



Revista Boliviana de Derecho
ISSN: 2070-8157
revistarbd@gmail.com
Fundación Iuris Tantum
Bolivia

Montero Aroca, Juan
SOBRE EL MITO AUTORITARIO DE LA "BUENA FÉ PROCESAL"
Revista Boliviana de Derecho, núm. 2, 2006, pp. 87-133
Fundación Iuris Tantum
Santa Cruz, Bolivia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539902006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

SOBRE EL MITO AUTORITARIO DE LA “BUENA FÉ PROCESAL” ^(*)

Juan Montero Aroca*

SUMARIO: 1.- Una introducción política: 1.1. El desconocimiento no casual de la buena fe procesal durante más de mil años; 1.2. La mención, tampoco casual, en los últimos años; 1.3. La inclusión en el debate parlamentario de la LEC; 1.4. Nada es políticamente casual, ni siquiera la buena fe procesal. 2.- Los principios del proceso civil en el siglo XX: 2.1. Sobre el objeto del proceso: Oportunidad y dispositivo; 2.2. Sobre el proceso mismo: Aportación e impulso. 3.- La asunción de la dirección formal del proceso por el juez. 4.- El proceso comunista (La negación de los derechos subjetivos privados): 4.1. La función del juez y su cumplimiento por medio de proceso; 4.2. La intervención en todos los procesos del Ministerio Fiscal; 4.3. Los principios de ese proceso: a) La verdad objetiva; b) La colaboración del juez y las partes. 5. El proceso fascista (El juez y la dignidad del Estado): 5.1. Alemania: Las Leyes de 1933 y de 1941: a) La función política del proceso civil; b) La Ley de 1933 y las controversias civiles; c) La Ley de 1941 y el Ministerio Público; 5.2. Italia: Grandi y el Codice de 1940; 5.3. España: Guasp y los hechos en el proceso. 6.- El pretendido valor técnico del aumento de los poderes del juez Civil 6.1. A estas alturas... la politización de la cuestión; 6.2. Peor todavía... la división de la comunidad de estudiosos 7.- Del inexistente deber de buena fe a la prohibición de la mala fe procesal: 7.1. Los deberes procesales; 7.2. Lo que no es la buena fe: a) La observancia de la norma; b) Las multas coercitivas; 7.3. La buena fe y la verdad; 7.3. Las normas legales: a) La norma general; b) Las normas especiales; 7.4. Una propuesta de interpretación: el deber de no actuar de mala fe.

1.- Una Introducción Política

Es prácticamente imposible saber cuántas disposiciones de contenido procesal se han dictado en España desde que puede hablarse de la existencia de un Derecho propiamente español. Sin duda tienen que ser varios cientos y cabe que, incluso, debiéramos hablar de algunos miles¹. Desde este dato, que proviene un poco del saber histórico y otro poco de la experiencia, no puede dejar de llamarnos la atención que, hasta hace muy poco y durante

(*) En este artículo se ha tomado como base del estudio la legislación española, pero, aparte de que las consideraciones son generales y pueden aplicarse perfectamente el Derecho boliviano, haremos alguna referencia especial al Derecho boliviano. Empezaremos diciendo que según el artículo 3, 5) del Código de Procedimiento Civil de Bolivia “son deberes de los jueces y tribunales... Disponer que en sus oficinas se coloquen carteles visibles alusivos a la lealtad, cooperación, buena fe y otras normas de conducta que deben observar las partes, así como otros que contengan instrucciones especiales para facilitar y acelerar los trámites”, y en la misma línea el artículo 57 incluye entre las “obligaciones” de las partes el comportarse “con lealtad, corrección y decoro” bajo las sanciones correspondientes. De esta manera el Código boliviano asumió el llamado principio de buena fe, algo que era común en la segunda mitad del siglo XX y que se hacía en los países iberoamericanos en la mayor parte de los casos sin ser el legislador muy consciente de lo que estaba haciendo y sin que los intérpretes llegaran a percibirse de la trascendencia política del principio.

* Catedrático de Derecho Procesal. Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de la Comunidad Valenciana - España.

¹ En la Nueva y en la Novísima Recopilación se incluyeron 6.695 disposiciones en general, no solo procesales. Este dato proviene de PÉREZ MARTÍN, A., *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia, 1978 (con Sciolz), p. 13, que cita a DÁNVILA, *El poder civil en España*, I a VI, Madrid, 1885-1886. Si en el Antiguo Régimen, en el que el rey asumió tardíamente la función legisladora, las disposiciones legales se cuentan por miles, qué habrá sucedido en el Estado Moderno, en el que la función de legislar se considera esencial en el ejercicio del poder.

bastante más de mil años, en ninguna de aquéllas disposiciones se aludiera a un pretendido principio de la buena fe procesal o, si se prefiere, que en ninguna de ellas se impusiera a quienes hacen el proceso (principal, pero no exclusivamente, a las partes y a sus defensores) la actuación conforme a la buena fe².

1.1. *El desconocimiento no casual de la buena fé procesal durante más de mil años*

Ni en el *Liber iudiciorum*, ni en Las Partidas, ni en la Nueva, ni en la Novísima Recopilación, esto es, en ninguno de los más importantes cuerpos legales que van desde el año 654 con Recesvinto hasta el año 1805 con Carlos IV y Reguera Valdelomar, se encuentra norma alguna que contenga una regla legal del proceso, de cualquier proceso³, que asuma ese pretendido principio de la buena fe procesal. Tampoco puede encontrarse entre las normas extravagantes a esos cuerpos legales disposición alguna que incluya semejante pretendido principio como conformador de nuestro Ordenamiento jurídico procesal. Reconozcamos ya, sin más, que no puede ser fruto de la casualidad que durante más bastante más de mil años de Derecho español no se encuentre en el mismo alusión a ese afirmado principio que se dice debe conformar de todos los procesos.

Más aún. A lo largo del siglo XIX se dictaron en España cuerpos legales de naturaleza procesal muy importantes, pues de ese Siglo fueron las leyes

² No lo creo necesario pero puede que sí sea conveniente dejar claramente establecido desde el principio que en esta intervención no atendemos a la buena fe en el Derecho, sino únicamente a la buena fe en el proceso y aún dentro del mismo nos estamos limitando de modo consciente al proceso civil o, si se prefiere a los procesos no penales. No ofrece duda alguna que especialmente en el ámbito de las relaciones entre comerciantes el principio de la buena fe tiene una gran tradición, algo menos en las relaciones civiles, relativamente poca en las laborales y mucho menos en las administrativas. Insisto, en esta intervención aludo única y exclusivamente a la llamada buena fe procesal.

³ En alguna ocasión se ha sostenido que la regla o el principio de la buena fe no se encuentra ciertamente en Las Partidas pero sí en algunas otras normas como las relativas a los Consulados de Comercio, y así se citan algunas de las Ordenanzas, empezando por la del Consulado de Madrid de 1632 y siguiendo por otras posteriores; en este sentido puede verse PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, Madrid, 2003, pp. 59-60. A pesar de ello es difícil admitir que en las Ordenanzas reguladoras de los Consulados de Comercio se estuviera asumiendo dicho principio o regla conformadora. En efecto, los Consulados españoles lo que hacen es asumir la regulación de los llamados procesos plenarios rápidos, en su manifestación mercantil que tiene su origen en las ciudades italianas; en los Estatutos de estas ciudades se regula un proceso caracterizado por la oralidad, por la supresión de la *litis contestatio*, por la reducción de los trámites y de los plazos, y en esas regulaciones suelen utilizarse expresiones que se ha reiterado después; por ejemplo en el Estatuto de Perugia de 1342 se decía: "... se proceda sommariamente, senza porgermento de libello e contestatione de lite e senza figura e strepito de giuditio..." (FAIRÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953, pp. 46 y ss.). En su origen canónico los procesos plenarios rápidos se inician posiblemente con la clementina *Saepe contingit* de 1306 en la que la fórmula es: "... simpliciter et de

de enjuiciamiento, las civiles y las criminales, y tampoco en ellas se hizo mención de la buena fe procesal, ni con estas palabras ni con otras que vengan a disponer algo parecido, como sería el caso del deber de probidad, de veracidad y similares. Tampoco esto puede ser casualidad.

1.2. La mención, tampoco casual, en los últimos años

Hay que esperar a estos últimos veinte años para que en nuestro Ordenamiento jurídico nos encontremos con referencias directas a la buena fe procesal. El primero de los cuerpos legales fue la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, y en ella se encuentran dos alusiones. Una de ellas es general, la del artículo 11.1, conforme al cual: “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe”; y la otra es especial, referida a los abogados, encontrándose en el artículo 437.1 (ahora en el art. 542.2, después de la LO 19/2003), a los que se ordena que “en su actuación ante los Juzgados y Tribunales... se sujetarán al principio de buena fe...”⁴.

plano, ac sine strepitu et figura iudicii procedi...”. Estas fórmulas o semejantes aparecen con reiteración también en los Consulados españoles, aunque más tarde; en la Corona de Aragón debe citarse las “Ordenanzas de la antigua forma judicaria del Consulado del Mar” del siglo XIII, en las que (edición de CAPMANY, *Código de las costumbres marítimas de Barcelona*, hasta aquí vulgarmente llamado Libro del Consulado, Madrid, 1791) puede leerse, en el Capítulo XXXVI, que los cónsules deben decidir los juicios: “... breuement, sumaria, e de pla, sens brugit e figura de juy, sola factueritati attenta”, es decir, y según la traducción del propio Capmany: “... breve, sumaria y llanamente, sin estrépito y figura de juicio sola factiveritate attenta, es decir, atendida la sola verdad del hecho, según se ha acostumbrado hacer a uso y estilo de mar”. Pero es en el Reino de Castilla donde las Ordenanzas de los Consulados regularon un verdadero proceso plenario rápido atribuido a la competencia de los priores y cónsules de los Consulados y para decidir contiendas mercantiles entre comerciantes. Ese proceso inicia su andadura con el Consulado de Burgos de 1494 (puede verse en Nueva Recp. Libro III, Título XIII, ley 1.^a) y luego se desarrolla en muchas Ordenanzas de otros Consulados, que no es preciso traer aquí; en esas Ordenanzas eran comunes frases como éstas: “... breve y sumariamente, según estilo de mercaderes... la verdad sabida y la buena fe guardada como se debe hacer entre Mercaderes”. Sí bastará recordar que ese proceso se caracterizaba, entre otras cosas, por prohibir la intervención de abogados, por la oralidad, por el predominio de la costumbre mercantil sobre el derecho escrito y también por el aumento de los poderes procesales del prior y cónsules; en ese sentido la fórmula de “la buena fe guardada”, que se utiliza con reiteración significaba “que se ha guardar equidad de la justicia, templandola con el dulzor de la misericordia, porque la buena fe es equidad, y la equidad es temperamento del rigor” (puede verse así HEVIA BOLAÑOS, Curia *Philipica*, tomo II, libro II, capítulo XV, parágrafo 37, pág. 445 y citamos por la edición de Madrid, 1797; también puede ser conveniente ver DOMÍNGUEZ VICENTE, *Ilustración y continuación a la Curia Filipina*, tomo II, Madrid, 1790, pág. 440, donde continúa el anterior epígrafe 37, para el que “la buena fe, y no el rigor y sutilezas de Derecho se han de observar en el Consulado”). Sin perjuicio de que sería necesaria una investigación más detallada, puede provisionalmente concluirse que el pretendido principio de la buena fe procesal, tal y como se pretende que se entienda en la actualidad, era algo ajeno a esos Consulados y al proceso que se regulaba en sus Ordenanzas.

⁴ En el RD 2090/1982, de 24 de julio, que aprueba el Estatuto General de la Abogacía, no había alusión a la buena fe; en su artículo 42 se decía que el abogado debía actuar con toda libertad e independencia, sin otras limitaciones que las impuestas por la Ley y por las normas de la moral y deontológicas. Por el contrario, ahora en el Estatuto aprobado por el RD 658/2001, de 22 de junio, sí se dispone como obligaciones del abogado en el artículo 36 “la probidad, lealtad y veracidad en cuanto al fondo de sus declaraciones o manifestaciones”. Por su parte en el

Unos pocos años después se promulga la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral, y en su Base Décima se pretende que en el posterior texto articulado se regulen como deberes procesales: “3. La actuación de las partes con arreglo a los principios de veracidad y probidad...”. De esta manera luego en la Ley de Procedimiento Laboral, primero en el texto de 1990 y luego en el vigente de 1995, y en el artículo 75, pareciera quererse regular los que llama “deberes procesales”, pero el caso es que respecto de las partes lo que se dispone es: “1. Los órganos judiciales rechazarán de oficio en resolución fundada las peticiones, incidentes y excepciones formuladas con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de derecho. Asimismo, corregirán los actos que, al amparo del texto de una norma, persigan un resultado contrario al previsto en la Constitución y en las leyes para el equilibrio procesal, la tutela judicial y la efectividad de las resoluciones”.

Por fin, es la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 la que en su artículo 247 regula la buena fe procesal y dispone que “los intervenientes en todo tipo de procesos se ajustarán en sus actuaciones a las reglas de la buena fe”, para después entrar en el desarrollo de un régimen de sanciones económicas, las multas, y de la responsabilidad disciplinaria de los profesionales. La LEC no convierte a la buena fe procesal en un principio del proceso, pues entonces el mismo afectaría a todos los que hacen ese proceso, incluidos los jueces y magistrados; se limita a imponer un deber a algunas de las personas que intervienen en el proceso, bien entendido que se trata sólo de las partes y de los profesionales que las defienden.

