

PODERES PROBATORIOS DE LAS PARTES Y DEL JUEZ EN EUROPA *

Michele Taruffo

Universidad de Pavía

RESUMEN. En este trabajo el autor analiza el tema de los poderes de instrucción del juez en los principales ordenamientos europeos. Para ello, muestra en primer lugar las perplejidades a las que conduce la posición de quienes sostienen que la atribución de dichos poderes implica la aceptación de una política antiliberal y autoritaria. Posteriormente, el autor realiza una tipología de los poderes de instrucción del juez, limitando su análisis a los principales ordenamientos europeos. Finalmente, señala que la atribución de poderes de instrucción al juez es una elección ideológica que atañe a las funciones del proceso civil y a la decisión que lo concluye, propugnando que es posible «maximizar *al mismo tiempo* el derecho a la prueba que le corresponde a las partes, la garantía del principio de contradicción y la atribución de amplios poderes de instrucción al juez».

Palabras clave: poderes de instrucción, derecho a la prueba.

ABSTRACT. In this work, the author analyses the question of the judges's power to take procedural steps in the main European legal systems. To do so, he first shows the confusion caused by the position of those who hold that the conferring of these powers implies the acceptance of an anti-liberal and authoritarian policy. He then carries out a typology of the judges's powers to take procedural steps, limiting his analysis to the main European legal systems. Finally, he points out that conferring such powers is an ideological choice which concerns the functions of civil procedure and the decision that concludes it, supporting the possibility of «maximizing *at the same time* the parties's right of proof, an adversary procedure and the conferring upon the judge of extensive powers to take procedural steps».

Keywords: probatory rules, right of proof.

* Ponencia presentada en el XXV Congreso Nacional de la Asociación italiana de investigadores sobre proceso civil, llevado a cabo en Cagliari el 7 y 8 de octubre de 2005 sobre el tema «Le prove nel processo civile». Publicado originalmente en *Riv. tri. dir. proc. civ.*, vol. LX, núm. 2, 2006.

1. INTRODUCCIÓN

Un análisis adecuado del tema de los poderes del juez en los ordenamientos procesales europeos no puede realizarse en el breve espacio de un artículo. La exposición que sigue debe, por tanto, limitarse a destacar algunos de los aspectos más relevantes en determinados ordenamientos, presentando algunas consideraciones introductorias¹ y algunas consideraciones a modo de conclusión.

Una primera observación es de carácter terminológico y se refiere al uso del término “inquisitorio”. Este término está tan cargado de implicaciones retóricas que puede convertirse en un término confundente o —en el mejor de los casos— inútil. Las implicaciones retóricas se producen por ser utilizado habitualmente —evocando de manera más o menos explícita el espectro de la Santa Inquisición, en cuyos procesos la persona investigada no tenía ningún poder de defensa frente a un tribunal omnipotente— con la finalidad de generar una valoración negativa sobre todo aquello a lo que viene referido. El término “inquisitorio” es, pues, confundente porque nunca ha existido, no existe tampoco en la actualidad en ningún ordenamiento un proceso civil que pueda considerarse verdaderamente como inquisitorio: esto es, en el que las partes no tengan derechos o garantías y todo el proceso sea llevado de oficio por el juez. Por otra parte, no es casual que la tradicional contraposición entre proceso *adversarial* y proceso *inquisitorial* se considere carente de validez en el plano de la comparación entre modelos procesales². Por estas razones parece particularmente útil una operación de terapia lingüística a fin de dejar de utilizar el término “inquisitorio”, al menos para referirse al proceso civil. Conviene hablar, más bien, de *modelos mixtos* para referirse a aquellos ordenamientos procesales —que actualmente son bastante numerosos— en los que se prevén poderes de instrucción más o menos extensos del juez, junto con la plena posibilidad de las partes de aportar todas las pruebas admisibles y relevantes para la determinación de los hechos³.

Otro punto preliminar particularmente importante se refiere a la cuestión de si los poderes de instrucción del juez pueden considerarse como un problema *político*;

¹ Algunas consideraciones de fondo, asumidas como premisas del discurso que se irá desarrollando, pueden sólo formularse en términos sintéticos, sin que sea posible discutir ni justificar en este lugar su fundamento. Una de estas consideraciones se refiere a la ausencia de implicaciones necesarias entre la adopción del principio dispositivo en sentido propio, o sustancial, y la opción consistente en no atribuir al juez ningún poder de instrucción autónomo. En efecto, existen numerosos modelos de proceso (sobre ellos *vid. infra* apartado 2) que cumplen a cabalidad con el principio dispositivo y, por consiguiente, que atribuyen a las partes el poder exclusivo para iniciar el proceso y determinar su objeto, pero que, a pesar de ello, confieren al juez importantes poderes de iniciativa instructoria. Una consideración adicional se refiere a la conocida distinción entre concepción “publicista” y concepción “privatista” del proceso civil. Al margen de que parece que predomina la primera de dichas concepciones en todos los ordenamientos modernos, se trata de una distinción que parece irrelevante en lo que se refiere al tema de los poderes de instrucción del juez. Ciertamente, si únicamente se entendiera el proceso civil como un método de resolución “privada” de las controversias, podría preferirse siempre un modelo de proceso inspirado en la ideología legal-racional de la justicia (al respecto *vid. infra* apartado 3) a una ideología según la cual el libre enfrentamiento entre privados fuese el único criterio aceptable para la resolución de los conflictos.

² Cfr. en particular, DAMAŠKA, 1991: *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, tr. it. Bologna, p. 34; TARUFFO, 2002: *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, pp. 73 y ss.

³ Así, por ejemplo, COMOGLIO, 2004: *Etica e tecnica del “giusto processo”*, Turín, pp. 185 y ss., 350 y ss.; COMOGLIO, 1996: *Riforme processuali e poteri del giudice*, Turín, pp. 59 y ss.

es decir, si la atribución de poderes de iniciativa instructoria implica la aceptación de una ideología política antiliberal y sustancialmente autoritaria o incluso totalitaria. La cuestión no es nueva⁴ y ha sido objeto de discusiones recurrentes en la doctrina del proceso civil. Sin embargo, recientemente ha tenido un *revival*, especialmente en Italia⁵ y España⁶, pero también en otros lugares⁷, por lo que resulta oportuno realizar algunas consideraciones al respecto. No es posible examinar aquí todas las versiones y variantes de la tesis en cuestión: sustancialmente, dicha tesis afirma que la presencia de un juez dotado de poderes de instrucción autónomos sería uno de los indicadores seguros de que nos encontramos en un sistema autoritario, mientras que un sistema auténticamente liberal no debería atribuir al juez ningún poder de iniciativa instructoria. No está claro, en los términos en que usualmente se afirma esta tesis, si se entiende que sería autoritario y antiliberal *el proceso* en el cual el juez dispusiera de poderes de instrucción, o si se debe considerar como autoritario, totalitario y antiliberal también *el sistema político* en el que tales poderes estuvieran atribuidos al juez civil. En la primera hipótesis, todo el discurso corre el riesgo de reducirse a un juego circular de definiciones: ciertamente, se puede estipular convencionalmente llamar “autoritario” al proceso en el cual el juez tenga poderes de instrucción, y llamar “liberal” al proceso en el cual el juez esté privado de tales poderes⁸. Este segundo uso lingüístico es bastante común, aunque puede sonar incongruente definir de una manera simplista como “liberal” un proceso caracterizado por el monopolio de los medios de prueba por las partes, dado que un proceso de estas características podría ser “antiliberal” desde otros puntos de vista, al no asegurar, por ejemplo, la independencia del juez⁹. El primer uso lingüístico es todavía más incongruente porque un proceso en el que el juez disponga de poderes de instrucción no implica un “autoritarismo” procesal, siendo posible configurar tales poderes como puramente supletorios y complementarios respecto a los de las partes, y pudiendo el juez desempeñar un papel secundario, o marginal, en la recolección de las pruebas¹⁰. Por otro lado, como ocurre a menudo, el juez

⁴ Cfr., en efecto, CAVALLONE, 1991: *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padua, pp. 44 y ss., 83 y ss.

⁵ Cfr., en particular, CIPRIANI, 1995: «Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)», en *Riv. dir. proc.*, pp. 969 y ss.; CIPRIANI, 2003: «I problemi della giustizia civile tra passato e presente», en *Riv. dir. civ.*, I, pp. 39 y ss.; CIPRIANI, 2002: «Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie», en *Riv. tri. dir. proc. civ.*, pp. 1243 y ss.; CIPRIANI, 2003: «Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan», en *Riv. dir. proc.*, pp. 455 y ss. Cfr. también MONTELEONE, 2003: «Principi e ideologia del processo civile: impressioni di un “revisionista”», en *Riv. tri. dir. proc. civ.*, pp. 575 y ss.; MONTELEONE: *L'attuale dibattito sugli “orientamenti pubblicistici” del processo civile*, en www.Judicium.it; MONTELEONE, 2000: *Diritto processuale civile*, Padua, pp. XI y ss., 10 y ss., 328 y ss.

⁶ Cfr., en particular, MONTERO AROCA, 2004: «Il processo civile “sociale” come strumento di giustizia autoritaria», en *Riv. dir. proc.*, pp. 552 y ss. (al respecto *vid.* la *Postilla* de VERDE, *ibidem*, pp. 580 y ss.); MONTERO AROCA, 2001: «Los poderes del juez en el proceso civil. Las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad», en *Rev. Ur. Der. Proc.*, pp. 262 y ss.; MONTERO AROCA, 2001: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia (al respecto *vid.* los comentarios de VERDE, 2002: «Le ideologie del processo in un recente saggio», en *Riv. dir. proc.*, pp. 676 y ss.).

⁷ Cfr., por ejemplo, ALVARADO VELLOSO, 2004: *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Bogotá, *passim*.

⁸ La circularidad del argumento es evidente: si se parte de la premisa de que es autoritario el proceso en el que el juez dispone de poderes de instrucción, se sigue que, si un juez dispone de poderes de instrucción, entonces el proceso en cuestión es autoritario.

⁹ Es el caso del ordenamiento italiano del año 1865, en el cual, junto a un código procesal “liberal”, existe un ordenamiento judicial que somete la magistratura a las influencias del poder político (cfr., también para indicaciones ulteriores, TARUFFO, 1980: *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, pp. 138 y ss.).

¹⁰ En este sentido, cfr. COMOGLIO, 1996: pp. 57 y ss.

puede dejar de ejercer dichos poderes, con lo cual realmente no tendría una gestión autoritaria de la instrucción probatoria. En cualquier caso, esta manera de utilizar el lenguaje no es del todo neutral, en virtud de la valoración negativa que conlleva utilizar el término “autoritario” referido al proceso en el que el juez esté dotado con poderes de instrucción, y la valoración positiva que conlleva utilizar retóricamente el término “liberal” referido a un proceso en el que el juez esté privado de tales poderes¹¹. Se trataría, por tanto, de un juego de definiciones estipulativas que no es particularmente útil, pero tampoco inocuo: en todo caso es oportuno no utilizar definiciones de este tipo, ya que son fuente de confusiones y malentendidos.

