



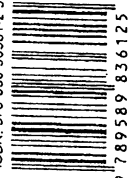
# Instituto Colombiano de Derecho Procesal

DOCENTE : ANA MARIA ESCOBAR  
TEXTO JURIDICO

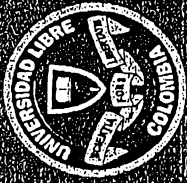
LUNES Y MIÉRCOLES  
"DÍA" SOLO UNA CARRA

Calle 67 No. 4A-09  
Tels.: (57 1) 310 4406 - 310 4401 - 310 1091  
Fax: 310 4489  
instituto@icdp.org.co - icdp@icdp.org.co

ISBN: 978-958-98361-2-5



9 789589 836125



2008

CONGRESO COLOMBIANO  
DE DERECHO PROCESAL

XXXIX

XXXIX

CONGRESO COLOMBIANO  
DE DERECHO PROCESAL



UNIVERSIDAD LIBRE

BIBLIOTECA  
SIMON  
BOSSA

Biblioteca sede principal

Biblioteca sede principal

CONFERENCIAS SOBRE DIVERSOS TEMAS  
DE INTERÉS EN MATERIA PROCESAL

---

EL JUEZ Y LA PRUEBA:  
UNA HISTORIA MAL CONTADA

*Joan Pico i Junoy*

- I. INTRODUCCIÓN
- II. HIPÓTESIS DE TRABAJO
- III. FORMULACIÓN DEL BROCCARDO EN LA DOCTRINA DE LOS GLOSADORES, LOS DECRETISTAS, LOS POSTGLOSADORES, Y LOS HUMANISTAS
- IV. SU ERRÓNEA RECEPCIÓN EN LA DOCTRINA ALEMANA
- V. SU ERRÓNEA RECEPCIÓN EN LA DOCTRINA ITALIANA
- VI. SU ERRÓNEA RECEPCIÓN EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA
- VII. LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ CIVIL EN LA LEC 1/2000
- VIII. CONCLUSIONES

# EL JUEZ Y LA PRUEBA: UNA HISTORIA MAL CONTADA<sup>1</sup>

Joan Picó i Junoy

## I. INTRODUCCIÓN

1. Una de las "historias" que se ha ido transmitiendo hasta la actualidad, es la de que el Juez Civil no debe tener ningún tipo de iniciativa probatoria pues, como ya destacaron los glosadores hace muchos siglos, *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium*, citándose a continuación, a modo de autoridad, las obras de DURANTI, AZÓN y ACCURSIO. Este modo de proceder lo encontramos en la obra de relevantes procesalistas: así, por ejemplo, LIEBMAN, en su famoso estudio sobre el fundamento del principio dispositivo, indica que dicha "inmassima risale ai Glossatori, cfr. Duranti, Speculum iud., II, 3, § 5, n. 1"<sup>2</sup>; o MILLAR, quien en sus célebres *The formative principles of civil procedure* afirma que "various facets of the

<sup>1</sup> En la presente Ponencia, por motivos de extensión, me limitaré a examinar las obras doctrinales más relevantes, por lo que para una más completa documentación del tema me remito a mis trabajos *El Juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo "iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam" y su repercusión actual*, editorial J.M<sup>a</sup>. Bosch editor, Barcelona, 2007; *idem*, "*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*"; *storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, en "Rivista di diritto processuale", 2007, n. 6, pp. 1497 a 1518; e *idem*, "*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*"; *Die Geschichte der falschen Überlieferung einer Parómie*, en "Zeitschrift für Zivilprozess International", 2006, n. 11, pp. 37 a 49.

<sup>2</sup> E.T. Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 551 (nota 1).

principle [el *Verhandlungsmaxime*], as thus appearing, are denoted by the following maxims of the mediaeval Roman Law: [...] *iudex iudicet secundum allegata et probata partium*"<sup>3</sup>.

Ello ha conducido a que en la actualidad, la mayoría de la doctrina procesal civil haya asumido de forma acrítica la vigencia de este brocardo: sin embargo, como se expone en esta ponencia, estamos ante una falsedad histórica, totalmente incierta que, no por repetirse constantemente, adquiere la validez de que carece.

## II. HIPÓTESIS DE TRABAJO

2. La hipótesis de trabajo que justifica la presente investigación es muy simple: la tan pretendida doctrina del *ius commune* no es la que actualmente se afirma (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium* o similares), pues el brocardo utilizado se ha transcrito erróneamente, lo que ha incidido de forma directa no sólo sobre su alcance sino también sobre su finalidad. Así, como se demostrará, el verdadero brocardo es el siguiente: "*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*"<sup>4</sup>, por lo que dicha doctrina únicamente pretendía destacar los límites cognoscitivos del Juez que deben reflejarse en su sentencia (*iudex iudicare debet*), a saber, los hechos según fueron alegados y probados en el proceso (*secundum allegata et probata*), debiendo rechazarse cualquier conocimiento privado (*conscientiam*) que el Juez pudiera tener de los mismos.

Como puede comprobarse, en la formulación actual del brocardo por parte de la mayoría de la doctrina procesal civil existe una doble —y errónea— modificación:

<sup>3</sup> *The formative principles of civil procedure (I)*, in "Illinois Law Review", 1923, núm. 1, p. 10 —este estudio aparece publicado en tres partes: en el núm. 1, de mayo, pp. 1 a 36; el núm. 2, de junio, pp. 94 a 117; y el núm. 3 de noviembre, pp. 150 a 168— (esta obra —en palabras de P. Calamandrei— constituye una "precisa, clara y eficaz exposición de los principios fundaméntales del proceso civil, que constituyen la razón y la medida de las participaciones científicas sobre las cuales pueden aglutinarse sistemáticamente los varios tipos de procesos de todos los países y de todos los tiempos" (resena bibliográfica al trabajo de Millar publicada en el primer número de la *Riv. dir. proc.*, 1924, p. 115)).

<sup>4</sup> O también el de *iudex iudicare debet secundum allegata non secundum conscientiam*, como ha demostrado K. W. NÖRR en su documentado estudio *Zur Stellung des Richters im geltenden Prozess der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicari*, edit. C. H. Beck, München, 1967.

- a) por un lado, se añade la palabra "partium" o "partibus"; y  
b) por otro lado, se omite la expresión "et non secundum conscientiam", alterándose así en sustancia su verdadera finalidad.

En consecuencia, el brocardo no tiene por objeto indicar la mayor o menor facultad de iniciativa probatoria del Juez, sino cosa bien distinta, que hace referencia a la imposibilidad de permitir el conocimiento privado del Juez y a la congruencia de la sentencia.

3. Por ello, mi plan de estudio va a centrarse en demostrar cuál es el correcto brocardo acuñado por la doctrina clásica surgida a partir de la Escuela de Bolonia, qué se pretendía con el mismo, identificar el origen de su errónea recepción, y constatar cuál es actualmente el *status quo* del mismo, esto es, qué planteamiento del brocardo ha tenido mayor fortuna entre los procesalistas. De esta forma, se estará en condiciones de constatar su erróneo planteamiento actual y la finalidad que se persigue con ello.

## III. FORMULACIÓN DEL BROCARDO EN LA DOCTRINA DE LOS GLOSADORES, LOS DECRETISTAS, LOS POSTGLOSADORES, Y LOS HUMANISTAS

4. El brocardo correctamente enunciado aparece formulado por los glosadores más relevantes de la Escuela de Bolonia del siglo XIII, especialmente DURANTI, AZÓN, ACCURSO. El primer autor que debo analizar es DURANTI ya que, pese a ser posterior a los otros dos glosadores, la doctrina actual le atribuye la formulación del brocardo "*iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium*", sin embargo, la lectura directa de diversos ejemplares de la obra de este glosador —que vivió entre los años 1237 a 1296— nos demuestra la imprecisión de este autor: en su clásico tratado procesal *Speculum iuris*, de finales del s. XIII, glosando el *Digesto* [Libro I, Título XVIII (*De officio praesidis*)], Ley VI (*Illicitus*), § 1 (*Hereticus*)], lo que realmente indica es que el Juez: "*Sententia fieri debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*". Y de igual modo debo destacar a los glosadores AZÓN y ACCURSO. El gran maestro de la Escuela de Bolonia de inicios del siglo XIII, AZÓN, en su obra *Brocarda*, glosando al *Digesto*, señaló:

Duranti. *Speculum iuris*, ed. publicada en Venecia, 1385, pars. II, part. III [*De Sententia*], § 5 [*Quartier*] n. 1, fol. 785 a; idem. *Speculum iuris*, ed. publicada en Venecia, 1578, pars. II, part. III [*De Sententia*], § 5 [*Quintier*] n. 1, fol. 175 a.

"*Iudex debet ex conscientia iudicare et e contra secundum allegata iudicare debet, cum quaeritur an iudex secundum conscientiam suam iudicare debeat in causa civili vel criminali distingue utrum notum sit ei tanque iudici .i. ratione officii sui an ut privato. In primo casu fertur sententia secundum conscientiam suam quae etiam dici potest allegatio ut D. de fertis l. 3 et D. finium regundorum l. si irruptione et D. de minor 25. an. l. minor: quid mirum? Nonne fert sententiam secundum testificationes et confessiones quas novit ut iudex et ita potest intellegi hoc generale si vero novit ut privatus non debet secundum eam sententiam ferre sed secundum allegata, et ita intellegitur contraria Rubrica*"<sup>5</sup>. Y posteriormente su discípulo ACCURSIO, en la glosa a la palabra veritas del Digesto l. 18.6.1, contenida en su obra *Glossa Ordinaria*, también se refiere al brocardo: "*secundum allegata debet iudex iudicare non secundum conscientiam*"<sup>6</sup>.

5. En esta misma línea, entre los decretistas o glosadores canonicistas también del siglo XIII, debe destacarse a RAIMUNDO DE PENYAFORT, quien en su *Summa de Poenitentia*, apelando a los textos C. 3. q. 7. c. 4; C. 30. q. 5. c. 10 y C. 30. q. 5. c. 11 del Decreto de Graciano de mediados del siglo XII, indica: "E contra videtur: dicit enim expresse Ambrosius, quod iudex non debet iudicare secundum suam privatam conscientiam, quam apportavit de domo, sed secundum iura et allegata et probata coram ipso dum sedebat pro tribunali".

6. Por otro lado, un siglo después, el Digesto fue comentado por los postglosadores. Y al respecto puede destacarse que en las obras de BARTOLO DE SAXOFERRATO, BALDO DE UBALDIS, AEGIDIO DE VITERBIO, MARANTAE VENUSINI, y ALBERICO DI ROSATE, tan sólo se formula el brocardo "*iudex debet iudicare secundum allegata, et probata, non autem secundum conscientiam*".

7. Y la obra de los humanistas insiste en la formulación del mismo brocardo, especialmente al hilo de estudio de la prueba. Así, D. GOTHOFREDUS, en su comentario al Digesto, al analizar la figura del "praesidis" (Digesto l. 18.6.1), destaca:

<sup>5</sup> Azón. *Brocarda*, in Mario Viora (ed.), *Corpus Glossatorum Iuris Civilis, Ex officina Erasimiana*, Torino, 1967, vol. IV, parte III, fol. 62.v y 63.r, especialmente fol. 63.ra.  
<sup>6</sup> Accursio, *Glossa in Digestum Vetus*, in Mario Viora (ed.), *Corpus Glossatorum Iuris Civilis, Ex officina Erasimiana*, Torino, 1969, vol. VII, fol. 9.v.a.