1.3. La Inclusión en el debate parlamentario de la LEC

A pesar de que de la buena fe se habla por vez primera en la LOPJ de 1985, creo que debe estarse a la LEC de 2000 para intentar determinar su sentido. En efecto, en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, remitido a las Cortes por el Gobierno del Partido Socialista con mayoría absoluta en las dos Cámaras, se decía en el artículo 11.1, y en lo que nos importa: “El ejercicio de las acciones y la oposición en todo tipo de procesos respetará las reglas de la buena fe”, y hay que esperar al Senado para que el Grupo Socialista presente una enmienda, la 374, que admitida por la Ponencia⁵, hace que el artículo 11.1

Código Deontológico se dice: “Artículo 11. Relación con los Tribunales-. 1. Son obligaciones de los Abogados para con los órganos jurisdiccionales: a) Actuar ante ellos con buena fe, lealtad y respeto.-. b) Colaborar en el cumplimiento de los fines de la Administración de Justicia”.

⁵ La misma Ponencia no admitió la enmienda 30, presentada por el Grupo Popular, en la que se pretendía que el artículo 11.1 dijera: “El ejercicio de las acciones y la oposición en todo tipo de procesos respetará las reglas de la buena fe y con observancia del deber de veracidad, salvo el derecho de las partes a no declarar contra sí mismas”, que es un ejercicio de ignorancia procesal, aparte naturalmente de política. La enmienda no fue admitida por la Ponencia.

diga ya de modo definitivo: “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe”. En ese mismo proyecto de ley orgánica el artículo 466 decía lo que al final dijo el artículo 467.1, sin que se propusiera enmienda alguna. No hay más, pero recordemos que el proyecto se presentó por el Partido Socialista en el poder y que la única enmienda admitida provino del mismo.

En el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil remitido por el Gobierno, ahora del Partido Popular y sin mayoría absoluta en las Cámaras, a las Cortes y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 13 de noviembre de 1998 no había referencia alguna a “la buena fe procesal”. Más aún en las enmiendas que se publicaron en el Boletín de 26 de marzo de 1999 seguía sin aludirse a ese pretendido principio. Hay que esperar al texto de la Ponencia, publicado en el Boletín de 27 de julio de 1999, para encontrar un artículo 244 bis, el único del Título VIII (“De la buena fe procesal”), que luego ya no sufrió modificación alguna en toda la tramitación del proyecto de ley hasta convertirse en el artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. En el Informe de la Ponencia se lee simplemente: “La Ponencia propone incorporar un nuevo Título... bajo la rúbrica “De la buena fe procesal”. Ese nuevo Título estará integrado por un solo artículo, el artículo 244 bis, cuya redacción se incorpora al Anexo”.

Consultado el debate de la Comisión de Justicia e Interior, el realizado el 27 de julio de 1999, nos enteramos de algo más. En el curso de ese debate el portavoz del Grupo Popular dijo que la incorporación de ese nuevo artículo se hizo a petición de Izquierda Unida y añadió: “... se incorpora un importante precepto que castiga la mala fe procesal con efectos económicos y disciplinarios”. Por si faltara algo el diputado Sr. Castellano Cardallaguet, el portavoz de Izquierda Unida, vino a decir que se ha introducido una referencia expresa al principio de la buena fe procesal. “Celebramos haber convencido a los demás”. Y añadió: “Creemos que, además de la sanción exigible para quien actúe temerariamente en un proceso, debe haber alguna otra medida de carácter intimidatorio que ponga claramente de manifiesto, cual exige nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, que la buena fe en el proceso es una condición *sine qua non* para que funcione perfectamente el servicio público de la Justicia. Que haya multas que ya están previstas en otros artículos de esta Ley de Enjuiciamiento Civil y para otros supuestos que sancionen tanto a la parte como en el profesional que no respete la buena fe. Se procesa esa conducta de entorpecimiento, de obstrucción a la buena marcha de la justicia, es una petición que en modo alguno va a resultar rechazable por nadie que quiera actuar con arreglo a ese principio de la buena fe”.

Ya en el debate del Pleno del Congreso, el 23 de septiembre de 1999, el mismo diputado Sr. Castellano insistió en que “a instancias de esta representación” se ha dado especial tratamiento a “combatir el abuso o el fraude en las actuaciones litigiosas”. Y en esa línea el portavoz del Grupo Popular reiteró que la norma que castiga la mala fe procesal se incorporó por enmienda de Izquierda Unida.

Dada la falta de debate sobre la inclusión de este artículo 247 no podemos saber las razones de la misma. Lo único cierto es que la propuesta partió de Izquierda Unida.

1.4. Nada es políticamente casual, ni siquiera la buena fé procesal

Se ha tratado, por tanto, de que después de muchos siglos en los que se han realizado millones de procesos sin que se aludiera en las leyes reguladoras de los mismos a la buena fe, en los últimos años se ha entendido que era necesario legalmente aludir al principio o a la regla de la buena fe. Ello no puede ser casualidad. En nuestra opinión las modernas referencias legales a la buena fe, y no sólo en el Derecho español, tienen que explicarse políticamente y, por ello, desde la ideología aplicada al proceso. Así las cosas, esta intervención no se va a limitar a la buena fe procesal, que no puede explicarse enrocada en sí misma, sino que pretende atender al sentido político que está en su base.

A estas alturas nadie se escandalizará si nos limitamos a recordar que “los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de la política estatal en general”, como decía en 1935 James Goldschmidt⁶, y que por esos mismos años sosténía Schönke que “todo derecho procesal depende en su estructura fundamental de la concepción que se tenga sobre la relación entre comunidad e individuo”⁷. Las citas destacando la base política y, por tanto, ideológica de la regulación del proceso, de cualquier proceso, podrían seguir y casi sin fin pero estimamos que no es necesario insistir en que en la regulación del proceso concurren evidentes elementos ideológicos que son determinantes de la existencia de varios modelos teóricos de ese proceso y de que en las leyes se plasme uno u otro.

No puede desconocerse que ha existido una corriente de pensamiento que ha pretendido negar la base ideológica de las leyes procesales, especialmente de las civiles, pero esa corriente está hace tiempo superada y podría decirse que

⁶ GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, cito por la 2.^a ed., Buenos Aires, 1961, p. 109, pero la edición 1.^a es de Barcelona, 1935.

⁷ SCHÖNKE, A., *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1950 (trad. de Prieto-Castro, Carrera y Fairén), p. 15, la edición en lengua alemana es de 1938.

olvidada. Hoy no parece que nadie osaría sostener que “las normas procesales tienen un carácter esencialmente técnico que impiden o al menos dificultan en modo extremo la introducción de las ideas políticas”⁸, y de la misma manera no creo que en la actualidad pueda encontrarse a alguien para el que la mejor demostración de la neutralidad y el apoliticismo de las normas procesales es su mantenimiento en regímenes políticos diferentes⁹.

Si lo anterior se afirma en general no puede llegarse a afirmación contraria cuando se trata de lo especial de la buena fe procesal. La pretensión de que el proceso, cualquier proceso, venga determinado por la que se llama buena fe procesal no puede entenderse si no se toma en consideración lo que suponía el proceso civil en el siglo XIX y como ha evolucionado en el XX.

Y nos limitamos conscientemente al proceso civil, dejando a un lado el proceso penal, porque en nuestra opinión cualquier consideración sobre que el imputado-acusado deba actuar en este proceso sujeto a un deber de buena fe es algo que implica desconocer un derecho, sin duda con rango fundamental, como es el derecho de defensa¹⁰.

2.- *Los principios del proceso civil en el siglo XIX*

Aunque parezca volver demasiado atrás el intento de entender la relación entre ideología y proceso pasa por comprender qué es lo que ha sucedido en los dos últimos siglos con la manera de concebir, primero, la función jurisdiccional y, luego, el proceso civil. Creo que puede decirse

⁸ Como sostuvo Manuel SERRA en 1972, en *Liberalización y socialización del proceso civil*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972, 2-3, pp. 512 y ss.

⁹ Que es lo sostenido por ALCALÁ-ZAMORA, N., *Liberalismo y autoritarismo en el proceso*, en “Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)”, tomo II, México, 1974, p. 255.

¹⁰ No puedo dejar de llamar la atención que PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, Madrid, 2003, dice primero, p. 179, que el imputado tiene el deber de actuar de buena fe, sin perjuicio de que constata, como hecho sociológico, la escasa colaboración procesal del presunto delincuente en la persecución del hecho criminal, y luego, p. 183, que deben distinguirse dos ámbitos de actuación del imputado: 1) En el material, esto es, en lo referido al fondo de la cuestión investigada en el proceso penal al imputado no le es exigible que actúe de buena fe y tiene incluso derecho a mentir, y 2) En el procesal, es decir, en lo que guarda relación con el modo de intervenir en el juicio, sí es exigible la buena fe, por lo que, por ejemplo, no puede actuar con ánimo dilatorio. Dejo aquí mera constancia de mi sorpresa al leer que: 1) al imputado-acusado se le llame presunto delincuente, 2) se afirme que ese imputado está sujeto a un deber de buena fe en la persecución del hecho criminal, y 3) pareciera existir sorpresa de que el imputado se muestre poco colaborador en esa persecución. Me complazco, naturalmente, de que después se aclare que el principio de buena fe, que sigue implicando un deber para el imputado, no supone que éste tenga que declarar en contra de sí mismo, pero sigo sorprendiéndome de que ese mismo principio tenga que llevar a que el imputado no pueda usar de todo lo que la ley le permite, incluso aunque ello suponga ánimo dilatorio, de modo que la buena fe y el deber que ella supone han de implicar que el imputado debe colaborar con que, primero, se decida el proceso rápidamente y, después y en su caso, con que ingrese en la cárcel cuanto antes.

que la concepción liberal propia del siglo XIX se basaba, sobre todo, 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, primero, por un tercero imparcial y, después, por un medio (=proceso) en el que debía quedar asegurado el respeto al principio de contradicción. 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 público¹¹; la jurisdicción y el medio del proceso estaban al servicio de los derechos de los ciudadanos.

Además partiendo de que la función de la jurisdicción era la tutela de los derechos de los ciudadanos, que se confiaba a un juez imparcial (en la terminología de la época neutral), 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 eran las partes tenían que ser las “dueñas del proceso” y en un doble sentido.

2.1. Sobre el objeto del proceso: Oportunidad y Dispositivo

La concepción liberal de la economía, con la libertad de empresa en un mercado libre y con el derecho de propiedad, suponía que el proceso civil se asentaba en el que llamo principio de oportunidad¹², 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 de su derecho subjetivo. No se hablaba en este aspecto de reparto de facultades entre el juez y las partes, pues estas 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

¹¹ 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).

¹² Por ejemplo MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*, I. Parte general, 13.^a edición (con Gómez Colomer, Montón y Barona), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 333 y ss.

la tutela judicial de un derecho era un modo de ejercitar ese derecho, ese ejercicio sólo podía corresponder al titular del mismo.

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

Consecuencia también de la oportunidad era la exhaustividad y la congruencia de la sentencia, esto es, la imposición al juez de la necesidad de pronunciarse sobre todo lo pedido y lo debatido, pero únicamente sobre ello, y de pronunciarse sólo sobre lo pedido y lo debatido, de modo que no cabía ni una falta de pronunciamiento, ni un exceso en el mismo. Se está aquí ante el *ne eat iudex ultra petita partium*.

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 excluido 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.

2.2. 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 diferente de lo anterior y con un fundamento que no guarda relación directa con la concepción liberal de la economía y de los derechos subjetivos privados, pues aquí se atendía a las facultades cuyo ejercicio podía llegar a determinar el contenido de la sentencia y de las que debía quedar excluido el juez; éste era el sentido del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*. La finalidad perseguida era conseguir un juez tercero e imparcial como garantía para las partes de que se iba a realizar un verdadero proceso; esto es, un sistema de solución de las controversias basado en la existencia de dos partes parciales y de un tercero imparcial. Esta era la consideración que llevaba a que el juez quedara apartado de

todo aquello que podía llegar a tener alguna influencia en el contenido de la sentencia, de modo que:

1.º) El juez no podía aportar hechos al proceso. No se trataba ya de determinar el objeto del proceso (actor) o el objeto del debate (demandado), sino que tampoco podía el juez realizar aportaciones de hechos, de cualquier clase que fueran, incluidos aquellos que, si no sirven para identificar el proceso distinguiéndolo de los demás posibles, sí sirven para que puedan llegar a determinar el contenido de la sentencia. Se trata de la distinción entre hechos identificadores del proceso y otros hechos, los más importantes de los cuales son los constitutivos¹³, pero también los impeditivos y los extintivos.

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

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 dirigía¹⁴. Esa desconfianza llevaba, aquí sí, a un reparto de las facultades entre el juez y las partes en el proceso civil, pero reparto en el que se privilegiaba a las partes sobre el juez, hasta el extremo de que éste no era quien podía poner de manifiesto la falta de algún presupuesto procesal, siendo necesaria la oposición de la correspondiente excepción por el demandado, ni quien podía hacer avanzar de oficio el procedimiento por sus fases, siendo también necesaria la petición concreta de una de las partes. Se trataba de que:

1.º) El juez no tenía control de oficio de los presupuestos procesales. El principio 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, siendo todos impedimentos¹⁵).

¹³ Puede verse MONTERO, *Derecho Jurisdiccional. II. Proceso civil*, cit., pp. 123-124.

¹⁴ MANRESA en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada, I, 1.^a edición, Madrid, 1881, p. 10, decía que la mejor ley de procedimientos es la que deja menos campo al arbitrio judicial.