La segunda de las hipótesis mencionadas anteriormente, es decir, aquella según la cual habría una conexión directa entre la presencia de poderes de instrucción del juez y la naturaleza autoritaria del sistema político en el que tales poderes estuvieran previstos, parece tener un contenido más serio y exigente, por lo que requiere algunas consideraciones ulteriores. La manera en que usualmente se presenta esta hipótesis genera perplejidades por varias razones, relativas especialmente a la falta de una teoría política creíble y suficientemente articulada. Por ejemplo, no se distingue a menudo entre los diversos tipos de regímenes políticos que, en cada caso, se califican como autoritarios, tratando conjuntamente cosas diferentes como el fascismo, el comunismo, el socialismo¹², el Estado asistencial e intervencionista, el Estado social y otros por el estilo. De este modo, la calificación de “autoritario” resulta tan vaga y genérica que resulta sustancialmente carente de sentido¹³. Por otra parte, no se distingue tampoco entre los distintos tipos de libera-

¹¹ En sentido análogo, *cfr.* GUZMÁN, 2004: «Algunos interrogantes difíciles de responder en la actividad probatoria del juez civil (Derecho Procesal Comparado español-argentino)», en *Rev. Der. Proc.* (núm. extraordinario), pp. 149 y ss.

¹² *Cfr.*, por ejemplo, MONTERO AROCA, 2001b: p. 54, quien coloca en el mismo plano la *Zivilprozessordnung* austriaca del 1895, definida como “antiliberal y autoritaria”, debido a su inspiración genéricamente socialista, los códigos procesales de los países comunistas, y el código italiano de 1940, definido de manera apodíctica como «típicamente fascista, inmerso en esa concepción política». En lo que concierne al código austriaco, en efecto, es cierto que atribuyó importantes poderes de dirección formal y material del proceso al juez (*vid.*, por todos, RECHSBERGER-KODEK, 2004: «L'ordinanza della procedura austriaca del 1895», en *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe. 1895*, Milán, pp. XXVIII y ss.); sin embargo, falta por determinar si la concepción de la función social del proceso típica de KLEIN fue verdaderamente autoritaria, como considera CIPRIANI, 1995: pp. 977 y ss., o bien si simplemente estuvo orientada a la creación de un instrumento procesal rápido y eficiente (respecto a las orientaciones políticas y culturales de KLEIN, *vid.*, en todo caso, CONSOLIO: «Il duplice volto della “buona” giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore», en RECHSBERGER-KODEK, 2004: pp. XLVI y ss.). En cuanto al origen del código austriaco del año 1895, CIPRIANO, *ibidem*, pp. 975 y ss., considera que éste deriva directamente de un modelo de proceso «claramente antiliberal y autoritario» como el previsto en el Reglamento de Giuseppe II en el año 1781. No parece que esta valoración esté fundada. En realidad, tanto el reglamento “Giuseppino”, como el posterior “galiziano”, no seguían en absoluto un modelo basado en los poderes del juez: por el contrario, todas las iniciativas procesales se dejaban a las partes, mientras que el juez tenía un papel indiscutiblemente pasivo (*vid.* más ampliamente TARUFFO, 1980: p. 38 y, respecto al reglamento “galiziano” entrado en vigor en la Italia del norte en el año 1815, TARUFFO, 2003: «Il processo civile nel Lombardo-Veneto», en *Regolamento generale del processo civile del Regno Lombardo-Veneto. 1815*, Milán, pp. XIV, XXVI. En sentido análogo *cfr.* SPRUNG, 1979: «Le basi del diritto processuale austriaco», en *Riv. dir. proc.*, p. 31, quien define como “liberal” el proceso en cuestión. Por tanto, si fuese verdadero, como afirma CIPRIANI, que el código de 1895 deriva directamente de estos precedentes, habría que concluir que se trata de un código sustancialmente liberal. Por el contrario, lo cierto es que ese código no deriva en absoluto de los Reglamentos citados, precisamente porque atribuye al juez un papel activo en la conducción del proceso y en la adquisición de las pruebas que aquéllos no prevén.

En cuanto a la pretendida naturaleza fascista del código procesal italiano *vid. infra*, apartado 2.

¹³ En sentido análogo, *cfr.* VERDE, 2002: pp. 679 y ss.

lismo, con lo cual no se entiende si se habla de la concepción de NOZICK, de RAWLS¹⁴, de MATEUCCI, de MALAGODI o de cualquier otro exponente de la teoría política liberal. En realidad, quienes sostienen esta posición no se interesan por la teoría política y mucho menos se preocupan por definir los conceptos políticos que emplean¹⁵. Sin embargo, resulta claro cuál es el tipo de sistema objeto de sus preferencias: éste es —genéricamente— el de los sistemas del siglo XIX en los que estaban vigentes las concepciones del proceso civil típicas del individualismo propietario¹⁶, con la exaltación de la autonomía de las partes como valor absoluto y prioritario, a cumplir a cualquier costo y a privilegiar respecto de cualquier exigencia de funcionalidad y de eficiencia del procedimiento¹⁷.

Por lo demás, no se tiene en cuenta que la contraposición fundamental, como se desprende de la obra clásica de NEUMANN, no es entre liberalismo y autoritarismo, sino entre Estado democrático y Estado autoritario¹⁸. La diferencia es importante porque han existido sistemas políticos que se inspiraban en determinados aspectos de la ideología liberal pero que ciertamente no podían definirse como democráticos. La Italia de la segunda mitad del ochocientos —a la que hacen referencia algunos defensores del *revival*— era en ciertos aspectos “liberal”, especialmente en el ámbito de la justicia civil, dado que el juez que se configuró en el código procesal de 1865 era sustancialmente pasivo y no disponía de poderes de instrucción autónomos¹⁹. Sin embargo, el régimen de la época no era ciertamente democrático, dado que —por mencionar uno sólo de sus aspectos— el derecho de voto correspondía solamente a un porcentaje reducido de ciudadanos varones. Por otro lado, han existido varios regímenes autoritarios en los que el proceso civil se basaba en el monopolio de las partes respecto de la conducción del proceso y de la disponibilidad de los medios de prueba: basta pensar en el código napoleónico del año 1806²⁰, que serviría después como modelo de numerosas codificaciones del siglo XIX, en el Reglamento procesal austriaco del año 1815²¹, en la Italia fascista, donde hasta el año 1942 permaneció en vigor el código “liberal” de 1865, o en la España franquista, en la que permaneció en vigor la “liberal” Ley de enjuiciamiento civil del año 1881. Por el contrario, existen numero-

¹⁴ Para confirmar la imposibilidad de hablar genéricamente de liberalismo, sin mayores precisiones, se pueden recordar las críticas que un hiper-liberal como NOZICK dirige a un liberal como RAWLS: *cf.* al respecto, también para mayores referencias, GARGARELLA, 1999: *Las teorías de las justicias después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona-Buenos Aires-México, pp. 45 y ss.

¹⁵ Para una crítica análoga, *cf.* OTEIZA, 2002: «El juez ante la tensión entre libertad e igualdad», en *Rev. der. Proc.* (núm. extraordinario), p. 220.

¹⁶ No es casual que uno de los defensores del planteamiento que se discute en el texto considere que el proceso civil esté relacionado principalmente con la propiedad: *cf.* MONTERO AROCA, *Los poderes del juez*, cit., p. 262.

¹⁷ En lo que se refiere a España, *cf.*, por ejemplo, MONTERO AROCA, 2001b: pp. 29 y ss., con referencias a las codificaciones españolas del siglo XIX. A propósito de Italia *vid. infra* en el texto.

¹⁸ *Cfr.* NEUMANN, 1973: *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, tr. it. Bolonia. No es casual que NEUMANN no haga referencia alguna al tema de los poderes del juez al delinear las características del Estado democrático y el Estado autoritario, ni siquiera cuando discute la función de la magistratura en MONTESQUIEU y en las experiencias políticas posteriores (pp. 240 y ss.).

¹⁹ *Cfr.* TARUFFO, 1980: pp. 114 y ss., 117, 119; TARUFFO, 2005: «Giuseppe Pisanelli e il codice di procedura civile del 1865», en *Giuseppe Pisanelli. Scienza del processo cultura delle leggi e avvocatura tra periferia e nazione*, a cargo de C. VANO, Nápoles, p. 91.

²⁰ Observa correctamente OTEIZA, 2002: pp. 218, que Napoleón tenía una concepción imperial, que no obstante no le impidió realizar una legislación de inspiración liberal.

²¹ *Cfr.* TARUFFO, 2003: pp. XIII y ss.

esos sistemas democráticos en los cuales el juez dispone de amplios poderes de instrucción, como ocurre por ejemplo en Francia, en Suiza y en Alemania²². En síntesis: es cierto que algunos sistemas que se inspiraron en la ideología liberal clásica produjeron ideologías procesales basadas en la presencia de un juez pasivo y en la reserva para las partes del monopolio de todos los poderes procesales y probatorios: es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en los Estados Unidos con la configuración del *adversarial system of litigation*²³, en Italia con la codificación procesal del año 1865²⁴ y en prácticamente todas las codificaciones procesales del siglo XIX. No es cierto, en cambio, que *solamente* los regímenes *soi-disants* liberales tengan o hayan tenido sistemas procesales con un juez carente de poderes de instrucción. Por el contrario, es verdad que algunos regímenes autoritarios, como el soviético²⁵, han extendido de forma considerable los poderes de instrucción del juez, pero también es verdad que *no todos* los regímenes autoritarios lo han hecho, como lo demuestran los ejemplos mencionados de la Italia fascista, la Alemania nazista y la España franquista. También es verdad, por otra parte, que muchos regímenes no autoritarios —como se verá— han introducido importantes poderes de iniciativa instructoria de oficio. El hecho es que se han introducido poderes de instrucción del juez en *algunos* regímenes autoritarios, y en *muchos* regímenes democráticos, cuando estos últimos han abandonado la ideología liberal clásica para seguir ideologías más evolucionadas en las que se configura un papel activo del Estado en el gobierno de la sociedad. Si estas ideologías son o no autoritarias es —una vez más— un problema de definiciones o —si se toma en serio— un problema de teoría política que no puede ser afrontado adecuadamente en este lugar: en todo caso, sigue siendo paradójica la tesis según la cual existirían sistemas democráticos que admiten modelos de proceso civil de carácter autoritario.

Este tipo de consideraciones generales serían probablemente suficientes para demostrar que ecuaciones del tipo «poderes de instrucción del juez = régimen autoritario» y «juez pasivo = régimen liberal» son vagas y genéricas y se reducen a eslóganes polémicos carentes de valor científico²⁶. No obstante, dado que estas ecuaciones corresponden a actitudes bastante difundidas, vale la pena verificar si tienen algún fundamento desde un punto de vista comparado e histórico.

2. TIPOLOGÍA DE LOS PODERES DE INSTRUCCIÓN DEL JUEZ

Limitando el análisis a los principales ordenamientos europeos, conviene distinguir al menos tres tipos de enfoques legislativos al problema de los poderes de instrucción del juez.

²² *Vid. infra*, apartado 2.

²³ *Cfr.* TARUFFO, 1979: *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*, Padua, pp. 259 y ss.

²⁴ *Vid. supra*, n. 19.

²⁵ *Vid. infra*, apartado 2.

