

PRUEBA Y VERDAD EN EL PROCESO CIVIL

Un intento de aclaración de la base ideológica de determinadas posiciones pretendidamente técnicas*

Juan Montero Aroca**

Resumen

El cuestionamiento de la verdad como función de la prueba tiene varias aristas entre las que se desarrollarán temas como: La verdad en el proceso, no en abstracto, La función de la jurisdicción, Las pretendidas funciones del proceso, Los principios del proceso. En un segundo momento se estudiarán las funciones complementarias de la prueba entre los que se buscará adentrar en tema de fijación de hechos, convencimiento al juez y la certeza. Para terminar este escrito se centrará en las concepciones políticas totalitarias y la persecución obsesiva de la llamada verdad objetiva o material, y como cierre del artículo se concluirá cuál de las posiciones en la tomada para aplicación en el cuestionamiento de la verdad como función de la prueba mostrando todo el recorrido de las diversas teorías expuestas.

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: MONTERO AROCA, Juan. Prueba y verdad en el proceso civil: un intento de aclaración de la base ideológica de determinadas posiciones pretendidamente técnicas. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 49 Enero – Junio, 2019, pp. 117-147.

Recibido: 30 de noviembre de 2018 - Aprobado 30 de mayo de 2019.

Este escrito será la base para la presentación de la ponencia en el XL Congreso Internacional de Derecho Procesal, Medellín – septiembre 4, 5 y 6 y en las memorias escritas del mismo.

** Catedrático Emérito de la Universidad de Valencia (España). Ex Magistrado del Tribunal Superior de Justicia. Ha publicado sobre 340 trabajos, de ellos 85 son libros y el resto artículos de revista. Socio honorario del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. En Colombia ha pronunciado conferencias en Bogotá, Manizales, Pereira, Cali, Medellín, Cartagena, Santa Marta, Cúcuta, Bucaramanga.

Abstract

The questioning of the truth as a function of the test has several edges among which topics will be developed such as: The truth in the process, not in the abstract, The function of the jurisdiction, The intended functions of the process, The principles of the process. In a second moment, the complementary functions of the test will be studied, among which it will be sought to enter into a matter of fixing facts, convincing the judge and certainty. To finish this paper, it will focus on the totalitarian political conceptions and the obsessive persecution of the so-called objective or material truth, and as closing of the article it will be concluded which of the positions taken for application in questioning the truth as a function of the evidence showing the whole route of the various theories exposed.

Introducción

Cuando se habla de la prueba –y nos ocupamos ahora del proceso civil pero podríamos generalizar al proceso, sin calificativos– una de las preguntas a hacerse es la de cuál es la función de la misma o, de otra manera, qué papel es el que la prueba cumple en el proceso. Normalmente la pregunta se contesta relacionando prueba con verdad, pero esa relación no es unívoca.

I. El cuestionamiento de la verdad como función de la prueba

1. La verdad en el proceso, no en abstracto

Tradicionalmente la función de la prueba ha venido refiriéndose a la búsqueda y descubrimiento de la verdad y en dicho sentido se pronunció toda la doctrina del siglo XIX para la que “las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad”¹. Entonces no se estaba

¹ BONNIER, E., *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, I, 5.ª edición, Madrid, 1928 (traducción de De Vicente y Caravantes, del que la 1.ª edición es de 1869, y notas de Rives Martí), p. 9; pero pueden recordarse otros muchos autores, entre los que destacamos a RICCI, F., *Tratado de las pruebas*, traducción de Buylla y Posada, Madrid, s.f., tomo I, p. 22: “La prueba, en efecto, no es un fin por sí mismo, sino un medio dirigido a la consecución de un fin, que consiste en el descubrimiento de la verdad”. En España VICENTE Y CARAVANTES, José de, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, II, Madrid, 1856, p. 124.

dando una respuesta política, sino simplemente diciendo en palabras llanas, sin complicaciones ni ideológicas ni técnicas, lo que parecía más adecuado al proceso, a cualquier proceso.

Sin pretender plantear aquí y ahora cuestiones metafísicas (la verdad a la que se llega por la inteligencia), físicas (la verdad que proporcionan los sentidos) o históricas (la verdad que nos narran otras personas) puede afirmarse que hoy se reconoce comúnmente que esa aspiración –nada menos que ¡la verdad!, la que no esperó a oír **Poncio Pilatos**– era demasiado ambiciosa² y, sobre todo, que la misma no siempre es compatible con los principios y reglas conformadoras del proceso civil.

No se trata tan solo, ni de algo tan elemental, como es el reconocimiento de las limitaciones con que se encuentra el hombre a la hora de alcanzar verdades que puedan calificarse de absolutas. Se trata más sencillamente de asumir que el proceso se configura conforme a toda una serie de principios que son tan importantes, al menos, como la búsqueda de la verdad a la hora de conformar los hechos que han de tomarse en consideración en la sentencia (por ejemplo, condición de tercero del juez, contradicción, derecho de defensa, igualdad de las partes).

Dicho lo anterior, debe afirmarse inmediatamente, para evitar equívocos, que en el proceso y en la prueba tiene necesariamente que existir un intento decidido de verificar, de la manera posible más próxima a la realidad, las afirmaciones de hecho que realizan las partes, pues la constatación de los límites en que opera el hombre y de los principios propios del proceso no puede llevar, sin más, a renunciar a que la sentencia se base en un relato de hechos probados que responda lo más ajustadamente posible a cómo sucedieron las cosas realmente.

La función de la prueba, el papel que ésta representa en el proceso, no puede por tanto suscitarse en el vacío de lo abstracto, sino que debe incardinarse en

² En general puede verse GIULIANI, A., *Il concetto di prova (contributo alla logica giuridica)*, Milano, 1961, y *Prova in generale, a) filosofia del diritto*, en Enciclopedia del Diritto, XXXVII, Milano, 1988, pp. 519-579; WRÓBLEWSKY, J., *Sentido y hecho en el derecho* y especialmente *El problema de la así llamada verdad judicial*, San Sebastián, 1975; CHIARLONI, S., *Processo civile e verità*, en *Questione giustizia*, 1987, núm. 3; TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, existe traducción española de Ferrer Beltrán, *La prueba de los hechos*, Madrid, 2002; también del mismo *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1997, núm. 3, y luego en “Sui confini. Scritti sulla giustizia civile”, Bologna, 2002, pp. 305-328; GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, 1999; FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el Derecho*, Madrid, 2002.

los ordenamientos jurídicos en concreto y ello supone que debe adecuarse a los principios y reglas que conforman el proceso y, más allá, a la función de la jurisdicción.

2. La función de la jurisdicción

Respecto de la función de la jurisdicción parece claro que hoy se mantienen sustancialmente dos posiciones:

1ª) Hay quienes sostienen que la jurisdicción persigue la actuación del Derecho objetivo mediante la aplicación de la norma al caso concreto, de modo que al Estado le corresponde asegurar la actuación del Derecho objetivo en todos los supuestos en los que el mismo no sea voluntariamente observado³. La norma a aplicar es para la Administración pública la regla que debe ser seguida para que una cierta finalidad sea alcanzada, y la misma norma es para el órgano jurisdiccional el objeto de su actividad institucional, en el sentido de que la actividad jurisdiccional se ejerce solo con el fin o, por lo menos, con el fin principal, de asegurar el respeto del Derecho objetivo. Desde esta perspectiva, que es, según algunos simplemente publicista y pero que otros calificamos de autoritaria, la verdad, por mucho que se admita que es relativa, se convierte en parte esencial de la función del juez, el cual en buena medida deja de ser un tercero entre las partes y además pone en cuestión su imparcialidad.

2ª) Otros sostenemos que la función de la jurisdicción debe centrarse en que el juez, siendo tercero e imparcial, es el último garante de los derechos que el Ordenamiento jurídico reconoce al individuo, y sea cual fuere la rama del mismo

³ Políticamente esta concepción respondió claramente a una idea autoritaria del Derecho, que veía en él la voluntad del Estado y en su observancia el respeto a la autoridad de ese Estado; en ella queda en la sombra el interés individual y la defensa del derecho subjetivo, y surge en primer plano el interés público en la observancia del derecho objetivo. Lo importante no es ya el interés de los particulares; lo importante es que se cumpla la previsión general de la ley en cuanto en ella se recoge el interés público. Por ello todas las manifestaciones de estas concepciones, en menor o mayor medida, tienen un sustrato autoritario, que no puede esconderse bajo referencias a lo "social". En este sentido puede verse CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte Prima*, Padova, 1941, p. 65.

En contra de lo que pudiera parecer estas concepciones no nacen pensando en el proceso penal, en el que pudiera estimarse en principio que tratándose de la aplicación de una rama del derecho público, como es el penal, podría prevalecer el interés general, sino que su origen se encuentra en la concepción autoritaria del proceso civil a que responden el socialismo (los códigos de la Unión Soviética) y el fascismo (el Código italiano de 1940), aunque acaba aplicándose al proceso penal, y en éste se trata entonces de hacer prevalecer la seguridad de la sociedad frente a la libertad del individuo.

que se tome en consideración. Naturalmente los derechos que más importan son los fundamentales, pues son los que más trascendencia tienen, pero la garantía se refiere a todos los derechos. En la aplicación del derecho privado se tratará de que, por medio del proceso civil, el particular vea cómo sus derechos subjetivos (económicos o no), los que él afirma como propios, son examinados y decididos con todas las garantías propias del proceso.

De esta manera resulta que la tutela de los derechos de los particulares propia de la función jurisdiccional tiene que basarse, por un lado, en el imperio de la ley, pues no se trata de tutelar sino los derechos que se establecen en la ley (entendida ésta en el sentido de Derecho) y, por otro, en el instrumento que es el proceso. Desde esta posición, que es privatista y liberal, la verdad, siempre relativa, se convierte en medio para cumplir con la función de garantía.

3. Las pretendidas funciones del proceso

Últimamente se ha pretendido distinguir entre las que se consideran dos posiciones doctrinales sobre la función del proceso⁴:

1) Esa función -se dice- consiste sólo en resolver controversias poniendo fin a los conflictos entre particulares, bien entendido que las consecuencias de esta pretendida posición radican, entre otras, en que no importa el contenido de la sentencia, es decir, la calidad de la decisión no se toma en cuenta, pues se trata sólo de cómo se llega a la decisión (por medio de un proceso justo) pero no del contenido de ésta. En este contexto se dice que para esta posición no interesa la verdad y que por ello tampoco se admiten los poderes probatorios del juez.