¹⁵ Para la distinción entre presupuestos e impedimentos procesales, ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, II, Buenos Aires, 1955 (trad. de Romera Vera), pp. 44 y ss. 1)

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 siguiente¹⁶. De este modo todos los plazos quedaban a la discrecionalidad de las partes, pues no se entendía precluído 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.

3.- La Asunción de la dirección formal del proceso por el juez.

Antes de seguir hay que dejar a un lado el aspecto de la dirección formal del proceso por el juez, pues sobre ese aspecto no vamos a cuestionar la determinación ideológica. La negación al juez de la potestad necesaria para asumir su función, que era algo típico del liberalismo de corte individualista, de la misma manera como se negaba al Estado en general cualquier injerencia en la vida social que llegaría más allá de la seguridad ciudadana, no pudo mantenerse en el siglo XX. Esta negación al juez de verdadera autoridad y de las potestades necesarias para ejercer su función, no se solucionaba con la llamada publicización del proceso, ni con el autoritarismo, sino simplemente concediéndole la dirección formal del proceso.

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.

¹⁶ 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.

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 una exageración típicamente liberal como eran las referidas a los presupuestos procesales y al impulso de parte¹⁷.

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

Lo anterior no significa que el juez “gestione” el proceso, por lo menos si la palabra gestionar 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 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

¹⁷ Puede verse FAIRÉN, *El principio de autoridad del juez en el proceso civil y sus límites (Sobre los presupuestos procesales y la audiencia preliminar)*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, pp. 223 y ss.

necesarios para que el derecho no se quede en una declaración retórica más. Esto tiene especiales manifestaciones cuando se trata de condenas a hacer, a no hacer o dar cosas distintas del dinero.

Para llegar a esta conclusión de atribuir al juez los poderes necesarios para cumplir su función no hacía falta la que se ha llamado “publicización del proceso”, pues ésta parte de una base necesariamente autoritaria, en el sentido de aumento, deformación, exageración de la autoridad.

4.- *El Proceso Comunista (la negación de los derechos subjetivos privados)*

En la Viena de finales del siglo XIX Anton Menger, profesor de procedimiento civil y llamado el fundador del “socialismo jurídico”, 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”¹⁸. Si esta era una aspiración 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”¹⁹, estaba oponiendo 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.

4.1. *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

¹⁸ Sobre Menger puede verse la biografía de MONEREO PÉREZ en *Juristas universales.3. Juristas del siglo XIX*, Madrid, 2004, pp. 487-494. Las citas del texto provienen de MENGER, *Neue Staatslehre*, Jena, 1903, pero citamos por la traducción al francés de Milhaud, *L'Etat socialista*, París, 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”, tomo I, Perugia, 1994, pp. 225 y ss.

¹⁹ La cita proviene de GURVICH, *Derecho procesal civil soviético*, México, 1971 (trad. de Lubán y revisión de H. Cuadra), p. 44.

de ser de un proceso civil distinto de los otros procesos²⁰. Naturalmente por ese camino la consideración fundamental es la de que el proceso civil es un “fenómeno social de masas”²¹.

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 y el proceso es el medio utilizado para ello. Desde esta idea fundamental debe examinarse el proceso.

Desde esa concepción en la regulación del proceso civil, que sus propugnadores han llamado socialista, carecen de sentido el principio dispositivo y todas sus consecuencias. Se niega la aplicación de los brocados *ne procedat iudex ex officio*, con referencia al inicio del proceso, y *ne eat*

²⁰ Pueden verse GURVICH, Op. 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 “Teste e documenti per la Storia del Proceso”, dirigidos por Picardi y Giuliani (el trabajo de Gurvich se escribió en los años setenta del siglo XX); STALEV, 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, *Introduzione a la Ordinanza della procedura civile della Repubblica Democratica Tedesca*, 1975, Milano, 2004, en el volumen X de “Teste e documenti per la Storia del Proceso”, dirigidos por Picardi y Giuliani (el trabajo de Kellner se escribió en los años ochenta del siglo XX). También puede tener interés CAPPELLETTI, El proceso civil en el derecho comparado, Buenos Aires, 1973 (trad. de Sentis).

²¹ Por ejemplo STALEV, Op. 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. Según el Autor el derecho procesal (en general) ha abandonado hace mucho tiempo las espozas 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).

iudex ultra petita partium, sobre el contenido de la sentencia. Pero más allá, en realidad se trataba ideológicamente de negar la existencia de derechos subjetivos realmente privados y, consiguientemente, de negar la disposición de unos 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 “soviéticos” 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 públicas, ni podía ponerle fin cuando lo estimara oportuno²³.

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 socialista²⁴.

4.2. La intervención en todos los procesos del ministerio fiscal

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

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 solo 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 sutilidad 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 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”.

²⁴ 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.

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’”²⁵. 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.

Por este camino de la atribución de la legitimación al Fiscal es evidente que los derechos subjetivos han desaparecido; si cualquiera puede ejercitar “mí” derecho, incluso contra mi voluntad, es obvio que ese derecho no es “mío”. Más aún, si es posible que después de que un ciudadano ha formulado una demanda el Fiscal determine que la misma es infundada y que ello supone la “renuncia” a la misma²⁶, la única conclusión posible es la de que los derechos subjetivos no existen.

4.3. 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-leninista²⁷, aparte de que viene impuesto por la función del juez y su cumplimiento por medio del proceso²⁸.

²⁵ La cita también en GURVICH, *Derecho procesal civil soviético*, cit., pp. 110-111.

²⁶ GURVICH, *Derecho procesal civil soviético*, cit., p. 119.

²⁷ GURVICH, *Derecho procesal civil soviético*, cit., 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.

²⁸ Debe verse GWIAZDOMORSKI y CIESLAK, *La preuve judiciaire dans les pays socialistes à l'époque contemporaine*, en el volumen *La preuve*, Bruxelles, 1963, en «Recueiles de la Société Jean Bodin, XIX», pp. 69 y ss.

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 objetivo, de los derechos subjetivos tal y como han sido definitivos por el Estado, y no de otra manera²⁹.

Desde este principio 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, tiene que conocer la verdad “verdadera” existente en las relaciones jurídicas entre los particulares, pues por medio del proceso no se trata tanto de tutelar esos intereses particulares cuanto de hacer efectivo el derecho objetivo proclamado en la ley, las consecuencias tienen que ser: 1) el tribunal en su decisión no está limitado por el material proporcionado por las partes, de modo que en el logro del conocimiento de los hechos está interesado tanto el tribunal como la procuraduría y las varias organizaciones estatales y de representación de la sociedad soviética, y 2) el tribunal no debe conformarse con los medios de prueba propuestos por las partes.

El principio de la verdad objetiva tiene que llevar a las consecuencias de que el juez puede o, mejor, debe, adoptar todas las medidas tendentes al esclarecimiento total de las circunstancias del asunto, incluido naturalmente acordar medios de prueba de oficio. No se trata de una facultad, se trata de un

²⁹ 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”.

deber, y la finalidad no es propiamente la tutela de los derechos del particular (los cuales tienen importancia secundaria), sino la defensa del derecho objetivo, el cual debe aplicarse siempre que se esté ante un supuesto de hecho de los previstos en general en la norma³⁰. Además, en todos los procesos en que el Fiscal asume efectivamente su condición de parte la finalidad de su participación es la defensa del interés del Estado, de la legalidad socialista, lo que sólo puede lograrse con el total conocimiento de la verdad.

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”³¹. 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 abogado³².

³⁰ 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, y en el que los principios anteriores se transcriben literalmente. Estos dos cuerpos legales pueden verse en *Codice di procedura civile della Repubblica Socialista Federativa Soviética di Russia*, Milano, 2004, en el volumen IX de “Teste e documenti per la Storia del Processo”, dirigidos por Picardi y Giuliani, y ya antes citado.

³¹ Por ejemplo KELLNER, *Introduzione*, cit., p. XLIX.

³² 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 tiene el deber 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 “Teste e documenti per la Storia del Processo”, dirigidos por Picardi y Giuliani, ya antes citado.

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 un deber de veracidad e integridad o, de otra manera, de lealtad y probidad³³.

En este contexto de la colaboración entre el juez y las partes se inscribe la necesidad de que la buena fe. Esta se presenta como algo relativo a la “moralización” del proceso, pero también como elemento fundamental para lograr la verdad objetiva. De esta manera, y según Cappelletti, el principio del deber de lealtad y verdad en el proceso significa que “las partes deben deducir en juicio el hecho específico integral y real, sin omisiones ni reticencias y no sólo sin falsificaciones, ni siquiera expresa o tácitamente convenidas”³⁴.

Lo que nos importa destacar es que el principio de la buena fe, o el deber de verdad, o la probidad (y ya no se sabe muy bien si se está ante un principio procesal o ante un deber), no se presenta de modo aislado. Forma parte de un conjunto, de un sistema procesal en el que tiene un sentido determinado³⁵.

5.- *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”. Entre las varias leyes que impulsó la que nos importa es la Ordenanza Procesal Civil, que será aprobada en 1895 y entrará en vigor el 1 de enero 1898.

³³ 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 deber ser competas y veraces”.

³⁴ CAPPELLETTI, *Interrogatorio de la parte y principios fundamentales del proceso civil en la Europa comunista*, en el volumen *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. de Sentís, Buenos Aires, 1972, p. 398; adviértase que se está hablando de un principio procesal que parece consistir en imponer a las partes un deber.

³⁵ En este sentido por ejemplo se puede leer en los *Principios fundamentales del procedimiento civil de la URSS y de las Repúblicas Federadas*, de 1961: Principio 24.º: Las partes, sus derechos y obligaciones: Las partes tienen el deber de ejercitar sus derechos procesales con lealtad y probidad. Lo que se repite después en el artículo 30 del *Código de procedimiento civil de República Socialista Federal Soviética de Rusia*, de 1964, y en el que los principios anteriores se transcriben literalmente. Reiteramos que 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 “Teste e documenti per la Storia del Processo”, dirigidos por Picardi y Giuliani, y ya antes citado.

Curiosamente también para Klein el proceso se ha convertido en un fenómeno social de masas³⁶; el proceso es un mal social y, por tanto, el interés del Estado es terminarlo cuando antes y al menor coste posible³⁷. Estas 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 los sociales³⁸.

No vamos a entrar en el detalle de esta forma de entender el proceso; nos limitaremos a decir que en la misma concurren dos elementos que nos importan ahora: 1) El reforzamiento de los poderes del juez, el cual no puede seguir siendo un mero contemplador de la contienda, puesto que no debe proteger no sólo al individuo, sino también al Ordenamiento jurídico al servicio de la comunidad³⁹, lo que incluye el acordar pruebas de oficio, y 2) La imposición a las partes del llamado imperativo de totalidad y obligación de veracidad⁴⁰.

También en esta concepción se llegó a sostener por Klein que las partes debían colaborar diligentemente con el juez en la búsqueda de cómo realmente habían ocurrido los hechos, con el apercibimiento de que si así no lo hacían el juez se convertiría en investigador de los hechos⁴¹. El juez no se limita a juzgar, es el gestor 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 sociedad.

³⁶ La obra de referencia de esta concepción es la de KLEIN, *Materialen zu den neuen österreichischen Civilprozessgesetzen*, Viena, 1897. Sobre ella puede verse FAIRÉN, El proyecto de Ordenanza Procesal Civil austriaca visto por Franz Klein, en "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, 1955, págs. 301 y ss.

³⁷ Así SPRUNG, *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1979, p. 38. También CIPRIANI, *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 (trad. de Ariano); cito por esta última publicación, y en ella p. 65.

³⁸ Otra vez SPRUNG, *Le basi del diritto*, cit., p. 36.

³⁹ 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.

⁴⁰ Para GOLDSCHMIDT, *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.

⁴¹ FAIRÉN, *El proyecto de Ordenanza Procesal Civil...*, cit., págs. 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 cuantas medios de prueba estime oportunos.

5.1. Alemania: Las Leyes de 1933 y de 1942

Algunas décadas después en la Alemania nazi no se afronta la realización de una nueva Ordenanza Procesal Civil⁴², lo que nos impide poner de manifiesto cómo se ha plasmado una ideología en un cuerpo legal, y a ello debe unirse la variedad de aspectos propios del nazismo, aunque se ha sostenido⁴³ que el común denominador de todas sus elaboraciones fue la tiránica acentuación del criterio colectivista de la ‘comunidad de pueblo’⁴⁴, que llevaba a pretender: 1) La desaparición de la diferencia entre sociedad y Estado, 2) La abolición de la separación de poderes y 3) 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.

a) La Función política del proceso civil

La acentuación colectivista del Derecho se manifiesta claramente en el proceso, aunque sobre el mismo pueden indicarse dos corrientes:

1.^a) La extrema representada por Adolf Baumbach, un alto magistrado, que en 1938 propuso que el proceso civil fuera sustituido por actos de jurisdicción voluntaria⁴⁶. Conforme a esta idea si el proceso civil supone una lucha entre partes en la que todos los medios son lícitos para vencer, aunque sea a costa de la verdad y de la justicia, en la concepción nacionalsocialista el juez no debe ser considerado como un tercero imparcial sino que, lo mismo que la policía, es un amigo del ciudadano al que se debe acudir para restablecer el orden y la paz, por lo que parece conveniente que su actuación, como ocurre

⁴² Para LEIBLE, *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. Atendida la influencia de la ZPO austriaca de 1895 los reformadores alemanes empezaron a pensar en limitar la disposición de las partes sobre el curso del proceso, incrementando la dirección por el tribunal y como consecuencia en 1933 se estableció el deber de veracidad de las partes.