²⁶ Algunas de las reacciones críticas suscitadas por el planteamiento del que se habla en el texto se plantean sustancialmente en este sentido. *Cfr.* en particular, BARBOSA MOREIRA, 2005: «O neoprivatismo no processo civil», en *Rev. iberoam. der. proc.*, n. 7, pp. 13 y ss.; PARRA QUIJANO, 2004: *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá, pp. 9 y ss., 51 y ss.; SIMONA PINO, 2005: «El Dilema entre el Juez Activo y el Juez Autoritario», en *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, pp. 815 y ss.; OTEIZA, 2002: pp. 216 y ss.

a) Un primer modelo está representado por los ordenamientos en los que el juez cuenta con un *poder general* para disponer de oficio la adquisición de las pruebas, no propuestas por las partes, que considere útiles para la determinación de los hechos.

En este punto, sin embargo, hace falta introducir una distinción adicional, indispensable ya sea desde una perspectiva sistemática o desde un punto de vista ideológico. En efecto, es necesario precisar si el juez tiene un *deber* de recabar de oficio todas las pruebas relevantes o bien si tiene simplemente el *poder* de proceder en este sentido.

a1) La primera situación era típica de los ordenamientos de tipo soviético, en los que —en homenaje a una peculiar concepción filosófica de la verdad derivada de la doctrina del materialismo dialéctico y a una teoría del proceso en la que la decisión judicial debía fundarse en la verdad “material” de los hechos— se imponía al juez el *deber* de investigar de oficio dicha verdad. Incluso se preveía la nulidad de las sentencias en las cuales no se hubiese averiguado la verdad material²⁷.

a2) La segunda situación, es decir, aquella en la que el juez tiene un *poder discrecional general* para disponer de oficio la adquisición de pruebas no propuestas por las partes, está presente en varios ordenamientos de tipo no soviético. Un caso particularmente interesante es el de Francia, donde el art. 10 del *code de procédure civile*, ubicado en la parte referida a los *principes directeurs du procès*, establece 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 admisibles que considere útiles para establecer la verdad de los hechos, yendo más allá de las propuestas de las partes²⁸. De acuerdo con la tesis antes señalada, estaríamos en presencia de un sistema claramente autoritario e incluso fuertemente autoritario, dada la extensión general de los poderes de instrucción atribuidos al juez; sin embargo, una tesis de este tipo parece evidentemente absurda. En el ámbito del proceso, en efecto, el legislador francés no solamente cumple rigurosamente con el principio dispositivo (*cf.* por ej. los arts. 1, 4 y 5 del código)²⁹, sino que cumple de manera particularmente intensa con el principio de contradicción (*cf.* los arts. 14 y 16)³⁰ y con una tutela de los derechos de las partes más amplia que la que existe en muchos otros ordenamientos, incluso en el nuestro. Por otro lado, el poder atribuido al juez francés de disponer de oficio la adquisición de todas las pruebas admisibles forma

²⁷ Sobre esta concepción y sus implicaciones filosóficas, *cf.* DENTI, 1989: *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, I ed., Bolonia, p. 66; TARUFFO, 1970: *Studi sulla rilevanza della prova*, Padua, pp. 139 y ss. (también para ulteriores indicaciones bibliográficas). *Cfr.* ADEMÁS GURVIC, 1976: «Introduzione: profili generali del processo civile sovietico», en *Ricerche sul processo. 1-Il processo civile sovietico*, Padua, pp. 11, 19; 1971: *Derecho procesal civil soviético*, tr. esp. México, p. 42.

²⁸ *Cfr.*, por ejemplo, FERRAND, 2005: «The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France», en *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, a cargo de N. TROCKER y V. VARANO, Turín, pp. 27 y ss.; CADIET-JEULAND, 2004: *Droit judiciaire privé*, 4.ª ed., París, pp. 437 y ss.; VINCENT-GUINCHARD, 2003: *Procédure civile*, 27.ª ed., París, p. 541; CORNU-FOYER, 1996: *Procédure civile*, 3.ª ed., París, p. 450.

²⁹ *Cfr.*, por ejemplo, FERRAND, 2005: p. 9; CADIET-JEULAND, 2004: 397 y ss.; VINCENT-GUINCHARD, 2003: pp. 514 y ss.; CORNU-FOYER, 1996: pp. 438 y ss.

³⁰ *Cfr.*, por ejemplo, FERRAND, 2005; CADIET-JEULAND, 2004: pp. 374 y ss.; VINCENT-GUINCHARD, 2003: pp. 543 y ss.; CORNU-FOYER, 1996: pp. 466 y ss.

parte de una tendencia más general, históricamente destacable en Francia, en el sentido de acentuar el papel del juez en el proceso civil³¹, que sin embargo no parece haber conducido a resultados autoritarios³², sino que más bien parece indispensable para realizar una gestión eficiente del proceso civil³³. Por otra parte, se trata de un poder *discrecional*, que el juez es indiscutiblemente libre de no usar si no advierte la necesidad o la oportunidad de ello. Es más, parece que los jueces franceses raramente lo utilizan³⁴, probablemente porque —como ciertamente ocurre en todos los sistemas procesales— las partes son activas al proponer todas las pruebas que necesitan para la determinación de los hechos, haciendo superflua la intervención del juez. No es casual que los manuales franceses —que no son sospechosos de simpatías autoritarias— dediquen una escasa atención al tema de los poderes de instrucción del juez³⁵. Frente a una norma como la del art. 10, situada en el contexto global de la justicia civil francesa, parece difícil pensar que en los últimos treinta años —es decir, a partir de la entrada en vigor del *code de procédure civile*— Francia haya sido un régimen autoritario³⁶.

Del mismo modo, es difícil pensar que en los últimos sesenta años lo haya sido Suiza, donde el art. 37 de la ley procesal federal del 1947 prevé que el juez pueda ordenar pruebas no propuestas por las partes³⁷.

Surge a continuación otra complicación, derivada del hecho de que en varios ordenamientos procesales el juez tiene escasos poderes de instrucción, o no tiene ninguno, en el proceso ordinario, mientras que dispone de amplios poderes de iniciativa instructoria en algunos procesos especiales. Es lo que ocurre —naturalmente— en el proceso laboral en Italia y también en varios procesos especiales en España³⁸. En estos casos se necesitaría pensar que el ordenamiento procesal —y también el correspondiente sistema político— están afectados por alguna forma de esquizofrenia, siendo liberales y autoritarios al mismo tiempo y en sectores diversos de la justicia civil.

b) Un segundo modelo, en el cual se inspiran la mayor parte de los ordenamientos actuales —entre los que se puede poner como ejemplo a Italia y Alemania—, prevé que el juez disponga de *algunos* poderes de iniciativa instructoria. Naturalmente estos

³¹ Cfr., por ejemplo, VINCENT-GUINCHARD, 2003: 22.ª ed., París 1991 (se omite tratar este punto en las ediciones más recientes), pp. 306 y ss., y en particular la obra clásica de NORMAND, 1965: *Le juge et le litige*, París, especialmente pp. 385 y ss.

³² En el *code de procédure civile* se advierte más bien una solución de compromiso, que atenúa la tradición radicalmente liberal, combinando los poderes de las partes con la función del juez, que es promover la justicia con la obtención de la solución más correcta de la controversia. En este sentido, cfr. CADIET, 1999: «Civil Justice Reform: Access, Cost and Delay. The French Perspective», en *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, ed. por A. ZUCKERMAN, Oxford, p. 316.

³³ Cfr., por ejemplo, FERRAND, 2005: pp. 30 y ss.

³⁴ Cfr. BEARDSLEY, 1986: «Proof of Fact in French Civil Procedure», en 34 *Ad. J. Comp. L.*, pp. 489 y ss.

³⁵ En la edición del año 2003 de uno de los principales manuales franceses (o sea: VINCENT-GUINCHARD, *op. cit.*) se dedican a este punto siete líneas en la p. 541, y una línea y media en la p. 809.

³⁶ En sentido análogo, cfr. BARBOSA MOREIRA, 2005: p. 18.

³⁷ Cfr. BARBOSA MOREIRA, 2005: p. 17.

³⁸ Cfr., al respecto, 2003: *Los Poderes del Juez Civil en Materia probatoria*, a cargo de ABEL LLUCH, X., y PICÓ I JUNOY, J., Barcelona, pp. 67 y ss. Del mismo modo, en el proceso laboral español el juez dispone de amplios poderes de instrucción con las diligencias para mejor proveer previstas en el art. 88 de la Ley de procedimiento laboral de 1990.

poderes pueden ser más o menos numerosos o más o menos amplios dependiendo del caso. Sin embargo, hay una clara tendencia al incremento de los poderes de instrucción del juez que se manifiesta también en Italia, por ejemplo, con la reciente introducción del art. 281 ter³⁹.

No es éste el lugar para extenderse sobre la naturaleza autoritaria o no autoritaria del proceso civil italiano. Quisiera únicamente insistir en la idea que expresé años atrás⁴⁰, y que aun hoy me parece adecuada, según la cual el código procesal civil no era en absoluto un código “fascista”, salvo algunos oropeles retóricos que —quizás inevitablemente, dado que se trataba del año 1940— estaban presentes en la *Relazione*⁴¹. Frente al principio de disponibilidad de las pruebas previsto en el art. 115, y del reconocimiento del principio dispositivo por parte de normas como los arts. 99, 101 y 112, la atribución de algunos poderes de instrucción al juez fue modesta, limitada y ciertamente no llegó al extremo de hacer del juez el *dominus* absoluto y autoritario de la determinación de los hechos, como ha demostrado claramente la experiencia práctica de las décadas siguientes. En cuanto a las reformas más recientes, como la del año 1998 que introdujo el art. 281 ter, no se puede decir que hayan transformado el sistema procesal, vulnerando los derechos de las partes y dejándolos a merced de un juez inquisidor.

El juez alemán está dotado tradicionalmente de una gama bastante amplia de poderes de instrucción: sustancialmente, puede disponer de oficio todos los medios de prueba, con la única excepción de la prueba testimonial⁴². Por otra parte, en el caso de que las partes no hayan propuesto una prueba testimonial que el juez considere relevante, puede preguntarles si han considerado dicha posibilidad y por qué no lo han hecho⁴³, lo que puede inducir a las partes a proponer la prueba testifical que omitieron indicar. Los poderes de instrucción del juez alemán se incrementaron significativamente en el año 2001 con la introducción —en el § 142 de la *Zivilprozessordnung*— de la facultad de ordenar a las partes y a los terceros la exhibición de documentos a los que una de las partes haya hecho referencia y —en el § 144— de la facultad de

³⁹ En realidad, esta tendencia se manifiesta en Italia de manera muy esporádica y con efectos escasamente relevantes. Como observa correctamente COMOGLIO, 2004: p. 189; COMOGLIO, 1996: p. 62, las reformas del año 1990-91 y del año 1995 no han seguido esta tendencia, mientras que sí había tenido una importante confirmación con la reforma del proceso del trabajo.

⁴⁰ Cfr. TARUFFO, 1980: pp. 255 y ss., 286 y ss.; análogamente VERDE, 2002: pp. 680, 683, quien considera que el código es moderadamente autoritario, pero que indiscutiblemente no es totalitario.