2) Como contraria se presenta aquella otra posición conforme a la que lo que importa es la calidad de la decisión judicial, decisión que debe basarse en una aplicación correcta y racionalmente justificada del Derecho, y por ello se tratará de alcanzar la verdad de los hechos, al servicio de lo cual debe estar la atribución al juez de poderes probatorios.

La contraposición de estas dos pretendidas posiciones es una clara manipulación maniquea, dado que no existe nadie que llegue a sostener tan descarnadamente que el contenido de la sentencia sea, política y jurídicamente, indiferente. El verdadero debate se ha centrado, y así debe seguir haciéndose, en determinar cuál es la mejor manera de regular el proceso para que, por un lado, en el mismo las partes puedan alcanzar la tutela efectiva de sus derechos y, por otro, para que el juez pueda cumplir con su función de garante último de esos

⁴ Puede verse TARUFFO, M., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, en Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2006, núm. 2, pp. 468 y ss.

derechos, y en ese debate nada tienen que ver las posiciones ideológicas que de modo absurdo describe **Taruffo**.

Se permite además Taruffo hacer afirmaciones -aparte de carentes de demostración- radicalmente contrarias a los sistemas jurídicos occidentales; por ejemplo dice literalmente: “Es notorio y está históricamente confirmado que el modo menos eficiente para descubrir la verdad de los hechos en el proceso es el de confiarse exclusivamente en las iniciativas probatorias de las partes”; si esta rotunda afirmación fuera cierta sería obvio que todos los Ordenamientos jurídicos del mundo occidental deberían reformarse de raíz, especialmente en lo relativo al proceso penal, pues en éste deberían atribuirse completos, aunque no exclusivos, poderes probatorios al jurado y al magistrado que lo preside, o, en su caso, sólo al juez del juicio penal. El sistema occidental de justicia se ha basado, por el contrario, en algo elemental: “Las partes son los mejores jueces de su propia defensa”⁵.

Por si faltara algo no deberían olvidarse algo elemental para quienes, después de intentar entender la doctrina procesal, esto es, la base teórica de la misma, nos hemos movido en la práctica, aprendido tanto de la primera como de la segunda. Prácticamente no puede admitirse la afirmación de Taruffo de que “en todos los procesos existe una parte al menos -aquella que sabe que actúa inicua- que no tiene interés alguno en que se descubra la verdad”. Cuando se sostiene esta afirmación se está desconociendo la realidad misma de la vida judicial, en la que las partes, las dos, llegan al proceso normalmente (y dejando a un lado los casos patológicos) convencidas de la razón de su causa, por lo menos en parte. Sólo quien no tiene experiencia en la realidad procesal cotidiana, quien no ha hecho como profesional un juicio en su vida, puede hacer la afirmación anterior sobre la siempre sin razón de una de las partes⁶.

Únicamente desde una concepción política autoritaria, que se trasmite a la función de la jurisdicción y al cómo del instrumento que es el proceso, puede llegar a sostenerse que la función del abogado es algo diferente a la defensa de los intereses de su cliente, y a una defensa en la que debe utilizar todos los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición⁷. El absurdo,

⁵ CHIOVENDA, G., *Principios de derecho procesal civil*, II, Madrid, 1925, traducción de Casáis y Santaló, p. 183.

⁶ Afirmación que hace TARUFFO en *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, ya citado, y ahora en p. 477.

⁷ Por cierto que en esa misma página indicada en la nota anterior se descubre el fondo ideológico de TARUFFO cuando sigue diciendo, y como si ello fuera reprobable: “los defensores no son científicos que persigan una búsqueda imparcial y desinteresada de la verdad, sino que tienen interés en resaltar la versión de los hechos que más conviene

basado en una determinada y evidente concepción ideológica, llega hasta el extremo de pretender que el abogado debe actuar en contra de los intereses de su cliente y a favor del cumplimiento del Derecho objetivo, esto es, ser imparcial. Y para colmo luego se quiere que el juez no se mantenga en la neutralidad, esto es en la imparcialidad.

Y así se llegar al absurdo de ciertas construcciones en las que se pone el mundo al revés: abogado imparcial (veracidad, lealtad y buena fe colaboración con el juez) y juez parcial (pérdida de la neutralidad al servicio de la verdad material).

4. Los principios del proceso

Los principios y las reglas que conforman el proceso se consideran elementos que han de determinar la posibilidad de alcanzar en mayor o menor grado la verdad. Es evidente que:

1º) Un proceso regido por los principios de oportunidad, dispositivo y de aportación de parte (un proceso regido por los viejos brocados *ne procedat iudex ex officio e iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*) supone necesariamente que los hechos que importan en el proceso son los que afirman las partes -y ninguno otro más-, la prueba se refiere sólo a los hechos controvertidos y es simplemente verificadora, no actividad de investigación⁸, los medios de prueba a practicar son los propuestos por las partes, esa práctica se hace conforme al principio de legalidad, en la verificación no todo vale, pues no pueden sacrificarse derechos que se consideran superiores a la misma verdad

a su cliente y ello incluso antes que la verdad". La sorpresa que se lleva aquí el lector es mayúscula, pues los abogados defensores, desde que la profesión existe, tienen como función exactamente defender los intereses de su cliente y para ello deben hacer resaltar la versión de los hechos que mejor se acomoda a esos intereses. El proceso civil en nuestra civilización se ha basado precisamente en que cada abogado defensor es alguien parcial, con una función clara de defensa de su cliente; para imparcial ya está el juez. ¿O es que el Taruffo pretende que los abogados también deberían ser imparciales?

Solo faltaría añadir que las partes y sus defensores tienen el deber de actuar conforme a los principios de buena fe y de veracidad, que el juez es el "amigo" y el colaborador de las partes en la búsqueda de la justicia, para que nos convenciéramos de la concepción totalitaria que está la base de afirmaciones como las aquí recogidas y hechas por Taruffo. Puede verse también MONTERO, J., *Ideología y proceso civil. Su reflejo en la "buena fe procesal"*, en el volumen colectivo *Ideología y proceso civil*, Valencia, 2ª edición, 2011.

⁸ En sentido estricto la investigación supone ir a la búsqueda o descubrimiento de unos hechos desconocidos y, evidentemente, éste no es el supuesto del proceso civil; en él las partes tienen la facultad exclusiva de realizar las afirmaciones de hechos y el juzgador se limita a verificar la exactitud de esas afirmaciones y, además, sólo en el caso de que hayan sido negadas o contradichas.

(por ejemplo, no puede servir como base de la sentencia un hecho verificado de modo que se ha vulnerado en ello un derecho fundamental; esto es, con base en una prueba obtenida de modo ilícito⁹.

Además, un proceso que responde a principios como el de contradicción e igualdad de las partes y que se regula atendiendo a determinadas reglas que dan seguridad a esas propias partes, caso por ejemplo de una cierta preclusión, no puede luego negar unos y otras al servicio de una pretendida verdad que estaría por encima de las garantías propias del proceso.

No se trata ya solo de que la prueba se refiere a las afirmaciones de hechos que las partes han efectuado, sino también de que el proceso responde a unas reglas y principios que son de tanta importancia, al menos, como puede serlo el que elemento determinante de la justicia de la sentencia es que se parta de un conocimiento real de los hechos. En el proceso, en tanto que serie de ordenada de actos sujeta a unos principios, no puede desconocerse, por ejemplo, que las alegaciones de hechos de las partes tienen que hacerse en momentos determinados en esa serie de actos, de modo que, precluida la posibilidad de alegar, no cabe ya hacer otras afirmaciones de hechos, o que las pruebas se proponen también en momentos procesales determinados. La preclusión en supuestos como los dichos no pueden verse como obstáculos al “descubrimiento” de la verdad, sino como elementos determinantes de principios básicos, tanto como la contradicción o la igualdad de las partes, y estos principios son tan irrenunciables como la base fáctica desde la que decidir ese mismo proceso.

⁹ Naturalmente con lo que decimos en el texto no guarda relación alguna la doctrina que distinguió entre clases de verdad con referencia a las clases de procesos. Se pasó a sostener que si en el proceso penal la función de la prueba debía seguir siendo la búsqueda de la verdad, que se calificó de material, en el proceso civil bastaba con una verdad que se llamó formal. Si el juzgador estaba jurídicamente limitado en la búsqueda de los hechos, el resultado de la actividad probatoria se admitió que no podía ser la “verdad verdadera”, sino simplemente una verdad jurídica, no basada en las leyes de la lógica sino fundada en las leyes jurídicas.

La distinción anterior es absurda pero fue sostenida por la doctrina (especialmente la alemana, puede verse FURNO, C., *Teoría de la prueba legal*, Madrid, 1954, traducción de González Collado, p. 22, nota 24) durante décadas y, sobre todo, permitió a los procesalistas penales diferenciar la prueba penal de la prueba civil. El mito de la verdad formal fue destruido por Carnelutti, simplemente evidenciando que la verdad no puede ser más que una, de modo que, o la verdad formal coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es sino una no verdad. CARNELUTTI, *La prueba civil*, 1.ª edición 1915, y 2.ª edición 1947, con un interesante apéndice de Giacomo P. Augenti; citamos ahora por *La prueba civil* (traducción de Alcalá-Zamora, sobre la edición italiana de 1947), 2.ª edición, Buenos Aires, 2000, p. 21, que recuerda que la expresión verdad formal se debe a Möser.

Todo esto indica, sin más, que la búsqueda de la verdad no puede ser la función última de la prueba civil, entre otras cosas porque realmente lo que persigue la jurisdicción en este proceso no es meramente declarar y además de modo absoluto la verdad de los hechos. La jurisdicción persigue la tutela de los derechos de las partes; la función de la jurisdicción por medio del proceso no consiste en declarar ciertos determinados hechos, sino la de tutelar derechos subjetivos, y ello debe hacerse conforme a una regulación del proceso en cuyo respeto está la propia esencia de la tutela.

