

SÍNTESIS DE LAS CONCEPCIONES HISTÓRICAS DEL PROCESO CIVIL

Juan Montero Aroca

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

Sumario: 1. Los principios del proceso civil en el siglo XIX. A) Sobre el objeto del proceso: Oportunidad y dispositivo. B) Sobre el proceso mismo: Aportación e impulso. 2. La asunción de la dirección formal del proceso por el juez ya en el siglo XX. 3. El proceso civil comunista (La negación de los derechos subjetivos privados). A) La función del juez y su cumplimiento por medio de proceso. B) Los principios de ese proceso: a) La verdad objetiva; b) La colaboración del juez y las partes. 4. El proceso fascista (El juez y la dignidad del Estado). A) Alemania y el nazismo. B) Italia y el fascismo. C) Portugal, España y otros países. 5. Algo más que historia.

1. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO CIVIL EN EL SIGLO XIX

La concepción liberal propia del siglo XIX se basaba en que, suprimida la posibilidad de tomarse la justicia por propia mano y por la fuerza, la tutela judicial debía concebirse como la manera pacífica de resolver controversias por un tercero, que además debía ser imparcial, en primer lugar, y, después, que esa función debía realizarse por un medio (=proceso) en el que debía quedar asegurada la aplicación del principio de contradicción y el respeto al derecho de defensa. Se trataba, en conjunto, de garantizar la plenitud de los derechos subjetivos de los ciudadanos y no, desde luego, la mera observancia del Derecho objetivo, esto es, la salvaguarda del interés público¹; la jurisdicción y el medio del proceso estaban al servicio de los derechos de los ciudadanos². Esta idea básica está en el fondo de las grandes obras jurídico-procesales del siglo XIX y de los inicios del si-

glo XX, y ello de manera tan clara que no es preciso hacer citas de autores concretos³.

Desde esta manera de entender el proceso, se llegaba también a la conclusión de que las partes debían disponer de todas las posibilidades de defensa, lo que se entendió que debía llevar a un procedimiento escrito (aunque en lo que sigue no nos ocuparemos de los principios del procedimiento).

Además, partiendo de que la función de la jurisdicción era la tutela de los derechos de los ciudadanos, que se confiaba a un juez que debía ser tercero, imparcial (en la terminología de la época, neutral) e independiente,⁴ el paso siguiente consistía en afirmar la naturaleza privada y, por tanto, disponible de esos derechos, los cuales eran en sentido estricto derechos subjetivos privados, y una y otra premisa llevaban a la consecuencia de que las partes tenían que ser las “dueñas del proceso” y en un doble sentido.

A) SOBRE EL OBJETO DEL PROCESO: OPORTUNIDAD Y DISPOSITIVO

La concepción liberal de la sociedad en general y de la economía en particular, suponía que el proceso civil se asentaba en el que llamo principio de oportunidad⁵, por cuanto que lo determinante de la iniciación del proceso era la voluntad del ciudadano, el cual decidía, atendiendo a razones de oportunidad, acudir o no al proceso para impetrar la tutela por el Estado (juez) de su derecho subjetivo. No se hablaba en este aspecto de reparto de facultades entre el juez y las partes, pues éstas tenían todas las facultades careciendo el juez de ellas; estamos ante el brocardo *ne procedat iudex ex officio*, con referencia al inicio del proceso. Si el pretender la tutela judicial de un derecho era un modo de ejercitar ese derecho, ese ejercicio sólo podía corresponder al titular del mismo⁶.

Desde aquí se llegaba a la consecuencia del principio dispositivo en su sentido estricto. Esto es, además y desde luego de que únicamente las partes podían iniciar el proceso, el principio significaba que: 1) Sólo el actor podía determinar el objeto del mismo, es decir, sólo él determinaba el ámbito de su pretensión, y con referencia tanto a lo que pedía como a la causa de pedir, y 2) Sólo el demandado podía ampliar el objeto del debate, es decir, a él incumbía de modo exclusivo el ámbito de la resistencia, en atención a las causas de oposición a la pretensión. El juez no podía influir en la determinación del ámbito de la pretensión ni en el de la resistencia⁷.

Consecuencia también de la oportunidad era también la exhaustividad y la congruencia de la sentencia, esto es, la imposición al juez de la necesidad de 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 otro brocardo: *ne eat iudex ultra petita partium*.

Se trataba, por tanto, de que sólo las partes podían determinar el objeto del proceso y el objeto del debate. De uno y otro quedaba ex-

cluido totalmente el juez; éste no solo no tenía facultad alguna en estos extremos, sino que ni siquiera se contemplaba la posibilidad de que algo semejante pudiera llegar a existir.

B) SOBRE EL PROCESO MISMO: APORTACIÓN E IMPULSO

El ser las partes las dueñas del proceso no se refería sólo a lo debatido en él, pues comprendía también al proceso mismo:

a) La concepción liberal del proceso llevaba a excluir al juez de las facultades materiales en el desarrollo de ese proceso. Se trataba de algo matizadamente diferente de lo anterior, 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; éste era el sentido del brocardo que fue formándose de modo escalonado⁸ hasta llegar a decir *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*⁹. 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. Ésta 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 (*Iudex debet iudicare secundum allegata, non secundum conscientiam*). No se trataba ya de determinar el objeto del proceso (actor) o el objeto del debate (actor y demandado), sino que tampoco podía el juez realizar aportaciones de hechos, de cualquier clase que fueran, incluidos: 1) Aquellos que, si no sirven para identificar el objeto del 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 importantes de los cuales son los constitutivos¹⁰, pero también los impeditivos y los extintivos, y 2) Aquellos otros que pueden calificarse de secundarios o accesorios y que, si

no son el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pide, sí pueden servir como elemento para determinar la convicción judicial.

2.º) El juez no podía practicar pruebas a iniciativa propia (*Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*)¹¹, y con ello lo que se quería seguir diciendo era que el juez no podía juzgar con los hechos conocidos por él de modo privado, sino conforme a los hechos alegados y, además, probados en el juicio, y también ahora quedaba claro que los hechos a tener en cuenta sólo podían ser los alegados por las partes y evidentemente los hechos probados por las partes.

De este modo el brocardo acabó referido a los hechos y a las pruebas *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*¹². Se estimaba evidente que si el juez hubiese podido introducir hechos y 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; se trataba, más que de no incurrir en parcialidad, en no asumir un papel que correspondía a las partes, esto es, de no ser juez y parte al mismo tiempo.

b) 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 dirigía¹³. 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 (salvo su propia competencia objetiva y funcional), 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. Se trataba de que:

1.º) El juez no tenía, en general, control de oficio de los presupuestos procesales. El prin-

cipio general era el de que nada debe hacerse de oficio en los negocios civiles, sino que debe dejarse todo al interés de la parte y a su excitación, lo que supuso que no había verdaderos presupuestos procesales (salvo la competencia no territorial), siendo todos impedimentos¹⁴.

2.º) El impulso procesal se confió a las partes. El proceso tenía que avanzar a instancia de parte, pues éstas debían solicitar al juez que declarase terminada una fase procesal y abriese la siguiente¹⁵. De este modo todos los plazos quedaban a la discrecionalidad de las partes, pues no se entendía precluido un trámite mientras una parte no lo pidiera al juez expresamente.

