

JORDI NIEVA FENOLL

**LA CIENCIA JURISDICCIONAL:
NOVEDAD Y TRADICIÓN**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN	23
I. CUESTIONES GENERALES	
EL MAL NOMBRE DEL PRINCIPIO INQUISITIVO	27
1. INTRODUCCIÓN	27
2. EL PRINCIPIO DE APORTACIÓN DE PARTE Y EL <i>PARTIUM</i>	30
3. LA IMPRECIÓN CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO INQUISITIVO ...	32
4. ¿FUE IMPOSIBLE LA PRUEBA DE OFICIO ANTES DEL SI- GLO XVIII EN EL PROCESO CIVIL?	36
5. PRINCIPIO INQUISITIVO E IMPARCIALIDAD JUDICIAL	41
A) El proceso no es un combate	42
B) Admisión de la prueba de imparcialidad	45
6. CONFIGURACIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO...	45
IDEOLOGÍA Y JUSTICIA LEGA (CON UNA HIPÓTESIS SOBRE EL ORI- GEN ROMANO DEL JURADO INGLÉS)	49
1. INTRODUCCIÓN	49
2. PEQUEÑA HISTORIA DE LA JUSTICIA LEGA Y SU POLITIZA- CIÓN	50
A) Ordalías y justicia lega	51
B) El jurado	52
a) ¿Origen inglés u origen romano?	53
b) La fascinación iluminista	58
C) Las justicias de paz en Francia	60
D) La justicia lega como lucha contra la corrupción	61
3. LA INSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LOS JUECES Y SU INDEPEN- DENCIA	62

	Pág.
4. CIRCUNSTANCIAS SOCIOLÓGICAS EN QUE PODRÍA SER APROPIADA LA JUSTICIA LEGA	65
5. LA ELECCIÓN POPULAR DE LOS REPRESENTANTES DE LA JUSTICIA: UNA IDEA CONTROVERTIDA.....	68
EL SESGO IDEOLÓGICO COMO CAUSA DE RECUSACIÓN.....	71
1. INTRODUCCIÓN.....	71
2. LA IDEOLOGÍA DEL JUEZ: SUS VENTAJAS E INCONVENIENTES ...	73
3. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS CAUSAS DE RECUSACIÓN FRENTE AL DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL	74
4. EL SESGO IDEOLÓGICO EN EL DERECHO COMPARADO.....	77
5. NECESIDAD DE INTRODUCCIÓN DEL SESGO IDEOLÓGICO COMO NUEVA CAUSA DE RECUSACIÓN.....	80
HACIA UNA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR	85
1. INTRODUCCIÓN.....	85
2. LAS DEFICIENCIAS DEL ESTUDIO TRADICIONAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	87
3. LA MODERNA DISPERSIÓN DEL ESTUDIO DE LA TUTELA CAUTELAR	89
4. EL ENJUICIAMIENTO <i>PRIMA FACIE</i>	91
5. EL PROBLEMA DE LA EVALUACIÓN INICIAL DEL RIESGO.....	93
6. LA EVALUACIÓN DEL <i>FUMUS BONI IURIS</i> Y LOS PREJUICIOS.....	95
7. LA EVALUACIÓN POSTERIOR DEL RIESGO: HACIA UNA TUTELA CAUTELAR RESPONSABLE.....	96
LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: ¿UN PROBLEMA?	99
1. INTRODUCCIÓN.....	99
2. CLASIFICACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO	101
3. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE UN ÓRGANO JURISDICCIONAL.....	104
4. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ÓRGANOS DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.....	107
A) Posición de los tribunales constitucionales en el Poder Judicial....	108
B) Cosa juzgada y jurisdicción constitucional.....	112
5. EPÍLOGO: SOBRE LA EXISTENCIA CIENTÍFICA DEL «DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL»	116
LA INVOCACIÓN DIRECTA DE LA CARTA EUROPEA DE LENGUAS REGIONALES Y MINORITARIAS EN LOS TRIBUNALES.....	121
1. INTRODUCCIÓN.....	121
2. LA PRIMACÍA Y EFECTIVIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES	122
3. PRIMACÍA Y CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR ESPAÑA.....	125

	Pág.
4. LA SUPERIORIDAD EN RANGO DE LA CARTA EUROPEA RESPECTO DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL Y OTRAS LEYES DEL ESTADO.....	127
5. LA ALEGACIÓN DE LA CARTA EN LOS TRIBUNALES POR PARTE DE LOS CIUDADANOS.....	130
6. APLICACIÓN CONCRETA DE LA CARTA A LOS TRIBUNALES CON JURISDICCIÓN EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA Y LOS TRIBUNALES CON JURISDICCIÓN EN TODO EL ESTADO	134
7. CONCLUSIONES.....	136
ESTUDIO INTRODUCTORIO A LA OBRA DEL PROFESOR JORGE CARRERAS LLANSANA	139
1. PALABRAS PREVIAS	139
2. LOS FUNDAMENTOS DE LA EJECUCIÓN FORZOSA	141
A) La naturaleza jurídica del proceso de ejecución.....	142
B) El objeto del proceso de ejecución	145
C) El concepto de parte en la ejecución.....	147
3. LOS FUNDAMENTOS DEL PROCESO CONCURSAL.....	149
A) Contextualización histórica de la obra de Carreras.....	150
B) Proceso de ejecución y proceso concursal	153
C) La jurisdicción concursal	155
D) El administrador concursal.....	157
E) El asunto «Barcelona Traction».....	158
4. LAS MEDIDAS CAUTELARES: LA «NOVEDAD» DE UN TRABAJO INTEMPORAL	160
5. EPÍLOGO	163
LA HUMANIZACIÓN DE LA JUSTICIA	165
II. HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL	
APUNTES SOBRE LA HISTORIA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA	181
1. INTRODUCCIÓN.....	181
2. ADMINISTRACIÓN Y JURISDICCIÓN EN ROMA.....	183
3. EL MAREMÁGNUM MEDIEVAL, SUS SECUELAS EN EL ANTIGUO RÉGIMEN Y SU FALTA DE ESTUDIO	184
4. ¿DISTINCIÓN ENTRE ADMINISTRACIÓN Y JURISDICCIÓN EN EL ANTIGUO RÉGIMEN?	188
5. JURISDICCIÓN Y ADMINISTRACIÓN EN LA FRANCIA POSREVOLUCIONARIA.....	189
6. EL «CAMINO ESPAÑOL»	190
7. EPÍLOGO: JURISDICCIÓN Y ADMINISTRACIÓN. UNA DIVISIÓN TODAVÍA COMPLEJA	194