2ª) Un modo inquisitivo de aplicar el Derecho, esto es, determinado por los principios de necesidad, oficialidad y de aportación judicial, en el que los hechos pueden ser aportados por el juez, el cual los investiga. Suele decirse que este sistema está posiblemente más cerca de la verdad, si bien esa afirmación es tan discutible como la de que el Tribunal de la Inquisición fue el más adecuado para lograr la verdad. Lo que sí es cierto es que ese “no proceso” no es ya garantía de la tutela de los derechos subjetivos de las personas, pasando a ser medio para asegurar el cumplimiento del Derecho objetivo.

En este caso ese “no proceso” inquisitivo se explica desde la persecución de un fin político (por ejemplo la construcción del socialismo) y de ahí que lo que importa en el mismo, no son los derechos de las partes, sino el cumplimiento de ese fin político. Naturalmente en esta manera de aplicar el Derecho objetivo no importan los principios ni las reglas conformadoras del proceso, y de ahí que el principio de contradicción no sea elemento determinante, aparte de que garantías fundamentales como la condición de tercero del juez y su imparcialidad desaparecen al carecer de sentido.

La contraposición de estos dos sistemas se ha pretendido presentar como opciones técnicas¹⁰, pero se trata claramente de opciones políticas, como veremos seguidamente. Con todo, ahora lo que importa es destacar que siendo la verificación de los hechos elemento trascendental en el proceso, pues sólo desde esa verificación puede hacerse efectiva la tutela de los derechos subjetivos de las personas, a la misma se debe llegar, no de cualquier manera, sino con los condicionamientos propios, primero de la jurisdicción y después del proceso, y de ahí la noción de certeza¹¹.

¹⁰ Así COMOGLIO, *Le prove civili*, 2.ª edición, Torino, 2004, pp. 17 y ss. En contra MONTELEONE, G., *Manuale di Diritto processuale civile*, I, 4.ª edición, Padova, 2007, pp. 267-272, para el que la inquisición judicial, sin dar garantía alguna de resultados más rápidos y mejores, es la expresión de un poder público autoritario en detrimento de las partes.

¹¹ A lo que decimos en el texto deberían añadirse otros elementos que conforman la manera de regular el proceso. Si en esa regulación se impone a las partes y a sus

II. Las funciones complementarias de la prueba

Relativizada la búsqueda de la verdad, la doctrina que considera que el proceso es garantía de la tutela de los derechos de las partes, no la autoritaria, se ha dividido en corrientes no muy bien perfiladas, en cuanto las diferencias entre unas y otras son de matiz, si bien cabe distinguir¹² entre:

1. Fijar hechos

Una cosa es la fijación de los hechos controvertidos u ordenación del uso de determinados procedimientos que sirven para establecer los hechos conforme a lo dispuesto en la ley. La ley regula una serie de mecanismos que el juzgador tiene que utilizar como sistemas únicos para llegar a la fijación de los hechos y esa fijación es la función de las normas probatorias. Se trata aquí de que, naturalmente, importa el resultado que se alcance con el proceso –el contenido de la sentencia–, pero también el cómo se llega a ese resultado; y si importante es lo primero, no menos es lo segundo. En otras palabras podría decirse que el fin –el contenido de la sentencia– no justifica los medios –el cómo se llega a la misma–.

No se está haciendo exclusivamente referencia entre esas reglas a las legales de valoración de la prueba, ni a las que determinan cuándo un hecho es controvertido. Incluso la prueba de los hechos controvertidos cuando se trata de la valoración libre debe practicarse conforme al sistema de la ley, y en ese sistema no es lo único determinante el descubrimiento de la verdad, sino que se trata de dejar establecidos formalmente los hechos de los que debe partirse en la sentencia.

Esas reglas son el resultado de pretender lograr la seguridad en la determinación de los hechos (utilizando las experiencias acumuladas para evitar errores) y hacerlo con economía en el esfuerzo (evitando la realización de

abogados los deberes de decir verdad y de colaborar con el juez en la búsqueda de la verdad, y además al juez se le dota de poderes de coerción, es obvio que se están disponiendo por el legislador medios que favorecen la verdad, pero también lo es que ello se hace a costa de las garantías procesales de las partes en el proceso; puede verse MONTERO, J., *Ideología y proceso civil. Su reflejo en la "buena fe procesal"*, en el ya citado volumen colectivo *Ideología y proceso civil*, con la bibliografía sobre la buena fe.

¹² Esta distinción efectuada ya en MONTERO, J., *La prueba en el proceso civil*, 1.ª edición, Madrid, 1996, pp. 27-29, y reiterada en ediciones y en obras posteriores (hasta 2012, la 7ª), es manejada luego críticamente por FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el Derecho*, cit., p. 73-77.

actos superfluos)¹³. Naturalmente nada impide que con los medios jurídicos de fijación de los hechos se llegue realmente a descubrir la verdad, lo que por otra parte debe ser lo normal¹⁴; lo que se dice en esta concepción es que la actividad probatoria se conforma con fijar los hechos necesariamente cumpliendo unas reglas jurídicas.

Los sistemas de fijación de los hechos no pueden calificarse de formalismo, por lo menos si se quiere distinguir entre la forma como garantía y el formalismo como degeneración de la forma hasta el extremo de convertirse en obstáculo a la garantía¹⁵.

2. Convencer al juez

Y otra cosa distinta es la convicción psicológica del juzgador, con lo que prueba es el conjunto de operaciones por medio de las que se trata de obtener el convencimiento del juez respecto a unos datos procesales determinados. Relativizada la pretensión de obtener la verdad, es decir, la realidad objetiva de los hechos, aparece la función de lograr otra realidad, si bien subjetiva, la convicción del juez. En este sentido decía **Chiovenda** que la función de probar se resuelve en “crear el convencimiento del juez sobre la existencia o la no existencia de hechos de importancia en el proceso”¹⁶.

Naturalmente esta concepción se ve obligada a negar o a quitar valor a elementos que vienen impuestos por la ley. Dada la existencia en todos los ordenamientos jurídico-procesales de medios de prueba con valor legal (siempre los documentos públicos y a veces los privados), afirmar que la función de la prueba es lograr la convicción del juez supone desconocer esas

¹³ Otra vez CARNELUTTI, *La prueba civil*, cit., p. 19.

¹⁴ DÖHRING, E., *La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba. Su práctica y apreciación*, Buenos Aires, 1972 (traduc. de Banzhaf), p. 6.

¹⁵ Ya decía MONTESQUIEU, *Lesprit des lois*, VI, 2, y XXIX, 1, que la forma es el precio de la seguridad, y después CHIOVENDA, G., *Las formas en la defensa judicial del derecho*, en “Ensayos de Derecho Procesal Civil”, II, Buenos Aires, 1949 (traducción de Sentís), p. 123 y ss.

¹⁶ CHIOVENDA, G., *Principios de derecho procesal civil*, II, cit., p. 281. En el mismo sentido MANDRIOLI, C., *Diritto processuale civile*, II, 15.ª edición, Torino, 2003, p. 170, si bien deja aclarado que esta definición se mantiene porque es la que se presta a críticas menores desde el lado de la relatividad de la verdad conseguible en el proceso. Por ello partiendo de esa relatividad, alude a la función demostrativa de la prueba en contra de la función persuasiva, lo que se pone en relación con la motivación de las decisiones judiciales.

reglas legales, y para ello se dice que las mismas son “un residuo histórico de viejas concepciones en trance de continua superación”¹⁷.

Por otra parte la convicción acaba por referirse a la probabilidad. La certeza se produce cuando la inteligencia manifiesta la realidad de una afirmación, pero la certeza absoluta sólo puede producirse en el campo de la física o de la matemática, no en el del proceso, en el que sólo cabe una certeza moral, que se resuelve en la convicción, en cuánto medida psicológica de la certeza¹⁸.

3. La certeza

Hoy no puede mantenerse una noción unilateral de la concepción de la prueba procesal por cuanto no cabe determinarla de modo absoluto, es decir, sin referencia a un determinado derecho positivo. Es cierto que en los últimos años se ha tratado imponer el criterio de que prueba equivale a convicción judicial e incluso a libre convencimiento¹⁹, pero parece claro que tal intento de imposición es inadmisibile. Se tratará, pues, de matizar como decimos a continuación.

Consciente el legislador de las dificultades en obtener la verdad metafísica y la física y de que el proceso no puede dejar de estar sujeto a principios y reglas conformadoras, algunos de las cuales responden a garantías procesales esenciales, reconduce la prueba a la certeza o, si prefiere a la existencia de

¹⁷ GUASP, J., *La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales*, primero en Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1945 y ahora en *Estudios Jurídicos*, Madrid, 1996, pág. 393. Para él “el fenómeno de la prueba tasada es un monstruo jurídico que debe estudiarse no en la fisiología sino en la teratología del derecho”, en pág. 428. En *Derecho procesal civil*, I, 3.ª edición, 2.ª reimpresión, Madrid, 1977, p. 321, que es su última obra general, define la prueba como “el acto o serie de actos procesales por los que se trate (sic) de convencer al Juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo”. Debe tenerse en cuenta que Guasp sólo puede entenderse si se advierte que antes había escrito un libro contra el derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso, titulado *Juez y hechos en el proceso civil (Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso)*, Barcelona, 1943, en el que en el fondo se trata de desconocer el principio dispositivo; en ese libro puede leerse que el principio dispositivo es “rutina mental” y se alaban las reformas de Alemania e Italia de los años propios del nazismo y del fascismo (pp. 2 y 3).

¹⁸ FURNO, *Teoría de la prueba legal*, cit., p. 26.