"Allegatur quod iudex debet iudicare secundum allegata et approbata, non autem secundum conscientiam", e insiste en que "*iudicandum est ex allegatis et probatis, no ex conscientia*"<sup>8</sup>. De igual modo THOLOSANO, en el capítulo 9 de su obra *Synagma Iuris Universi* (titulado *De probationibus in genere*)<sup>9</sup> recoge la regla "*iudex non debet iudicare secundum propriam conscientiam*"<sup>10</sup>. Y en términos similares FERMOSINI, en su tratado *De probationibus*, destaca: "*Nam secundum allegata, et probata Iudicem Iudicare oportere non secundum conscientiam suam*"<sup>11</sup>.

#### IV. SU ERRÓNEA RECEPCIÓN EN LA DOCTRINA ALEMANA

8. El brocardo objeto de estudio aparece correctamente identificado en diversos tratados del procesalismo alemán de la segunda mitad del siglo XIX (los de WETZELL, PLANCK, ENDEMANN y BOLGIANO), así como en distintos estudios especializados.

Con anterioridad GÖNNER, en su famoso *Handbuch des deutschen gemeinen Processes*<sup>12</sup>, en el que la doctrina procesal sitúa el origen de la distinción conceptual entre los principios della trattazione (*Verhandlungsmaxime*) e investigación de oficio (*Untersuchungsmaxime*), recoge diversos brocardos relacionados con el aquí examinado, como los de *iudex ex officio non procedit*<sup>13</sup> o *quod non est in actis, non est in mundo*<sup>14</sup>, y si bien entiende que el juez sólo puede tomar en consideración los medios de prueba solicitados por las partes<sup>15</sup>, no recoge su expresión latina porque simplemente nunca existió

<sup>8</sup> D. Gothofredus, *Corporis Institutionei Digestum Vetus seu Pandectarum Iuris Civilis*, I. Lugduni, 1604, p. 143.

<sup>9</sup> P.G. Tholosano, *Synagma Iuris Universi*, parte III. Lugduni, 1606. *Op. cit.*, p. [98] (sign. H6).

<sup>10</sup> N. R. Fermosini, *De probationibus*, Lugduni, 1662, p. 46.

<sup>11</sup> N.T. Günner, *Handbuch des deutschen gemeinen Processes*, I, 2ª ed., Erlangen, 1804.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 182.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, p. 223.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 183.

como brocardo. Tampoco lo encontramos en otros relevantes tratados de la época como, por ejemplo, el de MARTIN<sup>16</sup>.

La formulación correcta del brocardo la encontramos ya en el célebre *System des ordentlichen Zivilprocesses* de WETZELL, para quien: "Entsteidet man biesen Saß seiner Beziehung aus die Auszeichnung oder schristliche Form der Verhandlungen, so besagt er; daß der Richter, wie es schon die Glossatoren ausdrückten *secundum allegata et probata*, nicht *secundum conscientiam* sprechen solle [a nota: Bgl. c. 15 in f. X. de rest. spol. (2. 13), gl. Veritas] ad l. 6 §. 1 D. de off. Praes., Durantis: Spec. iud. II, 1 de citat. §. 4 nr. 14, II. 3 de sententia et de his, quae §. 5 nr. 1 (und dazu Biener: Beiträge S. 80)<sup>17</sup>". De igual modo PLANCK destaca: "Hiemit war also dem bloss mündlich vor oder vom Gericht gesprochenen Wort jeder massgebende Werth entzogen und der aus der unzuverlässig richtigen Forderung [a nota: Gl. veritas. L. 6 § 1 D. d. off. praes. 1, 18. Barr. ibid.: *iudex debet iudicare secundum allegata et approbata, non autem secundum conscientiam*]"<sup>18</sup>. En esta misma línea ENDERMANN recoge como máxima que se deriva del *Verhandlungsmaxime* la de "iudex secundum allegata et probata iudicare debet, non secundum conscientiam"<sup>19</sup>. Finalmente, también BOLGLIANO, en su Tratado de derecho procesal civil, al analizar el alcance del *Verhandlungsprinzip* afirma que se debe a los glosadores la regla según la cual el Juez debe enjuiciar "secundum allegata et probata nicht secundum conscientiam"<sup>20</sup>.

9. En la posterior doctrina, ya de inicios del siglo XX, seguimos encontrando obras que recogen correctamente el brocardo al analizar el *Verhandlungsmaxime*, como sucede por ejemplo con los tratados de derecho procesal civil de BUNSEN, en el que se refiere, entre otras, a la máxima "iudex secundum allegata et probata iudicare debet non secundum conscientiam"<sup>21</sup>, o

<sup>16</sup> Ch. Martin, *Lehrbuch des Deutschen gemeinen bürgerlichen Processes*, Göttingen, 1805.

<sup>17</sup> G. W. Wetzell, *System des ordentlichen Zivilprocesses*, Leipzig, 1878, p. 520.

<sup>18</sup> J. W. Planck, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Nördlingen, 1887, p. 176.

<sup>19</sup> W. Endermann, *Das deutsche Zivilprozessrecht*, 1ª ed., Heidelberg, 1868, p. 369.

<sup>20</sup> K. Bolgliano, *Handbuch des Reichs-Civil-Prozessrechts*, 1ª ed., Stuttgart, 1879, p. 44.

<sup>21</sup> F. Bunsen, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, 1ª ed., Berlin, 1900, p. 103.

al de KLEINFELLER<sup>22</sup>, en el que, al margen de estudiar otras *regulae iuris* que definen dicho principio (como las de "ne procedat iudex ex officio"<sup>23</sup> y "ne eui iudex ultra petita partium"<sup>24</sup>), también se refiere al brocardo "iudex secundum allegata iudicare debet"<sup>25</sup>. Debe mencionarse aquí también el amplio y documentado estudio de KOHLER sobre los principios del proceso civil, en el que se plasma en debida forma el resultado de los principales glosadores, afirmandose que de los mismos sólo puede deducirse el brocardo "iudex debet iudicare secundum allegata et probata, non secundum conscientiam"<sup>26</sup>.

10. Sin embargo, otros relevantes autores alemanes de la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX empiezan a plasmar erróneamente el brocardo: en primer lugar, debemos destacar a WACH, y posteriormente a su discípulo HELLWIG, y a SCHMIDT. El gran maestro de Leipzig, en su conocido comentario de 1879 sobre la ordenza procesal civil alemana, al analizar la relación entre el Juez y las partes, indica que el Juez no puede introducir pruebas en el proceso, pues juzga "*secundum allegata et probata partium, nicht secundum suam conscientiam*"<sup>27</sup>. De igual modo HELLWIG, en su conocido "Sistema de derecho procesal civil alemán" afirma: "Im Zivilprozesse galt im Gegenjahre hierzu gemeinrechtlich der sesse Grundsatz: *iudex iudicare debet secundum allegata et probata a partibus*"<sup>28</sup>. Y para SCHMIDT, de la *Verhandlungsmaxime* se deduce la vieja regla "iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet, non secundum propriam conscientiam"<sup>29</sup>.

Y, en este mismo error incurren eminentes procesalistas como STEIN, HELFRON y PICK, GOLDSCHMIDT, ROSENBERG, NIKISCH,

<sup>22</sup> G. Kleinfeller, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 1ª ed. Berlin, 1905, pp. 179-196.

<sup>23</sup> *Op. cit.*, pp. 183 e 185.

<sup>24</sup> *Op. cit.*, p. 183.

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 180, nota 1.

<sup>26</sup> V.J. Kohler, *Alexander Ploss und die Officialmaxime im ungarischen Zivilprozesse*, in "Reinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht", 1914, pp. 18, 20, 21, 23, 24 e 26.

<sup>27</sup> A. Wach, *Torträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, Bonn, 1879 (2ª ed.), p. 61. Sin embargo, en su posterior obra *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1885, no aparece el brocardo.

<sup>28</sup> K. Hellwig, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, I. Leipzig, 1912, p. 405.

<sup>29</sup> R. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1898, p. 353.

BLOMEYER o BRUNS. Así STEIN, en su magnífica obra *Das private Wissen des Richters*, se refiere a máxima ("satz") "*iudex indicet secundum allegata et probata partium*"<sup>36</sup>. De igual modo HEILFRON y PICK, al analizar las manifestaciones del *Verhandlungsmaxime* (principio della trattazione) en su clásico *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, destacan que el Tribunal debe formar su convicción partiendo sólo de los hechos y de las pruebas aportadas por las partes debido a la vigencia de la regla "*iudex indicet secundum allegata et probata partium*"<sup>37</sup>. Por su parte GOLDSCHMIDT, en su clásica obra *Zivilprozessrecht*, destaca que "Die Behauptungen und Beweisantretungen der Parteien bilden die alleinige Entscheidungsgrundlage (*iudex secundum allegata et probata a partibus indicare debet*), mit anderen Worten, die Parteien haben die Behauptungs- und Beweislast"<sup>38</sup>. En el mismo sentido ROSENBERG, en su conocido "Tratado de derecho procesal civil", destaca que en virtud del *Verhandlungsmaxime* "daß allein die Parteien den Streitstoff in den Prozess einführen, über seine Feststellungsbedürftigkeit entscheiden und seine Feststellung betreiben, daß aber das Gericht Tatsachen, welche von den Parteien nicht vorgebracht sind, nicht berücksichtigen und in der Regel keine Beweise von Amts wegen aufnehmen darf (*iudex indicare debet secundum allegata et approbata partium, non secundum conscientiam suam*)"<sup>39</sup>. También NIKISCH, al analizar el *Verhandlungsmaxime* se refiere incorrectamente a la máxima "iudex iudicare debet secundum allegata et probata a partibus"<sup>40</sup>. En similares términos, BLOMEYER, recogiendo incorrectamente la cita efectuada por Wetzell, menciona indebidamente el brocardo indicando: "Das gemeine Zivilprozessrecht legte dagegen den Parteien die Verantwortung für das Tatsachenmaterial auf: *Judex indicare debet secundum allegata et probata a partibus*"<sup>41</sup>. Finalmente, BRUNS, al estudiar el *Verhandlungsmaxime*, menciona como parte de su contenido la

<sup>36</sup> F. Stein, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893, p. 1. Sin embargo, en su *Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich*, 1.ª ed., Tübingen, 1906, al analizar el *Verhandlungsmaxime*, no recoge en forma alguna el brocardo (pp. 340-344).

<sup>37</sup> E. Heilfron y G. Pick, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, 1.ª ed., Berlin, 1910, p. 448.

<sup>38</sup> J. Goldschmidt, *J. Zivilprozessrecht*, 2.ª ed., Berlin, 1932, p. 44.

<sup>39</sup> L. Rosenberg, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, 2.ª ed., Berlin, 1929, p. 179.

<sup>40</sup> A. Nikisch, *Zivilprozessrecht*, 1.ª ed., Tübingen, 1950, p. 192.

