



JUAN MONTERO AROCA  
Coordinador

# Proceso civil e ideología

*Un prefacio, una sentencia, dos cartas  
y quince ensayos  
Moción de Valencia (2006)  
Declaración de Azul (2008)*

2ª Edición

Autores:

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

B0023621  
38231  
347.91/.95 (460)  
P963  
2. ed.

tirant lo blanch  
Valencia, 2011

## **El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria\***

Juan Montero Aroca  
Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia  
Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana  
España.

“Las partes son los mejores jueces de su propia defensa”.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>5</sup> La invitación se completó incluyendo en los materiales del Congreso la traducción del ensayo de CIPRIANI, *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)* que apareció originariamente en la Rivista di Diritto Processuale, 1995, pp. 969 y ss., después en *Ideologie e modelli del processo civile*, Napoli, 1997, pp. 27 ss. Después se ha publicado traducido una vez por Alvarado Velloso en Revista de Derecho Procesal (Córdoba, 2001, 2, pp. 31 y ss.) y dos veces por Ariano Deho, primero en la Revista Jurídica del Perú, 2001, LI, núm. 18, pp. 119 y ss. y luego, junto con otros varios ensayos de Cipriani, en *Batallas por la justicia civil*, Lima, 2003, pp. 59 y ss. Franco Cipriani es ordinario de Derecho Procesal Civil en Bari y autor, entre otros, de dos libros que han despertado la memoria de la que ha sido la historia procesal civil italiana. Se trata de *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile del regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, Giuffrè, 1991, e *Il Codice di Procedura Civile tra gerarchi e processualisti. Riflessioni e documenti nel cinquantenario dell'entrata in vigore*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

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

Muy poco después el prof. Verde publicó un artículo titulado *Le ideologie del processo in un recente saggio*<sup>9</sup> de comentario de mi libro y de la *prefazione* de Cipriani, manifestando conformidades y desacuerdos<sup>10</sup>, pero en síntesis defendiendo al *Codice* italiano de 1940 de las imputaciones de código fascista y reiterando la concepción llamada “social” del proceso civil.

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

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

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

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

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

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

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

Además, en torno a los principios del proceso civil se han ido formando a lo largo del siglo XX verdaderos mitos y el oponerse a ellos, el intentar poner de manifiesto que no pasan de ser, en el mejor de los casos, construcciones del intelecto carentes de sindéresis, es, sin duda, una necesidad científica, pero también una provocación para quienes no pueden dejar de seguir aferrados a los mismos, pues ello supondría tener que rehacer sus bases conceptuales. En el presente caso el mito sigue siendo el del proceso civil pretendidamente “social”.

<sup>11</sup> CIPRIANI, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, en Rivista di Diritto Processuale, 2003, 2, pp. 455-466.

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

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

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

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

<sup>16</sup> CORREIA DE MENDONÇA, Luís, *Direito Processual Civil. As origens em José Alberto Reis*, Lisboa, 2002.

## 2. LA IDEOLOGÍA DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE ITALIANO DE 1940

Antes de seguir estimo necesario dejar constancia de que al atender a los principios políticos de la Ley española mis referencias al *Codice di procedura civile* italiano de 1940 lo eran simplemente como elemento de comparación, no habiendo intentado un estudio detallado de la ideología del mismo. Mi punto general de partida era una elemental máxima de la experiencia: una ley o código, sea cual fuere la materia que regula, es siempre expresión de la concepción ideológica propia de la sociedad en que se hace y de la sostenida por los responsables políticos que lo hacen. Nada extraño podría tener que una ley promulgada en la Alemania nazi y que regulara el proceso civil respondiera en su esencia a la concepción política propia del lugar, del momento y de sus autores<sup>17</sup>, lo mismo que un código procesal civil de la Rusia soviética asumiría la esencia de la concepción comunista de las relaciones entre lo público y lo privado<sup>18</sup>. En sentido contrario, un código como el alemán de 1877 no podía dejar de tener una base liberal, dentro del nacionalismo y del centralismo del Imperio, y por ello, aún después de todas las reformas sufridas a lo largo de casi un siglo, no podía mantenerse en la ex República Democrática Alemana<sup>19</sup>. Creía, y sigo creyendo, que el cumplimiento de la máxima de la experiencia no necesitaba demostración al intentar aplicarse en el caso concreto el Código italiano de 1940.

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

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

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

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

Desde esta perspectiva fundamental cuando se abrieran luego las páginas del Código y se leyeran, bien en la iniciales la *Relazione* que lo encabeza<sup>20</sup>, bien en las finales el *Indice sistematico* que lo concluye, la pre-opinión basada en la experiencia se confirmaría en el hecho concreto. No hace falta repetir frases y párrafos de esa *Relazione* para insistir en lo obvio, pero sí puede ser conveniente destacar que el *Indice* demuestra sin más que el proceso civil que regula se contempla en la norma desde la perspectiva del juez que otorga la tutela judicial, no desde la del ciudadano que la pide, y por eso el Libro Primero, de las disposiciones generales, se inicia con el juez, se sigue con el personal del órgano judicial, se continua con el Ministerio Público<sup>21</sup> para llegar a las partes, y aún después se atiende a los

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

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

poderes del juez. Por el contrario, un código predominantemente liberal como el español, sin perjuicio de algunos artículos previos, se inicia con las partes y sólo en segundo lugar se atiende al juez<sup>22</sup>.

