

Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa

Michelle Taruffo¹

Traducción Diana María Ramírez Carvajal²

- Sumario:
1. Introducción
 2. Tipología de los poderes de instrucción del juez
 3. Implicaciones ideológicas
 4. Consideraciones conclusivas

1. Introducción

Un análisis adecuado del tema de los poderes del juez en los ordenamientos procesales europeos no se puede agotar en el breve espacio de una conferencia. La exposición que sigue debe por consiguiente estar limitada a algunas referencias sobre los aspectos más relevantes de algunos ordenamientos, con algunas observaciones introductorias³ y algunas consideraciones conclusivas.

¹ Profesor ordinario de la Universidad de Pavía Italia, autor de los libros *La prueba de los Hechos*, Editorial Trotta, 2003. *Sobre las Fronteras*, traducido por el Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín y editado por Temis, 2006. Profesor emérito internacional en temas de derecho probatorio y derecho procesal.

² Doctora en Derecho y Magister en Derecho Procesal. Investigadora y docente en la Universidad de Medellín. Email. dramirez@udem.edu.co

³ Conferencia presentada al XXV convenio nacional de la Asociación italiana entre los estudios del proceso civil, realizado en Callari del 7-8 de octubre de 2005 sobre el tema "las pruebas en el proceso civil".

Algunas consideraciones de fondo, que además se asumen como premisas del discurso que se estará desarrollando, pueden ser aclaradas solamente en términos sintéticos, no siendo posible discutirlos y justificar el fundamento en esta sede.

Una de estas consideraciones tiene que ver con la ausencia de implicaciones necesarias entre la adopción del principio dispositivo en sentido propio, o sustancial y la opción que consiste en no atribuir al juez algún poder de instrucción autónomos. Existen de hecho muchos modelos de procesos (sobre los cuales v. infra, par. 2) que actúan integralmente el principio dispositivo, y por consiguiente atribuyen a las partes el poder exclusivo para dar comienzo al proceso y por determinar el objeto y más aún atribuyen al juez poderes relevantes de iniciativa de instrucción.

Otra consideración es la bien conocida distinción entre concepción "publicista" y concepción "privatista" del proceso civil. Más allá del hecho que la primera de las dos concepciones parece prevalecer en todos los ordenamientos modernos, esta distinción parece irrelevante por cuanto

Una primera observación es de carácter terminológico y tiene que ver con el uso del término “inquisitorio”. Este término es así cargado de implicaciones retóricas hasta hacerlo, en el mejor de los casos, inútil. Las implicaciones retóricas tienen un sentido que viene normalmente usado - evocando más o menos explícitamente el espectro de la Santa Inquisición, en cuyos procesos el indagado no tenía ningún poder de defensa delante de un tribunal omnipotente - con el objeto de obtener una valoración negativa sobre todo esto a que viene referido. El término “inquisitorio” está pues fuera de esta comprensión porque jamás ha existido, y no existe ahora en ningún ordenamiento, un proceso civil que pueda considerarse de verdad inquisitorio: en el cual, las partes no tengan derechos o garantías y todo el proceso venga impulsado de oficio por el juez. No hay un caso, donde la tradicional contraposición entre el proceso adversarial y el proceso inquisitorio, venga además privada de validez sobre el plano de la comparación entre modelos procesales⁴. Por estas razones parece particularmente útil una operación de terapia lingüística consistente en dejar de usar el término “inquisitorio”, al menos con referencia al proceso civil. En efecto es oportuno hablar de modelos mixtos para indicar aquellos ordenamientos procesales - que actualmente son numerosos- en los cuales se prevé más o menos extensos poderes de instrucción del juez, en cuanto a la plena posibilidad que las partes tienen de deducir todas las pruebas admisibles y relevantes para la certeza de los hechos⁵.

tiene el tema de los poderes instruccionales del juez. De hecho, si se concibiera el proceso civil solamente como un método de resolución de controversias “privadas”, se podría siempre preferir un modelo de proceso inspirado en la ideología legal-racional de la justicia (sobre los cuales v. infra, por 3) a una ideología según la cual el libre choque entre privados fuera el solo criterio aceptable en la resolución de los conflictos.

⁴ Cfr. en particular, DAMASKA, Los rostros de la justicia y del poder. Análisis comparativo del proceso, tr. It. Bolonia 1991, p. 34; Taruffo, sobre los confines. Escritos sobre la justicia civil, Bolonia 2002, p. 73s.

⁵ Así por Ej: Comoglio, ética y técnica del “justo proceso”, Turín 2004, pág. 185 ss, 350ss; ID, Reformas Procesales y Poderes del Juez. Turín 1996, P. 59ss.

Otro punto, particularmente importante, tiene que ver con la cuestión de, si aquello de los poderes de instrucción del juez, puede ser considerado como un problema político, o sea si la atribución del juez de poderes de iniciativa de instrucción, implica asumir una ideología política antiliberal y sustancialmente autoritaria o de contextura totalitaria. La cuestión no es nueva⁶, y ha sido objeto de discusiones recurrentes en la doctrina del proceso civil. Todavía ella es objeto de un reciente debate, particularmente en Italia⁷ y en España⁸, pero también en otras partes⁹, así que es oportuno hacer alguna consideración. Aquí no es posible examinar en todas sus versiones y variantes la tesis que a propósito ha avanzado: en sustancia, ella afirma que la presencia de un juez dotado de poderes de instrucción autónomos sería uno entre otros indicadores seguros del hecho que se encuentra en un sistema autoritario, mientras un sistema auténticamente liberal no debería atribuir al juez ningún poder de iniciativa de instrucción. No está claro, en los términos que a menudo esta tesis se expresa, si se entiende que sería autoritario y antiliberal el proceso en el cual el juez dispone de poderes instrucción autónomos, o si se debe considerar como autoritario, totalitario y antiliberal también el sistema político en el cual estos poderes vienen atribuidos al juez civil.

⁶ Cfr. De hecho CAVALLONE, El juez y la prueba en el proceso civil. Padua 1991, p. 4455, 83ss.

⁷ Cfr. En particular CIPRIANI, en el centenario del reglamento de Klein (el proceso civil entre libertad y autoridad, en Riv. Dir. Pro. 1995, P. 969ss; ID., los problemas de la justicia civil entre pasado y presente, in Riv. – Civ. 2003, I. P. 39ss; ID, el proceso civil italiano entre eficiencia y garantías, en esta revista, 2002 p. 124ss; ID el proceso civil entre viejas ideologías y nuevas slogan, en Riv. Dir. proa 2003, p. 455 ss CF también MONTELEONE, Principios e ideologías del proceso civil, impresiones de un “revisiónista”, en esta revista 2003p. 575ss. ID, el actual debate sobre las “orientaciones publicistas” del proceso civil, en www.judicium.it ID, derecho procesal civil. Padua 2000, P. X ss, 10ss, 328ss.

⁸ Cfr, en particular MONTERO AROCA, el proceso civil “social” como instrumento de justicia autoritaria en Riv. Dir. Proa. 2004, p. 552ss (sobre los cuales v. la postilla de VERDE, idem. P. 580ss); ID; los poderes del juez en el proceso civil. Las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad, in Rev. Ur. Der. Proc. 2001, p. 262 ss; IO, los principios políticos de la nueva ley de enjuiciamiento civil. Los poderes del juez y la oralidad, valencia 2001 (sobre los cuales v. los comentarios de VERDE, las ideologías del proceso en un reciente ensayo en Riv. Dir. Proa. 2003, p. 676 ss).

⁹ Cfr. Por ejemplo ALVARADO VELLOSO, Debido Proceso versus pruebas de oficio, Bogotá 2004, passim.

En la primera hipótesis, todo el discurso se arriesga a reducirse a un juego circular de definiciones: se puede en verdad, estipular convencionalmente, el llamar “autoritario” el proceso en que el juez tiene poderes de instrucción, y de llamar “liberal” el proceso en que el juez está privado de tales poderes¹⁰. Este segundo uso lingüístico es bastante común, aunque puede sonar incoherente definir simplemente como “liberal” un proceso caracterizado por el monopolio de las partes privadas sobre los medios de prueba, dado que un proceso de hecho podría ser “antiliberal” bajo otros puntos de vista, por ejemplo la falta de independencia del juez¹¹. El primer uso lingüístico todavía más impreciso, porque un proceso en que el juez dispone de poderes de instrucción no implica “autoritarismo” procesal, pudiendo configurarse tales poderes como puramente supletivos e integrativos respecto de aquellos de las partes, y pudiendo el juez desarrollar un rol del todo secundario, o marginal, en la recolección de las pruebas¹². Como a menudo ocurre, el juez puede al menos ejercitar sus poderes, así que no tendría en realidad gestión autoritaria de la instrucción probatoria. Este modo de usar el lenguaje no es de ninguna forma neutral, en virtud de la valoración negativa que el empleo retórico del término “autoritario” conlleva sobre el proceso en que el juez está dotado de poderes de instrucción, y de la valoración positiva que el término “liberal” retóricamente asimila el proceso en que el juez está privado de tales poderes¹³. Se trataría por consiguiente de un juego de definiciones estipuladas no particularmente útil, más bien incoherentes:

¹⁰ La circularidad del argumento es evidente: Se mueve la premisa que es autoritario el proceso en el cual el juez dispone de poderes de instrucción y podrá ciertamente derivar la consecuencia que si un juez dispone de poderes instruccionales, entonces el proceso en cuestión es autoritario.

¹¹ Es el caso del ordenamiento que se realiza en 1865, en el cual, junto a un código procesal “liberal”, existe un ordenamiento judicial que sujeta la magistratura a las influencias del poder político (cfr) también para ulteriores indicaciones, TARUFO, la justicia civil en Italia desde 1700 hasta hoy, Bologna 1980, p. 138ss).

¹² 10. En este sentido cfr COMOGLIO, Reformas procesales, cit, p. 57ss.

¹³ En sentido análogo cfr. GUZMAN, algunos interrogantes difíciles de responder en la actividad probatoria del juez civil (derecho procesal comparado español-argentino), en Rev. Der. Proc. (número extraordinario), 2004, p. 149 ss.

es por tanto oportuno no servirse de definiciones así hechas, porque aparecen llenas de confusiones y de malos entendidos.

La segunda de las hipótesis indicada, 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 que tales poderes vienen previstos, parece tener un contenido más serio y por tanto amerita algunas consideraciones. En sus versiones corrientes esta orientación asombra por varias razones, relativa sobre todo a la falta de una teoría política creíble y suficientemente articulada. Por ejemplo, solamente no se distingue entre los diversos tipos de régimen político que de vuelta en vuelta vienen calificados como autoritarios, poniendo juntos instituciones demasiado diferentes como el fascismo, el comunismo, el socialismo¹⁴, el Estado asistencial e intervencionista, el Estado social, y cosas así.

