte haya hecho referencia y –en el § 144– del poder de disponer la inspección de cosas.⁴⁴ El juez alemán viene pues a tener un

³⁸ En realidad, en Italia esta tendencia se manifiesta de modo bastante esporádico y con efectos escasamente relevantes. Obsérvese justamente COMOGGIO, *Etica e tecnica*, Op. Cit., p. 189; ID., *Riforme processuali*, Op. Cit., p. 42, que las reformas del 1990-91 y el 1995 no han seguido esta tendencia, que tuvo en cambio una relevante confirmación con la reforma del proceso del trabajo.

³⁹ Cf. TARUFFO, *La giustizia civile*, Op. Cit., pp. 255 y ss., 266 y ss., análogamente Cf. VERDE, *Le ideologie del processo civile*, Op. Cit., pp. 680, 683, quien cree que el código es moderadamente autoritario, pero ciertamente no totalitario.

⁴⁰ [N. del Trad.] La '*Relazione*' puede ser considerada la exposición de motivos del Código de Procedimientos Civiles italiano.

⁴¹ Notó justamente SATTA, in *Atti del codice di procedura civile*, En: Foro It., 1947, IV, c. 47, que fascista podría ser la *Relazione*, pero no el código. Para un reciente y esmerado análisis de la *Relazione*, orientado a demostrar que en ella hubieron afirmaciones de tono fascista, pero que no encontraron correspondencia en el código, Cf. PARRA QUIJANO, Op. Cit., p. 51 y ss. En sentido análogo Cf. también OTTEZA, Op. Cit., pp. 217 y ss. También CIPRIANI (Ferra Cabresse), *La relazione al re e l'epistolario di Cicerone*, En: ID., *Ideologie e modelli del processo civile*, Napoli, 1997, p. 57 y ss.) pone en evidencia el carácter fascista del lenguaje usado en la *Relazione*, pero con la finalidad de demostrar la influencia del régimen de la época. Eso no demuestra, sin embargo, que tal influencia se haya manifestado más allá de la *Relazione* y sobre los contenidos de la codificación procesal.

⁴² Cf. los §§ 138 y 139 (este último dado de baja en el 2001) del *Zivilprozessordnung*. Cf. por último PRÜTTING, *Die materielle Prozessleitung*, En: *Festschrift-Maxieck*, München, 2004, pp. 397 y ss.; MURRAY-STÜRNER, *German Civil Justice*, Durham, N.C., 2004, pp. 156 y ss.

⁴³ Cf. por ejemplo MURRAY-STÜRNER, *Op. Cit.*, p. 264. Para una más reciente pero amplia exposición Cf. BRÜGGEMANN, *Judex auctor ante iudex investigator: Untersuchungen zur Abgrenzung zwischen Richtermacht und Parteistellung im gegenwärtigen deutschen Zivilprozess*, Bielefeld, 1968, pp. 350 y ss., 373 y ss.

⁴⁴ Cf. los §§ 273(2)(f) y 373 del *Zivilprozessordnung*, sobre el cual Cf. por ejemplo, BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS-HARTMANN, *Zivilprozessordnung*, 63. Aufl., München, 2005, pp. 1075 y ss., 1477 y ss.

⁴⁵ Cf. MURRAY-STÜRNER, *Op. Cit.*, pp. 242 y siguientes, 244 y siguientes; BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS-HARTMANN, *Op. Cit.*, pp. 724 y ss., 730 y ss.; WALTER, *The German Civil Procedure Reform Act 2001: Much Ado About*

poder casi general de iniciativa de instrucción. Se trata, por lo tanto de un juez que desarrolla un papel muy activo tanto en la dirección del proceso como en la gestión de la fase de instrucción. Esta función del juez alemán ha ido progresivamente extendiéndose y fortaleciéndose en virtud de muchas reformas que han sido introducidas a lo largo de todo el curso del siglo XX. Tales reformas estaban dirigidas a reducir progresivamente el exclusivo monopolio de las partes sobre el proceso y sobre las pruebas, previsto en la formulación originaria del *Zivilprozessordnung* del año 1877, y a confiarle al juez la tarea de administrar el proceso de modo eficiente, atribuyéndole los necesarios poderes.⁴⁵

No es aquí posible recorrer la compleja historia de las reformas procesales alemanas. Vale la pena subrayar como ellas no han sido actuadas bajo la influencia de la ideología nacional socialista. Es verdad, en efecto, que el nazismo le atribuyó al juez un rol central en la ideología del estado, pero también es verdadero que no influyó de modo directo y preciso en el tema de los poderes de instrucción del juez en el proceso civil. Tampoco la reforma del año 1933, que incidía de modo importante sobre la estructura del proceso civil, implicó una novedad relevante bajo este punto de vista, y fue, en todo caso, el fruto de tendencias de política legislativa precedentes, antes que de la ideología nazi.⁴⁶ No se puede decir, pues, que el nazismo haya determinado el paso de una concepción "pasiva" (es decir "liberal") a una concepción "activa" (y por lo tanto "autoritaria") del papel del juez, puesto que esta transformación ya había ocurrido, en amplia medida, con las reformas del período liberal, en la época precedente a la instauración del régimen nazi. Tampoco se puede decir, específicamente, que el nazismo haya provocado una ampliación de los poderes de instrucción del juez en el proceso civil.⁴⁷

De otra parte, para referirnos a épocas más recientes, debemos preguntarnos si la Alemania del 2001 (en la que la última reforma amplía significativamente estos poderes) es un régimen autoritario que aspira a que el juez civil sea el *longo manus* de un poder dictatorial en el proceso, casi como si el *Führerprinzip* no hubiera sido superado.⁴⁸

A propósito de los ordenamientos democráticos que atribuyen al juez algunos poderes de iniciativa de instrucción, es oportuno ir, por un momento, más allá de los confines europeos⁴⁹ para hacer referencia a un ordenamiento importante (también bajo la perspectiva de la ideología política) como el estadounidense. En efecto, vale la pena de recordar que la *Rule 614(a)* de las *Federal Rules of Evidence* le atribuye al juez el poder de ordenar de oficio pruebas testimoniales no deducidas por las partes, mientras la *Rule 614(b)* le atribuye el poder de interrogar a los testigos, ofrecidos por las partes o de oficio por el mismo juez. Además, la *Rule 706* le atribuye el poder de ordenar de oficio consultorías técnicas, nombrando a expertos.⁵⁰ El primero de estos poderes raramente es ejercido⁵¹,

Nothing! En *The Reform of Civil Procedure*, Op. Cit., pp. 75 y ss.; HANNICH-MEYER-SEITZ-ENGERS, *ZPO-Reform*, Köln 2002, p. 190 y ss. Sobre la historia de la reforma del 2001 Cfr. iv, pp. 37 y ss.

⁴⁵ Para exposiciones resumidas de esta evolución histórica, que tiene sus primeros pasos importantes en las reformas del 1902 y el 1909, Cfr. GOTTWALD, *Civil Justice Reform: Accus. Cont. and Expedition. The German Response*. En: *Civil Justice in Crisis*, Op. Cit., pp. 226 y ss.; WALTER, Op. Cit., p. 67 y ss. Cfr. también BRÜGGEMANN, Op. Cit., pp. 53 y ss. 61 y ss.

⁴⁶ Sobre estos aspectos de las relaciones entre nacional socialismo y proceso civil: BÖHM, *Prozess civil e abstrigo nello stato nazionalsocialista*, trad. it. En: *Avviso trimestrale di storia e procedura civile*, 2004, pp. 623 y ss. 627 y ss. 639.

⁴⁷ En sentido análogo cfr. BARBOSA MOREIRA, Op. Cit., p. 15.

⁴⁸ Una duda análoga podría formularse a propósito de las reformas que tuvieron lugar en el 1902, 1909 y 1924 (último el cual v. GOTTWALD, Op. Cit., p. 227 y ss.; WALTER, Op. Cit., pp. 68 y ss.), o en las épocas anteriores a la instauración del régimen nazi.