<sup>41</sup> A. Blomeyer, *Zivilprozessrecht*, 1.ª ed., Berlin, 1963, p. 66.

regla propia del derecho romano-canónico "iudex iudicare debet secundum allegata et probata a partibus"<sup>36</sup>.

En los estudios monográficos existentes sobre el *Verhandlungsmaxime* suele no formularse el brocardo aquí analizado en su expresión latina, como sucede, por ejemplo, con los de JAUERNIG<sup>37</sup>; WÜNDERLICH<sup>38</sup>; BATHE<sup>39</sup>; SCHÖNFELD<sup>40</sup>; o GUYAN<sup>41</sup>; y cuando se formula se realiza incorrectamente, como puede comprobarse con las obras de BRÜGGEMANN y BOMSDORF: el primer autor<sup>42</sup>, se refiere a la máxima del derecho canónico según la cual el Juez de enjuiciar "secundum allegata et probata partium, non secundum conscientiam"<sup>43</sup>; y el segundo<sup>44</sup>, si bien en ocasiones formula correctamente el brocardo<sup>45</sup>, en otras lo hace de forma indebida<sup>46</sup>.

<sup>36</sup> R. Bruns, *Zivilprozessrecht*, Berlin-Frankfurt, 1968, p. 113.

<sup>37</sup> O. Jauernig, *Verhandlungsmaxime. Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand*, Tübingen, 1967.

<sup>38</sup> U.M. Wunderlich, *Dispositionsmaxime, Verhandlungsmaxime und Untersuchungsmaxime der solothurnischen Zivilprozessordnung vom 11. September 1966*, Zürich, 1968, en la que si se analizan otras expresiones latinas como las de *ne procedat iudex ex officio* (p. 9), *ne est iudex ultra petitia partium* (p. 22), o *quod non est in actis non est in mundo* (p. 29).

<sup>39</sup> H.T. Bathe, *Verhandlungsmaxime und Verfahrensbeschleunigung beider Vorbereitung der mündlichen Verhandlung*, Berlin, 1977.

<sup>40</sup> K.E. Schönfeld, *Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozess und in den übrigen Verfahrensarten - Die Modifikation des Prozessrechts durch das Sozialstaatspostulat*, Frankfurt, 1981.

<sup>41</sup> H. Gyan, *Verhandlungsmaxime und Officialmaxime im Bündnerischen Zivilprozess*, Winterthur, 1966 (aunque esta obra no se publica en Alemania, en ella se realiza un detallado estudio de la doctrina germana, apareciendo citados otras expresiones latinas distintas de la que constituye nuestro objeto de estudio: así, *quod non est in actis non est in mundo* - p. 4 -, *ne procedat iudex ex officio* - p. 5 -, o *ne est iudex ultra petitia partium* - pp. 5 o 7 -).

<sup>42</sup> D. Brüggemann, *Judex statutor und iudex investigator. Untersuchungen zur Abgrenzung zwischen Richternmacht und Parteienfreiheit im gegenwärtigen deutschen Zivilprozess*, Bielefeld, 1968.

<sup>43</sup> Op. cit., pp. 165-166.

<sup>44</sup> F. Bomsdorf, *Prozessmaximen und Rechtswirksamkeit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozess - ius commune Rechts bis zur ZPO*, Berlin, 1971.

<sup>45</sup> Op. cit., pp. 38 y 167.

<sup>46</sup> Así, por ejemplo, en la p. 42 se refiere a la regla "iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet", atribuyéndose la incorrectamente a la obra de Göbner.

11. En conclusión, puede afirmarse que la formulación errónea del brocardo, negando la iniciativa probatoria del Juez civil, coincide con el liberalismo ideológico imperante a finales del siglo XIX, debiéndose destacar en este punto la obra del maestro WACH que tanto influyó en la posterior doctrina alemana.

## V. SU ERRÓNEA RECEPCIÓN EN LA DOCTRINA ITALIANA

12. Similar fenómeno de formulación del brocardo se produce en la doctrina italiana. Así, tanto en las obras generales del siglo XIX sobre *procedura civile* —como las de PESCATORE, MATTIROLLO o RICCI—, como en los estudios dedicados a la prueba —como los de MESSINA o LESSONA—, se recoge correctamente el brocardo *iudex indicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*.

Dentro de los procedimentalistas debe destacarse a PESCATORE, MATTIROLLO y RICCI. El primer autor, al analizar el contenido de la sentencia y el conocimiento privado del Juez destaca que: "non dobbiamo dimenticare che, se il giudice nella questione del fatto pronuncia *iuxta allegata et probata*, non può tuttavia nell'esame degli atti dipartirsi dai dettami della sua coscienza"<sup>47</sup>. MATTIROLLO, indica igualmente que "è principio universalmente ammesso, che l'autorità giudicante debbe pronunziare *iuxta allegata et probata*, che, in altri termini, il giudice deve fondare la sua decisione in ordine alla questione di fatto, unicamente sulle prove che vennero fornite nel corso dell'istruzione della causa, nè può avere riguardo di sorta a quelle altre cognizioni personali, che gli fossero pervenute da fonte estranea al giudizio"<sup>48</sup>. Por último, RICCI, al estudiar la motivación de la sentencia, destaca que el Juez "deve pronunziare il suo giudizio *secundum allegata et probata*"<sup>49</sup>.

Y con referencia a las obras dedicadas a la prueba, debo destacar las de MESSINA y LESSONA. El primer autor destaca que "il giudice deve

<sup>47</sup> M. Pescatore, *Spaziatura compendiosa della procedura civile e criminale*, vol. I, parte I, Torino, 1864, p. 72.

<sup>48</sup> L. Mattirollo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, II, Torino, 1883, pp. 209-210.

<sup>49</sup> F. Ricci, *Compendio al codice di procedura civile italiano*, II, 4ª ed., Firenze, 1883, p. 311; sin embargo este autor, en una extensa obra específicamente dedicada a la prueba, no hace referencia alguna al brocardo: me estoy refiriendo a su *Delle pmte*, Torino, 1891.

convincersi dei fatti secondo il risulamento delle prove, nè mai decidere secondo la scienza privata [...]. I giudici non vogliono lasciarsi vincere alle seduzione di mal locata equità per appartarsi dal precetto giuridico del dover risolvere le questioni di fatto *secundum allegata et probata*, il che offendendo la maestà della giustizia violerebbe il sacro diritto di difesa delle parti contro le cose di privata scienza, e lascerebbe crescere il dubbio e l'incertezza sopra l'esito de' giudizi"<sup>50</sup>. De igual modo, LESSONA, tras analizar con profundidad los argumentos a favor y en contra de la validez procesal del conocimiento privado del Juez<sup>51</sup>, se manifiesta en contra del mismo, concluyendo: "E si avverta che l'obbligo della motivazione è la sola garanzia possibile per assicurare che il giudice decida secondo *allegata et probata*"<sup>52</sup>, si es plenamente consciente de que no siempre "l'obbligo della motivazione garantisce assolutamente che il giudice non violerà il precetto di giudicare secondo *acta et probata*: una infornazione stragiudiziale potrà essere l'intimaria *ratio decidendi* larvata p. es. col deposito di un testimone, al quale altrimenti il giudice non avrebbe agguistata fede"<sup>53</sup>.

13. La primera vez que en la doctrina italiana se cita incorrectamente la expresión *iudex indicare debet secundum allegata et probata partim* (y similares) lo hallamos en múltiples estudios de la obra de CHIOVENDA, probablemente influido por la cita incurrecia de varios maestros del procesalismo alemán, y en especial por Wach<sup>54</sup>. Así, en su célebre trabajo sobre la identificación de las

<sup>48</sup> G. Messina, *Trattato delle prove giudiziarie in materia civile e commerciale*, Salerno, 1876, pp. 155 e 163.

<sup>49</sup> C. Lessona, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, I, 2ª ed., Firenze, 1904, pp. 49-71.

<sup>50</sup> *Teoria*.... op. cit. supra, p. 423; *idem*, *Trattato*... op. cit., pp. 78-79.

<sup>51</sup> *Teoria*.... op. cit. supra, p. 423.

<sup>52</sup> Como se ha acreditado, A. Wach formula incorrectamente el brocardo, y G. Chiovenda se reconoce como discípulo del gran maestro de Leipzig, a pesar de no haberlo conocido: en este sentido, afirma en la neorológica que realiza de *Adolfo Haech*, publicada en la *Riv. dir. proc. cit.*, 1926, vol. III, parte I, pp. 366-369, que "il suo insegnamento ha varcato i confini della sua patria. E, fra gli altri, anch'io mi sento scolaro di questo Maestro che non ho mai conosciuto [...] La più parte di noi, giuristi italiani della mia generazione, ricevemmo la prima formazione giuridica da un nostro grande: Vittorio Scialoja. Poi, da lui stesso indirizzati, ci volgemmo alla scienza germanica, e sentimmo l'influenza chi dell'uno chi dell'altro dei suoi rappresentanti, secondo gli studi preferiti, l'indole, le tendenze di ciascuno di noi. Trovammo così quasi un secondo formatore del nostro pensiero. Questo "segundo formatore" fu per me Adolfo Wach" —op. cit., p. 369.



acciones y la regla "ne eat iudex ultra petita partium"<sup>55</sup>; afirma que la "regola ne eat iudex ultra petita partium [...] ha anzi una doppia portata: non solo il giudice deve tenersi nei limiti della domanda, ma egli deve anche astenersi dal rilevare d'ufficio determinati fatti che pure non porterebbero mutamento di domanda: *secundum allegata et probata partium iudicare debet*"<sup>56</sup>. De igual modo, en su estudio sobre las formas en la defensa judicial del derecho<sup>57</sup>, destaca como uno de los "vecchi principii forensi" la regla "*iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet*"<sup>58</sup>. También en sus *Principii di diritto processuale civile*, al analizar los poderes del Juez en la formación del material sobre el que debe decidir, afirma que el Juez "*secundum allegata et probata partium iudicare debet*"<sup>59</sup>; volviendo a insistir posteriormente que "riguardo alla determinazione o scelta dei fatti da accertare, il giudice deve di regola astenersi dal rilevare fatti non allegati dalle parti: *secundum allegata et probata partium iudicare debet*"<sup>60</sup>. En idénticos términos se expresa en sus *Istituzioni di diritto processuale civile*<sup>61</sup>.

En conclusión, como ha podido comprobarse, en las obras más relevantes de CHIOVENDA (sus *Principii, Saggi e Istituzioni*), se recoge indebidamente el brocardo aquí analizado. La expresión "inexacta" de *iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet* la emplea al describir el contenido del principio dispositivo y, concretamente, para determinar el ámbito fáctico de conocimiento que limita la actividad de enjuiciamiento judicial, pero nunca se refiere a ella para restringir la iniciativa probatoria del Juez, por lo que, aun recogiendo el brocardo de forma inexacta, no desvirtúa la finalidad que la doctrina del *ius commune* le quería dar, a saber, evitar que el conocimiento privado del Juez pudiese interferir en la disponibilidad de las partes al configurar los hechos sobre los que se solicita la concreta tutela judicial.

