

EVOLUCIÓN DEL DERECHO PROBATORIO EN LOS PROCESOS CIVILES CONTEMPORÁNEOS *

SUMARIO: 1. Objeto de la indagación: el derecho probatorio: a) en los países de *civil law*; b) en los países de *common law*; c) en los países socialistas. Indicaciones acerca de las características de los tres sistemas. 2. Desenvolvimiento histórico del derecho probatorio en los países de *civil law*, y factores que han influido en él. 3. Las recientes reformas realizadas en los países de *civil law*, y sus principales inspiradores. 4. Ampliación de los poderes inquisitorios del juzgador y defensa de su neutralidad: significado actual del contraste entre las dos tendencias. 5. Evolución del derecho probatorio en los países de *common law*: principales direcciones. 6. El movimiento para la reforma del *law of evidence* en el mundo norteamericano. 7. Concepción de la actividad judicial probatoria en los sistemas socialistas. 8. Las recientes reformas procesales en Rusia y en los demás países socialistas, y sus reflejos sobre el derecho probatorio. 9. Consideraciones conclusivas.

1. Objeto de la indagación: el derecho probatorio. Indicaciones acerca de las características de los tres sistemas

La indagación en torno a las actuales tendencias evolutivas del derecho probatorio, ^a considera los tres sistemas jurídicos en que se expresan, con suficiente autonomía, las diversas orientaciones de fondo de las institu-

NOTA DE LA REDACCIÓN: Tanto las notas con "llamadas de letras" por orden alfabético, como los párrafos encerrados entre paréntesis cuadrados, que aparecen a pie de página, constituyen sendos suplementos aportados por el traductor al texto del artículo y a las correspondientes notas del autor.

* Traducción del artículo *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, publicado en la "Rivista di Diritto Processuale", 1965, pp. 31-70, y escrito con destino a los "Studi in onore di Antonio Segni" (Milano, 1967). En su parte esencial, el presente trabajo utiliza los apuntes para un cursillo expuesto en la *Faculté Internationale de Droit Comparé* de Luxemburgo en abril de 1963.

^a Aunque comenzando por el título de su ensayo, el autor habla casi constantemente de "*diritto delle prove*", hemos reemplazado tal rúbrica por la de *derecho probatorio*, con carta ya de naturaleza en nuestro idioma (cfr., verbigracia, Alcalá-Zamora, *Estudios de Derecho Probatorio*—Concepción, Chile, 1965—, o Sentís Melendo, *Introducción al Derecho Probatorio*, en "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", 1965, fasc. 4º, pp. 637-79) y que el propio Denti utiliza de cuando en cuando en su trabajo (cfr. pp. 35, 39, 56 y 65 de la versión inserta en la "Riv.Dir.Proc." cit., o pp. 7, 11, 28 y 37 del sobretiro), así como en su recentísimo artículo *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, en rev. cit. últimamente, 1969 (pp. 8-35), p. 35.

ciones procesales: a) el sistema de los países de *civil law*; b) el de los de *common law*,¹ y c) el de las naciones socialistas.² La diferencia entre los dos primeros sistemas se debe, sobre todo, a razones históricas, mientras que la divergencia entre el primero y el tercero obedece principalmente a motivos políticos; pero el estudio autónomo de las evoluciones respectivas no puede desligarse de la observación de que los diversos sistemas no son, en manera alguna, compartimentos estancos, sin interferencias recíprocas e influencias evolutivas; y ello, tanto por la relativa movilidad y apertura de los regímenes políticos que constituyen su fundamento, como porque en el origen de las soluciones concretas adoptadas se hallan principios teóricos^b y cánones lógicos que tienen su raíz en la matriz común de la civilización occidental.

Hechas estas indicaciones, antes de analizar las características de cada uno de los sistemas, procede formular algunas consideraciones de índole general acerca de su respectiva evolución histórica.

a) *En los países de civil law*. El régimen legal de las pruebas peculiares de los países de *civil law* desde la edad media a la moderna, no será considerado tan sólo como el producto de una situación cultural (y, por consiguiente, de la lógica medieval, en cuyo ámbito se formó y desarrolló el proceso romano-canónico),³ sino también como la consecuencia inc-

¹ La contraposición *civil law-common law* se usa en el texto según el significado convencional, difundido actualmente entre los estudiosos de derecho comparado, o sea para indicar los ordenamientos jurídicos del continente europeo, considerados en relación, tanto con la común derivación romanista, como con la uniformidad de las técnicas normativas, en contraste con los ordenamientos angloamericanos. Acerca del empleo de esta terminología, cfr., últimamente Grisoli, *Corso di diritto privato comparato* (Milano, 1962), pp. 75 y ss.

[Aun cuando el autor circunscriba su estudio al *civil law* del continente europeo, tal sistema ha trascendido fuera de él, tanto a América (países iberoamericanos, inclusive Puerto Rico en ciertas zonas de su legislación, todavía inspiradas en el derecho español, como asimismo algunos estados norteamericanos: cfr. Alcalá-Zamora, *Exposición, por un profesor continental europeo, de un curso angloamericano sobre "evidencia"*, en "Revista de Derecho Puertorriqueño", núm. 23, enero-marzo de 1967, pp. 243-67, o en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", núm. 58-59, enero-agosto de 1967, pp. 211-35, número 4 en ambas; provincia canadiense de Quebec), como en Asia (Japón o Turquía, por ejemplo) y en África (principalmente las nuevas naciones francófonas).]