⁴⁹ Vale en todo caso la pena señalar que en ordenamientos procesales extranacionales surge la tendencia a una extensión de los poderes de instrucción del juez, completamente fuera de cualquiera opción ideológica en sentido autoritario. Es por ejemplo el caso del Brasil, (sobre el cual v. BARBOSA MOREIRA, Op. Cit., p. 19) y del ordenamiento de América Latina (sobre el cual cfr. PARRA QUIJANO, Op. Cit., pp. 67 y ss. 93 y ss.).

⁵⁰ Sobre estas normas Cfr. por ejemplo GRAHAM, *Federal Rules of Evidence*, St. Paul, Minn., 2003, pp. 302 y ss. 363 y ss.; SALTZBURG-MARTIN-CAPRA, *Federal Rules of Evidence Manual*, 2002, 3, pp. 614-2, 706-3 y ss.

⁵¹ Se afirma más bien que los jueces solo deberán ejercerlo en casos excepcionales, pero no interferir con las actividades probatorias de las partes. Cfr. por ejemplo GRAHAM, Op. Cit., p. 302; SALTZBURG-MARTIN-CAPRA, Op. Cit., 3, pp. 614-3.

aunque ocurre que los jueces lo utilizan cuando un conocedor cuenta con informaciones relevantes y ninguna de las partes lo llama a testimoniar, o bien cuando el juez no quiere limitarse a las indicaciones que las partes han dado de la controversia.²² El poder de disponer de consultorías técnicas más a menudo es usado, sobre todo con el objetivo de corregir las distorsiones que pueden ser provocadas por el empleo de los consultores técnicos de parte.²³ En todo caso, se trata de poderes de instrucción de notable importancia. No hay duda sin embargo, que el proceso estadounidense ha mantenido su intrínseco carácter adversarial²⁴, de este modo no parece que en 1975 –año de introducción de los *Federal Rules of Evidence*– o en los decenios siguientes, los Estados Unidos se hayan convertido en un sistema político autoritario.

c) Hay, finalmente, –y este es el tercer modelo que será aquí considerado– ordenamientos en los que no están previstos casi expresamente reales poderes de iniciativa de instrucción del juez; sin embargo, el juez desarrolla un papel activo en la adquisición de las pruebas. Los ejemplos relevantes en este sentido son sobre todo dos: el inglés y el español.

En Inglaterra la tradición plurisecular consentía que el juez no ordenara casi nunca pruebas por su propia iniciativa, pero que indicara a las partes las pruebas que creyera oportuno deducir.²⁵ Las *Civil Procedure Rules* de 1998 radicalmente transformaron el sistema del proceso inglés, atribuyéndole al juez amplios e intensos poderes de dirección del proceso²⁶, pero en cuanto concierne la adquisición de las pruebas, no se han alejado de la tradición. Paradójicamente, pues, se podría hablar de un sistema procesal que se ha vuelto "autoritario", pero no le ha atribuido al juez poderes autónomos de iniciativa de instrucción. En las *Rules*, en realidad, no hay ninguna norma que le permita al juez ordenar pruebas de oficio. Sin embargo, según la *Rule* 32.1 el juez puede *control the evidence* indicando a las partes las cuestiones de hecho sobre las que solicita que sean deducidas pruebas, precisando el tipo de pruebas que deben ser deducidas y el modo en que ellas deben ser producidas en juicio.²⁷ Además, según la *Rule* 32.4 el juez puede establecer si es que pueden ser producidas declaraciones testimoniales escritas²⁸ y de qué manera; según la *Rule* 32.5 puede autorizar luego al testigo a ampliar el objeto de su citación. Otras normas parecen definir el papel del juez: así, por ejemplo, la *Rule* 18.1(1) admite que el juez pueda ordenar a las partes proveer explicaciones e informaciones ulteriores, incluso sobre materias no contenidas en el *statement of case*²⁹; la *Rule* 35.9 le permite al juez ordenar a una parte proveer informaciones que la otra parte no dispone, y la *Rule* 35.15 le permite al juez nombrar *adversary* expertos cuando se trata de decidir sobre materias en las que hacen falta conocimientos específicos.³⁰

²² Cf. SALTZBURG-MARTIN-CAPRA, *Op. Cit.*, 3, pp. 414-2 y ss.

²³ Cf. GRAHAM, *Op. Cit.*, pp. 364 y ss.; SALTZBURG-MARTIN-CAPRA, *Op. Cit.*, 3, pp. 706-3.

²⁴ En realidad el carácter adversarial del proceso estadounidense depende de actitudes intrínsecamente arraigadas en la cultura jurídica y social norteamericana, que empapan todos los sectores del Derecho. Acerca de esto Cf. en particular KAGAN, *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Cambridge-Mass.-London, 2001, pp. 2 y ss., 9 y ss., 14 y ss., 24 y ss., 44 y ss. En particular sobre el carácter adversarial de la justicia civil estadounidense, y sobre los movimientos que de él se desprenden, v. *in*, pp. 99 y ss.

²⁵ Cf. VARANO *Organizzazione e garanzia della giustizia civile nell'anglosassero moderno*, Milano, 1973, p. 255, que recuerda (ivi p. 252) que el juez inglés cuenta con el poder de convocar de oficio con la adquisición de testimonios, aunque muy raramente se usa. Se dice generalmente que el juez puede llamar a un testigo por su propia iniciativa, pero solo si las partes lo permiten. Cf. CROSS & TAPPER, *On Evidence*, London, 2004, p. 308.

²⁶ Cf. PASSANANTE, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*. En *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2000, pp. 1363 y ss.; ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, London, 2003, pp. 34 y ss.; ANDREWS, *A New Civil Procedure Code for England: Party-Control "Going, Going, Gone"*. En *15 CQ*, 2000, pp. 19 y ss.; ID., *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford, 2003, pp. 333 y ss.

²⁷ Cf. ZUCKERMAN, *Op. Cit.*, pp. 375 y siguientes, 604, 663 y ss.; ANDREWS, *English Civil Procedure*, *Op. Cit.*, p. 778.

²⁸ Cf. ZUCKERMAN, *Op. Cit.*, p. 693.

²⁹ Cf. ZUCKERMAN, *Op. Cit.*, p. 219; ANDREWS, *op. cit.*, p. 41.

³⁰ Cf. ZUCKERMAN, *Op. Cit.*, p. 640.

El juez inglés cuenta pues con muchos poderes que se pueden definir como "de dirección y de control" sobre la adquisición de las pruebas, de intensidad sustancialmente no menor con respecto de los poderes de los que dispone la mayor parte de los jueces continentales. Además, estos poderes le han sido otorgados sobre la base de la tradición inglesa, pero en el ámbito de un verdadero y justo Código de Procedimiento Civil que ha puesto al juez en el centro del funcionamiento del proceso⁴¹, incluso garantizando de modo riguroso la tutela de los derechos de las partes.⁴² Habría, pues, que preguntarse si de repente –y sin que nadie se haya enterado– en 1998 Inglaterra se convirtió en un régimen político autoritario, bajo la guía de un peligroso ideólogo como Lord Harry Woolf.