¹⁴ Cfr. por ej: MONTERO AROCA, los principios políticos, cit, p. 54 que pone junto la civil prozessordnung austriaca de 1895, definida "antiliberal" y autoritaria" en cuanto de inspiración socialista, los códigos procesales de los pueblos comunistas y el código italiano de 1940, definido apodicticamente como "típicamente fascista" inmenso en esa concepción política". El código austriaco, es ciertamente verdad, que eso atribuyó al código relevantes poderes de dirección formal y material del proceso cv. Para todos RECHSBERGE, y KODEK, el ordenamiento procesal austriaco de 1895, en ordenamiento procesal civil de Francisco José, 1895, Milán 2004, P.XXVII-ss), pero queda por establecer si la concepción de la función social del proceso típica de Klein fuera de verdad autoritaria, como refiere CIPRIANI, en el centenario, cit, p. 977 ss, o fuera simplemente orientada a la creación de un instrumento procesal rápido y eficiente (sobre los orientamientos políticos y culturales de Klein v. CONSOLO, El doble rostro de la "buena" justicia tarde-asburgia y de su regenerador, en ordenamiento del proceso civil, cit. P. XLVI ss) en cuanto a los orígenes del código austriaco de 1895, CIPRIANI, ibídem, p. 975 ss. retiene que eso se deriva directamente de un modelo de proceso "netamente iliberal y autoritario" como aquel previsto del reglamento de José II de 1781. No parece que esta valoración sea fundada. En realidad, el reglamento "josefino", así como el sucesivo, galiciano", no seguía de hecho un modelo centrado sobre los poderes del juez: Al contrario, todas las iniciativas procesales venían dejadas a las partes, mientras el juez, tenía un rol decididamente pasivo. (V. más TARUFFO, la justicia civil. Cit. P. 38, y con referencia al reglamento "galiziano", entrado en vigor en Italia del norte en 1815. id., el proceso civil en el Lombardo-veneto, en Reglamento general del proceso civil del reino Lombardo-Veneto, 1815, Milán 2003, p. XXVI. En sentido análogo cfr SPRUNG, las bases del derecho procesal austríaco, en riv. Dir. Proa. 1979, p. 31, el cual define "liberal" el proceso en cuestión. Si fuera verdad, como afirma CIPRIANI, que el código de 1895 deriva directamente de estos procedimientos, entonces se necesita concluir que eso es un código sustancialmente liberal. La realidad es, que no deriva de los reglamentos citados, porque atribuye al juez un rol activo en la conclusión del proceso y en la adquisición de las pruebas que aquellos no proveían. En cuanto a la exigencia natural fascista del código procesal italiano v. Infra, par 2.

De este modo la calificación de “autoritario” aparece vaga y genérica, sin sentido ¹⁵. De otro modo, no se distingue entre las varias especies de liberalismo, así que no se logra comprender si se habla desde la concepción de Nozick, de Rawls¹⁶ de Mill, de Hayek, de Croce o de algún otro exponente de la teoría política liberal. En realidad, los que sostienen la orientación que aquí se considera no se interesan en teoría política, y tampoco se preocupan por definir los conceptos políticos que emplean¹⁷. Resulta todavía claro que es el tipo de sistema liberal el que ellos prefieren: esto es –genéricamente– aquellos sistemas ochocentescos en los cuales regían las concepciones del proceso civil típico del individualismo propietario¹⁸, con la exaltación de la autonomía de las partes como valor absoluto y prioritario, para actuar a costa de privilegiar la exigencia de funcionalidad y de eficiencia en el procedimiento¹⁹.

De otro lado, no se considera que la contraposición fundamental, como se retoma desde la clásica obra de Neumann, no está entre el liberalismo y el autoritarismo, sino entre Estado Democrático y Estado Autoritario²⁰. La diferencia es importante porque han existido sistemas políticos que se inspiran en ciertos aspectos de la ideología liberal pero que ciertamente no pueden ser definidos

¹⁵ 13. En sentido análogo cfr. VERDE, las ideologías del proceso, cit., p. 6759s.

¹⁶ En cuanto a la imposibilidad de hablar genéricamente de liberalismo, sin ulteriores cualificaciones, se pueden llamar las críticas que un hiper-liberal como NOZICK se dirige aun liberal como RAWLS: Cfr. también por GARGARELLA, las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política, Barcelona – Buenos Aires – México, 1999. P. 45ss.

¹⁷ Para una crítica análoga cfr OTEIZA, el juez ante la tensión entre libertad e igualdad, en Rev. Der. Proc. (núm. Extraordinario) 2002, p. 220.

¹⁸ No es un caso que uno de los seguidores de esta orientación que se discute en el texto, retenga que el proceso civil, tenga sobretodo que ver con la propiedad: Cfr. MONTERO AROCA, Los poderes del juez, cit. P. 262.

¹⁹ En lo que tiene que ver España cfr. Por ejemplo MONTERO AROCA, los principios políticos, cit. P. 29ss; con referencia a las codificaciones españolas del siglo XIX. A propósito de Italia V. dentro del texto.

²⁰ Cfr. NEUMANN, El Estado democrático y el Estado autoritario, tr. It Bolonia 1973. Neumann no hace alguna referencia en delinear los caracteres del estado democrático y del autoritario, al tema de los poderes del juez, ni siquiera cuando discute de la magistratura en Montesquien y en las experiencias políticas sucesivas (p. 240 ss)

como democráticos. La Italia desde la segunda mitad del ochocientos –a la cual algunos seguidores del revisionismo hacen referencia- eran por cierto aspectos “liberales” y lo era en particular en el ámbito de la justicia civil, dado que el juez del código procesal de 1865 era sustancialmente pasivo y no disponía de poderes de instrucción autónomos²¹. Todavía el régimen de la época no era ciertamente democrático, dado que –para citar un solo aspecto- el derecho de voto estaba solamente en un reducido porcentaje de ciudadanos masculinos. De otro modo, han sido varios regímenes autoritarios en los cuales el proceso civil quedaba encasillado sobre el monopolio de las partes respecto a la conducción del proceso y a la disponibilidad de los medios de prueba: Basta con pensar el código napoleónico de 1806²², que después sirvió de modelo para numerosas codificaciones del ochocentescas, la regulación procesal austriaca de 1815²³, a la Italia fascista, donde a finales de 1492 queda en vigor el código “liberal” de 1865, o a la España Franquista, en la cual quedó en vigor la “liberal” ley de enjuiciamiento civil del 1881. Pero en contra, existen numerosos sistemas democráticos en los cuales el juez dispone de amplios poderes de instrucción, como sucede por ejemplo en Francia, Suiza y en Alemania²⁴. En sustancia: Es verdad que sistemas que se inspiraban en la ideología liberal clásica han producido ideologías procesales encasilladas sobre la presencia de un juez pasivo y sobre el monopolio de todos los poderes procesales y probatorios reservado a las partes: Es cuanto se ha verificado, por ejemplo, en los EEUU, con la configuración del *Adversarial System of Litigation*²⁵, en Italia con la codificación Procesal de 1865²⁶, y en casi todas las codificaciones procesales del

²¹ Cfr. TARUFO, la justicia civil, cit., p. 114 ss., 117, 119; ID Giuseppe Pisanelli y el código de procedimiento civil de 1865, en Giuseppe Pisanelli – Ciencia del proceso cultural de las leyes y abogacía entre periferia y nación; a cargo de C: Vano; Nápoles 2005, P. 91.

²² Observa justamente OTEIZA, op. Cit, p. 218, que Napoleón tenía una concepción imperial del poder, que nunca le impidió para actuar en una legislación de inspiración liberal.

²³ Cfr. TARUFFO, el proceso civil en el Lombardo – Veneto, cit, p XIIIss.

²⁴ V. Infra par 2.

²⁵ Cfr. TARUFFO, el proceso civil “adversary” en la experiencia americana, Padua, 1979, p. 259 ss.

²⁶ V. Supra. N. 19.

siglo XIX. No es verdad, a veces, que solamente los regímenes *soi-disant* liberales tengamos o hayamos tenido sistemas procesales con un juez privado de poderes de instrucción. Por el contrario es verdad que algunos regímenes autoritarios, como el soviético²⁷, han extendido en modo relevante los poderes de instrucción del juez, pero también es verdad que no todos los regímenes autoritarios lo han hecho, como demuestran los ejemplos apenas vistos de la Italia fascista, de la Alemania Nazi y de la España franquista. Es verdad de otro modo que muchos regímenes no autoritarios -como se verá- han introducido relevantes poderes de iniciativa instrucción de oficio. El hecho es que los poderes de instrucción del juez han estado en algunos régimen autoritarios, y en muchos régimen democráticos, cuando estos últimos han abandonado la ideología liberal clásica para seguir ideologías más evolucionadas en las cuales se configura un rol activo del Estado en el gobierno de la sociedad. Si estas ideologías han o no sido autoritarias es – todavía - un problema de definiciones o - se toma seriamente – como un problema de teoría política que no puede ser adecuadamente enfrentado en esta sede: resulta paradójica la tesis según la cual existirían sistemas democráticos que admitan modelos autoritarios de proceso civil.

Consideraciones generales de este género sería probablemente suficientes para demostrar que las ecuaciones de tipo “poderes de instrucción del juez = régimen autoritario” y “juez pasivo = régimen liberal” son vagas y genéricas, y se reducen a *slogans* polémicos privados de valor científico²⁸. Todavía, estas ecuaciones corresponden a actitudes más que todo difusas, vale la pena verificar

²⁷ V. infra, por 2.

²⁸ Son sustancialmente en este sentido algunas de las reacciones críticas suscitadas desde la orientación de la cual se habla en el texto cfr. en particular BARBOSA MOREIRA, el neoprivatismo en el proceso civil, en rEv. Iberoam. Der, ro. 2005, n. 7. P13ss, Parra Quijano, racionalidad e ideología en las pruebas de oficio, Bogotá 2004 P. 9ss, 51 ss; SIMONS PINO; el dilema entre el juez activo y el juez autoritario, en XXVI congreso colombiano de derecho procesal, Bogotá 2005, p81ss: Oteiza, op cit., P. 216 ss.

posteriormente si por aventura esas tengan algún fundamento bajo el perfil comparatista e histórico.

2. Tipología de los Poderes de Instrucción del Juez

Aun limitando el análisis a los principales ordenamientos procesales europeos es oportuno tener al menos tres distintos tipos de acercamiento legislativo al problema de los poderes de instrucción del juez.

a) Un primer modelo esta representado desde los ordenamientos en los cuales el juez es dotado de un poder general para disponer de oficio la adquisición de prueba, no deducidas de las partes, que considera útiles para la verificación de los hechos. Ya en el ámbito de esta situación es necesario introducir otra distinción, indispensable bajo el perfil sistemático, o desde el punto de vista ideológico. Ocurre de hecho precisar si el juez tiene un deber de adquirir de oficio todas las pruebas relevantes, o de otro modo si tiene simplemente el poder de proceder en tal sentido.

a1) La primera situación era típica de los ordenamientos de tipo soviético, en los cuales –en homenaje a una peculiar concepción filosófica de la verdad derivada de la doctrina del materialismo dialéctico, y de una teoría del proceso según la cual la decisión judicial debía fundarse sobre la verdad “material” de los hechos– se imponía al juez el deber de investigar de oficio la verdad. Se previa la nulidad de la sentencia donde la verdad material no hubiera sido acertada²⁹.