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 proceso. Cuando se decía que las partes eran las “dueñas del proceso” se estaba diciendo algo que debía entenderse de modo prácticamente literal.

2. LA ASUNCIÓN DE LA DIRECCIÓN FORMAL DEL PROCESO POR EL JUEZ YA EN EL SIGLO XX

Si el juez civil del siglo XIX se vio privado de facultades de todo tipo, pues eran las partes las dueñas del proceso, en el siglo XX las cosas iban a cambiar. El cambio se hizo dentro de la

concepción liberal de la función jurisdiccional y del proceso civil y se trató, simplemente, de atribuir al juez facultades de naturaleza procesal, pero no material.

La negación al juez de algunas facultades necesarias para asumir su función, que era algo típico del liberalismo, 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, no pudo obviamente mantenerse en el siglo XX. Esta negación al juez de verdadera autoridad para ejercer su función, no se solucionaba con la llamada *publicización* del proceso, de la misma manera como ni el autoritarismo ni el totalitarismo solucionan problema alguno de la sociedad, sino que, antes al contrario, los aumentan. Se trató simplemente de concederle al juez la dirección formal del proceso y la posibilidad de adoptar medidas coercitivas con el fin de que se cumplieran sus decisiones.

No puede dejar de reconocerse algo tan elemental como es que si en el proceso civil se debate de derechos subjetivos de titularidad privada y se aplican normas de derecho material plenamente dispositivas (con escasas excepciones), las normas reguladoras del proceso civil son de derecho público y, por tanto, ello tiene que repercutir de algún modo en que las partes dejen de ser plenamente las “dueñas del proceso”. En este sentido en el siglo XX se ha puesto fin a algunas exageraciones, como eran las referidas a los presupuestos procesales y al impulso de parte, y se ha dado paso a una concepción de liberalismo entendido como libertad y garantía.

En la actualidad se ha atribuido al juez la dirección formal del proceso. El juez se ha convertido en todos los ordenamientos procesales civiles de nuestro entorno cultural en quien dirige el proceso, aclarando 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, no la existencia del proceso, pero sí la validez del mismo, 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

es que no haya oposición, es que se comparte plenamente que el juez controle los presupuestos procesales, siempre con audiencia de las partes, en cuanto de la concurrencia de los mismos depende la validez del proceso; de la misma manera se comparte 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 aun, nos parece evidente que nada puede oponerse a que sea también el juez, siempre con las partes, el que controle la realización de los actos conforme al principio de legalidad.

Lo anterior no significa que el juez “gestione” el proceso, por lo menos si la palabra gestionar (o *gestire*) se entiende como sinónima 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 que el ejercicio de esas facultades pueda llegar a 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 de declaración, 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, y, correlativamente, de la necesidad de dotar al tribunal de los poderes necesarios para que el derecho subjetivo de la parte 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 dinero¹⁶.

Por lo demás en el siglo XX la concepción liberal del proceso civil siguió sosteniendo que el sistema procesal civil encuentra su apoyo ideológico en una concepción de la sociedad basada en la libertad de los ciudadanos y en la que el Estado existe en tanto que medio para asegurar esa libertad, y se manifiesta, princi-

palmente en el aspecto económico, en la distinción entre intereses públicos e intereses privados.

En el proceso civil el interés que la parte solicita que sea protegido o tutelado por el órgano jurisdiccional es privado, siendo preponderante en él la autonomía de la voluntad. El titular de ese interés es el individuo, no la sociedad y, por tanto, se trata de un derecho o interés disponible. La distinción entre derecho público y derecho privado es fundamental y también que el proceso civil se convierte en el instrumento destinado a que los órganos jurisdiccionales garanticen la satisfacción de intereses privados. Desde aquí tiene que mantenerse la completa vigencia del principio de oportunidad y aquellos otros que son su consecuencia: los principios dispositivo y de aportación de parte.

Hasta aquí la que podemos llamar concepción liberal del proceso en sentido estricto. Sobre esta concepción van a incidir dos maneras muy diferentes de entender lo que es el proceso civil. La manifestación primera es la que se califica de concepción publicista, con dos especies las dos totalitarias, como veremos seguidamente; la alternativa es la concepción que podemos llamar garantista.

3. EL PROCESO CIVIL COMUNISTA (LA NEGACIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS)

En la Viena de finales del siglo XIX deben destacarse dos figuras que han tenido gran trascendencia en todo el desarrollo del proceso civil en el siglo XX. Se trata, por un lado, de Antón Menger, profesor de procedimiento civil y llamado el fundador del “socialismo jurídico” y, por otro, de Franz Klein, el político que conformó la Ordenanza Procesal Civil de Austria de 1895.

La base de la construcción teórica de Menger radicaba en su aspiración a que, transfor-

mados 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”¹⁷. Como puede verse, se trataba, en el fondo, de la supresión de la idea de proceso, siendo sustituido por algo similar a la jurisdicción voluntaria.

Si la anterior era una aspiración principalmente teórica, poco después se estaría ya ante una 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”¹⁸, estaba poniendo las bases 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.

A) LA FUNCIÓN DEL JUEZ Y SU CUMPLIMIENTO POR MEDIO DE PROCESO

En la doctrina comunista ha sido un lugar común partir de que la división entre derecho privado y derecho público, que era algo propio de los estados capitalistas, se basaba en la propiedad privada y más allá en la existencia de intereses individuales tutelados por el Derecho. Ahora bien, unificado todo el derecho en lo público, y habida cuenta del nexo profundo que existe entre el derecho sustantivo y la forma procesal de su realización, no existía ya razón de ser de un proceso civil distinto de los otros procesos¹⁹. Naturalmente por ese camino la consideración fundamental acabó siendo la de que el proceso civil no era ya expresión de un conflicto entre particulares, sino que se había convertido en un “fenómeno social de masas”²⁰.

Si se leen los *Principios fundamentales del procedimiento civil de la URSS y de las Repúblicas Federadas* de 1961, se advertirá que la función del juez, a llevar a efecto por medio del proceso, no es la tutela de los derechos e

intereses de los ciudadanos, sino la tutela del interés general, interés que es el definido como tal en las leyes. Dice así el principio 2.º. “*Finalidad del proceso civil. Finalidad del proceso civil soviético es el justo conocimiento y decisión de las causas civiles, pero ello con el fin de garantizar la defensa de la estructura social y estatal de la URSS, del sistema socialista de la economía y de la propiedad socialista*”. Se trata, por tanto, que el juez no es el garante de unos inexistentes derechos subjetivos de los ciudadanos; el juez es el garante del exacto cumplimiento de la legalidad socialista y el proceso es el medio utilizado para ello. Esta es la idea fundamental y desde ella se examina el proceso.