También España representa, por muchos aspectos, un "caso" interesante. De un lado, un Código típicamente "liberal" como la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 previó en el artículo 340 las llamadas diligencias para mejor proveer, o sea un poder de iniciativa de instrucción que pudo ser ejercido por el juez, antes de la decisión, en caso de que creyera necesario integrar las pruebas ofrecidas por las partes.⁴³ La actual *Ley de Enjuiciamiento Civil*, introducida en el 2000, ha eliminado este poder –reduciendo así el ámbito de iniciativa del juez– y prevé en el artículo 435 solo una diligencia final en la que el juez puede ordenar de oficio la renovación de pruebas ya asumidas si su resultado no ha sido satisfactorio.⁴⁴ Sin embargo, esto no implica sino que el juez español haya sido reducido de veras a un estado de total pasividad por cuanto concierne la adquisición de las pruebas. En efecto, el artículo 429 del *Ley de Enjuiciamientos Civiles* le atribuye el poder de señalar a las partes las pruebas que cree conveniente para su adquisición, cuando cree que las pruebas deducidas por las partes pueden resultar insuficientes para la comprobación de los hechos.⁴⁵ En tal caso el juez indica a las partes los hechos sobre los que cree que las pruebas son insuficientes y también puede indicar –sobre la base de lo que surge de los actos procesales– qué pruebas deberían ser deducidas. Esta norma parece el fruto de un compromiso entre tendencias diferentes relativas a la definición del papel del juez en el proceso civil⁴⁶, pero es en todo caso interesante: es cierto que se prevé solamente un tipo de sugerencia que el juez dirige a las partes, pero también es evidente que esta sugerencia está dotada con una notable fuerza persuasiva.⁴⁷ El juez español, pues –como el inglés y el alemán– tiene la posibilidad de hacer que sean deducidas por las partes las pruebas que considera relevantes para su decisión. Es absolutamente evidente que la *Ley de Enjuiciamientos Civiles* de 2000 no es el fruto de una visión autoritaria del proceso civil⁴⁸, tal y como parece absurda la hipótesis de que estaría vigente un régimen político autoritario en la España del año 2000.

⁴¹ Cf. ZUCKERMAN, *Op. Cit.*, pp. 34 y ss.; ID., *Court Control and Party Compliance: The Quest for Effective Litigation Management. In: The Reform of Civil Procedure*, *Op. Cit.*, pp. 140 y ss.

⁴² Cf. ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, *Op. Cit.*, pp. 51 y ss., 95 y ss., 101 y ss.

⁴³ Observa justamente FARRÉN GUILLEN *La ley de enjuiciamiento civil de 1881, normativa española (1881-2000)*, en *Ley de enjuiciamiento civil 1881*, Milano, 2001, p. XXXI y s.) que se trató de un proceso típicamente liberal, en el que se atribuyó al juez un rol muy reducido, pero con un "trazo impositivo final", representado por las diligencias para mejor proveer.

⁴⁴ Cf. *Los Poderes del Juez Civil*, *Op. Cit.* pp. 106 y ss.; PICO I JUNYOY, *Los prebidos del nuevo proceso civil español*, En *Rev. Res. Dir. Avoc.*, VII, 2002, p. 418; VASQUEZ SOTILLO, *Las diligencias finales, en Anticipo del Nuevo Proceso Civil*, Barcelona, 2000, I, pp. 549 y ss., el que critica decididamente al corte restrictivo de la norma en cuestión; es sentido igualmente crítico, Cf. DÍAZ FUENTES, *La prueba en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Barcelona, 2004, pp. 108 y ss., que habla de un paso atrás de la legislación española con la eliminación –debido a una exageración del principio dispositivo– de un instituto procesal eficiente, y con la transformación del juez en una "esfera inerte".

⁴⁵ Cf. *Los Poderes del Juez Civil*, *Op. Cit.*, pp. 42 y ss.; PICO I JUNYOY, *Op. Cit.*, p. 419 y ss.; GUZMAN, *Op. Cit.*, pp. 165 y ss.

⁴⁶ Cf. *Los Poderes del Juez Civil*, *Op. Cit.*, p. 33. No es curioso, sin embargo, que el nuevo proceso civil español actúe plenamente el principio dispositivo; c. PICO I JUNYOY, *Op. Cit.*, pp. 412 y ss.

⁴⁷ En el sentido que la norma premia un real poder de instrucción del juez Cf. PICO I JUNYOY, *Op. Cit.*, pp. 419 y ss., quien critica la opción predominantemente en la doctrina española, según la cual no se trató de una instancia de instrucción en sentido estricto.

⁴⁸ Al contrario, se afirma que ella es la expresión de una concepción "liberal y garantista". Cf. MONTERO AROCA, *Los principios políticos*, *Op. Cit.*, pp. 57 y ss. En particular, debe ser excluido que el artículo 429 sea el fruto de una visión autoritaria, de qué se ha señalado en el texto. Cf. en este sentido *Los Poderes del juez civil*, *Op. Cit.*, p. 35.

III. IMPLICANCIAS IDEOLÓGICAS

Por cuanto se ha observado hasta ahora se demuestra, sobre cada duda razonable, que no existe alguna conexión entre la atribución al juez de más o amplios poderes de iniciativa de instrucción y la presencia de regímenes políticos autoritarios y antidemocráticos. El análisis comparativo enseña, an efecto, que en los principales ordenamientos europeos –sobre el carácter democrático de los que no son sensatamente posibles tener incertidumbres– se configura un papel activo del juez en la adquisición de las pruebas relevantes para la decisión sobre los hechos. Se podrá decir que estos ordenamientos no se inspiran en una ideología de tipo liberal clásico, o sea, del tipo del siglo XIX, puesto que en muchos de ellos el estado asume un papel activo en numerosos sectores de la vida social, pero este es otro problema y muy diferente que atañe en general al papel del estado, tal como ello ha venido definiéndose en todos los ordenamientos modernos. Una vez más sin embargo, surge la exigencia fundamental de evitar confusiones conceptuales e ideológicas: un sistema puede no inspirarse en la ideología del Liberalismo del siglo XIX, sin dejar de ser democrático con esto y sobre todo sin convertirse en autoritario o totalitario solo porque le atribuye al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas.

También a este propósito es oportuno un empleo esmerado y riguroso de los conceptos: una cosa es el juez potencialmente "activo" al facilitar las iniciativas probatorias de las partes, pero insertas en un contexto procesal en el que son aseguradas las garantías de las partes en el ámbito de un sistema político democrático, mientras que otra cosa completamente diferente es el juez inquisidor integrado en un sistema político y procesal de molde autoritario.⁶⁹ La primera situación es la que se presenta –como se ha visto– en los ordenamientos procesales modernos, en los que el principio dispositivo y las garantías de la defensa y el debate son actuadas; en las que el juez cuenta con poderes más amplios de iniciativa de instrucción. La segunda situación no se da, en realidad, en ninguno de los ordenamientos europeos, ni en la mayor parte de los ordenamientos extraeuropeos. La diferencia entre juez "activo" y juez "autoritario" es confirmada por la circunstancia que la función "activa" del juez en orden a la adquisición de las pruebas se configura claramente como complementaria y supletoria con respecto de la actividad probatoria de las partes, con la consecuencia que cuando estas ejercen cumplidamente su derecho de deducir todas las pruebas disponibles y, por lo tanto, proveen al juez elementos suficientes para la comprobación de los hechos –como a menudo ocurre en la práctica– no hay ninguna necesidad que el juez ejerza sus poderes. Absolutamente considerable sería una función inquisitoria y autoritaria de un juez que adquiriera las pruebas de oficio por su propia iniciativa y expropiando a las partes los derechos y las garantías que les corresponden en el ámbito del proceso. De semejante función, no obstante, no hay huella en alguno de los ordenamientos modernos.

Todo esto no demuestra sin embargo, que la atribución al juez de poderes de instrucción sea el fruto de una opción exclusivamente "técnica" y carente de implicaciones ideológicas.⁷⁰ Al contrario, la decisión de si todos los poderes de iniciativa de instrucción tengan que ser otorgados exclusivamente a las partes o si poderes más amplios de iniciativa e instrucción puedan o tengan que también ser atribuidos al juez, deriva de una elección de carácter sustancialmente ideológico. Sin embargo, las ideologías que están en juego aquí no son las que inspiran las concepciones políticas generales dominantes en los sistemas en que en su momento el legislador se ocupa de la cuestión. En particular, no se trata vagamente del contraste entre ideologías "liberales" e ideologías genéricamente "autoritarias". El problema, en cambio, está ubicado en un contexto ideológico bastante confuso, que atañe específicamente a las ideologías de la función del proceso civil y la decisión que lo concluye,

⁶⁹ Cfr. por ejemplo SIMONI PINO, *Op. Cit.* pp. 825 y ss.