²⁹ Sobre esta concepción y sobre sus implicaciones filosóficas, cfr DENTI, La justicia civil. Lecciones introductorias, I ed. Bolonia 1989, P. 66; TARUFFO, Estudios sobre la relevancia de las pruebas, Padua 1970, P. 139ss. (También para ulteriores indicaciones bibliográficas). Cfr además GURVIC, Introducción: Perfiles generales del proceso civil soviético, en búsqueda sobre el

a2) La segunda situación, o sea aquella en la cual el juez tiene un poder discrecional general de disponer de oficio la adquisición de pruebas no deducidas de las partes, esta presente en varios ordenamientos de tipo no soviético. Un caso particularmente interesante es el de Francia, donde el art. 10 del Código de Procedimiento Civil, inserta en los principios directores del proceso, que el juez: “tiene el poder de ordenar de oficio todos los medios de instrucción legalmente admisibles”. Se trata evidentemente de un poder discrecional y no de un deber: todavía el juez francés tiene la posibilidad de disponer la adquisición de todos los medios de prueba que considere útiles para establecer la verdad de los hechos, teniendo otras deducciones de parte³⁰. Según la orientación expuesta, estaríamos aquí en la presencia de un sistema claramente autoritario, es más fuertemente autoritario, dada la extensión general de los poderes de instrucción atribuidos al juez, pero una tesis de este género es evidentemente absurda. Sobre el plano del proceso, en efecto, no solo el legislador francés aplica rigurosamente el principio dispositivo (cfr. Los artículo 1, 4 y 5 del Código)³¹, pero a la vez realiza de manera particularmente intensa el principio del contradictorio (cfr. Artículo 14 y 16)³², con una tutela de los derechos de las partes más amplia de aquella que existe en muchos otros ordenamientos, incluso el nuestro. El poder atribuido al juez francés para disponer de oficio la adquisición de toda la prueba admisible, entra en una tendencia general históricamente sobresaliente en Francia, en el

proceso. 1- El proceso civil soviético, Padua 1976, p. 11, 19; Derecho procesal civil soviético, tr sp. México 1971, P. 42.

³⁰ Cfr. por ejemplo FERRAND, *The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the case in France*, in *The Reforms of civil procedune in Comporative*, a cargo de N. Trocker y V. Varano, Turin 2005, p27ss; CADLIET – JENLAND, *Droit judiciaire prive, te y*, Paris 2004, p. 437ss; VINCENT-GUINCHARD, *procédure civile*, 27: Paris 2003, p. 541; CORNU-FOYER, *procedure civile*, 3e ed., Paris 1996, p. 450.

³¹ Cfr. Por ej: Los artículos 1, 4 y 5 del código) cfr FERRAND op cit, p. 9; CADIET – JEYNLAND, opcit, 397 ss; VINCENT-GUINCHARD, op cit, p. 514 ss; CORNU – FOYER, op. Cit, 8. 438 ss.

³² (cfr los artículos 14 y 16) cfr FERRAND, op cit. Loc, uh citi; CADIET JEYNLAN, OP CIT, p. 374ss VINCENT-GUINCHARD, op. Cit, p. 543ss.; CORNA-FOYER, op. Cit, p. 466ss.

sentido de acentuar el rol del juez en el proceso civil ³³, que no parecer haber traído espejismo autoritarios³⁴, y que parece indispensable para realizar una gestión indispensable del proceso civil³⁵. Se trata de un poder discrecional, que obviamente el juez es libre de no ejercitar sino encuentra la necesidad o la oportunidad. Parece así que los jueces franceses raramente lo usan³⁶, probablemente porque –como es obvio en todos los sistemas procesales- las partes son activas para deducir toda la prueba que sirve para la certeza de los hechos, quedando así superflua la intervención del juez³⁷. No por caso los manuales franceses – no sospechosos de simpatías autoritarias - dedican escasa atención al tema de los poderes de instrucción del juez. De frente a una norma como el art. 10, inserta en el contexto complejo de la justicia civil francesa, parece de todos modos difícil pensar que la Francia haya sido en los últimos 30 años – osea a partir de la entrada en vigor del Código de Procedimiento Civil - un régimen autoritario – ³⁸.

En tanto es difícil pensar que en los últimos 60 años haya sido Suiza, donde el artículo 37 de la ley procesal federal de 1947 provee en general que el juez pueda disponer prueba no deducida desde las partes³⁹.

³³ Cfr. VICENT-GUINCHAR, op cit. 22e y Paris 1991 (la tradición ha sido omitida en las ediciones más recientes p. 306 ss., y en particular la clásica obra de NORMAN, *Le juge et le litige*, Paris 1965, especialmente p. 385ss.

³⁴ En el código de procedure civile ve 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 aquella de promover la justicia con el logro de la solución más correcta de la controversia. En este sentido cfr CADIET, *Civil Justice Reform: Acces, cost an Delay. The French perspective*, in *Civil justice in crisis Comparative Perspective of Civil Prodecure*, ed. by A. Zuckerman, oxford 1999, p. 316.

³⁵ Cfr Ades. FERRAND, op cit. P. 30 ss.

³⁶ Cfr Beardsley, *Prof of fact in French Civil Procedure*, in 34 *amj Comp. L.* 1986, P. 489ss.

³⁷ En la edición del 2003 uno de los principales manuales franceses (o sea: VINCENT – GUINCHARD, op. cit) el argumento están dedicados 7 renglones a p. 541 y un renglón y medio a P. 809.

³⁸ En sentido análogo cfr BARBOSA MOREIRA, op cit. P. 18.

³⁹ Cfr BARBOSA, MOREIRA, Op. cit, p. 17.

Emerge después otra complicación, derivada del hecho que en varios ordenamientos procesales el juez tiene pocos poderes de instrucción o no lo ha tenido, en el rito ordinario, mientras dispone de amplio poderes de iniciativa de instrucción en algunos procesos especiales. Es – naturalmente - el caso del proceso laboral en Italia, y también de varios procesos especiales en España⁴⁰. En estos casos se necesitaría pensar que el ordenamiento procesal –y también el correspondiente sistema político - han sido afectados por alguna forma de esquizofrenia, siendo liberales y autoritarios al mismo tiempo en sectores diversos de la justicia civil.

b) Un segundo modelo, el cual inspira la mayor parte de los ordenamientos actuales –entre los cuales se pueden tomar por ejemplo el de Italia y Alemania– prevé que al juez se le atribuyan algunos poderes de instrucción. Naturalmente estos poderes pueden ser más o menos numerosos y más o menos amplios según los casos. Emerge una tendencia en efecto hacia el incremento de los poderes de instrucción del juez que se manifiesta también en Italia, por ejemplo con la reciente introducción del artículo 281 del Código de Procedimiento Civil⁴¹.

Sobre la naturaleza autoritaria o no autoritaria del proceso civil italiano no es el caso de extenderse en este sentido. Querría sólo retomar la opinión que expuse hace años⁴², y que me parece aún fundada, según la cual el Código de Procedimiento Civil no era de hecho un código “Fascista”, salvo algunos frases

⁴⁰ Cfr. A propósito los poderes del juez civil en Materia Probatoria a cargo de X Abel Lluch y J. Picó los Junoy, Barcelona 2003, p. 67ss. También en el proceso del trabajo español el juez dispone de amplios poderes instruccionales en la forma de las diligencias para mayor proveer previstas por el art. 88 de la ley de procedimiento laboral de 1990.

⁴¹ En realidad en Italia esta tendencia se manifiesta en modo demasiado esporádico y con efectos escasamente relevantes. Observa justamente COMOGLIO, *ética y técnica*, cit, p. 189; ID, *reformas procesales*, cit, p. 62, que las reformas de 1990-91 y del 95 no han seguido esta tendencia que había tenido una relevante confirmación con la reforma del proceso laboral.

⁴² Cfr. TARUFFO, *La giustizia civile*, cit, p. 255ss; análogamente Cfr. VERDE, *Le ideologie del processo civile*, cit. p. 680, 683, el cual retiene que el código sea moderadamente autoritario pero ciertamente no totalitario.

retóricas que -fueron inevitablemente datos de 1940- estaban presentes en la conferencia⁴³. Frente al principio de disponibilidad de las pruebas transcrito en el art. 115, y del principio dispositivo de parte de normas como los arts. 99, 101 y 112, las atribuciones al juez de algunos poderes de instrucción fue modesta, limitada, y ciertamente no le otorga al juez el dominio absoluto y autoritario de la fijación de los hechos, como la experiencia aplicada que en los decenios sucesivos tiene claramente demostrado. En cuanto a reformas más recientes, como aquella que en 1998 introdujo el art. 281 del Código de Procedimiento Civil, no se puede ciertamente decir que hayan trastornado el sistema procesal, vulnerando los derechos de las partes y dejándolas a merced de un juez inquisidor.

El juez alemán es tradicionalmente dotado de una amplia gama de poderes relativos a la prueba de los hechos. El debe discutir y aclarar con las partes, que han tenido que presentar informaciones completas y verificables, sobre los hechos relevantes de la causa, dando en caso necesario a las partes las oportunas indicaciones⁴⁴. En caso contrario, puede disponer de oficio sustancialmente todos los medios de prueba, con la sola excepción de la prueba testimonial⁴⁵. En caso de que las partes no hayan solicitado una prueba testimonial que el juez considere

⁴³ Resaltaba justamente SATTA, en defensa del código de procedimiento civil, en Foro it, 1947, IV, 47, que fascista podía ser la relación grande, pero no el código. Para un reciente y cuidadoso análisis de las relaciones grandes, orientada a demostrar que en esa habían afirmaciones de tono fascista pero que no encontraban correspondencia en el código, Cfr. PARRA QUIJANO, Op cit. P. 51ss. En sentido análogo cfr. OTEIZA, Op. cit, p. 217ss. También CIPRIANI (Piero Calamandrei, la relación al rey y el apostolado de Chiovenda, en Ideologie e modelli del processo civile, Nápoles 1997, p. 57ss) pone en evidencia el carácter fascista del lenguaje usado en la redacción, pero con el objetivo –en efecto descontado- de mostrar la influencia del régimen de la época. Eso no demuestra todavía que tal influencia sea manifestada, sobre los contenidos de la codificación procesa, mas allá de la redacción.

⁴⁴ Cfr. los No. 138 y 139 (este último reformado en el 2001) de la Civil prozessordnung. En argumento cfr. desde el último PRINTTING, Diematerielle Prozessleitung, EN Festschar, Munchen 2004, p. 397ss; MURRAY-STÜRNER, German Civil Justice, Durham, N.C. 2004, p. 166ss.

