

EL DERECHO PROCESAL ENTRE EL GARANTISMO Y LA EFICACIA: UN DEBATE MAL PLANTEADO

JOAN PICÓ I JUNYO

Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Rovira i Virgili (España)

SUMARIO:

- I. Introducción: los fenómenos de la "publicización" del proceso civil y la constitucionalización de las garantías procesales.-
II. Los planteamientos "revisionistas": I. Introducción; 2. Las posiciones de Cipriani y Montañana;
3. La posición de Montano Arce; 4. La posición de Alvarado Veforo.- III. Análisis crítico de los planteamientos "revisionistas": I. El juez activo como juez fiscal o notario; 1.1. La proscripción de la Mala Fe procesal; 1.2. La iniciativa probatoria *ex officio*; 2. El carácter privado del objeto discutido del proceso civil; 3. La protección de la imparcialidad judicial.- IV. Conclusiones.

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

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

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

2. De igual modo, durante la segunda mitad del siglo XX, surgió otro fenómeno de especial relevancia para el derecho procesal, a saber, el de la "constitucionalización de las garantías procesales", que ha venido a asegurar –por vía de los textos constitucionales, en el ámbito nacional, y de tratados

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

y convenios supraestatales de Derechos Humanos, en el ámbito internacional—un mínimo de garantías a favor de las partes, que deben presidir cualquier modelo de enjuiciamiento. Y, a través del carácter normativo de estos textos, y de su aplicación directa e inmediata, esto es, su alcance jurídico-positivo, se pretendió evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales garantías así como que el juzgador no se viese vinculado por las mismas en la dirección de los procesos.²

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

En la actualidad, este debate científico está adquiriendo una excesiva crudeza debido a su "politización", lo que ha conducido a efectuar indebidos planteamientos de la discusión que, en ocasiones, y aunque sea de forma indirecta o implícita, conducen a ciertas descalificaciones personales respecto de los autores que no comparten unas mismas ideas. Se llega de este modo a lo que Taruffo denomina una *polarizzazione simmetrica*, en la que en un polo existe el modelo dispositivo, que suele valorarse positivamente, y en el que se concibe el proceso como instrumento de resolución de conflictos; y en el polo opuesto, el modelo inquisitivo, en el que de forma autoritaria y lesionando las garantías de las partes, el proceso solo está interesado en buscar la verdad. En este planteamiento "maniqueo", solo existe un modelo procesal "bueno", el dispositivo, y en frente, un modelo procesal "malo", el inquisitivo.³ Sin embargo, como podrá comprobarse, es posible articular un proceso dispositivo en el que el juez tenga cierta iniciativa probatoria y pueda velar por el respeto a la buena fe procesal de las partes, sin lesionar el derecho a un proceso con todas las garantías constitucionales (especialmente el deber de imparcialidad judicial y el derecho de defensa de los litigantes).

La crudeza de estas posiciones se ha visto reflejada en los últimos congresos nacionales e internacionales de Derecho Procesal, y en recientes publicaciones. Así, entre las posiciones extremas y más contundentes, debemos destacar la de excelentes procesalistas como Cipriani y Monteleone, en Italia, Montero Aroca, en España, o Alvarado Velloso en Argentina.

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

II. LOS PLANTEAMIENTOS "REVISIONISTAS"

I. Introducción

Como hemos indicado, en la doctrina procesal ha surgido un movimiento que ha venido a denominarse "revisionista", en la medida en que somete a revisión las aportaciones que ha supuesto

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

³ TARUFFO, Michele. *La prova ai fini civili*, editorial Giuffrè, Milano, 1992, pp. 20-22.

la "publicización" del proceso civil, que centra su crítica en la posible iniciativa probatoria ex officio iudicis, y en el control judicial de la buena fe procesal en la actuación de las partes. Para esta doctrina, tales iniciativas suponen una manifestación procesal propia de una ideología fascista o autoritaria, en la que se subordinan los derechos de las partes a los poderes del juez.

Seguidamente, para analizar de forma crítica estos planteamientos, expondré las opiniones más relevantes de esta corriente doctrinal.