	Pág.
APROXIMACIÓN AL ORIGEN DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO.....	197
1. INTRODUCCIÓN.....	197
2. ALGUNAS CONCLUSIONES TEÓRICAS DISCUTIBLES SOBRE EL PROCEDIMIENTO MONITORIO	198
3. POSIBLES ANTECEDENTES DISPERSOS.....	200
4. LA FASE PREVIA DEL PROCESO ROMANO POSCLÁSICO	202
5. LA POSIBLE MEZCLA DE ANTECEDENTES.....	205
6. CONCLUSIÓN	207
PRAXIS CIVILIS (ESTUDIO INTRODUCTORIO).....	209
1. INTRODUCCIÓN.....	209
2. LA FIGURA DE LLUÍS DE PEGUERA	211
3. LA SISTEMÁTICA DE LA OBRA.....	213
A) Índice de la obra completa actualizado terminológicamente.....	216
B) Índice de la <i>Praxis civilis</i> sistematizado según el orden de exposición moderno.....	218
4. LOS PROCEDIMIENTOS DEL DERECHO PROCESAL CATALÁN	220
A) El procedimiento ordinario	221
a) Inicio del proceso.....	221
b) Las alegaciones	222
c) La prueba.....	222
d) Conclusiones	223
e) La sentencia, los recursos y la ejecución	224
B) Los «juicios rápidos»	225
5. ÍNDICE DE FORMULARIOS.....	225
6. APORTACIONES DOCTRINALES DE PEGUERA	230
7. ESPECIALIDADES PROCESALES RECUPERABLES EN LA ACTUALIDAD	232
8. EL USO DE LA LENGUA EN LA <i>PRAXIS CIVILIS</i>	234
9. LA BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA POR PEGUERA.....	239
10. EL EJEMPLAR UTILIZADO	244
TRAYECTORIA HISTÓRICA DE LA LENGUA CATALANA EN LA JUSTICIA	245
1. BREVÍSIMA HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL CATALÁN.....	245
2. UNA HISTORIA DE PROHIBICIONES	248
3. LA RECUPERACIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO A FINALES DEL SIGLO XX	251
4. LA REALIDAD ACTUAL DEL CATALÁN EN LA JUSTICIA.....	252
5. ALGUNA TERMINOLOGÍA DISCUTIBLE	254
6. ALGUNAS TRADUCCIONES MEJORABLES	256

III. PRUEBA

LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y LA CARGA DE LA PRUEBA: NOCIONES QUE PRECISAN REVISIÓN.....	261
1. INTRODUCCIÓN.....	261
2. LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN Y DE CARGA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO COMPARADO.....	263
3. LAS INVERSIONES DE LA CARGA DE LA PRUEBA, LA «PRUEBA DE APARIENCIA», LOS «ALIGERAMIENTOS DE LA PRUEBA» Y LAS PRESUNCIONES.....	268
4. LA «FACILIDAD PROBATORIA» EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	271
5. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CARGA DE LA PRUEBA.....	275
6. REPLANTEAMIENTO DE LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	278
7. CONCLUSIONES.....	279
LA CARGA DE LA PRUEBA Y LAS PRESUNCIONES EN LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y DESPLAZAMIENTO FORZADO ...	281
1. INTRODUCCIÓN.....	281
2. BREVE RECUENTO DE LOS DATOS MATERIALES DE LAS CONSECUENCIAS DEL CONFLICTO.....	283
3. EL PROCESO DE RESTITUCIÓN: JUSTICIA TRANSICIONAL Y RESTAURATIVA.....	285
4. LA DIFICULTAD O IMPOSIBILIDAD PROBATORIA.....	288
A) Los indicios de despojo.....	289
B) La difícil prueba de los indicios.....	291
a) La prueba documental.....	291
b) La prueba de interrogatorio.....	292
c) La prueba pericial topográfica y medioambiental.....	294
5. LA IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.....	295
ORALIDAD E INMEDIACIÓN EN LA PRUEBA: LUCES Y SOMBRAS.....	301
1. INTRODUCCIÓN.....	301
2. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA ORALIDAD EN LA PRUEBA.....	302
3. LA SOBREALORACIÓN DE LA INMEDIACIÓN.....	304
4. LAS CARENCIAS EN LA FORMACIÓN DE LOS JUECES.....	307
5. LA ORALIDAD Y LA INMEDIACIÓN COMO HERRAMIENTAS DE EXCLUSIÓN DE LA INTUICIÓN EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA ...	310
6. CONCLUSIONES.....	313
«INMEDIACIÓN» Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA: EL RETORNO DE LA IRRACIONALIDAD.....	315
1. INTRODUCCIÓN.....	315
2. CONTENIDO DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	318

	Pág.
A) Enfoques desde los que estudiar la valoración de la prueba	318
B) Aplicación de los saberes científicos precisos a la valoración de cada medio de prueba	322
3. REQUISITOS IMPRESCINDIBLES PARA UNA ADECUADA VALORACIÓN PROBATORIA.....	325
4. CRÍTICA AL PRETEXTO DE LA «INMEDIACIÓN»	328
PRÁCTICA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL MULTIMEDIA	331
1. INTRODUCCIÓN	331
2. PRÁCTICA HABITUAL DE LA PRUEBA DOCUMENTAL MULTIMEDIA.....	333
3. LA AUTORÍA DE LOS DOCUMENTOS MULTIMEDIA. ASPECTOS GENERALES	336
A) La firma electrónica. Problemática procesal.....	337
B) Otros medios de autenticación de la autoría. Presente y futuro ...	340
4. PRUEBA PERICIAL Y RECONOCIMIENTO JUDICIAL DEL DOCUMENTO MULTIMEDIA.....	345
5. CUSTODIA Y CONSERVACIÓN DE LOS DOCUMENTOS MULTIMEDIA.....	346
6. VALORACIÓN DE DOCUMENTOS MULTIMEDIA	350
A) Aspectos generales y problemática legal	351
B) Valoración de documentos que contengan secuencias de la vida real	355
C) Impugnación de la valoración de documentos multimedia.....	356
LA DECLARACIÓN DE NIÑOS EN CALIDAD DE PARTES O TESTIGOS ..	359
1. INTRODUCCIÓN	359
2. LA PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO DEL MENOR.....	360
A) La memoria de los menores	362
B) La valoración de la credibilidad.....	364
a) La valoración de las emociones del declarante.....	364
b) Los interrogatorios y la entrevista cognitiva.....	366
c) La entrevista cognitiva adaptada a un menor	367
3. El control judicial del dictamen psicológico sobre la declaración	370
A) La coherencia de los relatos	370
B) La contextualización del relato	371
C) Las llamadas «corroboraciones periféricas»	371
D) La existencia de detalles oportunistas a favor del declarante	372
ALGUNAS SUGERENCIAS ACERCA DE LA PRÁCTICA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA DEL PERFIL DE ADN	373
1. INTRODUCCIÓN	373
2. EL CARÁCTER PERICIAL DE LA PRUEBA.....	375