⁷⁰ Para un examen crítico de esta opción Cfr. CAVALLONE, *Op. Cit.* pp. 184 y ss.

Si se parte de la premisa, que deriva de una precisa elección ideológica, que la función del proceso civil sea exclusivamente aquella de solucionar controversias poniendo punto final a los conflictos entre los privados⁷¹, pueden llevar a varias consecuencias. Una consecuencia es que parece razonable dejar exclusivamente a las partes la tarea de administrar como quieren la competencia procesal y en particular la deducción de las pruebas⁷², por lo tanto, el juez viene a encontrarse en la condición de ser un árbitro pasivo, que tendrá que juzgar al final de un proceso administrado acaparadoramente por las partes, exclusivamente sobre la base de los elementos de convicción que las partes le han provisto.⁷³ Otra consecuencia es que no se preocupa de la calidad de la decisión final, si lo que se quiere es que ella sea el fruto directo de la confrontación individual de las partes, que ponga, en todo caso, fin a la controversia, no importa el contenido de la decisión, tal como no importan los criterios según los que es formulada.⁷⁴ Encuentra confirmación en el ámbito de las teorías de la llamada *procedural justice*, según las cuales el proceso es esencialmente justo en cuanto se basa en el libre juego de las partes en el ámbito de la contienda procesal, mientras la justicia "procesal" prescinde del resultado del procedimiento, o sea de la justicia "sustancial" de la decisión final mas bien, la justicia de la decisión depende exclusivamente de la corrección del procedimiento que la precede.⁷⁵ Ya que estas teorías colocan solamente en el proceso el criterio de justicia de la solución del conflicto, así que cada decisión es exclusivamente justa en cuanto responda a un proceso ecuatoriano (siendo ecuatoriano solamente el proceso en que las partes tienen todas las iniciativas y el juez no toma alguna) procede que no existen criterios autónomos y específicos para establecer, por ejemplo, si una decisión es o no es justa en sí, o sea, en función de los criterios según los cuales se ha resuelto el conflicto.⁷⁶ En otras palabras, no existen –o no son válidos– criterios autónomos, independientes de las características del procedimiento, en función de los que se pueda establecer si la decisión contiene una solución justa o injusta del conflicto entre las partes. Por consiguiente, no existe la posibilidad de establecer si ella deriva de una correcta aplicación de la ley a los hechos de la causa, ni si estos hechos han sido verificados correctamente, ni si los intereses y los derechos de las partes han sido tomados adecuadamente en consideración. También con respecto de la finalidad fundamental, que es poner en todo caso punto final a la controversia, la calidad de la decisión es irrelevante: las partes pueden decidir no continuar la pelea no en cuanto la decisión sea justa, o sea, percibida como tal, sino por las razones más variadas, sobre todo cuando creen –o cuando una de ellas cree– haber agotado en la controversia todos los recursos y las energías disponibles. Puede ocurrir pues que a la controversia también se ponga punto final cuando la decisión es injusta y errónea, y como tal es percibida por las partes, si ésta no tiene la voluntad o la posibilidad de reaccionar contra ella. También puede ocurrir que la controversia se cierre con un acuerdo que para una de las dos partes es sustancialmente injusto, si esta parte no tiene la posibilidad concreta de continuar el proceso para imponer sus derechos.⁷⁷

Si partimos de una concepción según la cual no importa la calidad de la decisión que concluye el proceso ya que se prescinde de los valores y las exigencias que se toman en consideración, una conclusión a la que se puede llegar es que, la comprobación de la verdad de los hechos tiende a ser

⁷¹ Sobre esta concepción del proceso cfr. ampliamente DAMAŠKA, *Op. Cit.*, pp. 173 y ss. Cfr. también FISS, *The Law as a Craft* (Be. New York-London, 2003), pp. 21 y ss., 51 y ss.

⁷² Cfr. DAMAŠKA, *Op. Cit.*, p. 207 y ss.

⁷³ Cfr. DAMAŠKA, *Op. Cit.*, pp. 211, 223 y ss., 225 y ss. FISS, *Op. Cit.*, p. 20.

⁷⁴ Cfr. DAMAŠKA, *Op. Cit.*, p. 239.

⁷⁵ Esta la base fundamental de la búsqueda de psicología de justicia del procedimiento que se han desarrollado en las últimas décadas, sobre todo en los Estados Unidos. Una útil reseña de estas búsquedas se encuentra en LIND-TYLER, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York-London, 1988, en particular pp. 30 y ss., 35 y ss., 110 y ss. Cfr. también los ensayos recogidos en el volumen *Procedural Justice*, ed. by K.F. Rahn and S. Madsen, Dartmouth, 1997.

⁷⁶ Ocurre en este sentido la misma cosa que ocurre en el duelo: quien vence merece vencer (cfr. COULURE, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1989, I, p. 310). Análogamente Cfr. GUZMÁN, *O. Op. Cit.*, p. 153.

⁷⁷ Acerca de esto Cfr. el hoy clásico ensayo de Owen FISS, *Against Settlement*, *ibidem*, *Op. Cit.*, p. 90 y ss.

considerada como una cosa irrelevante como un objetivo imposible por alcanzar o hasta como una eventualidad desagradable o contraproducente. "Un proceso dirigido a maximizar el objetivo de la resolución de los conflictos no puede (...) aspirar al mismo tiempo a maximizar la exactitud de la comprobación del hecho" afirma uno de los mayores estudiosos de estos problemas.⁷⁶ De otra parte, "el proceso de resolución de los conflictos es indiferente a cuán efectivamente sean las cosas" y, por lo tanto, no está interesado en conseguir una comprobación verdadera de los hechos de la causa.⁷⁷

Existen numerosos sujetos que –más o menos conscientemente– adoptan algunas variantes de esta actitud, se ve al abogado escéptico al absolutista decepcionado y al nihilista filosófico con muchas manifestaciones según la cultura jurídica o filosófica que se tome en consideración.⁷⁸ Un aspecto importante de esta actitud concierne específicamente al tema de los poderes de instrucción del juez. Siendo notorio e históricamente confirmado⁷⁹ que el modo eficiente para descubrir la verdad de los hechos en juicio es restablecer exclusivamente a las partes las iniciativas probatorias. Resulta obvio que quien asume una posición de absoluta indiferencia con respecto a la comprobación de la verdad también es propenso a adoptar un sistema en que las partes dispongan en vía exclusiva de todas las iniciativas de instrucción, sin que al juez sea atribuido ningún poder. La teoría según la que el proceso está exclusivamente dirigido a la resolución de los conflictos se basa en una visión individualista que refleja un "sociologically impoverished universe" en el que cuentan solamente los intereses y los objetivos privados.⁸⁰ Por cuanto culturalmente y sociológicamente pobre sin embargo, esta visión lleva a sustentar que solamente los individuos privados pueden y deben desarrollar un papel activo en el proceso civil y eso también vale a propósito de las iniciativas probatorias.