2. Las posiciones de Cipriani y Monteleone

En la doctrina procesal italiana, el autor que más se ha destacado por la crítica a la "publicización" del proceso es Cipriani. De sus diversos trabajos sobre el tema⁴, voy a referirme especialmente al publicado en la "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile" (No. 4 del año 2002), titulado *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, por ser el que aborda de forma más amplia el tema de la relación entre eficacia de la tutela jurisdiccional y las garantías procesales. En un documentado análisis de las verdaderas aportaciones de Calamandrei al Codice di Procedura Civile de 1940, destaca ya desde el inicio de su trabajo el carácter fascista del Código, indicando que "è il caso di ricordare che il c.p.c. italiano, che risale al 1940, quando il fascismo era all'apogeo, fu presentato come il codice fascista per eccellenza".⁵

Bajo esta premisa histórica, de gran carga ideológica, critica la "publicización del proceso" indicando: "Es cierto que en la base de la denominada concepción publicista hay un error de fondo: que el juez pueda tener en las causas civiles más protagonismo que el que tienen las partes. Sin embargo, es tiempo de convencerse que cuando se eliminan derechos de las partes y se dan poderes discrecionales al juez, esto es, cuando se busca obtener la eficacia en perjuicio de las garantías, no se resuelve ningún problema y se hace solo un autoritarismo inútil y contraproducente"⁶, y añade que "en esta perspectiva, puesto que está difundida la idea de que si se quiere un proceso eficaz, se necesita estar dispuesto a renunciar a las garantías o, al menos, a alguna garantía, me parece oportuno advertir que, en mi opinión, el proceso civil italiano, esta afectado de una especie de esquizofrenia, ya que por un lado están previstas garantías tan caras como superfluas, y por otro, nos faltan garantías importantísimas y bastante menos costosas". Y para hacer más ilustrativo su pensamiento pone el ejemplo de un hospital, que en vez de construirse tomando en consideración a los pacientes se hace pensando en los médicos (en concreto, afirma: "En fin, como se entenderá fácilmente, es como si los hospitales, en lugar de construirse en función de las enfermas, fueran construidos para los médicos").⁷

De igual modo, Monteleone⁸ se muestra partidario de esta opinión en la medida en que los poderes de dirección material del proceso del juez no son más que la concreta manifestación de una ideología fascista o totalitaria basada en la rechazable "subordinación de las partes a las

⁴ Así, vid. sus estudios *Il processo civile tra scelte ideologiche e nuovi slogan*. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, 2, pp. 455-466; *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*. En: *Rivista di diritto civile*, 2003, 1, pp. 39-71 (especialmente pp. 45-47); *Il processo civile italiano tra revisionismo e recuperismo*. En: *Il Foro Italiano*, 2002, V, pp. 24-29; *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, 4, pp. 1243-1261; *Per un nuovo processo civile*. En: *Il Foro Italiano*, 2001, V, pp. 321-327; *Autoritarismo e garantismo nel Processo civile*. En: *Rivista di diritto processuale*, 1994, 1, pp. 24-61 (especialmente nota 18). En castellano, pueden consultarse algunos de esos estudios en la obra *Basílica por la justicia civil*, [Editorial Cizco, Lima, 2003] en la que la profesora Eugenia Ariano Deha realiza un excelente labor de compilación y traducción de multitud de ensayos del profesor de Bari; y también en la obra coordinada por Juan Montero Arca *Proceso civil e ideología* (Op. Cit., pp. 51-64, 81-95 y 203-291).

⁵ P. 1244.

⁶ P. 1250.

⁷ P. 1244.

⁸ *Principi e ideologie del processo civile: impazzimenti di un "revisionista"*, "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 2003, No. 2, pp. 575-582; *Diritto processuale civile*, 2ª edición, editorial CEDAM, Padova, 2000, pp. 328 y ss., y Enrico Fini e la riforma [basarene] del codice di procedura civile. En: *Quaderni Franceschi*, No. 26, 1997, pp. 361-375 (y especialmente pp. 369-370). En castellano, pueden consultarse algunos de estos estudios en la obra coordinada por Juan Montero Arca *Proceso civil e ideología* (Op. Cit., pp. 97-107 y 173-197).