Desde esa concepción en la regulación del proceso civil, que sus propugnadores han llamado socialista²¹, carecen de sentido el principio dispositivo y todas sus consecuencias. Se niega la aplicación 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. Pero más allá se trataba, en realidad, de negar la existencia de derechos subjetivos realmente privados y, consiguientemente, de negar la disposición de esos inexistentes derechos. Naturalmente la negación de los principios de oportunidad y dispositivo no se produjo siempre de modo evidente, pues era común en la doctrina comunista aludir a la “dispositividad” o principio dispositivo, en el sentido de que las partes iniciaban el proceso y determinaban su objeto; incluso se llegó en alguna ocasión a advertir que la interpretación que hacían algunos “soviétólogos” del papel del juez comunista era exagerado²², pero no puede negarse que el principio dispositivo quedaba negado desde el momento en que la parte no era la única en poder iniciar el proceso, dado que podían hacerlo partes públicas²³, ni podía ponerle fin cuando lo estimara oportuno²⁴.

De esta manera bastará recordar, para no extenderse demasiado, como Cappelletti exponía el contenido del principio dispositivo en los procesos civiles del entonces mundo occidental, tanto del *civil law* como del *common law*, y había de llegar a la consecuencia de que

los mismos eran algo ajeno al proceso civil que él llamaba socialista²⁵.

B) LOS PRINCIPIOS DE ESE PROCESO

Lo anterior es lo más importante, pero no es lo único. A partir de un proceso civil en el que las partes no eran dueñas del objeto del proceso, el desarrollo posterior llevó también a negar las otras características del proceso liberal relativas al proceso mismo y de esta manera se convirtieron en principios del proceso civil socialista:

a) La verdad objetiva

La obtención de la verdad objetiva se convierte en un principio que no responde simplemente a una idea científica, ni de técnica procesal, sino que constituye parte esencial del derecho socialista puesto que responde a un postulado marxista-leninista, aparte de que viene impuesto por la función del juez y su cumplimiento por medio del proceso.

Kellner, que fue catedrático de derecho procesal civil en la Universidad Von Humboldt de Berlín, ponía en relación el principio de contradicción y la verdad que llamaba formal. La contradicción, en el sentido que la definía Rosenberg de que “*sólo las partes introducen en el proceso los elementos de la contienda, deciden sobre la necesidad de la tutela y le dan impulso, mientras que el juez no tiene las facultades de tener en cuenta circunstancias de hecho no alegadas por las partes, ni, normalmente, de acordar pruebas de oficio*”, conducía a la verdad meramente formal. El fin del proceso burgués no era lograr la verdad objetiva, descubriendo las relaciones verdaderas entre las partes, sino que se conformaba con el contenido del proceso tal y como las partes lo habían delimitado. El proceso burgués no perseguía la verdad objetiva.

En sentido contrario, el derecho socialista, por medio del principio de la verdad objetiva o material, impone a los tribunales el deber de adoptar todas las medidas previstas por la ley para esclarecer del modo más completo las

circunstancias reales del asunto, las relaciones jurídicas entre las partes, sus derechos y obligaciones; el principio responde así al interés del Estado en la realización del derecho objetivo²⁶.

Pero hay que dar un paso más, pues la llamada verdad material u objetiva no se quedaba en lo que hemos dicho. Como ha recordado Monteleone²⁷, cuando en el socialismo se hablaba de esa verdad se hacía referencia a una entidad conceptual abstracta inherente a la idea marxista-leninista de la llamada *praxis*. Es decir, esa verdad objetiva o material no es aquello que realmente ha sucedido como hecho en la realidad, sino todo aquello que es coherente con la *praxis* social determinada *a priori* y, por tanto, todo lo que permite a la ideología política imponerse en los hechos; no se trataba de la verdad que pudiéramos considerar subjetiva, pues ésta es siempre algo dudoso, sino de la verdad objetiva, de la verdad política.

Con la posibilidad de acordar prueba de oficio, que es algo consustancial, con la verdad, no se trataba tanto, aunque también, de llegar al conocimiento real de los hechos para que la sentencia se ajustara a los mismos, siempre teniendo en cuenta que con ese conocimiento de la realidad de los hechos no se aspiraba a la tutela de unos inexistentes derechos subjetivos privados, sino a la salvaguarda del interés público plasmado en la recta aplicación del Derecho objetivo. Se trataba realmente de que el conocimiento sobre los hechos lo iba a determinar su correspondencia con la *praxis* en sentido marxista-leninista, no el dato meramente subjetivo de su conocimiento. Lo que importaba era lo objetivo, la verdad política, es decir, lo que se correspondía con la ideología, no lo subjetivo, que por esencia es algo siempre dudoso.

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 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:

1.º) 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. Es decir, el juez se convierte en parcial.

2.º) 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 de un deber de veracidad e integridad, de más alcance que el deber de lealtad y probidad³⁰. De esta manera las partes deben ser imparciales y especialmente los abogados pasan a ser los mejores colaboradores del juez para la búsqueda de lo que es verdad.

Por este camino la conclusión que más resalta es la de que el juez debe ser parcial y las partes y sus abogados, imparciales, y ya veremos después cómo a la misma conclusión se llegaría en otros países, y no precisamente comunistas, en atención a lo que se llamaría concepción *publicística* del proceso civil.

4. EL PROCESO FASCISTA (EL JUEZ Y LA DIGNIDAD DEL ESTADO)

Volvemos a Viena y a finales del siglo XIX, ahora para encontrarnos con Franz Klein que es nombrado en 1891 jefe de sección del Ministerio de Justicia y que pone en marcha las “leyes de la justicia”³¹. Entre las varias leyes que impulsó, después ya como ministro; la que nos

importa es la Ordenanza Procesal Civil, que será aprobada en 1895³² y entrará en vigor el 1 de enero 1898³³. Esta Ordenanza se ha sostenido que supuso una ruptura brusca con respecto a los modelos procesales del siglo XIX, añadiéndose que “*se ubica como modelo de una legislación procesal moderna*”³⁴.

Curiosamente también para Klein el proceso se ha convertido en un fenómeno social de masas o en una de las instituciones sociales del Estado³⁵; 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. Cuando se habla de que el juez de Klein tenía la función de hacer justicia entre las partes⁴¹, debe recordarse inmediatamente que esa justicia no consistía en la tutela de los derechos de los ciudadanos (que no existían en aquella Austria y menos en Hungría, pues eran súbditos) sino en la realización del Derecho objetivo en el caso concreto.

A) ALEMANIA Y EL NAZISMO

La Ordenanza Procesal Civil de 1877 puede considerarse sustancialmente liberal⁴² y, llegada la época del nazismo, aunque no se realizó una nueva Ordenanza, sí se ha sostenido⁴³ que el común denominador de todas sus elaboraciones del régimen político fue la

tiránica acentuación del criterio colectivista de la ‘comunidad de pueblo’⁴⁴, 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*”⁴⁵.

La concepción del proceso civil, no la extrema que quiso convertirlo en mera jurisdicción voluntaria⁴⁶, sino la menos radical de Hans Otto de Boor⁴⁷, sostuvo: “*Que a nosotros, en el Tercer Reich, no nos sirve para nada un proceso de 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 cabo 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 conocedores 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 Böhm⁴⁸, 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’⁴⁹.

Cabe así sostener que el nazismo intentó, aunque por razones de tiempo no llegó a hacerlo efectivo, *administrativizar* el proceso, es decir, hacer predominar el interés del Estado frente a los intereses de las partes, los cuales sólo serían tutelados en tanto que subordinados a lo colectivo. Naturalmente el interés colectivo era el que determinaba el *Führer*, en

tanto que el mismo expresaba la voluntad del pueblo alemán⁵⁰.