² Con la expresión "derecho de los países socialistas" (que estimo preferible a la de "derecho de los países comunistas" o a la de "derecho soviético", también ampliamente usadas) se hace referencia al derecho de la URSS y de los países de Europa oriental que sienten su influencia política. Acerca de este punto, inclusive para la reservas oportunas sobre la visión unitaria de tales ordenamientos, cfr. Gorla, *Diritto comparato*, en "Enciclopedia del Diritto", XII (Milano, 1964), pp. 935 y ss.

^b Si bien *teorético* no es adjetivo acogido por la Academia Española de la Lengua, nos valemos del mismo para marcar la diferencia que entre él y *teórico* establece el autor en diferentes pasajes de su escrito.

³ Acerca de esta perspectiva histórica, cfr. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica* (Milano, 1961), pp. 159 y ss.

vitable de la manera misma como se administró justicia en Europa hasta la Revolución francesa. En efecto, no cabe duda de que el conjunto de reglas probatorias incluidas bajo el nombre de *pruebas legales*, si bien consintió, por un lado, un cierto grado de racionalización en la indagación judicial, frente a los métodos primitivos de prueba, representó luego una garantía contra la decadencia de la costumbre judicial,⁴ hasta convertirse en expresión de esa desconfianza hacia los juzgadores^e que se manifiesta todavía en el origen de la actitud actual de gran parte de la clase profesional de los juristas.

Las reformas que, con la Revolución francesa, han significado el encauzamiento de las estructuras judiciales modernas, suprimiendo el sistema de la venalidad y de la heredabilidad de los cargos, propio del *Ancien Régime*, sentaron, a la vez, las bases de la organización burocrática de la justicia, que debía transformar lentamente la desconfianza hacia los juzgadores, en desconfianza hacia el Estado.⁵ La burocratización de la función judicial ha ejercido, en efecto, influencia notable sobre el sistema probatorio, el cual, si formalmente permaneció sin experimentar cambios durante más de un siglo, sustancialmente fue invadido por la tendencia del juzgador-funcionario a considerar la verificación de los hechos como una operación técnica, análoga a las realizadas por la administración pública en cualquier otra rama de su actividad. De ahí, en el plano histórico, la posición del dogma clásico de la neutralidad del juzgador como corolario ochocentista de los principios del liberalismo político; así como también la tendencia a considerar el aumento de los poderes del juzgador en el campo de las pruebas como problema *político*, conexo con el creciente intervencionismo del Estado en la esfera de las relaciones privadas.

El formalismo tradicional de las doctrinas jurídicas europeas, ha conducido con mucha frecuencia a estimar el problema de la prueba tan sólo en sus aspectos técnicos o lógicos, desvinculado de la relación concreta e histórica con el modo de ser de la función del juzgador en cada ordena-

⁴ Cfr. sobre el punto, las indicaciones de Cappelletti, *Il processo italiano nel quadro della contrapposizione "civil-law-common law"*, en "Rivista di Diritto Civile", 1963, I, p. 46. Acerca del significado de las *pruebas legales* en el proceso medieval, cfr. el importante estudio de Levy J. Ph., *La hiérarchisation des preuves dans le droit savant du Moyen Age*, en "Annuaire de l'Université de Lyon" (Paris, 1939), pp. 32 y ss.

^e Como quiera que, entre otras acepciones, juez tiene en España e Hispanoamérica el significado específico y preferente de órgano jurisdiccional monocrático, he traducido constantemente "giudice" por *juzgador*, que refleja su carácter abstracto, sea cual fuere el número de sus componentes y la instancia, grado o peldaño a que pertenezca: cfr. Alcalá-Zamora, *Aciertos terminológicos e institucionales del derecho procesal hispánico*, en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", núm. 38 (abril-junio de 1948; pp. 43-108), pp. 59-60.

⁵ Sobre el fenómeno de la burocratización de la justicia en Europa, cfr. las clásicas páginas de Weber, *Economía e società*, traducción italiana (Milano, 1961), II, pp. 194 y ss. Sobre algunos aspectos de este fenómeno, cfr. Baratta, *Antinomie giuridiche e conflitti de coscienza* (Milano, 1963), pp. 147 y ss.

miento. Por ejemplo, cuando se contempla la superación del método de la prueba legal, en los sistemas de *civil law*, como el tránsito de la concepción escolástico-aristotélica "a la moderna concepción lógica y gnoseológica",⁶ se olvida que históricamente la prueba legal surgió como una técnica procesal especial, al servicio de determinados juzgadores en determinados ordenamientos judiciales. Por tanto, no cabe reducir la superación de las pruebas legales a un mero problema gnoseológico, sino que hace falta también tener presentes sus aspectos sociales y políticos *lato sensu*.⁷

Desde este punto de vista, la burocratización de la función judicial, propia de los países de *civil law* a partir de un determinado momento histórico, ha creado, sin duda, problemas diversos de aquellos en función de los cuales surgió el sistema de las pruebas legales; pero no parece haber eliminado del todo la exigencia de una previa fijación normativa de límites para la selección, por el juzgador, de los términos de búsqueda y valoración de las pruebas: en otros términos, la que fue definida como "metodología legal",⁸ aparece todavía cual una exigencia intrínseca de cualquier ordenamiento procesal y que únicamente se manifiesta de modos diversos según las diferentes épocas históricas y los distintos ambientes sociales, así como según la posición del juzgador en los diversos ordenamientos.⁹

Agréguese que además de a la valoración, por parte de la conciencia social, de la idoneidad de su empleo por cada juzgador, las reglas probatorias se hallan conmensuradas por las características de la sociedad misma en que los procedimientos probatorios están destinados a llevarse a cabo. Por ejemplo: la desconfianza hacia el testimonio (y hacia la parte misma como *testigo*), que es peculiar de los países de *civil law*, no es sólo un dato técnico, sino que expresa sustancialmente los convencimientos de una sociedad poco sensible a la *bona fides* en las relaciones humanas. Y mientras la *privacy* de los testigos está mucho más defendida en los países de *civil law* que en los de *common law*,¹⁰ la confianza en su atendibilidad

⁶ Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I (Milano, 1962), pp. 286 y ss.