poderes del juez”, lo que viene a “reprimir o conculcar la libertad de los ciudadanos condicionando insoportablemente el pleno y autónomo ejercicio de sus derechos subjetivos sustanciales y procesales”.⁹

3. La posición de Montero Aroca

En la doctrina española, Montero Aroca es el autor más crítico con el fenómeno de “publicización” del proceso civil. Tras recordar el origen histórico de este fenómeno, equipara las formulaciones legales de los textos procesales con la ideología fascista o totalitaria de la época en la que se promulgaron. Así entiende que “conceder amplios poderes discrecionales al juez, y precisamente a unos jueces como el austriaco, el soviético, el alemán o el italiano de sus épocas fuertemente sujetos al poder ejecutivo, solo se explica si al mismo tiempo se priva de esos poderes a las partes, poderes que en realidad se resuelven en garantías de las mismas en el inicio y en el desarrollo del proceso civil”.¹⁰

En consecuencia, se muestra totalmente contrario a la atribución de iniciativa probatoria al juez civil, y al reconocimiento legal del principio de la buena fe procesal. Respecto de la primera cuestión afirma que mantener dicha iniciativa supone apostar por un “modelo de juez que está implícito en algunas ideologías [se refiere a las totalitarias, fascistas o comunistas]”.¹¹ Y en la misma línea, con referencia al principio de la buena fe procesal, destaca que se trata de “un mito con orígenes muy claros en la historia de las normas procesales”, y cita los códigos de enjuiciamiento civil italiano y soviético, realizados en regímenes totalitarios, para concluir su reflexión indicando que “las repetidas alusiones a que el proceso es el medio para que las partes y sus abogados colaboren con el juez en la obtención de lo más justo, en el descubrimiento de la verdad o de la justicia material, solo se comprenden en un contexto ideológico que parte de dar como sobreentendido que los ciudadanos no tienen derecho a ‘pelear’ por lo que crean que es suyo y a hacerlo con todas las armas que les proporciona el ordenamiento jurídico. Solo el juez autoritario, fascista o comunista, lo mismo da, es el juez que se crea unido, por no se sabe muy bien qué fuerza de la divinidad o del destino, para hacer justicia entre los hombres. El juez liberal y garantista se limita, más modestamente, a pretender hacer efectivo el derecho positivo entre los ciudadanos, a aplicar la ley”.¹²

4. La posición de Alvarado Velloso

Finalmente, en la doctrina procesal argentina también encontramos autores que asumiendo los postulados del “garantismo procesal” niegan todo tipo de intervención activa del juez en la dirección material del proceso. La opinión más significativa es la de Alvarado Velloso. Este autor, recogiendo los planteamientos ideológico-políticos de las normas procesales anteriormente expuestas, destaca la similitud del Código Procesal de la URSS y el Código nazi de 1937, para concluir indicando que ambas normativas dicen “exactamente lo mismo, totalitarismo de izquierda, totalitarismo de derecha. Y esto cuajo en el Código Procesal Italiano de 1940”.¹³ Tras esta aproximación ideológica, indica que la atribución de poderes al juez “no es una cuestión técnica” sino “puramente política”, siendo la

⁹ *Ibid.*, pp. 575-576.

¹⁰ Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la actividad, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 69. De igual modo, vid. su estudio *El proceso civil Nacional “nazi” como instrumento de “justicia” autoritaria*, publicado en la obra *Proceso civil e ideología* coordinada por Juan Montero Aroca (Op. Cit., pp. 130-165) y en la “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal”, 2004, No. 6, pp. 15-50.

¹¹ Op. Cit., p. 120.

¹² Op. Cit., pp. 106-108.