B) ITALIA Y EL FASCISMO

Fue en Italia donde se difundió de modo más general la expresión “concepción publicista del proceso civil”, aunque es difícil determinar su momento exacto y su autor primero⁵¹. No imputando autoría sí puede decirse que Pietro de Francisci, ministro de Justicia de Mussolini desde 1932 hasta 1935, en el discurso al Senado el 5 de enero de 1934 dijo que el nuevo Código se inspirará “*en la concepción publicista de la función jurisdiccional y en la idea de que la actividad procesal no debe ser un libre juego del egoísmo de los litigantes, sino cooperación de todos los sujetos a la afirmación y actuación del derecho objetivo*”⁵². Después vendrá el proyecto Solmi, calificado de “policíaco”⁵³ y, por fin, el actual Código de 1940. Pues bien, la concepción del proceso civil del fascismo italiano es la que se expresa en la *Relazione* (Exposición de Motivos) de este Código procesal civil de 1940, obra de Calamandrei que firma Dino Grandi, el ministro de Justicia⁵⁴. Sin grandes profundidades en esa Exposición se encuentra:

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” (“12.- Refuerzo de los poderes del juez para la dirección del proceso”)⁵⁵. Desde esas consideraciones, luego el Código dedicó un Título (el V del Li-

bro I) a “De los poderes del juez” y, sobre todo en materia de prueba se le atribuyeron grandes poderes (=deberes) de oficio⁵⁶.

c) Más revelador si cabe es aun el papel que se reserva al abogado en el proceso civil. Calamandrei ya había dicho reiteradamente⁵⁷ que, gracias a la concepción publicista del proceso, se había elevado y ennoblecido, pasando a un ejercicio privado de funciones públicas, pues su papel debía ser “facilitar el trabajo del juez en el interés del Estado”.

Llama por ello muy poderosamente la atención que, por un lado, se diga que a partir de la mitad de los años veinte influyen en el ordenamiento italiano las concepciones autoritarias sobre la justicia civil y que, luego se afirme que la codificación procesal no refleja una ideología fascista (que se asegura que no existía) sino el “estado del arte” al que había llegado la elaboración doctrinal hacia finales de los años treinta⁵⁸. Y todo ello se está diciendo al servicio de una idea imposible: El *Codice* de 1940 *no puede* ser fascista y *no puede* serlo porque *no interesa* que lo sea.

C) PORTUGAL, ESPAÑA Y OTROS PAÍSES

En este epígrafe podríamos hacer mención también de Portugal y de su *Código de Proceso Civil* de 1939, junto con la obra de José Alberto dos Reis⁵⁹, pero no es del caso ahora ir examinando códigos de otros países más o menos de la misma época; esto es, de antes de la II Guerra Mundial⁶⁰. Menos todavía cabe ir haciendo cita de códigos procesales civiles posteriores como el Código brasileño de 1972 o el Código peruano de 1992-1993, que son claras manifestaciones de autoritarismo procesal⁶¹.

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 civil⁶².

A pesar de lo anterior, no me resisto a recordar el pensamiento de Jaime Guasp⁶³, que

se expresa en su libro *Juez y hechos en el proceso civil*; pensamiento que debe entenderse inmerso en la concepción fascista del proceso⁶⁴. 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 medievales⁶⁵; naturalmente, el paso siguiente es la pretensión de que un futuro código tenía que superar esa vieja concepción.

5. ALGO MÁS QUE HISTORIA

Hasta aquí hemos hecho un resumen histórico. Hemos querido explicar cuáles han sido las concepciones que se han sostenido sobre lo que debe ser el proceso civil y lo hemos hecho convencidos de la utilidad de conocer un poco la historia.

A estas alturas de los tiempos es evidente que nadie se ubica ideológicamente dentro de alguna de las concepciones totalitarias y ni siquiera asume que se le impute una concepción simplemente autoritaria del proceso civil. Es muy curioso advertir cómo se sostienen posiciones que se autocalifican de publicistas, pero se repudia cualquier atisbo de autoritarismo. Más de un procesalista no tiene inconveniente en ser calificado de publicista, pero se siente insultado si se le incluye entre aquellos que defienden concepciones autoritarias para el proceso civil. Al final se nos quiere medio convencer que se trata de un juego de palabras.

En el inicio de la llamada concepción publicista del proceso civil no se dudaba de su base política. Bastará poner algunos ejemplos.

Calamandrei en una de sus publicaciones primeras⁶⁶ sostuvo que existían dos concepciones sobre el proceso civil, una privatista y otra publicista, siendo él partidario de la segunda. Conforme a ésta, el juez era el portador del interés del Estado en tanto que se trataba de aplicar la norma de derecho objetivo, de modo que las partes en el proceso simplemente daban ocasión a esa aplicación por el juez. Más aun, el juez debe disponer de todos los poderes necesarios, incluida la posibilidad de acordar prueba de oficio, para poder cumplir su verdadera función: la declaración de la verdad material⁶⁷. Correlativamente, el abogado no se limita a defender los intereses de su cliente, sino que debe ser “el mejor colaborador del juez para lograr la verdad jurídica”⁶⁸. Lo defendido por Calamandrei en este trabajo no es diferente de lo que defenderá luego en la *Relazione* de 1940.

Decía Denti⁶⁹ 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 determinados⁷⁰.

En España, Guasp sostenía que los principios dispositivo y de aportación de parte reflejan una tendencia individualista de innegable ascendencia liberal y desde ahí concluía que los mismos respondían a la “rutina mental”, esperando que las “modernas corrientes” (lo que estaba sucediendo en Alemania y en Italia) llegaran a tener influencia entre nosotros⁷¹.

La labor posterior de pretender convertir lo político en técnico⁷² no se ha hecho con referencia a la función de la jurisdicción en el proceso civil, sino que se ha querido limitar el ámbito de lo debatido. En esa labor el paso fundamental ha consistido en distinguir dentro de las proposiciones del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus* entendiendo que la primera, referida a la alegación de hechos por las partes, tiene como fundamento la disponibilidad de la tutela judicial por éstas, 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.

Es evidente que Dino Grandi⁷³ y Calamandrei, partiendo de una concepción autoritaria de la función de la jurisdicción en el proceso civil, 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 Manual⁷⁴, 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 partes⁷⁵.

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, entendiéndose que este segundo aspecto

afecta únicamente a la conformación del instrumento que la ley predispone para la tutela jurisdiccional⁷⁶. 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 juez⁷⁷.

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 quiere acabar convirtiendo en algo pretendidamente técnico, algo sujeto a la oportunidad del legislador. Y conste que la cuestión no es simplemente si se aumentan o no los poderes del juez, pues lo verdaderamente relevante es qué función ejerce el juez por medio del proceso civil. Por ello cuando se recuerda que en el último tercio del siglo XX se han aumentado los poderes del juez en códigos de países cuyo régimen político claramente no es —se dice— autoritario, se está falseando el debate. Es perfectamente posible que, sin atender a una ideología autoritaria, se debata en torno a la manera de regular un código los poderes del juez, pero ello no supone que en otras ocasiones el aumento de los poderes judiciales sea expresión de algo más profundo y referido a la función judicial.