⁴¹ Con acierto destacaba SATTA, 1947: «In difesa del codice di procedura civile», en *Foro It.*, IV, 47, que podía ser fascista la *Relazione Grandi*, pero no el código. Para un reciente y esmerado análisis de la *Relazione Grandi*, orientado a demostrar que en ella había afirmaciones de tono fascista pero que no tuvieron, sin embargo, repercusión en el código, cfr. PARRA QUIJANO, 2004: pp. 51 y ss. En sentido análogo, cfr. también OTEIZA, 2002: pp. 217 y ss. También CIPRIANI («Piero Calamandrei, la relazione al re e l'apostolato di Chiavenda», en CIPRIANI, 1997, *Ideologie e modelli del processo civile*, Nápoles, pp. 57 y ss.) pone de manifiesto el carácter fascista del lenguaje utilizado en la *Relazione*, pero con el objetivo —de sobra advertido— de mostrar la influencia del régimen de la época. Esto nos demuestra sin embargo que tal influencia se haya manifestado, además de en la *Relazione*, en los contenidos de la codificación procesal.

⁴² Cfr., por ejemplo, MURRAY-STÜRNER, 2004: *German Civil Justice*, Durham, N.C., p. 264. Para una amplia exposición, aunque no tan reciente, cfr. BRÜGGEMANN, 1968: *Judex statutor und judex investigator. Untersuchungen zur Abgrenzung zwischen Richtermacht und Parteienfreiheit im gegenwärtigen deutschen Zivilprozess*, Bielefeld, pp. 350 y ss., 373 y ss.

⁴³ Cfr. los §§ 273(2)(4) y 373 de la *Zivilprozessordnung*, al respecto cfr., por ejemplo, BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS-HARTMANN, 2005: *Zivilprozessordnung*, 63. Aufl., Munich, pp. 1075 y ss., 1477 y ss.

ordenar la práctica de inspecciones de cosas⁴⁴. El juez alemán cuenta por tanto con un poder de iniciativa instructoria *casi-general*. Se trata ciertamente de un juez muy activo, tanto en la dirección del proceso como en la gestión de la fase de instrucción. Esta función ha ido extendiéndose progresivamente y reforzándose en virtud de las diversas reformas introducidas en el transcurso del siglo XX. Dichas reformas han estado dirigidas a reducir gradualmente el monopolio exclusivo del proceso y de las pruebas por las partes, que estaba previsto en la formulación originaria de la *Zivilprozessordnung* del año 1877, y a confiar al juez la tarea de conducir el proceso de manera eficiente, atribuyéndole los poderes necesarios a tal efecto⁴⁵. No es posible recorrer aquí la compleja historia de las reformas procesales alemanas. Vale la pena subrayar, sin embargo, que se han llevado a cabo con independencia de la influencia de la ideología nacionalsocialista. Es cierto que el nazismo atribuyó al juez un papel central en la ideología del Estado, pero también es cierto que esto no afectó de manera directa y específica al tema de los poderes de instrucción del juez. Tampoco la reforma del año 1933, que incidió considerablemente en la estructura del proceso civil, incorporó novedades relevantes en este ámbito y fue, en todo caso, consecuencia de líneas de reforma maduras con antelación, más que de la ideología nazi⁴⁶. No puede decirse, por tanto, que el nazismo haya determinado el tránsito de una concepción “pasiva” (esto es, “liberal”) a una concepción “activa” (y por tanto “autoritaria”) de la función del juez, puesto que esta transformación se había producido en gran medida con las reformas del período liberal anterior a la instauración del régimen nazi. De manera más específica, tampoco puede decirse que el nazismo produjera una ampliación de los poderes de instrucción del juez⁴⁷. Por otra parte, situándonos en tiempos más recientes, podría plantearse si la Alemania del año 2001, en la que se lleva a cabo una reforma que amplía significativamente dichos poderes, es un régimen autoritario que aspira a convertir al juez civil en la *longa manus* de un poder dictatorial en el proceso, de modo que el *Führerprinzip* no habría decaído nunca⁴⁸.

A propósito de los ordenamientos democráticos que atribuyen al juez algunos poderes de iniciativa instructoria, es oportuno también trasladarnos por un momento más allá de los confines europeos⁴⁹ para hacer alusión a un ordenamiento especial-

⁴⁴ Cfr. MURRAY-STÜRNER, 2004: pp. 242 y ss., 244 y ss.; BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS-HARTMANN, 2005: pp. 724 y ss., 730 y ss.; WALTER, «The German Civil Procedure Reform Act 2002: Much Ado About Nothing?», en *The Reforms of Civil Procedure*, pp. 75 y ss.; HANNICH-MEYER-SEITZ-ENGERS, 2002: *ZPO-Reform*, Colonia, pp. 190 y ss. Sobre la historia de la reforma del año 2001, cfr. *ibidem*, pp. 37 y ss.

⁴⁵ Para consultar exposiciones sintéticas sobre esta evolución histórica, que tuvo sus primeros pasos importantes en las reformas de 1902 y 1903, cfr. GOTTWALD, 1999: «Civil Justice Reform: Access, Cost and Expedition. The German Perspective», en *Civil Justice in Crisis*, pp. 226 y ss.; WALTER, 2005: pp. 67 y ss. Cfr. asimismo BRÜGGEMANN, 1968: pp. 53 y ss., 61 y ss.

⁴⁶ Sobre estos aspectos de las relaciones entre nacionalsocialismo y proceso civil, *vid.* BÖHM, 2004: «Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista», tr. it. en *Riv. tri. dir. proc. civ.*, pp. 623 y ss. 627 y ss., 639.

⁴⁷ En sentido análogo, cfr. BARBOSA MOREIRA, 2005: p. 15.

⁴⁸ Podría formularse una duda análoga a propósito de las reformas que tuvieron lugar en los años 1902, 1909 y 1924 (sobre ello *vid.* GOTTWALD, 1999: pp. 227 y ss.; WALTER, 2005: pp. 68 y ss.), es decir, en épocas anteriores a la instauración del régimen nazi.

⁴⁹ En todo caso vale la pena señalar que en distintos ordenamientos procesales extraeuropeos surge la tendencia a extender los poderes de instrucción del juez, totalmente al margen de cualquier opción ideológica en sentido autoritario. Éste es el caso, por ejemplo, de Brasil (sobre el cual *vid.* BARBOSA MOREIRA, 2005: p. 19) y de otros sistemas de América Latina (sobre los que puede verse PARRA QUIJANO, 2004: pp. 67 y ss., 93 y ss.).

mente importante (también desde la perspectiva de su ideología política subyacente), como es el caso del estadounidense. En efecto, vale la pena recordar que la *Rule* 614(a) de las *Federal Rules of Evidence* atribuye al juez la facultad para disponer de oficio pruebas testimoniales no propuestas por las partes, mientras que la *Rule* 614(b) le atribuye la facultad de interrogar a los testigos, propuestos por las partes o llamados de oficio por el propio juez. Además, la *Rule* 706 le atribuye la facultad para ordenar de oficio peritajes técnicos, designando a los expertos⁵⁰. La primera facultad mencionada se ejerce en raras ocasiones⁵¹, aunque los jueces la utilizan cuando un testigo dispone de informaciones relevantes y ninguna de las partes lo llama a declarar, o bien cuando el juez no desea limitarse a la forma en que las partes han planteado la controversia⁵². El poder para ordenar peritajes técnicos es utilizado más a menudo, principalmente con el objetivo de corregir las distorsiones que puedan provocarse por la utilización de los peritos de partes⁵³. En todo caso, se trata de poderes de instrucción de notable importancia. Sin embargo, no hay duda de que el proceso estadounidense ha mantenido su intrínseco carácter *adversarial*⁵⁴, de la misma manera en que que no parece que en el año 1975 —año de la introducción de las *FRE*— o en décadas posteriores, Estados Unidos se haya transformado en un sistema político autoritario.

c) Finalmente —y con esto llegamos al tercer modelo— existen ordenamientos en los que no están previstos de manera expresa verdaderos poderes de iniciativa instructoria por parte del juez, pero en los que, sin embargo, el juez desempeña un papel activo en la adquisición de las pruebas. Los ejemplos relevantes en este sentido son especialmente dos: el inglés y el español.

En Inglaterra, la tradición plurisecular disponía que el juez no ordenara nunca la práctica de pruebas por iniciativa propia, sino que indicara a las partes las pruebas que considerase oportunas para que aquéllas las propusieran⁵⁵. Las *Civil Procedure Rules* del año 1998 transformaron radicalmente el sistema procesal inglés, atribuyendo al juez amplios e intensos poderes para la dirección del proceso⁵⁶, pero en lo que se refiere a la adquisición de las pruebas no se han alejado de la mencionada tradición.

⁵⁰ Sobre estas normas *cfr.*, por ejemplo, GRAHAM, 2003: *Federal Rules of Evidence*, 6.ª ed., Minn., St. Paul, pp. 302 y ss., 363 y ss.; SALTZBURG-MARTIN-CAPRA, 2002: *Federal Rules of Evidence Manual*, 8.ª ed., vol. 3, pp. 614-2, 706-3 y ss.

⁵¹ Es más, se afirma que los jueces deberían ejercerla solamente en situaciones excepcionales, para no interferir con las actividades probatorias de las partes: *cfr.*, por ejemplo, GRAHAM, 2003: p. 302; SALTZBURG-MARTIN-CAPRA, 2002: vol. 3, pp. 614-3.

⁵² *Cfr.* SALTZBURG-MARTIN-CAPRA, 2002: vol. 3, pp. 614-2 y ss.

⁵³ *Cfr.* GRAHAM, 2003: pp. 364 y ss.; SALTZBURG-MARTIN-CAPRA, 2002: vol. 3, pp. 706-3.

⁵⁴ En realidad el carácter *adversarial* del proceso estadounidense depende de actitudes profundamente arraigadas en la cultura jurídica y social norteamericana, que impregnan todos los sectores del Derecho. Al respecto, *cfr.* en particular KAGAN, 2001: *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Cambridge, Mass.-Londres, pp. 3 y ss., 9 y ss., 14 ss., 34 y ss., 44 y ss. Sobre el carácter *adversarial* de la justicia civil estadounidense y sobre los inconvenientes que derivan de ello, *vid.*, en particular, KAGAN, 2001: pp. 99 y ss.

⁵⁵ *Cfr.* VARANO, 1973: *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milán, p. 255, quien recuerda sin embargo (VARANO, 1973: p. 252) que el juez inglés dispone de la facultad para ordenar de oficio la práctica de pruebas testificales, aunque la utilice con muy poca frecuencia. Se considera, en general, que el juez puede llamar a un testigo por iniciativa propia, pero sólo si las partes lo aceptan: *cfr.* CROSS & TAPPER, 2004: *On Evidence*, 10.ª ed., London, p. 308.