Si se pretendiera decirlo con lenguaje procesal podría sostenerse que la norma de carga de prueba tiene que consistir en que quien sostenga que un código hecho en Italia y en 1940 es un código liberal y democrático tiene que probarlo. La prueba, además, no podría consistir en meros argumentos de autoridad, con cita de autores italianos<sup>23</sup>, pues es sabido que las meras opiniones no son medio de prueba en ningún sistema jurídico independientemente de quien las haga, que no hay prueba pericial jurídica, pues debe partirse de que los conocimientos jurídicos los posee necesariamente el juez<sup>24</sup> y que respecto de las declaraciones testificales habría que cuestionarse la imparcialidad de los testigos<sup>25</sup>, no sabiéndose muy bien si habría de estarse ante casos de incapacidad para testificar o de facultad (o deber) de abstención. No puede dejar de sorprender que se haya sostenido con reiteración que entre el Código y el fascismo existe principalmente una

proceso civil, en "Batallas por la justicia civil", cit., pp. 289-330, y antes en Foro italiano, 1993, I, c. 12.

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

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

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

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

relación cronológica<sup>26</sup>; más aún, que al Código lo que le perjudica es su fecha de nacimiento, siendo ésta a la postre meramente accidental<sup>27</sup>.

### 3. LO ADMITIDO Y LO IMPUGNADO DE LA CONFERENCIA Y DEL LIBRO

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

El esquema conceptual arrancaba de la distinción entre principios del proceso y principios de procedimiento, de modo que cuando se habla de proceso se atiende algo que es exclusivo de la actuación jurisdiccional y en la que se consideran los sujetos que realizan esa actividad, con los requisitos necesarios para constituirse en tal sujeto (bien como tercero imparcial, bien como parte y, por lo mismo, parcial), la estructura y los nexos que median entre los actos que la componen, la finalidad a que tienden, las cargas que se imponen y los derechos que otorgan. A su vez cuando se habla de procedimiento se hace referencia a la forma, a la apariencia exterior de la actividad procesal, por lo que el procedimiento no es exclusivo del ámbito judicial pues puede referirse a todas las actividades del Estado, y por ello sólo hay proceso judicial, pero existe también procedimiento administrativo e incluso legislativo.

Pues bien, al referirme a los principios del procedimiento conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 dije que en la misma se asume la oralidad y sus consecuencias (forma predominantemente oral de los actos, concentración o unidad de acto, inmediación y publicidad) de modo razonable, sin llevarla a sus últimos extremos, y sobre todo que esa oralidad nada tiene que ver con la oralidad como símbolo de una preten-

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

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

dida socialización del derecho en general y del proceso en particular, en la que los países comunistas se presentaban como modelo a seguir, pues en ellos con la oralidad se había efectuado una pretendida democratización de la justicia y del proceso civil. La oralidad del proceso civil español nada tiene que ver con la oralidad que, en palabras de Cappelletti, permitía al juez socialista asumir una función social que se manifestaba en su papel activo en busca de verdad material<sup>28</sup>.

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

Los que se han discutido son los aspectos que atienden a los principios del proceso, pero incluso respecto de los mismos debe advertirse que Verde, después de decir, bien que comparte la mayor parte de mis tomas de posición sobre los aspectos concretos estudiados, bien que en la obra de muchos procesalistas italianos, a partir de Liebman, existe una notable afinidad con las ideas por mi expresadas, aparte de mucha prudencia en la valoración del activismo judicial, quiere dejar constancia de que no comparte la idea de que el Código italiano de 1940 sea un código fascista, y desde esa afirmación, y después de recordar la distinción entre "tutela" y "técnica" con referencia al ensayo de Carnacini<sup>30</sup>, distingue a su vez entre:

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

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

<sup>30</sup> Debe tratarse de CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, en "Studi in onore di Redenti", II, Milano, 1951, pp. 695 a 772; existe traducción en lengua española de Romo en Revista de la Facultad de Derecho de México, 1953, octubre-

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

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

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

No creo que sea éste ni el lugar ni el momento para entrar a debatir sobre la distinción entre regímenes políticos totalitarios, autoritarios y democráticos, para lo que habría que empezar por remitirse a Juan J. Linz<sup>31</sup>,

diciembre, núm. 12. Del mismo VERDE, *Profili del processo civile, Parte generale*, 4.ª edición, Napoli, 1994, pp. 128 y ss.