Por el contrario, es interesante subrayar que cuando se parte de la premisa ideológica por la cual no deberían atribuirle al juez poderes de iniciativa de instrucción, esto lleva a concluir que hace falta renunciar a la idea de que pueda ser en el proceso conseguida –o tenga que ser investigada– la verdad de los hechos. No al azar uno de los autores que afirma la naturaleza autoritaria de los sistemas que le atribuyen al juez estos poderes con mayor énfasis y, por lo tanto, es favorable a su eliminación, también afirma que necesita "humildemente" renunciar a la verdad en el ámbito del proceso.⁸¹ En síntesis, si la comprobación de la verdad de los hechos no interesa, entonces no hay necesidad de proveer al juez de poderes de instrucción autónomos para permitirle verificarla cuando para este objetivo las iniciativas de las partes resultan insuficientes; recíprocamente, si se comparten las razones ideológicas por las que se cree que el juez no tenga que ser dotado con estos poderes, entonces es coherente creer que el proceso no pueda, y en todo caso no deba, ser orientado hacia la comprobación de la verdad de los hechos.

Estas orientaciones pueden ser objeto de numerosas críticas que aquí no pueden ser discutidas analíticamente.⁸² En todo caso, ellos arriesgan –como se suele decir– probar demasiado. Si la comprobación de la verdad no interesa y, por lo tanto, el proceso no tiene que ser orientado hacia este objetivo y si tampoco interesa la calidad de la decisión, entonces es difícil comprender porqué las partes y el juez deben perder tiempo en ofrecer y en admitir las pruebas. Si se cree

⁷⁶ Cf. DAMAŠKA, *Op. Cit.*, p. 212.

⁷⁷ Cf. DAMAŠKA, *Op. Cit.*, p. 213.

⁷⁸ Para un análisis más amplio de estas actitudes Cf. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*. Nuova general. Milano, 1992, pp. 7 y siguientes.

⁷⁹ Cf. LANGBEIN, *The Dignity of Adversary Criminal Trial*. Oxford New York, 2003, p. 312 y siguientes.

⁸⁰ Cf. FISS, *Op. Cit.*, pp. 33 y ss., 35, 51 y ss.

⁸¹ Cf. MONTERO AROCA, *Las pruebas probatorias*. *Op. Cit.*, p. 109. ID., *La prueba en el proceso civil*. Madrid, 2002, pp. 244, 248.

⁸² Particularmente eficaces son las críticas desarrolladas por Owen FISS, quien subraya como la teoría del proceso como resolución de los conflictos se basa en un individualismo radical inapropiado en la sociedad moderna, y sobre la "privatización" de los valores en juicio en la administración de la justicia. Cf. *Op. Cit.*, pp. 34 y ss., 51 y ss., 53 y ss. Igualmente eficaz es la crítica de OTEIZA, *Op. Cit.*, pp. 222, 233, según la cual el proceso liberal, en el que todas las potestades son otorgadas a las partes, desecha completamente el valor de la equidad.

que el verdadero y exclusivo fin del proceso y la decisión es ponerle fin a la controversia, entonces hay otros modos, más rápidos y eficaces, de alcanzar el objetivo, lo fueron las ordalías, que pusieron sencillamente fin al proceso eliminando a una de las partes y también lo sería echarlo a la suerte, como, por otra parte, alguien sugiere, al menos para los casos más difíciles⁶⁵, o bien el lanzamiento de una moneda.⁶⁶ En esta perspectiva, la instrucción probatoria –así como todo el proceso– desarrollaría solamente una función marginal y simbólica, no sería otra cosa que un tipo de representación ritual⁶⁷, que es celebrada no porque se trata de un instrumento institucional dirigido a administrar la justicia, sino porque sirve para hacer creer, a las partes y a la sociedad generalmente, que la justicia es hecha con la esperanza de que, en tal modo, las partes se induzcan a concluir la controversia y la paz social sea rehecha. En sustancia, el ritual procesal serviría sencillamente para legitimar la decisión⁶⁸, haciéndola parecer como aceptable, sin que la naturaleza o el contenido de ella tengan ninguna importancia: el proceso, y en particular la adquisición de las pruebas, sería destinada sencillamente a hacer que cualquier decisión, independientemente de su justicia intrínseca y de su relación con los hechos reales de la causa, sea aceptada por sus destinatarios.

El panorama cambia completamente si se parte de una opción ideológica diferente y que Jerzy Wroblewski ha definido como “ideología legal-racional” de la decisión judicial.⁶⁹ Esta ideología pone al centro del problema de la administración de la justicia la calidad de la decisión, subrayando que ella tiene que estar fundada en una aplicación correcta, y racionalmente justificada, del derecho. En la misma dirección se ubican otras concepciones según las que la administración de la justicia no se resuelve en la controversia entre individuos privados, sino que tiene que ser orientada a la realización de public values⁷⁰ o a la consecución de decisiones justas.⁷¹ En este orden de ideas, una de las condiciones para que el proceso conduzca jurídicamente y de modo racional a decisiones correctas, y por lo tanto justas, es que este sea orientado a establecer la verdad en orden a los hechos relevantes de la causa. Para esto, podrían invocarse varias justificaciones pero dos de ellas parecen particularmente relevantes. La primera es que, especialmente en el ámbito de la administración de la justicia, y también de la justicia civil, se advierte la “necesidad de la verdad” que un acreditado filósofo indica como un aspecto esencial del pensamiento y la cultura moderna, más allá de un carácter esencial de las sociedades democráticas.⁷² La segunda justificación, en alguna medida más específica, es que ninguna decisión judicial puede considerarse legal y

⁶⁵ Cf. DUXBURY, *Random Justice: an Anomaly and legal decision-making*, Oxford, 1999.

⁶⁶ Cf. FISS, *Op. Cit.*, p. 52.

⁶⁷ El proceso presenta evidentes aspectos rituales, que han sido justos a menudo en ordenes (Cf. por último CHASE, *Law, Culture and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, New York-London, 2006, pp. 114 y ss., 122 y ss. Cf. también BALL, *The Way the Thing: An Anecdotal Reflection on Courts Under the Banner of Justice*, En: 28 *Stan L. Rev.*, 1975, p. 100 y ss.; TARUFFO, *Il processo civile “adversary”*, *Op. Cit.*, pp. 294 y ss.). El problema no es el de la existencia de estos aspectos, pero sí establecer si la función ritual es la única función que el proceso y la obtención de las pruebas pueden desarrollar. Al respecto parece válida la opinión de CHASE (ib. pp. 122 y ss.), según la cual el proceso desarrolla una doble función: la de solucionar controversias y la simbólica.

⁶⁸ En este sentido Cf. en part. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied u. Rh., 1969, pp. 37 y ss. Cf. además PETERS, *Adaptation as Legitimation*, en 97 *Cad. L. Rev.*, 1997, pp. 312 y ss.

⁶⁹ Cf. WROBLEWSKI, *Fa qualche giudizio e la responsabilità delle decisioni giudiziarie*, trad. it. en *La crisi del ragionamento giuridico*, al *Giornale de Commentari e Giurisprudenza*, Torino, 1987, p. 284; ID., *Theoretical and Ideological Problems of Creating Judicial Decisions*, en ID., *Meaning and Truth in Judicial Decisions*, Helsinki, 1982, pp. 127 y ss.; ID., *Modello di la aplicación judicial del derecho*, En: ID., *Verdad y hecho en el derecho*, Murcia, 2001, pp. 67 y ss.

⁷⁰ Cf. en part. FISS, *Op. Cit.*, p. 30. Sobre las características del proceso orientadas a la realización de *public values* Cf. en general, DAMASKA, *Op. Cit.* pp. 249 y ss.

⁷¹ En particular, sobre las muchas condiciones de justicia de la decisión judicial, Cf. TARUFFO, *Suozioni*, *Op. Cit.*, pp. 219 y ss.