⁵⁶ *Cfr.* PASSANANTE, 2000: «La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva», en *Riv. tri. dir. proc. civ.*, pp. 1363 y ss.; ZUCKERMAN, 2003: *Civil Procedure*, Londres, pp. 34 y ss.; ANDREWS, 2000: «A New Civil Procedural Code for England: Party-Control “Going, Going, Gone”», en

Paradójicamente, pues, podría hablarse de un sistema procesal que se ha convertido en “autoritario” pero que no ha atribuido al juez poderes autónomos de iniciativa instructoria. En las *Rules*, en efecto, no hay norma alguna que permita al juez ordenar de oficio la práctica de pruebas. No obstante, de acuerdo con la *Rule* 32.1 el juez puede *control the evidence* indicando a las partes las cuestiones de hecho sobre las que requiere que se propongan pruebas, especificando el tipo de pruebas que deben proponerse y la manera en que deben practicarse en el juicio⁵⁷. Por otra parte, con arreglo a la *Rule* 32.4 el juez puede establecer si, y de qué manera, pueden llevarse a cabo declaraciones testimoniales por escrito⁵⁸; conforme a la *Rule* 32.5 puede asimismo autorizar al testigo para que amplíe el objeto de su declaración. Adicionalmente, hay otras normas que destacan a los efectos de definir la función del juez: así, por ejemplo, la *Rule* 18.1(1) admite que el juez puede ordenar a las partes que proporcionen aclaraciones e informaciones adicionales, incluso sobre aspectos no contenidos en el *statement of case*⁵⁹; la *Rule* 35.9 autoriza al juez a ordenar a una de las partes que proporcione información de la que la otra parte no dispone, y la *Rule* 35.15 autoriza al juez para nombrar *assessors* expertos cuando se trata de decidir sobre cuestiones que requieran conocimientos específicos⁶⁰.

El juez inglés cuenta pues con diversos poderes que podrían definirse como «dirección y control» sobre la adquisición de las pruebas, cuya intensidad no es sustancialmente menor a la de los poderes de los que dispone la mayor parte de los jueces continentales. Por otro lado, dichos poderes se le han conferido en la línea de la tradición inglesa pero en el ámbito de un verdadero código de procedimiento civil que ha situado al juez en el centro del funcionamiento del proceso⁶¹, garantizando al mismo tiempo de una manera rigurosa la tutela de los derechos de las partes⁶². Habría que preguntarse, pues, si repentinamente —y sin que nadie se haya percatado de ello— Inglaterra se convirtió en el año 1998 en un régimen político autoritario, bajo la guía de un ideólogo peligroso como Lord Harry Woolf.

España es también, en muchos aspectos, un “caso” interesante. Por un lado, un código típicamente liberal como la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 preveía en el art. 240 las diligencias para mejor proveer, es decir, un poder de iniciativa instructoria que podía utilizar el juez, antes de la sentencia, en caso de que considerara necesario complementar las pruebas proporcionadas por las partes⁶³. La actual Ley de Enjuiciamiento Civil, promulgada en el año 2000, elimina dicho poder —reduciendo por tanto el ámbito de iniciativa del juez— y establece únicamente, en su art. 435, una

19 *CJQ*, pp. 19 y ss.; ANDREWS, 2003: *English Civil Procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford, pp. 333 y ss.

⁵⁷ *Cfr.* ZUCKERMAN, 2003: pp. 375 y ss., 604, 663 y ss.; ANDREWS, 2003: p. 778.

⁵⁸ *Cfr.* ZUCKERMAN, 2003: p. 603.

⁵⁹ *Cfr.* ZUCKERMAN, 2003: p. 219; ANDREWS, 2003: p. 41.

⁶⁰ *Cfr.* ZUCKERMAN, 2003: p. 640.

⁶¹ *Cfr.* ZUCKERMAN, 2003: pp. 34 y ss.; ZUCKERMAN, «Court Control and Party Compliance-The Quest for Effective Litigation Management», en *The Reforms of Civil Procedure*, cit., pp. 148 y ss.

⁶² *Cfr.* ZUCKERMAN, 2003: pp. 51 y ss., 95 y ss., 101 y ss.

⁶³ Observa correctamente FAIRÉN GUILLÉN [*La ley de enjuiciamiento civil de 1881, invariante española (1881-2000)*], en 2001: *Ley de enjuiciamiento civil 1881*, Milán, pp. XXIX y ss.] que se trataba de un proceso de corte típicamente liberal, en el que se atribuía al juez un papel muy reducido, pero con un “tracto inquisitivo final”, representado precisamente por las diligencias para mejor proveer.

diligencia final en la que el juez puede disponer de oficio que se vuelvan a practicar pruebas practicadas en el proceso si su resultado no ha sido satisfactorio⁶⁴. No obstante, esto no implica que el juez español haya sido reducido realmente a un estado de total pasividad en lo que se refiere a la adquisición de las pruebas. En efecto, el art. 429 de la LEC le atribuye la facultad de indicar a las partes la prueba o pruebas cuya práctica considera conveniente, cuando estime que las pruebas alegadas por las partes puedan resultar insuficientes para la determinación de los hechos⁶⁵. En tal caso, el juez indica a las partes los hechos que considera podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria, pudiendo señalar también —sobre la base de lo que se desprende del expediente de la causa— qué pruebas deberían ser practicadas. Esta norma es el fruto de un compromiso entre tendencias diversas relativas a la definición de la función del juez en el proceso civil⁶⁶. Sin embargo, resulta interesante por lo siguiente: es cierto que prevé únicamente una especie de sugerencia que el juez dirige a las partes, pero también es evidente que dicha sugerencia está dotada de una importante fuerza persuasiva⁶⁷. Así pues, el juez español —al igual que el inglés y el alemán— tiene la posibilidad de hacer que las partes propongan las pruebas que él considere relevantes para la decisión. No obstante, es del todo claro que la LEC del 2000 no ha sido fruto de una visión autoritaria del proceso civil⁶⁸. Del mismo modo, resulta absurda la hipótesis de que en dicho año España tuviera un régimen político autoritario.

3. IMPLICACIONES IDEOLÓGICAS

Cuanto se ha dicho hasta el momento demuestra, más allá de toda duda razonable, que no existe ninguna conexión entre la atribución al juez de poderes más o menos amplios de iniciativa instructoria y la vigencia de regímenes políticos autoritarios y antidemocráticos. El análisis comparado muestra, en efecto, que en los principales ordenamientos europeos —respecto a cuyo carácter democrático no es posible tener dudas sensatamente— se configura una función activa del juez en la adquisición de las pruebas relevantes para la determinación de los hechos. Podrá decirse que estos ordenamientos no se inspiran en una ideología liberal clásica, es decir, propia del siglo XIX, dado que en muchos de ellos el Estado asume un papel activo en numero-

⁶⁴ Cfr. ABEL LLUCH y PICÓ I JUNOY, 2003: pp. 105 y ss.; PICÓ I JUNOY, 2003: «Los principios del nuevo proceso civil español», en *Rev. Per. Der. Proc.*, VII, p. 418; VÁZQUEZ SOTELO, 2000: «Las diligencias finales», en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, Barcelona, vol. II, pp. 549 y ss., quien critica decididamente el corte restrictivo de la norma en cuestión; en sentido igualmente crítico, cfr. DÍAZ FUENTES, 2004: *La prueba en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, 2.ª ed., Barcelona, pp. 108 y ss., donde se habla de un retroceso de la legislación que termina con la eliminación —debida a una exageración del principio dispositivo— de un instituto procesal eficiente, y con la transformación del juez en una “esfinge inerte”.

⁶⁵ Cfr. ABEL LLUCH y PICÓ I JUNOY, 2003: pp. 43 y ss.; PICÓ I JUNOY, 2003: pp. 419 y ss.; GUZMÁN, 2004: pp. 165 y ss.

⁶⁶ Cfr. ABEL LLUCH y PICÓ I JUNOY, 2003: p. 33. Es indiscutible, no obstante, que el nuevo proceso civil español cumple plenamente con el principio dispositivo: *vid.*, por todos, PICÓ I JUNOY, 2003: pp. 412 y ss.

⁶⁷ En el sentido que la norma establece un verdadero poder de instrucción del juez, cfr. PICÓ I JUNOY, 2003: pp. 419 y ss., quien critica la opinión predominante en la doctrina española, según la cual no se trataría de una iniciativa instructoria en sentido estricto.

⁶⁸ Por el contrario, se afirma que es la expresión de una concepción «liberal y garantista»: cfr. MONTERO AROCA, 2001b: pp. 57 y ss. En particular, se excluye que el art. 429, mencionado en el texto, sea el fruto de una visión autoritaria: cfr. en este sentido, ABEL LLUCH y PICÓ I JUNOY, 2003: p. 35.

sos aspectos de la vida social; pero éste es un problema distinto, que atañe en general a la función del Estado, tal como ha venido definiéndose en todos los ordenamientos modernos. Una vez más, no obstante, es imprescindible evitar confusiones conceptuales e ideológicas: es posible que un sistema no se inspire en la ideología liberal siglo XIX sin que por ello deje de ser democrático, y sobre todo sin resultar autoritario o totalitario solamente porque atribuye al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas.

También para este fin es oportuno un uso preciso y riguroso de los conceptos: un juez potencialmente “activo” para complementar las iniciativas probatorias de las partes, dentro de un contexto procesal en el que estén aseguradas las garantías de las partes en el ámbito de un sistema político democrático, y un juez inquisidor en el marco de un sistema político y procesal de carácter autoritario, son cosas completamente distintas⁶⁹. El primer caso se presenta —como se ha visto— en los ordenamientos procesales modernos, en los que se cumple con el principio dispositivo, las garantías de defensa y el principio de contradicción, pero en los que el juez dispone de poderes más o menos amplios de iniciativa instructoria. El segundo caso, en realidad, no se presenta en ninguno de los ordenamientos europeos, ni en la mayor parte de los ordenamientos extraeuropeos. La diferencia entre un juez “activo” y un juez “autoritario” se constata por el hecho de que la función “activa” del juez respecto a la adquisición de las pruebas se configura claramente como complementaria y supletoria respecto a la actividad probatoria de las partes, de modo que cuando éstas ejercen completamente su derecho a proponer todas las pruebas disponibles y, por tanto, proporcionan al juez elementos suficientes para la determinación de los hechos —como ocurre frecuentemente en la práctica— no hay ninguna necesidad de que el juez ejercite sus poderes. Sería completamente distinta una función inquisitoria y autoritaria de un juez que recabara las pruebas de oficio, por iniciativa propia y expropiando a las partes los derechos y las garantías que les corresponden en el ámbito del proceso. Sin embargo, no hay indicio alguno de una función semejante en los ordenamientos modernos.

Lo anterior no demuestra, sin embargo, que la atribución al juez de poderes de instrucción sea fruto de una opción exclusivamente “técnica” y carente de implicaciones ideológicas⁷⁰. Por el contrario: decidir si deben atribuirse exclusivamente a las partes todos los poderes de iniciativa instructoria, o si pueden o deben atribuirse al juez poderes de iniciativa instructoria más o menos amplios, deriva de una elección de carácter sustancialmente ideológico. Sin embargo, las ideologías que aquí están en juego no son las que inspiran las concepciones políticas generales dominantes en los sistemas en los que el legislador se ocupa de la cuestión. En particular, no se trata de un contraste entre ideologías vagamente “liberales” e ideologías genéricamente “autoritarias”. El problema se ubica, en cambio, en un contexto ideológico mucho menos vago, que atañe a las ideologías sobre la función del proceso civil y la decisión con la que éste concluye.

Si se parte de la premisa, derivada de una elección ideológica determinada, de que la única función del proceso civil es la de resolver controversias, poniendo fin a los

⁶⁹ *Cfr.*, por ejemplo, SIMONA PINO, 2005: pp. 825 y ss.