¹³ El garantismo procesal. “I Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista”, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 1999 (puede consultarse en www.derecho-azul.org/congresoprocesal/Alvarado.html, p. 2). De igual modo, recientemente puede consultarse su monografía *Garantismo procesal como octava jurisdicción de oficio*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

ideología política del legislador la que se plasma en las normas jurídicas.¹⁴ Por ello, deben evitarse todos los planteamientos acogidos en las épocas dictatoriales. Y en la medida en que esto todavía no se ha producido “el mundo está yendo hacia un totalitarismo procesal angustioso y angustiante”¹⁵, que ha provocado la verdadera “crisis judicial” del sistema.¹⁶

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PLANTEAMIENTOS “REVISIONISTAS”

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

I. El juez activo como juez fascista o totalitario

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

I.1. La proscripción de la mala fe procesal

El reconocimiento legal del principio de la buena fe procesal no otorga al correspondiente Código Procesal Civil una naturaleza fascista o totalitaria.¹⁷ Respecto a la dura crítica que los “revisionistas” efectúan a dicho principio –como analizo en otro trabajo¹⁸– es posible destacar cuatro hechos que fundamentan nuestra tesis:

- En primer lugar, la recepción normativa y con carácter general de la buena fe en el ámbito del proceso, tiene lugar mucho antes de los códigos de enjuiciamiento civil fascistas o totalitarios, y así podemos destacar distintas regulaciones para los procesos mercantiles de los consulados del reino de Castilla de los siglos XVII y XVIII, en los que era habitual establecerse que “en los juicios se ha de proceder siempre a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada”.
- En segundo lugar, este principio, si bien se recoge en el artículo 138 párrafo I de la *Zivilprozessordnung* alemana, fruto de la reforma de 27 de octubre de 1933, por parte del poder autoritario del momento, su contenido, casi literal, ya había sido reclamado

¹⁴ *Ibid.*, p. 6.

¹⁵ *Op. Cit.*, supra, p. 7.

¹⁶ *Op. Cit.*, supra, p. 4. En esta línea de pensamiento encontramos también a BENABENTOS, O. A.: *Tratado general teórico del Derecho Procesal, arbitral y jurisdiccional*, Rotundus, 2001, pp. 81-123 (este autor destaca en la nota 5 de la p. 99 que el “garantismo procesal” en el ámbito del proceso civil, “inspira la paternidad de Adolfo Alvarado Velloso”).

¹⁷ De igual modo Carboen Castejón afirma: “El hecho de que un determinado ordenamiento jurídico adopte expresamente la noción de buena fe procesal no es un indicador, por sí solo, del carácter autoritario o originarista del sistema procesal regulado por ese ordenamiento” (*La buena fe en el proceso civil*, En: *Jurista*, 2003, 1-2, p. 9).

¹⁸ *El principio de la buena fe procesal*, Editorial J. J. Bosch, Barcelona, 2003, pp. 14-15.

insistentemente mucho antes del Tercer Reich, en concreto, como destaca el excelente estudio de Grossmann¹⁹, en tres ocasiones: en el Proyecto referente a la "Simplificación de la vía judicial" de 1923, en el Proyecto para la "Reforma del Procedimiento Alemán" de 1928, y en el Proyecto oficial de "Nuevo Código de Procedimiento Civil" de 1931; por lo que como indica este autor "sería erróneo suponer en la introducción de la norma (el artículo 138 párrafo I ZPO) una creación de la legislación nacionalsocialista, dado que fue sencillamente tomada de los trabajos legislativos anteriores, casi sin alteración del texto".²⁰ En todo caso, la ZPO ha tenido diversas reformas desde 1933, y una de la más importante de ellas mediante la *Zivilprozessreformgesetz*, de 27 de julio de 2001, que, pese a la profunda modificación que ha comportado para dicho texto normativo –cambiando más de doscientos preceptos de su articulado– ha mantenido intacto su artículo 138 párrafo I, hecho que vuelve a ratificar la validez "democrática" de su contenido.

- c) En tercer lugar, la buena fe procesal se recoge actualmente en los códigos de enjuiciamiento más avanzados, como en la regla 3.4.2.b de las nuevas "Civil Procedure Rules" inglesas, de 26 de abril de 1999²¹, o en el artículo 247 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000; y en los diferentes proyectos de armonización internacional del proceso civil, como el "Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica" de 1988, elaborado desde el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal²²; o los "Principles and Rules of Transnational Civil Procedure", de 12 de abril de 2001²³, elaborados por el American Law Institute en cooperación con la UNIDROIT, sin que por ello estos códigos puedan calificarse de fascistas o autoritarios, o sean menos perfectos.
- d) Y, en cuarto lugar, en la "Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral" cubana, de 19 de agosto de 1977, no se recoge expresamente el principio de la buena fe procesal, como así debería suceder si realmente fuese un principio propio de un ideario comunista o dictatorial.