⁴³ BÖHM, Peter, *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, *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, Peter, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., pp. 629-630.

⁴⁶ BAUMBACH, *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.

en el procedimiento administrativo, se inspire en los principios de sencillez, libertad (libertad para el juez anotó Calamandrei) de tramitación, oficialidad y veracidad; el principio dispositivo era peligroso, no sólo para la parte más débil, sino para la dignidad de los tribunales del Estado.

Recordando aquí que la proposición no era muy diferente de la idea que Menger tenía del proceso civil, debemos destacar que la proposición suponía realmente la desaparición de la jurisdicción y en ese sentido las críticas fueron muy claras⁴⁷.

2.^{a)} Aparentemente menos radical fue la proposición de Hans Otto de Boor el cual mantenía la existencia del proceso civil en el Estado nacional-socialista⁴⁸, si bien dejando claro: “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”. Esto es, se imponía un proceso civil modelado conforme a los principios nacional-socialistas, el cual debería tener valor para la ‘comunidad del pueblo’.

Se trataba de que como la actuación de la jurisdicción voluntaria, preferentemente conciliadora, que era la idea de Baumbach, no debía impedir declarar a quien correspondía la propiedad de un bien y para ello era más adecuado un verdadero proceso, pero teniendo en cuenta que en el fin del mismo era la tutela de los intereses de la “comunidad del pueblo” por medio de la actuación del derecho en el caso concreto. Otra vez a parece aquí, la negación del juez como sujeto neutral que asiste a la lucha entre dos personas; es necesario juez que “tutele los intereses de la comunidad del pueblo de modo extremadamente activo”.

Incluso en la concepción menos extrema el proceso civil no trataba de modo principal de tutelar los derechos subjetivos de los ciudadanos, pues existe siempre algo que está por encima de ellos. La concepción ideológica que está en la base del nazismo presupone que ciudadano singular existe sólo en cuanto forma parte de su pueblo, de modo que aquél no es titular de derechos fundamentales, sino de deberes.

⁴⁷ En Italia debe destacarse la de CALAMANDREI, *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; en España PRIETO CASTRO, *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.

⁴⁸ La síntesis de DE BOOR puede verse en BÖHM, Peter, *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).

b) La Ley de 1933 y las controversias civiles

Esa concepción básica se descubre en la Ley sobre modificación del procedimiento civil de 1933, que acaba en el Decreto de 8 de noviembre de 1933. Conforme a su exposición de motivos o introducción: “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”. De esta manera y dentro de lo que nos importa:

- a) No se desconoce que son las partes las que aportan los hechos, para la determinación del objeto del proceso y de la resistencia, y que el juez debe decidir dentro de lo pedido y resistido por las partes, con lo que se está admitiendo el principio dispositivo, pero ese principio viene matizado por dos consideraciones:
 - 1.^a) El llamado deber judicial de esclarecimiento, conforme al cual, y según el parágrafo 139, el presidente del tribunal debe requerir a las partes para completar sus aportaciones de hechos y de medios de prueba propuestos.
 - 2.^a) En el parágrafo 138 se introdujo el deber de veracidad de las partes, de modo que éstas deben hacer sus declaraciones sobre los hechos de forma íntegra y de acuerdo con la verdad, añadiendo luego el parágrafo siguiente que el presidente del tribunal debe intentar esclarecer la verdad (*).
- b) El principio que se denomina de deliberación lleva a que sean las partes las que aporten los hechos y las que insten los medios de prueba, pero también en este principio las matizaciones llevan a que el juez tenga amplias posibilidades de acordar pruebas de oficio.

Según la misma Exposición de motivos o Introducción: “Al derecho a la tutela jurisdiccional, que compete a todo sujeto, se corresponde con la

(*) ADICIÓN. No estará demás recordar lo que en 1935 decía Luis LORETO, *El deber de decir verdad en el proceso civil*. § 138 ZPO, publicado inicialmente en *Gaceta Jurídica Trimestral*, San Cristóbal 1935, Nº 5, págs. 14-20 y luego en “*Ensayos Jurídicos*”, Caracas, 1970, pp. 473-479, comentando este parágrafo 138; decía, por un lado en p. 474: “Las partes no luchan en el proceso solamente por conseguir el triunfo y reconocimiento de sus respectivos intereses materiales, sino que cooperan, uti civis, a la realización concreta del orden jurídico total”; y luego en p. 479: “El credo hitleriano de supremacía del Estado, eco reditivo de las antifonas hegelianas, debía penetrar también en el sistema del proceso, hasta imprimirle una estructura y un funcionamiento más cónsenos con la vida jurídica del pueblo y las nuevas instituciones nacionalsocialistas. La Novela 33 responde a esas orientaciones y satisface, en parte, el sentido constructivo y de renovación cultural que anima a la nueva Alemania bajo el Tercer Imperio”.

obligación de facilitar al juez la declaración del derecho por medio de una conducta procesal leal y diligente”. Más aún, se trataba, como dice Böhm, de que las disposiciones programáticas de la Ley de 1933 “imponen a las partes una conducta procesal ‘leal’, ‘diligente’ y ‘cuidadosa’, al juez una ‘rigurosa dirección del proceso’, ‘el efectivo descubrimiento de la verdad’ y una disciplina del procedimiento ‘dinámica’, ‘comprendible’ y ‘auténticamente popular’⁴⁹.

c) La Ley de 1941 y el Ministerio Público

En los últimos años del nazismo las reformas más importantes se hicieron en la organización judicial, siendo manifiesto el intento de ir limitando la independencia judicial. Según Böhm lo característico fue la reducción de la competencia de los jueces ordinarios, con el aumento de la de los especiales, la supresión en la Ley de 24 de noviembre de 1937 de los decanos o directores de los Tribunales, asumiendo sus funciones (las de reparto de los asuntos entre los varios órganos jurisdiccionales) el poder ejecutivo y, por fin la supresión de la inamovilidad judicial en el Decreto de 26 de abril de 1942⁵⁰.

La mayor incidencia, en lo que ahora nos importa, se produjo con la Ley de 15 de julio de 1941, sobre la participación el Ministerio Público en las controversias civiles. De esta manera 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.

⁴⁹ BÖHM, Peter, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., p. 639. Para añadir seguidamente que según la revista Deutsches Recht, 1934, cuaderno 20, y en sus observaciones introductorias se decía: “En el proceso civil se ha manifestado de forma particularmente clara el principio individualista, porque en la época liberal se consideraba el proceso civil como una lucha entre dos individuos. Hoy el proceso civil debe servir para la conservación de la paz dentro de la comunidad. La conservación de la paz jurídica no puede ser confiada a las partes. el proceso civil no es una técnica igual para todos los tiempos, también sus formas son solo expresión de una ideología. A un proceso civil formalista, caracterizado por un sistema de garantías en favor del individuo, debe sustituirlo un procedimiento que lleve a una definición rápida y satisfactoria de la controversia. Esto requiere principalmente una organización dinámica del proceso, la remoción de los límites demasiado rígidos entre magistratura y administración de la justicia, una reforma de la organización judicial en sentido colectivista y la actuación también en el ámbito jurisdiccional del principio del Führer”.

⁵⁰ BÖHM, Peter, *Processo civile e ideología nello stato nazionalsocialista*, cit., pp. 641-647; y no nos paramos a atender a la llamada revocación extraordinaria, entendida en el sentido de que si el juez supremo era el *Führer* nada podía impedir que éste revocara cualquier sentencia; si los jueces no eran más que representantes del *Führer* las sentencias no pasaban de ser respuestas aprobadas por aquél si bien con reserva de revocación.

5.2. Italia: Grandi y el Codice de 1940

Una de las cosas más curiosas que han ocurrido en el mundo del proceso civil es la afirmación, hecha por la mayor parte de los procesalistas italianos y exportada al resto del mundo, de que el Código de Procedimiento Civil de 1940 no es un código fascista. Calamandrei llegó a jurar en un proceso que se trata de un “código de carácter liberal y democrático”⁵¹, y con ello nos pone en la duda de si en el juramento no respetó la verdad, de si Grandi fue engañado, y con él todo el fascismo, o de si en la Italia de 1940 ocurrían milagros jurídicos.

La concepción del proceso civil del fascismo italiano es la que se expresa en la Exposición de Motivos del Código de 1940⁵², del código que entonces fue llamado “codice fascista per eccellenza”⁵³. 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.- Reforzamiento de los poderes del juez para la dirección del proceso”). No se desconoce el principio dispositivo, que es la proyección en el campo procesal de la autonomía privada, por lo que se mantiene la idea de derecho subjetivo (“13.- El principio dispositivo, proyección en el proceso del derecho subjetivo”) pero, una vez iniciado el proceso por la parte, el juez debe tener los poderes indispensables para

⁵¹ Así lo hizo en la sesión del 27 de noviembre de 1947 en el juicio contra Grandi; ver la declaración en el libro de CIPRIANI, *Il Codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992, p. 441.

⁵² 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 al Re*, Bari, 1997, pero es evidente que expresa políticamente lo que el Código desarrolla en su artículos. No hace falta recordar ahora que la Relazione es obra de Calamandrei, CIPRIANI, *Il Codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992, y En los orígenes del Codice di procedura civil, en Batallas por la justicia civil, cit., pp. 3 y ss.

⁵³ Así D'AMELIO, Codice fascista, en “Corriere della sera”, de 27 de octubre de 1940, p. 1, citado por CIPRIANI, *Il Codice di procedura civile*, cit., p. 51, y recordando que Mariano d'Amelio, fue primer presidente de la Corte de Casación.

administrar justicia de un modo activo, para que entre en juego el interés público en la recta y solicita aplicación de la ley en el caso concreto⁵⁴.

- c) En la Exposición de Motivos se dedica un largo epígrafe, el 17, a “Contra la mala fe procesal”, y en el se intenta justificar la razón de que el artículo 88 disponga que “las partes y sus defensores tienen el deber de comportarse en el juicio con lealtad y probidad”⁵⁵; esa razón es que si el proceso civil es un instrumento de actuación de la voluntad del Estado no puede admitirse que la astucia sea un arma tolerable en los juicios; no se trata principalmente de la tutela de los derechos de la otra parte, pues lo importante es que no puede consentirse el fraude contra la administración de justicia. También aquí se alude a la “moralización del proceso civil”⁵⁶.
- d) No se llegó, sin duda a un Ministerio Público dominador del proceso civil, caso de los fiscales soviético y nazi, pero si a un aumento de sus poderes, siendo muy significativos los procesos en los que debe intervenir en todo caso (arts. 69 y 70 del *Codice*), pero especialmente lo es su intervención en todas las causas ante la Corte de Casación.

Han pasado más de sesenta años y en Italia no sólo siguen con un Código fascista sino que todas las reformas posteriores, salvo quizás la de 1950, han seguido por el mismo camino de acentuar los poderes del juez⁵⁷. Se

⁵⁴ 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 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.

⁵⁵ El comentario de esta norma puede verse, de modo general, en CARPI y TARUFFO, *Comentario breve al Codice di procedura civile*, 3.^a edición, Milano, 1994, págs. 196-8, y PICARDI, *Codice di procedura civile*, a cura di, Milano, 1994, págs. 380-2. Debe recordarse que por más de un autor se ha considerado que esa no es una norma con contenido jurídico, y así SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile*, I, Milano, 1966, pp. 259 y ss, y REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, 4.^a edición (al cuidado de Vellani), Milano, 1995, pp. 203-204. Más recientemente debe verse SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali civili*, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1998, I, pp. 91 y ss.

⁵⁶ 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 párrafos 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).

⁵⁷ Puede verse CIPRIANI, I *problemI del processo di cognizione tra passato e presente*, ponencia al encuentro organizado por la Asociación Italiana de Constitucionalistas sobre “Esperienze e prospettive della giustizia italiana” y celebrado en Roma del 14 al 16 de noviembre de 2002, que explica la evolución de la regulación del proceso civil italiano desde 1865. Puede verse también la traducción *Los problemas de la justicia civil italiana entre pasado y presente*, en “Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional”, Lima, Universidad de Lima, 2003, pp. 67-96 (trad. de Ariano),

ha tratado de un camino que ha ido llevando al desastre cada vez de modo progresivamente acelerado⁵⁸.

5.3. España: Guasp y los hechos en el proceso

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 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. No estoy muy seguro de que los autores de los códigos posteriores, especialmente de los últimos y empezando por el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, tuvieran muy claras las bases ideológicas en las que están inmersos (*).

La dictadura franquista no llegó a producir en España un código procesal civil y en todo caso sus reformas más importantes, caso de la creación de un juicio declarativo (el juicio llamado de cognición, regulado en el Decreto de 1952), llevaron a aumentar los poderes del juez, pero sólo en la dirección formal del proceso, no en la material. Algún día habrá que comparar la ideología 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.

⁵⁸ No estoy haciendo un juego de palabras pero es sabido que el problema práctico más grave en Italia es la duración de los procesos y que la situación ha llegado hasta el extremo de que para evitar las condenas por millares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo por la vulneración del derecho a la duración razonable del proceso, se ha llegado dictar una ley, la llamada Ley Pinto, de 24 de marzo de 2001, núm. 89, por la que se regula un procedimiento para tutela del derecho a una reparación equitativa por la excesiva duración de los procesos.

⁵⁹ MENDONÇA, *Direito processual civil. As origens em José Alberto dos Reis*, Lisboa, 2002, y O pensamento de Franco Cipriani sobre a justicia civil, en prensa.