	Pág.
3. LA PROBLEMÁTICA DEL HALLAZGO BIOLÓGICO Y DE LA LLAMADA «CADENA DE CUSTODIA».....	376
4. LA PRUEBA DE LA PRESENCIA DE UN SUJETO EN UN LUGAR.....	379
5. LA «AUTOSUFICIENCIA» DE LA PRUEBA DE ADN.....	381
6. LA TOMA DE MUESTRAS DEL SUJETO.....	384
A) Carácter no agresivo de la toma de muestras. Irrelevancia de la voluntariedad del sujeto	384
B) Derechos fundamentales implicados. Autorización judicial para la custodia y el análisis de la muestra	385
CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS RECONOCIMIENTOS DE IDENTIDAD	389
1. INTRODUCCIÓN.....	389
2. TIPOLOGÍA DE LOS RECONOCIMIENTOS: FOTOGRÁFICOS Y EN RUEDA	390
3. ¿CARÁCTER PERICIAL DE LOS RECONOCIMIENTOS DE IDENTIDAD?.....	391
A) Complejidad técnica de los reconocimientos.....	391
B) El carácter técnico de las declaraciones de personas.....	393
C) Ubicación científica de los reconocimientos.....	394
4. ¿MEDIOS DE INVESTIGACIÓN POLICIAL, DILIGENCIAS INSTRUCTORAS O MEDIOS DE PRUEBA?	398
A) Momento procesal para la práctica del reconocimiento	398
B) El reconocimiento de identidad como prueba anticipada.....	399
C) El reconocimiento de identidad como diligencia policial.....	401
5. SUJETOS DEL RECONOCIMIENTO.....	402
IV. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN	
EL MODELO ANGLOSAJÓN EN LAS CORTES SUPREMAS: ¿SOLUCIÓN O ELUSIÓN DEL PROBLEMA DE LA CASACIÓN?	407
1. INTRODUCCIÓN.....	407
2. UN EJEMPLO DE TANTOS: EL SISTEMA ESPAÑOL DE CORTES SUPREMAS.....	408
3. EL PROBLEMA CENTRAL DE LA CASACIÓN DE TODAS LAS ÉPOCAS: LA SOBRECARGA DE ASUNTOS.....	415
4. ¿ES UNA SOLUCIÓN EL <i>CERTIORARI</i> ?.....	417
5. PROPUESTA DE REFORMA DE LA ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES SUPREMOS.....	420
¿UN JUEZ SUPREMO O UN LEGISLADOR «SUPREMO»?	423
1. UNA PEQUEÑA, PERO RELEVANTE, REVISIÓN HISTÓRICA.....	423
2. EL MODELO DE RECURSO PARA EL CIUDADANO	427
3. EL MODELO CUASILEGISLATIVO.....	430
4. LOS MODELOS HÍBRIDOS	433

	Pág.
5. ¿ES NECESARIO UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, O SUS CORRESPONDIENTES INTERNACIONALES?	435
6. ¿ES NECESARIO UN JUEZ SUPREMO?	438
CRÍTICA A LOS CRITERIOS DE RECURRIBILIDAD EN CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL (AL AMPARO DEL ACUERDO DE LA SALA 1.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE DICIEMBRE DE 2011)	441
1. INTRODUCCIÓN	441
2. LO QUE DICE EL ART. 477	443
3. LA INTERPRETACIÓN DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	446
A) Inapropiadas sugerencias a los recurrentes elevadas a la categoría de motivos de inadmisión.....	446
B) Innecesaria interpretación extensiva de la necesidad de denuncia previa de los defectos procesales en el REIP	447
C) Indebida exclusión de la vulneración de las normas de valoración de la prueba.....	447
D) Restrictiva interpretación de la concurrencia de interés casacional	449
4. CONCLUSIÓN	450
EL SISTEMA DE RECURSOS EN EL ÁMBITO CIVIL. ESPECIAL REFERENCIA AL RECURSO DE REPOSICIÓN Y DE QUEJA	453
1. INTRODUCCIÓN.....	453
2. EL SISTEMA DE RECURSOS. CRÍTICA.....	454
A) Sistema de recursos contra sentencias.....	455
B) Sistema de recursos de reposición y queja	461
3. EL RECURSO DE REPOSICIÓN	465
4. EL RECURSO DE QUEJA.....	469
5. LOS RECURSOS EN LA EJECUCIÓN.....	471
V. PROBLEMAS ACTUALES DE LA JUSTICIA PENAL	
LA RAZÓN DE SER DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	477
1. INTRODUCCIÓN.....	477
2. LA RAZÓN DE SER DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: EL PREJUICIO SOCIAL DE CULPABILIDAD	478
3. JUSTIFICACIÓN SOCIOLÓGICA, PSICOLÓGICA Y ORGANIZATIVO-PROCESAL DEL PREJUICIO	480
4. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA CARGA DE LA PRUEBA.....	483
5. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y ESTÁNDAR DE PRUEBA.....	485
6. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: UN PRINCIPIO GENERAL INTERPRETATIVO DEL PROCESO PENAL	488
7. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA Y ESPAÑOLA	491

	Pág.
LOS «JUICIOS PARALELOS»: SU COMPLEJO ENCAJE CONSTITUCIONAL	495
1. INTRODUCCIÓN	495
2. EL DERECHO A UN PROCESO PÚBLICO	497
A) Límites legales del derecho a un proceso público	500
B) Límites constitucionales. Derecho a la intimidad y al honor	502
3. EL «JUICIO PARALELO» Y SU ENCAJE CONSTITUCIONAL	504
A) La libertad de expresión y las informaciones falsas. El derecho al honor	504
B) Presunción de inocencia	506
C) Derecho al juez imparcial	507
4. LA PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS DERECHOS REFERIDOS	508
A) Medidas para la preservación de los derechos durante la instrucción	509
B) Medidas para la protección de los derechos durante el juicio oral	512
C) Tutela de los derechos después de la sentencia	515
D) Tutela de los derechos tras el cumplimiento de la condena	516
EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL: UNA SOLUCIÓN DEFICIENTE PARA LA EVITACIÓN DE HECHOS REPUGNANTES	517
1. INTRODUCCIÓN	517
2. CONCEPTO Y DENOMINACIÓN	520
3. LA IRRENUNCIABLE OBSERVANCIA DE LAS GARANTÍAS PROCESALES	524
4. PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LA «JUSTICIA UNIVERSAL»	526
5. LA DISCUTIBLE JUDICIALIZACIÓN DE ESTOS ASUNTOS	528
6. LA ALTERNATIVA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL	529
7. MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE ESTOS CONFLICTOS	531
A) Transacción	532
B) Mediación	532
LA PRESCRIPCIÓN PENAL Y ALGUNAS DE SUS COMPLEJIDADES PROCESALES	535
1. INTRODUCCIÓN	535
2. BREVE BALANCE DE LA ACCIDENTADA HISTORIA DE LA PRESCRIPCIÓN PENAL HASTA LA REFORMA DE 2010	538
3. EL ACTO PROCESAL INTERRUPTOR O SUSPENSIVO DE LA PRESCRIPCIÓN PENAL EN EL DERECHO COMPARADO	541
4. LA COMPLEJA REDACCIÓN DEL ART. 132 CP	543
A) Las imprecisas expresiones del precepto	543
B) Actos procesales interruptivos de la prescripción	546
C) La interpretación jurisprudencial del art. 132	547