⁷ Subraya exactamente el carácter social de la prueba judicial, desde el momento en que su finalidad consiste en obtener "*par de là le juge, l'adhésion du groupe social qu'il représente*", Levy-Bruhl, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique* (Paris, 1964), pp. 23 y ss.

⁸ Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, en "Rivista di Diritto Processuale Civile", 1939, I, p. 115.

⁹ A propósito de la posición de Cappelletti respecto de las reglas de prueba, cfr. las observaciones de Micheli, en "Riv. Dir. Civ.", 1963, p. 251, que afirma la perdurante validez funcional de las mismas. En sentido análogo, cfr. Alcalá-Zamora, *Uniformación de la prueba en el proceso civil de los países hispanoamericanos*, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", núm. 46 (1963), pp. 104 y ss.

¹⁰ Me refiero, en el texto, a los medios predispuestos para determinar la atendibilidad del testimonio, desde luego más eficientes en el proceso de *common law* que en los procesos civiles europeos. Justamente Sereni, *Aspetti del processo civile negli Stati*

es mucho menor en los primeros que en los segundos, donde el proceso civil se apoya en el testimonio oral.¹¹

Es en este complejo cuadro histórico, político y social en el que hay, por tanto, que situar las reformas del derecho probatorio, sin olvidar, sobre todo, el dato esencial constituido por la realidad concreta de la función judicial y de la posición misma del juzgador en el ordenamiento estatal.

b) *En los países de common law.* En rigor, cuando se toman en cuenta los movimientos contemporáneos de reforma en los países de *common law* (me refiero, sobre todo, al mundo jurídico norteamericano) para convalidar las tendencias hacia la superación de las pruebas legales y hacia el aumento de los poderes del juzgador en el campo probatorio, se olvida con demasiada frecuencia que el *juzgador* del ordenamiento angloamericano es una realidad bien diversa del *juzgador* de los ordenamientos europeos.¹² Inclusive si se prescinde de la presencia del jurado en el proceso norteamericano —que si bien se considera determinante para la formación del *law of evidence*,¹³ hoy sobrevive en los juicios civiles sólo en Norteamérica—, es evidente que los países de *common law* ignoran la singular *ideología de la justicia* que se conecta con su evolución en sentido burocrático en los países de Europa continental.

Cabría decir, en efecto, de la legalidad de la prueba lo que se dijo, al confrontar los dos sistemas, de algunos aspectos del positivismo jurídico, cuando se aclararon las razones por las que una orientación antipositivista puede tener carácter *liberal* en el mundo angloamericano e *iliberal*, en cambio, en el europeo.¹⁴ En verdad, de igual modo que la *neutralidad*

Uniti (Milano, 1954), p. 108, ha puesto de relieve cómo tales diferencias entre los dos sistemas están ampliamente influidas también por concepciones religiosas.

¹¹ Sereni, *ob. cit.*, p. 18.

¹² Sobre este punto continúa siendo siempre esencial el análisis de Weber, *Economía e società*, *lug. cit.*

¹³ Por entender que en este y otros casos (por ejemplo: *civil law* y *common law*, *school of law*, *law review*, etcétera), *law* no se corresponde con *ley*, sino con *derecho* en sentido objetivo, le aplicamos el género masculino y no el femenino. Sobre la cuestión, véase Criscuoli, *Valore semantico e contenuto dommatico dell'espressione "common law" nel linguaggio giuridico italiano*, en "Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile", 1967, pp. 1466-73.

¹⁴ Tal es la opinión común de los juristas de *common law*, aun cuando haya sido recientemente puesta en duda por Giuliani, *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, en "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 1962, pp. 652 y ss., e *Influence of Rhetoric on the law of Evidence and Pleading*, en "The Juridical Review", 1962, pp. 216 y ss., quien considera que la concepción del derecho probatorio en términos de *normas de exclusión*, es más bien la consecuencia de la aceptación de una determinada lógica de la prueba.

¹⁴ Muy ilustrativas son a este propósito las consideraciones contenidas en la ponencia de Falk y Shuman, *Un colloquio sul positivismo giuridico*, en "Riv. Dir. Civ.", 1962, I, pp. 542 y ss. (publicada también en inglés, con el título de *The Bellagio Conference on Legal Positivism*, en "Journal of Legal Education", 14 (1961), pp. 213 y ss.).

del juzgador norteamericano es bien distinta de la del europeo (en el sentido de que la primera no excluye el ejercicio de poderes discrecionales en la apreciación de exigencias políticas *lato sensu*),¹⁵ así también el ejercicio de poderes inquisitorios en el campo de las pruebas no supone, en el mundo del *common law*, la invasión del poder estatal en la esfera privada, que es, en los países de *civil law*, la contrapartida inevitable de cualquier aumento en los poderes del juzgador.¹⁶ Realidad, ésta, de la que constituye puntual confirmación el impulso que los regímenes autoritarios, desde el fascismo al degaullismo, han dado a la evolución en sentido inquisitorio de las reglas civiles de prueba.