En definitiva, como podemos comprobar, en los códigos procesales civiles modernos y de estados totalmente democráticos se recoge el principio de la buena fe procesal, mientras que ello no sucede en otros códigos de sistemas políticos dictatoriales, lo que nos conduce a la evidente conclusión de que la vigencia de dicho principio no puede asociarse necesariamente a una determinada ideología política autoritaria o dictatorial.²⁴

¹⁹ El libro de veracidad de los peritos figuran en los juicios civiles. Exposición de Derecho Comparado. En Jurisprudencia argentina, Tomo 71, 1940, p. 11.

²⁰ GROSSMANN, K.: Op. Cit., p. 12.

²¹ Pueden consultarse en www.cad.gov.uk/civil/pressrules/fn/updates.htm.

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

²³ Así, de los Fundamentals Principles of Transnational Civil Procedure destacan el 10.1, según la cual: "El tribunal tendrá autoridad para sancionar a la parte que incumpla o se niegue a cumplir las ordenes judiciales o actúe vulnerando las reglas de la buena fe procesal" y el 11, en el que se establece: "1. Las partes respetarán las reglas de la buena fe procesal en sus actuaciones tanto frente al tribunal como ante las partes. 2. Las partes se abstendrán de formular demandas o excepciones temerarias". De igual modo, de las Rules of Transnational Civil Procedure destaca la regla 1.4, según la cual: "El procedimiento se ajustará a las reglas de la buena fe, y deberá ser eficaz en términos económicos y de tiempo" (todas estas pinceladas y reglas pueden consultarse en www.ali.org/ali/transrules.htm).

²⁴ Probablemente por ello, no hay unanimidad dentro de los propios procesalistas que integran la denominada doctrina "temeraria" sobre la vigencia del principio de la buena fe procesal: en este sentido, frente a la citada opinión crítica de Montero Aroca, Alvarado Veloso afirma que uno de los cinco principios de todo proceso jurisdiccional lo constituye el de la "moralidad procesal", desvinciando "a la razón de ser del proceso es enmarcar todo evento de fuerza legítima de una sociedad y evitar que todos se hagan justicia por mano propia, no puede siquiera concebirse que el legislador como un medio de debate en el que puede ser utilizada la fuerza bajo la forma de onerosa oferta o coacción. De ahí que la regla moral ha de presidir siempre al desarrollo del proceso y el de los actos procesales que lo componen, al igual que debe hacerlo en todos los demás actos de *ius in bonis*" (*Governance procesal*... Op. Cit., p. 166).

En todo caso, no se entiende por qué si en el ámbito del Derecho Privado se ha reconocido, ya desde el Derecho Romano, el principio de la buena fe como base de las relaciones privadas y el lícito ejercicio de los derechos subjetivos y, de igual modo, se recoge en el artículo 1.201 de los "Principios del Derecho europeo de contratos" de 1998²¹, verdaderos fundamentos de la futura legislación común europea del Derecho de Contratos, debe negarse su aplicación en la actuación procesal de los litigantes, esto es, por qué lo correcto y válido en el ámbito del derecho privado no lo es también en el público, y más concretamente, en la actuación procesal de las partes.²²

Sin embargo, en aras a garantizar al máximo el debido respeto al derecho de defensa, y las lógicas "estrategias procesales" que los letrados pueden idear para la mejor protección de los derechos de su defendido, la LEC española exige un uso prudente de la norma que proscribía la mala fe procesal, y así su artículo 247.2 exige el carácter "manifiesto" en la actuación maliciosa de la parte. En todo caso, al limitarse un derecho fundamental –el de defensa– siempre es necesario, para impedir la eficacia del acto procesal realizado de mala fe, que se produzca la infracción de otro derecho, bien o valor constitucional de la parte contraria –como pueden ser sus derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a la igualdad de armas procesales, a un proceso sin dilaciones indebidas, entre otros–, así como que se motive debidamente la existencia de dicha actuación maliciosa, decisión judicial que será susceptible de control posterior en méritos de los recursos legalmente previstos.²³