	Pág.
D) Actos procesales suspensivos de la prescripción	550
5. PROPUESTA DE REFORMA INMEDIATA DEL ART. 132.2 CP	551
LA COSA JUZGADA DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN PROCESOS DE FRAUDE A TRAVÉS DE INTERNET	553
1. INTRODUCCIÓN	553
2. BREVE CONCEPTO E IMPLICACIONES DE LA COSA JUZGADA EN EL PROCESO PENAL	556
3. COSA JUZGADA Y DELITO CONTINUADO / DELITO MASA.....	558
4. EFECTOS DE LA SENTENCIA SOBRE ULTERIORES PROCESOS ...	560
A) Objeto similar e identificación del reo.....	562
B) Con víctimas determinadas.....	563
C) Con sujetos pasivos indeterminados.....	564
5. POSIBILIDAD DE CELEBRACIÓN DE UN PROCESO CIVIL POSTERIOR.....	567
EL PROCEDIMIENTO DE DECOMISO AUTÓNOMO. EN ESPECIAL, SUS PROBLEMAS PROBATORIOS.....	569
1. INTRODUCCIÓN.....	569
2. FINALIDAD Y ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO DE DECOMISO AUTÓNOMO	572
A) Casos en que se abrirá el procedimiento autónomo	572
B) Competencia.....	574
C) Partes y postulación.....	575
D) Procedimiento	575
E) Sentencia	577
F) Ejecución	577
3. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO DE DECOMISO: ¿CIVIL O PENAL?	579
4. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DECOMISO INDISCRIMINADO ...	580
5. ¿ESTÁNDARES PROBATORIOS DE LA PROCEDENCIA ILÍCITA DE LOS EFECTOS?.....	581
6. PROPUESTA PARA LA MÁS SENCILLA DETERMINACIÓN DE LA ACTIVIDAD ILÍCITA.....	582
7. LA PRUEBA DE LA RELACIÓN DEL TERCERO CON EL REO	583
INVESTIGACIONES INTERNAS DE LA PERSONA JURÍDICA: DERECHOS FUNDAMENTALES Y VALOR PROBATORIO	585
1. INTRODUCCIÓN.....	585
2. INSTRUMENTOS MÁS COMUNES DE INVESTIGACIÓN INTERNA	587
3. «DUDA RAZONABLE» PARA INICIAR LA INVESTIGACIÓN	589
4. AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	591
A) Derecho al silencio y a aportar pruebas contra sí mismo.....	592
B) Derecho a la presunción de inocencia.....	594

ÍNDICE

	Pág.
C) Derecho a la intimidad	595
D) Derecho al secreto de las comunicaciones.....	596
E) Derecho a la asistencia letrada	597
5. VALOR PROBATORIO DE LAS INVESTIGACIONES INTERNAS.....	598
6. LA FALSA PROBLEMÁTICA DE LA CARGA DE LA PRUEBA	599
VI. PROPUESTAS DE REFORMA DEL PROCESO	
REFORMAS PASADAS Y REFORMAS PENDIENTES DEL PROCESO CIVIL ESPAÑOL	
	603
1. INTRODUCCIÓN.....	603
2. PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 2000.....	604
3. REFORMAS POSTERIORES.....	608
A) Telematización de los actos de comunicación y reconocimiento del documento multimedia como prueba documental	609
B) Instauración de las diligencias de comprobación de hechos.....	609
C) Ampliación de las funciones del secretario judicial y reforma de la oficina judicial.....	610
D) Las tasas judiciales	612
4. REFORMAS PENDIENTES.....	613
A) Desburocratización	613
B) Abolición completa de la prueba legal	615
C) Reforma de la casación.....	615
D) Abolición de procedimientos especiales y configuración de un proceso sumario.....	616
E) Formación de jueces	617
5. CONCLUSIONES.....	618
LA DESBUROCRATIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES (REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL CÓDIGO PROCESAL MODELO PARA IBEROAMÉRICA).....	
	619
1. INTRODUCCIÓN.....	619
2. LA BUROCRACIA EN LOS PROCEDIMIENTOS ACTUALES.....	621
3. LA DESBUROCRATIZACIÓN Y EL MANTENIMIENTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA	622
4. LA DISTRIBUCIÓN CLARA Y RACIONAL DE TAREAS ENTRE EL PERSONAL DE LA OFICINA JUDICIAL	624
A) El cambio de funciones del secretario judicial.....	625
B) Las funciones del personal administrativo de apoyo.....	629
5. LA ABOLICIÓN DE TODA LA DOCUMENTACIÓN DE CONSTANCIA DE LA PRESENTACIÓN DE UN ESCRITO	630
6. LA NOTIFICACIÓN EXCLUSIVAMENTE ELECTRÓNICA	630
7. LA ABOLICIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES.....	631
8. LA ADMISIÓN INMEDIATA DE LA DEMANDA.....	632

	Pág.
9. LA SUPRESIÓN DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR OBLIGATORIA	633
10. LA TÉCNICA MONITORIA EN LOS PROCESOS SIN OPOSICIÓN PREVISIBLE.....	635
11. EL USO RACIONAL DE LOS ADR.....	636
12. ESQUEMAS DE LOS PROCEDIMIENTOS DESBUROCRATIZADOS.....	637
PROCESO PENAL Y DELITOS DE CORRUPCIÓN (ALGUNAS BASES PARA LA REFORMA ESTRUCTURAL DEL PROCESO PENAL).....	641
1. INTRODUCCIÓN.....	641
2. TIPOS DE PROCESOS: PROCESOS INDIVIDUALES Y «MACRO-PROCESOS»	643
3. LA CONFIGURACIÓN DECIMONÓNICA DEL PROCESO PENAL.....	645
A) Superación de la estructura procesal tradicional.....	647
B) Inevitable extensión de la instrucción para la preparación del juicio	649
C) La no reiteración de las declaraciones grabadas y practicadas con todas las garantías.....	651
D) Carácter complejo de la prueba documental. La diligencia pericial contable	653
E) El control de la información.....	654
4. LA ESCRITURA EN EL JUICIO ORAL	655
5. LOS INDULTOS.....	657
 VII. DERECHO PROCESAL Y CIENCIAS EXTRAJURÍDICAS 	
LA PSICOLOGÍA Y EL APRENDIZAJE DEL DERECHO: UN CAMBIO NECESARIO EN LOS ESTUDIOS JURÍDICOS	663
1. INTRODUCCIÓN.....	663
2. EL CAMBIO METODOLÓGICO	664
3. EL DERECHO Y LA PSICOLOGÍA DEL PENSAMIENTO.....	667
A) La persuasión	668
B) El juicio jurisdiccional.....	668
4. LA PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO.....	671
5. LA PSICOLOGÍA SOCIAL Y LA DETERMINACIÓN DE TIPOS PENALES	673
6. PERSONALIDAD	675
A) Determinación de la imputabilidad	675
B) Predicción del riesgo y medidas cautelares	676
C) Predicción del riesgo y prisión permanente revisable.....	677