⁴⁵ Cfr. por Ej: MURRAY – STÜRNEY, Op cit. p. 264 Para una no más reciente pero amplia exposición cfr. BRÜGGERMANN, Judex Statntor and Jude investigador cfr. Bielefeld 1968, p. 350ss, 373ss.

relevante, él puede pedir a las partes si han considerado esta posibilidad, y puede fácilmente como si nunca se hubieran valido⁴⁶. El puede requerir a las partes si han considerado esta posibilidad y puede fácilmente inducir las a deducir el testimonio que habían omitido indicar. Los poderes de instrucción del juez alemán han sido significativamente incrementados en el 2001 con la introducción –en el No. 142 de la Zivilprozessordnung- del poder ordenar de oficio a las partes y a los terceros la exhibición de documentos a los cuales una parte haya hecho referencia y –en el No. 144- el poder de disponer la inspección de cosas⁴⁷. El juez alemán viene a tener un poder casi general de iniciativa de instrucción. Se trata en efecto de un juez que ejerce un rol muy activo, en la dirección del proceso como en la gestión de la fase de instrucción. Esta función del juez alemán se ha extendido progresivamente y se ha reforzado en diversas reformas que han sido introducidas a lo largo del siglo XX. Tales reformas fueron dirigidas a reducir progresivamente el exclusivo monopolio de las partes sobre el proceso y sobre las pruebas, que era previsto en la formulación original de la zivilprozessordnung de 1877, para confiar al juez las competencias de impulsar al proceso de modo eficiente, atribuyéndole los poderes necesarios⁴⁸. No es posible recorrer aquí la historia completa de las reformas procesales alemanas. Pero vale la pena subrayar como estas han sido realizadas bajo la influencia de la ideología nacional socialista. Es verdad en efecto, que el nazismo atribuyó al juez un rol central en la ideología del Estado, pero también es verdad que esto no se relaciona en modo directo y específico con

⁴⁶ Cfr. Los No. 273 (2) (4) y 373 de la Civil Prozessordnung, sobre los cuales Cfr. por ej: BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS-HARTMANN, Zivilprozessordnung, 63. Anfl, Munchen 2005, p. 1075ss, 1477ss.

⁴⁷ CFR. MURRAY – STÜNER, Op cit., p. 242 ss., 244 ss.; BAUMBACH – LANTERBACH ALBERS – HARTMANN, Op. cit, p. 724 ss, 730ss; WALTER, The German Civil Procedure Reform Act 2002: Much Ado About Nothing?, in The Reforms of Civil Procedure, cit, p. 75ss; HANNICH – MEYER – SEITZ ENGERS, ZPO, Koln 2002, P. 190 ss., Sobre la historia de la reforma del 2001 Cfr ibídem p. 37 ss.

⁴⁸ Para sintéticas exposiciones de esta evolución histórica, que tienen sus primeros pasos importantes en reformas del 1902 y del 1909, cfr GOTTWALD, Reforma de la Justicia Civil: Acces, Const and Expedition. The German Perspetove, in Civil Justice in Crisis, cit, p. 226ss; WALTER, Op cit, p. 67ss Cfr. También BRÜGGEMANN, Op cit, P. 53 ss, 61ss.

el tema de los poderes de instrucción del juez en el proceso civil. También la reforma de 1933, que incide así en modo relevante sobre la estructura del proceso civil, no generó novedad bajo este perfil, y fue el fruto de líneas de política legislativa implementadas en efecto antes de la ideología nazista⁴⁹. No se puede decir, que el nazismo haya determinado pasar de una concepción “pasiva” (esto es “liberal”), hacia una concepción “activa” (o sea “autoritaria”) el rol del juez, dado que esta transformación era ya extendida con las reformas del periodo liberal, en la época que precedió la instauración del régimen nazista. Tampoco se puede decir, mas específicamente, que el nazismo haya provocado una ampliación de los poderes de instrucción del juez en el proceso civil⁵⁰. De otra parte, y viniendo a tiempos mas recientes, podemos preguntar si la Alemania del 2001, en la cual viene implementada la última reforma que amplía significativamente estos poderes, sea un régimen autoritario que pretende hacer del juez civil la *longa manus* de un poder dictatorial en el proceso⁵¹, casi como si el *Führerprinzip* no hubiese jamás existido.

Todavía a propósito de los ordenamientos democráticos que atribuyen al juez algunos poderes de iniciativa de instrucción, es oportuno ir por un momento más allá de los límites europeos⁵², para hacer énfasis en un ordenamiento tan importante (también bajo el perfil de la subyacente ideología política), como aquel estadounidense. Vale la pena recordar que la regla 614(a) de la “Federal Rules of

⁴⁹ Sobre estos aspectos de las relaciones entre nacional socialismo y proceso civil v. BoHM, proceso civil e ideología en el estado nacional socialista, tr. En esta revista, 2004, p. 623ss., 627ss, 639.

⁵⁰ En sentido análogo cfr. BARBOSA MOREIRA, Op. cit. P.15.

⁵¹ Una duda análoga podría formularse a propósito de las reformas que tuvieron lugar en 1902, 1909 y 1924 (sobre los cuales ver GOTTWALD, Op. cit, p. 227s; WALTER Op. cit. P. 68 s), o sea en épocas anteriores a la instauración del régimen nazista.

⁵² Vale de todas maneras la pena decir que en varios ordenamientos procesales extraeuropeos emerge la tendencia y una extensión de los poderes instruccionales del juez, de todo y fuera de cualquier opción ideológica en sentido autoritario. Por ejemplo el caso de Brasil (ver BARBOSA MOREIRA op. Cit. P.19) y de otros sistemas de América Latina (cfr) PARRA QUIJANO, op cit. 9.67ss, 93ss.

Evidence” atribuye al juez el poder de disponer de oficio pruebas testimoniales no deducidas de las partes, mientras la regla 614(b) le atribuye el poder de interrogar acerca de los textos, deducidos de las partes o solicitados de oficio por el mismo juez. Igualmente, la Regla 706 le atribuye el poder de disponer de oficio consultas técnicas, nombrando los expertos⁵³. El primero de estos poderes viene ejercido raramente⁵⁴, también acontece que los jueces se sirvan de un testigo que dispone de informaciones relevantes y ninguna de las partes lo halla llamado a declarar, ocurre también cuando el juez no se limita a los planteamientos que las partes han dado de la controversia⁵⁵. El poder disponer de consultas técnicas, viene usado más a menudo, sobre todo con el objetivo de corregir las distorsiones que pueden ser provocadas por el empleo de consultores técnicos de las partes⁵⁶. En cada caso, se trata de poderes de instrucción de notable importancia. No hay duda, todavía, que el proceso estadounidense haya mantenido su intrínseco carácter adversarial⁵⁷, así como no parece que en 1975 –año de la introducción de la FRE– o en los decenios sucesivos, los Estado Unidos se hayan transformado en un sistema político autoritario.

c) Veamos en fin –y este es el tercer modelo que va a ser considerado– ordenamientos en los cuales no están expresamente previstos verdaderos y propios poderes de iniciativa de instrucción al juez, pero donde el juez

⁵³ Sobre estas normas cfr por ejemplo GRAHAM, *Federal Rules of Evidence*, 6th y St Paul Minn, 2003, pp 302ss., 363 ss; SALTZBURG – MARTIN – CAPRA, *Federal Rules of Evidence Amanual*, 8th y vol 3, p. 614-2, 706 – 3ss.

⁵⁴ Se afirma que los jueces deberían ejercitarlo solo en casos excepcionales, para no interferir con las actividades probatorias de las partes: Cfr por ej. Graham, op cit, p. 302; SALTZBURG – MARTIN – CAPRA, op cit, Vol 3, P. 614-3.

⁵⁵ Cfr. SALTZBURG – MARTIN – CAPRA, op. Cit. Vol. 3, p. 641-2s.

⁵⁶ Cfr GRAHAM, op cit p. 364ssç; SALTZBURG-MARTIN-CAPRA op cit. vol. 3, p. 709-3.

⁵⁷ En realidad el carácter adversarial del proceso americano depende de actitudes profundamente radicales en la cultura jurídica y social norteamericana que permeabilizan todos los sectores del derecho . Cfr. KAGAN, *Adversarial Legalism – The American WAY of Law*, Cambridge, mass-londres 2001, p. 353, 9ss, 14ss, 44ss. En particular sobre el character adversarial de la justicia civil Americana, y sobre los inconvenientes que de eso se deriban, v. ibidem p. 99ss.

desenvuelve un rol activo en la adquisición de las pruebas. Los ejemplos relevantes en este sentido son sobre todo dos: el inglés y el español.

En Inglaterra la plurisecular tradición tenía el sentido de que el juez no dispusiese casi jamás pruebas de su iniciativa, pero indicase a las partes las pruebas que considerase de oportuna deducción⁵⁸. Las *civil Procedure Rules* de 1998, han transformado radicalmente el sistema del proceso inglés, atribuyendo al juez amplios e intensos poderes de dirección del proceso⁵⁹ y en cuanto a la adquisición de las pruebas no se han alejado de la tradición. Paradójicamente, se podría hablar de un sistema procesal que se ha vuelto “autoritario” pero no ha atribuido al juez poderes autónomos de iniciativa de instrucción. En las rules, no hay ninguna norma que consienta al juez disponer pruebas de oficio. Todavía, según la Rule 32.1, el juez puede controlar la evidencia indicando a las partes las cuestiones de hecho sobre las cuales requiere que sean deducidas pruebas, especificando el tipo de pruebas que deben ser deducidas y el modo en el cual estas deben ser producidas en el juicio⁶⁰. También, según la Rule 32.4, el juez puede establecer como deben ser producidas las declaraciones testimoniales escritas⁶¹; según la Rule 32.5, puede luego autorizar el testimonio y ampliar el objeto de su deposición. Otras normas relevantes para definir el sentido del rol de juez: Así, por ejemplo la Rule 18.1(1) admite que el juez pueda ordenar a las partes aclaraciones y informaciones posteriores, aun sobre materias no contenidas en el

⁵⁸ Cfr. VARAONO, Organización y garantías de la justicia civil en la Inglaterra moderna, Milán 1973, P. 255, el cual recuerda todavía (ibidem p. 252) que el juez inglés tiene el poder para disponer de oficio la adquisición de testimonios, aunque se sirven de ello muy raramente. Se dice en general que el juez pueda llamar un testigo por su propia iniciativa, pero solo si las partes lo consienten: Cfr cross y TAPPER on Eivende, 10th ed, Londres 2004, p. 308.

⁵⁹ Cfr PASSANANTE, La reforma el proceso civil ingles: Principios generales y fase introductiva, en esta revista, 2000, p. 136ss; ZUCKERMAN; civil procedure, Londres 2003, p. 34ss; ANDREWS, A. New Civil Procedural Code for England: Party-Control “Going, Going, Gone”, en 19 CJK2000, p. 19ss; ID English Civil Procedura. Fundamentals of the new Civil Justice system, Oxford 2003, p. 333ss

⁶⁰ Cfr ZUCKERMAN, op. cit., p. 375 ss., 64, 663ss.; ANDREWS, English Civil Procedure, cit., p. 778.

⁶¹ Cfr. ZUCKERMAN, op. cit. p. 603.

“statement of case”⁶², la Rule 35.9, consiente al juez ordenar a una parte suministrar informaciones de que no disponga la otra parte, y la Rule 35.15 consiente al juez nombrar asesores expertos cuando se trata de decidir sobre materias en las cuales se necesitan conocimientos específicos⁶³.

El juez inglés dispone de diferentes poderes que se podrían definir “de dirección y de control” sobre la adquisición de las pruebas, de intensidad sustancialmente parecida a los poderes de que disponen la mayor parte de los jueces continentales. Estos poderes le han sido conferidos sobre la línea de la tradición inglesa pero en el ámbito de un verdadero y propio código de procedimiento civil, que ha puesto al juez en el centro del funcionamiento proceso⁶⁴, garantizando en forma rigurosa la tutela de los derechos de las partes⁶⁵. Vendría también a preguntarse improvisadamente –y sin que ninguno sea señalado- si en 1998 Inglaterra se ha transformado en un régimen político autoritario, bajo la guía de un peligroso ideólogo como Lord Harry Wolf.