<sup>31</sup> Linz describió los regímenes autoritarios como "sistemas políticos con un pluralismo político limitado, no responsable; sin una ideología elaborada y directora (pero con una mentalidad peculiar); carentes de una movilización política intensa y extensa (excepto en algunos puntos de su evolución), y en los que un líder (o si acaso un grupo reducido) ejerce el poder dentro de límites formalmente mal definidos, pero en realidad bastante predecibles", en el ya clásico Linz, Juan J., *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, en Fred I. Greenstein y Nelson W. Polsby, editores, "Handbook of Political Science: Macropolitical Theory", Addison-Wesley, Reading, Massachusetts, 1975, de modo que esa caracterización tiene poco que ver con la de Verde.

pero sí debe tomarse buena nota de que Verde parece que une autoritarismo con “justicia” (siempre entre comillas) y aún que acaba diciendo que cuanto más se persiga la “justicia” mayores pueden o deben ser los poderes del juez, esto es, se puede ser más autoritario<sup>32</sup>.

Después el examen de Verde atiende, por un lado, a los poderes del juez en materia de prueba y, por otro, al llamado deber de probidad y lealtad de las partes, a lo que nos referiremos a continuación<sup>33</sup>. Debe quedar claro que en las páginas de mi libro no he imaginado ni soñado que en un sistema autoritario la atribución de poderes al juez se justifique sólo si, al mismo tiempo, se priva de ellos a las partes, por cuanto que en el reparto de facultades no hay que imaginar nada, pues en el mismo o se favorece al juez o se favorece a las partes. Pero, sobre todo, hay un hecho innegable: todos los códigos o leyes de reforma dictados en el siglo XX en los que se han aumentado fuertemente los poderes del juez han sido dictados —y no será por casualidad— por regímenes políticos autoritarios cuando no totalitarios, regímenes en los que se ha limitado fuertemente o incluso suprimido la independencia judicial. Esto no es una opinión, ni un sueño producto de la imaginación, es un hecho.

Aun siendo cierto que el sociólogo Linz formuló tipos ideales, que por lo mismo no tienen que corresponderse con regímenes políticos concretos, sería conveniente no dar a las palabras sentidos diferentes a los usuales.

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

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

#### 4. LA CONCEPCIÓN DEL PROCESO CIVIL EN LOS CÓDIGOS DEL SIGLO XIX

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

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

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

Consecuencia también de la oportunidad era la exhaustividad y la congruencia de la sentencia, esto es, la imposición al juez de la necesidad de

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

pronunciarse sobre todo lo pedido y lo debatido, pero únicamente sobre ello, y de pronunciarse sólo sobre lo pedido y lo debatido, de modo que no cabía ni una falta de pronunciamiento, ni un exceso en el mismo. Se está aquí ante el *ne eat iudex ultra petita partium*<sup>35</sup>.

b) La concepción garantista del proceso llevada a excluir al juez de las facultades materiales en el desarrollo del mismo. Se trataba de algo diferente de lo anterior y con un fundamento que no guarda relación directa con la concepción liberal de la economía y de los derechos subjetivos privados, pues aquí se atendía a las facultades cuyo ejercicio podía llegar a determinar el contenido de la sentencia y de las que debía quedar excluido el juez<sup>36</sup>; este era el sentido del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*<sup>37</sup>. La finalidad perseguida era conseguir un juez tercero e imparcial como garantía para las partes de que se iba a realizar un verdadero proceso, esto es, un sistema de solución de las controversias basado en la existencia de dos partes parciales y de un tercero imparcial. Esta era la consideración que llevaba a que el juez quedara apartado de todo aquello que podía llegar a tener alguna influencia en el contenido de la sentencia, de modo que:

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

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

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

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

importantes de cuales son los constitutivos, pero también los impeditivos y los extintivos<sup>38</sup>.

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

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

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

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

so<sup>39</sup>. Cuando se decía que las partes eran las dueñas del proceso se estaba diciendo algo que debía entenderse de modo prácticamente literal.

## 5. LA EXCLUSIÓN DE LOS EXTREMOS EN EL SIGLO XX

Frente a la idea de que las partes son las dueñas del proceso, a lo largo del siglo XX se ha ido desarrollando como idea opuesta, la que suele conocerse como publicización del proceso civil. Aunque esa publicización se ha articulado con matices diferentes, como es natural que fuera, todos ellos tienen una misma raíz que atiende al aumento de los poderes del Estado dentro de la sociedad, por lo que se trata siempre de una cierta base autoritaria, por lo menos si entendemos la palabra autoritario en sentido general, en el que equivale a aumento, exageración, desarrollo anómalo, deformación de la autoridad. Autoritario o autoritarismo son siempre formas exageradas o, mejor, deformadas de la autoridad, y por ello persona con autoridad<sup>40</sup> es algo muy distinto de persona autoritaria<sup>41</sup>.

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

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

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

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

A) El primero de esos extremos no hace falta que lo desarrollemos porque hoy ya nadie se atreve a sostener como aspiración la existencia de un proceso civil basado en la negación de los brocardos *ne procedat iudex ex officio*, con referencia al inicio del proceso, y *ne eat iudex ultra petita partium*, sobre el contenido de la sentencia. Ese es el proceso que Verde llama totalitario, con calificación tan genérica que no podemos admitirla<sup>42</sup>, pues bastará ahora con recordar que no ha sido un proceso teórico, una mera elucubración conceptual inexistente en la realidad, sino que ha sido el proceso propugnado por el socialismo y que ha existido en unos países y en un tiempo determinados<sup>43</sup>. Lo importante en ese sistema no era que el

---

puede haber ejercicio autoritario (sin limitaciones) del poder incluso en algún sistema electivo popular.