Hechas estas indicaciones, para colocar en la justa perspectiva los problemas sólo aparentemente análogos suscitados por la evolución de los diversos ordenamientos, se reconoce, por lo demás, que en el fondo de tal evolución existe, entre los países de *common law* y los de *civil law*, una comunidad de orientaciones que podría sorprender, sin más, a quien no reflexione acerca de la presencia, en las dos culturas jurídicas, de un filón de pensamiento que remonta a la matriz ochocentista idéntica y de la que los desenvolvimientos modernos son únicamente una versión más refinada.¹⁷ Por aportar un solo ejemplo, las recordadas afirmaciones de Cappelletti sobre la conexión entre la lógica escolástico-aristotélica y el régimen de la prueba legal, hallan perfecta correspondencia en las casi coetáneas indicaciones de Loevinger, que critica el sistema de las *rules of exclusion* precisamente por conectarse con el empleo de la lógica silogística y auspicia una racionalización más libre de las reglas probatorias.¹⁸ Y es indudablemente verdad que en ambos sistemas la orientación cultural hacia la libertad de la prueba implica una "concepción técnica de la verificación del hecho",¹⁹ que tiene comunes fundamentos gnoseológicos y que es, en el fondo, hija del *scientisme* que parece constituir, por lo menos desde hace un siglo, el hábito mental del jurista de profesión.

Sin embargo —y aquí torno de nuevo a las precedentes indicaciones—, quien se refiriese a estas orientaciones teoréticas comunes sin la adecuada apreciación de las respectivas situaciones históricas, políticas y sociales,

¹⁵ Acerca de la cuestión, cfr. Denti, *Per il ritorno al "voto di scissura" nelle decisioni giudiziarie*, en "Quaderni della Giurisprudenza Costituzionale", 2 (Milano, 1964), pp. 15 y ss.

¹⁶ Véanse al respecto, en cuanto a las reformas inglesas de 1937, las indicaciones de De Rossi, en *Rassegna di letteratura e legislazioni straniere-Inghilterra*, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1939, I, p. 182.

¹⁷ Acerca del influjo del positivismo de Bentham sobre el desenvolvimiento de la teoría de las pruebas, tanto en Europa como en los países de *common law*, y especialmente en América, Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., pp. 273 y ss.

[Suponemos que por "América" ha de entenderse aquí únicamente *Estados Unidos* y no la totalidad del Continente.]

¹⁸ Cfr. Loevinger, *Facts, Evidence and Legal Proof*, en "Western Reserve Law Review", 9 (1958), p. 154, v después en el volumen colectivo *Landmarks of Law*, al cuidado de Henson (New York, 1960), p. 422.

¹⁹ Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., p. 249, nota 49.

incurriría en el mismo error que quien extrajese argumento de las tesis del realismo americano a favor de la *Freirechtslehre* europea, o viceversa: el diferente fondo político de las dos doctrinas (y, por tanto, la ideología sustancialmente democrática de la primera, frente a la sustancialmente autoritaria de la segunda) han sido suficientemente aclarados, como para que sea necesario detenerse más.²⁰

c) *En los países socialistas*. En fin, la consideración del derecho probatorio en los países socialistas, no puede separarse de la observación de que la evolución de tal derecho se ha llevado a cabo en el ámbito de una técnica judicial que es la misma, en sus inmediatos precedentes históricos, que la de la Europa continental. Como veremos, existen experiencias ejemplares en los países del este europeo que han mantenido en vigor las leyes procesales prebélicas, no obstante haber soportado profundamente el influjo de la ideología jurídica comunista. Estimo que ello demuestra que la evolución se ha debido al inevitable reflejo de la concepción marxista del derecho (o, mejor dicho, de la justicia) sobre la técnica probatoria, mientras que esta última ha recobrado, de por sí, posiciones y tendencias que estaban ya ínsitas en la ideología del primer socialismo europeo.²¹

Existen, además, razones válidas para estimar la experiencia de los países socialistas merecedora de consideración autónoma, inclusive si representa, en el fondo, una experiencia europea. La negación del derecho como técnica de las relaciones sociales y, por tanto, de la decisión judicial como valoración de los comportamientos humanos en función de reglas en que se reflejan los valores de una determinada sociedad en un cierto momento histórico (negación que es la característica del pensamiento jurídico marxista),²² lleva inevitablemente a poner de relieve en el proceso la obra del juzgador y a acentuar los poderes *creadores* del mismo, a fin de poner de acuerdo la decisión judicial con las exigencias inherentes a la transformación de la sociedad y a la construcción de la sociedad

²⁰ Cfr. sobre la cuestión, las indicaciones de Tarello, *Il realismo giuridico americano* (Milano, 1962), pp. 229 y ss.

²¹ Acerca del punto, cfr. lo que escribe Cappelletti, *Ideologie nel diritto processuale*, en "Riv. Trim. Dir. Proced. Civ.", 1962, pp. 200 y ss.

[El trabajo de Cappelletti fue traducido (*Ideologías en el derecho procesal*) en "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", de Montevideo, abril de 1962, pp. 85-99; fue reseñado por Fix Zamudio en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", cit., núm. 46, enero-abril de 1963, pp. 256-7, y por mí en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 45, enero-marzo de 1962, pp. 186-8, y reproducido luego por su autor en el volumen recopilativo *Processo e ideologie* (Bologna, 1969), pp. 3-34 (reseña mía, en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", 1969, núm. 4)].