¹⁹ La situación ha llegado hasta tal extremo que CAVALLONE, B., *Forme del procedimento e funzione della prova (Ottant'anni dopo Chiovenda)*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2006, núm. 2, p. 425, puede decir que en la actualidad el principio del libre convencimiento del juez se pretende imponer como algo “sagrado” y que ponerlo en discusión en nombre de la legalidad de la prueba sería como volver a caer en la “barbarie medieval”

elementos suficientes en las actuaciones para tener por probadas las afirmaciones de hechos de las partes, si bien asume que esa certeza puede lograrse de varios modos:

- 1º) Excluye de la prueba las afirmaciones de hecho de las partes sobre las que existe conformidad entre ellas, lo que se hace atendiendo a la naturaleza dispositiva del derecho material a aplicar. Los hechos sobre los que partes están concordes existen para el juez y quedan excluidos de la prueba; y ello hasta el extremo de que si no existen hechos controvertidos ni si quiera se practica medio alguno de prueba.
- 2º) Atribuye consecuencias determinantes a los principios y a las reglas conformadoras del proceso, de modo que establece como valores irrenunciables algunos principios como el de legalidad. De este modo importa, sí, el resultado de la actividad probatoria, pero no importa menos el respeto a esos principios en la misma actividad.
- 3º) Establece algunas veces en la ley y de modo reglado el valor que el juzgador debe conceder a un determinado medio de prueba, en el sentido de que configura la certeza independientemente del criterio subjetivo del propio juez, y ello hasta el extremo de que cabría referirse a una “certeza objetiva”. Cuando la ley establece una norma de valoración lo que está diciendo es que, por ejemplo, la afirmación de hecho realizada por una parte que se ha verificado por un documento público ha de ser tenida como cierta por el juez; esto es, que de las actuaciones se desprende la necesidad de dar como probada una afirmación de hecho realizada por una parte y ello sin referencia a la convicción psicológica del juez.
- 4º) Otras veces dispone en la ley que el juzgador debe conceder a un medio de prueba el valor que estime oportuno, si bien siempre motivadamente, conforme a las reglas de la sana crítica (desde luego no discrecionalmente), con lo que la certeza se pone en relación con el convencimiento psicológico del mismo juez, pero en tanto pueda concluir que en las actuaciones existen suficientes elementos para que un hecho pueda darse como probado. En este caso cabría hablar de “certeza subjetiva”, siempre que no se olvidara que no se trata de que el juez pueda decidir “en conciencia”, pues la necesidad de motivar la sentencia ha de llevarle a exponer de modo razonado cómo ha llegado a formarse su convicción, partiendo en todo caso de los medios de prueba practicados.

De esta manera no se trata de volver, por un camino diferente, a la distinción entre verdad material y verdad formal, sino de considerar que sólo puede tenerse la certeza cuando desde las actuaciones, en las que se han respetado el principio de legalidad, pueda cualquier persona razonable concluir que se dieron

elementos suficientes para, por lo menos, poder decir que una afirmación de hecho puede ser tenida como probada; en sentido contrario, podría igualmente concluirse que una afirmación de hecho no debe tenerse por probada, independientemente de su correspondencia con la realidad, si en las actuaciones no existen los elementos que permiten llegar a la razonable conclusión de que esa afirmación está probada.

III. Las concepciones políticas totalitarias y la persecución obsesiva de la llamada verdad objetiva o material

Si con lo anterior hemos expuesto una síntesis de la que hemos llamado función de la prueba en su aspecto jurídico, no podemos olvidar que a lo largo del siglo XX se ha producido en el proceso civil una persecución de la que se ha llamado verdad objetiva o material, y persecución que llegó a convertirse en una obsesión ideológica. Los textos legislativos son en tal sentido muy expresivos, pero más que ellos lo importante es la base ideológica que los sustenta.

1. En el derecho socialista

El punto de partida teórico de esta concepción se encuentra a finales del siglo XIX y en Viena y se personifica en **Antón Menger**, profesor de derecho procesal civil y fundador del llamado “socialismo jurídico”. Menger aspiraba a que, transformados los derechos civiles privados en derechos administrativos, desapareciera la barrera más importante que separa hoy –decía– los procesos civil, penal y administrativo. Se trataba de que “las tres formas de procedimiento se fundirán en una sola, consistente esencialmente en una instrucción de oficio”²⁰.

Poco después se estaría ya ante la imposición práctica. Cuando **Lenin** decía que “no reconocemos nada privado; para nosotros todo el campo de la economía reviste carácter de derecho público y no de privado”²¹, estaba poniendo las bases

²⁰ Sobre Menger puede verse la biografía de J. L. MONEREO PÉREZ en *Juristas universales. 3. Juristas del siglo XIX*, Madrid, 2004, pp. 487-494; recordemos que fue el ordinario de procesal civil en Viena cuando Klein hacía sus reformas orgánicas y procesales. Las citas del texto provienen de MENGER, A., *Neue Staatslehre*, Jena, 1903, pero citamos por la traducción al francés de Milhaud, *L'Etat socialista*, Paris, 1904, p. 220; existe traducción española *El Estado socialista*, Barcelona, 1908. Debe verse PORCAR, V., *Il giudice como amministratore: Antón Menger*, en “L'Educazione Giuridica. VI-Modelli storici della procedura continentale” (direc. de Giuliani y Picardi), tomo I, Perugia, 1994, pp. 225 y ss.

²¹ La cita proviene de GURVICH, M., A., *Derecho procesal civil soviético*, México, 1971 (traducción de Lubán y revisión de H. Cuadra), p. 44.

políticas para la desaparición de los derechos subjetivos privados, de todos, pero especialmente de los económicos, y con ellos del proceso civil tal y como se había entendido hasta entonces. Naturalmente por ese camino la consideración fundamental acabó siendo la de que el proceso civil es un “fenómeno social de masas”²². Está claro que lo importante en esta concepción no es la tutela de los derechos de una persona concreta; lo importante es convertir al proceso en un medio al servicio de determinados fines estatales, fines políticos que debe cumplir también la función jurisdiccional.

Con ánimo de resumir los principios de ese proceso llamado socialista se identificaban con dos notas:

A) La verdad objetiva

La obtención de la verdad objetiva fue un principio esencial del derecho socialista, principio que respondía nada menos que a un postulado marxista-leninista²³,

²² Por ejemplo STALEV, *El Procedimiento Civil en los estados socialistas*, cit., p. 171. La misma concepción ideológica se encuentra, por raro que pueda parecer en estos tiempos, en un juez federal brasileño, CABRAL, Antonio do Passo, *Il principio del contraddittorio como diritto d'influenza e dovere di dibattito*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2005, 2, p. 453, ya citado. Según el Autor el derecho procesal (en general) ha abandonado hace mucho tiempo las esposas del individualismo consolidando la concepción publicista del proceso; siendo derecho público debe identificarse en el ejercicio de la actividad jurisdiccional el esfuerzo del Estado para realizar, por medio de la jurisdicción, algunos fines que le son propios y que preceden a los intereses de las partes: objetivos sociales y políticos, entre los que debe subrayarse el de asegurar la participación popular en el proceso; esto es, el proceso es un medio al servicio de determinados fines estatales y la función jurisdiccional es camino para alcanzar los fines políticos del Estado democrático (si cambiamos democrático por soviético, el discurso es exactamente el mismo). Por ello no puede extrañarse que el paso siguiente radique en sostener que el principio de contradicción debe entenderse también como un deber, lo que lleva a concluir que la participación colaboradora en las decisiones estatales que supone el principio justifica la represión de los comportamientos de mala fe o de los actos que ofendan a la dignidad de la justicia; “si participar está garantizado, la conducta debe ser ética, en consonancia con los objetivos estatales de la jurisdicción” (p. 460). Nunca está de más recordar con MONTELEONE, G., *Manuale di Diritto processuale civile*, 4.ª edición, I, Padova, 2007, p. 21, que instrumentalizar el proceso para cualquier fin significa adular profundamente la esencia de la función y conduce a la supresión del contradictorio y a la sujeción del juez, que cesa de ser un sujeto parcial e independiente para asumir el papel de marioneta cuyos hilos son manejados por otros sujetos.

²³ GURVICH, M. A., *Derecho procesal civil soviético*, México, 1971 (trad. de Lubán y revisión de H. Cuadra), p. 43, postulado que suele denominar de la cognoscibilidad, en el sentido de que todo hombre tiene la capacidad de reflejar en su conciencia los fenómenos del mundo objetivo; el hombre es capaz de conocer el mundo y la verdad.

aparte de que venía impuesto por su concepción de la función del juez y de su cumplimiento por medio del proceso²⁴.

El derecho socialista, por medio del principio de la verdad objetiva o material, imponía a los tribunales el deber de adoptar todas las medidas necesarias para esclarecer del modo más completo posible las circunstancias reales del asunto, las relaciones jurídicas entre las partes, sus derechos y obligaciones. El principio respondía claramente al interés del Estado en la realización del derecho objetivo y, desde luego, no atendía a la tutela de los derechos subjetivos de las personas. Lo importante era hacer efectivo el derecho tal y como había sido definido por el Estado, siendo todo lo demás accesorio²⁵.

Desde este principio de la búsqueda de la verdad material u objetiva se comprenden las facultades del juez, primero, respecto de la aportación de hechos y, luego, en materia probatoria. Si el Estado, y en este caso el juez como órgano o representante del Estado, tenía que conocer la verdad “verdadera” existente en las relaciones jurídicas entre los particulares, pues por medio del proceso no se trataba tanto de tutelar esos intereses particulares cuanto de hacer efectivo el derecho objetivo proclamado en la ley, las consecuencias tenían que ser: 1) el tribunal en su decisión no estaba limitado a los hechos alegados por las partes, de modo que en el logro del conocimiento de los hechos estaba interesado tanto el tribunal como la procuraduría y las varias organizaciones estatales y de representación de la sociedad soviética, todos los cuales podía y debían aportar hechos, y 2) el tribunal no debía conformarse con los medios de prueba propuestos por las partes siendo su deber acordar todas las pruebas de oficio que estimara oportunas y útiles para lograr el conocimiento de la llamada verdad objetiva²⁶.

Más directamente debería verse LENIN, *Materialismo y empiríocritismo: Notas críticas sobre una filosofía reaccionaria*, Barcelona, 1975.

²⁴ Deben verse TROUSSOV, A., *Introduction à la théorie de la preuve judiciaire*, Moscú, s.d, pero 1965, traduc. de Piatigorski; GWIAZDOMORSKI y CIESLAK, *La preuve judiciaire dans les pays socialistes à l'époque contemporaine*, en el volumen *La preuve*, Bruxelles, 1963, en «Recueils de la Société Jean Bodin, XIX», pp. 69 y ss.; CERRONI, U., *El pensamiento jurídico soviético*, Madrid, 1977, traduc. de Zapatero y De la Rocha, pp. 243 y ss. También sería útil VISHINSKI, A., *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, 1951, pp. 178 y ss.