1.2. La iniciativa probatoria ex officio iudicis

La atribución de cierta iniciativa probatoria al juez tampoco le convierte en un juez autoritario o fascista pues, como analicé en otros trabajos²⁴, bien delimitada dicha iniciativa se evita esta objeción. Así, entiendo que al juez se le puede atribuir iniciativa probatoria siempre que se limite a los hechos discutidos en el proceso –por lo que se protege el principio dispositivo–, a las fuentes probatorias que ya consten en la causa –impidiendo así una actuación inquisitoria, susceptible de vulnerar la debida imparcialidad judicial–, y se permita el ejercer el derecho de defensa a los litigantes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas. Con estos tres límites se evita la figura del juez autoritario o fascista. Precisamente, esta forma de entender la iniciativa probatoria del juez civil es la acogida por la reciente Ley de Enjuiciamiento Civil española, de 7 de enero de 2000, en cuyo artículo 429.I.II y III LEC, establece: "Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, citándose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal".

La redacción de esta norma, a pesar de que no indica con precisión si la actuación judicial es una mera sugerencia o una verdadera iniciativa probatoria²⁵, es mejor que la de otros textos procesales civiles en los que el poder de ordenar pruebas no se limita, al menos legalmente, a las fuentes

²¹ Artículo 1.201: "Buena fe y lealtad (1) Cada uno de las partes debe actuar de acuerdo con la buena fe y la lealtad. (2) Las partes no pueden excluir o limitar este deber".

²² Por este motivo, ya CHIOVENDA destacaba que "come ogni rapporto giuridico si ricade il rapporto processuale deve esser governato dalla buona fede" (Principi di diritto processuale civile, 4ª edición, Editorial Nicola Jovene, Napoli, 1928, p. 745).

²³ Para un estudio más exhaustivo de este tema me remito a mi trabajo El principio de la buena fe procesal, ob. cit., pp. 75-96 y 114.

²⁴ Cfr. El derecho a la prueba en el proceso civil. Op. Cit., pp. 267-271; y La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites. En: Revista del Poder Judicial, N.º 51, 1998, 294-295.

²⁵ Tal como destacó en mi trabajo La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso. En: Los poderes del juez civil en sistema probatorio. Coordinadores J. Pich i Juny y X. Alad Llach, Editorial J. P. Bosch, Barcelona, 2001, p. 94.

probatorias que ya consten en los autos, lo que puede provocar que el juez, actuando de forma inquisitiva, ponga en peligro su debida imparcialidad judicial.

2. El carácter privado del objeto discutido del proceso civil

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

Sin embargo, esta tesis se sustenta en la idea completamente abandonada de que el proceso civil es un negocio particular. Ciertamente, las concepciones privatistas del proceso como negocio particular o relación jurídica privada se encuentran desde hace tiempo superadas, a favor de una visión "publicista" o "social" del proceso, que lo condeba como el instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Si bien es cierto que lo discutido en el proceso civil tiene, por regla general, un carácter disponible o privado, ello no comporta que tales características puedan igualmente predicarse del proceso, pues las normas que conforman su desarrollo afectan también al Estado, único titular de la función jurisdiccional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de esta función.¹¹

A diferencia de lo que sucede con el principio dispositivo —que posee un fundamento constitucional¹² y, por ello, es insoslayable en cualquier proceso civil— el de aportación de parte en materia probatoria, tiene un carácter meramente técnico, que responde a un particular modo de concebir el desarrollo del proceso jurisdiccional, en el que la iniciativa de los jueces y tribunales se constrañe a la voluntad de las partes.¹³ Evidentemente, atribuir un carácter técnico a este principio no significa que sea inmune a concepciones políticas, y de hecho, suele relacionarse con el principio dispositivo indicándose que, como norma general, el proceso inspirado por el citado principio lo está, igualmente, por el de aportación de parte. No obstante, la virtualidad de esta distinción se encuentra en el hecho de diferenciar con precisión el esencial y básico principio dispositivo, del eventual principio de aportación de parte. Así, mientras el legislador no puede, sin comprometer el carácter disponible del interés discutido en el proceso civil, consentir al juez tutelar dicho interés en ausencia de una demanda de parte o extralimitarse en tal tutela más allá de lo dispuesto por los litigantes, sí puede sustraerles el poder monopolístico de iniciativa probatoria incrementando, viceversa, los poderes del juez.¹⁴

¹¹ Al respecto, véase especialmente CARNACINI, T.: *Função jurisdiccional e técnica do processo*. En: *Studia in honore di Enrico Redenti*, vol. II, Editorial Giuffrè, Milano, 1951, pp. 695-772.