²² Para una contemplación muy abierta de los correspondientes problemas, véase el capítulo "Kelsen e Marx" de la obra de Cerroni, *Marx e il diritto moderno* (Roma, 1962), pp. 121 y ss. Y para una reciente discusión en torno al tema de la *legalidad socialista*, cfr. Della Volpe, *La legalità socialista*, en "Crítica Marxista", 1964, pp. 148 y ss.

socialista. Conexa con esta concepción de fondo se halla la estructura tendencialmente no burocrática de la justicia: en efecto, como es sabido, en los países socialistas está ampliamente difundido el reclutamiento electivo de los juzgadores y se encuentra prevista la participación de legos en los colegios juzgantes civiles,²³ lo que entraña una posición del juzgador distinta de la tradicional en la Europa continental acerca del *fact-finding*.

Estructura no burocrática de la justicia no significa, por lo demás, independencia de los juzgadores, problema este que en los países socialistas no se plantea siquiera, por lo menos en los términos propios de las democracias occidentales, o sea como *imparcialidad* política de los juzgadores. De ahí que la *political jurisprudence* de los juzgadores socialistas sea cosa harto distinta de la *political jurisprudence* de los juzgadores norteamericanos;²⁴ y no tendría tampoco fundamento la fácil analogía entre algunas actitudes de las respectivas culturas jurídicas respecto de la preeminencia del *hecho*, apreciado en sus componentes políticos y sociales, en la concreta experiencia jurisprudencial. En realidad, mientras el escogimiento del juzgador entre los *valores* económicos y sociales implícitos en el *hecho* es, según los realistas norteamericanos, institucionalmente libre y está sólo condicionado por la tendencia hacia la uniformidad de las decisiones, el escogimiento del juzgador socialista está, por su naturaleza, ideológicamente orientado.

A estas indicaciones, que atañen a la concepción misma de la posición del juzgador en un Estado socialista, se suma la consideración de la movilidad intrínseca de los respectivos ordenamientos, en los que se halla en curso una evolución no siempre reconducible a las vicisitudes políticas paralelas: en efecto, mientras cabe hablar de un cierto grado de liberalización de las normas procesales (civiles y penales) en la Unión Soviética, a consecuencia de las reformas realizadas tras el XX^o Congreso,²⁵ asistimos en otros países socialistas a movimientos de reforma inspirados en la ten-

²³ Cfr. para Rusia, Grzybowski, *Soviet Legal Institutions: Doctrine and Social Functions* (Ann Arbor, 1962), pp. 79 y ss.; Franchi, *Appunti sul processo di cognizione sovietico*, en "Riv. Dir. Proc.", 1962, p. 270; Cappelletti, *La testimonianza della parte*, cit., II, p. 684, nota, y antes Calamandrei, *Il processo civile in Russia*, en "Studi sul processo civile", V (Padova, 1947), p. 321. Para Polonia, cfr. Ehrlich, *Osservazioni sul problema dell'indipendenza dei giudici in Polonia*, en "Magistrati o funzionari?", al cuidado de G. Maranini (Milano, 1962), pp. 262 y ss. Acerca del tema en general, véase también Blagojevic, *Gli aspetti politici della partecipazione dei laici all'esercizio della giurisdizione*, en "Scritti in memoria di P. Calamandrei", II (Padova, 1958), p. 149.

[El artículo de Franchi que Denti menciona, fue reseñado por mí en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", cit., núm. 46, enero-abril de 1963, pp. 260-1.]

²⁴ Sobre este último, cfr. la reciente y amplia reseña de Shapiro, *Political Jurisprudence*, en "Kentucky Law Journal", 52 (1964), pp. 294 y ss.

²⁵ Véase acerca de la cuestión, Ginsburg, *Objective Truth and the Judicial Process in Post-stalinist Soviet Jurisprudence*, en "American Journal of Comparative Law", 10 (1961), pp. 53 y ss., y Berman, *The Dilemma of Soviet Law Reform*, en "Harvard Law Review", 76 (1963), p. 429.

dencia hacia la *voluntarización* del proceso civil, que fue una de las manifestaciones salientes, en el campo del derecho, del nazismo alemán.²⁶ Esta experiencia, que tendremos más adelante oportunidad de analizar y que no dejó de suscitar ecos polémicos en un reciente congreso,²⁷ e confirma la complejidad y la variedad de un mundo cuyos contrastes políticos internos han emergido en los últimos años con dramática evidencia y que se reflejan en las orientaciones contemporáneas de la política legislativa.

2. *Desenvolvimiento histórico del derecho probatorio en los países de civil law, y factores que han influido en él*

En los países de *civil law*, la tradición que se suele llamar *clásica* (con terminología singularmente grata a la doctrina francesa) y que se resume en la fórmula de la *neutralidad* del juzgador, ha obrado sustancialmente en tres direcciones: a) en la de excluir la atribución al juzgador civil de poderes inquisitorios, considerados en pugna con la plena disponibilidad, por las partes, del objeto del proceso; b) en la de vincular la actividad probatoria con el respeto riguroso del principio de contradictorio, y c) en la de admitir la valoración preventiva, por parte del legislador, de la eficacia de determinados medios de prueba.

En la actualidad, aun cuando con menor o mayor evidencia en los diversos ordenamientos, ninguna de estas reglas (ni siquiera, como veremos, la del contradictorio) conserva el significado que le era propio en el siglo pasado. Asistimos más bien a un progresivo acercamiento del derecho probatorio civil al penal (cuya unificación, según algunos, habría que considerar ya sustancialmente realizada en Francia),²⁸ y ello mientras

²⁶ Cfr. Calamandrei, *Abolizione del processo civile?*, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1938, I, p. 336.

[En relación con el explosivo y por fortuna intrascendente artículo de Baumbach, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*, en "Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht", 1938, pp. 583 y ss.]