⁷⁰ Para un examen crítico de esta opinión, *cfr.* CAVALLONE, 1991: pp. 184 y ss.

conflictos entre individuos privados⁷¹, se pueden extraer diversas consecuencias. Una consecuencia es que parece razonable dejar exclusivamente a las partes la tarea de gestionar a su voluntad la contienda procesal, y en particular la proposición de pruebas⁷²: por tanto, el juez se encuentra en la condición de un árbitro pasivo, que juzgará exclusivamente sobre la base de los elementos de juicio que las partes le hayan proporcionado⁷³. Otra consecuencia es que hay una preocupación por la calidad de la decisión final: si lo que importa es que ésta sea el resultado directo del enfrentamiento individual de las partes, que ponga fin a la controversia, no importa el contenido de la decisión ni los criterios con los que ésta se formula⁷⁴. Esta situación se constata en el ámbito de la teoría de la llamada *procedural justice*, según la cual el proceso es justo esencialmente porque se basa en el libre juego de las partes en el ámbito de la contienda procesal, mientras que la justicia “procesal” prescinde del éxito del procedimiento, es decir, de la justicia “sustancial” de la decisión final: es más, la justicia de la decisión se hace depender exclusivamente de la corrección del procedimiento que la precede⁷⁵. Dado que estas teorías ubican *en el proceso* el criterio de justicia de la solución del conflicto, de modo que una decisión es justa únicamente si es la conclusión de un proceso equitativo (siendo equitativo sólo el proceso en el que las partes toman todas las iniciativas y el juez no toma ninguna), la consecuencia es que no existen criterios autónomos y específicos para determinar, por ejemplo, si una decisión es o no justa en sí, es decir, en función de los criterios con los que se ha resuelto el conflicto⁷⁶. Por otro lado, incluso respecto a la finalidad de poner fin a la controversia, la calidad de la decisión es irrelevante: las partes pueden decidir no continuar el litigio no porque la decisión sea justa, o sea percibida como tal, sino por las razones más variadas, especialmente cuando consideran —o cuando una de ellas considera— haber agotado todos sus recursos y energías en la contienda. Por tanto, puede ocurrir que se ponga fin a la controversia incluso cuando la decisión sea injusta y equivocada, y sea percibida como tal por las partes, pero éstas no tengan la voluntad o la posibilidad de reaccionar frente a ella.

Así pues, si se parte de una concepción en la que no importa la calidad de la decisión que concluye el proceso, ya que los valores y las exigencias que se toman en consideración prescinden completamente de ella, puede obtenerse como conclusión que la determinación de la verdad de los hechos tiende a considerarse como una cuestión prescindible, como un objetivo imposible de alcanzar o incluso como una eventualidad desagradable y contraproducente. «Un proceso dirigido a maximizar el objetivo de la resolución de los conflictos no puede... aspirar al mismo tiempo a maximizar la

⁷¹ Acerca de esta concepción del proceso *cfr.* ampliamente DAMAŠKA, 1991: pp. 173 y ss. *Cfr.*, también FISS, 2003: *The Law as it Could Be*, Nueva York-Londres, pp. 21 y ss., 51 y ss.

⁷² *Cfr.* DAMAŠKA, 1991: pp. 207 y ss.

⁷³ *Cfr.* DAMAŠKA, 1991: pp. 211, 233 y ss., 235 y ss.; FISS, 2003: p. 20.

⁷⁴ *Cfr.* DAMAŠKA, 1991: p. 239.

⁷⁵ Éste es el planteamiento principal de las investigaciones de psicología de la justicia procesal que se han desarrollado en los últimos decenios, sobre todo en los Estados Unidos. Una útil reseña de estas investigaciones se encuentra en LIND-TYLER, 1988: *The Social Psychology of Procedural Justice*, Nueva York-Londres, en particular, pp. 30 y ss., 39 y ss., 110 y ss. *Cfr.* también los ensayos reunidos en el volumen *Procedural Justice*, ed. por K. F. ROHL y S. MACHURA, 1997, Dartmouth.

⁷⁶ En este sistema ocurre lo mismo que en el duelo: quien vence merecía vencer (*cfr.* COUTURE, 1989: *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, I, p. 310). Análogamente *cfr.* GUZMÁN, 2004: p. 153.

corrección de la determinación de los hechos», afirma uno de los mayores estudiosos de estos problemas⁷⁷. Por otra parte, «el proceso de resolución de los conflictos es indiferente a cómo hayan ocurrido realmente las cosas» y por tanto no está interesado en conseguir una determinación verdadera de los hechos de la causa⁷⁸. Existen varios sujetos que —de manera más o menos consciente— adoptan alguna variante de este planteamiento: desde el abogado escéptico al absolutista desilusionado y al nihilista filosófico⁷⁹. Un aspecto importante del mismo se relaciona con el tema de los poderes de instrucción del juez. Siendo notorio, e históricamente confirmado⁸⁰, que la manera menos eficiente para descubrir la verdad de los hechos en el juicio es limitarse exclusivamente a las iniciativas probatorias de las partes⁸¹, resulta evidente que quien asuma una posición de indiferencia absoluta respecto a la determinación de la verdad de los hechos tenderá a adoptar un sistema en el que las partes dispongan exclusivamente de todas las facultades de iniciativa instructoria, sin que se le atribuya al juez ningún poder. En efecto, la teoría según la cual el proceso tiene como función exclusiva la resolución de conflictos está basada en una visión individualista que refleja un “*sociologically impoverished universe*” en el que importan únicamente los intereses y los objetivos privados⁸². De ello se deriva que sólo los individuos privados pueden y deben desarrollar un papel activo en el proceso, y esto vale también para la iniciativa probatoria.

Por el contrario, es interesante destacar que si se parte de la premisa ideológica de que no se deben atribuir al juez poderes de iniciativa instructoria, la conclusión es la necesaria renuncia a la idea de que en el proceso pueda alcanzarse —o deba buscarse— la verdad de los hechos. No es casual que uno de los autores que afirma con mayor énfasis la naturaleza autoritaria de los sistemas que atribuyen al juez dichos poderes, y que por tanto es partidario de su eliminación, sostenga también que es necesario renunciar “humildemente” a la verdad en el ámbito del proceso⁸³. En conclusión: si no importa la determinación de la verdad de los hechos, no hace falta dotar al juez con poderes de instrucción para permitirle determinar la verdad. A la inversa, si se comparten las razones ideológicas por las que se considera que no se deben conferir al juez dichos poderes, es coherente sostener que la verdad de los hechos no puede y no debe ser determinada en el juicio.

Estas tesis pueden criticarse desde muchos puntos de vista⁸⁴. En todo caso, corren el riesgo —como suele decirse— de probar demasiado. Si la determinación de la verdad

⁷⁷ Cfr. DAMAŠKA, 1991: p. 212.

⁷⁸ Cfr. DAMAŠKA, 1991: p. 213.

⁷⁹ Para un análisis más amplio de estas actitudes, cfr. TARUFFO, 1992: *La prova dei fatti giurici. Nozioni generali*, Milán, pp. 7 y ss. [tr. cast., 2002: *La prueba de los hechos*, a cargo de Jordi FERRER BELTRÁN, Madrid, pp. 28 y ss.].

⁸⁰ Cfr. LANGBEIN, 2003: *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford-Nueva York, pp. 332 y ss.

⁸¹ Lo confirman también los análisis psicológicos: cfr. LIND-TYLER, *op. cit.*, pp. 114 y ss.

⁸² Cfr. FISS, 2003: pp. 33 y ss., 35, 51 y ss.

⁸³ Cfr. MONTERO AROCA, 2001b: p. 109; MONTERO AROCA, 2002: *La prueba en el proceso civil*, 3.ª ed., Madrid, pp. 244, 248.

⁸⁴ Son particularmente eficaces las críticas planteadas por Owen FISS, quien destaca que la teoría del proceso como resolución de conflictos se basa en un individualismo radical inaceptable en la sociedad moderna y en la “privatización” de los valores en juego en la administración de justicia. Cfr. FISS, 2003: pp. 34 y ss., 51 y ss., 55 y ss. Igualmente eficaz es la crítica de OTEIZA, 2002: pp. 222, 223, para quien el modelo de proceso liberal en el que todos los poderes se confieren a las partes desatiende completamente el valor de la igualdad.

no interesa, y por tanto el proceso no debe estar orientado hacia este objetivo, y si tampoco importa la calidad de la decisión, es difícil comprender entonces por qué las partes y el juez deben perder tiempo en proponer y practicar las pruebas. Si la verdadera y exclusiva finalidad es poner fin a la controversia, existen vías más rápidas y eficaces para alcanzar este objetivo: lo eran las ordalías, que simplemente ponían fin al proceso eliminando a una de las partes, y lo sería también una extracción al azar, como alguien ha sugerido al menos para los casos difíciles⁸⁵ o bien lanzando una moneda⁸⁶. Desde esta perspectiva, la instrucción probatoria —así como, por otra parte, el proceso por completo— desempeñaría únicamente una función residual: no sería otra cosa que una especie de representación ritual⁸⁷ que no se celebra porque se trate de un instrumento institucional que persiga administrar justicia, sino porque sirve para *hacer creer*, a las partes y a la sociedad en general, que se ha hecho justicia, con la esperanza de que de ese modo las partes decidan terminar la controversia y se reconstituya la paz social. En resumen, el ritual procesal serviría simplemente para legitimar la decisión⁸⁸, presentándola como aceptable, sin que su naturaleza o su contenido tengan importancia alguna: el proceso y, en particular, la adquisición de las pruebas tendrían como única finalidad hacer que cualquier decisión, al margen de su justicia intrínseca y de su relación con los hechos de la causa, sea aceptada por sus destinatarios.

El panorama cambia completamente si se parte de una opción ideológica distinta y se adopta la que Jerzy WRÓBLEWSKI ha definido como «ideología legal-racional» de la decisión judicial⁸⁹. Esta ideología pone en el centro del problema de la administración de justicia la calidad de la decisión, destacando que ésta debe basarse en una aplicación correcta, y racionalmente justificada, del Derecho. Otras concepciones se ubican también en la misma dirección. De acuerdo con ellas, la administración de justicia no se reduce a una contienda entre individuos privados, sino que debe orientarse al cumplimiento de *public values*⁹⁰ y a la obtención de decisiones justas⁹¹. En este orden de ideas, una de las condiciones para que el proceso conduzca a decisiones jurídica y racionalmente correctas, y por tanto justas, es que esté orientado a establecer la verdad

⁸⁵ Cfr. DUXBURY, 1999: *Random justice: on lotteries and legal decision-making*, Oxford.

⁸⁶ Cfr. FISS, 2003: p. 52.

⁸⁷ El proceso presenta evidentes aspectos rituales, que han sido puesto de manifiesto en diversas ocasiones (cfr. entre lo más recientes CHASE, 2005: *Law, Culture and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, Nueva York-Londres, pp. 114 y ss., 122 y ss. Cfr. asimismo BALL, 1975: «The Play's the Thing; An Unscientific Reflection on Courts Under the Rubric of Theater», en 28 *Stanf. L. Rev.*, pp. 100 y ss.; TARUFFO, 1979: pp. 294 y ss.). El problema no es, sin embargo, el de la existencia de dichos aspectos, sino el de establecer si la función ritual es la *única* función que puede cumplir tanto el proceso como la admisión de las pruebas. Al respecto, parece fundada la opinión de CHASE (2005: pp. 122 y ss.), quien sostiene que el proceso desarrolla una doble función: la de resolver controversias y la simbólica.