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 la 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, DOS REIS, O novo Código de Processo Civil Portugués, en Boletim da Facultade 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 reforma del proceso civil portugués, 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 MONROY GÁLVEZ, Introducción al proceso civil, tomo I, Bogotá, 1996; la cita obligada aquí es la de ARIANO DEHO, ¿Diez años de eugenésia procesal? Los artículos 426 y 427 del *Código Procesal Civil*, en “Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional”, Lima, Universidad de Lima, 2003, pp. 119-135.

(*) ADICIÓN. Por ejemplo no puede estarse muy seguro de que el autor del Código de Procedimiento Civil de Bolivia, según el Decreto Ley núm. 12760, de 6 de agosto de 1975, elevado a rango de ley por la Ley núm. 1760, de 28 de febrero de 1997, y vigente desde el 2 de abril de 1976, fuera plenamente consciente del sentido de la buena fe o de la lealtad y cooperación. Solo si se me dice que si lo era tendrá que recordar que ese Código fue firmado en primer lugar como Presidente de la República por el Gral. Brig. Hugo Banzer Zuarez.

A pesar de lo anterior, no me resisto a recordar el pensamiento de Jaime Guasp⁶¹. No se ha destacado lo suficiente que, opinando sobre la propuesta de Baumbach⁶² a que nos hemos referido antes, Guasp entendía que el proceso no es el único medio de que dispone el Estado para la realización de la justicia, siendo ese Estado libre para acudir o no al proceso; por ello la propuesta de Baumbach de supresión del proceso civil dando paso a la jurisdicción voluntaria no se opone al derecho natural.

Pero debe estarse a su libro *Juez y hechos en el proceso civil* para percatarse de que el pensamiento de Guasp debe entenderse inmerso en la concepción fascista del proceso⁶³. 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 medievales⁶⁴; naturalmente, el paso siguiente es la pretensión de que un futuro código tenía que superar esa vieja concepción.

De esta manera Guasp en su libro pretende “modernizar”, no ya el principio dispositivo, sino una parte del mismo, la relativa a la disponibilidad de los hechos, y llega a concluir que “las lentas y continuas concesiones al principio de la iniciativa judicial constituyen las primeras etapas de un trabajoso esfuerzo por alterar concepciones históricas que se resisten a su evolución”; más si se quiere, contra quienes defienden el principio dispositivo escribe su libro⁶⁵.

⁶¹ Por el contrario me resisto a citar en el texto a FENECH y su *La posición del Juez en el Nuevo Estado*, Madrid, 1941, por mucho que el prólogo de ese libro sea de Guasp.

⁶² GUASP, *Administración de justicia y derechos de la personalidad*, en Revista de Estudios Políticos, 1944, y ahora en Estudios jurídicos, Madrid, 1996, p. 174, nota 5;

⁶³ GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil (Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso)*, Barcelona, 1943, publicado ahora también en *Estudios jurídicos*, cit., pp. 279-390.

⁶⁴ Lo que en el libro *Juez y hechos en el proceso civil* eran “prácticas medievales”, luego en el manual *Derecho procesal civil*, citó 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, “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”.

⁶⁵ GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil*, cit., p. 390.

6.- *El pretendido Valor Técnico del aumento de los poderes del Juez Civil*

Si se me ha seguido hasta aquí en mi intento de explicar, muy resumidamente, el origen de unas concepciones del proceso civil, se habrá tenido que concluir que esas concepciones eran políticas y que no se ocultaban bajo capa técnica alguna. Comunistas y fascistas estaban hablando de su idea política de lo debía ser el proceso; la verdad objetiva, con los medios propuestos para conseguirla, incluida la colaboración de la partes con el juez bajo la regla de la buena fe, no podía dejar de tener una base política⁶⁶.

En la labor posterior de convertir en técnico lo que era político, el paso fundamental ha consistido en distinguir dentro de las proposiciones del brocado *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 Grandi y Calamandrei no tuvieron duda en considerar como “factor político” el reforzamiento de la autoridad del juez, y en este sentido son muy claras las palabras de la *Relazione* que se repiten y se refuerzan en el Manual⁶⁷, 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 partes⁶⁸.

⁶⁶ Por eso no puede dejar de suscitar preocupación cuando se lee por ejemplo en la STC 206/1991, de 30 de octubre: “Pues bien, uno de los deberes de colaboración de las partes en el proceso, a fin de que pueda obtenerse una rápida y eficaz tutela efectiva, estriba precisamente en la obligación procesal de actuar en el proceso de buena fe (art. 11 LOPJ), con probidad, sin chicanas, ni enredos”. Se trataba de un proceso penal y se achacaba al imputado que había formulado recursos que habían paralizado el proceso, de modo que: “Dicha conducta obstrucciónista no sólo no guarda proporcionada relación con el legítimo ejercicio del derecho de defensa, sino que, antes al contrario, estuvo dirigida exclusivamente a obtener la indebida puesta en libertad del recurrente por el mero transcurso de los plazos legales de la prisión provisional, razón por la cual dicha antijurídica conducta, contraria a la obligación constitucional de colaboración con Jueces y Tribunales en orden a obtener una rápida y eficaz actuación de la Justicia, no puede merecer el amparo de la Constitución”. Adviéntase hasta donde puede llegar la “perversión” de la buena fe y de la colaboración del acusado con los jueces.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Parte prima, cit., pp. 240-244.

Abierto ese camino, Carnacini sostuvo luego la necesidad de distinguir entre lo que se refiere al monopolio de las partes sobre el objeto del proceso, que afecta a la disposición de su interés, y lo atinente a la determinación de los materiales de hecho y de los medios para probarlo, entendiendo que este segundo aspecto afecta únicamente a la conformación del instrumento que la ley predispone para la tutela jurisdiccional⁶⁹. 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 juez⁷⁰.

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. Pero todavía hay algo más sorprendente y que puede verse en dos aspectos.

6.1. A estas alturas... la politización de la cuestión

Cuando con afán de claridad conceptual se pretende destacar por algunos -y me estoy refiriendo a lo que me afecta directamente- los orígenes ideológicos de determinadas concepciones del proceso civil y se dice que el aumento de los poderes del juez tiene las bases ideológicas comunista y fascista que hemos visto, la respuesta de algunos es que estamos politizando la cuestión, que estamos haciendo “indebidos planteamientos de la discusión que, en ocasiones, y aunque sea de forma indirecta e implícita, conducen a ciertas descalificaciones personales respecto de los autores que no comparten unas mismas ideas”⁷¹.

⁶⁹ CARNACINI, *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.

⁷⁰ CAPPELLETTI, *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 *Rivista di Diritto Processuale*, 1967, pp. 407-428, pero que cito por “La oralidad y las pruebas en el proceso civil”, trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1972, pp. 111-135.

⁷¹ En este sentido PICÓ I JUMOY, *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. En el mismo número de la Revista puede leerse un “curioso” trabajo de OLIVEIRA, *Poderes del juez y visión cooperativa del proceso*, pp. 31-72, que es el mejor ejemplo que puede encontrarse de reducción del proceso civil a instrumento de justicia totalitaria en manos de un juez que no se encuentra vinculado por las alegaciones y las peticiones de las partes, de un juez que, además, impone a los abogados de las partes colaborar con él en contra de los intereses de sus clientes respectivos.

Picó parte de que el aumento de los poderes del juez en el proceso civil, y precisamente de los poderes materiales, no simplemente de los procesales, es una cuestión puramente técnica, por lo que el politizarla es plantearla mal. Desde aquí la consecuencia es que aquellos, a los que se califica de “revisionistas”⁷², que pretendemos explicar la base política del aumento de los poderes del juez hacemos un planteamiento perverso de la cuestión. De este modo los sostenedores del aumento de esos poderes son técnicos del derecho procesal y los que nos hemos limitado a pretender advertir de las bases ideológicas propias de ciertos planteamientos que se han repetido durante un siglo somos los que estamos politizando la cuestión. Los que propiciaron la llamada “publicización del proceso”, los que han entendido, por ejemplo, que el derecho procesal es el prisma ideal para analizar y entender los grandes movimientos de la historia, o los que han defendido la socialización de la justicia, o los han concebido el proceso como un fenómeno social de masas, o, mejor aún, los que han pretendido escribir un derecho procesal desde una concepción marxista⁷³, esos parece que no han politizado la cuestión o, por lo menos, no he visto reproche alguno.

Después de casi un siglo en el que se ha pretendido que el derecho procesal civil es una ciencia partidista, que “sirve para la construcción del comunismo”⁷⁴, en que se han escrito varios libros con títulos en los que se hacen coincidir las palabras proceso e ideología⁷⁵, en el que se ha afirmado paladinamente que el proceso no es “neutro” en sus técnicas internas con relación a las orientaciones políticas de la sociedad en que opera⁷⁶, después de todo esto va resultar que somos los llamados “revisionistas” los que estamos politizando el derecho procesal. ¡Vivir para ver!

⁷² De “revisionistas” ha calificado CHIARLONI, *La giustizia civile e i suoi paradossi, en Storia d’Italia, Annali 14, Legge diritto giustizia* (direc. Violante), Torino, 1998, p. 410, en nota, a quienes están sosteniendo hoy en Italia la base fascista del Código de 1940 o, mejor, a quienes están pretendiendo un nuevo código no sometido a esa base ideológica. La palabra se asume y se utiliza por Picó i Junoy, aunque siempre la pone entre comillas.

⁷³ Caso de CHIARLONI, *Introduzione allo studio del Diritto Processuale Civile*, Torino, 1975; además *Introduzione, en Codici di procedura civile del Regno di Sardegna*, Milano, 2004, p. XXIV; Il presente come storia: dai codici di procedura sardi alle recentissime riforme e porpose di riforma, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2004, pp. 447-471; y Relazioni tra le parti i giudici e i difensori, en XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, México 22-26 setiembre 2003, pp. 246 y ss., y en especial pp. 254-258. Recuérdese que fue este autor el que ha tildado de “revisionistas” a quienes no piensan como él. Debe recordarse también que la palabra “revisionista” en boca o pluma de un comunista tiene un sentido muy determinado, como nos recuerda MONTELEONE, El actual debate sobre las “orientaciones publicistas” del proceso civil, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2005, núm. 7, pp. 223 y ss.

⁷⁴ GURVICH, *Derecho procesal civil soviético*, cit., p. 25.

⁷⁵ Por ejemplo CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna, 1969. Insisto, es un mero ejemplo.

⁷⁶ DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, p. 118.

6.2. Peor todavía... la división de la comunidad de estudiosos

Poco después de promulgarse la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, fui invitado a dictar la conferencia de clausura de las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. La conferencia la dicté el 20 de octubre de 2000 y desde aquel mismo día advertí que algo raro estaba empezando a pasar a mi alrededor. Ya al finalizar la intervención me pareció que parte de los miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal no estaban muy conformes con lo que habían oído, y se pudieron ver desde el estrado muestras de disconformidad, mientras que otra parte aplaudía con convicción poco habitual en esos actos y exteriorizaba su conformidad de manera más expresiva de lo acostumbrado. Desde entonces se han sucedido acontecimientos que pueden calificarse de insólitos y que siguen sorprendiéndome.

Aparte del texto escrito que sirvió de base para la conferencia⁷⁷, algo después publiqué ya en España un pequeño libro ampliando el texto anterior⁷⁸. Ese libro fue traducido al italiano al año siguiente y publicado con el sello de Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, y con el título *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*⁷⁹, y precedido de una *prefazione* redactada por el prof. Cipriani⁸⁰.

Muy poco después el prof. Verde publicó un artículo titulado *Le ideologie del processo in un recente saggio*⁸¹ de comentario de mi libro y de la *prefazione*

⁷⁷ Con el título *La Ley de Enjuiciamiento Civil española, el Código Modelo y la oralidad* se publicó en el Tomo II de "Relatorías y Ponencias sobre Derecho Procesal. XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal", Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, s. d (pero 2000) y s. l. (pero San José, Costa Rica), pp. 285 a 350; Con este mismo título se publicó después en DERECHO. PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, núm. 53, pp. 583-668. Después con el título *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, los poderes del juez y la oralidad*, se publicó en España en la Revista de Derecho Procesal, 2001, núms. 1-3, pp. 555-635.

⁷⁸ Los principios políticos de la nueva *Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2001.

⁷⁹ DÍEZ-PICAZO, Ignacio, *Con motivo de la traducción al italiano de la obra del Profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español*, en Tribunales de Justicia, 2003, 5, pp. 37-46.

⁸⁰ Franco Cipriani es ordinario de Derecho Procesal Civil en Bari y autor, entre otros, de dos libros que han despertado la memoria de la que ha sido la *historia procesal civil italiana*. Se trata de *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile del regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, Giuffrè, 1991, e *Il Codice di Procedura Civile tra gerarchi e processualisti. Riflessioni e documenti nel cincuentenario dell'entrata en vigore*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992. En castellano puede verse su colección de ensayos *Batallas por la justicia civil*, Lima, 2003, traducción de Eugenia Ariano.

⁸¹ Giovanni VERDE en *Rivista di Diritto Processuale*, 2002, 3, pp. 676-687.

de Cipriani, manifestando conformidades y desacuerdos, más de éstos que de aquéllas, y ese artículo fue rápidamente publicado en la revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y con traducción revisada por el mismo presidente del Instituto⁸². Casi simultáneamente dieron respuesta al prof. Verde los profs. Cipriani⁸³ y Monteleone⁸⁴, naturalmente en revista italianas y nadie del Instituto ha pretendido publicarlas en la Revista.