<sup>42</sup> No se trata de rehacer aquí, por razones obvias, la historia de la ideología de la ampliación de las competencias y de los poderes del Estado, una de cuyas manifestaciones más importante es la de la intervención en la vida económica. Lejos de mi ánimo también cualquier consideración que llegue más allá del mero recuerdo sobre la relación existente entre totalitarismo y economía programada o de la simple evocación de que siempre que se ha aludido a la dignidad o a la autoridad del Estado o de sus órganos, con el consiguiente aumento de sus poderes, bien del Estado propiamente dicho, bien de alguno de sus órganos, han sufrido las libertades individuales. Por ello no quisiera insistir en la relación entre concepción liberal del proceso civil y concepción liberal de la economía, de la misma manera como renuncio a desarrollar la relación obvia entre totalitarismos negadores de las libertades del individuo y la llamada "moderna economía programada". Es por ese camino por el que llegó a sostenerse, bien que el verdadero "proceso social" debía llevar a la supresión del monopolio que el ciudadano tiene en el ejercicio de sus derechos, bien que debían desaparecer las diferencias entre proceso civil y proceso penal. Se trataba en todo caso de la desaparición de los derechos subjetivos privados de contenido económico, lo que estaba indisolublemente unido a la supresión de las libertades individuales en el más general terreno político, pues no existen libertades separables las unas de las otras, de modo que quepa suprimir unas, las económicas, y mantener otras, las políticas (o viceversa), sino una manera de entender la libertad como sistema político de conjunto.

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

proceso pudiera ser iniciado por persona distinta del titular de los derechos subjetivos, lo importante era que los derechos subjetivos materiales de los individuos propiamente no existían y, por tanto, tampoco podía hablarse de derechos procesales, como el derecho de acción, el derecho de defensa o el derecho a la prueba. La no existencia de derechos procesales debe entenderse en el conjunto de la negación de los derechos del individuo.

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

No cabe desconocer que en la actualidad el juez se ha convertido en todos los ordenamientos procesales civiles en quien dirige el proceso, bien entendido que esa dirección se refiere a las que antes hemos llamado facultades procesales, bien en lo atinente al control de la falta de los presupuestos de los que depende la existencia del proceso, bien en lo que atiende a hacerlo avanzar de una fase a otra en la dirección que conduce a la sentencia. En este sentido no hay oposición a que el juez controle los presupuestos procesales, en cuanto de la concurrencia de los mismos depende la posibilidad de que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto, o a que al tribunal se le atribuya el impulso procesal, entendido éste como posibilidad de que, una vez iniciado el proceso por el actor, el procedimiento como cauce formal de la serie de actos se desarrolle por los pasos previstos en la norma; más aún, nada se opondría a que sea también el juez, siempre con las partes, el que controle la realización de los actos conforme al principio de legalidad.

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

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

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

## 6. EL MITO DEL PROCESO "SOCIAL" COMO INSTRUMENTO DE "JUSTICIA"

El mito procesal al que me refería y me sigo refiriendo es el de la publicización del proceso civil, en el que se han escondido mitos derivados, como el del proceso que llaman "social", mitos que deben conjugarse con el del juez que hace "justicia" a pesar de las partes y, por tanto, en contra de sus abogados, para lo que necesita de amplios poderes<sup>44</sup>. Se trata de la idea

<sup>44</sup> Llamo la atención sobre el hecho de que cada vez que Verde se refiere a proceso "social" y a la "justicia" como objetivo perseguido por el juez por medio de ese proceso pone las palabras entre comillas, lo que tiene que significar algo. Si he entendido bien los usos tipográficos las comillas (y también la cursiva) se utilizan, bien cuando se cita literalmente un texto ajeno (que no es el caso), bien cuando se avisa al lector que se está dando a la palabra un sentido que no es exactamente el propio de la misma en el etimológico o en el uso común, de modo que se deja sobreentendido que el autor y el lector comparten que se trata de algo no explícito pero sí sobreentendido. De esta manera proceso "social" parece que debe tener que significar algo distinto de proceso relativo a la sociedad humana y "justicia" o "lo justo" necesariamente tiene

mítica, es decir, ilusoria, de que siendo el proceso como es un instrumento de “justicia” (siempre entre comillas o en cursiva) cuanto mayores sean los poderes del juez tanta más “justicia” podrá conseguirse. En el fondo no se sabe muy bien si se trata de la misma o de otra “giustizia sociale” a la que se referían Calamandrei y Grandi cuando decían, en la *Relazione* núm. 2 al final, que la misma era la meta de la Revolución (con mayúsculas) fascista, o si se confunde o se debe diferenciar de aquella “justicia social” a la que aspiraba el socialismo, conforme a las Bases del Proceso Civil de la URSS de 1961 y el Código de 1964.