14. Para el estudio de la doctrina posterior a la obra de CHIOVENDA he optado, a efectos de una exposición sistemática y lo más clara posible, por

<sup>55</sup> *Identificazione delle azioni. Sulla regola ne eat iudex ultra petita partium*, in "Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)", I, Roma, 1930, pp. 157-177.

<sup>56</sup> *Identificazione* ..., op. cit., p. 160.

<sup>57</sup> *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in "Saggi ...", I, op. cit., pp. 353-378.

<sup>58</sup> *Op. cit.* supra, p. 371.

<sup>59</sup> *Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli, 1913, p. 725.

<sup>60</sup> *Op. cit.*, p. 728.

<sup>61</sup> *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, sez. I, 2ª ed., Napoli, 1936, p. 307.

analizar la de tres grandes maestros que lo siguieron: CALAMANDREI, CARNELUTTI y BETTI; con posterioridad, las obras generales de derecho procesal civil, y, por último, los autores que específicamente han analizado el tema de la prueba.

Siguiendo los planteamientos chiovendianos, CALAMANDREI destaca que "la regola, secondo la quale il giudice non può utilizzare nel giudizio le sue informazioni private sui fatti della causa, risale al tradizionale aforismo *secundum allegata et probata partium debet iudex iudicare, non secundum suam conscientiam*; ma questo, come fu osservato, si può scomporre in due ben distinti divieti, che operano in momenti diversi, hanno diversa portata e possono concepirsi l'uno separato dell'altro: il primo proibisce al giudice di allargare di sua iniziativa il campo della lite oltre i fatti che le parti abbiano dedotto nel processo (*secundum allegata decidere debet*), il secondo gli proibisce di servirse, per accertare la verità dei fatti allegati dalle parti, di mezzi diversi dalle prove raccolte nel processo (*secundum probata decidere debet*)". Así, como puede comprobarse, la prohibición recogida en dicho aforismo tiene dos manifestaciones: por un lado, impide al Juez modificar los hechos alegados por las partes, y en segundo lugar, le impide servirse de pruebas distintas de las practicadas en el proceso<sup>62</sup>. Al igual que sucede con la obra de Chiovenda, en la de Calamandrei, pese a que recoge mal el brocardo, respecto del fondo coincide con su verdadero contenido y alcance, lo que pone en evidencia que tenía muy claras sus ideas en orden a evitar que el conocimiento privado del Juez pudiera tener trascendencia en el enjuiciamiento de los hechos litigiosos. En consecuencia, establece que el ámbito de enjuiciamiento judicial debe limitarse a las alegaciones de las partes y a las pruebas realizadas en el proceso.

En la amplia obra de CARNELUTTI sólo en muy excepcionales ocasiones recoge el brocardo: inicialmente lo cita de forma correcta en su *Lezioni*,

<sup>62</sup> P. Calamandrei, *Per la definizione del fatto notorio*, in "Opere Giuridiche"; V, a cargo de M. Cappelletti, Napoli, 1972, p. 433 (originariamente este estudio se publicó en *Rev. dir. proc.*, 1925, I-II, p. 282). Similares expresiones latinas encontramos en su estudio *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in "Opere Giuridiche", I-1965, op. cit., p. 146 (originariamente este estudio se publicó en "Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda", I, Padova, 1927, p. 134); *Il processo inquisitorio e il diritto civile*, in "Opere Giuridiche", I, op. cit., p. 420; y en sus *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, in "Opere Giuridiche", IV-1970, op. cit., pp. 222, 223 e 224.

indicando al estudiar el poder del Juez en la determinación de los hechos que "per la posizione del fatto il giudice è, invece, vincolato alla attività delle parti (*iudex iudicare debet iuxta allegata et probata*) [por ello] questo principio si può rappresentare parlando di un potere di disposizione che le parti hanno sul materiale di fatto della sentenza: di fatto le parti, se sono concordi, possono foggiare questo materiale come vogliono. Questo principio si può anche rappresentare parlando di un divieto di utilizzazione nel processo (nella sentenza) del sapere privato del giudice per la formazione del materiale di fatto"<sup>65</sup>. Sin embargo, en otros trabajos de la misma época recoge críticamente el brocardo: así, por ejemplo, en el titulado *Prove civili e prove penali*<sup>66</sup>, tras in quello, non in questo la ricerca delle prove è esclusivamente affidata alla parte<sup>67</sup>: se refiere a la "massima: *iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet*"<sup>68</sup>. En conclusión, como podemos comprobar, este autor ya formula el brocardo —de forma indebida— añadiéndole una nueva finalidad: impedir la iniciativa probatoria al Juez Civil.

Finalmente, en la misma línea BETTI, al examinar la iniciativa de las partes como límite a los poderes del Juez respecto a los materiales enjuiciables, se refiere a la "massima *secundum allegata et probata partium iudex iudicare debet*. Non solo deve il giudice tenersi entro i confini della domanda (ragione e azione) della parte, ma anche quando si tratti di fatti che per sé non importerebbero mutamento di domanda, deve astenersi dal rilevarli d'ufficio e aspettare che la parti li affermino"<sup>69</sup>.

15. La doctrina posterior a los mencionados grandes maestros del procesalismo italiano ha venido manteniendo, de forma mayoritaria, la errónea formulación y planteamiento del brocardo. Así sucede, por ejemplo, con CALOGERO y CARNACINI: el primer autor, en su conocida obra sobre la lógica del Juez, ya destaca la tradicional regla de "*ne ear iudex ultra probata et allegata partium*"<sup>70</sup>. Y, por su parte, CARNACINI, en su célebre estudio sobre la "tela

jurisdiccional y técnica del proceso"<sup>71</sup>, se refiere a los "aforismos dell'antica sapienza [...] *iudex secundum allegata et probata partium decidere debet*"<sup>72</sup>, constituyendo el "brocardo *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet* un'ulteriore manifestazione del principio dispositivo"<sup>73</sup>.

Si analizamos las obras generales del derecho procesal civil, especialmente en sus apartados dedicados al principio dispositivo (*principio dispositivo in senso stretto, materiele o proprio, o principio della domanda*) o al principio de la ratificación (*principio dispositivo in senso lato, processuale o improprio, o principio della disponibilità delle prove*) encontramos que, de igual modo, en su mayoría formulan erróneamente el brocardo aquí analizado, como sucede en las obras de ZANZUCCHI, SATTA, JAEGER, LIEBMAN, FAZZALARI, ANDOLINA, o TARZIA. Así, ZANZUCCHI, al estudiar los poderes del Juez, destaca como uno de sus límites el de "*secundum allegata et probata partium iudex iudicare debet*"<sup>74</sup>, o en otros términos el de "*iuxta allegata et probata partium iudex iudicare debet*"<sup>75</sup>. En términos muy similares su discípulo, SATTA, en su primera obra comentando el nuevo Código Procesal Civil italiano, al referirse a los poderes del Juez, afirma que en él se produce una "inegale conservación del principio dispositivo, in armonia con la funzione e con lo scopo della giustizia civile. La relazione al Rc è su questo punto molto esplicita, e non lascia ombra di dubbi. Espressione di questi principii è il titolo V del codice, il quale tratta dei poteri del giudice, fissando alcune regole tradizionali, che nel vecchio codice non si trovavano espresse o solo indirettamente espresse. Così è delle antiche massime [...] *secundum allegata et probata partium iudicare debet*"<sup>76</sup>. En esta misma línea, en su conocido *Commentario al Codice di Procedura Civile*, al analizar el tema de la disponibilidad de la prueba, afirma: "È questo il principio fondamentale che regola i rapporti fra il giudice e le parti, e che la rubrica di questo articolo - 115 c.p.c. -, che riassume in sé le due regole fondamentali del

<sup>65</sup> T. Carnacini, *Tecniche giurisdizionali e tecniche del processo*, in "Studi in onore di E. Redenti", vol. II, Milano, 1951, pp. 695-772.

<sup>66</sup> *Op. cit.*, p. 735.

<sup>67</sup> *Op. cit.*, p. 736.

<sup>68</sup> M.T. Zanzucchi, *Diritto processuale* (vol. I, *Diritto processuale generale*), 1.<sup>a</sup> ed., Milano, 1936, p. 637.

<sup>69</sup> M.T. Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, 1.<sup>a</sup> ed., Milano, 1942, p. 348.

<sup>70</sup> S. Satta, *Giuridica pratica per il nuovo processo civile italiano*, Padova, 1941, p. 233.

<sup>61</sup> F. Carnetoni, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, parte prima, Padova, 1926, p. 367.

<sup>62</sup> Publicado en la *Rev. dir. proc. civ.*, 1925, vol. II, parte I, pp. 3-26.

<sup>63</sup> *Op. cit.* supra, p. 11.

<sup>64</sup> E. Betti, *Diritto processuale civile*, 1.<sup>a</sup> ed., Milano, 1932, p. 410.

<sup>65</sup> G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937 (reimpresión de 1964, p. 107).

giudizio *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*<sup>83</sup>; y en su tratado *Diritto Processuale Civile*, al describir el principio dispositivo, destaca el principio general según el cual "i fatti che il giudice può porre a fondamento della decisione sono soltanto quelli affermati e provati dalle parti. *Judex secundum allegata et probata partium iudicare debet*<sup>84</sup>. Por su parte, JAEGER, al referirse a la necesidad de prueba, destaca "un vecchio ditteio, a norma del quale *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*<sup>85</sup>". En esta misma línea LIEBMAN, en uno de sus principales estudios -el referente al principio dispositivo- reitera la misma incorrección, afirmando que "antiche sono le divergenze intorno al fondamento del principio dispositivo, cioè intorno alla ragione per cui, nel processo civile, *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium*<sup>86</sup>"; lo que justifica la imposibilidad de atribuir iniciativa probatoria *ex officio iudicis*. También FAZZALARI recoge indebidamente el brocardo cuando afirma que "tutti i fatti non possono essere conosciuti dal giudice civile, se non in quanto allegati dalla parte e provati: *secundum allegata et probata partium iudex iudicare debet*<sup>87</sup>". En el mismo sentido ANDOLINA, al referirse tanto al primer Código Procesal Civil de la Italia apenas unificada, esto es, el de 1865, como el vigente de 1940, destaca que sólo existe juicio "*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*<sup>88</sup>". Finalmente, TARZIA menciona

<sup>83</sup> S. Satta, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, I., Milano, 1959, p. 450.

<sup>84</sup> S. Satta, *Diritto Processuale Civile*, 1ª ed., Padova, 1948, p. 106. En posteriores ediciones, ya a cargo de C. Punzi, se afirma, en la misma línea, que "il brocardo per cui *iudex secundum allegata et probata partium decidere debet* esprime e condensa due distinti i nuclei del giudice, il primo dei quali (*secundum allegata partium*) essenziale al processo civile, l'altro (*secundum probata partium*) meramente eventuale" (S. Satta e C. Punzi, *Diritto Processuale Civile*, 12ª ed., Padova, 1996, p. 199-ef. igualmente la p. 218-).

<sup>85</sup> N. Jaeger, *Corso di diritto processuale civile*, 2ª ed., Milano, 1956, p. 254.

<sup>86</sup> E. T. Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, op. cit., p. 551. De igual modo, si bien de forma distinta, cita el brocardo con la expresión *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet* en su *Lezioni di diritto processuale civile*, 1ª ed., Milano, 1952, p. 168; y en su *Manuale di diritto processuale civile*, II. 4ª ed., Milano, 1984, p. 84.