En esa polémica hube de terciar y lo hice con un breve artículo que publiqué, primero en una revista italiana y luego en la Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, aparte de una española y otra peruana⁸⁵. Después deben leerse las notas de Cipriani sobre el abogado y la verdad⁸⁶ y de Monteleone sobre orientaciones publicistas del proceso civil⁸⁷; y menos interés tiene la aportación del magistrado Costanzo M. Cea⁸⁸.

Por el camino anterior discurría la polémica cuando surgió un incidente en Argentina, que es el que me importa destacar ahora. Fue el caso que el presidente del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires (Dr. Federico Domínguez) hubo de dirimir con su voto un empate entre magistrados de la Corte Suprema de la Provincia y en su voto dirimente (Suprema Corte Buenos Aires, 29/10/2003) hizo repetida referencia a mi libro de los principios, poniendo de manifiesto que el problema del caso concreto no era simplemente una cuestión técnica, pues en el mismo, relativo al respeto de la cosa juzgada, se evidenciaba las varias posiciones en torno al papel del juez en el proceso.

La sentencia anterior mereció una nota del Dr. Mario A. Morello⁸⁹, presidente de honor del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en la

⁸² VERDE, Las ideologías del proceso en un reciente ensayo, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2003, núm. 3, pp. 31 a 44, traducción revisada por Roberto O. Berizone.

⁸³ CIPRIANI, Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2003, 2, pp. 455-466.

⁸⁴ MONTELEONE, Girolamo, *Principi e ideologie del processo civile: impresioni* de un “revisionista”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2003, 2, pp. 575-582. Es ordinario de *Derecho Procesal Civil en la Universidad de Palermo* y autor de un conocido manual *Diritto processuale civile*, 3.^a edición, Padova, CEDAM, 2002.

⁸⁵ MONTERO, Il processo civile “sociale” como strumento di giustizia autoritaria, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2004, 2, pp. 553-579. En español con el título *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*, en *Actualidad Civil*, 2004, marzo, segunda quincena, número 6, pp. 597-619; en *Actualidad Jurídica* (publicación mensual de *Gaceta Jurídica*, Lima, Perú), 2004, tomo 125, abril, pp. 57 a 76. Y en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2004, núm. 6, pp. 15 a 50.

⁸⁶ CIPRIANI, *El abogado y la verdad*, en *Poder Judicial*, 2003, núm. 72, pp. 175-181

⁸⁷ MONTELEONE, El actual debate sobre las “orientaciones publicistas” del proceso civil, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2005, núm. 7, pp. 223 y ss..

⁸⁸ CEA, C. M., Valori e ideologie del processo civile: Le ragioni di un “terzista”, en *Rivista di Diritto Civile*, 2005, II, pp. 87-108. También puede citarse a última hora RICCI, G. F., Il processo civile fra ideologie e quotidianità, en *Rivista Trimestrale di diritto e Procedura Civile*, 2005, pp. 77 y ss.

⁸⁹ Publicada en LexisNexis, Jurisprudencia Argentina, de 18/02/2004, y titulada *Los jueces, la interpretación y las carpas ideológicas*.

que venía a sostener que la fundamentación del voto del Dr. Domínguez era innecesariamente ideológica, aparte de que se basaba en escritos de quienes habían venido a dividir la comunidad de estudiosos y políticos del proceso. Dada la referencia que de modo indirecto hacía a mi persona y a mi libro hube de contestarle por medio de una nota que se publicó en la misma revista Argentina⁹⁰.

La nota del Dr. Morello no tenía una tesis que defender. Según el Dr. Morello el esfuerzo intelectual realizado por varias personas en los últimos tiempos para llegar a comprender las raíces ideológicas de buena parte de la legislación y de la doctrina del siglo XX sobre la función del juez y sobre el sentido el proceso, debería quedar en el silencio por cuanto ese esfuerzo puede entenderse, y así lo hace él, bien como un elemento de división de la comunidad de estudiosos y políticos del proceso, bien como un incumplimiento de las reglas y estilos de debate, exposición y defensa de puntos de vista, bien como una manera de agraviar, descalificar, hacer imputaciones torcidas de afiliaciones políticas.

Eso era todo. No se defendía una tesis, ni técnica ni política. Se quería simplemente callar a quienes discrepan de la que el Dr. Morello afirma que es la mayoría de estudiosos, la cual naturalmente coincide con lo sostenido por él. La respuesta, por tanto, no podía llegar más allá de recordar que todos podemos expresar el resultado del esfuerzo intelectual, especialmente cuando existe detrás una obra que lo respalda.

7.- *El sentido de la buena y de la mala fe procesal*

Todo lo anterior, las largas páginas sobre ideología y proceso, han perseguido una finalidad, la de poner de manifiesto que el pretendido principio de la buena fe procesal no nace en el vacío, no es algo que aparezca desconectado de las corrientes ideológicas que han pretendido conformar el proceso civil en el siglo XX. Más aún, no puede sostenerse que una norma, sea ésta la que fuere, pueda interpretarse de modo aislado, sin incardinárla en el contexto socio-político en el que aparece y sin ponerla en relación con el conjunto del cuerpo legal en el que se incluye.

7.1. *Los deberes procesales*

Parece así claro que el pretendido principio de la buena fe procesal no puede separarse, por lo menos de entrada, de la elemental consideración

⁹⁰ MONTERO, *La ideología de los jueces y el caso concreto*. Por alusiones, pido la palabra, en LexisNexis, Jurisprudencia Argentina, de 05/05/2004.

de que en su origen en el siglo XX no fue una concreción del principio general de la buena fe en las relaciones jurídicas materiales⁹¹. La buena fe procesal tuvo su origen en la idea política de que el proceso civil no es una contienda o lucha entre partes parciales, que “pelean” por lo que creen que les corresponde, y ante un tercero imparcial, sino que ese proceso es un medio para la búsqueda de la única solución legal, la basada en la verdad objetiva, medio en el que colaboran las partes (especialmente sus abogados) y el juez; en esa colaboración el juez asume deberes, no frente a las partes, sino para con la sociedad (por ejemplo la prueba de oficio), y las partes asumen deberes (no obligaciones), principalmente el de colaborar con el juez (el deber de veracidad e integridad)⁹².

Incluso en el caso de que se pusieran en duda, o se negara lo anterior, no podría desconocerse que las referencias que pudieran hacerse a la concurrencia de una exigencia de buena fe procesal tendrían que encuadrarse en la configuración, no tanto de obligaciones, cuanto de deberes procesales, y que ello es propio, no de un proceso garantista, sino de un modelo de proceso civil diferente, modelo al que ahora pretende llamarse de “proceso civil social”⁹³.

Una de las genialidades de Goldschmidt y de Cornelutti fue constatar que el moderno proceso civil se basa en que las partes actúan en el mismo movidas por su propio interés, no al servicio de intereses ajenos, y de ahí que concluyeran que lo que mueve a las partes son cargas, no obligaciones ni deberes. La carga se concibió así, por el primero como “la necesidad de realizar un acto para prevenir un perjuicio procesal”⁹⁴, mientras que el segundo, que

⁹¹ Las obras generales sobre la buena fe en el derecho material son muchas y algunas de gran mérito, desde la clásica de WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Madrid, 1977 (trad. de Carro), con prólogo de Díez-Picazo, pasando por la obra de DE LOS MOZOS, J. L., *El principio de la buena fe*, Barcelona 1965, hasta el reciente Tratado de la buena fe en el Derecho, Buenos Aires, 2004. Es evidente que la consideraciones del texto no se refieren a la buena fe en el ámbito de las relaciones jurídicas materiales y especialmente en las privadas.

⁹² Se puede leer aún en la Partida Tercera, Título VI, Ley XV: “*Prevaricator*, en latín tanto quiere decir en romance como abogado que ayuda falsamente a la parte por quien aboga, e señaladamente, cuando en paridad ayuda e aconseja a la parte contraria... tal abogado como este debe morir como alevoso... Otrosí decimos que cuando el abogado hiciere usar, a sabiendas, a la su parte de falsas cartas o de falsos testigos, que esa misma pena merece”. Estamos ante una muestra de sabiduría; el abogado ayuda a su parte, pero no de cualquier manera.

⁹³ Puede verse MONTERO y el artículo antes citado en italiano *Il processo civile “sociale” como strumento di giustizia autoritaria, y en español El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*. Un ejemplo de asunción de ese modelo de “proceso civil social” puede verse en GIMENO, Proceso civil práctico, III, Madrid, 2002, pp. 685 y ss.; naturalmente no es el único, también ASENCIO MELLADO, Derecho procesal civil. Parte primera, Valencia, 2000, pp. 33 y ss., llega más lejos, pues pone en duda la constitucionalidad de un proceso civil que no asuma ese modelo.

⁹⁴ GOLDSCHMIDT, J., *Derecho procesal civil*, cit., pp. 201.213, y *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, 1961, pp. 91-110, aunque el origen está en su *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, y en éste pp. 335-362.

empezó diciendo que la distinción entre carga y obligación se fundaba en “la diversa sanción conminada a quien no realiza el acto; existe sólo obligación cuando la inercia da lugar a una sanción jurídica (ejecución o pena); en cambio si la abstención del acto hace perder sólo los efectos útiles del acto mismo, tenemos la figura de la carga”, acabó refiriendo la distinción al interés: “obligación y carga tienen en común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad, pero divergen en cuanto al elemento sustancial, porque cuando media obligación, el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno y cuando hay carga, para la tutela de un interés propio”⁹⁵. La noción de carga se convirtió así en algo esencial para entender el proceso civil.

Todo el proceso civil, entendido como garantía de los derechos subjetivos privados de los ciudadanos, descansa sobre la concepción de que los actos procesales no se conciben para las partes como obligatorios, sino como potestativos, en el sentido de que a su realización se vinculan consecuencias beneficiosas para la parte que los hace y a su no realización se adscriben consecuencias perjudiciales⁹⁶. En el proceso, pues, no existen normalmente:

- 1) Ni obligaciones, que son imperativos del interés ajeno y que suponen la existencia de un titular de un derecho subjetivo correlativo, el cual podría exigir coactivamente el cumplimiento de la obligación y, en caso de incumplimiento, la reparación o indemnización consiguiente.
- 2) Ni deberes, que no tienen correlativamente un titular de un derecho subjetivo concreto, pues el deber se impone como imperativo del interés general y por ello el incumplimiento del deber lleva a la imposición de una sanción, normalmente de una multa, pero también de una corrección disciplinaria.

Partiendo de esta distinción entre carga, obligación y deber, que es la comúnmente aceptada⁹⁷, puede concluirse que en la LEC española no se ha

⁹⁵ CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, núms. 155-166. Otra cosa es que en la evolución permanente del pensamiento de Carnelutti en algún momento se incurra en graves imprecisiones sobre el concepto de obligación, y así *Instituciones del Nuevo proceso civil italiano*, cit., pp. 209 y ss., pues define la obligación como “vínculo impuesto a su voluntad (la de la parte en el proceso) para la subordinación de un interés suyo al interés (público) referente a la justa composición de la litis”, desde esa definición el artículo 88 del Código de Procedimiento Civil impone a las partes una obligación, aunque luego resulta que el incumplimiento de la misma da lugar a una sanción, la del artículo 99.

⁹⁶ En general sobre poder y deber, ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, pp. 172 y ss. (existe traducción al castellano de Sentís, Buenos Aires, 1964) decía Romano que en el derecho público la figura del deber desligado de un derecho ajeno es frecuente; FROSINI, *Potere (teoria generale)*, en *Novíssimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, 1966, pp. 440 y ss.; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, pp. 168 y ss., y BETTI, *Dovere (teoria generale)*, en *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano, 1965, pp. 53 y ss.

⁹⁷ Por ejemplo COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 4.ª edición, Buenos Aires, 2002, pp. 171 y ss.

llegado a imponer obligaciones a las partes, sino simplemente deberes, y aun que debe distinguirse claramente entre lo que es un deber y lo que es una carga, por ejemplo cuando se trata del sometimiento a las pruebas biológicas⁹⁸. Desde la misma distinción la posibilidad de imponer multas a las partes se basa en la consecuencia del incumplimiento de deberes procesales, la mayoría de ellos unidos al de la aparente buena fe (en realidad, a la prohibición de la mala fe, que es cosa muy diferente como veremos como veremos).

7.2. *Lo que no es la buena fe*

Llegamos así a la conclusión de que lo que se quiere imponer a las partes y a sus defensores en el artículo 247 de la LEC es un deber, y ahora debe precisarse que el mismo no debe confundirse (no ya con el abuso del derecho⁹⁹ o con el fraude a la ley procesal, aparte de con el fraude procesal¹⁰⁰, con los que la diferencia no se ha llegado a cuestionar), ni con lo que podríamos llamar el cumplimiento de la norma procesal, y las consecuencias de la inobservancia de la misma, ni con las multas coercitivas.

⁹⁸ Cuando el artículo 767.4 LEC dispone que la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios, no está estableciendo un deber procesal sino inequívocamente una carga, pues el incumplimiento de ese pretendido deber no lleva aparejada una sanción sino una consecuencia procesal perjudicial que podría evitar realizando el acto. Si ese sometimiento a la prueba biológica se concibiera como una obligación de hacer se estaría nada menos que ante la posibilidad de que se exigiera coercitivamente, lo cual no parece que sea defendido por nadie, aunque existe alguna sentencia del Tribunal Constitucional muy sospechosa; si se tratara de un deber el incumplimiento debería ser sancionado; al tratarse de una carga la ley se limita a disponer una consecuencia perjudicial para la parte al no “levantar” la carga; incluso podría recordarse la diferencia entre el artículo 767.4 y el artículo 329.2 sobre la presentación de documentos en poder de la parte contraria; así MONTERO, *La prueba en el proceso civil*, 3.^a edición, Madrid, 2002, pp. 222 y ss.