También España representa en por muchos aspectos un “caso” interesante. De un lado, un código típicamente “liberal” como la ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, preveía en el artículo 340 las C.D. diligencias para mejor proveer, un poder de iniciativa instructora que podía ser ejercitado por el juez, antes de la sentencia, si lo considerase necesario para integrar las pruebas ofrecidas por las partes⁶⁶. La actual ley de Enjuiciamiento Civil, introducida en el 2000, ha eliminado ese poder -reduciendo el ámbito de iniciativa del juez- y prevé en el artículo 435 solo

⁶² Cfr ZUCKERMAN, Op. Cit. P. 219; ANDREWS, Op. Ult. Cit, P. 41.

⁶³ Cfr. ZUCKERMAN, Op. Cit. P. 640.

⁶⁴ Cfr. ZUCKERMAN, Op. Cit, p. 34ss; ID Court Control and Party Compliance – the Quest for Effective Litigation Mangement, in the Reforms of civil produce, cit., p. 148ss.

⁶⁵ Cfr ZUCKERMAN, Civil Prodre cit. p. 51ss, 95ss; 101ss.

⁶⁶ Observa justamente FAIREN GUILLER (la ley de enjuiciamiento civil de 1881, invariante española (1881 – 2000), en la cual se atribuía al juez un rol muy reducido pero con un “tracto inquisitivo final” representado a propósito por las diligencias para mejor proveer

una diligencia final con la cual el juez puede disponer de oficio la renovación de pruebas ya asumidas por ellos, y cuyo éxito no ha sido satisfactorio⁶⁷. Ahora, esto no implica que el juez español haya sido reducido a un estado de total pasividad en lo que tiene que ver con la adquisición de las pruebas. En efecto, el artículo 429 de la LEC le atribuye el poder de señalar a las partes las pruebas que consideran convenientes, en cuanto que las pruebas deducidas de las partes puedan resultar insuficientes para la certeza de los hechos⁶⁸. En tal caso el juez indica a las partes los hechos sobre los cuales considera que las pruebas son insuficientes, y puede también indicar –sobre la base de esto que emerge desde los actos de causa- cuales pruebas deberían ser deducidas. Esta norma es el fruto de un compromiso entre diferentes relativas a la definición del rol del juez en el proceso civil⁶⁹, pero es también interesante: que esta prevé solamente una suerte de sugerencias que el juez dirige a las partes, pero es también evidente que estas sugerencias están dotadas de notable fuerza persuasiva⁷⁰. El juez español, al igual –que el par inglés y el alemán- tiene la posibilidad de hacer que vengan deducidas de las partes las pruebas que considera relevantes para la decisión. Es pues absolutamente evidente que la LEC del 2000 no ha sido fruto

⁶⁷ Cfr. Los poderes del juez civil, p. 105 s.; picó I JUNOY, Los principios del nuevo proceso civil español, en Rev. Per. Der. Proc., VII, 203, C. 418; VASQUEZ SOTELO, las diligencias finales, en instituciones del Nuevo Proceso Civil, Barcelona 2000, vol. VII, ps. 5549ss., el cual crítica decididamente el corte reduccionista de la norma en cuestión; en sentido igualmente crítico cfr. DIAZ FUENTES, La prueba en la nueva ley de enjuiciamiento civil, 2º ed., Barcelona 2004, P. 0108 ss, el cual habla de un paso atrás de la legislación complicada 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”.

⁶⁸ Cfr los poderes del juez civil, cit., p. 43 ss.; PICO I JUNOY, op. Cit. P. 419ss.; GUZMAN, op, cit., p. 165ss.

⁶⁹ 67 Cfr los poderes del juez civil, cit., p. 33. No hay duda, que el nuevo proceso civil español actúa plenamente el principio dispositivo: V. para todos Pico` Junoy, op. Cit., p. 412 ss.

⁷⁰ En el sentido que la norma prevé un verdadero y propio poder de instrucción por parte del juez cfr Pico Junoy, op. Cit. P. 419 ss., el cual critica la opinión prevalente en la doctrina española, según la cual no se trataría de una iniciativa de instrucción en sentido estrecho.

de una visión autoritaria del proceso civil⁷¹, así como también es absurda la hipótesis que en España del 2000 está en vigor un régimen político autoritario.

3. Implicaciones ideológicas

Cuanto se ha observado y demostrado hasta ahora, mas allá de cada duda razonable, que no existe alguna conexión entre la atribución del juez de más o menos amplios poderes de iniciativas de instrucción y la presencia de regímenes políticos autoritarios y antidemocráticos. El análisis comparatista muestra en efecto que en los principales ordenamientos europeos –sobre el carácter democrático de los cuales no es sensatamente posible tener duda- se configura un rol activo del juez en la adquisición de las pruebas relevantes para la decisión sobre los hechos. Se podrá decir que estos ordenamientos no se inspiran en una ideología de tipo liberal clásico, o sea de tipo *ochocentesco*, dado que en muchos de estos el Estado asume un rol activo en numerosos sectores de la vida social, pero esto es otro problema, que tiene en general el rol del Estado, así como eso ha venido definiéndose en todos los ordenamientos modernos. Ahora bien, emerge la exigencia fundamental de evitar confusiones conceptuales e ideológicas: Un sistema puede no inspirarse en la ideología del liberalismo *ochocentesco*, sin dejar de ser democrático, y sobre todo sin hacerse autoritario y totalitario solo porque atribuye al juez un rol activo en la adquisición de las pruebas.

También a este propósito es oportuno un uso riguroso de los conceptos: Una cosa es el juez potencialmente “activo” en integrar las iniciativas probatorias de las partes, pero inserto en un contexto procesal en el cual están aseguradas las garantías de las partes en el ámbito de un sistema político democrático; mientras

⁷¹ Al contrario, se afirma que esa es la expresión de una concepción “liberal garantista”: Cfr. MONTERO AROCA, los principios políticos, cit. P. 57ss., En particular, se excluye que sea el fruto de una visión autoritaria del art. 429, del cual se ha hecho mención en el texto: Cfr en este sentido los poderes del juez civil, cit., P. 35.

que otra cosa completamente diferente es el juez inquisidor, inserto en un sistema político y procesal de tinte autoritario⁷². La primera situación es aquella que se ha realizado –como se ha visto- en los ordenamientos procesales modernos, en los cuales el principio dispositivo y las garantías de la defensa y del contradictorio vienen están vigentes, pero el juez dispone de poderes más o menos amplios de iniciativa de instrucción. La segunda situación no se realiza, en realidad, en ninguno de los ordenamientos europeos, ni en la mayor parte de los ordenamientos extraeuropeos. La diferencia entre juez “activo” y juez “autoritario” viene confirmada desde la circunstancia que la función “activa” del juez en la adquisición de las pruebas, se configura claramente como integrativa y supletiva respecto a la actividad probatoria de las partes, con la consecuencia que cuando éstas ejercitan completamente su derecho a deducir todas las pruebas disponibles y por consiguiente suministran al juez elementos suficientes para la verificación de los hechos –como a menudo sucede en la práctica- no hay ninguna necesidad de que el juez ejercite sus poderes. Absolutamente diversa sería una función inquisitoria y autoritaria de un juez que adquiriera las pruebas de oficio, de propia iniciativa y expropiando a las partes los derechos y las garantías que ellos esperan en el ámbito del proceso. Pero esta función no se encuentra en ninguno de los ordenamientos modernos. Todo esto no demuestra, todavía, que atribuir al juez poderes de instrucción sea fruto de alguna función exclusivamente “técnica” y privada de implicaciones ideológicas⁷³. Al contrario: la decisión de que todos los poderes de iniciativa de instrucción deban estar conferidos exclusivamente a las partes, o si poderes más o menos amplios de instrucción puedan o deban ser atribuidos también al juez, deriva de una opción de carácter sustancialmente ideológico. Las ideologías que aquí vienen en juego no son aquellas que inspiran las concepciones políticas generales dominantes en los sistemas en que de vuelta en vuelta el legislador se ocupa. En particular, no se trata del contraste entre

⁷² Cfr. por ej: Simona pino, OP. CIT., p. 825SS.

⁷³ Para un examen crítico de esta opinión Cfr. CAVALLONE, Op cit. P. 184 ss.

ideologías vagamente “liberales” e ideologías genéricamente “autoritarias”. El problema va a veces puesto en un contexto ideológico mas o menos difuso que atiende específicamente a las ideologías de la función de proceso civil y de la decisión que lo concluye.

Si se mueve desde la premisa, que apunta a una precisa decisión ideológica, que la función del proceso civil sea exclusivamente resolver controversias poniendo fin a los conflictos entre individuos privados⁷⁴, se pueden observar varias consecuencias: una consecuencia es que parece razonable dejar exclusivamente a las partes la tarea de gestionar como quieran el enfrentamiento procesal, y en particular la deducción de las pruebas⁷⁵: por consiguiente el juez se encuentra en la condición de ser un arbitro pasivo, que deberá juzgar, en un proceso gestado por las partes, exclusivamente sobre la base de los elementos de convencimiento que ellas le han suministrado⁷⁶. Otra consecuencia es que no se preocupa de la cualidad de la decisión final: esto es si se quiere que esta sea fruto directo del enfrentamiento individual de las partes, y que ponga de cualquier manera fin a la controversia, no es relevante el contenido de la decisión, así como tampoco los criterios según los cuales esa se formula⁷⁷. Se encuentra conformación en el ámbito de la teoría de “procedural justice”, según la cual el proceso es justo esencialmente en cuanto se funda sobre el libre juego de las partes en el ámbito de la contienda procesal, mientras la justicia “procesal” prescinde del éxito del procedimiento, o sea de la justicia “sustancial” de la decisión final: más bien, la justicia de la decisión viene a depender exclusivamente del correcto procedimiento que la precede⁷⁸. Estas teorías adoptan en el proceso como criterio de justicia, la

⁷⁴ Sobre esta concepción del proceso Cfr. ampliamente DAMASKA, Op. cit., p. 173ss. Cfr The law as it Could Be, New York-London 2003, P. 2155, 51ss.

⁷⁵ Cfr. DAMASKA, op cit., P. 207 ss.

⁷⁶ Cfr. DAMASKA, op cit. p. 211, 233 ss; Fiss, op. cit., P.20.

⁷⁷ Cfr DAMASKA, op cit., p. 239.