<sup>87</sup> E. Fazzalari, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, 1ª ed., Padova, 1995, pp. 82-83.

<sup>88</sup> I. Andolina, *Il rapporto "parte-giudice" nella evoluzione del processo civile italiano*, in *Dir. fidi.*, 1982, II, pp. 387, 388 e 392 (el mismo estudio puede consultarse en

de igual modo la expresión "*iudex secundum allegata partium iudicare debet*" para identificar la denominada "carga de la alegación" que se integra dentro del principio dispositivo<sup>89</sup>.

De igual modo, si analizamos la doctrina italiana en materia probatoria, encontramos que también suele ser frecuente la errónea formulación del brocardo. Así puede destacarse la obra de dos destacados discípulos de Calamandrei: FURNO y CAPPELLETTI. El primero, en su conocida monografía sobre la prueba legal, al analizar la disposición procesal y la autoresponsabilidad de la parte, indica que "los abundantes principios referentes a esta materia (concretados en los aforismos famosos: [...] *iudex iudicat secundum allegata et probata partium* [...] ), no son sino formas diversas de expresar una misma idea: la de que el pleito entre las partes es cosa de las partes"<sup>90</sup>. En la misma línea CAPPELLETTI, otro de los procesalistas italianos que se han ocupado del estudio de la prueba, inicia su estudio titulado "Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudicidiche della struttura del processo" con estas palabras: "*Judex debet iudicare secundum allegata et probata a partibus*: è questo (o qualcuna delle sue varianti) l'aforismo che tradizionalmente designa il divieto di iniziative probatorie da parte del giudice"<sup>91</sup>. Y también en su obra *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità* recoge dicha expresión hasta con cuatro enunciados diferentes (*iuxta probata partium iudicandum est; secundum allegata et probata partium iudex decidere debet, iudex secundum allegata et probata partium decidere debet, y iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet*)<sup>92</sup>.

La misma formulación incorrecta del brocardo la hallamos en otros relevantes estudiosos de la prueba: GRASSO, al analizar los limitados poderes del Juez Civil que se derivan del art. 115 C.P.C., indica que "la norma pone, come

<sup>89</sup> "Ricerche sul processo civile", Roma, 1990, pp. 1-19).

<sup>90</sup> G. Tarzia, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, 2ª ed., Milano, 2002, p. 157.

<sup>91</sup> C. Furno, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940.

<sup>92</sup> M. Cappelletti, *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudicidiche della struttura del processo*, en *Riv. dir. proc.*, vol. XXII, 1967, p. 407. Con posterioridad, y en este mismo artículo, insiste en dicho aforismo si bien con otra formulación, como la de "*secundum probata partium iudex iudicare debet*" (op. cit., p. 413).

<sup>93</sup> M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, pp. 54, 308, 318 e 328 respectivamente.

principio, che il giudice deve pronunciare *iuxta probata paritum*<sup>84</sup>. VERDE, al estudiar el principio dispositivo, entiende que "*iudex iuxta allegata et probata paritum indicare debet*"<sup>85</sup>, y CONOGLIO, para quien del denominado principio de disponibilidad probatoria —recogido en el art. 115 C.P.C.—, debe deducirse que "nella intenzioni legislative dovrebbe consacrare il vincoli degli *allegate et probata paritum*"<sup>86</sup>, así como que del poder prevalente de las partes sobre la subsidiaria iniciativa de oficio del Juez se deduce "il tradizionale brocardo" de "*iudex secundum allegata et probata paritum decidere debet*"<sup>87</sup>. Finalmente, estudios probatorios posteriores vuelven a plantear típicamente el brocardo: así, por ejemplo, los de CONTE<sup>88</sup>, GRASSELLI<sup>89</sup>, GALLIGANI<sup>90</sup>, o LOMBARDO<sup>91</sup>.

16. Junto a la doctrina anteriormente citada, encontramos otra que no formula la expresión latina del brocardo, así, con referencia a los autores especializados en materia probatoria, debe destacarse, entre los más antiguos, a RAGGI; y entre los actuales a MONTESANO, con su conocido trabajo sobre *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, y a BLAVATI con su estudio sobre la investigación de los hechos en el proceso comunitario. De igual modo, y en la misma línea que la doctrina anterior, entre las obras genéricas del derecho procesal civil —al examinar el principio dispositivo

o de la tramitación, debo referirme a los estudios de CRISTOFOLINI, BELLAVITIS, DONOFRIO, ANGELOTTI, E.F. RICCI, CHIARONI, GIANNOZZI, FABBRINI, LA CHINA, TOMASEO, ATTARDI, MONTELEONE, PROTO PISANI, MONTESANO-ARIETA, CONOGLIO-FERRI-TARUFFO, G.F. RICCI, LUISO, CONSOLO, PICARDI, O BOVE.

17. Pese a todo lo dicho, y tomando en consideración la doctrina surgida con el actual C.P.C., encontramos autores que sí recogen correctamente el brocardo de estudio, destacando además su verdadero alcance como motor o justificación de la prohibición de fundamentar la sentencia sobre la base de hechos no alegados por las partes o sobre resultados probatorios diferentes de los que constan en el proceso, y de la prohibición de resolver incorporando los que constituyen conocimiento privado del Juez. Entre esta doctrina italiana que cita el conocimiento privado del Juez. Entre esta doctrina italiana que cita correctamente el brocardo hallamos inicialmente a REDENTI y ANDRIOLI. El primer autor, en su tratado *Diritto processuale civile*, al analizar los límites procesales del conocimiento privado del Juez en lo que denomina método dispositivo, destaca que "le parti, a loro volta, non hanno che due modi per condurre il giudice ad una conoscenza ufficiale: esporre (narrare) e fornire, occorrendo, quegli elementi di convinzione che anche nel linguaggio tecnico prendon nome di prove (art. 115 C.P.C.). Ergo, latinetto: (per quanto ai fatti di cui stiamo parlando) *iudex iuxta allegata et probata indicare debet non secundum conscientiam* (in cui *conscientia* allude a quella che chiamavamo più sopra la sua scienza privata)"<sup>92</sup>. Y, por su parte, ANDRIOLI, en su comentario al art. 115 C.P.C., afirma que dicha norma "codifica il principio secondo il quale *iudex secundum allegata et probata indicare debet*. Principio, che, come è noto, sollevano i pratici indicare col dire che *quod non est in actis, non est in iudicio*. L'ambito di applicazione di questa norma è molto diverso dall'altro che è consacrata nell'art. 112; mentre quest'ultima vieta al giudice di decidere oltre i limiti segnati dalle domande delle parti, l'articolo qui considerato vieta che a fondamento della decisione siano posti fatti non allegati dalle parti o, comunque, non provati nei modi stabiliti dalla legge"<sup>93</sup>. De igual modo, a mediados de siglo distintos autores también formulaban correctamente el

<sup>84</sup> F. Grasso, *Dei poteri del giudice*, in "Commentario del codice di procedura civile", dirigido por Enrico Allorio, t. II, Torino, 1973, p. 1300. En esta misma línea, v. su *La pronuncia d'ufficio*, I, Milano, 1967, pp. 54, 65 o 99.

<sup>85</sup> G. Verde, *Dispositivo (principio)*, in "Enciclopedia Giuridica", vol. XI, Roma, 1989, p. 1.

<sup>86</sup> L.P. Conoglio, *Le prove*, in "Trattato di diritto privato", dirigido por Pietro Rescigno, Torino, 1985, pp. 184-185.

<sup>87</sup> L.P. Conoglio, *Modelli di giustizia e di processo in Italia*, in "Ritorno processuale poteri del giudice", Torino, 1996, p. 58.

<sup>88</sup> De igual modo, De Tommaso se refiere como principio general de la prueba el de "*iudex iudicare debet secundum allegata et probata paritum*" (*La prova dei fatti giuridici in generale*), in "Le prove civili", I, dirigido por M. Longo, Torino, 1976, p. 9).

<sup>89</sup> M. Conte, *Le prove civili*, Milano, 2005, p. 29.

<sup>90</sup> G. Grasselli, *L'istruzione probatoria nel processo civile*, Padova, 1997, p. 24.

<sup>91</sup> G. Galligani, *Iniziativa probatoria del giudice nel processo civile finché sarà attuale la recente riforma*, en "Il nuovo diritto", 1993, II-III, p. 94.

<sup>92</sup> L. Lombardo, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, p. 364.

<sup>93</sup> E. Redenti, *Diritto processuale civile*, I, 1ª ed. Milano, 1949, p. 198; sin embargo no utiliza el brocardo en su obra *Profilo pratico del diritto processuale civile*, 2ª ed. Milano, 1939.

<sup>94</sup> V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, vol. I, Napoli, 1941, p. 300. De igual modo, en su estudio sobre la prueba civil, al analizar el tema de la disponibilidad probatoria, mantiene correctamente que "*iudex secundum allegata et probata*

brocardo, como MICHELI<sup>95</sup>, DE MAIO<sup>96</sup>, LUGO<sup>97</sup>, PALERMO<sup>98</sup>, COSTA<sup>99</sup> y NATOLI con FERRUCCI<sup>100</sup>.

A partir de la década de los setenta encontramos diversos estudios donde vuelve a indicarse en debida forma el brocardo: debo destacar aquí los múltiples y documentados trabajos de CAVALLONE, TARUFFO y MANDRIOLI, en los que se plantean correctamente tanto el brocardo como su verdadera finalidad. Respecto del primer autor, en su trabajo *Principio dispositivo, fatti secondarie fatti "rilevabili ex officio"*<sup>101</sup>, manifiesta que el brocardo según el cual "el giudice debba giudicare *secundum allegata et probata* oppure *secundum conscientiam*" se refiere al "tema predilecto della filosofia morale, e in particolare fu oggetto di dispute l'angosciosa situazione del giudice, al quale le risultanze degli atti si presentino in contrasto con quelle -psicologicamente insopprimibili- della sua scienza privata. Orbene: se filosofi, giuristi, dottori della Chiesa, sono infine pervenuti a dimostrare che la decisione *secundum allegata et probata* è preferibile anche in quel caso a quella *secundum conscientiam*, ciò non significa che essa sia stata ritenuta la soluzione ottima"<sup>102</sup>. Insiste, en su estudio *Crisi delle "maximen" e disciplina dell'istruzione probatoria*<sup>103</sup>, en el error del legislador italiano al redactar el art. 115 C.P.C., afirmando: "Ma

se invece si ricorda che, nella lezione integrale di quest'ultimo [dal famoso brocardo medioevale] el giudizio *secundum allegata et probata* si contrappone al giudizio *secundum conscientiam*, è facile capire che quella avversativa ha una giustificazione diversa e ben più semplice. Che, infatti, el giudice possa "senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisión le nozioni di fatto che rientran nella comune esperienza", non sarà un'eccezione al divieto di iniziative di ufficio; ma certamente è un'eccezione (o, se si vuole, un límite naturale) al divieto di utilización del sapere privado del giudice, cioè appunto al divieto di giudicare *secundum conscientiam*; e di questo soprattutto, assai più che di quello, si preocupavano (probabilmente a ragione) i giuristi medioevales da cui el nostro legislador ha tratto ispirazione"<sup>104</sup>.