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

¹² Tal como analizo en mi trabajo *El principio del nuevo proceso civil español*. En: *Revista de derecho procesal*, 2003, I, pp. 66-67.

¹³ Acerca del carácter técnico-procesal del principio de aportación de parte me refiero a mi trabajo *El derecho o la prueba en el proceso civil*, Op. Cit., pp. 217-218, y a las referencias bibliográficas ahí indicadas. De igual modo, véase el reciente trabajo de ETXERERRA GURIDI, J.R.: *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 31 y ss.

¹⁴ SACTA, S., y PLANZ, C.: *Derecho procesal civil*, 11ª edición, Editorial CEDAM, Padova, 1992, p. 188. Para un estudio sobre los eventuales componentes "privatistas" y "publicistas" de un código procesal civil me remito al análisis desarrollado

La atribución de ciertas iniciativas materiales al juzgador tiene su fundamento constitucional en el carácter Social del Estado de Derecho consagrado en el artículo 1 de nuestra Constitución³⁵, así como en el deber del juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos en el proceso para lograr, de este modo, lo que el citado artículo primero proclama como valor superior del ordenamiento jurídico: la "justicia", que constituye el objetivo final de la función jurisdiccional. Evidentemente, el problema radica en dotar de contenido o significado al valor "justicia", pues su ambigüedad y falta de concreción pueden propiciar un excesivo decisionismo judicial. Sin embargo, como concluye Kelsen en su ensayo *¿Qué es Justicia?*³⁶, esta "se da en aquel orden social bajo cuyo protección puede progresar la búsqueda de la verdad".³⁷ En esta búsqueda de la "verdad" dentro del proceso—"verdad" mediatizada, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte, por los relatos fácticos de los respectivos litigantes— y respetando rigurosamente todas las garantías constitucionales de las partes, encuentra su justificación la iniciativa probatoria del juez.

Es cierto que las limitaciones propias del hombre hacen que no siempre pueda alcanzar la tan preciada "justicia", pero no lo es menos que ello no debe ser obstáculo para que el legislador ponga en manos del juzgador los medios suficientes al objeto de que esta pueda lograrse en el mayor número de ocasiones, máxime si con ello no se infringe precepto constitucional alguno. Como ha indicado Taruffo, al estudiar el concepto de "justicia de la decisión judicial"³⁸, esta no es nunca justa si se fundamenta sobre una determinación errónea o inexacta de los hechos, por lo que concluye que la certeza del juicio sobre los hechos es una condición necesaria para que pueda afirmarse que la decisión judicial es justa. Además, todo ello es compatible con la teoría que considera que el proceso únicamente sirve para resolver conflictos: si no se acepta como válida cualquier solución del conflicto, y en su lugar se piensa que este deber ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces ciertamente nos encontramos con el deber de reconocer que la declaración judicial certera de los hechos es una condición necesaria para lograr la solución justa del proceso.

Siguiendo con esta argumentación, observamos que nuestra Constitución recoge en su artículo 24.1 el derecho fundamental de toda persona a obtener una efectiva tutela judicial. Para que el juez pueda otorgar esta tutela, aplicando correctamente la ley, necesita la prueba de los hechos litigiosos. En consecuencia, si el objetivo de todo proceso es que los jueces y magistrados apliquen la ley a unos determinados hechos, de cuya certeza deben estar convencidos, coartarles o restringirles, de un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone, a mi entender, una limitación a la efectividad de la tutela judicial en la aplicación de la ley y, a la postre, a la búsqueda de la justicia.³⁹

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

PROTO PISANI, A., *Il valore di procedura civile del 1942 fra pubblico e privato*. En *Il Foro Italiano*, 2000, 4, pp. 73-87, quien se muestra muy crítico con la opinión de Cipriani (cf. pp. 85-87).