	Pág.
PROCESO JUDICIAL Y NEUROCIENCIA: UNA REVISIÓN CONCEPTUAL DEL DERECHO PROCESAL	679
1. INTRODUCCIÓN.....	679
2. LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL.....	681
3. LA JURISPRUDENCIA Y LOS CAMBIOS DE CRITERIO.....	683
4. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	684
5. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	686
6. LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	687
NOTA BIBLIOGRÁFICA.....	689
NEUROCIENCIA Y JUICIO JURISDICCIONAL: PASADO Y PRESENTE. ¿FUTURO?	691
1. INTRODUCCIÓN: UNA REALIDAD RECIENTE PERO NO NOVEDOSA.....	691
2. USOS JUDICIALES DE LA NEUROCIENCIA.....	693
A) La detección de alteraciones cerebrales que modifican el comportamiento.....	693
B) Las prognosis de peligrosidad.....	694
C) La detección de mentiras.....	695
3. LIMITACIONES TÉCNICAS DE LA NEUROCIENCIA.....	697
4. LIMITACIONES PROBATORIAS DE LA NEUROCIENCIA.....	702
5. POSIBLES LIMITACIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA NEUROCIENCIA.....	704
A) El derecho a guardar silencio y a no aportar pruebas contra uno mismo.....	704
B) El derecho a la intimidad.....	707
6. EL FUTURO: ¿QUÉ MUNDO QUEREMOS?.....	709
DOCENCIA E INVESTIGACIÓN: UN DIFÍCIL EQUILIBRIO TRAS EL IMPACTO DE LA REFORMA DE BOLONIA	711
1. LA DECLARACIÓN DE BOLONIA Y EL PROFESORADO.....	711
2. LA SORPRENDENTE MODIFICACIÓN DE LOS MÉTODOS DOCENTES.....	712
3. EL AUMENTO RELEVANTE DE LA CARGA DE TRABAJO DE DOCENTES Y DISCENTES, Y SU POBRE RESULTADO.....	714
4. ¿Y LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA?.....	716
5. LA INVESTIGACIÓN ES ESENCIAL EN LA DOCENCIA UNIVERSITARIA.....	718
VIII. MEDIACIÓN Y ARBITRAJE	
LA MEDIACIÓN: ¿UNA «ALTERNATIVA» RAZONABLE AL PROCESO JUDICIAL?	723
1. INTRODUCCIÓN.....	723

ÍNDICE

	Pág.
2. CONCEPTO DE MEDIACIÓN Y DE CONCILIACIÓN.....	724
3. LA FORMACIÓN DEL MEDIADOR.....	727
4. ¿PODER COERCITIVO DEL MEDIADOR?.....	729
5. OBLIGATORIEDAD O VOLUNTARIEDAD.....	732
6. ¿ES PREFERIBLE LA MEDIACIÓN A LA TUTELA JURISDICCIONAL?.....	733
MEDIACIÓN Y ARBITRAJE: ¿UNA ILUSIÓN DECEPCIONANTE?.....	737
1. INTRODUCCIÓN.....	737
2. EL DECEPCIONANTE ORIGEN DE LA CULTURA DEL PACTO.....	738
3. EL APROVECHAMIENTO DE LOS PODERES PÚBLICOS Y EL DES- PRECIO POR EL JUSTICIABLE.....	741
4. EL ARBITRAJE: UNA REALIDAD ELITISTA.....	743
5. LA MEDIACIÓN: ¿POSMODERNISMO BUENISTA?.....	745
6. ¿OFRECEN LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE ALGO POSITIVO?....	748

PRESENTACIÓN

Con alguna mínima variación, presento en esta recopilación mis artículos de los últimos siete años. Como se sugiere en el título de esta obra, y como he intentado también en mis manuales, he tratado de realizar una revisión del estudio tradicional del Derecho procesal que aprendí como estudiante de Derecho, a fin de formular nuevas aproximaciones a conclusiones teóricamente asentadas en la doctrina, con el objeto de resolver en lo posible los problemas que planteaba ese estudio tradicional en la práctica judicial. Para ello, he seguido tomando como base de mi análisis el derecho y la doctrina históricos, para aprender por qué se expresaron unas determinadas ideas siglos atrás, entendiendo la razón de su origen y examinando el porqué, si existe, de su mantenimiento a lo largo del tiempo.

Con esa base, muchos de los problemas actuales se resuelven con más facilidad, porque lo que se pretende con ese estudio del pasado es, en todo caso, analizar prioritariamente el presente y el futuro. Cuando se entiende que el proceso civil estaba dominado por el principio de aportación de parte, y el proceso penal por el sistema inquisitivo, y que todo el panorama procesal estaba gobernado por un uso abusivo —y alegal— de la valoración legal de la prueba, así como por la utilización a destiempo —y también abusiva— de la carga de la prueba, lo primero que se pregunta el estudioso es el motivo de que ello fuera así. Es en ese momento cuando es necesario acudir a las circunstancias histórico-sociales de cada territorio y al Derecho comparado histórico y actual, y de ese modo se encuentran respuestas bastante claras a viejos enigmas como el curioso —e indebido— origen de la restricción de las cuestiones de derecho en la casación, o el —mal— supuesto nacimiento del jurado en la Inglaterra del siglo XIII. También se acaba concluyendo, al profundizar en esa misma historia, que el procedimiento monitorio no es un procedimiento en realidad, sino una simple fase previa con intención conciliatoria que puede introducirse en cualquier proceso.

Lo que uno encuentra tras todo ese análisis es que ha habido, con enorme frecuencia, una simple repetición de ideas de un autor a otro, de unas leyes

a otras, ideas desconectadas muchas veces de esa historia de origen, que se desconocía, o del sistema para el que fue creada la institución copiada y en el que tenía sentido. Con ese mismo método se puede observar que hoy en día sigue sucediendo lo mismo con temáticas más novedosas, que también se revisan acudiendo a la doctrina más reciente. Ejemplos específicos de ello son los estudios que se aportan sobre la tutela cautelar y la mediación.

Con todo, quizás una de las novedades más destacables de la obra compilada es el cambio de orientación del estudio tradicional. He intentado, en la medida que me ha sido posible, huir de los argumentos de autoridad y estudiar las instituciones sobre la realidad, utilizando de ese modo el método científico, y ayudándome naturalmente de la epistemología para elaborar las conclusiones. Al mismo tiempo, he tratado de evitar entrar en una maraña de estudios de campo autorreferenciales con conclusiones estadísticas sesgadas de antemano, básicamente porque poco aportan en materia jurídica, salvo que puedan ser realmente exhaustivas y susceptibles de metaanálisis, lo que es tremendamente infrecuente. Es por ello por lo que he contextualizado mis conclusiones en la realidad cotidiana a la que van dirigidas, con el objeto de, sobre esas bases, poder llegar a esa auténtica experimentación de la que está tan huérfana la ciencia jurídica, y que podrá, algún día, alumbrar una nueva perspectiva de estudio que, sin duda, redundará en la mejora de nuestros ordenamientos jurídicos, alejando al legislador de los experimentos intuitivos, o de simple copia del derecho extranjero, a los que nos tiene acostumbrados.

Con esas premisas ha sido inevitable acudir a ciencias extrajurídicas para resolver múltiples problemas de Derecho probatorio o de la mismísima teoría del objeto del juicio. El Derecho procesal, si quiere dar una explicación completa, y sobre todo útil, a los temas probatorios y a la elaboración del juicio jurisdiccional, ya no puede prescindir de ningún modo de la psicología cognitiva, y mucho menos de la psicología del testimonio, y dentro de muy poco de los aportes de la neurociencia, que también son estudiados en esta obra. Todo ello constituye un avance inevitable, que nos aleja de las antiguas —e inútiles— teorías del juicio jurisdiccional para acercarnos a la realidad de la toma de decisión del juez en su resolución. Por fin podremos entender por qué los jueces deciden de un determinado modo y, sobre todo, podremos avanzarnos a sus juicios, dando herramientas a los juzgadores para preservar un valor fundamental en su esencia: la imparcialidad.

Llega todo ello en un contexto cada vez más decadente de una universidad llena del mayor número de jóvenes —y no tan jóvenes— investigadores de mejores trayectoria y habilidades docentes que ha tenido jamás, pero para los que no parece existir lugar en el *Alma Mater*. También se comenta esa realidad en uno de los artículos recopilados. Esperemos que algún día nuestros ciudadanos —son los que eligen a nuestros gobernantes— se den cuenta de que un país —cualquier país— que vive de espaldas a la ciencia destruyendo su Universidad, está llamado a ser una antigualla que solo vive en la imaginación de las mentes megalómanas de unos ingenuos ciudadanos patrioterros.