²⁵ Por ello no puede extrañarse de que en algunos países socialistas el principio de la verdad objetiva en el proceso llegara a aparecer en la Constitución, por ejemplo en la Constitución Checoslovaca de 1960 se decía en el artículo 107: “Los tribunales realizarán en proceso de modo tal que se conozca el estado real de las cosas sobre las cuales deliberan”.

²⁶ KELLNER, H., *Introduzione a la Ordinanza della procedura civile della Repubblica Democratica Tedesca*, 1975, Milano, 2004, en el volumen X de “Testi e documenti per la Storia del Processo”, dirigidos por Picardi y Giuliani (el trabajo de Kellner se escribió

El principio de la verdad objetiva debía llevar a la consecuencia de que el juez podía o, mejor, debía, adoptar todas las medidas tendentes al esclarecimiento total de las circunstancias del asunto, incluido naturalmente acordar medios de prueba de oficio. No se trataba de una facultad, se trataba de un deber, y la finalidad no era propiamente la tutela de los derechos del particular (los cuales en esta concepción tenían importancia secundaria, si es que puede decirse que existían), sino la defensa del derecho objetivo, el cual debía aplicarse siempre que se estuviera ante un supuesto de hecho de los previstos en general en la norma²⁷.

Naturalmente en este contexto el juez no es un tercero entre las partes y tampoco puede considerarse imparcial, por lo que a la postre no ejerce propiamente jurisdicción, por lo menos tal y como la entendemos en el mundo occidental. El juez es un funcionario del Estado al que se confía una especie de actos de jurisdicción voluntaria, actos por medio de los que aplicará el derecho objetivo, sin importar ni lo que las partes aleguen, ni los intereses que quieran defender.

B) La colaboración del juez y las partes

Una de las constantes en la doctrina comunista sobre el proceso civil es la idea relativa a que ese proceso no se presenta como una suerte de contienda

en los años ochenta del siglo XX). También puede tener interés CAPPELLETTI, M., *El proceso civil en el derecho comparado*, Buenos Aires, 1973 (traducción de Sentís).

²⁷ En este sentido por ejemplo se puede leer en los *Principios (o Bases) fundamentales del procedimiento civil de la URSS y de las Repúblicas Federadas*, de 1961:

1) Principio 16.º: Declaración de los hechos de la causa, de los derechos y de las obligaciones de las partes: el juez, sin limitación alguna e independientemente del material llevado al proceso y de las declaraciones prestadas por las partes, adopta todas las medidas previstas por la ley a fin de alcanzar un completo, minucioso y objetivo conocimiento de los hechos de la causa, además de los derechos y obligaciones de las partes. El juez debe instruir a las personas que intervienen en el proceso de sus derechos y obligaciones.

2) Principio 18.º: Carga de la prueba y obligación de practicar los medios de prueba: después de decir que los medios de prueba deben ser propuestos por las partes “y las demás personas que intervienen en el proceso”, añade: “Si las pruebas propuestas resultan insuficientes, el juez ordena a las partes y a las otras personas que intervienen en el proceso proporcionar otros medios de prueba o los acuerda de oficio”.

Después debe estarse al *Código de procedimiento civil de República Socialista Federal Soviética de Rusia*, de 1964, en el que los principios anteriores se transcriben literalmente. Estos dos cuerpos legales pueden verse en *Codice di procedura civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia*, Milano, 2004, en el volumen IX de “Testi e documenti per la Storia del Processo”, dirigidos por Picardi y Giuliani, y ya antes citado.

entre partes, no es ya una lucha entre ellas, sino que la búsqueda de la verdad material se resuelve en un principio que puede denominarse de colaboración entre todos los que intervienen en el proceso, y así se habla de una “confiada colaboración entre el juez y las partes”²⁸. De este modo se destacan:

- 1º) El deber del juez de asesorar a las partes sobre los derechos y obligaciones que les corresponden, lo que supone también la necesidad de estimular la actividad procesal de las partes y realmente de todos los demás que intervienen en el proceso, llegándose a hablar de una suerte de funciones asistenciales encomendadas al juez que deben operar incluso cuando las partes comparecen asistidas por abogado²⁹.
- 2º) Correlativamente el deber de las partes, no ya de aportar los hechos al proceso informando al juez, sino de hacerlo sin esconder hecho alguno y haciéndolo siempre de manera veraz, de modo que han de llevar al proceso todo aquello de lo que tienen conocimiento. Se trata un deber de veracidad e integridad, de más alcance que el deber de lealtad y probidad³⁰.

Ha sostenido Taruffo que esta concepción debe referirse a un contexto ideológico y filosófico absolutamente peculiar, aunque determinó la ortodoxia de la cultura procesalista de los países socialistas, si bien no merece hoy más que una mención, que se justifica sólo por exigencias de plenitud historiográfica³¹. Ahora bien, no debería olvidarse que algunos de sus aspectos (por ejemplo el de la prueba de oficio o los deberes de buena fe y de veracidad) se siguen soste-

²⁸ Por ejemplo KELLNER, *Introduzione*, cit., p. XLIX.

²⁹ Puede verse por ejemplo STALEV, *El proceso civil en los Estados socialistas*, cit., p. 195. Según el artículo 2 (2) del que se llamaba Código de Procedimiento Civil de la República Democrática Alemana, de 1975: “Los tribunales tienen el deber de aclarar, declarar en forma veraz y decidir, según las normas de derecho, en un proceso concentrado y rápido, los hechos relevantes para el juicio”. Y artículo 2 (3): “Los tribunales deben indicar a los que participan en el proceso sus respectivos derechos y obligaciones, para la efectividad de los mismos”. Este cuerpo legal puede verse en *Ordinanza della procedura civile della Repubblica Democratica Tedesca*, 1975, Milano, 2004, en el volumen X de “Testi e documenti per la Storia del Processo”, dirigidos por Picardi y Giuliani, ya antes citado.

³⁰ Según el artículo 3 (“Derechos y obligaciones de las partes”) (1) del Código de Procedimiento Civil de la República Democrática Alemana, de 1975: “... Las partes tienen el derecho y el deber de participar en el proceso y, especialmente, de colaborar para la declaración de la situación de hecho. Sus respectivas declaraciones y deposiciones deben ser competas y veraces”.

³¹ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 58-59.

niendo en construcciones teóricas y se pide su inclusión en códigos concretos, sin que se aclaren cuáles son las bases ideológicas de unas y de otros.

Nos parece muy razonable exigir, por lo menos, que se pongan de manifiesto cuáles son las bases ideológicas de quienes sostienen aquellas construcciones y de quienes insisten en la inclusión en los códigos. No cabe seguir sosteniendo que se trata de meras cuestiones técnicas.

2. En las concepciones fascistas

También en Viena, y también a finales del siglo XIX, encontramos a **Franz Klein** que es nombrado en 1891 jefe de sección del Ministerio de Justicia y que pone en marcha las “leyes de la justicia”³². Entre las varias leyes que impulsó, después ya como ministro, la que nos importa es la Ordenanza Procesal Civil, que será aprobada en 1895³³ y entrará en vigor el 1 de enero 1898³⁴. En la década final del siglo XIX gobernaba el imperio austro húngaro **Francisco José I de Habsburgo** (como Emperador de Austria y Rey de Hungría). No hay parecido alguno entre ese sistema político y la democracia liberal.

Curiosamente también para Klein el proceso se ha convertido en un fenómeno social de masas o en una de las instituciones sociales del Estado³⁵;

³² Sobre Klein puede verse la biografía de W. BRAUNEDER en *Juristas universales. 3. Juristas del siglo XIX*, Madrid, 2004, pp. 647-650.

³³ En estos años Antón Menger era el ordinario de procesal civil en Viena y justo en el año 1895 se le elevó a la dignidad académica más elevada; MONEREO, *Antón Menger*, cit., pp. 488, sin olvidar que, a pesar de lo que dice el biógrafo, la posición de Menger no es, desde luego, ni liberal ni democrática.

³⁴ Puede verse ahora *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe. 1895*, que es el núm. VIII de la colección Testi e documenti per la storia del processo, dirigida por Picardi y Giuliani, Milano, 2004, con la Introducción de W. H. Rechberger y G. E. Kodek (pp. IX-XXXV) y la de C. Consolo, esta titulada *Il duplice volto della “buona” giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore* (pp. XXXVII-LXV).

³⁵ La obra de referencia de esta concepción es la de KLEIN, F., *Materialen zu den neuen österreichischen Civilprozessgesetzen*, Viena, 1897. Sobre ella puede verse FAIRÉN, V., *El proyecto de Ordenanza Procesal Civil austriaca visto por Franz Klein*, en “Estudios de Derecho Procesal”, Madrid, 1955, pp. 301 y ss. Klein llegaba a hablar de proceso civil como una “institución de beneficencia” o de un instituto dirigido a promover el bienestar colectivo, y de ahí consiguientemente de la función asistencial del juez. Es evidente aquí la influencia de Menger; éste consideraba que el juez no debía ser un tercero imparcial, pues debía asegurar la asistencia y la instrucción de la parte más débil, y en la misma línea Klein habla del proceso como medio para la educación y el bienestar social (así PORCAR, *Il giudice como amministratore: Antón Menger*, en “L’Educazione Giuridica. VI”, tomo I, cit., p. 231).

el proceso es un mal social y, por tanto, el interés del Estado es terminarlo cuando antes y al menor coste posible³⁶. Éstas son las bases ideológicas de Klein, para el que el proceso debía entenderse como una especie de procedimiento administrativo en el que se tutelan, desde luego los intereses individuales, pero también y especialmente los sociales³⁷. En este contexto uno de los elementos definidores de ese proceso es el refuerzo de los poderes del juez, el cual no puede seguir siendo un mero contemplador de la contienda, puesto que debe proteger no sólo al individuo, sino también al Ordenamiento jurídico al servicio de la comunidad³⁸, lo que incluye el acordar pruebas de oficio³⁹.

El juez no se limita a juzgar, es el gestor (administrador) del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar, no sólo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad⁴⁰.

³⁶ Así SPRUNG, R., *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1979, p. 38. También CIPRIANI, F., *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1995, después publicado en *Idelogie e modelli del processo civile. Saggi*, Napoli, 1997 y, por fin, en *Batallas por la justicia civil*, Lima, 2003 (traducción de Ariano); cito por esta última publicación, y en ella p. 65. También puede verse PARRA QUIJANO, J., *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá, 2004, pp. 39 y ss.