⁷² Cf. WILLIAMS, *Truth and Justification: An Essay on Genealogy*, Princeton Oxford, 2002, p. 1. Particularmente interesante es el análisis que Williams dedica al papel que la verdad desarrolla en la sociedad liberal. Cf. ibidem, pp. 106 y ss. (sobre este aspecto del pensamiento de Williams cf. LUKES, *Verdad e potere*, En: *La nuova Società*, *Silvanio e accetti*, al *Giornale de Borzari e Fossato*, Bologna, 2006, pp. 159 y ss.; CARTER, *Verità e potere in Williams e Dworkin*, ib. p. 137 y siguientes).

racionalmente correcta y por lo tanto justa, si se basa en una comprobación errónea y no verdadera de los hechos a los que se refiere.⁵³

La afirmación que la justicia de la decisión también depende de la veracidad de la comprobación de los hechos puede parecer obvia y no por azar está presente en varias culturas jurídicas, y también en Italia.⁵⁴ Hay sin embargo, algunas razones por las que no puede considerarse deducida. Por un lado, en efecto, a menudo surge la desgastada pero nunca desechada objeción escéptica por la cual la verdad no sería nunca alcanzable⁵⁵, tanto menos en el proceso y, por lo tanto, no sería posible hablar sensatamente de comprobación verdadera de los hechos.⁵⁶ Por otro lado, no deben ser descurtidas las argumentaciones —ya referidas— de quien cree que en todo caso la búsqueda de la verdad en el proceso sea inútil, si no contraproducente, con respecto a la finalidad fundamental del proceso que es reconocida en la solución de las controversias. Parece pues útil desarrollar, incluso en términos sintéticos, algunas implicancias de la orientación según la que la comprobación verdadera de los hechos es un objetivo que también debe ser perseguido en el proceso civil.

Ante todo, vale la pena subrayar que en esta perspectiva el proceso no deja de ser el instrumento institucional para la resolución de las controversias, pero se vuelve relevante la calidad de la decisión con que la controversia es solucionada.⁵⁷ En sustancia, cada decisión no es "buena" solo porque pone punto final al conflicto; la decisión es "buena" si pone punto final al conflicto siendo fundada en criterios legales y racionales, entre los que asume importancia particular la veracidad de la comprobación de los hechos.⁵⁸ Por otro lado, la ideología seguida por la cual el proceso tiene que tender a concluirse con decisiones justas parece coherente con una interpretación no formal y no meramente repetitiva de la cláusula constitucional del "justo proceso": ella debería en efecto ser referida a un proceso que puede ser "justo" en cuanto está orientado a la consecución de decisiones justas.⁵⁹ Además, se podrían valorar las calidades y los defectos de los varios sistemas procesales en función de su capacidad de conducir a decisiones justas, o sea —por cuanto aquí interesa— a decisiones basadas en una comprobación verdadera de los hechos: por ejemplo, un proceso en el que existan

⁵³ Cf. más ampliamente TARUFFO, *op. cit.*, cit., pp. 225 y ss.; ID., *La prova*, Op. Cit., pp. 43 y ss. En sentido análogo es el pensamiento de varios autores, entre los que están: ATIYAH-SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, 1987, pp. 157 ss.; FRANK, *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, Princeton, 1950, pp. 95 y ss.; NICÓ I JUNCY, *Op. Cit.*, p. 416.

⁵⁴ Cf. en efecto, por ejemplo, CALAMANDREI, *La prova: logica della giustizia civile*, en ID., *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 25.

⁵⁵ No es el caso de afrontar aquí los problemas de orden filosófico que conciernen a los varios conceptos de verdad. Indicaciones muy útiles para un panorama actual de estos problemas se encuentran en los ensayos de CASTELLANI, MASSIMI, PARRINI y SORLITTI, publicados en *La verità*, Op. Cit., pp. 13 y ss., 35 y ss., 63 y ss., 121 y ss.

⁵⁶ Sobre esta objeción, a menudo recurrente en los discursos que se hacen alrededor de la prueba y a la decisión judicial, v. más ampliamente TARUFFO, *La prova*, Op. Cit., pp. 8 y ss., 24 y ss. Para un ejemplo reciente de esta actitud de MONTERO AROCA, véase nota 84.

⁵⁷ Cf. por ejemplo FISS, *Op. Cit.*, p. 25.

⁵⁸ Es oportuno evitar ocuparse en esta sede de los rancios y a menudo inútiles discusiones relativas a la distinción entre verdad absoluta y verdad relativa. Basta recordar que de verdades absolutas se hablan ya solo en el ámbito de alguna religión o alguna metafísica, mientras todas las otras verdades no son sino relativas. Por consiguiente, también la verdad que se consigue en el proceso no puede sino ser relativa, o sea dependiente del contexto procesal y de los datos probatorios sobre los que se basa. Esto no implica, sin embargo, que de verdad se pueda y se tenga que hablar en el proceso, en el que la verdad constituye un necesario ideal regulativo que orienta la actividad probatoria y la comprobación de los hechos. Para más amplios desarrollos de estos problemas cf. TARUFFO, *La prova*, Op. Cit., pp. 58 ss., 143 y ss. En particular sobre la verdad como concepto dotado de valor regulativo, cf. PARRINI, *Verità e realtà*. En: *La verità*, Op. Cit., pp. 92 y ss. Sobre el problema de la verdad en el proceso, y en particular para la crítica al tradicional cuanto infundado distinción entre verdad formal y verdad material, cf. FERRER BELTRÁN, *Verdad y veritas en el derecho*, Madrid-Barcelona, 2002, espec. pp. 41 y ss., 68 y ss.

⁵⁹ Para una ilustración en este sentido cf. CHIARLONI, *Il processo come storia: dai codici di procedura civile torali alle recenti riforme e proposte di riforma*. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, p. 671. Es la amplia literatura sobre el "justo proceso" Cf. en part. En COMOGGIO, *Essere e tenore del "giusto processo"*, Op. Cit., passim, también para ulteriori indicaciones bibliográficas.

varias reglas de prueba legales y muchas reglas de exclusión de pruebas relevantes aparecería como singularmente inadecuado para permitir la formulación de decisiones justas, mientras que aparecería más funcional a este objetivo un proceso en el que todas las pruebas relevantes que se asumieran fueran valoradas por el juez según criterios racionalmente válidos.

La orientación favorable a la atribución de poderes de instrucción al juez, que se manifiesta –como se ha visto– en numerosos ordenamientos, se basa evidentemente en elecciones ideológicas en función de los que la calidad de la decisión que cierra el proceso no es para nada indiferente e irrelevante y tonto que tender en cambio a basarse en una comprobación verdadera de los hechos de la causa.¹⁰⁰ Para que esta finalidad sea conseguida hace falta que se realicen varias condiciones: una de estas condiciones es que el juez pueda integrar las iniciativas probatorias de las partes cuando ellas parecen insuficientes o inadecuadas para permitir la adquisición de todas las pruebas que hacen falta para formular una decisión que verifica la verdad de los hechos. Parece de otra parte insostenible la opinión –a veces recurrente en particular en la doctrina norteamericana¹⁰¹– según la cual un proceso podría ser orientado hacia la búsqueda de la verdad de los hechos y sin embargo, debería estar basado en el exclusivo monopolio de las partes de las iniciativas probatorias. La historia del proceso del *common law* enseña, en efecto, que el proceso integralmente adversarial no ha sido orientado nunca hacia la búsqueda de la verdad¹⁰², y que la libre controversia de las partes no es un buen método para alcanzar una comprobación verdadera de los hechos.¹⁰³ En todos los procesos hay al menos una parte –la que sabe que se equivoca– que no tiene ningún interés en que se descubra la verdad; de otro lado, los defensores no son científicos que persiguen una búsqueda imparcial y desinteresada de la verdad, y tienen interés en hacer emerger la versión de los hechos que más le conviene a su cliente, antes que la verdad.¹⁰⁴

Es sobre la base de consideraciones de este género que todos los grandes ordenamientos europeos se han orientado en el sentido de atribuirle al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas. Un caso particularmente interesante, desde este punto de vista, es el de Inglaterra, donde la tendencia a hacer que el proceso civil pueda conseguir resultados de *substantive justice*, basándose en la máxima aproximación posible a la verdad de los hechos, ha inducido a reforzar decididamente los poderes del juez invirtiendo la orientación tradicional de aquel sistema procesal.¹⁰⁵ Como se ha visto antes, los diversos ordenamientos procesales han usado técnicas normativas diferentes y se han inclinado, más o menos, por la ampliación de los poderes de instrucción del juez. Un dato constante que surge de la investigación comparativa es que, en todo caso, ningún ordenamiento procesal moderno renuncia a orientarse hacia la búsqueda de la verdad de los hechos y ningún ordenamiento procesal moderno confía exclusivamente en la iniciativa de las partes para conseguir este objetivo. También será útil notar que sobre ninguno de estos ordenamientos pende la sombra de Torquemada, y en ninguno de ellos aflora el fantasma del juez como *longa manus* de Hitler, de Mussolini o de Stalin. Se presenta bastante la figura, mucho más modesta y razonable, de un juez que asiste al "juego de las partes" e interviene cuando se antera que este juego amenaza llevar a

¹⁰⁰ En este sentido Cfr. por ejemplo IMBIA OLIVANO, *Op. Cit.*, pp. 9 y ss.; OTEIZA, *Op. Cit.*, p. 127.