De igual modo destacan diversas obras de TARUFFO. Así, al examinar el ámbito de enjuiciamiento del Juez en el derecho medioeval, indica su progresiva limitación "completamente passivo di fronte agli *allegata et probata partium*", para sostener que la resolución al problema del ámbito cognoscitivo del Juez "venne risolto, principalmente sotto l'influenza dei canonisti, nel senso di vincolare il giudice alle allegazioni di parte, limitandone per quanto possibile l'autonomia di giudizio"<sup>105</sup>. De igual modo, en su trabajo sobre la prueba de los hechos jurídicos, mantiene que "nel diritto medioevale, e nello stesso periodo in cui si forma e si consolida il fenomeno della prova legale, ha molta importanza il problema se il giudice possa decidere *secundum conscientiam*. Non si tratta però della questione che in termini moderni si chiamerebbe del libero convincimento del giudice, ma di ciò che noi chiameremmo "scienza privata" del giudice: infatti il principio contrapposto è quello che vincola il giudice a decidere soltanto *secundum allegata et probata*"<sup>106</sup>.

Y, finalmente, en esta misma línea, MANDRIOLI indica que "Questo doppio vincolo viene spesso espresso con un brocardo del quale abbiamo già veduto la sua prima parte: *judex secundum allegata et probata iudicare debet*. Ma questo

<sup>104</sup> *Op.cit.*, p. 297.

<sup>105</sup> M. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, p. 93. Por ello, correctamente se refiere al principio dispositivo como aquel que se encuentra "in base alla regola per cui *judex secundum allegata iudicare debet*", en función del cual se "vincolerebbe il giudice a conoscere solo quella parte della realtà concreta che le parti ritengono rilevante rispetto alla configurazione giuridica da esse attribuita alla controversia" (op.cit., p. 147). En la misma línea, v. su estudio *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 239.

<sup>106</sup> M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, pp. 366-367.

<sup>95</sup> *decidere debet*" (*Prova (dir. proc. civ.)*, in "Novissimo Digesto Italiano", T. XIV, Torino, 1967, p. 276).

<sup>96</sup> A. Micheli, *L'onere della prova*, Padova, 1942 - reimpresión de 1966, p. 104. De igual modo, al analizar la disponibilidad probatoria indica que "il giudice debe di regole decidere *justa allegata et probata*" (*Corso di diritto processuale civile*, T. I, I ed., Milano, 1959, p. 225).

<sup>97</sup> G. De Maio, *Manuale del nuovo processo civile*, editore Istituto Grafico Bertello, 1942, p. 78.

<sup>98</sup> A. Lugo, *Manuale di diritto processuale civile*, 1ª ed., Milano, 1955, p. 118.

<sup>99</sup> A. Palermo, *Il processo di formazione della sentenza civile*, Milano, 1956, p. 189.

<sup>100</sup> S. Costa, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., Sassari, 1946, p. 81 (idem, *Manuale di diritto processuale civile*, 2ª ed., Torino, 1959, p. 220).

<sup>101</sup> U. Natoli e R. Ferrucci, *Della tutela dei diritti*, in "Commentario del codice civile. Libro VI. Tomo Primo, Titoli I-II", Torino, 1959, p. 272.

<sup>102</sup> B. Cavallone, *Principio dispositivo, fatti secondarii e fatti "rilevabili ex officio"*, "Il giudice e la prova nel processo civile", Padova, 1991, pp. 99-178.

<sup>103</sup> *Op. cit.*, pp. 143-144.

<sup>104</sup> B. Cavallone, *Crisi delle "maximen" e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Dir. proc.*, 1976, pp. 703 ss (utilizo el ejemplar publicado en "Il giudice e la prova nel processo civile", op. cit., pp. 289-322).

agrupamiento en un único enunciado de dos vínculos diversos è tutt'altro che felice. In primo luogo, è inessatto parlare di "probata" (termine che potrebbe implicare il già avvenuto esperimento positivo del mezzo di prova) per riferirsi a quelle che, come abbiamo visto, sono invece le "circostanze che le parti hanno offerto di provare". In secondo luogo, enunciando i due suddetti vincoli in un'unica proposizione si può determinare l'errato convincimento che essi abbiano il medesimo fondamento logico. Il che non è assolutamente vero, poiché mentre, come abbiamo veduto, il primo vincolo—quello che vincola il giudice *secundum allegata* e che si esprime nella regola o principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato o della *disponibilità dell'oggetto del processo*—discende come una conseguenza logica necessaria dal principio della domanda e da quello della disponibilità della tutela giurisdizionale e, in definitiva, dalla disponibilità dei diritti, la stessa cosa non può esser detta del secondo vincolo, quello che vincola il giudice alle *offerte di prove* compiute dalle parti. In realtà, questo secondo vincolo—per il quale si suole parlare di regola o principio della *disponibilità delle prove* (o, più semplicemente, ma meno univocamente, di principio *dispositivo*)—non sta, come l'altro, in correlazione con la necessità di lasciare libero il titolare del diritto di scegliere se ed in che limiti chiedermela la tutela, ma, presupponendo già compiuta la richiesta di tutela, riguarda solo un limite, per il giudice, nel servirsi di quegli strumenti tecnici di convincimento che sono le prove.<sup>107</sup>

18. En conclusión, Italia ha sufrido el mismo proceso de errónea formulación del brocardo que en Alemania, y curiosamente ello ha tenido lugar en el mismo período de pensamiento ideológico liberal, a partir de la doctrina del gran maestro procesalista italiano CILIOVENDA.

## VI. SU ERRÓNEA RECEPCIÓN EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

19. Al igual que sucede en Alemania e Italia, en la doctrina procesal civil española existe una evolución dirigida a citar incorrectamente el brocardo aquí analizado. Para su correcto estudio, debemos distinguir claramente dos etapas históricas, en la recepción dogmática del brocardo: la antigua de la práctica forense y del procedimentalismo, y la actual del procesalismo.

20. Del estudio de la doctrina de los prácticos forenses y de los procedimentalistas, caracterizados los primeros por limitarse a exponer la concreta práctica

judicial, pues el verdadero destinatario de sus obras eran los profesionales del derecho (abogados, escribanos y jueces), y los segundos por el uso de la exégesis, inspirados por la hieraridad de los preceptos recogidos en los nuevos Códigos Procesales Civiles de 1855 y 1881, se deduce con precisión la correcta asunción de la finalidad del brocardo si bien en su formulación suele antírse la parte final del mismo, indicándose que el Juez, al dictar sentencia, no puede tomar en consideración su propia conciencia o conocimiento privado de los hechos, debiendo limitarse a enjuiciar según lo alegado y probado en el proceso. La veracidad de esta afirmación la podemos constatar tanto en los autores anteriores a la LEC de 1855, como en los comentaristas de la LEC de 1855 y la de 1881.

La doctrina anterior a la LEC de 1855 se encuentra directamente influida por "Las Siete Partidas". En esta obra legislativa de Alfonso X el Sabio encontramos alguna referencia similar al brocardo aquí analizado, esto es, la vinculación plena del Juez a lo alegado y discutido en el proceso: así, la Ley 16 [Como no debe valer el juicio que da el Juez sobre cosa que no fue demandada ante el] del Título 22 [De los juicios que dan fin del acabamiento a los pleitos] de la Partida 3.<sup>a</sup> [De la justicia, que es orden de juicio para desembargar los pleitos] indica: "Afirmadamente debe catar el Juez qué cosa es aquella sobre que contienden las partes ante el en juicio, e otrosí en qué manera hacen la demanda e sobre todo qué averiguamiento o qué prueba es hecha sobre ella, e entonces debe dar juicio sobre aquella cosa". Probablemente por ello la obra de los comentaristas—prácticos forenses—de este texto legislativo aparece ninguna referencia, ni directa ni indirecta, al brocardo aquí analizado, por ejemplo, HEVIA DE BOLAÑOS, en su célebre *Guía Philippica*, tanto al examinar el "libelo" (§ 11) como la prueba (§ 17) y la sentencia (§ 18) no lo menciona.<sup>108</sup>

Entre los prácticos forenses anteriores a la LEC de 1855—que siguen influenciados por "Las Partidas" y las recopilaciones legislativas basadas en ellas, como la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación—podemos destacar a XAMINAR, VILLADIEGO, ELIZONDO, el CONDE DE LA CAÑADA, MARTÍNEZ Y ESCRICHE<sup>109</sup>, quienes formulan correctamente el brocardo en castellano.

<sup>108</sup> HEVIA DE BOLAÑOS, J., *Guía Philippica*, T. I, Madrid, 1797, pp. 61 a 65 y 83 a 99.

<sup>109</sup> Vd. XAMINAR, P., *De officio iudicis, et advocati*, pars I, quaest. XV, 41, Barcino-nae, 1639, fol. 104.a.; VILLADIEGO, A., *Instrucción política y práctica judicial*,

Con referencia a la doctrina surgida a raíz de la LEC de 1855 debo destacar la opinión de VICENTE Y CARAVANTES, HERNÁNDEZ DE LA RUA, NOUGUÉS SECALL, GÓMEZ DE LA SERNA con MONTALBAN, y ORTIZ DE ZÚÑIGA<sup>110</sup>; quienes también formulan en debida forma el brocardo.

Entre los procedimentalistas que comentaron la LEC de 1881 y que recogen correctamente el brocardo aquí analizado, debe destacarse a REUS, ROBLES POZO, MANRESA, RIVES Y MARTÍ con ORTIZ Y ARCE, y AGUILERA DE PAZ con RIVES Y MARTÍ<sup>111</sup>.

22. La formulación del brocardo en la doctrina procesal española del siglo XX está claramente influenciada por las orientaciones metodológicas de CHIOVENDA. De este análisis ya podemos anticipar que claramente se deduce la érronea recepción del auténtico brocardo *index indicare debet secundum*

impresión de Melchor Sánchez, Madrid, 1656, fol. 16.a.; ELIZONDO, F.A., *Práctica universal forense*, imprenta de Joachin Ibarra, Madrid, 1764; CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, T.I, 2ª edic., Madrid, 1794, p. 200; y ESCRICHE, J., *Año para mejor proveer*, en "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia", Madrid, [1851?], p. 310.

<sup>110</sup> VICENTE Y CARAVANTES, J., *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, T. II, imprenta de Gaspar y Roig editores, Madrid, 1856, pp. 135, 278 y 281; HERNÁNDEZ DE LA RUA, V., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. II, imprenta del Boletín de Jurisprudencia, Madrid, 1856, p. 128; MANRESA Y NAVARRO, J. Mª., *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*, T.I, imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1856, p. 171 (y T.II, p. 438); NOUGUÉS SECALL, M., *Tratado de práctica forense novísima, según la Ley de Enjuiciamiento Civil*, imprenta de M. Sanz y Gómez, Madrid, 1856, p. 545; GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBAN, J.M., *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, T. I, imprenta de D.F. Sánchez, Madrid, 1861, p. 447; y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Práctica general forense*, T.I, 4ª edic., imprenta de José Rodríguez, Madrid, 1861, pp. 642-643.