⁹⁹ El abuso de derecho tiene contornos propios, incluso en el ámbito procesal, pues también en éste debe partirse de la existencia de un derecho subjetivo claro e indiscutido y del ejercicio del mismo de modo que se cause un daño o perjuicio a otra persona, sin por ello alcanzar beneficio o ventaja alguna de las que son inherentes a la titularidad de ese derecho subjetivo. Me remito a PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, cit., pp. 93 y ss., donde puede verse toda la bibliografía. Parece claro que siendo teóricamente posible el abuso de un derecho de naturaleza procesal y en el proceso, en la práctica será raro que se produzcan supuestos evidentes del mismo, que no será fácil distinguir del deber de buena fe o, mejor, de la prohibición de actuar de mala fe. Cuesta mucho pensar en la imposición de sanciones por presentar una demanda, por muy inicua que sea, o por interponer un recurso con ánimo meramente dilatorio. El supuesto de la recusación con mala fe, según el artículo 228 de la LOPJ, es un ejemplo claro de prohibición de actuar con mala fe y de la sanción de esa conducta. Naturalmente el pretender recusar fuera de los momentos legalmente previstos no es supuesto de actuación de mala fe, ni con abuso de derecho, pues se trata simplemente de acto contrario a la regulación prevista en la norma y por lo mismo de acto que no puede producir los efectos normales propios del acto.

¹⁰⁰ El fraude a la ley, se entiende ley procesal, tampoco debe confundirse con el deber de buena fe, pues aquél presupone la utilización de una norma, al amparo de la cual se realiza un acto, para evitar la aplicación de otra norma que es la procedente. También aquí PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, cit., pp. 106 y ss. Naturalmente una cosa es la utilización del proceso, del conjunto del mismo, como medio para lograr un fin no permitido por la ley, y otra

a) La observancia de la norma

El sometimiento a las normas procesales y las consecuencias de su inobservancia es algo muy distinto del pretendido deber de buena fe y la imposición de una sanción por incumplimiento. El proceso civil tiene, como es obvio, una regulación procedural en la que cada trámite tiene un contenido determinado, de modo que si la parte no realiza el acto, o no lo realiza del modo previsto en la ley, la consecuencia no es la imposición de una sanción sino la pérdida del trámite. Estamos en el terreno de las cargas, pero para verlo más claro podremos algunos ejemplos.

La alegación por el demandado de la falta de jurisdicción o de competencia dice la LEC (arts. 63 y 64) que debe realizarse precisamente por medio de la declinatoria y no de otra manera, de modo que si el demandado en la contestación a la demanda y en la audiencia previa quiere alegar sobre la falta de esos presupuestos procesales, no es que esté incumpliendo el deber de buena fe, es simplemente que no se sujeta a lo previsto en la ley, de modo que el juez simplemente rechazará la posibilidad misma de la alegación en esos momentos.

De la misma manera si en la ley se prevé que el momento de la alegación de la causa de pedir es el de la demanda y el de la alegación de las excepciones materiales es el de la contestación a la demanda, de modo que luego, ya en la audiencia previa, no cabe alterar ni los fundamentos de la pretensión ni los de la resistencia, el intento del demandante de alterar la causa de pedir de su pretensión o del demandado de modificar el fundamento de su resistencia, es simplemente inadmisible y el juez lo rechazará. En ello no entra en juego la buena fe, sino el cumplimiento de la ley.

Asimismo si la ley dispone que los documentos, los esenciales y los accesorios, se presentan en unos momentos determinados y prevé algunas excepciones, la petición de una de las partes de que se le admita un documento fuera de la regla general y de las excepciones, no es que sea contraria a la buena fe, es que es contraria a la legalidad sin más y por ello no debe estimarse.

Los ejemplos en este orden de cosas podrían referirse a la mayor parte de las pretendidas por Picó i Junoy reglas de la buena fe en los procesos declarativos, que son las estudiadas por él, pero también en el proceso de ejecución y en las medidas cautelares. Así no se descubre fácilmente qué relación guarda con la buena fe el que los artículos 580 y 581 LEC prevean casos en que procede y casos en que no procede el requerimiento de pago, y,

desde luego, la exigencia de acreditar el *fumus boni iuris* no se descubre como depende de la buena fe¹⁰¹.

En todos estos supuestos no se impone a la parte que realice una conducta determinada ni se le conmina con una sanción para el caso de que no la realice. Se trata sencillamente de que la parte tiene, en un acto procesal, que cumplir con lo que la ley dispone y el incumplimiento, tanto si hace como si no hace, da lugar a la consecuencia prevista en esa misma ley. Nada que ver con la buena fe, a riesgo de entender que el incumplimiento de las reglas legales, incluidas las meramente procedimentales, supone siempre una infracción del deber de buena fe, con lo que el ámbito de ésta sería desmesurado.

b) Las multas coercitivas

Ya la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, en su artículo 238, procedió a regular los que llamó apremios pecuniarios y que la doctrina calificó, no de *astreintes*¹⁰², sino de multas coercitivas, de manera que se partía de la existencia de una noción general de multa coercitiva y de manifestaciones de la misma, en el campo administrativo y en el procesal¹⁰³. En efecto:

1.º) El artículo 96 la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, entre los medios de ejecución forzosa de las resoluciones administrativas prevé la que llama multa coercitiva, y luego el artículo 99 establece que las Administraciones Públicas pueden, “para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado”, fijándose luego la lista de cuándo pueden hacerlo, pero dejando aclarado que esta multa es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas¹⁰⁴.

diferente el fraude de ley procesal propiamente de dicho, pues ahora se trata de que dentro de un proceso se utilice una norma para conseguir lo que otra norma impide. Por ello mientras se pueden poner ejemplos de procesos fraudulentos, no ocurre lo mismo con el verdadero fraude de ley procesal.

¹⁰¹ PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, cit., pp. 130 y ss.; para el caso del proceso de ejecución p. 168, y para el del proceso cautelar p. 169. Por cierto que pareciera como si en los procesos de ejecución y cautelar hubiera muy poca exigencia de buena fe atendida la escasa atención que les dedica en comparación con el proceso de declaración.

¹⁰² ARAGONESES MARTÍNEZ, *Las “astreintes” (Su aplicación en el proceso español)*, Madrid, 1985.

¹⁰³ MONTERO, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, II (con Iglesias, Marín correa y Sampredo), Madrid, 1993, pp. 1365 y ss.;

¹⁰⁴ Pueden verse GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, II, Madrid, 1997, pp. 1607-1608; y GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1999, pp. 773-775. Conforme a la STC 239/1988, de 14 de diciembre: “consiste en una medida de constreñimiento económico, adoptada previo el oportuno apercibimiento, reiterada en lapsos de tiempo y tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstáutivo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa. No se inscriben, por tanto,

2.º) El artículo 239 de la LPL y los arts. 589 (manifestación de bienes), 676 (administración judicial), 709 (hacer personalísimo), 710 (condena de no hacer), 776 (medidas definitivas en procesos matrimoniales) y 711 (general para la cuantía), todo estos de la LEC, establecen una serie de multas coercitivas.

Entre estos dos conjuntos normativos existen elementos comunes, tantos que permiten construir una parte general de la multa coercitiva, la cual debería caracterizarse porque:

- 1) No es una sanción y, por lo mismo, no tiene carácter retributivo; su cuantía no puede guardar relación con el incumplimiento objetivo, sino que deberá referirse a la situación económica del apremiado.
- 2) Por medio de la multa no se trata de sancionar el incumplimiento del sujeto pasivo, sino de remover su resistencia forzando su voluntad para que haga algo, y por eso es esencial concederle el tiempo necesario para que cumpla lo que se le ha ordenado.

De este modo resulta que las multas coercitivas previstas en la LEC no guardan relación con un pretendido deber de buena fe, al ser un medio coactivo de los titulares de potestad pública para imponer a los sujetos el cumplimiento de las decisiones adoptadas por esos titulares.

7.3. *La buena fe y la verdad*

Estamos partiendo de que las reglas del juego, de cualquier juego, incluido el del proceso¹⁰⁵, deben ser observadas por los jugadores, naturalmente, pero también de que a estos no se les puede pedir que todos ellos, los de un equipo y los de otro, colaboren en la búsqueda o determinación de cuál es el mejor, ayudando al árbitro a descubrir, entre todos juntos, a quién debe declarar ganador, pues si las cosas fueran así no tendría sentido jugar el partido. El “juego” se basa en que, con un árbitro imparcial, cada equipo luche por

estas multas en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, sino en el de la autotutela ejecutiva de la Administración, previstas en nuestro ordenamiento jurídico con carácter general por el artículo 102 LPA cuya constitucionalidad ha sido expresamente reconocida por este Tribunal (SSTC 22/1984 de 17 febrero, 137/1985 de 17 octubre y 144/1987 de 23 septiembre), y respecto de la que no cabe predicar el doble fundamento de la legalidad sancionadora del artículo 25.1 CE a que se refiere la STC 101/1988 de 8 junio, esto es: de la libertad (regla general de la licitud de lo no prohibido) y de seguridad jurídica (saber a qué atenerse), ya que, como se ha dicho, no se castiga una conducta realizada porque sea antijurídica, sino que se constríe a la realización de una prestación o al cumplimiento de una obligación concreta previamente fijada por el acto administrativo que se trata de ejecutar, y mediando la oportuna cominación o apercibimiento”.

¹⁰⁵ Recuérdese CALAMANDREI, *Il processo como giuoco*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1950, pp. 23 y ss., y después a CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, en la misma revista, pero ahora 1951, pp. 101 y ss.

alcanzar la victoria utilizando todas las “armas” a su alcance, naturalmente las “armas” legales, lo que equivale a respetar el reglamento del juego. Podríamos decir también que el proceso implica metafóricamente una suerte de lucha¹⁰⁶, o una batalla¹⁰⁷, en la que se participa sólo cuando se considera imprescindible para la defensa de los derechos que se creen propios, nunca por gusto ni por recreo, y en la que, por tanto, no se trata de colaborar para que gane el mejor, sino de ganar. Obviamente se trata de una “lucha” en la que no todo vale, en tanto que la misma se regula por el derecho¹⁰⁸, y por ello nadie sostiene que en esa “lucha” todo sea lícito o válido; afirmar que alguien sostiene semejante cosa es un claro ejercicio de maniqueísmo. No todo vale, pero no puede imponerse a las partes, y a los abogados de las mismas, que contribuyan a que venza la contraria.

Desde estas consideraciones hay que preguntarse si en nuestro Ordenamiento procesal, en el que se asegura que existe el llamado principio de la buena fe procesal, las partes y sus abogados tienen el deber de decir verdad y de decir toda la verdad en sus alegaciones.

a) Cuando se discute sobre la existencia de un pretendido deber de veracidad pareciera como si lo que se está cuestionando es la alternativa entre un supuesto derecho a mentir y un pretendido deber de decir la verdad y lo normal es que esa alternativa no se le plantee a la parte, sino al abogado. El planteamiento mismo de la alternativa no se corresponde con la realidad práctica de los abogados y de su actuación ante los tribunales, pues se basa en algo tan teórico como creer que antes del inicio del proceso “la verdad” ya resplandece y deslumbra a todo el que la mira.

En los procesos civiles reales, en esos que se realizan en la práctica, un abogado narra una historia y la narra desde “su verdad”, desde la perspectiva que favorece a los intereses de su cliente, y el otro abogado narra la misma historia y lo hace también desde “su verdad”, destacando lo que favorece a los intereses de su cliente. De entrada no existe el conocimiento de la “verdad”, y por ello en uno y en otro caso no se trata de mentir, sino simplemente de algo tan viejo como la utilización de la dialéctica¹⁰⁹.

Parece claro que el abogado no puede afirmar como existente un hecho que le consta como inexistente, entre otras cosas porque ello, aparte de

¹⁰⁶ CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno, de 1907, pero ahora en Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I (editado por Proto Pisani) Milano, 1993, p. 391

¹⁰⁷ MORTARA, *Manuale della procedura civile*, 6.^a ed., I, Milano, 1910, p. 5.

¹⁰⁸ Decía CALOGERO, Probità, lealtà, veridicità nel processo civile, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1939, pp. 129 y ss.

¹⁰⁹ CIPRIANI, El abogado y la verdad, en revista Poder Judicial, 2003, núm. 72.

una mentira, es un error táctico, pero nada puede imponerle que ponga su trabajo y su inteligencia al servicio de la defensa de los intereses de su cliente, precisamente porque esa en su función y en ella se justifica su propia existencia. La estrategia procesal, considerada un arte, no consiste en mentir, y la argumentación, en tanto que ejercicio de la razón utilizando la técnica jurídica, no se basa en confundir. Dejando a un lado la patología del ejercicio de la abogacía, no creo que pueda afirmarse en general que los abogados mienten en los procesos y que en ellos se dedican a embrollar. También aquí es muy revelador de la ideología política la visión que se tiene de la función del abogado, tanto de la teórica (lo que debería de ser) como de la práctica (lo que es).

b) En sentido en parte contrario pretender que el abogado tiene el deber de decir toda la verdad, esto es, de incluir en sus alegaciones todos los hechos de los que tiene conocimiento, no es que sea contrario al principio dispositivo, en el sentido de que corresponde a la parte el fijar el objeto del proceso, es que es contrario al sentido del proceso como contienda. En efecto la determinación del objeto del proceso, y lo mismo del objeto del debate, por la partes, y ahora en el aspecto de la causa de pedir y de la causa de resistir, no puede por sí mismo, significar la imposibilidad de imponer a las partes el deber de decir toda la verdad. Debe recordarse aquí que una cosa son los hechos determinantes del objeto del proceso y otra los hechos constitutivos¹¹⁰.