¹⁰¹ Cfr. por ejemplo LANDSMAN, *The Adversary System: A Description and Defense*, Washington-London, 1984, pp. 3, 36; WALPIN, *America's Adversarial and Jury Systems: More Likely To Do Justice*, En 26 *Harv. J. Law & Publ. Aff.*, 2003, p. 175 y ss.

¹⁰² Cfr. LANGBEIN, *Loc. Cit.*

¹⁰³ Cfr. JODOWICZ, *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*, En *Int. Comp. L.Q.*, 2003, pp. 2 y ss.

¹⁰⁴ Sobre la idea "construcción" del abogado, que asiste la parcialidad con respecto al empleo de las pruebas y a la recuperación de los hechos, v. más ampliamente TARUFFO, *Involvement and Detachment in the Presentation of Evidence*, En *The Eyes of Justice*, ed. by R. Kewton, New York et al., 1993, pp. 267 y ss.

¹⁰⁵ Cfr. p.e. JODOWICZ, *The Woolf Report and the Adversary system*, en *CJQ*, 1996, p. 199 y siguientes. En sentido análogo cfr. ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, cit. p. 6, quien subraya que el objetivo de permitir la comprobación de la verdad ha estado entre las razones fundacionales de la reforma procesal inglesa, y recuerda que la concepción de la verdad como condición de la justicia de la decisión es recurrente en la cultura jurídica inglesa.

decisiones injustas porque se basa en una comprobación inadecuada de los hechos, en cuanto las partes no han producido en juicio todas las pruebas disponibles.

La experiencia de los ordenamientos procesales europeos exhiben también la inconsistencia de una premisa de la que a menudo se cogen los movimientos –implícitamente o explícitamente– cuando se discute sobre los poderes de instrucción del juez. Llamaría a esta premisa ‘teoría de la tarta’, ya que consiste en concebir el conjunto de los poderes de iniciativa de instrucción como una tarta que el legislador en su momento divide entre las partes y el juez, con la consecuencia que en cuanto más poderes de instrucción le son atribuidos al juez, eso implicaría una proporcional reducción de los poderes probatorios de las partes.¹⁶⁶ Si así fuese, haría falta concluir que en el proceso francés las partes ya no tienen ningún poder de iniciativa de instrucción, puesto que el artículo 10 atribuye la ‘tarta’ entera al juez otorgándole –como se ha visto anteriormente– un poder general de disponer pruebas de oficio. Análogamente, haría falta concluir que en el proceso alemán a las partes no quedaba otra cosa que una ‘rebanada’ muy reducida e incierta, constituida por el poder de deducir pruebas testimoniales. Esta ‘rebanada’ no estaría ni siquiera reservada a la completa disponibilidad de las partes, puesto que el juez puede inducir la deducción de testimonios que ellas no dedujeron de espontánea voluntad. Todo ello es evidentemente absurdo, tratándose de ordenamientos en los que no es dudoso que sean actuadas las garantías de la defensa y que el derecho a la prueba que corresponde a las partes sea reconocido y asegurado.¹⁶⁷ La ‘teoría de la tarta’ es pues inconsistente e infundada.

Ahora, en cambio, no es posible seguir considerando la atribución de poderes de instrucción al juez y su ejercicio como un tipo de proporcional *deminutio* de las posiciones procesales de las partes y como una violación de sus garantías fundamentales. La experiencia de los ordenamientos europeos y en particular del ordenamiento francés, se orienta, por el contrario, en el sentido que sea posible maximizar en el mismo momento el derecho a la prueba de las partes, la garantía del debate y la atribución al juez de amplios poderes de instrucción. De otra parte, es evidente que cuando el juez ejerce uno de sus poderes de instrucción no usurpa ningún poder de las partes ni invade un territorio a ellas reservado. Esto podría darse solamente en un sistema en el que las partes no gozaran de ninguna garantía, pero –además del hecho que ello no ocurre en ningún ordenamiento procesal desarrollado– ello concierne directamente a la configuración de los derechos y las garantías de las partes, antes que a los poderes del juez. De otra parte, como también se ha visto, los diversos ordenamientos no prevén que el juez se entere *a priori* y solo a la búsqueda de las pruebas, sino solamente que él ejerza poderes de control e iniciativa que son configurados claramente como accesorios, y sustancialmente residuales, con respecto a los poderes de iniciativa de instrucción que corresponden a las partes. Además, en los sistemas que actúan de veras las garantías de la defensa, estos poderes deben ser ejercidos en pleno debate de las partes, con el derecho a este de objetar con respecto a las iniciativas del juez y de deducir las pruebas que estas iniciativas hagan necesarios. Basta observar, de otra parte, que el juez italiano, ex artículo 281-ter, llama de oficio a un testigo a la que una parte ha hecho referencia o el juez inglés, español o alemán que sugiere a las partes deducir una prueba, no invaden un campo de las partes privándolas de alguna prerrogativa: estos jueces están desarrollando sencillamente una tarea específica que es hacer que la decisión final se base en todas las pruebas disponibles, y, por lo tanto, sea aproximada lo más posible a la verdad de los hechos.

¹⁶⁶ Para un ejemplo de esta concepción cfr. MONTERO AROCA, *Los principios procesales*, Op. Cit., p. 55.

¹⁶⁷ Para un panorama comparativo al respecto cfr. PERROT, *Le droit de la preuve*. En: *Effektive Rechtsschutz und rechtsangemessene Ordnung*, Bielefeld, 1983, pp. 91 y ss.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis de los principales ordenamientos europeos, que se ha bosquejado, sugiere desarrollar, a título de conclusión, alguna sintética consideración relativa al argumento que es generalmente usado para contrastar o criticar la atribución al juez de autónomos poderes de iniciativa de instrucción. Este argumento está bastante difundido¹⁰⁸, y dice sustancialmente que en el momento en que el juez ejerce estos poderes pierde la imparcialidad misma, porque esta acaba favoreciendo a una u a otra parte, y también pierde la independencia, porque acaba valorando de modo desequilibrado las pruebas que él ha dispuesto asumir.¹⁰⁹

Acerca de esto se puede observar ante todo –aparte de la dudosa autenticidad de las ingenuas nociones psicológicas sobre las que este argumento se basa– que si ello fuera válido deberíamos concluir que todos los legisladores procesales europeos –cada uno a su modo– han sido asaltados por un viento de locura que los ha inducido a atribuirle al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas, sin darse cuenta que en tal modo habrían puesto en riesgo el valor fundamental de la imparcialidad y la independencia del juicio del mismo juez. Ya que no hay pruebas creíbles de esta locura colectiva, deberíamos concluir que la experiencia comparativa enseña la falta de fundamento del temor que el juez, ejerciendo un papel activo, se vuelva, por ello mismo, parcial e incapaz de valorar correctamente el material probatorio que ha sido adquirido también al juicio sobre la base de su iniciativa.¹¹⁰

Se puede observar luego que en realidad el juez "toma partido" a favor de una parte y contra la otra en cada momento del proceso, o sea todas las veces que provee o decide algo en relación al procedimiento, o soluciona cuestiones preliminares o prejudiciales, pero nadie piensa que por esta razón, y a cada momento, él pierde su imparcialidad ya que el juez *tabula rasa* y absolutamente pasivo no existe, y en todo caso no puede existir en el curso del proceso. De tal manera, deberíamos concluir que el juez no es nunca imparcial, sin embargo, cualquier discurso sobre el proceso estaría privado de sentido. No se entiende, de otra parte, porqué el juez se convierte en parcial cuando dispone una prueba de oficio o sugiere a las partes deducir una prueba, y no la desarrolla, por ejemplo, cuando admite o excluye una prueba deducida por una parte, cuando reduce las listas testimoniales o cuando cierra la instrucción probatoria artículo 209 del Código Procesal Civil.