Si sorprendente es el intento de convertir en técnico lo que es político, lo que más llama la atención es que cuando se pretende volver a llamar a las cosas por su nombre, es decir, cuando se recuerda que lo relativo a los poderes del juez y a la prueba de oficio se basa en general en la concepción ideológica de las relaciones entre el Estado y el Individuo, se impute a quien ello sostiene que está politizando la cuestión⁷⁸.

NOTAS

1. Como ponía de manifiesto nada menos que CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte prima*, Padova, 1941, p. 71, “la concepción que ve en la jurisdicción principalmente la defensa de los derechos subjetivos, parte de las premisas propias del Estado liberal, para el cual la función del derecho mira, en primer término, al mantenimiento del orden entre los coasociados y a la conciliación de los contrapuestos intereses individuales, y la justicia aparece así como servicio público puesto a disposición de los mismos. Viceversa, cuando se parte de la concepción autoritaria, que ve en el derecho, ante todo, la voluntad del Estado, y en la observancia del derecho

el respeto a la autoridad, resulta que también en la definición de la finalidad de la jurisdicción queda en la sombra el interés individual en la defensa del derecho subjetivo, y surge en primer plano el interés público en la observancia del derecho objetivo". Y añade seguidamente: "no es necesario explicar porqué, hoy, esta segunda concepción de la jurisdicción civil se presenta como correspondiendo históricamente mejor con el derecho positivo vigente" (la cursiva es del Autor y la expresión "concepción autoritaria" también y el "hoy" era la Italia de 1941). Estamos citando el Manual de Calamandrei, no la Relazione al Re escrita por él.

2. Naturalmente las situaciones históricas nunca se presentan de modo unilateral y sin fisuras; para las de la codificación en el siglo XIX y sobre todo del Code de procédure civile francés de 1806, puede verse CHIZZINI, A., Un "codice di regole" per un processo liberale?, en *Il giusto processo civile*, 3/2006, pp. 23 y ss. También MONTELEONE, G., *Introduzione al Codice di procedura civile del Regno d'Italia*. 1865, Milano, 2004.

3. Por si hiciera falta, puede verse simplemente TARUFFO, M., *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, pp. 113 y ss., donde resume la opinión de G. Pisanelli. Además puede verse la Relazione ministeriale al CPC italiano de 1865 (ahora en Codice di procedura civile del Regno d'Italia, en "Testi e documenti per la storia del processo", XIII, Milano, 2004, al cuidado de Picardi y Giuliani).

4. Cuando se habla de los principios del proceso generalmente se centran estos en la intervención de las partes en el proceso, y por eso se atiende al principio de contradicción y al principio de igualdad de las partes. Por el contrario, en la concepción liberal propia del siglo XIX se partía de que existen principios que no pueden dejar de ser del proceso, en tanto que los mismos determinan que el proceso sea lo que es y cuya negación hace que ya no se esté ante un proceso; estos principios se refieren al otro "sujeto" que interviene en el proceso, el juez. Los principios que hace que "algo" sea proceso no eran (y no son) algo atinente de modo exclusivo a la intervención de las partes.

5. Por ejemplo MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, I. Parte general, 18.ª edición (con Gómez Colomer, Montón y Barona), Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 344 y ss.

6. Desde esta concepción la mera posibilidad de que el juez fuera quien iniciara el proceso imponía entender que lo iniciado dejaba de ser proceso. La existencia de un juez tercero e imparcial, en tanto que principio que afecta a la existencia del proceso, impedía (e impide) necesariamente que el juez sea quien lo inicie. Lo que un juez puede iniciar ya no sería proceso; sería otra cosa. Y ello ocurriría en todas las pretendidas clases de procesos, incluido el proceso penal. Desde la actualidad y para explicarlo mejor cabría preguntarse: ¿qué podría decirse de un proceso penal en sentido estricto, es decir, del juicio oral (no la instrucción), que fuese incoado de oficio, sin que existiera un acusador? Y la respuesta debería ser que lo incoado por el juez no sería un verdadero proceso.

7. Puede verse MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 5.ª edición, Madrid, 2007, Capítulo Uno, epígrafe I, 2, sobre el objeto del proceso (que determina sólo el actor en la demanda) y el objeto del debate (que puede ampliar o no el demandado al contestar a la demanda).

8. En general puede verse PICÓ I JUNOY, J., *El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona, 2007, aunque no puede compartirse su tesis general.

9. Tradicionalmente el llamado principio de aportación de parte se concretó en el brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, que si no es romano sí es al menos de la época de los glosadores. El brocardo se encuentra, aunque no exactamente en su formulación actual, en los Brocarda de AZÓN, ahora en la edición de Mario Viora del *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, IV, 3, folio 63 vuelto, Torino, 1967. Deben hacerse tres advertencias: 1) Azón era un glosador de entre los siglos XII y XIII cuya Summa Codicis, de principios del siglo XIII representó un punto de inflexión en el estudio del Derecho romano (recuérdese: Chi non ha Azzo, non vada a Pallazzo), 2) Su parte en la obra Brocardica no está bien determinada, pero en la obra se trata de ofrecer diversos conceptos que se presentan como contrapuestos, y 3) Por ello en la que es aparentemente su parte en los Brocarda, la contraposición se hace entre dos brocardos que se presentan como alternativos: Por un lado: iudex debet ex conscientia iudicare, y por otro: iudex debet iudicare secundum allegata; como puede verse la contraposición se hace entre lo que el juez puede conocer particularmente y lo que las partes han alegado, y la conclusión es que el juez debe dictar sentencia sobre lo alegado, y debe entenderse necesariamente por las partes, a riesgo de subvertir las bases mismas del proceso común. Lo alegado sólo podía ser por las partes, pues no puede ni imaginarse que en aquel momento histórico alguien sostuviera que el juez podía alegar hechos. De la misma manera debe entenderse el sentido de ACCURSIO, un discípulo del anterior ya propiamente del siglo XIII, que en su Glossa, llamada Magna o Accursiana, recientemente en la edición de Mario Viora del Corpus Glossatorum

Juris Civiles y aquí VIII, Torino, 1970, cuando en el folio 9 vuelto, opone también que el juez juzgue según conciencia o según lo alegado por las partes. Hasta aquí no ha entrado en juego la prueba.

El paso siguiente puede entenderse que lo da DURANDO, un jurista ahora ya de la segunda mitad del siglo XIII, que en su *Speculum Iuris*, es decir, ya con las adiciones de Juan de Andrés y de Baldo de Ubaldis, edición de Venecia de 1578, y en ella en el folio 9 vuelto, se sigue contraponiendo la conciencia a lo alegado, pero ahora se añade y a lo probado. Se trata de seguir contraponiendo la conciencia del juez a lo alegado y a lo probado, y quienes pueden alegar y probar son sólo las partes, pues es inadmisibles que se admita la alegación por el juez. El desarrollo posterior del brocardo hasta finales del siglo XIX debe entenderse dentro de este contexto de contraponer a la conciencia del juez (que se concreta en lo por el conocido privadamente) lo alegado y probado (y en los dos casos necesariamente por las partes, puesto que de la misma manera como no podría admitirse que se estuviera a lo alegado por el juez, tampoco cabría admitir que se estuviera a lo probado por el mismo).