⁷⁸ Este es el enfoque fundamental de las investigaciones de psicología de la justicia y del procedimiento que se ha desarrollado en los últimos decenios, sobre todo en Estados Unidos. Una

solución del conflicto, así que cada decisión es justa exclusivamente en cuanto haya seguido un proceso equilibrado, recto (siendo recto solamente el proceso en el cual las partes toman todas las iniciativas y el juez no toma ninguna), se deduce que no existen criterios autónomos y específicos para establecer, por ejemplo, si una decisión es o no es justa en sí, o sea en función de los criterios según las cuales ha resuelto el conflicto⁷⁹. En otros términos, no existen –o no se les reconoce validez- criterios autónomos independientes de las características del procedimiento, en función de los cuales se pueda establecer si la decisión contiene una solución justa o injusta del conflicto entre las partes. Como consecuencia, no existe la posibilidad para establecer si esa deriva de una correcta aplicación de la ley a los hechos de la causa, ni si estos hechos han sido correctamente acertados, ni si los intereses y los derechos de las partes hayan sido adecuadamente tomados en consideración. Respecto a la finalidad fundamental, que es aquella de poner de todos modos fin a la controversia, la cualidad de la decisión es irrelevante: Las partes pueden decidir terminar el litigio no por que la decisión sea justa, o sea percibida como tal, pero por las razones más variadas, sobre todo cuando consideran –o cuando una de ellas considera- haber agotado en el enfrentamiento todos los recursos y las energías posibles. Puede de algún modo suceder que a la controversia se ponga fin también cuando la decisión es injusta y errónea, y como tal viene percibida por las partes, si esta no tiene la voluntad o la posibilidad de reaccionar contra ella. Puede también suceder que la controversia se cierre con un acuerdo que para una de las partes

útil muestra es un LIND – TYLER, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York – Londres 1988, en particular p. 30ss., 110ss... cfr. también los ensayos recogidos en el volumen *procedural justice*, ed de R.F. Rol y S. Machura, Dartmouth 1997.

⁷⁹ Sucede que en este sistema la misma cosa sucede en el duelo: quien vence merecía vencer (cfr. COUTURE, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires 1989, I. P. 310). Análogamente cfr. GUZMAN, *op. Cit.*, P. 153.

es sustancialmente injusto, si esta parte no tiene la posibilidad concreta de seguir el proceso para hacer valer sus derechos⁸⁰.

Si de algún modo de parte desde una concepción según la cual no es relevante la cualidad de la decisión que concluye el proceso, porque los valores y las exigencias que se toman en consideración se prescinden completamente en la conclusión que puede traer la verificación de la verdad de los hechos tienda a ser considerado como un objetivo imposible de alcanzar, o como una eventualidad contraproducente. “Un proceso directo a maximizar el objetivo de la resolución de los conflictos no puede... aspirar contemporáneamente a maximizar la exactitud de la certeza del hecho” afirma uno de los mayores estudiosos de estos problemas⁸¹. De otro modo, “el proceso de resolución de conflictos es indiferente a como se hayan efectivamente desenvuelto las cosas”, y por consiguiente no está interesado a conseguir un acercamiento verdadero a los hechos y la causa⁸².

Existen numerosos sujetos que –mas o menos condescendientes- adoptan cualquier variante de esta actitud: se va desde el abogado escéptico al absolutista y al nihilista filosófico, con diversas manifestaciones y según la cultura jurídica o filosófica que se tenga en consideración⁸³. Un aspecto importante de esa actitud se relaciona específicamente con los poderes de instrucción del juez, siendo notorio, e históricamente confirmado⁸⁴, que el modo menos eficiente para descubrir la verdad de los hechos en juicio es someterse exclusivamente a las iniciativas probatorias de las partes, es obvio que asumir una posición de absoluta indiferencia respecto a la certeza de la verdad lleve también a adoptar un sistema

⁸⁰ A propósito cfr el conocido clásico ensayo de Owen Fiss Against Settlement, ora en Id., op cit. P. 90ss.

⁸¹ Cfr DAMASKA, op Cit. P. 212.

⁸² Cfr. DAMASKA, op. cit., p. 213.

⁸³ Para un análisis más amplio de estas actitudes cfr TARUFFO, la prueba de los hechos jurídicos, Nociones generales, Milán 1992, p. 7ss.

⁸⁴ Cfr LANGBEIN, The Origins of Adversary Criminal Trial, Oxford – New York 2003, p. 332 ss.

en el que las partes dispongan en forma exclusiva de toda la iniciativa instructora sin que el juez tenga atribuido algún poder. La teoría según la cual el proceso ha finalizado exclusivamente con la resolución de los conflictos está fundada sobre una visión individualista que refleja un “sociological impoverished universe” en el cual cuentan solamente los intereses y los objetivos privados⁸⁵, cultural y sociológicamente pobre, todavía esta visión tiende a sostener que solamente los individuos privados pueden y deben desenvolver un rol activo en el proceso civil, y esto vale también a propósito de las iniciativas probatorias.

Desde otra perspectiva, es interesante subrayar que cuando estamos en la premisa ideológica por la cual no se deberían atribuir al juez poderes de iniciativa de instrucción, esto lleva concluir que es necesario renunciar a la idea de que en el proceso pueda ser conseguida –o deba ser buscada- la verdad de los hechos. No por casualidad uno de los autores que con mayor énfasis afirma la naturaleza autoritaria de los sistemas que atribuyen al juez estos poderes, es por tanto favorable a su eliminación, afirma también que necesita “humildemente” renunciar a la verdad en el ámbito del proceso⁸⁶. En sustancia: si la certeza de la verdad de los hechos no interesa, entonces no es necesario proveer al juez de poderes de instrucción autónomos para consentirle de acertarla cuando a este objetivo las iniciativas de las partes resultan insuficientes; recíprocamente si se comparten las razones ideológicas por las cuales el juez no debe estar dotado de estos poderes, entonces es coherente suponer que el proceso no pueda, y de algún modo no deba, estar orientado hacia la búsqueda de la verdad de los hechos.

⁸⁵ Cfr Fiss Op. Cit., P.33, 35,51ss.

⁸⁶ Cfr MONTERO AROCA, los principios políticos, cit p. 109; ID, La prueba en el proceso civil, 3ª ed., Madrid 2002 p. 244, 248.

Estas orientaciones pueden ser objeto de numerosas críticas que aquí no pueden ser discutidas analíticamente⁸⁷. Como quiera, que se arriesgan -como se usa decir- de probar demasiado. Si la búsqueda de la verdad no interesa, es cuando el proceso no debe estar orientado hacia este objetivo, y se releva la cualidad de la decisión, entonces es difícil comprender porque jamás las partes y el juez deben perder tiempo en deducir y en asumir las pruebas. Si se retiene que el verdadero y exclusivo fin del proceso y de la decisión es aquel de poner fin a la controversia, entonces se tienen otros modos, más rápidos y eficaces, para lograr el objetivo, lo eran las ordalías, que ponían fin al proceso simplemente eliminando a una de las partes, y lo sería también una extracción a suerte, como algunos sugieren al menos para los casos más difíciles⁸⁸, puede ser el lanzamiento de una moneda⁸⁹. En esta prospectiva la instrucción probatoria –así como también el proceso entero- desarrollará solamente una función marginal y simbólica: no siendo otra que una suerte que una suerte de representación ritual⁹⁰, que viene celebrada no porque se trate de un instrumento institucional finalizado para administrar la justicia, sino porque sirve para hacer creer, a las partes y a la sociedad en general, que la justicia viene hecha, con la esperanza que en tal modo las partes se induzcan a cerrar la controversia y la paz social venga reconstruida. En sustancia, el ritual

⁸⁷ Particularmente eficaces son las críticas desarrolladas por Owen Fiss, el cual subraya como la teoría del proceso como resolución de los conflictos se funda sobre un individualismo radical inaceptable en la sociedad moderna, y sobre la “privatización” de los valores en juego en la administración de la justicia. Cfr. ID, Op cit., P. 34ss, 51ss, 55. De otro modo eficaz es la crítica de OTEIZA, Op cit., p. 222, 233, según el cual el modelo de proceso liberal en el cual todos los poderes son conferidos a las partes transcurra el cuidado completamente del valor de la igualdad.

⁸⁸ Cfr. DUXBURY, *Random Justice. En Lotteries and legal decision-making*, oxford 1999.

⁸⁹ Cfr. Fiss, Op. cit., P. 52.

⁹⁰ El proceso presenta evidentes aspectos rituales, que han sido a menudo puestos en evidencia (cfr desde el último CHASE, *Law, Culture and Ritual. Disputing System en Cross-cultural Context*, new Cork – Londres 2005, p. 114ss., 122ss... Cfr además BALL, *the play's the thing; an Unscientific Reflection en Courts Under the Rubric of theatre*, en 28 *tanf L. Rev.* 1975, p. 100ss.; TARUFFO, el proceso civil “adversary”, cit., p. 294 ss) El problema no es el de la existencia de estos aspectos, sino de establecer si la función ritual sea la sola función que el proceso y la asunción de las pruebas pueden desarrollar, parece fundamentada la opinión de CHASE, *ibidem*, p. 122 ss), según el cual el proceso desarrolla una doble función: Aquella de resolver controversias y aquella simbólica.

procesal serviría simplemente para legitimar la decisión⁹¹, haciéndola aparecer como aceptable, sin que la naturaleza o el contenido de aquella tengan alguna relevancia: el proceso, y en particular la adquisición de las pruebas, serían simplemente llevadas a hacer que cualquier decisión, independientemente de la justicia intrínseca y de su relación con los hechos reales de la causa, venga aceptada por sus destinatarios.

El panorama cambia completamente si se mueve desde una opción ideológica diversa y se adopta aquella que Jerzy Wroblewski ha definido como “ideología legal-racional” de la decisión judicial⁹². Esta ideología pone como centro del problema de la administración de la justicia la cualidad de la decisión, subrayando que aquella debe estar fundada sobre una aplicación correcta y racionalmente justificada, del derecho. En la misma dirección se ponen otras concepciones según las cuales la administración de la justicia no se resuelve en el encuentro entre individuos privados sino que debe estar orientada a la actuación de valores públicos⁹³ y a la consecución de decisiones justas⁹⁴. En este orden de ideas una de las condiciones para que el proceso conduzca a decisiones jurídica y racionadamente correctas, y en efecto justas, es que sea orientado a establecer la verdad en orden a los hechos relevantes de la causa. En este propósito se podrían invocar varias justificaciones, pero dos de ellas aparecen particularmente relevantes. La primera es que especialmente en el ámbito de la administración de la justicia, y también de la justicia civil, se advierte la “necesidad de verdad” que un

⁹¹ En este sentido cfr en particular LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied a Rh 1969, p. 57 ss. Cfr. PETERES, *adjudication as representation*, en 97 *Col. L. Rev.* 1997, p. 312ss.

⁹² Cfr. WROBLEWSKI, *El silogismo jurídico y la racionalidad de la decisión judicial*, tr it. En el análisis del racionamiento jurídico, a cargo de de P. Comanducci y R. Guastini, Turín 1987, p. 284; ID., *Therical and Ideological Problems of Controlling Judicial Decisión*, en ID, *Meaning and Truth in Judicial Decisión*, 2nd ed, Helsinki 1983 p. 127 ss; ideología de la aplicación judicial del derecho, en ID., *Sentido y hecho en el derecho*, México 2001, p. 67ss.

⁹³ Cfr. en particular FISS, *op cit.*, p. 30 sobre los caracteres del proceso orientado a la actuación de policies cfr. en general DAMASKA, *Op cit.*, p. 249 ss.