<sup>111</sup> REUS, E., *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de Febrero de 1881 concordada y anotada con gran extensión*, T.I, imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1881, p. 239; ROBLES POZO, J., *Derecho Procesal de España*, primera parte, imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1881, p. 215; MANRESA Y NAVARRO, J. Mª., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T.II, imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1883, p. 60; RIVES Y MARTÍ, F.P., y ORTIZ Y ARCE, D., *Organización de Tribunales y Leyes de Procedimiento*, 3ª edic., edit. Reus, Madrid, 1922, p. 150; AGUILERA DE PAZ, E., y RIVES Y MARTÍ, F. de P., *El derecho judicial español*, T.II, edit. REUS, Madrid, 1923, p. 853.

*allegata et probata, non secundum conscientiam*, introduciéndose una doble modificación: por un lado, se añade el término "partium" o "partibus"; y por otro lado, se silencia la expresión "non secundum conscientiam", lo que conduce directamente a mantener postulados o ideas diferentes de las que quisieron transmitir los doctores del *ius commune*.

La érronea formulación del brocardo aquí estudiado la encontramos reflejada en la mayoría de las obras clásicas de nuestros procesalistas, como MIGUEL Y ROMERO, GUASP, PRIETO-CASTRO y GÓMEZ ORBANEJA. MIGUEL Y ROMERO, en su tratado *Principios del moderno Derecho Procesal Civil*, al analizar la actividad de las partes como límite de los poderes del Juez destaca que "la máxima *secundum allegata et probata partium iudicare debet*, prohíbe al Juez, de igual modo que a las partes, separarse de los términos en que están planteados y justificados los hechos de la controversia"<sup>112</sup>. GUASP es uno de los grandes maestros del procesalismo español que más ha analizado la problemática de la relación del Juez con la prueba, y en todos sus trabajos recoge erróneamente el brocardo. Así, ya en su monografía *Juez y hechos en el proceso civil*, destaca "No es un fenómeno singular el que en nuestro país el antiguo aforismo *secundum allegata et probata partium, iudex iudicare debet* y su constelación de máximas satélites hayan alcanzado la categoría de verdadero dogma jurídico"<sup>113</sup>. De igual modo, en sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, al examinar los actos de instrucción procesal, se refiere al "antiguo aforismo: *iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet*, aplicación fundamental, aunque no única, al proceso del llamado principio dispositivo"<sup>114</sup>; y posteriormente, al estudiar las diligencias para mejor proveer señala "que el Juez debe

<sup>112</sup> MIGUEL Y ROMERO, M., *Principios del moderno Derecho Procesal Civil*, imprenta de Andrés Martín, Valladolid, 1931, p. 455; sin embargo, la formulación del brocardo -aunque de manera errónea- no aparece en sus obras anteriores, mucho más procedimentalistas, como por ejemplo puede comprobarse en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, imprenta de Andrés Martín, Valladolid, 1917, o en sus *Lecciones y modelos de práctica forense*, T.I, 4ª edic., Librería General de Victoriano Suárez y Tipografía de Andrés Martín Sánchez, Madrid-Valladolid, 1924.

<sup>113</sup> GUASP, J., *Juez y hechos en el proceso civil*, edit. Bosch, Barcelona, 1943, p. 7. También se refiere al mismo aforismo en las pp. 39, 81, 130, 158 y 169 (conclusión del libro).

<sup>114</sup> GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. I, edit. Aguilar, Madrid, 1943, p. 676 (nota 1).

fallar *secundum allegata et probata partium*<sup>115</sup>. De igual modo, PRIETO CASTRO, ya en su inicial obra *Exposición del Derecho Procesal Civil de España*, de 1941, al explicar el contenido del principio dispositivo, indica incorrectamente "*iudex iudicat secundum allegata et probata partium, non secundum conscientiam sua*"<sup>116</sup>, por lo que entiende que los "hechos que no son alegados y probados por las partes no pueden acogerse en la sentencia"<sup>117</sup>. La misma expresión —incorrecta— la encontramos en sus posteriores obras, como *Cuestiones de Derecho Procesal*<sup>118</sup>, *Derecho Procesal Civil*<sup>119</sup> y *Tratado de Derecho Procesal Civil*<sup>120</sup>. Y en esta misma línea, GÓMEZ ORBANEJA se refiere erróneamente al brocardo en su exposición del principio dispositivo, indicando que éste "puede expresarse con los siguientes aforismos del derecho romano-canónico medieval, válidos por entero para el vigente: [...] *iudex iudicat secundum allegata et probata partium*"<sup>121</sup>; y posteriormente vuelve a indicar, refiriéndose a las diligencias para mejor proveer, que "los Jueces deben juzgar *secundum allegata et probata partium*"<sup>122</sup>.

23. Y en la doctrina actual, finalmente, podemos constatar que la errónea formulación del citado brocardo se ha consolidado en la mayoría de los estudios de los procesalistas españoles, que sistemáticamente lo reproducen en el análisis de los principios procesales, la prueba o la congruencia de la sentencia. En España, la abundante doctrina que señala la corrección del brocardo —realmente inexistente— ha tenido como consecuencia su recepción normativa, pues el legislador de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, lo ha recogido en el art. 216 LEC que, bajo el epígrafe "Principio de justicia rogada", establece lo siguiente: "Los Tribunales civiles decidirán los asuntos

<sup>115</sup> Ob. cit., p. 904.

<sup>116</sup> PRIETO CASTRO, L., *Exposición del Derecho Procesal Civil de España*, Librería General, Zaragoza, 1941, p. 183.

<sup>117</sup> Ob. cit., p. 183.

<sup>118</sup> PRIETO CASTRO, L., *Cuestiones de Derecho Procesal*, edit. Reus, Madrid, 1947, p. 81.

<sup>119</sup> PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil*, primera parte, edit. EDERSA, Madrid, 1964, p. 344.

<sup>120</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1982, p. 516.

<sup>121</sup> GÓMEZ ORBANEJA, F., *Derecho procesal civil*, vol. I, 8ª edic., Madrid, 1976, p. 214.

<sup>122</sup> Ob. cit., p. 372.

en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales".

Llegados a este punto es necesario examinar el alcance y límites de la iniciativa probatoria del Juez civil en España.

## VII. LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ CIVIL EN LA LEC 1/2000

### A) Alcance de la iniciativa probatoria *ex officio iudicis*

24. Como acabo de indicar, en materia de aportación de pruebas, la LEC opta por el principio de aportación de parte, si bien existen excepciones que provocan su atenuación. La formulación general del citado principio se encuentra en el citado art. 216, según el cual: "Los Tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes"; y en el art. 282 *ab initio*, al indicar que: "Las pruebas se practicarán a instancia de parte".

Su atenuación se establece rápidamente, y con carácter general, en el propio art. 282, segundo inciso, al indicar: "sin embargo, el Tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley".

En la LEC encontramos distintos supuestos de iniciativa probatoria *ex officio iudicis*: en primer lugar, para los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, el art. 752.1.11 establece: "Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el Tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes".

En segundo lugar, la LEC también prevé determinadas materias respecto de las cuales otorga iniciativa probatoria al Juez, como sucede con el derecho extranjero (art. 281.2 *in fine*), así como ciertas actividades probatorias que pueden acordarse de oficio, como por ejemplo, el careo entre testigos y entre cónyuges y las partes (373.1 y 2), o la llamada al juicio de la persona que ha efectuado el "informe" escrito previsto en el art. 381.1 (art. 381.3).

En tercer lugar, la LEC otorga iniciativa judicial en la práctica de algunas pruebas; así, por ejemplo, faculta al Juez para solicitar aclaraciones y adiciones



en el interrogatorio de las partes (art. 306.1.II) y de testigos (art. 372.2), le permite formular al perito preguntas y requerirlo para que de las explicaciones que estime necesarias sobre el objeto del dictamen aportado (art. 347.2), y le atribuye la determinación de la amplitud de la prueba de reconocimiento judicial (art. 353.2 LEC).

En cuarto lugar, a través de las "diligencias finales" se permite al Juez, que dentro del plazo para dictar sentencia, pueda ordenar la práctica de actividad probatoria, si bien ello lo condiciona el art. 435.2.1 a la concurrencia de cuatro requisitos: debe versar sobre hechos relevantes, oportunamente alegados; debe haber actos de prueba anteriores que no hayan dado resultados conducentes; el resultado probatorio negativo ha de deberse a circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes; y han de existir motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre los citados hechos.

Finalmente, la nueva LEC introduce una norma que recoge una solución de compromiso entre las tendencias liberal, del inicial Proyecto de Ley, y publicista, introducida en el trámite parlamentario. Me refiero al art. 429.1.II y III, según el cual:

"Cuando el Tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el Tribunal, citándose a los elementos probatorios, cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el Tribunal".

## B) Justificación constitucional de la iniciativa probatoria del Juez Civil

25. En mi opinión, la formulación atenuada del principio de aportación de parte tiene una base constitucional en la que sostenerse: el carácter Social del Estado de Derecho consagrado en nuestra Constitución, así como en el deber del Juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos

en el proceso para lograr, de este modo, lo que el artículo primero del citado Texto Fundamental proclama como valor superior del ordenamiento jurídico: la "justicia"; que constituye, sin duda alguna, el objetivo final de la función jurisdiccional. La "justicia"; como valor superior del ordenamiento jurídico representa un ideal de la comunidad, un objetivo a alcanzar por el ordenamiento jurídico, por lo que si existe un interés público en que el resultado del proceso sea "justo"; el Estado debe poner al servicio de quienes lo dirigen los medios y poderes necesarios para que pueda alcanzarse dicho fin. Evidentemente, el problema radica en dotar de contenido o significado al valor "justicia", pues su ambigüedad y falta de concreción pueden propiciar cierto decisionismo judicial. KElsen concluye su ensayo ¿Qué es Justicia?<sup>23</sup> formulando su concepción de la "Justicia" con estas palabras: "la Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad". En esta búsqueda de la "verdad" dentro del proceso "verdad" mediatizada, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte, por los relatos fácticos de los respectivos litigantes- y respetando rigurosamente todos los derechos y garantías constitucionales, encuentra su justificación la iniciativa probatoria al Juez.

26. Es cierto que las limitaciones propias del hombre hacen que no siempre pueda alcanzarse la tan preciada "justicia", pero no lo es menos que ello no debe ser obstáculo para que el legislador ponga en manos del juzgador los medios suficientes al objeto de que ésta pueda lograrse en el mayor número de ocasiones, máxime si con ello no se infringe precepto constitucional alguno. Como ha indicado TARUFFO, al estudiar el concepto de «justicia de la decisión judicial» ésta no es nunca justa si se fundamenta sobre una determinación errónea o inexacta de los hechos, por lo que concluye que la certeza del juicio sobre los hechos es una condición necesaria para que pueda afirmarse que la decisión judicial es justa<sup>24</sup>. Además —como advierte el citado autor<sup>25</sup>— todo

<sup>23</sup> Este ensayo constituye su conferencia de despedida como profesor de la Universidad de California pronunciada en Berkeley el 27 de mayo de 1952. Junto con otros ensayos del mismo autor se encuentra en la obra *¿Qué es Justicia?*. Edit. Ariel, Barcelona, 1991 (pp. 35 a 63).