I. CUESTIONES GENERALES

EL MAL NOMBRE DEL PRINCIPIO INQUISITIVO *

1. INTRODUCCIÓN

El principio inquisitivo posee en la Doctrina una marcada connotación negativa¹. Recuerda inevitablemente a la institución eclesiástica homónima, nacida en la Edad Media e inspirada en la conocida frase del Concilio Lateranense IV de 1215²: «*tribus modis possit procedi, per accusationem videlicet, denunciationem & inquisitionem eorum*». Esa frase representaba la chispa que crearía uno de los sistemas procesales penales más inhumanos que han existido: el sistema inquisitivo³, del que incluso la literatura contemporánea del siglo xx dio noticia a través de la novela *Der Prozeß*, de Franz KAFKA.

Sin embargo, aunque sea obvio, conviene recordar que la Inquisición no creó el principio inquisitivo. El sistema inquisitivo procesal penal solo es una invención medieval que utilizó en parte el principio inquisitivo —que era muy anterior en el tiempo—⁴ para hacer más eficiente la persecución penal. Tan eficiente que acabó olvidándose de una de las partes, el acusado,

* Publicado en *Justicia*, núm. 1, 2014, pp. 131 y ss., y en italiano en la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 3, 2014, pp. 943 y ss.

¹ La destaca, por los mismos motivos que aquí se expondrán, M. TARUFFO, «Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2006, p. 452.

² J. D. MANSI, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, vol. 22, Graz, 1961, pp. 994-995. La referencia del Concilio es: Lateranense IV, Innocentius P.III, Cap. VIII. «De inquisitionibus», anno Christi 1215.

³ Trato del mismo en NIEVA FENOLL, «El “último” proceso inquisitivo español (el proceso penal de la Novísima Recopilación)», en *Jurisdicción y proceso*, Madrid, 2009, pp. 163 y ss.

⁴ Databa al menos, como veremos, de época romana, como confirma M. KASER y K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, p. 596. Pero también existía en el Derecho germánico. El *Liber iudiciorum* visigótico ya se refería al mismo, como podemos comprobar consultando el Fuero Juzgo, Libro VI, título V, Ley XIV: «*Si nengun omne non quiere acusar al que faz omecillio, el iuez mismo, depues que lo sopiere, lo deve prender, é penar cuemo merece; ca non deve dexar á vengallo por no ser alguno quel acuse, ó por algun enganno por ventura que feziéron entre sí*».

salvo para condenarle. Pero lo que es relevante destacar es que el principio inquisitivo era solo una pieza del sistema inquisitivo, que se hizo terrible por muchas razones que, por cierto, nada tienen que ver directamente con el principio inquisitivo, sino con el hecho de que la Inquisición canónica era muy claramente juez y parte⁵, mucho más que el juez inquisitivo secular. La razón es que la Inquisición, como institución eclesiástica, estaba directa y personalmente implicada en los bienes cuya lesión perseguía. La extensión del sistema de tormentos en las declaraciones de los reos también influyó en la condición aterradora del sistema inquisitivo. Pero la tortura no era propia del sistema inquisitivo, sino de la época⁶.

Tras estas consideraciones, la cuestión que se plantea es si, realmente, el principio inquisitivo es incontrovertiblemente siniestro. Se suele afirmar —aunque sea inexacto— que su contenido supone que el juez, en mayor o menor medida, posee poderes de iniciativa oficial en las actuaciones del proceso. Y de todas esas actuaciones, la polémica se ha situado, sobre todo, en el hecho de que el juez pueda practicar prueba de oficio, aunque también, en menor medida, acerca del poder de decisión oficial acerca del inicio del proceso.

La cuestión ha sido afrontada de un modo un tanto emocional en ocasiones⁷, como si existiera un temor —algo exagerado— a volver al sistema inquisitivo en el proceso penal o, todavía peor, que el proceso civil actual se convierta en un nuevo⁸ sistema inquisitivo del siglo XXI. Por ello, en el proceso civil algunos autores han llegado al extremo de descartar toda influencia

⁵ J. LOCKE, *Two treatises of government*, Cambridge University Press, 1963 (II). Sect. 13. *To this strange doctrine, viz. That in the state of nature every one has the executive power of the law of nature, I doubt not but it will be objected, that it is unreasonable for men to be judges in their own cases, that self-love will make men partial to themselves and their friends: and on the other side, that ill nature, passion and revenge will carry them too far in punishing others; and hence nothing but confusion and disorder will follow, and that therefore God hath certainly appointed government to restrain the partiality and violence of men. I easily grant, that civil government is the proper remedy for the inconveniences of the state of nature, which must certainly be great, where men may be judges in their own case, since it is easy to be imagined, that he who was so unjust as to do his brother an injury, will scarce be so just as to condemn himself for it: but I shall desire those who make this objection, to remember, that absolute monarchs are but men; and if government is to be the remedy of those evils, which necessarily follow from men's being judges in their own cases, and the state of nature is therefore not to be endured, I desire to know what kind of government that is, and how much better it is than the state of nature, where one man, commanding a multitude, has the liberty to be judge in his own case, and may do to all his subjects whatever he pleases, without the least liberty to any one to question or controul those who execute his pleasure? and in whatsoever he doth, whether led by reason, mistake or passion, must be submitted to? much better it is in the state of nature, wherein men are not bound to submit to the unjust will of another: and if he that judges, judges amiss in his own, or any other case, he is answerable for it to the rest of mankind.*

⁶ Vid. la regulación de las torturas en el Derecho castellano de la Partida VII, tít. XXX.

⁷ Ya desde antiguo, vid. W. ENDEMANN entre 1858 y 1860 en el «Archiv für die Civilistische Praxis», en especial «Die Folgen freier Beweisprüfung im Civilprozesse», *AcP*, núm. 41, 1858, pp. 289 y ss. Vid., también, A. WACH, «Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. 14, 1872, pp. 331 y ss. R. F. VON CANSTEIN, «Die Grundlagen des Beweisrechts», *ZZP*, núm. 2, 1880, p. 351. B. CAVALLONE, «En defensa de la verifobia», en CAVALLONE y TARUFFO, *Verifobia, un diálogo sobre prueba y verdad*, Lima, 2010, p. 31.

⁸ Nuevo, porque no parece haber existido nunca. Vid. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti*, *op. cit.*, p. 452.

del principio⁹. Con pocas excepciones, les parece inimaginable que todo el proceso no esté en las manos de los litigantes. Y quizás para intentar desactivar cualquier posibilidad inquisitiva en el proceso civil, algunos de esos autores¹⁰ han llegado incluso a relacionar el tema con la política¹¹.

Se ha aludido en este sentido, sobre todo, al comunismo soviético, al fascismo italiano y al nazismo¹², que habrían sido valedores de este principio en el proceso civil, aunque la cita más frecuente ha sido a la *Relazione al Re* firmada por Dino GRANDI como presentación del nuevo *Codice di Procedura Civile* italiano de 1940, pero que fue redactada al parecer por CALAMANDREI¹³. Se dice que ese código, y en especial esa exposición de motivos, eran «fascistas»¹⁴, sin más matices. Y en ello tiene mucho que ver, precisamente, la discusión sobre el principio inquisitivo.