⁹⁴ En particular sobre las diferentes condiciones de justicia de la decisión judicial cfr TARUFFO, *Sobre los límites*, cit., p. 219ss.

filosofía autoracional indica como un aspecto esencial del pensamiento y de la cultura moderna, o como un carácter esencial de la sociedad democrática⁹⁵. La segunda justificación, en alguna medida más específica, es que ninguna decisión judicial puede considerarse legal y racionalmente correcta, y por consiguiente justa, si se funda sobre una comprobación errónea, y no verdadera de los hechos a los cuales se refiere⁹⁶.

La afirmación que la justicia de la decisión depende también de la veracidad de la comprobación de los hechos puede parecer obvio, y en vano sobresale en algunas culturas jurídicas, y también en Italia⁹⁷. Existen algunas razones por las cuales esa no puede considerarse descontada. Por un lado, en efecto, emerge a menudo la lógica pero jamás de veras acantonada obsesión escéptica por la cual la verdad jamás se conseguiría⁹⁸, tanto menos en el proceso y por ende no sería posible hablar sensatamente de certeza verdadera de los hechos⁹⁹. Por otra parte, no se han descuidado las argumentaciones –ya recordadas- de quien sostiene que de todos modos la búsqueda de la verdad en el proceso sea inútil, sino contraproducente, respecto a la finalidad fundamental del proceso que viene dada

⁹⁵ 93 Cfr WILLIAMS, Truth and Trthfulness. An Essay en Genealogy, Princeton – Oxford 2002 P. 1. Particularmente interesante es el análisis que Willimas dedica al rol que la verdad desarrolla en la sociedad liberal. Cfr: ibdem, P. 206 ss (sobre este aspecto del pensamiento de Williams cfr LUKES, verdad y poder, en La verdad. Ciencia, filosofía y sociedad a cargo de S. Borutti y L. Fonnesu, Bolonia 2005, P. 159 ss; CARTER, Verdad y poder en Williams y Luker, ivi p. 177ss

⁹⁶ Cfr más ampliamente TARUFO, op ult cit., p. 225ss; ID La prueba, cit., p43ss. En sentido análogo es el pensamiento de varios autores, entre los cuales cfr: Enparticular ATIYAH-SUMMERS, Form And Sustance in Anglo Amercian Law, Oxford 1987, p. 157 ss; FRANK, Court on Trial – GMT and reality in American Justice, princeton 1950, p. 95 ss; PICO I JUNOY, op. Cit., p. 416.

⁹⁷ Cfr por ejemplo CALAMANDREI, La Génesis lógica de la justicia civil, in ID, obras jurídicas I. Nápoles 1965, p.25.

⁹⁸ No es el caso de afrontar aquí los problemas de orden filosófica que tiene que ver con los varios conceptos de verdad. Indicaciones muy útiles APRA un panorama actualizado de estos problema que se encuentran en los ensayos de CASTELLANI, MASSIMI, Parrini Borutti, Publicados en la Verdad, CIT., P.13SS, 35SS., 63SS, 121ss.

⁹⁹ Sobre esta objeción, a menudo recurrente en los discursos que se hacen entorno a la prueba y la decisión judicial, más ampliamente TARUFO, la prueba, cit., p. 8ss., 24ss. Para un ejemplo reciente de esta actitud. MONTERO AROCA, supra, N. 84.

en la solución de las controversias. Parece en algún modo útil, desarrollar, si se quiere en términos sintéticos, algunas implicaciones de la tendencia según la cual la comprobación verdadera de los hechos, es un objetivo que va perseguido también en el proceso civil.

Vale la pena subrayar que en esta perspectiva el proceso no deja de ser el instrumento institucional para la resolución de las controversias, pero se hace relevante la cualidad de la decisión con la cual la controversia viene resuelta¹⁰⁰. En sustancia, no cada decisión es “buena” solo porque pone fin al conflicto; la decisión es “buena” si pone fin al conflicto estando fundado sobre criterios legales y racionales, entre los cuales asume importancia particular la veracidad en la comprobación de los hechos¹⁰¹. Por otro lado, la ideología según la cual el proceso debe tender a concluir con decisiones justas, parece coherente con una interpretación no formalista y no meramente repetitiva de la cláusula constitucional del “justo proceso”: esa deberá estar en efecto referida a un proceso que puede ser “justo” en cuanto sea orientado a la consecución de decisiones justas¹⁰². Se podrían valorar las cualidades y defectos de varios sistemas procesales en función de sus capacidades de conducir a las decisiones justas, o sea –por cuanto

¹⁰⁰ Cfr por ejemplo FISS, op cit., p.25.

¹⁰¹ 99 Es oportuno evitar de ocuparse en esta sede de las estancias “stantie” y a menudo inútiles discusiones relativas para la distinción entre verdad absoluta y verdad relativa. Basta recordar que de verdades absolutas se habla ahora solo en el ámbito de algunas religiones o de alguna metafísica, mientras todas las otras verdades no pueden ser que relativas. Por ende, también la verdad que se consigue en el proceso no puede ser más que relativa, o sea depende del contexto procesal y de los datos probatorios sobre los cuales se funda. Eso no quita, que la verdad se pueda y se debe hablar en el proceso, en el cual la variedad constituye un necesario “ideal regulado” que orienta la actividad probatoria y la certeza de los hechos. Para más amplios desarrollos de estos problemas cfr. TARUFFO, la prueba, cit., p. 58ss. En particular sobre la verdad como concepto dotado de valor regulado cfr PARINI, Verdad y realidad, en La verdad, cit., p. 92. Sobre el problema de la verdad en el proceso, y en particular para la crítica a la tradición en cuanto a la infundada distinción entre verdad formal y verdad material, cfr FERRER BELTRAN, Prueba y verdad en el derecho, Madrid – Barcelona 2002, especialmente p. 41ss., 68ss.

¹⁰² Para una indicación en este sentido cfr CHIRLONI, El presente como historia: en los códigos de procedimiento civil sardeses a las recientes reformas y propuestas de reforma, en esta revista, 2004, p. 471. En la amplia literatura sobre “el justo proceso” cfr en particular COMOGLIO, ética y técnica del “justo proceso”, cit., passim, también para ulteriores indicaciones bibliográficas

interesa- a decisiones fundadas sobre una comprobación verdadera de los hechos: por ejemplo, un proceso en el cual existan varias reglas de prueba legal y muchas reglas de exclusión de pruebas relevantes, aparecería como singularmente inadecuado consentir la formulación de decisiones que justas, mientras aparecería más funcional a este objetivo un proceso en el cual se asumieran todas las pruebas relevantes y esas vinieran valoradas por el juez según criterios racionalmente validos.

La orientación favorable a la atribución de poderes de instrucción al juez, que se manifiesta –como se ha visto- en numerosos ordenamientos, se funda evidentemente sobre decisiones ideológicas en función de las cuales la cualidad de la decisión que cierra el proceso no es un hecho indiferente e irrelevante, y debe a veces fundamentarse sobre una comprobación verdadera de los hechos de la causa¹⁰³. Para que esta finalidad venga conseguida es necesario que se realicen varias condiciones: una de estas condiciones es que el juez pueda integrar las iniciativas probatorias de las partes cuando esas aparecen insuficientes o inadecuadas a consentir la adquisición de todas las pruebas que sean necesarias para formular una decisión que acierte en la verdad de los hechos. Aparece de otro lado insostenible la opinión –algunas veces recurrente en particular en la doctrina norteamericana-¹⁰⁴ según la cual un proceso podría estar orientado hacia la búsqueda de la verdad de los hechos, y debería ser fundado sobre el exclusivo monopolio de las partes sobre las iniciativas probatorias. Propiamente la historia del proceso de Common Law, muestra, en efecto, que el proceso integralmente adversarial jamás ha estado orientado hacia la búsqueda de la verdad¹⁰⁵, y que el libre enfrentamiento de las partes no es un

¹⁰³ En este sentido cfr por ej. PARRA QUIJANO, op. Cit., o. 9ss.; OTEIZA op. Cit. P. 227.

¹⁰⁴ Cfr. por ej: LANOSMAN, The ADversary System A description and Defense, washigton – Londres 1984, p. 5, 36; WALPIN, America´s Adversarial and Jury System: more Likely To Do Justice, en 26 harv J. Law & Publi. Pol 2003, p.175s.

¹⁰⁵ Cfr. LANGBEIN, op cit., loc. cit.

buen método para lograr un acercamiento verdadero a los hechos¹⁰⁶. En todos los procesos se tiene al menos una parte, que no tiene interés en que se descubra la verdad; del lado de ellos, los defensores no son científicos que persiguen una búsqueda imparcial y desinteresada de la verdad, y tienen interés en hacer emerger la versión de los hechos que más conviene a sus clientes, que la verdad misma¹⁰⁷.

Es sobre la base de consideraciones de este género que todos los mayores ordenamientos europeos se han orientado en el sentido de atribuir al juez un rol activo en la adquisición de las pruebas. Un caso particularmente interesante, desde este punto de vista, es el de Inglaterra donde la tendencia a que el proceso civil pueda conseguir éxitos de justicia sustantiva, fundamentándose sobre la máxima aproximación posible a la verdad de los hechos, ha inducido a reforzar decididamente los poderes del juez invirtiendo la tradición de aquél sistema procesal¹⁰⁸. Como se ha visto de sobra, varios ordenamientos procesales han usado técnicas normativas diversa y han avanzado mas o menos en la extensión de los poderes de instrucción del juez: un dato constante es que ningún ordenamiento procesal moderno renuncia a orientarse hacia la búsqueda de la verdad de los hechos, y ningún ordenamiento procesal moderno tiene confianza exclusiva sobre la iniciativa de las partes para conseguir este objetivo. Será también útil notar que sobre ninguno de estos ordenamientos emerge la sombra de torquemada, y en ninguno de ellos aflora el fantasma del juez como *Longa*

¹⁰⁶ Cfr. JOLOWICZ, *Adversarial And Inquisitorial Models of Civil Procedure*, in *Int. Comp. L. Q.* 2003, P2ss...

¹⁰⁷ Sobre la obvia "implicación" del abogado que determina la parcialidad respecto al empleo de las pruebas y a la reconstrucción de los hechos, v. más ampliamente TARUFFO, *Involvement and Detachment in the Presentation of Evidence, in the Eyes of Justice*, ed. By R. Kevelson, New Cork e.a. 1993, P. 267 ss.

¹⁰⁸ Cfr por ej. JOLOWICZ, *the Wolf Report and the Adversary System*, in *CJQ* 1996, p. 199ss En sentido análogo cfr ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, cit, pg, el cual subraya que el objetivo de alcanzar la certeza de la verdad ha sido entre las razones fundamentales de la reforma procesal inglés, y recuerda que la concepción de la verdad como condición para la justicia y de la decisión es recurrente en la cultura jurídica inglesa.

Manus de Hitler, de Mussolini o de Estalin. Emerge en efecto la figura, así mas modesta y razonable, de un juez que asiste al “juego de las partes” e interviene cuando se percata que este juego corre el riesgo de llevar a decisiones injustas, fundadas sobre verificaciones inadecuadas de los hechos, en cuanto las partes no han proporcionado en juicio todas las pruebas disponibles.