Pero lo importante es que lo que las normas disponen es que el actor debe hacer en su demanda el relato de hechos que considere oportuno, siempre

¹¹⁰ Debe bastar aquí con recordar, como ya dijimos por ejemplo en MONTERO, *El nuevo proceso civil*, 2.^a edición (con G. Colomer, Montón y Barona), Valencia, 2001, p. 226, que no todos los hechos con trascendencia jurídica sirven como fundamento de la petición o, dicho de otra manera, no constituyen la causa de pedir; es preciso todavía distinguir entre hechos constitutivos y hechos identificadores de la pretensión. Los hechos constitutivos son aquellos que conforman el supuesto fáctico de la norma cuya alegación hace el actor como base de la consecuencia jurídica que pide, de modo que de su alegación y prueba depende la estimación de la pretensión, mientras que los hechos que identifican la pretensión del actor, la causa de pedir, son sólo una parte de los anteriores y no se refieren a la estimación de la pretensión del actor por el juez, sino simplemente a su distinción de otras posibles pretensiones. Por ejemplo y escalonadamente:

- 1) Si en la demanda se dice que se reclama una cantidad de dinero (que se fija) en concepto de comisión por el trabajo efectuado por un agente de la propiedad inmobiliaria, esa demanda no contendrá la causa de pedir de la pretensión.
- 2) Si en la misma demanda se añade que la operación concreta por la que se pide la comisión se refiere a la venta de una determinada vivienda, la pretensión tendrá fundamentación o causa de pedir, pero con sólo esos hechos no podrá llegarse a una sentencia estimatoria.
- 3) Si además de todo lo anterior se añade que la comisión se refiere a una venta determinada y concreta, la que se hizo en un momento determinado en el tiempo y habiendo puesto en relación el agente de la propiedad inmobiliaria al comprador y al vendedor, quedarán determinados los hechos constitutivos que, si son probados, darán lugar a la estimación de la pretensión".

que sea capaz de fundamentar la petición (art. 399); de la misma manera el demandado debe oponer los fundamentos de su oposición, levantando la carga de pronunciarse expresamente sobre los hechos alegados por el actor (art. 405).

No creo que una interpretación razonable de la LEC permita llegar a la consecuencia de que en la misma ese pretendido principio de la buena fe procesal signifique que las partes o, mejor, que sus abogados, estén sujetos a un deber general de decir la verdad y toda la verdad, lo que es especialmente manifiesto cuando se trata de las alegaciones. Tampoco éste puede ser el contenido del pretendido principio de la buena fe. Y hay que insistir en que si se pretendiera la imposición de un deber de ese género al abogado, también ello revelaría muy claramente la ideología de quien lo pretendiera.

7.4. Las normas legales

Si todo lo anterior no es el contenido del pretendido principio de la buena fe procesal, a lo mejor convendría empezar de modo diferente y atender a aquellos casos en que en la LEC se contiene un aparente deber de buena fe. Se trataría de ver las normas en que las que se impone un deber y se sanciona el incumplimiento del mismo para luego intentar precisar la naturaleza del deber.

a) La norma general

Podemos empezar por examinar la norma general, que es la contendida en el artículo 247. Si del mismo se excluye el apartado 2, que se refiere al abuso de derecho, al fraude de ley y al fraude procesal, lo que nos queda es:

- 1.º) Una norma genérica conforme a la que todos los intervenientes en el proceso deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. No se dice cuáles son esas reglas, pero sí que comprenden a todos los intervenientes.
- 2.º) Una especificación referida a las partes, en la que se dispone que si alguna de ellas ha actuado conculcando esas indeterminadas reglas de la buena fe puede imponérsele una multa.
- 3.º) Otra especificación atinente a los profesionales intervenientes en el proceso y conforme a la cual si la actuación contraria a la buena fe fuera imputable a alguno de ellos, además de la multa, se dará

traslado de la circunstancia al colegio profesional por si procediera imponer algún tipo de sanción disciplinaria.

Si algo puede concluirse de estas normas es que la buena fe es un concepto jurídico indeterminado, por lo que el artículo 247 de la LEC no nos dice prácticamente nada que nos ayude a integrarlo. Lo único claro es que el aparente deber legal de buena fe no comprende a las personas integradas en los órganos judiciales; los “tribunales” controlan si los “intervinientes” en el proceso ajustan su actuación a la buena fe e imponen las sanciones, en su caso, pero no hay previsión legal para los tribunales mismos.

b) Las normas especiales

Si la norma general no nos dice nada que nos lleve a integrar cuál es el contenido práctico de la buena fe, pudiera ser conveniente que acudiéramos a lo especial, a los supuestos concretos en los que la propia LEC da contenido a la buena fe para, conocido lo concreto, elevarnos luego a lo general. En la LEC se regulan como aparentes incumplimientos de la buena fe que llevan apareja una sanción los siguientes casos:

- 1) Recusación: Según el artículo 112.1 el auto que desestime la recusación puede declarar expresamente la existencia de *mala fe* en el recusante e imponerle una multa. Un caso especial se contiene en el artículo 190.2, III, para la recusación formulada en la vista y que luego no se formaliza por escrito. En los dos casos se ha hecho algo de modo indebido.

La primera es una norma tradicional, con antecedentes claros en el artículo 212 de la LEC de 1881 y en el artículo 227 de la LOPJ de 1985. En este segundo cuerpo legal, en la redacción dada al artículo 228 por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, se ha asumido la norma de la LEC y se utiliza también la expresión *mala fe*.

- 2) Auxilio judicial: Según el artículo 176 puede imponerse una multa al litigante que demore sin justa causa la cumplimentación de los exhortos cuya gestión le haya sido confiada. Pudiera pensarse en que se impone un hacer diligente.
- 3) Señalamiento de vista: Conforme al artículo 183.5 puede imponerse una multa al abogado, litigante (perito y testigo) que hayan procedido con dilación injustificada o sin fundamento alguno a pedir nuevo señalamiento de vista. Se sanciona por hacer indebidamente.

- 4) Nulidad de actuaciones: Según el artículo 228.2, II se impondrá una multa al solicitante del incidente de nulidad de actuaciones cuando el tribunal entienda que se promovió con *temeridad* (lo que ha sido asumido en el artículo 241.2, II, de la LOPJ, en la redacción de la LO 19/2003). Se sanciona por hacer temerariamente.
- 5) Presentación de documentos: El artículo 270.2 permite imponer una multa al responsable de la presentación de documentos en momento no inicial si se aprecia *ánimo dilatorio o mala fe procesal* en esa presentación. Se impone la sanción por hacer con mala fe.
- 6) Hechos nuevos o de nueva noticia: De la misma manera el artículo 286.4 permite imponer una multa al responsable de la alegación de hechos como si fueran nuevos o de nueva noticia, si se aprecia *ánimo dilatorio o mala fe procesal* en esa alegación. Se impone la sanción por hacer con mala fe.
- 7) Tiempo de la prueba: Dispone el artículo 288 que al litigante por cuya causa una prueba admitida no se ejecute temporáneamente se le impondrá una multa, salvo que acrede falta de culpa. Pudiera pensarse que se impone un hacer diligente, aunque realmente también pudiera concluirse que se trata de impedir la proposición de pruebas para luego no practicarlas.
- 8) Inasistencia a interrogatorio: El artículo 292.4 permite imponer una multa a la parte que no ha comparecido a su interrogatorio, sin mediar excusa. Aquí en donde más claro se ve un supuesto de imposición de hacer, y es también el más absurdo, pues no era necesario acudir a la sanción, al ser suficiente la consecuencia de no levantar la carga.
- 9) Impugnación de documento público: Según el artículo 320.3 cuando la impugnación de un documento público se hiciere *temerariamente* puede imponerse una multa. Realmente lo que se hace es prohibir el hacer de impugnar con temeridad.
- 10) Tacha de perito: El artículo 344.2 dispone que si la tacha a un perito se hizo con *temeridad o deslealtad*, atendida su motivación o el tiempo en que se formule, podrá imponerse a la parte responsable una multa. Cuando se trata de la tacha de testigos el artículo 379.3 se remite al anterior. Realmente lo que se hace es prohibir el hacer de tachar con temeridad.
- 11) Proceso especial derivado de la venta de bienes muebles a plazos: En la regulación de este proceso sumario se limitan las alegaciones del demandado (artículo 444.3) y además se establece un sistema propio para

alegarlas y de ahí que se prevea una multa si el demandado no asiste a la vista, sin concurrir justa causa, o asiste pero no formula oposición o la formula de modo no permitido por la ley¹¹¹. También aquí parece claro que se trata de una prohibición de hacer.

Independientemente de que me parezcan pocos o muchos supuestos de imposición de multas y también sin aludir a la inconcreción de bastantes de esos supuestos, lo que me importa ahora es distinguir entre dos clases de previsiones legales:

- a") La mayor parte de ellas no imponen a la parte, al abogado o al "responsable" un deber positivo, en el sentido de que han de hacer algo, sino un deber negativo, puesto que realmente se les prohíbe una conducta cuando la misma se basa en la mala fe, en la dilación indebida, o se carece de fundamento, o se hace temerariamente, o con deslealtad. En algunos casos se habla de hacer sin justa causa o de tener que justificar la existencia de causa.
- b") Sólo en unos pocos de esos casos pudiera llegar a poder considerarse que se está imponiendo a alguien un deber positivo o de hacer, y en alguno de esos casos la conclusión lógica o, al menos, posible, es la inutilidad de la sanción, pues quien concurre a su interrogatorio de parte lo hará por razones muy distintas a evitar la multa.

7.4. Una propuesta de interpretación: el deber de no actuar de mala fe

Con la excepción que hemos dejada indicada la constatación a la que puede o, incluso, debe llegarse en estos momentos finales es la de que en la LEC no existen supuestos concretos de imposición de un deber positivo de actuar o de hacer de buena fe, deber cuyo incumplimiento lleve aparejada la imposición de una multa o de cualquier otra sanción. Lo que la LEC regula son supuestos concretos en los que modo expreso se imponen deberes que suponen prohibiciones de hacer o de hacer de una manera de determinada, esto es, los deberes son negativos, de prohibición, y por ello si se hace o si se hace de modo contrario al previsto legalmente la consecuencia puede ser la imposición de una sanción.

Desde esta constatación creo que puede hacerse una propuesta de interpretación del artículo 247 de la LEC, aunque la misma puede tener un

¹¹¹ Para comprender las singularidades de este proceso sumario puede verse MONTERO y FLORS, Tratado de juicio verbal, 2.^a edición, Pamplona, 2004, pp. 218, 430, 850 y 973, siempre y ss.

alcance mayor y que afecte a todos los procesos no penales ^(*). Se trata de que en la LEC:

- 1.^{a)} Desde luego no existe en la LEC un principio procesal de la buena fe. No puede decirse, en general, que del conjunto normativo de la ley se deduzca un criterio desde el que interpretar normas concretas o integrar analógicamente lagunas legales¹¹². No creo que pueda sostenerse que el sometimiento de las partes y de los profesionales a las normas reguladoras del proceso, es decir, el cumplimiento de lo previsto en la ley (del reglamento del “juego”) implique la existencia de un principio procesal. En la regulación legal de un proceso civil en el que se diga que existe el principio de la buena procesal y otro en el que no se haga mención expresa de ese principio no se descubrirán diferencias.
- 2.^{a)} Tampoco existe un deber de que las partes, y los profesionales que las representan y defienden, actúen en el proceso de manera positiva, vinculadas por un deber de buena fe que suponga la exigencia de hacer y de hacer de determinada manera. Ese deber positivo no se descubre en la LEC, ni siquiera en manifestaciones concretas.
- 3.^{a)} Si en la regulación contenida en la LEC no existen normas especiales, concretas en las que se imponga a las partes, y a los profesionales que actúan por ellas, deberes concretos de hacer en sentido positivo conforme a la buena fe, la lógica debe llevar a considerar que el artículo 247 no impone un deber positivo de hacer, de actuar conforme a la buena fe. El deber cuyo incumplimiento posibilita la imposición de la sanción de la multa es un deber negativo, de prohibición; impide hacer o impide hacer de manera determinada. Se trata, por tanto, de un deber de prohibición, que podría enunciarse diciendo que está prohibido actuar en el proceso con mala fe.

De esta manera la imposición de la multa del artículo 267 no procede cuando un interviniante en el proceso se haya limitado a no hacer. La posibilidad de la sanción exige que el interviniante, bien haya hecho cuando no debía, bien haya hecho de una manera determinada y contraria a la ley. Por ello de lo que se trata es de que cuando un tribunal estime que alguno de los intervinientes en el proceso ha actuado de mala fe podrá imponerle, siempre con audiencia de todos los intervinientes, motivadamente y respetando la proporcionalidad, la multa prevista.

^(*) ADICIÓN. Esta propuesta de interpretación puede aplicarse igualmente a los artículos 3, 5) y 57 del Código boliviano. Efectivamente, se trata de que no se impone realmente un deber de actuar de modo positivo según la buena fe, sino de un deber negativo según el cual no puede actuarse en el proceso de mala fe, que es cosa muy distinta. Se explican así normas como los artículos 155 (en los incidentes) y 368 (en las tercierías) en los que las sanciones provienen de haber actuado de mala fe o con temeridad y colusión.

¹¹² Sobre las funciones de los principios puede verse MONTERO, Derecho Jurisdiccional, I. Parte general, 13.^a edición, cit., p. 317.