³⁵ En este sentido, vid. GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del derecho procesal*, editorial Civitas, Madrid, 1981, p. 208. *Idem*: *Causas íntimas de la ineficacia de la Justicia*. En *Justicia*, 1997, II, p. 591; y ASENSIO MELLADO, J.M.: *Cien años de derecho procesal en España*. En *El derecho español del siglo XX*, AAVV, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 278. *Idem*: *Derecho Procesal Civil*, parte primera. 2ª edición, Editorial Tranc lo blanc, Valencia, 2000, pp. 34-35.

³⁶ Este ensayo constituye su conferencia de despedida como profesor de la Universidad de California pronunciada en Berkeley el 27 de mayo de 1952. Junto con otros ensayos del mismo autor se encuentra en la obra *¿Qué es Justicia?*, Editorial Ariel, Barcelona, 1991, pp. 35-67.

³⁷ *Ibid.*, p. 63.

³⁸ TARUFFO, M., *La prova del fatto giuridico*. *Op. Cit.*, p. 43.

³⁹ En este orden de ideas, vid. también BARBOSA MOREIRA, J.C.: *Breves reflexiones sobre la actividad oficial en materia de prueba*. En: *Libro Homenaje al Profesor Jaime Guzmán*, Edición Comares, Granada, 1984, p. 155; MORELLO, A.M., *La prueba*

3. La protección de la imparcialidad judicial

Finalmente, la pasividad del juez dentro del proceso suele fundamentarse en la necesidad de proteger su debida imparcialidad. Sin embargo, atendiendo a los límites que anteriormente se han indicado sobre la iniciativa probatoria del juez, y en concreto, la imposibilidad de ordenar medios de prueba sobre fuentes probatorias que no consten en los autos, se evita que el juez pueda actuar inquisitivamente, buscando pruebas más allá de las libremente introducidas por las partes. Este límite se recoge correctamente en el artículo 429.1 del LEC, cuando exige que la iniciativa probatoria del juez se cifia "a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos."⁹

IV. CONCLUSIONES

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

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

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

CUARTA: En definitiva, entiendo que en el debate procesal lo verdaderamente relevante no es tanto buscar el origen histórico de una determinada institución, o más concretamente, el régimen político en el que ha surgido, sino analizar si dicha institución es o no válida para lograr la mejor justicia sin sacrificar ninguna garantía procesal. O si se quiere, examinar si las instituciones presuntamente autoritarias o de origen fascista, vulneran alguna garantía procesal. Solo en este caso deberemos optar por el garantismo. De lo contrario, entre dos opciones igualmente válidas y garantas,

Tendencias modernas. Librería editorial Platense y Abelado-Parrot, La Plata-Buenos Aires, 1991, pp. 60-64; BERZONCE, R.O., *El activismo de los jueces*, En: *Derecho Procesal Civil Actual*, editorial Platense y Abelado-Parrot, La Plata-Buenos Aires, 1999, pp. 374-375; y GOZAINI, G.A., *Elementos de Derecho Procesal Civil*, editorial La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. XVI y XIX; *Problemas actuales del derecho procesal (garantismo vs activismo judicial)*, Editorial FUNDAR, México, 2002, p. 43.

⁹ Además, esta iniciativa probatoria, como he analizado en otro trabajo (*Los principios del nuevo proceso civil*, Op. Cit., p. 54), tampoco supone la destrucción de la carga de la prueba, que seguirá aplicándose en aquellos supuestos en los que a pesar de la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso, determinados hechos continúan siendo inciertos.

deberemos optar por aquella que permita la más justa decisión del caso concreto, pues así se alcanzará la mayor eficacia posible del sistema procesal. Por ello, el juez que vela por el respeto a la buena fe procesal o actúa una iniciativa probatoria, con los límites que se han indicado, no es un juez fascista o autoritario, sino simplemente un juez comprometido en la obtención de la solución más justa posible de los conflictos. Probablemente por este motivo, en la mayoría de los ordenamientos procesales actuales, así como en las propuestas internacionales de *lege ferenda*, se acoge este modelo de juez civil.