²⁷ Cfr. Cappelletti, *Note in margine al congresso veneziano*, en "Riv. Dir. Proc.", 1962, p. 275; Liebman, *Intorno ai limiti della giurisdizione volontaria*, *ibidem*, p. 278.

^e Alude el autor al Tercero Internacional de Derecho Procesal Civil, celebrado en Venecia en 1962. Las ponencias, discursos y debates integrantes del mismo acaban de publicarse, con gran retraso, en *Atti del 3º Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile: Venezia 12-15 aprile 1962* (Milano, 1969). La ponencia general sobre el tema a que Denti se refiere, corrió a mi cargo —*Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria* (pp. 533-621 del vol. cit.)— y se imprimió antes en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", cit., núm. 45, septiembre-diciembre de 1962, pp. 521-96.

²⁸ Cfr. Sicard, *La preuve en justice après la réforme judiciaire* (Paris, 1960), p. 7.

[†] Y con igual o mayor motivo, en los códigos procesales unitarios, como los de Honduras (1906; arts. 300-409) y Panamá (1916; arts. 681-962, sobre prueba civil, pero aplicables al proceso penal, con las adaptaciones y variantes de los artículos 2151-81) en América, o los de Dinamarca (1916/9; cfr. Munch-Petersen, *Der Zivilprozess Dänemarks* —Mannheim/Berlin/Leipzig, 1932—, pp. 77-108) y Suecia (1942/8; título III, capítulos 35-41, con 81 párrafos). La trayectoria unitaria per-

el proceso penal está, a su vez, experimentando una marcada evolución en sentido no inquisitorio.

¿Cuáles son las causas profundas de esta evolución? A mi entender, es posible sintetizarlas, si bien mediante una abstracción y una generalización que hasta cierto punto podrían aparecer arbitrarias, pero que resultan adecuadas para captar las líneas esenciales del desenvolvimiento histórico de los procesos de *civil law*:

a) En el plano teórico (o gnoseológico) la consecuencia más saliente del *scientisme* ochocentista fue el predominio de la "concepción técnica del accertamiento ^a del hecho", ²⁹ conexas con el convencimiento de que las afirmaciones de las partes acerca de los hechos del pleito ^b puedan ser *verificadas* mediante el cotejo con la *verdad real*, perceptible a través del empleo de medios técnicos, racionalizados y objetivos en la mayor medida posible. En esta actitud teórica iba implícita, como se ha señalado, una acentuación tendencial del aspecto burocrático de la indagación judicial y, por ello mismo, del carácter inquisitorio de la propia investigación: no se olvide, por otra parte, que precisamente el iluminismo había visto "la función del juzgador impelida hasta el extremo del método inquisitorio", en la experiencia del código fridericiano. ³⁰ No ocultamos que la misma cul-

siste en nuestro *Anteproyecto que reforma el régimen de la prueba en el código de procedimientos de Honduras* (en "Rev. Fac. Der. Méx.", cit., núm. 17-8, enero-junio de 1955, pp. 377-452; en "Foro Hondureño", enero-mayo de 1955, pp. 137-89, y en "Ests. Der. Probat.", cit., pp. 201-90).

^a El vocablo italiano "*accertamento*" ha sido vertido de diversas maneras al castellano. Así, referido a la acción (*rectius*, pretensión) de tal clase, casi siempre se la denomina *declarativa*. Por mi parte, en la traducción del *Sistema di Diritto Processuale Civile* de Carnelutti (Padova, 1936/8/9) opté, sin vacilar, por *acertamiento*, en atención a las consideraciones etimológicas formuladas por el autor (cfr. mi *Adición a los números 45 y 46* de dicha obra, en el tomo I —Buenos Aires, 1944—, p. 181), bien que dándole alcance distinto del habitual entre nosotros. A él me atuve después en la traducción de la *La Prova Civile* (2ª ed., Roma, 1947): véase en la edición argentina (Buenos Aires, 1955) la página XXIX de la *Advertencia del Traductor*; y a él me atengo en la ocasión presente. Finalmente, Sentís Melendo, en diversos trabajos, propugna el empleo de la fórmula determinante del artículo de Loreto, *La sentencia de "declaración de simple o de mera certeza"* (en "Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina" —Buenos Aires, 1946—, pp. 409-38).

²⁹ Giuliani, *Il concetto di prova*, pp. 237 y ss.

^b Hemos traducido "*causa*" por *pleito* y no literalmente, porque el autor se refiere al litigio o controversia *civil*, al que en España se aplica la denominación mencionada, mientras que *causa* se reserva para la contienda *penal*, así como *recurso* para la suscitada ante la justicia *administrativa* (o ante la *constitucional*, mientras la hubo): cfr. Alcalá-Zamora, *Síntesis del Derecho Procesal* (México, 1966), p. 315, nota 429, y *Amparo y casación*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", cit., núm. 61, enero-marzo de 1966, pp. 85-6, nota 10.