10. Puede verse MONTERO, J., *Derecho Jurisdiccional. II. Proceso civil*, 17.ª edición (con Gómez Colomer, Montón y Barona), Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 122-124.

11. Aparte de lo dicho en nota 9 hay que insistir en que se trata siempre de que el juez no podía juzgar simplemente según su conciencia (*iudex debet iudicare secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*). Insistimos: En uno (alegación) y otro caso (prueba) se trataba de excluir lo que el juez pudiera haber conocido fuera del proceso. Puede verse SALVIOLI, G., *Storia della procedura civile e criminale*, dentro de la *Storia del Diritto Italiano* (dirigida por Del Giudice), vol. III, parte segunda, Milano, 1927, pp. 408 y ss., donde se ve muy claramente que la alternativa se presentaba entre el convencimiento del juez como persona particular y el resultado de las pruebas propuestas por las partes.

12. A finales del siglo XIX en el brocardo se incluyó la referencia expresa a las partes y de este modo se acabó con una elipsis que ya no era conveniente. Se dice ahora *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, y se dice de modo completamente correcto.

En el viejo brocardo no se utilizaba expresamente la palabra “partes” (*partium*) por un claro fenómeno de elipsis, al tratarse de una palabra innecesaria, siendo indiscutible que la alegación de los hechos la podían hacer sólo las partes y que tampoco se discutía que la prueba de los hechos correspondía a las partes. Si se dijera ahora que el brocardo no incluía la prueba de los hechos por las partes se tendría que sostener también que el brocardo tampoco incluía la alegación de los hechos por las partes. Cuando después, ya en el final del siglo XIX, se incluyó la palabra *partium* no se estaba alterando el contenido del brocardo, puesto que: 1) Ya no hacía falta aludir a la exclusión de la conciencia del juez, por tratarse de algo completamente superado, y 2) Se estimó conveniente terminar con la elipsis e incluir la palabra partes. No puede admitirse que WACH (en Alemania a finales del XIX; en Conferencias sobre la Ordenanza procesal civil alemana, Buenos Aires, 1958, p. 72; se trata de la traducción hecha por E. Krotoschin de una obra publicada por Wach en Bonn y en 1879) o que CHIOVENDA (en Italia a principios del XX; en *Identificazione delle azioni. Sulla regola “ne est iudex ultra petita partium”*, trabajo publicado inicialmente en La Legge, 1903, pp. 2419 y ss., después en “*Nuovi Saggi di Diritto Processuale Civile*”, Napoli, 1912 y por fin en “*Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-1930)*”, Roma 1930, y aquí pp. 157 y ss. y en concreto p. 160; ahora puede verse más fácilmente en la edición de Proto Pisani, CHIOVENDA, *Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937)*, vol. I, Milano, 1993, siempre p. 160.) no supieran lo que estaban haciendo cuando concretaron el brocardo en *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*. No cabe imputar ante todo a Wach y también a Chiovenda nada menos que haber desvirtuado un brocardo que afecta a la esencia misma del proceso civil.

13. MANRESA, J. M., *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.

14. Para la distinción entre presupuestos e impedimentos procesales, ROSENBERG, L., *Tratado de derecho procesal civil, II*, Buenos Aires, 1955 (trad. de Romera Vera), pp. 44 y ss. 1) Presupuestos: Son aquellos que un Ordenamiento jurídico permite que sean controlados de oficio por los órganos jurisdiccionales, y 2) Impedimentos: Los que han de ser alegados por alguna de las partes (lógicamente por el demandado) para que puedan ser tenidos en cuenta por el juez.

15. En la vieja terminología española se hablaba de “acusar una rebeldía”, y por eso el artículo 32 de la LEC de 1855 decía: “Transcurridos que sean los términos improrrogables, y acusada una rebeldía, se declarará, sin más sustanciación, perdido el derecho que hubiere dejado de usar la parte a quien haya sido acusada”. Acusar una rebeldía no era, como es evidente, declarar en rebeldía al demandado, sino simplemente poner de manifiesto que había concluido el plazo, pidiendo, bien el demandante, bien el demandado, al Juzgado que se pasara al trámite siguiente.

16. De la misma manera, y simplemente a modo de ejemplo, la ampliación de las posibilidades prácticas del proceso cautelar pasando del aseguramiento de la ejecución a las medidas anticipatorias, no guarda relación alguna con la llama-

da “publicización” del proceso civil, pues no se trata más que de la acomodación del proceso a nuevas necesidades; en un proceso civil cuyo objeto eran pretensiones atinentes a bienes inmuebles no eran normalmente necesarias medidas cautelares, y éstas sí lo son en los procesos actuales atinentes a pretensiones dinerarias. Y ello aparte de que la necesidad de las medidas cautelares se acrecienta conforme los procesos de declaración y de ejecución duran más tiempo, de modo que el proceso cautelar se hace más necesario conforme fracasan los otros procesos.

17. 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 socialiste*, 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, p. 225 y ss.

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

19. Pueden verse GURVICH, *Derecho procesal civil soviético*, cit., en el Capítulo I (“Objeto y sistema de la ciencia del Derecho Procesal Civil Soviético”) y en el II (“Principios de Derecho Procesal Civil Soviético”), y también Profili generali del processo civile sovietico, en Codice di procedura civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia, Milano, 2004, en volumen IX de “Testi e documenti per la Storia del Processo”, dirigidos por Picardi y Giuliani (el trabajo de Gurvich se escribió en los años setenta del siglo XX); STALEV, Z., El Procedimiento Civil en los estados socialistas miembros del C.A.M.E. Antecedentes, creación, desarrollo, tendencias fundamentales y soluciones: 1900-1975, en “LXXI años de evolución jurídica en el mundo”, México, 1978, pp. 176-216; 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). También puede tener interés CAPPELLETTI, M., *El proceso civil en el derecho comparado*, Buenos Aires, 1973 (trad. de Sentís).

20. 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, El principio del contraddittorio como diritto d'influenza e dovere di dibattito, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2005, 2, p. 453. 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., *Diritto processuale civile*, 4.ª edición, 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.

21. Últimamente la terminología ha empezado a cambiar. Ahora se habla de: “derecho procesal civil socialista (di stampo sovietico)”, con lo que dicho está que hay varios derechos procesales civiles socialistas entre los cuales tenemos que distinguir (así TARUFFO, M., Per la chiarezza di idee su alcuni aspectti del processo civile, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2009, núm. 2 p. 723). Además (en la siguiente página 724) Taruffo añade que lo que se ha hundido es “el comunismo di stampo sovietico” y ha desaparecido, además de Europa, de Rusia y de China, con lo que debemos deducir que no se han hundido todos los comunismos y que resta alguno que está todavía vivo. Además están las corrientes de los socialismos jurídicos alemán e italiano y la necesidad de distinguir entre comunismo y socialismo. En resumen, Taruffo, que en más de una ocasión al hacer una síntesis de la evolución de la justicia civil en los siglos XIX y XX se “olvida de aludir a la “justicia socialista” (por ejemplo La justicia civil, en “Páginas sobre justicia civil”, Madrid, 2009, traduc. de Aramburo Calle), lo que viene ahora a decir es que: 1) No todos los comunismos son iguales, y de ellos se ha hundido sólo el soviético; y 2) Una cosa es el comunismo y otra el socialismo, que deben tener bases ideológicas diferentes. Pero añade que el derecho procesal “socialista” debería ser visto como un fenómeno históricamente intere-

sante, pero que hace ya tiempo que ha agotado su impulso propulsivo (si es que alguna vez lo ha tenido realmente), con lo que pone en duda, no la existencia, pero sí la influencia y empuje de ese derecho procesal "socialista". A estas horas resulta que para Taruffo el derecho procesal socialista, que a veces eludió mencionar como algo carente de interés, en otras nunca tuvo impulso expansivo, nunca fue tomado en serio, nunca pretendió imponerse. El profesor de Pavia sigue creyendo que los hechos son lo que él quisiera que fueran y luego que puede dar a las palabras el sentido que estime oportuno, de modo que la realidad cuando existió queda sujeta al sentido que él quiera dar a las palabras.