La experiencia de los ordenamientos procesales europeos muestra también la inconsistencia de una premisa, desde la cual a menudo se genera un vaivén - implícita o explícitamente- cuando se discute desde los poderes de instrucción del juez. Llamaría a esta premisa “teoría de la torta”, porque consiste en concebir un conjunto de poderes de instrucción como una torta que el legislador de vez en cuando divide entre las partes y el juez, con la consecuencia que cuando los poderes de instrucción vienen atribuidos al juez, eso implicaría una proporcional reducción de los poderes probatorios de las partes¹⁰⁹. Si así fuera, se necesitaría concluir que en el proceso francés las partes no tienen algún poder de iniciativa de instrucción, pues el artículo 10 atribuye la “torta” entera al juez –como se ha visto- un poder general de disponer prueba de oficio. Análogamente se necesitaría concluir que en el proceso alemán a las partes no les queda nada más que aquella reducida e incierta, “tajada”, constituida por el poder de deducir pruebas testimoniales: esta “tajada” no sería ni siquiera reservada a las partes, pues el juez puede inducirlos a deducir testimonios que ellos no habían deducido de su espontánea voluntad. Todo eso es evidentemente absurdo, tratándose de ordenamientos en los cuales no hay duda de que vengán actuadas las garantías de defensa, y que el derecho a la prueba que espera a las partes que sea reconocido y asegurado¹¹⁰. “La teoría de la torta” es de todas maneras inconsistente e infundada.

¹⁰⁹ Para un ejemplo de esta concepción cfr MONTERO AROCA, los Principios políticos, cit. P. 55.

¹¹⁰ Para un panorama comparativo a lo presente cfr PERROT, le droit a la preuve, en Effektiver Rechtsschutz and verfassungsmabige Ordnung, Bielefeld 1983., P. 91ss.

Entonces no es posible continuar considerando la atribución de poderes de instrucción al juez, en su ejercicio, como una especie de proporcional disminución de las posiciones procesales de las partes y como una violación de sus garantías fundamentales. La experiencia de los ordenamientos europeos, en particular el francés, es en el sentido de que sea posible maximizar en el mismo momento el derecho a la prueba de las partes, la garantía del contradictorio y la atribución al juez de amplios poderes de instrucción. De otro modo es evidente que cuando el juez ejercita uno de sus poderes de instrucción no usurpa ningún poder de las partes ni invade un territorio a éstas reservado. Esto podría verificarse solamente en un sistema en el cual las partes no gozaran de alguna garantía, pero -a parte del hecho que esto no ocurre en ningún ordenamiento procesal evolucionado- esto guarda directamente relación con los derechos y de las garantías de las partes, más bien que aquella de los poderes del juez. Como se ha visto, los varios ordenamientos no prevén que el juez se desencadene a priori y solo en la búsqueda de las pruebas, pero solamente que él ejercite poderes de control y de iniciativa que están claramente configurados como accesorios, y sustancialmente residuales, respecto a los poderes de iniciativa de instrucción que se otorgan a las partes. En los sistemas que actúan con las garantías de la defensa, estos poderes deben ser ejercidos en el pleno contradictorio de las partes, con el derecho de éstas de establecer respecto a la iniciativa del juez y de deducir las pruebas que estas iniciativas consideren necesarias. Basta observar, de otro lado, que el juez italiano según el artículo 281 llama de oficio un testigo al cuya una parte ha hecho referencia, o el juez inglés, español o alemán que sugiere a las partes deducir una prueba, no invaden el campo de las partes privándolas de algunas de sus prerrogativas: estos jueces están simplemente desarrollando su tarea específica, que es aquella de hacer que la decisión final se fundamente sobre todas las pruebas disponibles, y por consiguiente sea lo más aproximada posible a la verdad de los hechos.

4. Consideraciones conclusivas

El análisis de los principales ordenamientos europeos que se han esbozado, sugiere desarrollar, a título de conclusión, alguna consideración relativa al argumento que viene a menudo usado para contrastar o criticar la atribución al juez de poderes autónomos de iniciativa de instrucción¹¹¹ y dice sustancialmente que en el momento en el cual el juez ejercita estos poderes pierde la propia imparcialidad, porque termina por favorecer una u otra parte, y pierde también su independencia en el juicio, porque termina por valorar en modo desequilibrado las pruebas de las cuales el mismo ha dispuesto la asunción¹¹².

A propósito se puede observar –a parte la doble atendibilidad de la ingenua nociones psicológicas que sobre este argumento se funda- que si eso fuera válido deberíamos concluir que todos los legisladores procesales europeos -cada uno a su modo- han estado envueltos en un viento de locura que los ha inducido a atribuir al juez un rol activo en la adquisición de las pruebas, sin darse cuenta que de este modo habrán puesto en riesgo los valores fundamentales de la imparcialidad y de la independencia de juicio para el mismo juez. Ya que -todavía- no se tienen pruebas creíbles de esta locura colectiva, deberemos concluir que la experiencia comparatista muestra el infundadamente el temor a que el juez,

¹¹¹ En la doctrina italiana cfr en particular LIBMAN Fundamento del principio dispositivo, in id., Problemas del proceso civil, Nápoles 1962, p. 12, el cual afirma que es necesario a fin que el juicio sea rectamente cumplido, y asegurar psicológicamente la imparcialidad de la persona física al cual juicio se ha confiado”. Se trata de otro modo de una opinión que recurre a menudo, en la doctrina italiana; cfr por ej. FAZAALARI, Da imparcialidad del juez civil, en Riv. Dir. Proc. 1972, p. 193 ss; MONTESANO, las pruebas disponibles de oficio y al imparcialidad el juez civil, en esta revista, 1978, p. 189 ss. También en la doctrina norteamericana, esta tesis presenta una especie de lugar común: Cfr LANDSMAN, op. Cit. P. 2 ss., 37; SALTZB-UGR, the Unnecessarily Expandin Role of the Amercian Trial Judge, en 64 Vir. L. Rev. 1978, P. 17; FULLER, the Adversy System, in Id.; Talks on American Daw, New York 1961, p. 39ss.

¹¹² Cfr en particular LIEBMAN, op. cit., p. 13, el cual retiene que no se puede dudar “que la imparcialidad del juez arriesga de quedar comprometida cuando él deba juzgar una prueba por el mismo preescogida y buscaba y por su iniciativa adquirida en el proceso”.

ejercitando un rol activo, se haga así mismo parcial e incapaz de valorar correctamente el material probatorio que ha sido adquirido en el juicio también sobre la base de su iniciativa¹¹³.

Se puede después observar que en realidad el juez “toma posición” a favor de una parte y contra la otra en cada momento del proceso, o sea todas las veces que provea o decida alguna cosa con relación al procedimiento, o resuelva cuestiones preliminares o prejudiciales, pero ninguno piensa que por esta razón, y a cada momento, él pierda su imparcialidad. Ya que el juez a *tabula rasa* y absolutamente pasivo no existe, y de todas maneras no puede existir en el curso del proceso, debemos concluir que el juez no es jamás imparcial: con esto, todavía cualquier discurso sobre el proceso estaría privado de sentido. No se comprende de otro lugar porque el juez se hace parcial cuando dispone de una prueba de oficio o sugiere a las partes de deducir una prueba y no lo haga por ejemplo cuando admite o excluye una prueba deducida de una parte, o cuando reduce las listas testimoniales o cuando cierra la instrucción probatoria, artículo 209 Código de Procedimiento Civil.

Mas en general , sería oportuno hacer claridad sobre la imagen del juez al cual se hace referencia. Si se piensa en un “buen” juez capaz de ejercer correcta y racionalmente sus poderes, entonces no hay razón alguna para temer que él se

¹¹³ La “incompatibilidad psicológica entre búsqueda y decisión” de la cual habla LIEBMAN, op cit., p. 13, no solo es demostrada, si fuera verdad – metería en crisis todos los sectores de la búsqueda científica, en la cual es normal que quien desarrolla busque y presente los resultados como validos en cuanto confirmados por su misma investigación. No se puede pensar, que el éxito de investigaciones o de experimentos sea atacado por el solo hecho de ser formado por las mismas personas que han desarrollado las investigaciones o efectuado los experimentos.

La validez de un descubrimiento científico no depende de la circunstancia que su éxito sea formulado por diferentes personas de aquellas que han desarrollado relativas investigaciones y de las pruebas que sostienen la credibilidad del descubrimiento. No son claras las razones por las cuales eso que vale para cualquier sujeto que trae conclusiones de informaciones que el mismo ha buscado y encontrado, no puedan valer para el juez que valora la credibilidad de una prueba dispuesta de oficio.

haga parcial e incapaz de valorar las pruebas, por el solo hecho que él mismo hubiera dispuesto o sugerido su adquisición. Sólo si se piensa en un juez incapaz y psíquicamente débil se puede temer que él pierda la propia imparcialidad en el momento en el cual decide sobre la oportunidad que una prueba ulterior venga adquirida, o que no está en grado de valorar una prueba de modo equilibrado solo porque él la ha dispuesto. Un juez “normal” esta en grado de establecer si un testigo, por él llamado a declarar es creíble o no, de la misma manera como valora la credibilidad de un testigo solicitado por una parte: hipotéticamente pensar que el juez valore un testigo que no es creíble, solo porque ha dispuesto de oficio la audición, presupone que aquel juez sea considerando “anormal”. Naturalmente existe el riesgo que el juez venga condicionado desde el *Early Bias* o (Confirmation Bias), o sea desde la inclinación a atender sus propias primeras impresiones sobre los hechos de la causa, y a buscar en las pruebas las confirmaciones del propio prejuicio subvalorando las pruebas que con ello contrastan. De otro lado, el modo para afrontar esta eventualidad no es ciertamente la exclusión de los poderes de instrucción del juez, dado que ello puede verificarse también cuando el juez no dispone de estos poderes o cuando no los ejercita: puede suceder también que un juez “pasivo” se aficione excesivamente hacia una cierta versión de los hechos de la causa, y por ende oriente las propias decisiones sucesivas, incluyendo la decisión final, sobre la hipótesis que tal versión de los hechos sea digna de ser considerada como verdadera. No hay necesidad de alargar argumentos, para demostrar que los remedios contra el pre-juicio del juez son otros, y consisten en la plena actuación del contradictorio de las partes, también por obra del mismo juez, y en la necesidad de que él redacte una motivación analítica y completa, racionalmente estructurada sobre la base de justificaciones controlables, la decisión sobre los hechos¹¹⁴.

¹¹⁴ Sobre el contradictorio y sobre la motivación de hecho como métodos para un control racional

Evidentemente, los ordenamientos que han atribuido al juez un rol activo en la adquisición de las prueba, han sostenido que poderes relativos poderes vienen conferidos a jueces capaces de desarrollar de un modo correcto y racional sus funciones de estímulo, de control y de iniciativa probatoria, sin que ello ponga en peligro los valores fundamentales del proceso civil. Según cuanto se ha entendido de la experiencia de estos ordenamientos no parece que esta hipótesis haya estado contradicha en la práctica. Eso debería reconducir el problema de los poderes de instrucción del juez dentro de los confines de una correcta discusión científica y dejar de lado polémicas ideológicas y nebulosas cuanto más inútiles.