En general, además, sería oportuno aclarar la imagen del juez a la que se ha hecho referencia. Si se piensa en un "buen" juez, capaz de ejercer correctamente y racionalmente sus poderes, no hay razón de temer que él se vuelva parcial e incapaz de valorar las pruebas, por el solo hecho de haber

¹⁰⁸ En la doctrina italiana Cr., en particular, LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositiva*. En ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, p. 12, que afirma que "hace falta, pero que el juicio sea cumplido rectamente, también asegurar psicológicamente la imparcialidad de la persona física que lo dirige en el proceso". Se trata, sin embargo, de una opinión a la que a menudo se recurre en la doctrina italiana. Cr. por ejemplo FAZZALARI, *Limbo della del giudice civile*. En: *Riv. de. proc.*, 1972, pp. 193 y ss.; MONTESANO, *Le prove dispositive d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, p. 189 siguientes. También en la doctrina norteamericana esta tesis representa un tipo de lugar común. Cr. por ejemplo LANDISMAN, *op. cit.*, pp. 2 y siguientes, 37; SALTZBURG, *The Unnecessarily Expanding Role of the American Trial Judge*. En: *64 Wj. L. Rev.*, 1970, p. 17; FULLER, *The Adversary System*, en ID., *Talks on American Law*, New York, 1961, p. 39 y siguientes.

¹⁰⁹ Cr., en particular, LIEBMAN, *Op. Cit.*, p. 13 quien trata que no se pueda dudar "que la imparcialidad del juez se vea viciada cuando el juez que juzga sea también juez de misma elección y llamado y por su iniciativa adquiere al proceso".

¹¹⁰ La "incompatibilidad psicológica entre búsqueda y decisión" de la que habla por ejemplo LIEBMAN, *Op. Cit.*, p. 13, no solo no es demostrada, sino –a fuerza verdadera– podría en crisis todos los sectores de búsqueda científica, es el que es normal que quien desarrolla búsquedas presenta los resultados como válidos en cuanto son confirmados por su búsqueda. No se puede pensar, en realidad, que el resultado de búsquedas u experimentos sea evitado por el mero hecho de ser formulado por las mismas personas que han desarrollado las búsquedas o efectuado los experimentos. La validez de un descubrimiento científico no depende de la circunstancia que el resultado sea formulado por personas diferentes por las que han desarrollado las relativas búsquedas, sino de las razones y de las pruebas que sustentan la autenticidad del descubrimiento. No están claras las razones por las cuales lo que vale para cualquier sujeto que lleva conclusiones de inferencias por él mismo hechas y descubiertas, no puedan valer en cambio para el juez que veina la autenticidad de una prueba dispuesta de oficio.

dispuesto o sugerido su adquisición. Solo si se piensa en un juez incapaz y psíquicamente débil se puede temer que él pierda su propia imparcialidad en el momento en que decide sobre la oportunidad que una prueba ulterior sea adquirida, o que no sea capaz de solo valorar una prueba de modo equilibrado porque ha sido por él dispuesta. Un juez "normal" está en capacidad de establecer si un testimonio, por él considerado útil, es creíble o no, de la misma manera con la cual valora la credibilidad de un testimonio ofrecido por una parte. En ese sentido sostener la hipótesis que el juez considera atendible un testimonio que no lo es, solo porque ha dispuesto de oficio su audición, presupone que aquel juez sea considerado "no normal". Naturalmente existe el riesgo que el juez este condicionado por el llamado *early bias* (o *confirmation bias*), o sea por la inclinación a creer atendibles las propias primeras impresiones sobre los hechos de la causa, y a investigar en las pruebas las confirmaciones del propio pre-juzicio, subvalorando las pruebas que contrastan con ello. Sin embargo, el modo para afrontar esta eventualidad no es ciertamente la exclusión de los poderes de instrucción del juez, puesto que ella también puede verificarse cuando el juez no cuenta con estos poderes o en todo caso no los ejerce: bien pueda ocurrir, en efecto, que también un juez "pasivo" se pegue excesivamente a una cierta versión de los hechos de la causa, y, por lo tanto, oriente las decisiones posteriores, incluso la decisión final, sobre la hipótesis que tal versión de los hechos sea digna de ser considerada como verdadera. De otra parte, no hay necesidad de largas argumentaciones para enseñar que los remedios contra el prejuicio del juez son otros, y consisten en la plena realización del debate de las partes, también a obra del mismo juez y en la necesidad que él redacte una motivación analítica y completa, racionalmente estructurada sobre la base de justificaciones controlables, de la decisión sobre los hechos.¹¹

Evidentemente, los ordenamientos que le han atribuido al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas han creído que tales poderes les eran otorgados a jueces capaces de desarrollar correctamente y racional su función de estímulo, de control y de iniciativa probatoria, sin que ello pusiera en peligro los valores fundamentales del proceso civil. Según cuanto es dado a entender de la experiencia de estos ordenamientos, no parece que esta hipótesis haya sido contradecida en la práctica. Esto debería permitir reconducir el problema de los poderes de instrucción del juez dentro de los confines de una correcta discusión científica y desechar polémicas ideológicas, nebulosas e inútiles.

Algunas consideraciones de fondo, que se asumen incluso como premisas del discurso que se desarrollará, pueden ser expresadas solamente en términos sucintos, no siendo posible en esta sede discutir y justificar su fundamento. Una de estas consideraciones concierne a la ausencia de relación necesaria entre la adopción del principio dispositivo en sentido propio, o sustancial y la opción consistente en el no atribuirle al juez ningún poder de instrucción autónomo. Existen en efecto muchos modelos de proceso (sobre los cuales v. *infra*, n. 2.) que actúan integralmente el principio dispositivo y, por lo tanto, atribuyen a las partes el poder exclusivo de dar inicio al proceso y de determinar su objeto, y, sin embargo, le otorgan al juez importantes poderes de iniciativa de instrucción. Otra consideración atañe a la conocida distinción entre concepción "publicista" y concepción "privatista" del proceso civil. Más allá del hecho que la primera de las dos concepciones parece prevalecer en todos los ordenamientos modernos, esta distinción parece irrelevante por cuanto atañe al tema de los poderes de instrucción del juez. En efecto, si también se entendiera el proceso civil como un método de resolución de controversias "privadas", se podría incluso siempre preferir un modelo de proceso inspirado a la ideología legal-racional de la justicia (sobre cuyo v. *infra*, n. 3.) a una ideología según la cual al libre conflicto entre privados fuese el único criterio aceptable de resolución de los conflictos.

¹¹ Sobre el debate y sobre la motivación como métodos por un control racional sobre la valoración de las pruebas v. más ampliamente TARUFFO, *La prova*, pp. 401 y ss., 408 y ss.