³⁷ Otra vez SPRUNG, *Le basi del diritto*, cit., p. 36.

³⁸ En este sentido FASCHING, ponencia nacional austriaca citada por FAIRÉN, *Los procesos europeos desde Finlandia hasta Grecia (1990-1975)*, en "LXXI años de evolución jurídica en el mundo", México, 1978, p. 28. Después en Introducción de W. H. RECHBERGER y G. E. KODEK (p. XXVII) a la *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe. 1895*, antes citada puede leerse que la Ordenanza está sujeta a un "principio inquisitivo atenuado" y que el proceso civil austriaco se caracteriza "principalmente por la llamada iniciativa oficial del juez".

³⁹ Para GOLDSCHMIDT, J., *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1936 (trad. de Prieto Castro y notas de Alcalá-Zamora), p. 40, en la ZPO austriaca "la reunión de los elementos de juicio se obtiene por la colaboración del juez con las partes, gracias a una feliz fusión del principio dispositivo y el oficial o intuitivo", aparte de la posibilidad de acordar pruebas de oficio y de las imposición de deberes u obligaciones (no queda claro) a las partes.

⁴⁰ FAIRÉN, *El proyecto de Ordenanza Procesal Civil...*, cit., pp. 315-6: "Es lamentable, decía Klein, que en determinado porcentaje las sentencias, contrastadas con la realidad de los hechos, vengan a resultar injustas o defectuosas"; ello ocurre en muchos casos por falta de diligencia; en otros por haberse visto obligado el juez diligente a fallar, a pesar suyo, sobre la base de hechos injustos, inciertos, dudosos. Por esto Klein aumenta los poderes del juez, el cual puede completar el proceso en lo que haga falta, es decir, puede acordar cuantos medios de prueba estime oportunos.

A) Alemania y el nazismo

La Ordenanza Procesal Civil de 1877 puede considerarse liberal⁴¹ y llegada la época del nazismo, aunque no se realizó una nueva Ordenanza, sí se ha sostenido⁴² que el común denominador de todas sus elaboraciones del régimen político fue la tiránica acentuación del criterio colectivista de la ‘comunidad de pueblo’⁴³, que llevaba a pretender, entre otras cosas la exaltación de la figura del juez, el cual, por otro lado, se convirtió en dependiente del poder nazi; como decía el ministro de Justicia, **Hans Frank**, el juez debe ser siempre consciente de que “en razón de su posición predominante en la aplicación del derecho, no puede jamás ir contra los principios del programa político nacionalsocialista y de su ideología”⁴⁴.

La concepción del proceso civil, no la extrema que quiso convertirlo en mera jurisdicción voluntaria⁴⁵, sino la menos radical de **Hans Otto de Boor**⁴⁶, sostuvo: “Que a nosotros, en el Tercer *Reich*, no nos sirve para nada un proceso de

⁴¹ Para LEIBLE, S., *Proceso civil alemán*, Medellín, 1999, pp. 64-65, la ZPO de 1877, influenciada por la codificación napoleónica, estaba “acuñada totalmente por una concepción liberal del Estado”, de modo que la ley era el reglamento de la lucha entre las partes, en la que éstas asumían su responsabilidad siendo el juez un tercero neutral. Ya GOLDSCHMIDT, James, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1936 (trad. de Prieto-Castro y notas de Alcalá-Zamora), p. X, había dicho que el proceso alemán era un “vestido liberal del siglo XIX al que se han cosido muchos remiendos redivivos de los tiempos pasados”.

⁴² BÖHM, P., *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2004, núm. 2, pp. 623 y ss. (el trabajo es de 1990, y apareció publicado en el volumen colectivo *Nationalsozialismus und Recht*, Viena, 1990).

⁴³ En materia penal esa “comunidad del pueblo” dio lugar a la legislación sobre los “extraños a la comunidad”, y un ejemplo puede verse en MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudio sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, 4.ª edición, Valencia, 2003.

⁴⁴ Citado por BÖHM, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., pp. 629-630.

⁴⁵ BAUMBACH, A., *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit* (Proceso civil y jurisdicción voluntaria), en Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht, 1938, pp. 583 y ss; luego en 941, pp. 31 y 49, y en 1942, p. 49. Para su exposición y crítica en Italia CALAMANDREI, P., *Abolizione del processo civile?*, en Rivista di Diritto Processuale Civile, 1938, I, pp. 336-340, y luego en *Opere giuridiche*, I, Napoli, pp. 387-390; y en España PRIETO CASTRO, L., *Revisión de los conceptos básicos de derecho procesal*, en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, II, Madrid, 1950, pp. 665-669. Últimamente ha sido recordada por CAPONI, R., *I poteri probatorie delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, en “Prove nel processo civile”, Atti del XXV Convegno Nazionale, en Quaderni dell’Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile (Cagliari, 7-8 ottobre-2005), Milano, 2007.

inspiración y características liberales es cosa totalmente evidente, sobre la que no debe darse ni siquiera una explicación”. Se negaba, pues, la concepción del juez como sujeto neutral que asiste a la lucha entre dos personas; era necesario un juez que “tutele los intereses de la comunidad del pueblo de modo extremadamente activo”. Ese juez tampoco tutelaba los derechos subjetivos de los ciudadanos, pues su función consistía en llevar a debido efecto en la práctica el Derecho objetivo, el cual era expresión de la ideología nazi.

En la Exposición de Motivos de la Ley de 1933, de modificación del procedimiento civil, se decía: “Las partes y sus representantes deben ser concedores de que la jurisdicción no las sirve sólo a ellas, sino que, sirve antes y principalmente, a la actuación de la paz jurídica de toda la comunidad”. Más aún, se trataba, como dice **Böhm**, de que las disposiciones programáticas de la Ley de 1933 imponían al juez una ‘rigurosa dirección del proceso’, ‘el efectivo descubrimiento de la verdad’ y una disciplina del procedimiento ‘dinámica’, ‘comprensible’ y ‘auténticamente popular’⁴⁷.

Mayor incidencia tuvo todavía la Ley de 15 de julio de 1941, sobre la participación el Ministerio Público en las controversias civiles. Con ella el Fiscal asumía en todos los procesos civiles, más o menos como el Fiscal soviético, la posición de pretendida parte imparcial, con poder para alegar hechos y para proponer pruebas; de esta manera el principio de aportación venía completamente alterado, siendo un primer paso en el camino de la imposición del principio inquisitivo en el proceso civil. Se trataba de sacrificar la estructura bilateral de este proceso y por eso la Ley fue calificada de “giro crucial” o de “vuelta de tuerca” en la evolución del derecho.

B) Italia y el fascismo

La concepción del proceso civil del fascismo italiano es la que se expresa en la *Relazione* (Exposición de Motivos) del Código procesal civil de 1940, obra de **Piero Calamandrei** que firma **Dino Grandi**, el ministro de Justicia⁴⁸. Sin grandes profundidades en esa Exposición se encuentra:

⁴⁶ La síntesis de DE BOOR puede verse en BÖHM, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., pp. 631-633; se trata del artículo de aquél publicado también en la *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1938, pp. 834 y ss. y titulado *Die Funktion des Zivilprozesses* (La función del proceso civil).

⁴⁷ BÖHM, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., p. 639.

⁴⁸ Estamos haciendo referencia a la *Relazione* o Exposición de Motivos que precede al Código, que fue redactada por Calamandrei y firmada por el ministro Dino Grandi. La *Relazione al Re* había sido olvidada, después de no haber sido publicada desde 1943, y así CIPRIANI, D’ELIA e IMPAGNATIELLO, *Codice di procedura civile con la Relazione*

- a) El nuevo Código se basaba en un condicionamiento político; si el Código anterior, el de 1865, era expresión de los intereses individuales que estaban en la base del Estado liberal, el Código de 1940 quería ser expresión del Estado fascista. Para éste el proceso civil no es sólo la lucha entre intereses privados, es también instrumento para asegurar que las normas dictadas por ese Estado son cumplidas (“2.- Los factores históricos de la reforma”).
- b) Uno de los puntos fundamentales del Código de 1940 fue el aumento de los poderes del juez (“8.- El juez y la ley”), que se calificó de “directiva fundamental de la reforma”, pero ello debe entenderse dentro del “renovado concepto de la dignidad y de la autoridad del Estado fascista y de sus órganos”⁴⁹ (“12.- Refuerzo de los poderes del juez para la dirección del proceso”)⁵⁰.

al Re, cit., pero es evidente que expresa políticamente lo que el Código desarrolla en sus artículos. Últimamente parte de la doctrina italiana está llegando al extremo de imputar a quien cita esta *Relazione* una especie de mala fe argumentativa a la hora de atender a la ideología propia del *Codice*, de manera que pareciera como si pretendiera negar la existencia de la misma (sólo por ejemplo CHIARLONI, S., *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, p. 154). La situación ha llegado hasta el extremo de pudiera ser este el momento de empezar a creer en los milagros; o por lo menos de creer en que la Italia fascista de 1940 se produjo uno: el *Codice* de 1940 a pesar de todo es liberal y democrático. ¡Milagro! Falta por saber a quién debemos achacarlo para instar el inicio de su proceso de beatificación.

⁴⁹ No debería ser necesario tener que recordar que el propio CALAMANDREI, en la *Avvertenza* a la primera edición de las *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte prima*, Padova, 1941, p. X dijo: “Una de las mayores virtudes del nuevo Código, quizá su más apreciable novedad, es su adecuación histórica: la consciencia que el legislador ha tenido de la posición que la justicia ocupa en el Estado y de la necesidad de considerar también las instituciones judiciales como expresión de un cierto clima histórico, no ajenas a la realidad social, sino teniendo sus raíces bien hundidas en el terreno político de su propio tiempo” (en la segunda edición de 1943, aunque su *Avvertenza* se fecha en diciembre de 1942, se reitera en p. XI). Resulta de esta manera algo aparentemente extraño pero que, bien pensadas las cosas, no lo es; algunos primero niegan sin más que el Código sea fascista para poder, luego, defender lo mismo que ha sostenido el Código, y al final resulta que los que vemos (sin ser ni negros ni palafreneros) que el Rey va desnudo (JUAN MANUEL, *Conde Lucanor*, 1335, Cuento XXII, Lo que sucedió a un rey con los burladores que hicieron el paño), esto es, que el Código solo puede ser fascista y que lo es podemos acabar siendo acusados de “revisionistas”.