22. Para GURVICH, *Profili generali*, cit., p. LIII, nota 10, la explicación que hacía un "ilustre jurista italiano de vanguardia", CAPPELLETTI (en *Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, de 1968, que se corresponde con la obra antes citada de El proceso civil en el derecho comparado, en la traducción de Sentís, Buenos Aires, 1973) incurría en exageraciones sobre el papel del juez soviético en detrimento de las partes; se estimaba exagerada la afirmación de que los actos realizados por las partes en el proceso sólo se consideran legítimos en tanto en cuanto esos actos se correspondan con los fines de los funcionarios de las organizaciones socialistas que intervienen en el proceso para tutelar los intereses de esas organizaciones. Con todo, en la misma nota se pone de manifiesto una sutileza típica del pseudo jurista comunista: la actividad del juez en defensa de la legalidad es una asistencia prestada a las partes con el fin de tutelar sus intereses personales, es una garantía de la plenitud de esos intereses, y no una limitación de los mismos.

23. La conversión en Derecho público de toda la economía lleva a lo que en algunas ocasiones se ha llamado penalización del proceso civil, de lo que fue clara manifestación el papel preponderante del Ministerio Fiscal en el proceso civil. El mismo Lenin seguía diciendo que no debemos "desperdiciar la mínima posibilidad de ampliar la intervención del Estado en las 'relaciones civiles'" (la cita también en GURVICH, *Derecho procesal civil soviético*, cit., pp. 110-111). De esta manera el equivalente del Fiscal asumió plena competencia para controlar la aplicación de la ley en el proceso civil. En el Principio 14 se lee: "El Ministerio Fiscal (o Procurador del Estado) debe, en cualquier momento del proceso, adoptar las medidas previstas por la ley con el fin de impedir cualquier violación del derecho, sea cual fuere su autor", y luego el Principio 29 permitía convertirlo en parte en todos los procesos civiles, atribuyéndole incluso legitimación activa con el fin de tutelar los intereses del Estado y de la sociedad, aparte de los derechos y de los intereses legítimos de los ciudadanos.

24. Por si faltara algo debe recordarse que conforme al principio 45.º de los Principios fundamentales del procedimiento civil de la URSS y de las Repúblicas Federadas, de 1961: "Al conocer de la causa en segunda instancia, "el juez de la casación" controla, tomando como base los actos del proceso y el ulterior material aportado por las partes y por los otros participantes en el juicio, la legalidad y el fundamento jurídico de la decisión dictada por el juez de primera instancia, tanto respecto de la parte de la misma que ha sido impugnada, como de la parte que no ha formado objeto de la impugnación, incluso con relación a las personas que no han recurrido. El "juez de la casación" no está vinculado por los motivos propuestos en el recurso y debe proceder a reexaminar controversia en su conjunto".

25. Puede verse CAPPELLETTI, El proceso civil en el derecho comparado, cit., pp. 10 y ss. Tampoco está de más recordar que Cappelletti llegó a mostrarse favorable a la supresión del "principio della domanda", es decir del principio dispositivo, y así puede verse Ideologie nel diritto processuale, en *"Processo e ideologie"*, Bologna, 1969, p. 18, sin perjuicio de que después pasó a sostener posturas más atenuadas, como recuerda CAVALLONE, B., "Crisi delle Maximen" e disciplina dell'istruzione probatoria, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1976, pp. 692-693.

26. Por ello no puede extrañarse de que 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 el proceso de modo tal que se conozca el estado real de las cosas sobre las cuales deliberan".

27. MONTELEONE, G., Intorno al concetto di verità "materiale" o "oggettiva" nel processo civile, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2009, núm. 1, p. 4, con cita de KELLNER. En respuesta TARUFFO, Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2009, 2, pp. 723-730, antes ya citado, y la réplica de MONTELEONE, Le idee confuse del prof. Taruffo, en la misma revista 2009, 4, pp. 1139-1141.

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

32. 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.

33. Puede verse ahora Ordenanza 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, ésta titulada Il duplice volto della “buona” giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore (pp. XXXVII-LXV).

34. Por ejemplo TARUFFO, M., La justicia civil, en “Páginas sobre justicia civil” cit., p. 157.

35. La obra de referencia de esta concepción es la de KLEIN, F., *Materialen zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen*, 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).

36. Así SPRUNG, R., Le basi del diritto processuale civile austriaco, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1979, p. 38. También CIPRIANI, E., Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità), en *Rivista di Diritto Processuale*, 1995, después publicado en *Idologie e modelli del processo civile*. Saggi, Napoli, 1997 y, por fin, en *Batallas por la justicia civil*, Lima, 2003 (trad. 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 Ordenanza 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.

41. Como dice, por ejemplo, TARUFFO, M., La justicia civil, en “Páginas sobre justicia civil”, cit., p. 157.

42. 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”.
43. 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).
44. 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.
45. Citado por BÖHM, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., pp. 629-630.
46. 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.
47. 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).
48. BÖHM, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., p. 639.
49. 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.
50. Así por ejemplo TARUFFO, *La justicia civil*, en “*Páginas sobre justicia civil*”, cit., p. 161.
51. Pero puede verse CALAMANDREI, P., “*L’Avvocatura e la riforma del processo civile*”, en “*Studi sul processo civile*”, I, Padova, 1930, pp. 296 y ss. recordando que el trabajo es la proluosione del A. en la Universidad de Siena cuando se convirtió en ordinario, es decir, el 16 de enero de 1920. Se habló ya entonces de las llamadas concepciones privatistas y publicistas del proceso civil y Calamandrei se declaraba partidario de la segunda.
52. Citado por CRIPIANI, F., *Piero Calamandrei e la procedura civile*, 2.ª edición, Napoli, 2009, p. 96.
53. Así lo calificaron Andrioli y Micheli según CRIPIANI, F., *Piero Calamandrei e la procedura civile*, 2.ª edición, Napoli, 2009, p. 96.
54. 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 Relazione existió y en ella Calamandrei expuso las bases ideológicas del Codice, y fue tanto así que la pretensión de negar la realidad no altera ésta. También se sostiene ahora que Calamandrei en la Relazione se limitó a incluir los “estereotipos del régimen” dado que debía ser firmada por Grandi (y así, por ejemplo, TARUFFO, *Per la chiarezza di idee*, cit., p. 725, citando a (“un historiador serio y documentado— y no movido por prejuicios ideo-

lógicos—) Giulio CIANFEROTTI. Naturalmente se olvidan quienes así opinan de las páginas finales de Calamandrei en su Manual que se citan seguidamente.