El mito no puede presentarse de esta manera tan burda, y por ello obviamente antes ha necesitado, primero, de un caldo de cultivo y, después, de un desarrollo técnico o científico. El caldo de cultivo en el que puede ser creíble o, por lo menos, no desentonar en el conjunto de creencias míticas, ha sido el autoritarismo, con sus referencias a la dignidad y autoridad del Estado y de sus órganos, a que el aumento de los poderes del Estado y, correlativamente, del juez es una conquista de la civilización, a la distinción entre juez espectador y director, pero no dictador, etc. etc., expresiones que no hace falta repetir una y otra vez pues la hemos oído todas tantas y tantas veces. Sólo desde la creencia, como ejercicio laico de fe, de que el aumento de los poderes del Estado en la sociedad significa siempre y en cualquier caso progreso social, puede llegarse a dar por supuesto que el aumento de los poderes del juez en el proceso civil supone también mejora en la “justicia”, aunque se ponga entre comillas o en cursiva, pues se trata de una justicia diferente a tal y como se entiende comúnmente.

Respecto del panorama científico el desarrollo ha consistido en la consideración reiterada una y otra vez de que debe distinguirse entre varios principios procesales y en que debe apreciarse el fundamento de cada uno

que ser algo diferente a la plasmación en una norma de la decisión política adoptada por el legislador legítimo democráticamente de protección de unos intereses frente a otros, esto es, a la decisión plasmada en la ley, de modo que hacer “justicia” cuando se trata de la función jurisdiccional desarrollada por el juez y por medio del proceso pareciera hacer una “justicia” de contenido predeterminado, no cualquier justicia y ni siquiera la justicia querida por el legislador, que sería digamos la justicia legal, sino algo diferente, una especie concreta de “justicia” que bien pudiera acabar calificándose de “social”.

de ellos. El origen de la cuestión se encuentra en Calamandrei<sup>45</sup> y después ha pasado por Carnacini<sup>46</sup> y por Cappelletti<sup>47</sup> hasta convertirse en lugar común<sup>48</sup>.

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

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

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

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

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

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

<sup>50</sup> Aludo ahora a otro excelente manual italiano, el PROTO PISANI, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, 3.ª edición, Napoli, Jovene, 1999, pp. 437-438, que se refiere a tres principios (de la disponibilidad por las partes de las pruebas, inquisitivo y de los

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

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

2.º) Aún distinguiéndose entre principios, se ha insistido en querer buscar el fundamento del monopolio de las partes en la iniciativa probatoria en el monopolio de la pretensión de la tutela jurisdiccional y no en el de la llamada imparcialidad o, mejor aún, en la condición de tercero del juez, aunque alguna vez se hace referencia al mismo.

## 7. EL MITO CONSECUENCIA: LA TÉCNICA PROCESAL

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

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

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

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

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

Los dos caminos, el de la negación de la ideología en el proceso y el de la reducción del proceso a ideología (y a una determinada, claro está) carecen hoy de sentido. Por ello hubimos de decir ya en 1975 que “el pretender desterrar la política del derecho, se basa en una opinión deformada de lo que aquella sea; el pretender reducir el derecho a política, se basa

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

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

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

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

en una concepción totalitaria de ésta, desconocedora de las garantías de aquél”<sup>56</sup>.

Si lo anterior es cierto en general, y no creo que en la actualidad nadie lo llegue a cuestionar, no puede dejar de llamar la atención que se acabe considerando como algo técnico la determinación en las leyes de los poderes del juez en el proceso civil. Es evidente que Grandi y Calamandrei no tuvieron duda en considerar como “factor político” el reforzamiento de la autoridad del juez, y en este sentido son muy claras las palabras de la *Relazione* que se repiten y se refuerzan en el Manual<sup>57</sup>, pero inmediatamente después Calamandrei negaba su propia base de partida cuando, refiriéndose a la atenuación del principio dispositivo en el *Codice*, pretendió que el atribuir al juez poderes de iniciativa probatoria para declarar la verdad dentro del ámbito de las peticiones de las partes era “una necesidad de orden técnico” que no tenía nada que ver con el respeto a la voluntad de las partes<sup>58</sup>.

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

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

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

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

<sup>59</sup> CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, en “Studi in onore di Renti”, II, cit., 725 y ss.

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

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

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

No puedo dejar de llamar la atención sobre el hecho curioso que significa que algunos de los procesalistas más politizados pretendan en algunos casos convertir cuestiones eminentemente políticas en meros detalles técnicos<sup>62</sup>. Por un lado se habla de la publicización del proceso civil como conquista, sin duda, política, del siglo XX frente al proceso liberal propio

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

<sup>62</sup> Para DENTI, *Le ideologie del processo di fronte al problema sociale*, en “Processo civile e giustizia sociale”, Milano, Edizioni di Comunità, 1971, el proceso o la justicia “social” tiene entre sus manifestaciones al de la ampliación de los poderes del juez especialmente en lo que se refiere a la disponibilidad de las pruebas, pero ello no le impide mantener que se trata de una técnica procesal, aunque se acabe empleando

del siglo XIX, pero luego se quiere disimular a algunas de las ineludibles consecuencias con el ropaje de la técnica procesal. Resulta de este modo que el proceso civil calificado de proceso "social" se acaba pretendiendo reducirlo inexplicablemente a algunas cuestiones de mera técnica, cuando no de forma<sup>63</sup>.