³⁰ La observación es de Redenti, *L'umanità nel nuovo processo civile*, en "Riv. Dir. Proc. Cip.", 1941, I, p. 29 (ahora en "Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo", I —Milano, 1962—, p. 762). Sobre el proceso prusiano fridericiano, cfr. las indicaciones de Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, en "Studi in

tura idealista e historicista ha contribuido desde otro punto de vista (aun cuando haya desplegado influencia bastante menor sobre la ciencia jurídica) a cargar el acento sobre la validez exclusiva del concreto juicio histórico del juzgador, desvalorizando, mientras tanto, el significado de las reglas legales de prueba, propias del proceso civil, a diferencia del penal.^{31 1}

b) En el plano dogmático, el ataque al principio clásico de la *neutralidad* del juzgador resultó sensiblemente influido por la circunstancia de afirmarse, en la doctrina procesal alemana, la distinción entre *Dispositionsmaxime* y *Verhandlungsmaxime*, o sea entre el poder de las partes para determinar el objeto del juicio y el poder de aportar al proceso el material probatorio referente a los hechos afirmados.³² En efecto, según tal distinción, el principio de neutralidad del juzgador en el campo de las pruebas, no deriva necesariamente del poder dispositivo de las partes sobre el objeto del juicio, ya que los poderes reconocidos al juzgador para la búsqueda de la verdad actúan dentro de los límites del cuadro así trazado y no exceden de las alegaciones de las partes. Se afirma, por tanto, que en un proceso civil que reconozca el carácter privado del objeto del juicio (en un ordenamiento, pues, de tipo sustancialmente liberal) es esencial el *Dispositionsprinzip*, mientras que la atenuación del *Verhandlungsprinzip* y la atribución al juzgador del poder de contribuir a la búsqueda y adquisición de las pruebas, constituye un hecho de mera *técnica* procesal, *interno* en el proceso, y preordenado para la mejor realización de sus fines.

No es difícil ver cómo esta posición dogmática acabe por legitimar, en el plano conceptual, el mantenimiento de la fisonomía privatista del pro-

onore di E. Redenti", II (Milano, 1951), p. 729, y de Cappelletti, *La testimonianza della parte*, cit., II, pp. 537, nota 3, y 569.

[Tanto los *Scritti e discorsi* de Redenti, como *Tutela giurisdizionale* de Carnacini, fueron reseñados por mí en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", cit., núm. 45, septiembre-diciembre de 1962, pp. 633-5, y en "Rev. Fac. Der. Méx.", cit., núm. 8, octubre-diciembre de 1952, pp. 216-8, respectivamente. A su vez, el trabajo de Carnacini fue traducido por Aurelio Romo en la segunda de las mencionadas publicaciones, núm. 12, octubre-diciembre de 1953, pp. 97-182.]

³¹ Véanse, por ejemplo, las afirmaciones de Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione* (Padova, 1937), p. 130.

¹ Pero en México y en la mayoría de los países hispanoamericanos, no sólo perdura, sino que predomina la prueba legal como rectora del enjuiciamiento criminal (cfr., por ejemplo, los siguientes códigos procesales, México Distrital, arts. 246-61; Idem Federal, arts. 279-90; Argentina, Federal y de la Capital de 1888, arts. 275-8, 306-7, 316-21, 346, 349-56 y 358; etcétera). La prueba libre, en cambio, tiene acogida en códigos como el peruano de 1939 (art. 283) o el argentino para la provincia de Córdoba de igual año (art. 426) y los derivados de él.

³² Sobre la historia del principio dispositivo, véase ampliamente Carnacini, *Tutela giurisdizionale*, cit., pp. 716 y ss., y Cappelletti, *La testimonianza della parte*, cit., I, pp. 318 y ss. La distinción se encuentra también sustancialmente presente en las doctrinas que no derivan expresamente de la dogmática alemana: cfr., por ejemplo, Debbsch, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile. Étude de droit comparé interne* (Aix-en-Provence, 1960), pp. 367 y ss.

ceso civil, coherente con los principios propios de Europa occidental, y la coetánea atribución al juzgador de poderes inquisitorios.

c) En el plano ideológico, una influencia determinante ha sido ejercida por las orientaciones en sentido socialista de la ciencia jurídica europea a fines del pasado siglo, sobre todo en los países germánicos, donde esta tendencia influyó en las reformas legislativas, primero con la obra de Franz Klein en Austria (Ordenanza procesal civil —Z.P.O.— de 1895)¹ y después con las corrientes de pensamiento que condujeron a la reforma parcial de la Z.P.O. alemana en 1933.³³ Según tales doctrinas, el abandono de la neutralidad del juzgador se justificaba por la necesidad de actuar para que la igualdad de las partes en el proceso no sólo fuese formal, sino sustancial y efectiva, lo que no era posible sino permitiendo al juzgador acudir en ayuda de la parte socialmente más débil,^k sustituyéndola en cuanto a su deficiente iniciativa en el terreno probatorio.³⁴ Desde este punto de vista ideológico, la neutralidad del juzgador aparece, pues, más que como garantía de justicia, como confirmación de privilegios sociales.

d) En fin, en el plano político, el principio de neutralidad del juzgador en la actividad probatoria ha sido invalidado tanto por el creciente intervencionismo de los Estados en la esfera privada, que ha ensanchado cada vez más el área de los procesos que hoy se suelen definir como “de contenido objetivo”, como por el tendencial *dirigismo* procesal de los regímenes autoritarios. Mientras el primer fenómeno no es exclusivo de los países de *civil law*,³⁵ el segundo se ha manifestado en la Europa occidental

¹ Acerca de su gestación, significado e importancia, véanse los trabajos reunidos en el volumen conmemorativo del cincuentenario de su vigencia: *Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der Österreichischen Zivilprozessordnung: 1898-1948* (Wien, 1948); reseña mía del mismo, en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núm. 12, octubre-diciembre de 1953, pp. 199-201. Véase también, en castellano, Alcalá-Zamora, *Proceso Oral y Abogacía* (San Juan, Argentina, 1945), pp. 23-8.

³³ Acerca de toda esta vicisitud histórica, véase la exposición de Cappelletti, *La testimonianza della parte*, cit., II, pp. 485 y ss. y 535 y ss.; *Ideologie nel diritto processuale*, cit., pp. 200 y ss.