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

56. 1) De este modo: 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 momento.

El revisor último del Código y autor de la Relazione, CALAMANDREI (*Istituzioni*, I, cit., p. 233) dijo después en su manual: se está ante un “postulado de orden político cuando la relación entre el juez y las partes se considera como la proyección en el ámbito del proceso de la concepción más general en la que inspira en el Estado las relaciones entre el ciudadano y la autoridad; es natural que a cada variación del equilibrio político entre autoridad y libertad corresponda en el microcosmos del proceso una análoga variación del punto de encuentro entre los poderes del juez y los de las partes; allí donde prevalece el autoritarismo en el ordenamiento general del Estado, se habla de buen grado del principio de autoridad también en el proceso civil”.

57. Por ejemplo CALAMANDREI, *L'Avvocatura e la riforma del processo civile*, en “Studi”, I, cit., p. 317; también en Troppi avvocati!, Firenze, 1921, p. 9, 13 y 30.

58. Como sostiene TARUFFO, La justicia civil, en “Páginas sobre justicia civil”, cit., pp. 160 y 162.

59. 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, 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.

60. 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 lo 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.

61. Del Código peruano es ya urgente saber lo que corresponde al texto promulgado en la época no dictatorial de Fujimori, el 5 de abril de 1992, obra de la Comisión, y lo que es propio de la reforma operada ya en la época dictatorial, en 10 de diciembre de 1992, y que es obra de Juan Monroy (no de la Comisión que ya no se reunía). Si esta duda se aclara por quienes pueden hacerlo, empezando por el propio Monroy, no estaríamos dándole vuelta a imputaciones de autoría. Hace un tiempo me limité a decir (en el Prólogo a Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 27) que sería conveniente saber la autoría del Decreto Ley 25940, de 10 de diciembre de 1992, añadiendo que no faltaban sospechas muy fundadas, por lo menos al no haberse rechazado la autoría; ahora estoy afirmando que la Comisión de notables no se reunió después de abril de 1992, y lo afirmó con conocimiento de causa, por la manifestación pública de uno de los miembros de la misma, y a pesar de lo que dice MONROY en el estudio preliminar, titulado La reforma del proceso civil peruano —Quince años después—, al Código procesal civil, Lima, 2009, p. 62, en donde sostiene que la Comisión Revisora se reinstaló y trabajó hasta fines de 1992. Esto no se corresponde con la verdad.

62. Posiblemente la más importante fue la creación de un nuevo juicio ordinario, el llamado juicio de cognición en la Ley de 1944 y en el Decreto de 21 de noviembre de 1952, juicio en el que se aumentaron los poderes del juez civil pero sólo respecto de las facultades procesales (control de oficio de presupuestos procesales), no de las materiales; PRIETO-CASTRO, L., Problemas del juicio de pequeña cuantía, en “Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil”, II, Madrid, 1950, y ARAGONESES, P., Técnica procesal (proceso de cognición y juicio verbal), Madrid, 1955.

63. 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.

64. 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.

65. 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”.

66. CALAMANDREI, L'Avvocatura e la riforma del processo civile, en “Studi sul processo civile”, I, Padova, 1930, pp. 296-350; si bien el trabajo es de 1920, pues se trata de la Prolusione en la Universidad de Siena el 16 de enero de 1920.

67. CALAMANDREI, Op. cit., pp. 299, 311 y ss.

68. CALAMANDREI, Op. cit., p. 317.

69. 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,

70. 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, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2006, núm. 2, pp. 468 y ss)

71. GUASP, Juez y hechos en el proceso civil, en “Estudios Jurídicos, cit., pp. 280 y 281.

72. Algunas son desconcertantes. Por ejemplo el caso de CHIARLONI, S. (en Le recenti riforme del processo civile, I, (Zanichelli, Bologna, 2007, p. 154), para el que ahora resulta “que la polémica científica descienda a los niveles más bajos de la polémica política es cosa que me disgusta”; claro que esto lo dice ahora quien hace más de treinta años publicó un librito titulado Introduzione allo studio del Diritto processuale civile (Giappichelli, Torino, 1975), en el que se pretendía hacer una síntesis del proceso civil desde la perspectiva marxista. Quien entonces hizo política totalitaria ahora no quiere saber ya nada de aquello y muestra su desasosiego cuando otros hacemos política de libertad. Nada raro... siempre estamos en lo mismo.

73. Dino Grandi (Mordano, 1895; Bolonia, 1988), licenciado en Derecho, fue uno de los grandes del fascismo italiano, fue ministro de Asuntos Exteriores (1929-1932), embajador en Londres (1932-1939) y luego ministro de Justicia (y al mismo tiempo presidente de la Cámara de los Fascios y las Corporaciones) (1939-1943). Ya en julio de 1943 fue quien provocó la caída de Mussolini.

74. CALAMANDREI, P., Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte prima, cit., 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.

75. CALAMANDREI, P., Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte prima, cit., pp. 240-244.

76. CARNACINI, T., Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, en “Studi in onore di Redenti”, II, Milano, 1951, pp. 725 y ss.; existe traducción en lengua española de Romo en Revista de la Facultad de Derecho de México, 1953, núm. 12. Antes, ya en 1941, Volontà finale e tecnica della parte nel proceso civile, Bologna, 1941.

77. CAPPELLETTI, M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, pp. 305 y ss.; también Iniciativas probatorias del juez y bases prejurídicas de la estructura del proceso, publicado inicialmente como Iniziative probatorie del giudice e basi pregiuridiche della struttura del processo, en Revista 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, 1972, pp. 111-135. Todas estas citas podrían aumentar y cabría recordar aquí por ejemplo un manual de tanta calidad científica como el MANDRIOLI, C., *Diritto processuale civile*, I, 15.ª edición, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 106 y 107; otro excelente manual italiano, el PROTO PISANI, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, 3.ª edición, Napoli, Jovene, 1999, pp. 437-438, se refiere a tres principios (de la disponibilidad por las partes de las pruebas, inquisitivo y de los 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.

78. En este sentido PICÓ I JUNOY, J., 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, y aquí p. 65; publicado seguidamente en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004, núm. 4 p. 255, la revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; por fin en MONTERO (coordinador) *Proceso civil e ideología*. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 438 páginas (con Alvarado, Ariano, Barbosa, Cipriani, Díez-Picazo, Domínguez, Mendonça, Monteleone, Picó y Verde); se ha publicado una edición en Chile titulada *Proceso civil e ideología*. Un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos y moción de Valencia, Editorial Metropolitana, Santiago, 2008, XIII y 451 páginas, con una presentación de Dr. Diego Palomo Vélez; y también hay otra edición en Perú titulada *Proceso civil e ideología*. Un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos. Moción de Valencia y Declaración de Azul, editorial San Marcos, Lima, 2009, 463 páginas, con presentación de Dr. Guido Aguila Grados.

Fecha de recepción: 1 de marzo de 2010

Fecha de aceptación: 29 de marzo de 2010