⁵⁰ Este conjunto de caracteres que determinan lo que es un Código fascista tiene una explicación doctrinal de altura en el Capítulo Tercero de las *Istituzioni* de CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte prima*, Padova, 1941, pp. 233 y ss. En ese Capítulo es necesario leer los parágrafos 57, sobre el principio de autoridad en el proceso, 59, sobre el principio dispositivo, pero especialmente en la parte atinente a la iniciativa probatoria del juez, y el 61, sobre el reforzamiento del deber cívico de colaboración con la justicia. Las diferencias son muy apreciables en la

Desde esas consideraciones luego el Código dedicó un Título (el V del Libro I) a “De los poderes del juez” y, sobre todo en materia de prueba se le atribuyeron poderes de oficio: 1) Acordar en cualquier momento del proceso el interrogatorio de las partes (art. 117), 2) Acordar el reconocimiento de personas (partes y terceros) y de cosas (art. 118), 3) Diferir el juramento supletorio (arts. 240 y 241 CPC y 2736 CC), 4) Formular al testigo todas las preguntas que estime útiles para esclarecer los hechos (art. 353), 5) Decretar careos (art. 254), 6) Llamar como testigos a personas cuyo nombre se ha conocido por la declaración de otro testigo (art. 257), etc., y sin olvidar que en el proceso de trabajo el artículo 421 permite al juez acordar cualquier medio de prueba y en cualquier momento⁵¹.

C) España y los hechos en el proceso de Guasp

En este epígrafe podríamos hacer mención también de Portugal y de su *Código de Processo Civil* de 1939, junto con la obra de **José Alberto dos Reis**⁵², del Código brasileiro de **Alfredo Bouzaid** de 1973, pero no es del caso ahora ir examinando códigos de otros países más o menos de la misma época, esto es, de antes o incluso después de la II Guerra Mundial⁵³.

comparación con la obra de CARNELUTTI, F., *Instituciones del Nuevo proceso civil italiano*, Barcelona, 1942 (traducción de Guasp).

⁵¹ Una síntesis puede verse hoy, por ejemplo, en CONTE, M., *Le prove nel processo civile*, Milano, 2002, pp. 31-32.

⁵² MENDONÇA, L. C. de, *Direito processual civil. As origens em José Alberto dos Reis*, Lisboa, 2002, y *80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português*, en el volumen “Proceso civil e ideología” (coord. Montero), Valencia, 2006, pp. 381 y ss., *O pensamento de Franco Cipriani sobre a justiça civil*, en Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2005, núm. 2, pp. 65-125.

⁵³ No es fácil resistirse a dejar constancia de lo dispuesto en el artículo 481 del Código portugués de 1939, en el que se asume la reforma introducida por el Decreto Ley de 22 de septiembre de 1926: El juez debe rechazar la demanda: “d) Cuando la injusticia de la pretensión del actor es tan evidente que resulte inútil cualquier instrucción de la causa”. Esta innovación fue calificada de “auténtica revolución” por su ideólogo, J. A. DOS REIS, *O novo Código de Processo Civil Português*, en Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, suplemento VI, 1945, p. 343, citado por MENDONÇA, *Direito processual civil*, cit., p. 156; pero también debería verse DOS REIS, *La riforma del processo civile portoghese*, en Rivista di Diritto Processuale, 1930, I. Por cierto que esta “revolución” salazarista ha sido asumida en el artículo 427 del Código Procesal Civil de Perú de 1993 y es necesario ver que la sostiene MONROY GÁLVEZ, J., *Introducción al proceso civil*, tomo I, Bogotá, 1996; la cita obligada aquí es la de ARIANO DEHO, E., ¿Diez años de eugenesia procesal? Los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil, en “Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional”, Lima, Universidad de Lima, 2003, pp. 119-135.

Algún día habrá que comparar la ideología procesal franquista (si es que la tuvo) con la nazi, la fascista y el salazarismo portugués para advertir similitudes y diferencias, pero de momento baste dar cuenta de que en la España franquista no hubo alteraciones de trascendencia en el proceso civil.

A pesar de lo anterior, no me resisto a recordar el pensamiento de **Jaime Guasp**⁵⁴, que se expresa en su libro *Juez y hechos en el proceso civil*, de 1943, pensamiento que debe entenderse inmerso en la concepción fascista del proceso⁵⁵. No se trata ahora de pretender rehacer todo ese pensamiento, sino simplemente de recordar que para Guasp la tendencia a aumentar los poderes del juez, tal y como se estaba registrando en Alemania y en Italia (que calificaba de “modernas corrientes”) formaba parte de la reforma radical que precisaba la justicia civil, reforma del principio dispositivo al que se oponía la “rutina mental”, llegando a sostener que el aforismo *secundum allegata et probata partium, iudex iudicare debet*, que en España se había convertido en un dogma jurídico, se explicaba por el entronque de nuestro sistema con las prácticas medievales⁵⁶; naturalmente, el paso siguiente es la pretensión de que un futuro código tenía que superar esa vieja concepción.

En síntesis, parece evidente que las concepciones fascistas parten ideológicamente de algún matiz de diferencia con la concepción socialista, pero en los dos casos se trata de la búsqueda de la verdad llamada material, no para la tutela de los derechos de los ciudadanos, es decir, del interés individual, sino para llevar a debido efecto lo que el Estado ha decidido que es el interés general al plasmarlo en el derecho objetivo; éste debe imponerse siempre y por ello en los dos casos el juez no es ni tercero ni imparcial entre dos partes parciales.

⁵⁴ Por el contrario sí me resisto a citar en el texto a M. FENECH y su *La posición del Juez en el Nuevo Estado*, Madrid, 1941, por mucho que el prólogo de ese libro sea de Guasp.

⁵⁵ GUASP, J., *Juez y hechos en el proceso civil (Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso)*, Barcelona, 1943, publicado ahora también en *Estudios jurídicos*, cit., pp. 279-390.

⁵⁶ Lo que en el libro *Juez y hechos en el proceso civil* eran “prácticas medievales”, luego en el manual *Derecho procesal civil*, cito la 3.ª edición, 2.ª reimpresión, Madrid, 1977, pp. 316-317, eran “ordenamientos primitivos de la institución procesal”; es decir, para Guasp, no ya en la obra de 1940 sino hasta el final de su vida, “la exclusividad legal de la actividad de alegación a cargo de las partes, según la cual, a tenor del viejo aforismo: *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, no es sino una arcaica reminiscencia de ordenamientos primitivos de la institución procesal. La finalidad característica del proceso no quedaría desnaturalizada aunque se atribuyera al juez la posibilidad de aportar datos al proceso, siempre que se mantuviera en vigor y radicalmente escindida la distinción entre la pretensión procesal, con sus elementos, y las meras alegaciones, o instrumentos que garantizan la exactitud lógica del fallo”.

IV. La asunción de una u otra concepción

En la segunda mitad del siglo XX se han producido dos fenómenos concurrentes. Por un lado hemos visto la relativización de la verdad a la hora de fijar la función del proceso civil, pero por otro la verdad objetiva se ha convertido políticamente en el fin del proceso civil y, por lo mismo, en la función esencial de la prueba. Se trata obviamente de algo que puede parecer pero que no es contradictorio, si bien tiene que llevarnos a cuestionar qué está detrás de códigos aparentemente poco politizados⁵⁷.

Por ejemplo, en el Código Procesal Civil, Modelo para Iberoamérica, se dispone entre las facultades del tribunal, la de “ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes” (art. 33, 4º) y luego, entre sus deberes, se refiere a “emplear las facultades y poderes que le concede el Código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes” (art. 34.2), bien entendido que el incumplimiento de estos deberes le hará incurrir en responsabilidad.

La persecución de la pretendida verdad es mucho más grave de lo que pudiera parecer. Una cosa es partir del presupuesto de que, aun con las limitaciones antes dichas, lo normal es que en los procesos civiles se logre “la verdad” de cómo sucedieron los hechos, puesto que las limitaciones operarán de modo no general, sino en procesos concretos, y otra muy diferente que se entienda que la “justicia” del caso concreto sólo se logra si se alcanza la “verdad objetiva”, pues entonces la tentación lleva a desconocer principios esenciales en el proceso civil, como los principios dispositivo y de contradicción.

⁵⁷ Decía DENTI, V., *La evolución del derecho de las pruebas en los procesos civiles contemporáneos*, en *Estudios de derecho probatorio* (traducción de Sentís y Banzhaf), Buenos Aires, 1974, p. 152, que la concepción del proceso como *adversary system* respondía a una concepción liberal y democrática (en el sentido occidental) de la sociedad civil, pero que la caída de esos valores, bien como fin en sí mismos (caso de los regímenes dictatoriales fascistas), bien por valores de justicia (caso de los regímenes socialistas), lleva inevitablemente a la atenuación de la iniciativa de las partes y a la afirmación de los poderes del juez.

Si dejamos a un lado las expresiones claramente sectarias de Denti (como decir que la caída de la libertad y de la democracia en los países socialistas responde a una idea superior de justicia), es evidente que para el antiguo profesor de Pavía la atenuación de la iniciativa de las partes y el aumento de los poderes del juez responde a bases sin duda políticas y precisamente de contenidos muy determinados. Por eso causa extrañeza que su sucesor en la cátedra llegue a negar conexión alguna entre el aumento de los poderes probatorios del juez y los regímenes políticos autoritarios y antidemocráticos (así TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., pp. 468 y ss.).

Hoy es difícil que alguien sostenga de modo abierto el principio de la verdad objetiva, por lo menos en su derivación de la doctrina marxista-leninista de que el hombre es capaz de conocer el mundo y la verdad, por lo que no pueden ponerse barreras al conocimiento, ni es imaginable que se siga sosteniendo que la verdad supone coordinación entre las declaraciones y la realidad objetiva, bien entendido que esa verdad no se identifica con la verdad absoluta, y aquí con cita de Engels; tampoco se atrevería nadie a sostener que el logro de esa verdad objetiva está por encima de los principios dispositivo (manifestación de los inexistentes derechos privados de naturaleza económica) y de contradicción (calificado de expresión hipócrita del interés de la clase dominante). De la misma manera no será fácil encontrar quien defienda que la verdad material, con el aumento de los poderes que implica, se justifica con referencia al “renovado concepto de la dignidad y de la autoridad del Estado fascista y de sus órganos”.