### 8. OTRO: LA NEGACIÓN DEL JUEZ COMO TERCERO

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

El salto en el vacío en la argumentación, en este segundo aspecto, se produce cuando, después de distinguir el principio de la disponibilidad de los derechos (el monopolio de las partes en la determinación del objeto del

para la integración de los poderes del litigante socialmente débil (p. 64) y se diga que ello confiere al proceso un carácter tendencialmente inquisitivo.

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

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

Estamos, pues, ante algo difícil de explicar científicamente, pues se trata nada menos que de entender que si una actividad judicial no vulnera un principio procesal ya no es necesario seguir comprobando si esa misma actividad puede o no vulnerar algún otro principio, procesal u orgánico. Prácticamente sucede lo mismo cuando lo que se hace es, no ya desconocer, sino afirmar que una actividad judicial no vulnera otro principio procesal u orgánico, pero esa afirmación se hace sin la necesaria fundamentación, que es también lo que ocurre en más de una ocasión.

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

<sup>64</sup> Así MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, 15.<sup>a</sup> edición, cit., pp. 105 y 106, después de haber dicho que el permitir la utilización por el juez de oficio de cualquier medio de prueba es una opción técnica del legislador basada en la oportunidad, añade inmediatamente: "En realidad, este sistema que, en el proceso civil, no teme aquellos elementos negativos, bajo el aspecto de las garantías, que afligían tal sistema en el proceso penal (recientemente objeto de reforma precisamente en este aspecto), puede estimarse, por cuanto hemos dicho antes, más válido y más funcional, aunque no se debe olvidar, en el plano de la oportunidad, que la amplitud de las facultades de iniciativa probatoria conferidas al juez puede resquebrajar, especial-

es mínimo<sup>65</sup>, bien no se muy bien que, pues aun advirtiéndolo que está sucediendo en el proceso penal y que las normas sobre prueba son normas de garantía, posiblemente mi limitado italiano no me permite descubrir qué es lo que realmente se acaba sosteniendo para el proceso civil<sup>66</sup>.

De esta manera las advertencias de Liebman<sup>67</sup> y de Montesano<sup>68</sup> sobre la imparcialidad del juez no han tenido consecuencias teóricas ni prácticas, pues no han llevado a la doctrina procesal civilista italiana a re-pensar los poderes del juez en la iniciativa probatoria, cuestionando lo que realmente debe suponer la imparcialidad y las consecuencias de la misma. Por tanto ni siquiera se ha profundizado en la diferencia entre las garantías orgánicas y las garantías procesales<sup>69</sup>, y no se ha insistido en que, mientras las garantías procesales pueden ser matizadamente diferentes en los procesos civil y penal, las garantías orgánicas no deben admitir diferencias. En el mismo sentido debería haberse tenido en cuenta que la exigencia de la

mente en sus presupuestos psicológicos, la posición de imparcialidad del juez". Y eso es todo, pues no hay alusión a la *terzietà* en la Sección dedicada a las garantías de la imparcialidad del juez, pp. 282 y ss.

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

<sup>66</sup> Que es lo que sucede con VERDE, *Profili del processo civile. Parte generale*, 4.ª edición, cit., p. 129.

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

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

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

condición de tercero (otra vez *terzietà*) del nuevo art. 111, II, de la Constitución italiana se refiere por igual a todos los procesos.

En realidad, cuando se trata de atribuir poderes probatorios al juez, lo que debe cuestionarse no es propiamente la imparcialidad judicial, sino si ello es posible atendida la necesidad de que el juez siga siendo tercero, con la exigencia de incompatibilidad de funciones entre parte y juez en el proceso. Debe tenerse en cuenta que si la incompatibilidad de funciones en el proceso es algo objetivo, que puede determinarse en la ley de modo general, es decir, sin referencia a un juez y a un proceso concreto, pudiendo la ley disponer en general qué es lo que no puede hacer el juez pues de hacerlo estaría asumiendo funciones propias de la parte, la imparcialidad es siempre algo subjetivo, que debe referirse siempre a un juez y a un proceso concreto (y por ello se habla de imparcialidad psicológica), y desde esta distinción puede hablarse de "imparcialidad" (que es condición de tercero o *terzietà*) y de imparcialidad<sup>70</sup>.