Sin embargo, vaya por delante que con esa tajante afirmación se olvida algo que está suficientemente demostrado: que CALAMANDREI no tenía absolutamente nada de fascista¹⁵. Pero aparte de ese detalle, que en el fondo es menor, lo importante es que tampoco tenía demasiado de fascista la propia exposición de motivos citada, si se tiene la paciencia de suprimir las alusiones al «Duce» y a la propia palabra «fascista», y se atiende más bien solamente al aspecto científico de lo que dice la *Relazione* en sí, que es lo relevante¹⁶.

Dejando al margen por completo ese tema, suficientemente contrastado y rebatido con argumentos históricos, de Derecho comparado y hasta de teoría política por otra parte evidentes¹⁷, mi intención en este trabajo es, simplemente, poner de manifiesto un problema terminológico, conceptual, y hasta

⁹ J. MONTERO AROCA (con GÓMEZ COLOMER y BARONA VILAR), *Derecho jurisdiccional*, I, Valencia 2012, p. 266. A. ALVARADO VELLOSO, *La prueba judicial*, Valencia, 2006, p. 25. CIPRIANI, «El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes», en MONTERO AROCA (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, 2006, p. 93.

¹⁰ No todos. CIPRIANI, *El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes*, op. cit., p. 93.

¹¹ De nuevo, por todos, J. MONTERO AROCA, «El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritarias», en *Proceso civil e ideología*, op. cit., pp. 134-135.

¹² Incurriendo en un cierto confusionismo que destaca TARUFFO, «Poteri probatori delle parti», op. cit., p. 454. Vid., también, E. OTEIZA, «El juez ante la tensión entre libertad e igualdad», *Revista de Derecho Procesal*, 2002, p. 220. Incluso desde una orientación distinta, también G. VERDE, «Las ideologías del proceso en un reciente ensayo», en *Proceso civil e ideología*, op. cit., p. 74. Vid., también, J. F. ETXEBERRIA GURIDI, *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Valencia, 2003. PARRA QUIJANO, *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá, 2004. X. ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona, 2005.

¹³ F. CIPRIANI, «La consulenza tecnica e i doni natalizi di Piero Calamandrei», *Il giusto processo civile*, 1/2009, pp. 143 y ss.

¹⁴ G. MONTELEONE, «Principios e ideologías del proceso civil. Impresiones de un “revisionista”», en *Proceso civil e ideología*, Valencia, 2006, p. 103. Vid., por otra parte, F. CIPRIANI, «Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan», *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 2, 2003, pp. 455 y ss., quien se quejaba, precisamente, de que Giovanni VERDE hiciera discursos políticos más que científicos. (G. VERDE, «Le ideologie del processo in un recente saggio», *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 2, 2002, pp. 676 y ss.

¹⁵ Vid. P. CALAMANDREI, *Fe en el Derecho*, Madrid, 2009, pp. 71 y ss., así como el muy esclarecedor prólogo a ese libro, obra de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ (op. cit., pp. 11 y ss.). Por lo demás, vid. P. CALAMANDREI, *Uomini e città della Resistenza*, Bari, 1955.

¹⁶ TARUFFO, «Poteri probatori delle parti», op. cit., p. 461. M. TARUFFO, «Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2009, p. 725.

¹⁷ M. TARUFFO, «Poteri probatori delle parti», op. cit., pp. 451 y ss.

histórico, que puede haber influido en las consideraciones sobre este asunto con respecto a la prueba de oficio fundamentalmente. Sin descartar que el tema pueda tener alguna relevancia política¹⁸, sobre todo me gustaría contribuir a romper, con buena voluntad, el incomprensible maniqueísmo que a veces se ha observado en los últimos años en las discusiones sobre este tema, en beneficio de una mejor comprensión de aquello que, ideologías aparte, puede ser o no útil para nuestros sistemas procesales.

2. EL PRINCIPIO DE APORTACIÓN DE PARTE Y EL *PARTIUM*

Una parte relevante del origen de la polémica, y que no se destaca más que incidentalmente, tiene mucho que ver con el contenido de los principios dispositivo y de aportación de parte, como ya se destacó con cierta virulencia a finales del siglo XIX en las discusiones sobre el concepto de «verdad material»¹⁹.

Tradicionalmente, el principio dispositivo (*Dispositionsmaxime*)²⁰ había incluido también en su ámbito el principio de aportación de parte (*Verhandlungsmaxime* o *Beibringungsgrundsatz* o *Parteimaxime*)²¹, pero actualmente se tiende a separar ambos principios, de manera que el principio dispositivo supone que queda en manos del particular la decisión de acudir al proceso, de iniciarlo y de continuarlo en sus distintos grados de jurisdicción (*Nemo iudex sine actore / Ne procedeat iudex ex officio*), así como de concretar el objeto del juicio (*ne eat iudex ultra petita partium*) y, finalmente, disponer sobre el mismo²². Sobre todo ello no parece existir demasiada polémica.

Por su lado, el principio de aportación de parte significa que son solamente los litigantes, y no el juez, los que tienen que procurar los hechos y los medios de prueba en el proceso²³. Este principio estaría supuestamente fundado, desde el punto de vista histórico, por la afirmación de que el juez debe juzgar *secundum allegata et probata, et non secundum conscientiam*²⁴, afirma-

¹⁸ O. JAUERNIG y B. HESS, *Zivilprozessrecht*, München, 2011, p. 96: «Wie die Verantwortung für die tatsächlichen Urteilsgrundlagen verteilt werden soll, ist primär ein **rechtspolitisches Problem**». La negrita es de los propios autores.

¹⁹ W. ENDEMANN, «Die Folgen freier Beweisprüfung im Civilprozesse», *AcP*, núm. 41, 1858, pp. 324 y ss. A. WACH, «Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. 14, 1872, pp. 331 y ss. R. F. VON CANS-TEIN, «Die Grundlagen des Beweisrechts», *ZZP*, núm. 2, 1880, p. 351.

²⁰ JAUERNIG y HESS, *Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 93. L. ROSENBERG, K. H. SCHWAB y P. GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, München, 2010, pp. 395-396. M. SERRA DOMÍNGUEZ, «Liberalización y socialización del proceso civil», *RDPProc*, 1972, p. 520. J. F. ETXEBERRIA GURIDI, *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Valencia, 2003, pp. 31 y ss.

²¹ JAUERNIG y HESS, *Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 97, entienden que este principio significa que son las partes las que tienen que procurar los hechos y los medios de prueba en el proceso. Este principio estaría fundado históricamente por la afirmación de que el juez debe juzgar *secundum allegata et probata, et non secundum conscientiam* (G. DURANDUS, *Speculum iuris*, Venezia, 1585, Parte II, *De Sententia*, §5, 1, pp. 784-785).

²² JAUERNIG y HESS, *Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 93.

²³ *Ibid.*, p. 97.