⁸⁸ En este sentido, cfr., en particular, LUHMANN, 1969: *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied a. Rh., pp. 57 y ss. Cfr., además, PETERS, 1997: «Adjudication as Representation», en 97 *Col. L. Rev.*, pp. 312 y ss.

⁸⁹ Cfr. WRÓBLEWSKI, 1987: «Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziaria», tr. it. en *L'analisi del ragionamento giuridico*, ed. por P. COMANDUCCI y R. GUASTINI, Turín, p. 284; WRÓBLEWSKI, «Theoretical and Ideological Problems of Controlling Judicial Decisions», en WRÓBLEWSKI, 1983: *Meaning and Truth in Judicial Decision*, 2.ª ed., Helsinki, pp. 127 y ss.; WRÓBLEWSKI, «Ideología de la aplicación judicial del derecho», en WRÓBLEWSKI, 2001: *Sentido y hecho en el derecho*, México, pp. 67 y ss.

⁹⁰ Cfr., en particular, FISS, 2003: p. 30. Sobre las características del proceso orientado a la realización de *policies*, cfr., en general, DAMAŠKA, 1991: pp. 249 y ss.

⁹¹ Sobre las condiciones de justicia de la decisión, cfr., en particular, TARUFFO, 2002: pp. 219 y ss.

de los hechos de la causa. La razón de ello es que ninguna decisión judicial puede considerarse legal y racionalmente correcta, y por tanto justa, si se basa en una determinación errónea y no verdadera de los hechos a los que se refiere⁹².

Estas afirmaciones pueden sonar completamente triviales y no es casual que estén presentes históricamente en varias culturas jurídicas, incluyendo la italiana⁹³. Sin embargo, existen algunas razones por las que no resultan obvias. Algunas razones derivan del hecho de que se exponen a la trillada, aunque nunca abandonada, objeción escéptica que considera que la verdad no sería alcanzable en el proceso y que, por tanto, no sería sensato hablar de una determinación verdadera de los hechos⁹⁴; o a los razonamientos —ya señalados— de quienes consideran inútil la búsqueda de la verdad en el proceso, si no contraproducente, en tanto que la finalidad fundamental del proceso se identificaría con la solución de controversias. Otras de las razones por las que las afirmaciones mencionadas no son obvias derivan del hecho de que a partir de ellas se obtienen varias consecuencias importantes, de las que es conveniente ser conscientes.

Antes que nada, vale la pena destacar que desde esta perspectiva el proceso no deja de ser el instrumento institucional para la resolución de las controversias, pero adquiere importancia la calidad de la decisión con la que se soluciona la controversia⁹⁵. En otras palabras, no cualquier decisión es “buena” sólo porque ponga fin al conflicto; la decisión es “buena” si pone fin al conflicto estando justificada en criterios jurídicos y racionales, entre los que asume una importancia particular la verdad de la determinación de los hechos⁹⁶. Por otro lado, la ideología de acuerdo con la cual el proceso debe tender a concluir con decisiones justas es coherente con una interpretación no formalista y no meramente repetitiva de la cláusula constitucional del “debido proceso”: en efecto, ésta debería hacer referencia a un proceso que pueda ser “justo” en cuanto esté orientado a la obtención de decisiones justas⁹⁷. Adicionalmente,

⁹² Cfr. más ampliamente TARUFFO, 2002: pp. 225 y ss.; TARUFFO, pp. 43 y ss. [tr. cast. *La prueba*, cit., pp. 56 y ss.]; ATIYAH-SUMMERS, 1987: *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, pp. 157 y ss.; FRANK, 1950: *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, Princeton, pp. 95 y ss.; PICÓ I JUNOY, 2003: p. 416.

⁹³ Cfr. en efecto, por ejemplo, CALAMANDREI, 1965: «La genesi logica della giustizia civile», en Id., *Opere giuridiche*, I, Nápoles, p. 25.

⁹⁴ Sobre esta objeción, a menudo recurrente en los discursos que se realizan en torno a la prueba y la decisión judicial *vid.*, más ampliamente, TARUFFO, 1992: pp. 8 y ss. [tr. cast. 2002: pp. 29 y ss.]. Para un ejemplo reciente de esta actitud, cfr. MONTERO AROCA, *supra*, n. 82.

⁹⁵ Cfr., por ejemplo, FISS, 2003: p. 25.

⁹⁶ No es el lugar para afrontar las viejas, y en ocasiones inútiles, discusiones en torno al concepto de verdad, y en particular en torno a la distinción entre verdad absoluta y verdad relativa. Basta recordar que, actualmente, sólo se habla de verdad absoluta en el ámbito de algunas religiones o de alguna metafísica, mientras que todas las demás verdades no pueden ser más que relativas. En consecuencia, la verdad que se obtiene en el proceso es también relativa, dependiente del contexto y de los datos probatorios en los que se funda. Esto no quita, sin embargo, que se pueda y se deba hablar de verdad en el contexto procesal, en el que la verdad constituye un ideal regulativo necesario que orienta la actividad probatoria y la determinación de los hechos. Para un desarrollo más amplio de estos problemas, cfr. TARUFFO, 1992: pp. 58 y ss., 143 y ss. [tr. cast. 2002: pp. 71 y ss., 167 y ss.]. Sobre el problema de la verdad en el proceso, cfr., en particular, FERRER BELTRÁN, 2002: *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona, especialmente pp. 41 y ss., 68 y ss.

⁹⁷ Para una indicación en este sentido, cfr. CHIARLONI, 2004: «Il presente come storia: dai codici di procedura civile sardi alle recentissime riforme e proposte di riforma», en *Riv. tri. dir. proc. civ.*, p. 471. Entre la amplia literatura sobre el “debido proceso”, cfr., en particular, COMOGLIO, *Etica e tecnica del “giusto processo”*, cit., también para ulteriores indicaciones bibliográficas.

podrían valorarse la calidad y los defectos de los distintos sistemas procesales en función de su capacidad para conducir a decisiones justas, es decir —para estos efectos—, a decisiones basadas en una determinación verdadera de los hechos: por ejemplo, un proceso en el que existan distintas reglas de prueba legal y gran cantidad de reglas de exclusión de pruebas relevantes, sería especialmente inadecuado para permitir la adopción de decisiones justas, mientras que para este fin sería más funcional un proceso en el que se admitieran todas las pruebas relevantes y éstas fuesen valoradas por el juez de acuerdo con 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 apoya evidentemente en opciones ideológicas para las cuales la calidad de la decisión que concluye el proceso no es de ningún modo indiferente ni irrelevante, sino que, por el contrario, debe tender a basarse en una determinación verdadera de los hechos de la causa⁹⁸. Para que se alcance este objetivo es necesario que se cumplan varias condiciones: una de ellas es que el juez pueda complementar las iniciativas probatorias de las partes cuando éstas sean insuficientes o inadecuadas para la adquisición de todas las pruebas necesarias para adoptar una decisión que determine la verdad de los hechos. Por otro lado, es insostenible la opinión —en ocasiones recurrente, particularmente en la doctrina norteamericana⁹⁹— de acuerdo con la cual un proceso puede estar orientado hacia la búsqueda de la verdad de los hechos y, a pesar de ello, debe estar basado en el monopolio exclusivo de la iniciativa probatoria por las partes. Precisamente, la historia del proceso del *common law* muestra que, en efecto, un proceso completamente *adversarial* nunca ha estado orientado hacia la búsqueda de la verdad¹⁰⁰, y que la libre contienda de las partes no es un buen método para alcanzar una determinación verdadera de los hechos¹⁰¹. En todos los procesos hay al menos una parte —aquella que sabe que está equivocada— que no tiene interés en que se descubra la verdad; por su parte, los abogados no son científicos que persiguen una búsqueda imparcial y desinteresada de la verdad, sino que tienen interés en que venza la versión de los hechos que más le convenga a su cliente, con independencia de la verdad¹⁰².

Es sobre la base de consideraciones de este tipo que todos los grandes ordenamientos europeos se han orientado en el sentido de atribuir al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas. Un caso particularmente interesante, desde este punto de vista, se presenta en Inglaterra, donde la tendencia a hacer que el proceso civil pueda alcanzar resultados de *substantive justice*, basándose en la máxima aproximación posible a la verdad de los hechos, ha conducido a reforzar decididamente los poderes del juez cambiando la orientación tradicional de este sistema proce-

⁹⁸ En este sentido, *cfr.*, por ejemplo, PARRA QUIJANO, 2004: pp. 9 y ss.; OTEIZA, 2002: p. 227.

⁹⁹ *Cfr.*, por ejemplo, LANDSMAN, 1984: *The Adversary System. A Description and Defense*, Washington-Londres, pp. 5, 36; WALPIN, 2003: «America's Adversarial and Jury Systems: More Likely To Do Justice», en 26 *Harv. J. Law & Publ. Pol.*, pp. 175 y ss.

¹⁰⁰ *Cfr.* LANGBEIN, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰¹ *Cfr.* JOLOWICZ, 2003: «Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure», en *Int. Comp. L. Q.*, pp. 2 y ss.

¹⁰² Sobre la evidente “implicación” del abogado, que determina su parcialidad respecto al empleo de las pruebas y a la reconstrucción de los hechos, *vid.*, más ampliamente, TARUFFO, 1993: «Involvement and Detachment in the Presentation of Evidence», en *The Eyes of Justice*, ed. por R. KEVELSON, Nueva York e.a., pp. 267 y ss.

sal¹⁰³. Como se ha visto anteriormente, los distintos ordenamientos procesales han utilizado técnicas normativas diversas y se han inclinado en mayor o menor medida por la extensión de poderes de instrucción del juez: de todos modos, un elemento constante que destaca a partir de una investigación de derecho comparado es que 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. Del mismo modo, es importante destacar que sobre ninguno de estos ordenamientos se cierne la sombra de Torquemada, y en ninguno aflora el fantasma del juez como *longa manus* de Hitler, Mussolini o Stalin. Por el contrario, surge la figura, mucho más modesta y razonable, de un juez que asiste al “juego de las partes” y que interviene cuando se percata de que dicho juego corre el riesgo de llevar a decisiones injustas porque se basa en una determinación inadecuada de los hechos.