Desde la garantía de la "imparcialidad" (o *terzietà*) lo que se pone en cuestión no es la concurrencia de las causas de abstención y de recusación, sino si una actividad concreta puede ser realizada por el juez, atendida su necesaria condición de tercero. Adviértase que si se quiere lograr claridad conceptual debe distinguirse: 1) Una cosa es la "ajeneidad" (o desinterés objetivo o *alienità*) de la jurisdicción, como elemento caracterizador de la misma que la distingue de la administración<sup>71</sup>, 2) Otra la "imparcialidad" (o condición de tercero o *terzietà*) del juez en el proceso, lo que hace, no ya que no pueda ser al mismo tiempo parte, sino también que no pueda realizar los actos propios de esta, 3) Todavía otra es la incompatibi-

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

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

lidad de funciones judiciales dentro del mismo proceso, a las que se refiere por ejemplo el art. 34 del *Codice di procedura penale* italiano al declarar incompatibles determinados actos realizados en el mismo proceso<sup>72</sup>, pero que en el proceso civil también tienen algún sentido pues siempre será incompatible haber intervenido como juez en la primera instancia y poder intervenir en algún recurso, y 4) Por último, la imparcialidad que es necesariamente algo subjetivo, aunque la ley se ve precisada a objetivarla estableciendo las causas de abstención y de recusación<sup>73</sup>.

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

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

Por ello si la condición de tercero (o *terzietà*) (y también la imparcialidad judicial) es principio que hace a la esencia de las garantías orgánicas y si no debe haber grados en las mismas para los diferentes procesos, las

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

<sup>73</sup> Puede verse MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

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

posibilidades probatorias del juez no deben ser diferentes en esos varios procesos, de modo que por lo menos la coherencia exige que los códigos procesales civil y penal dispusieran lo mismo en la materia. El debate siguiente podría consistir en determinar cuáles son los límites mínimos de la *terzietà* (y de la imparcialidad), a partir de los cuales se está realmente ante la pérdida de la misma, pero la coherencia queda completamente desnaturalizada cuando se pretende que en el proceso civil al juez le es posible hacer lo que se le niega para el proceso penal.

Naturalmente la situación no es diferente cuando se trata de los llamados procesos civiles no dispositivos o procesos inquisitivos. Es cierto que tradicionalmente en estos procesos se han aumentado extraordinariamente las facultades del juez, con el argumento de la naturaleza pública de las situaciones jurídicas en juego, pero si se admite que en la aplicación de las normas jurídicas más públicas que existen, que son las penales, la *terzietà* del juez no consiente el aumento de facultades judiciales, no se comprende porque esas facultades sí pueden ampliarse en procesos que siguen siendo civiles<sup>75</sup>. Por lo mismo no se descubre la razón, siempre desde el principio de la *terzietà* como garantía, de pretender un aumento extraordinario de las facultades del juez en el proceso de trabajo, que es otro proceso civil especial.

El mito sigue siendo aquí el del proceso "social" como instrumento de "justicia" que ha llevado en este aspecto a que lo que no puede hacer el juez penal en la aplicación de este Derecho, sí pueda hacerlo el juez civil en la aplicación del Derecho privado, incluso cuando se trata de un derecho con tintes públicos. Y conste que no he dicho nada de la entelequia de la

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

búsqueda de una verdad material, que parece que debería ser una “verdad verdadera” frente a otras verdades que aparentemente lo son menos<sup>76</sup>.

## 9. POR FIN: LA BUENA FE PROCESAL

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

Las referencias en las leyes a la buena fe se han producido normalmente en normas dictadas por regímenes políticos por lo menos autoritarios; y así ha ocurrido desde la alemana Ley de 23 de octubre de 1933 hasta el *Codice* italiano de 1940, pasando por todos los códigos y leyes socialistas. Este es un dato que no puede olvidarse porque significa que estas referencias a la buena fe o a la probidad o a la lealtad se producen en una base ideológica que hace al juez, no un tercero imparcial entre dos partes parciales que pelean por lo que creen su derecho con todas las armas que el ordenamiento jurídico pone en sus manos, esto es, por lo que estiman que es la justicia (sin comillas y en redonda) que les reconoce la ley material, sino una especie de ser superior revestido de todas las virtudes imaginables cuya misión es lograr una especie de “justicia” que está más allá de la ley y en la búsqueda de la cual deben colaborar activamente las partes y sus abogados. Estamos en la esencia del autoritarismo, en la que el ciudadano no

<sup>76</sup> Puede verse, con todo, FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2002. Para el proceso penal, por ejemplo, ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *La función de las garantías en la actividad probatoria*, en “Cuadernos de Derecho Judicial. La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal”, Madrid, CGPJ, 1993, pp. 215 y ss., y MUÑOZ CONDE, *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, 2000. Más en general, VRÓBLEWSKI, J., *Sentido y hecho en el derecho* y especialmente *El problema de la así llamada verdad judicial*, San Sebastián, 1989; y HABERMAS, J., *Teorías de la verdad*, en “Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos”, Madrid, 1989.

tiene verdaderos derechos frente al Estado sino deberes, y en la que el juez tratará a ese ciudadano como un menor de edad intelectual, de modo que todo lo que haga para defender su interés serán artimañas. Recuérdense los intentos nazis y socialistas de reducir el proceso civil a mera jurisdicción voluntaria.