<sup>24</sup> TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè Editore, Milano, 1992, p. 43. De igual modo, vid. BULYGIN, E., *Sull'interpretazione giuridica*, en "Analisi e diritto", 1992, p. 25; y PARRA QUIJANO, J., *Racionalidad e ideologías en las pruebas de oficio*, edit. TEMIS, Bogotá, 2004, pp. 4 a 8.

<sup>25</sup> TARUFFO, M., *La prova* ..., *ob. cit.*, p. 44.

ello es compatible con la teoría según la cual el proceso únicamente sirve para resolver conflictos: si no se acepta como válida cualquier solución del conflicto, y en su lugar se piensa que éste debe ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces ciertamente nos encontramos con el deber de reconocer que la declaración judicial certera de los hechos es una condición necesaria para lograr la solución justa del proceso.

27. Siguiendo con esta argumentación, observamos que nuestra Constitución recoge en su art. 24.2 el derecho fundamental de toda persona a obtener una efectiva tutela judicial. Para otorgar esta tutela, haciendo realidad la justicia demandada por los particulares cuando se ven compelidos a acudir a la solución judicial de sus conflictos, el órgano jurisdiccional necesita la prueba de los hechos discutidos y a los cuales aplicará el ordenamiento jurídico. En consecuencia, si el objetivo de todo proceso es que los Jueces y Magistrados apliquen la ley a unos determinados hechos, de cuya certeza deben estar convencidos, coartarles o restringirles, de un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone, a mi entender, una limitación a la efectividad de la tutela judicial y a la postre a la búsqueda de la justicia.

28. En definitiva, a la luz de todas estas previsiones constitucionales, se alcanza una idónea armonización entre el carácter privado del objeto litigioso y la naturaleza indisponible del proceso, facilitando que los órganos jurisdiccional pueden otorgar una efectiva y justa tutela de los intereses en conflicto.

### C) Límites constitucionales a la iniciativa probatoria del Juez Civil

29. Una vez examinados críticamente los argumentos justificativos de la negativa a atribuir iniciativa probatoria al Juez Civil, debo analizar los límites que eventualmente debería tener ésta en nuestro sistema constitucional.

Como es obvio, la iniciativa probatoria *ex officio iudicis* no puede ser limitada pues puede entrar en conflicto con derechos o valores constitucionales que merecen ser protegidos. Por ello, como tuve ocasión de analizar en otro lugar<sup>126</sup>, dicha iniciativa tiene tres relevantes límites que seguidamente paso a analizar:

30. En primer lugar, la prueba practicada por el Juez debe, necesariamente, limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte. En consecuencia, son los litigantes quienes deben traer al proceso el material fáctico que fundamenta sus respectivas pretensiones, no pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo ninguna actividad tendente a investigar o aportar hechos no alegados por las partes, ni fallar alterándolos; so pena de incurrir la sentencia en un vicio de incongruencia.

31. En segundo lugar, es necesario que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria del Juez (así, por ejemplo, la identidad del testigo que deberá declarar). Sólo de esta forma se evita que el Juez actúe inquisitivamente o utilice su "conocimiento privado" al margen de los resultados que figuran en los autos. Este límite tiende a garantizar la debida imparcialidad del juzgador, en la medida en que su actuación se restringe únicamente a las fuentes probatorias que ya constan en los autos y nunca a investigar nuevas fuentes. Al margen del uso de estas fuentes probatorias, entiendo que el Juez no puede tener iniciativa probatoria, pues sería incontrolable su fuente de conocimiento respecto de los elementos probatorios por él utilizados, lo que puede comprometer la debida confianza que objetivamente el Juez debe merecer al justiciable<sup>127</sup>.

32. Y finalmente, en tercer lugar, es necesario que se respete, en todo momento, el principio de contradicción que cualquier litigante posee en el desarrollo de la prueba, por lo que debe permitírsele proponer nuevas pruebas y, evidentemente, participar en la práctica de toda la actividad probatoria. De este modo, no se vulnera el derecho de defensa constitucionalizado en el art. 24 de nuestra Norma Fundamental.

33. En definitiva, cada objeto protegido incide en un ámbito distinto de la actividad jurisdiccional: el primero, en el propio proceso y los hechos en él discutidos; el segundo, en el Juez y su debida imparcialidad; y el tercero, en las partes y su derecho constitucional a la defensa.

<sup>126</sup> La iniciativa probatoria del Juez civil y sus límites, en "Revista del Poder Judicial" núm. 51, 1998, pp. 294-295; *El Juez y la prueba...* ob. cit., pp. 117-118; y *El deber ético a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 267-271.

<sup>127</sup> Al respecto me remito a mi monografía *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, edit. J.M. Bosch editor, Barcelona, 1998, especialmente pp. 24-25, 51 y 104 a 108.

### VIII. CONCLUSIONES

PRIMERA. El análisis directo de las fuentes históricas de la doctrina del *ius commune* permite deducir que la expresión *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium* no es correcta, pese a que generalmente se afirma su tradición histórica destacando su carácter de aforismo o brocardo. Realmente, la doctrina medieval de la Escuela de Bolonia que glosó la obra de Justiniano formuló el brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*. Por ello, sólo esta última expresión es el único y verdadero brocardo.

SEGUNDA. A partir de cierta doctrina procesal alemana de finales del siglo XIX —y de forma singular de WACH—, así como de la italiana de inicios del siglo XX —y en especial desde la obra de CHIOVENDA, con sus *Principii, Saggi, e Istituzioni*— se expande la errónea formulación de la expresión *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium* (y similares), que se va arraigando y transmitiendo miméticamente a sus discípulos directos, y de éstos a su vez a sus propios discípulos, hasta llegar mayoritariamente a la actual doctrina procesal civil alemana e italiana. Sin embargo, será muy difícil saber si este error fue involuntario o respondió a una expresa intención de manipular la tradición histórica del pensamiento jurídico al objeto de adecuarla a la imperante ideología liberal de la época.

TERCERA. Idéntico fenómeno de errónea recepción del brocardo sucedido en Alemania e Italia se produce en la mayoría de la doctrina procesal española posterior al siglo XIX la anterior se mantuvo fiel a su correcta redacción histórica—. Así, a partir de las obras de los grandes maestros del derecho procesal de la primera mitad del siglo pasado (GUASP, PRIETO-CASTRO y GÓMEZ ORBANEJA) se transmite a la mayoría de sus actuales discípulos, lo que facilita su recepción normativa en el art. 216 LEC, que impide al juez resolver más allá de los hechos y pruebas aportadas por las partes. No obstante, si bien resulta clara la vigencia histórica de esta regla respecto de los hechos, lo que justifica que no exista limitación a su plena eficacia, ello no sucede respecto de las pruebas, cuya tradición histórica es inexistente, formulándose diversas excepciones legales que limitan su plena virtualidad.

CUARTA. Con esta formulación errónea del brocardo se está produciendo una doble modificación en el contenido que dieron al mismo los glosadores y comentaristas del Digesto: por un lado, se introduce el término "partium" o "partibus"; y por otro lado, se silencia la expresión "non secundum

conscientiam". Este brocardo —correctamente enunciado— comporta la prohibición del juez de recoger en la sentencia hechos no alegados o hechos que, aún siendo alegados y discutidos, no han sido probados.

QUINTA. De esta forma, se altera en sustancia la verdadera finalidad que se pretendía alcanzar con dicho brocardo, a saber, asegurar que el juez, en el momento de enjuiciar el caso, esto es, al dictar sentencia —*iudex iudicare debet*—, se limitase a resolverlo sólo en función de lo discutido y probado en el proceso —*secundum allegata et probata*—, sin que su conocimiento privado pudiese modificar lo verdaderamente alegado y probado en el mismo —*non secundum conscientiam*—. O dicho en otros términos, lo que se pretendía era lograr la debida congruencia de la sentencia con los hechos configuradores del objeto litigioso y con la prueba practicada en el proceso.

SEXTA. El brocardo no pretende resolver el problema de si el juez debe tener o no iniciativa probatoria, pues se refiere al momento final del proceso, cuando debe enjuiciar o sentenciar (*iudicare*). No es objeto de este trabajo de investigación entrar en esta discusión: si bien existen sólidos argumentos para mantener que el juez civil no deba tener ninguna iniciativa probatoria, también existen para justificar cierta iniciativa probatoria *ex officio iudicis*; sin embargo, en este debate doctrinal convendría dejar de utilizarse como argumento de autoridad el carácter histórico del brocardo *iudex iudicare secundum allegata et probata partium* (o similares), ya que ello supone ignorar su auténtica formulación, pues la "latinización" de una idea no la convierte en un aforismo o brocardo. En definitiva, estamos ante un tópico que no por repetirse continuamente adquiere la validez histórica de que carece. Por ello, sería deseable que la doctrina no siga reiterando este error, error que se debe a la influencia de los grandes maestros del procesalismo alemán e italiano de finales del siglo XIX y principios del XX.

SÉPTIMA. Finalmente, en la polémica sobre si el juez debe tener iniciativa probatoria deberían evitarse posturas radicales o maximalistas para buscar el punto de equilibrio que permita al proceso ser lo más eficaz posible sin sacrificar ninguna garantía constitucional de las partes. Ello se logra permitiendo al juez cierta iniciativa probatoria limitada a los hechos discutidos en el proceso, sobre la base de las fuentes probatorias que ya le consten en las actuaciones, y permitiendo a las partes la plena contradicción en la práctica de la prueba *ex officio iudicis*, pudiendo ampliar su inicial proposición de prueba. De esta forma, se respeta escrupulosamente el principio dispositivo, se asegura la

debidamente imparcialidad judicial, y se protege el derecho de defensa de las partes. Aquí se encuentra el punto de equilibrio entre la iniciativa del Juez y la actividad probatoria de las partes: la postura radical negando todo tipo de iniciativa probatoria para la justa tutela de los intereses litigiosos. En definitiva, entiendo que no debe buscarse el garantismo procesal sin tener en cuenta la función que cumple el proceso, ni tampoco la eficacia procesal olvidándose las garantías constitucionales del proceso. El garantismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso, y la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de las garantías básicas de la actividad del Juez—con su deber de imparcialidad— y de las partes—con sus derechos a la defensa—. Por ello, el debate garantismo-eficacia no debe plantearse en términos de prevalencia de uno sobre otro, sino de compatibilidad, esto es, debe buscarse la máxima eficacia del proceso respetando las garantías procesales del Juez y de las partes.

## CONFERENCIAS SOBRE DIVERSAS TEMAS DE INTERÉS EN MATERIA PROCESAL

### EL VALOR PROBATORIO DEL ATESTADO POLICIAL

*Lorena M. Buñosa Vadelí*

1. INTRODUCCIÓN
2. LA POLICÍA JUDICIAL Y EL ATESTADO POLICIAL
3. CONTENIDO HETEROGÉNEO DEL ATESTADO
4. VALOR PROCESAL DEL ATESTADO
  - 4.1 Acto de iniciación
  - 4.2 Conjunto de actos de investigación previos al proceso
  - 4.3 Limitado alcance probatorio
  - 4.4 La imprescindible entrada del atestado en el juicio oral