La experiencia de los ordenamientos procesales europeos muestra también la inconsistencia de una premisa de la que se parte frecuentemente —implícita o explícitamente— cuando se discute acerca de los poderes de instrucción del juez. Identificaré a esta premisa como “teoría de la tarta”, porque consiste en concebir el conjunto de poderes de iniciativa instructoria como una tarta que el legislador divide en cada caso entre las partes y el juez, con la consecuencia de que la atribución de poderes de instrucción al juez supondría una reducción proporcional de los poderes de las partes¹⁰⁴. Si así fuera, habría que concluir que en el proceso francés las partes no tienen ningún poder de iniciativa instructoria, dado que el art. 10 atribuye por completo la “tarta” al juez, confiriéndole —como se ha visto anteriormente— un poder general para ordenar de oficio la adquisición de pruebas. Análogamente, habría que concluir que en el proceso alemán no les queda a las partes más que una “porción” reducida e incierta, constituida por el poder para proponer pruebas testificales: dicha “porción” no estaría ni siquiera reservada por completo a la disponibilidad de las partes, dado que el juez puede inducir las a proponer testigos que aquéllas no hayan propuesto de propia iniciativa. Todo esto es evidentemente absurdo, tratándose de ordenamientos en los que no hay duda de que se garantiza el derecho a la defensa y que se reconoce y asegura el derecho a la prueba que corresponde a las partes¹⁰⁵. La “teoría de la tarta” resulta, por tanto, inconsistente e infundada.

Ahora bien, no es posible continuar considerando la atribución de poderes de instrucción al juez, así como su ejercicio, como una especie de *deminutio* proporcional de las posiciones procesales de las partes y como una violación de sus derechos fundamentales. Por el contrario, la experiencia de los ordenamientos europeos, y en particular la del ordenamiento francés, muestra que es posible maximizar *al mismo tiempo* el derecho a la prueba que le corresponde a las partes, la garantía del

¹⁰³ Cfr., por ejemplo, JOLOWICZ, 1996: «The Woolf Report and the Adversary System», en *CJQ*, pp. 199 y ss. En sentido análogo, cfr. ZUCKERMAN, 2003: p. 6, quien subraya que la finalidad de permitir la determinación de la verdad ha estado entre las razones fundamentales 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.

¹⁰⁴ Para un ejemplo de esta concepción, cfr. MONTERO AROCA, 2001b: p. 55.

¹⁰⁵ Para un panorama comparado al respecto, cfr. PERROT, 1983: «Le droit à la preuve», en *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung*, Bielefeld, pp. 91 y ss.

principio de contradicción y la atribución de amplios poderes de instrucción al juez. Por otro lado, es evidente que cuando el juez ejerce uno de sus poderes de instrucción no usurpa poder alguno de las partes ni invade un territorio que esté reservado para ellas. Esto podría ocurrir únicamente en un sistema en el que las partes no gozaran de ninguna garantía, pero —al margen de que esto no ocurre en ningún ordenamiento procesal evolucionado— ésta es una cuestión que atañe directamente a la configuración de los derechos y las garantías de las partes, más que a los poderes del juez. Por otra parte, como también se ha visto, los distintos ordenamientos no establecen que el juez se lance por sí solo y *a priori* a la búsqueda de las pruebas, sino solamente que ejerza poderes de control y de iniciativa instructoria que están claramente configurados como accesorios, y sustancialmente residuales, respecto a los poderes de iniciativa instructoria que les corresponden a las partes. Más aún, en los sistemas que cumplen verdaderamente con las garantías de defensa dichos poderes deben ejercerse en el pleno cumplimiento del principio de contradicción entre las partes, con el derecho de éstas de objetar las iniciativas del juez y de proponer las pruebas que a partir de dichas iniciativas se consideren convenientes. Basta observar, por otra parte, que el juez italiano que sobre la base del art. 281 ter, llama de oficio a un testigo al que ha hecho referencia una de las partes, o el juez inglés, español o alemán que sugiere a las partes la proposición de una prueba, no invade el campo de las partes privándoles de sus prerrogativas: estos jueces simplemente están realizando una de sus funciones específicas, que es hacer que la decisión final se base en todas las pruebas disponibles y, por tanto, que se aproxime lo máximo posible a la verdad de los hechos.

4. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis de los principales ordenamientos europeos anteriormente esbozado aconseja realizar, a título de conclusión, algunas consideraciones relativas al argumento que frecuentemente se utiliza para criticar la atribución al juez de poderes autónomos de iniciativa instructoria. Este argumento está bastante difundido¹⁰⁶ y consiste en sostener, sustancialmente, que en el momento en que el juez ejerce dichos poderes pierde su imparcialidad, porque termina favoreciendo a una u otra de las partes, perdiendo también su independencia en el juicio, ya que termina valorando parcialmente las pruebas que han sido incorporadas de oficio por él mismo¹⁰⁷.

¹⁰⁶ En la doctrina italiana, *cfr.*, en particular, LIEBMAN, «Fondamento del principio dispositivo», en LIEBMAN, 1962: *Problemi del processo civile*, Napoli, p. 12, quien afirma que «es necesario, a fin de que el juicio se desarrolle correctamente, asegurar la imparcialidad, también desde el punto de vista psicológico, de la persona física a quien se le confía el juicio». Se trata, por otra parte, de una opinión que se presenta a menudo en la doctrina italiana: *cfr.*, por ejemplo, FAZZALARI, 1972: «L'imparzialità del giudice civile», en *Riv. dir. proc.*, pp. 193 y ss.; MONTESANO, 1978: «Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile», en *Riv. tri. dir. proc. civ.*, pp. 189 y ss. También en la doctrina norteamericana esta tesis representa una especie de lugar común: *cfr.*, por ejemplo, LANDSMAN, 1984: pp. 2 y ss., 37; SALTZBURG, 1978: «The Unnecessarily Expanding Role of the American Trial Judge», en 64 *Virg. L. Rev.*, p. 17; FULLER, «The Adversary System», en FULLER, 1961: *Talks on American Law*, Nueva York, pp. 39 y ss.

¹⁰⁷ *Cfr.*, en particular, LIEBMAN, 1962: p. 13, quien considera que no se puede dudar «que la imparcialidad del juez corre el riesgo de quedar comprometida cuando debe juzgar una prueba que él mismo ha elegido, y que se ha incorporado por su iniciativa al proceso».

Sobre este punto es posible observar —al margen de la dudosa admisibilidad de las ingenuas nociones psicológicas en las que se basa este argumento— que si éste fuese válido deberíamos concluir que todos los legisladores procesales europeos —cada uno a su modo— han atravesado un momento de locura que los ha inducido a atribuir al juez una función activa en la adquisición de las pruebas, sin darse cuenta de que de esa manera habrían puesto en riesgo el valor fundamental de la imparcialidad y la independencia de juicio del propio juez. Dado que, no obstante, no hay pruebas creíbles de esta locura colectiva, deberíamos concluir que la experiencia comparada muestra que es infundado el temor de que el juez, al desempeñar un papel activo, se convierta por ello en un juez parcial e incapaz de valorar correctamente el material probatorio recabado en el juicio, incluso a partir de su iniciativa¹⁰⁸.

Puede observarse que en realidad el juez “toma partido” a favor de una parte y en contra de la otra en cualquier momento del proceso, es decir, en todas las ocasiones en que dispone o decide alguna cuestión relativa al procedimiento, o resuelve cuestiones preliminares o prejudiciales y, sin embargo, nadie piensa que por esta razón, y en cada uno de esos momentos, el juez pierda su imparcialidad. Dado que no existe el juez *tabula rasa* y absolutamente pasivo, ni tampoco puede existir en el curso del proceso, deberíamos concluir que el juez nunca es imparcial: con ello, sin embargo, cualquier discurso sobre el proceso resultaría carente de sentido. No se entiende, por otra parte, por qué el juez deviene parcial cuando ordena la adquisición de una prueba de oficio o sugiere a las partes la proposición de una prueba, y esto no sucede, por ejemplo, cuando admite o excluye una prueba propuesta por una parte, o cuando reduce las listas de testigos o cuando cierra la instrucción probatoria de acuerdo con el art. 209 del *codice di procedura civile*.

Por lo demás, sería oportuno realizar algunas aclaraciones de carácter general acerca de la imagen del juez a la que se hace referencia. Si se piensa en un “buen” juez capaz de ejercer correcta y racionalmente sus poderes, entonces no hay ninguna razón para temer que se convierta en parcial, e incapaz para valorar las pruebas, por el solo hecho de que haya sido él quien ordenó o sugirió su realización. Únicamente si se piensa en un juez incapaz y psicológicamente débil puede temerse que pierda su imparcialidad en el momento en que decide sobre la conveniencia de que sea incorporada una prueba adicional, o que no sea capaz de valorar de manera equilibrada una prueba sólo porque ha sido él quien ha ordenado su incorporación. Un juez “normal” es capaz de determinar si un testigo al que ha llamado a testificar es creíble o no, de la misma manera en que valora la credibilidad de un testigo propuesto por una de las partes: suponer que el juez considera atendible un testigo sólo por el hecho de que ha ordenado de oficio su declaración presupone que dicho juez sea considerado “subnormal”. Naturalmente, existe el riesgo de que el juez esté condicionado

¹⁰⁸ La «incompatibilidad psicológica entre investigación y decisión» de la que habla, por ejemplo, LIEBMAN, 1962: p. 13, no sólo no está demostrada, sino que —si fuera verdadera— pondría en crisis todos los sectores de la investigación científica, en la que es normal que quien realiza investigaciones presente posteriormente los resultados de las mismas como válidos en cuanto confirmados por su propia investigación. No parece, en verdad, que en la epistemología se diga que el resultado de una investigación, o de un experimento, esté invalidado por el hecho de que haya sido la misma persona quien realizó la investigación. No son claras las razones por las cuales aquello que vale para cualquier sujeto que extrae conclusiones de informaciones que él mismo ha investigado o descubierto, no puedan valer en cambio para el juez.

por la llamada *early bias* (o *confirmation bias*), es decir, por la inclinación a considerar atendibles sus primeras impresiones sobre los hechos de la causa y a buscar en las pruebas las confirmaciones de sus propios prejuicios, subestimando las pruebas que los contradigan. Sin embargo, la manera para afrontar esta eventualidad no es precisamente eliminar los poderes de instrucción del juez, dado que dicha eventualidad puede verificarse incluso cuando el juez no dispone de tales poderes o bien cuando no los ejerce: en efecto, también puede suceder que un juez “pasivo” se aferre en exceso a una determinada versión de los hechos de la causa y, por tanto, oriente sus posteriores decisiones, incluida la decisión final, hacia la hipótesis de que dicha versión de los hechos es digna de ser considerada como verdadera. Por otro lado, no es necesario realizar extensas argumentaciones para demostrar que los remedios contra el pre-judicio del juez son otros: consisten en el pleno cumplimiento del principio de contradicción entre las partes, incluso por parte del propio juez, y en la necesidad de ofrecer una motivación analítica y completa, y racionalmente estructurada, de la decisión sobre los hechos¹⁰⁹.

Evidentemente, los ordenamientos que han atribuido al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas han supuesto que tales poderes son atribuidos a jueces capaces de realizar de manera correcta y racional su función de estímulo, control y de iniciativa probatoria, sin que ello pusiera en peligro los valores fundamentales del proceso civil. A partir de la experiencia de estos ordenamientos, no se advierte que esta hipótesis haya sido contradicha en la práctica: ello debería permitir reconducir el problema de los poderes del juez dentro de confines razonables, evitando caer en polémicas ideológicas carentes de fundamento.

(Trad. de Raymundo Gama)

¹⁰⁹ Sobre el principio de contradicción y la motivación de los hechos como método para un control racional de las valoraciones de las pruebas, *vid.*, más ampliamente, TARUFFO, 1992: pp. 401 y ss., 408 y ss. (tr. cast. 2002: pp. 420 y ss., 427 y ss.).