Nadie se suma hoy a estas dos bases ideológicas de modo claro, pero el caso es que siguen registrándose manifestaciones doctrinales y prácticas en las que se defiende que la prueba debe perseguir la verdad objetiva o material y de que con ese fin el juez debe poder acordar pruebas de oficio, y sería conveniente que se explicara públicamente cuáles son sus bases ideológicas de partida⁵⁸.

⁵⁸ No se ponen de manifiesto las bases ideológicas sino que, antes al contrario, se esconden, cuando (así TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., pp. 476-477), partiendo de decir que se opta por un sistema en el que importa la calidad de la decisión que cierra el proceso, la cual debe basarse en una declaración verdadera de los hechos de la causa, que es algo que cualquier persona está dispuesta a afirmar y a hacer suyo por ser algo evidente (siempre que se matice recordando que existen límites constitucionales y legales en la verificación de los hechos), se pasa a sostener que para conseguir esa finalidad se necesita que el juez “pueda integrar las iniciativas probatorias de las partes cuando estas aparezcan insuficientes o inadecuadas para permitir la aportación de todos las pruebas que sean necesarias para dictar una decisión que declare la verdad de los hechos”. Las bases ideológicas sí aparecen, aunque sea veladamente, cuando se sostiene seguidamente por Taruffo que: 1) En todos los procesos hay siempre una parte que no tiene interés en que se descubra la verdad, y 2) En todos los procesos los abogados no persiguen una búsqueda imparcial y desinteresada de la verdad, sino que tienen interés en resaltar la versión de los hechos que más conviene a su cliente. Aquí ya es manifiesto que se está partiendo de una manera claramente ideológica de negar dos elementos esenciales en las bases de la civilización occidental, pues lo que se está diciendo es que: 1) Los ciudadanos no pueden tener en todo caso el derecho de defender en juicio lo que estiman que es su derecho, y 2) Los abogados, que se consideran elementos perturbadores de la “justicia”, no deberían actuar como defensores de esos derechos.

Quienes parten de sostener estas dos consideraciones no necesitan decir nada más para evidenciar cuáles son sus bases ideológicas.

Referencias bibliográficas

GURVICH, M. A., *Derecho procesal civil soviético*, México, 1971 (trad. de Lubán y revisión de H. Cuadra), p. 43.

BAUMBACH, A., *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit* (Proceso civil y jurisdicción voluntaria).

BÖHM, P., *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2004, núm. 2.

BONNIER, E., *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, I, 5.^a edición, Madrid, 1928 (traducción de De Vicente y Caravantes, del que la 1.^a edición es de 1869, y notas de Rives Martí).

CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte Prima*, Padova, 1941.

CALAMANDREI, P., *Abolizione del processo civile?*, en Rivista di Diritto Processuale Civile, 1938, I, pp. 336-340, y luego en *Opere giuridiche*, I, Napoli.

CAPONI, R., *I poteri probatorie delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, en “Prove nel processo civile”, Atti del XXV Convegno Nazionale, en Quaderni dell’Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile (Cagliari, 7-8 ottobre-2005), Milano, 2007.

CAPPELLETTI, M., *El proceso civil en el derecho comparado*, Buenos Aires, 1973 (traducción de Sentís).

CARNELUTTI, F., *Instituciones del Nuevo proceso civil italiano*, Barcelona, 1942 (traducción de Guasp).

CARNELUTTI, *La prueba civil*, 1.^a edición 1915, y 2.^a edición 1947, Así COMOGLIO, *Le prove civili*, 2.^a edición, Torino, 2004, pp. 17 y ss.

CAVALLONE, B., *Forme del procedimento e funzione della prova (Ottant’anni dopo Chiovenda)*, en Rivista di Diritto Processuale, 2006, núm. 2.

CERRONI, U., *El pensamiento jurídico soviético*, Madrid, 1977, traduc. de Zapatero y De la Rocha.

CHIARLONI, S., *Processo civile e verità*, en *Questione giustizia*, 1987, núm. 3.

CHIOVENDA, G., *Las formas en la defensa judicial del derecho*, en “Ensayos de Derecho Procesal Civil”, II, Buenos Aires, 1949 (traducción de Sentís).

CHIOVENDA, G., *Principios de derecho procesal civil*, II, Madrid, 1925, traducción de Casáis y Santaló.

CIPRIANI, F., *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*, en Rivista di Diritto Processuale, 1995, después publicado en

Idelogie e modelli del processo civile. Saggi, Napoli, 1997 y, por fin, en *Batallas por la justicia civil*, Lima, 2003 (traducción de Ariano).

DÖHRING, E., *La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba. Su práctica y apreciación*, Buenos Aires, 1972 (traduc. de Banzhaf).

FAIRÉN, V., *El proyecto de Ordenanza Procesal Civil austriaca visto por Franz Klein*, en “Estudios de Derecho Procesal”, Madrid, 1955

FASCHING, ponencia nacional austriaca citada por FAIRÉN, *Los procesos europeos desde Finlandia hasta Grecia (1990-1975)*, en “LXXI años de evolución jurídica en el mundo”, México, 1978.

FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el Derecho*, Madrid, 2002.

FURNO, C., *Teoría de la prueba legal*, Madrid, 1954, traducción de González Collado, p. 22, nota 24).

GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, 1999.

GIULIANI, A., *Il concetto di prova (contributo alla logica giuridica)*, Milano, 1961, y *Prova in generale, a) filosofia del diritto*, en Enciclopedia del Diritto, XXXVII, Milano, 1988.

GOLDSCHMIDT, J., *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1936 (trad. de Prieto Castro y notas de Alcalá-Zamora),

GUASP, J., *Juez y hechos en el proceso civil (Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso)*, Barcelona, 1943, publicado ahora también en *Estudios jurídicos*.

GUASP, J., *La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales*, primero en Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1945 y ahora en *Estudios Jurídicos*, Madrid, 1996,

GURVICH, M., A., *Derecho procesal civil soviético*, México, 1971 (traducción de Lubán y revisión de H. Cuadra).

GWIAZDOMORSKI y CIESLAK, *La preuve judiciaire dans les pays socialistes à l'époque contemporaine*, en el volumen *La preuve*, Bruxelles, 1963, en «Recueils de la Société Jean Bodin, XIX».

J. L. MONEREO PÉREZ en *Juristas universales. 3. Juristas del siglo XIX*, Madrid, 2004

KELLNER, H., *Introduzione a la Ordinanza della procedura civile della Repubblica Democratica Tedesca, 1975*, Milano, 2004, en el volumen X de “Testi e documenti per la Storia del Processo”, dirigidos por Picardi y Giuliani (el trabajo de Kellner se escribió en los años ochenta del siglo XX).

KLEIN, F., *Materialen zu den neuen österreichischen Civilprozessgesetzen*, Viena, 1897.

LENIN, *Materialismo y empíricocritismo: Notas críticas sobre una filosofía reaccionaria*, Barcelona, 1975.

MANDRIOLI, C., *Diritto processuale civile*, II, 15.ª edición, Torino, 2003.

MENDONÇA, L. C. de, *Direito processual civil. As origens em José Alberto dos Reis*, Lisboa, 2002, y *80 anos de autoritarismo: uma leitura politica do processo civil português*, en el volumen “Proceso civil e ideología” (coord. Montero), Valencia MENDER, A., *Neue Staatslehre*, Jena, 1903, pero citamos por la traducción al francés de Milhaud, *L'Etat socialista*, Paris, 1904.

MONTELEONE, G., *Manuale di Diritto processuale civile*, 4.ª edición, I, Padova, 2007.

MONTERO, J., *Ideología y proceso civil. Su reflejo en la “buena fe procesal”*, en el volumen colectivo *Ideología y proceso civil*, Valencia, 2ª edición, 2011.

MONTERO, J., *La prueba en el proceso civil*, 1.ª edición, Madrid, 1996, pp. 27-29, y reiterada en ediciones y en obras posteriores (hasta 2012, la 7ª)

MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, VI, 2, y XXIX, 1.

MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudio sobre el Derecho Penal en el Nacional-socialismo*, 4.ª edición, Valencia, 2003.

PARRA QUIJANO, J., *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá, 2004, pp. 39 y ss.

PORCAR, V., *Il giudice como amministratore: Antón Menger*, en “L'Educazione Giuridica. VI-Modelli storici della procedura continentale” (direc. de Giuliani y Picardi), tomo I, Perugia, 1994.

PRIETO CASTRO, L., *Revisión de los conceptos básicos de derecho procesal*, en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, II, Madrid, 1950.

RICCI, F., *Tratado de las pruebas*, traducción de Buylly y Posada, Madrid, s.f., tomo I, “La prueba, en efecto, no es un fin por sí mismo, sino un medio dirigido a la consecución de un fin, que consiste en el descubrimiento de la verdad”.

SPRUNG, R., *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1979.

STALEV, *El Procedimiento Civil en los estados socialistas*,

TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, existe traducción española de Ferrer Beltrán, *La prueba de los hechos*, Madrid, 2002; también del

mismo *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1997, núm. 3, y luego en “Sui confini. Scritti sulla giustizia civile”, Bologna, 2002.

TARUFFO, M., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, en *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2006, núm. 2.

TROUSSOV, A., *Introduction à la théorie de la preuve judiciaire*, Moscú, s.d, pero 1965, traduc. de Piatigorski.

VICENTE Y CARAVANTES, José de, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, II, Madrid, 1856.

VISHINSKI, A., *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, 1951.

W. BRAUNEDER en *Juristas universales. 3. Juristas del siglo XIX*, Madrid, 2004, pp. 647-650.

W. H. RECHBERGER y G. E. KODEK (p. XXVII) a la *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe. 1895*.

WRÓBLEWSKY, J., *Sentido y hecho en el derecho y especialmente El problema de la así llamada verdad judicial*, San Sebastián, 1975.