²⁴ DURANDUS, *Speculum iuris*, *op. cit.*, Parte II, *De Sententia*, § 5, 1. pp. 784-785.

ción que, con obvios precedentes²⁵ en los glosadores AZZONE²⁶ y ACCURSIO²⁷, ha tenido mayor predicamento por la reiterada cita de un bien conocido comentarista del siglo XIII, Guillaume DURAND. Aunque insisto en que la frase es, en realidad, de ACCURSIO, y quizás incluso del propio AZZONE, puesto que la *Glossa Ordinaria*, donde se formuló esta frase, es una obra comenzada por este último, aunque concluida por ACCURSIO.

Pero justamente en este punto se localiza la primera dificultad. Es conocido que a la frase *secundum allegata et probata* se le ha añadido muchas veces un *partium* desde hace un cierto tiempo que se ha fijado en algo más de un siglo²⁸. Esa adición es muy relevante, porque si a la citada frase se le pone el *partium* (*secundum allegata et probata partium*), la actividad probatoria de las partes gana protagonismo y podría llegar a sostenerse que en el proceso civil tradicionalmente rigió el principio de aportación de parte, lo que habría imposibilitado —siempre teóricamente— la práctica de cualquier prueba de oficio. En cambio, y esto sería lo importante, sin el *partium* la actividad probatoria del juez no tendría por qué descartarse —por las razones que veremos después—, y de ese modo el citado brocardo de AZZONE y ACCURSIO ya no respaldaría el principio de aportación de parte.

Vaya por delante algo que puede parecer sorprendente. El *partium* es muy anterior al siglo XIX, al menos 300 años más antiguo. Cabe localizar en Viena, en 1561, la obra del jurista de origen húngaro DE VERBÖCZY, que efectivamente introduce el *partium* en la frase comentada²⁹. Tiene interés destacar que la primera edición de dicha obra es de Viena 1517³⁰, y que se trata de un texto jurídico fundamental en la historia del Reino de Hungría. Pero la expresión del *partium* también se expresó en otras latitudes en esas mismas fechas. En Francia, Jean FOUCHER también se refirió a la misma en 1548³¹. Por tanto,

²⁵ Destacados acertadamente por PICÓ JUNOY, *El juez y la prueba*, op. cit., p. 37.

²⁶ AZZONE (o AZO o AZÓN), *Brocardica (aurea). sive generalia iuris*, Basilea, 1567, rúbrica XX, p. 237: *Iudex debet ex conscientia iudicare, & econtrà.*] *Secundum allegata iudicare debet. Cum quaeritur, an iudex debeat iudicare secundum conscientiam suam, in causa civili vel criminali, distingue: utrum notum sit ei tamquam iudici, id est, ratione officii sui: an ut privato. In primo casu fertur sententia secundum conscientiam suam; quae etiam potest dici allegatio. ut ff. de ser. l.2.&ff. Si fer. vend. l. surreptionem. & de minor. 25. anno. l. minor. Quid miri? nonne sert sententiam, secundum testificationes & confessiones, quas novit ut iudex? & et ita potest intellegi hoc generale. Si vero novit ut privatus, non debet ferre sententiam secundum conscientiam suam, sed secundum allegata. & ita intelligitur contraria Rubrica.*

²⁷ ACCURSIO, e.a., *Corporis Iustinianaei Digestum Vetus, seu Pandectarum*, vol. 6, Lyon, 1604, p. 17: *Iudex debet ferre sententiam, secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*»

²⁸ Vid., por todos, la obra de J. PICÓ JUNOY, *El juez y la prueba*, Barcelona 2007, p. 45, quien localiza la primera referencia al «*partium*» en Alemania, en los *Vorträge* de WACH de 1879.

²⁹ S. DE VERBÖCZY (Werböczy István), *Opus tripartitum juris consuetudinarii regni Hungariae*, Viena, 1561, p. 6: «*Nunc quaestio subiugenda est, An iudex secundum allegata, & probata partium: vel secundum quod novit, & ex conscientia debeat iudicare?*» Otra referencia anterior al siglo XIX se puede localizar en S. ŁOCHOWSKI, *Regulae juris et loci communes forenses*, Kracovia, 1727, p. 39: «*Iudex secundum allegata & probata partium non ex propria notitia iudicare debet tanquam publica & non privata persona*».

³⁰ Publicada por SINGRENIUS (Johannes SINGRIENER).

³¹ J. FOUCHER, Jean (Ioannis FUCHERII), *Ritus Iudiciales in negotiis Civilibus experiundis, quibus etiam practici utuntur in omnibus Galliae curiis*, Paris, 1548, p. 92 vuelta: «*Tum accipit apud acta utrunque; saccum partium litigantium: iudicatque secundum allegata & probata partium*».

cabe aventurar al menos una cierta difusión de la frase desde hace bastante tiempo.

Pero al margen de la antigüedad y de la cuestión terminológica, lo más interesante es saber si el principio de aportación de parte, tal y como lo entendemos ahora, estaba ya impetrado en las conciencias jurídicas antes de la difusión del mismo que habría llevado a cabo WACH, excluyéndose cualquier vestigio de prueba de oficio en el proceso civil.

Pues bien, en este sentido las referencias son numerosas, como vamos a ver, y quizás una de las más significativas en España sea la de DE VICENTE Y CARAVANTES³², porque es también del siglo XIX pero anterior a WACH. Incluso sin escribir el *partium*, este autor realiza una declaración claramente favorable al principio de aportación de parte³³, excluyendo la introducción en el proceso de cualquier información de origen judicial, es decir, que no procediera de las partes, lo que excluye también la prueba de oficio. Pero al margen de este precedente español, las obras antes citadas de DE VERBÖCZY (Viena 1517), FOUCHER (París 1548) y de ŁOCHOWSKI (Krakovia 1727) van exactamente en la misma línea y, como ya se ha dicho, son muy anteriores. Y los lugares de edición son lo suficientemente distantes como para establecer una generalidad en la difusión de la idea.

En consecuencia, desde este punto de vista, el principio de aportación de parte habría excluido la prueba de oficio en el proceso civil como mínimo desde el siglo XVI, al menos para algunos autores. Más adelante volveré con esta idea.

3. LA IMPRECISIÓN CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO INQUISITIVO

Pero volvamos atrás por un momento. Acabamos de distinguir entre principio dispositivo y principio de aportación de parte. ¿Cuáles serían sus dos principios antagónicos? La respuesta sería que solo hay un principio antagónico: el principio inquisitivo³⁴ (*Inquisitionsmaxime* o *Untersuchungsmaxime*)³⁵. Sin embargo, cuando los autores han definido directamente este último principio —cosa no tan frecuente en varios países, entre ellos España—, afirman que significa que el juez de oficio debe aportar los hechos y los medios de prueba en el proceso. Y nada más.

³² J. DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, t. II, Madrid, 1856, p. 134.

³³ *Ibid.*, p. 134: «Sin embargo, la ley ha dejado á las partes en libertad de producir en juicio los medios de prueba que juzguen más convenientes entre los determinados por la ley; de suerte que el juez no puede obligarles á producir otros, *ni tampoco guiarse en sus providencias por mas pruebas que las presentadas por las partes del juicio; secundum allegata et probata iudex iudicare debet*, aun cuando extrajudicialmente le conste la verdad de un hecho que aparece en los autos como falso, o al contrario».

³⁴ A. ALVARADO VELLOSO, «La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento», en *Proceso civil e ideología*, Valencia, 2006, p. 233.

³⁵ JAUERNIG y HESS, *Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 96. ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, *op. cit.*, p. 397.