Pero es que además la ampliación de las facultades del juez, especialmente en materia de iniciativa probatoria, sólo tiene sentido si se parte de la idea implícita de que el abogado de la parte puede ser o negligente o ignorante. Si la ley partiera del presupuesto de que “las partes son los mejores jueces de su propia defensa”, como decía Chiovenda, con la consecuencia de que quien mejor defiende los intereses de esa parte es su abogado, perdería todo sentido lógico y práctico el atribuir poderes materiales al juez y entre ellos los de iniciativa probatoria. El sentido de la norma sólo puede responder a esa desconfianza frente al abogado, desconfianza que no puede negar su base autoritaria. Por ello no he entendido ni entiendo cómo algunos abogados pueden ser partidarios del aumento de facultades del juez, mientras que no puedo dejar de comprender que algunos jueces sí sean partidarios.

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

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

función y de colaborar con el juez, se entiende en la búsqueda de la “justicia”, aunque sea en contra de los intereses de su parte.

Insistiré para mayor claridad: Si este es el sentido de la buena fe o de la lealtad en el proceso civil, ese sentido es manifiestamente autoritario y desde luego incompatible con la concepción de un proceso hecho por dos partes que por esencia son parciales. Las “reglas del juego”, de cualquier juego, incluso el del proceso<sup>77</sup>, deben ser observadas por los jugadores, naturalmente, pero a estos no se les puede pedir que todos ellos, los de un equipo y los de otro, colaboren en la búsqueda de cuál es el mejor de ellos, ayudando al árbitro a descubrir a quién debe declarar ganador, pues si las cosas fueran así no tendría sentido jugar el partido. El “juego” se basa en que cada equipo luche por alcanzar la victoria utilizando todas las armas a su alcance, naturalmente respetando las reglas, y con un árbitro imparcial.

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

Creo, en consecuencia, que la regla debería enunciarse, no a favor de la buena fe, sino en contra de la mala fe, de modo que no se impusiera a

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

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

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

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

## 10. EL PROCESO COMO GARANTÍA

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

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

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

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

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

## Apostilla\*

GIOVANNI VERDE

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

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

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

Regreso, por ello, sobre el argumento solamente para aclarar aquello que realmente me divide del colega y (espero) amigo Montero y para explicar mis razones. Sin ninguna intención polémica, que no me pertenece, sino para continuar el diálogo en el recíproco respeto y con espíritu de amistad.

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

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

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

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

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

El problema es otro. Montero tiene su propia elección de campo según la cual el hecho de que el juez deba ser no solo imparcial, sino también

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

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

Las soluciones técnicas sostenidas por Montero se conectan con una ideología liberal intransigente, allá donde las que yo prefiero mejor se adaptan a una ideología solidarista atemperada (uso este lenguaje para aclarar como, no solo para mí, sino también para Montero, el proceso tiene una ideología de fondo que lo inspira). Pienso que esto sea lo que sobre todo nos divide. Si así es, no tengo sino que tomar nota, esperando que mi aclaración convenza a Montero a revocar su convicción de que la mía sería una posición ambigua o, peor aún, contradictoria. Simplemente considero que el juez pueda ser tercero e imparcial, también cuando el ordenamiento le reconoce poderes propios en la investigación instructoria, a ejercitar en el riguroso respeto del contradictorio y salvando los derechos de defensa de las partes. Puedo estar de acuerdo con el A. que esta técnica contiene algún riesgo y que, por tanto, es oportuno contenerla al máximo o utilizarla con cautela. Pero, desde el momento que Montero muchas veces invoca las reglas de juego, pienso que

también el poder reconocido al árbitro de fútbol de expulsar a los jugadores o de conceder los penaltis puede determinar el resultado de un partido. Pero también si en concreto muchas veces surgen polémicas y discusiones, nadie ha nunca pensado que un árbitro de fútbol pueda arbitrar sin tener el poder de expulsar o de dar penaltis o de declarar una posición adelantada, porque así haciéndolo, ayuda un equipo en daño del otro y, por consiguiente, pierde su condición de tercero.

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

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

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

Las cosas en el proceso no andan diversamente: el contradictorio, sin ningún poder de intervención del juez, no es suficiente y a veces es distorsionante. En Italia hoy parece, en cambio, hacerse camino y prevalecer la idea de que al juez deba reservársele la tarea de decidir, limitando al máximo grado su intervención en fases precedentes. ¿Es un fruto de la adhesión a una ideología que, por comodidad, oso resumir con el término «privatística» y, en todo caso, liberal? A mí me parece que sí (pero puedo equivocarme). El hecho es que el primer producto de esta elección ideológica parece ser el nuevo proceso en las controversias societarias y comerciales. Por cuanto, más allá de las ideologías, todos deberíamos estar de acuerdo en que una ley procesal es buena si permite que se llegue a decisiones (posiblemente) justas en tiempos razonables, seré el primero en alegrarme si la nueva disciplina logrará este objetivo y seré el primero en rehacer mis convicciones.

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

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

GIROLAMO MONTELEONE

Profesor Ordinario de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Palermo.

Italia

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

### 1. LOS TÉRMINOS DE UNA DISPUTA

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

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