^k En este sentido y en otros varios, es verdaderamente admirable el *Liber Iudiciorum* (Fuero Juzgo), que hace trece siglos (654) se preocupó ya de situar en condiciones de igualdad procesal a poderosos y a humildes, a ricos y a pobres: cfr. libro II, título III, leyes 1 y 9.

³⁴ La posición de las corrientes jurídicas socialistas al comienzo del siglo está bien ilustrada en el escrito de Cao, *Esigenze sociali ed individualismo nel processo civile*, en “Studi per Chironi”, II (Milano, 1915), pp. 41 y ss. Acerca de la atenuación del individualismo en el proceso, véase también Legeais, *Les règles de preuve en droit civil. “Permanences” et “transformations”* (Paris, 1935), pp. 25 y ss.

³⁵ Cito como ejemplo, en los países de *common law*, el proceso de divorcio, acerca del cual se afirma la disminución de la posición imparcial del juzgador, que se convierte en *inquisitor* para el establecimiento de la verdad: véase últimamente la decisión del caso *Noble vs. Noble and Ellis* (1963), 1 “W. L. R.” (Weekly Law Reports) 1395, y sobre el mismo, el comentario en “The Law Quarterly Review” 80 (1964), p. 51.

con las reformas promulgadas en Alemania durante el nazismo,³⁶ en Italia bajo el fascismo³⁷ y, por último, en Francia con el régimen de De Gaulle.³⁸

A este propósito, si bien no se oculta que en estos países las reformas realizadas por las dictaduras siguieron a la manifestación de corrientes innovadoras anteriores a la instauración de los regímenes autoritarios, no cabe duda de que la presencia de una ideología iiberal dio un impulso decisivo a la obra legislativa de reforma, cuyo cometido fue asimismo facilitado por la supresión del método parlamentario de formación de las leyes.³⁹

3. Las recientes reformas realizadas en los países de civil law, y sus principales inspiradores

Bajo el impulso de los motivos teóricos, dogmáticos, ideológicos y políticos que he recordado, los movimientos de reforma en los países de *civil law* han actuado esencialmente en las siguientes direcciones:

a) Ante todo, se ha atenuado progresivamente el régimen de las pruebas legales y se ha restituido al juzgador la libertad de apreciación, eliminándose las limitaciones a la admisibilidad de determinados medios de prueba. Entre las pruebas legales clásicas, la primera en ser objeto de reforma lo ha sido el juramento¹ decisivo: desde la austríaca de 1895, que abolió

³⁶ Véase acerca de la cuestión la ilustración de Volkmar, *La nuova legge tedesca sul processo civile del 27 ottobre 1933 e la sua importanza dal lato della politica legislativa*, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1934, I, p. 273 y ss. Sobre la acentuación de los poderes inquisitorios del juzgador en virtud de las reformas alemanas de 1938, véanse las indicaciones de Calamandrei, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1939, I, pp. 296 y ss.

³⁷ "El nuevo código quiere fundamentalmente elevar la autoridad del juzgador y aumentar sus poderes: ésta es... la directiva fundamental de la reforma", afirmaba el Guardasellos en la Exposición de motivos que acompañó al nuevo código de procedimiento civil italiano de 1940 (núm. 12).

[La exposición de motivos del código italiano de 1940 se encuentra traducida al castellano por partida doble: a) por Francisco de Cillis y Julio Dassen, en *Código de procedimiento civil italiano. Exposición de motivos* (Buenos Aires, 1944), pp. 1-79, y b) por Sentís Melendo, como apéndice al tomo III del *Derecho Procesal Civil* de Redenti (Buenos Aires, 1957), pp. 175-227.]

³⁸ Se trata de las reformas aprobadas por el decreto de 22 de diciembre de 1958 (entrado en vigor el 2 de marzo de 1959), a consecuencia del cual se ha dicho que "le pouvoir inquisitorial du juge ne connaît plus guère de limites" (Sicard, *La preuve judiciaire*, cit., p. 7).

³⁹ Véanse a este propósito las observaciones críticas de Solus-Perrot, *Droit judiciaire privé*, I (Paris, 1961), p. 67, acerca de la técnica legislativa mediante la que se han llevado a cabo las recientes reformas francesas y que ha convertido el procedimiento civil en "une matière de caractère réglementaire".

¹ En materia civil, y aparte la *protesta* de decir verdad que se exige a los testigos (cfr. art. 363 cód. proc. civ. del Distrito), el juramento como acto de parte tiene en

el juramento como prueba legal, sustituyéndolo con el interrogatorio de las partes, eventualmente jurado, pero siempre apreciado libremente por el juzgador; a la alemana de 1933, que obró en análoga dirección,^m si bien con alguna limitación vinculante de la admisibilidad del juramento a las reglas sobre reparto de la carga de la prueba;⁴⁰ o, en fin, la sueca de 1942-48.⁴¹ Análoga evolución no se ha verificado, en cambio, en el derecho italiano (puesto que el código de 1940 mantiene el juramento a iniciativa de parte, con eficacia de prueba incontrovertible) y en el derecho francés: en ambos países, por lo demás, se han manifestado amplias corrientes doctrinales en el sentido de abolir el juramento prueba legal.⁴²

En cambio, los países de *civil law* han conservado, aunque con limitadas atenuaciones, la eficacia vinculativa de la confesión de parte,ⁿ mientras que se ha producido un sensible aumento en la libertad de apreciación del juzgador respecto a la admisibilidad de la prueba testifical en presencia de una obligación de preconstitución de la prueba: típica a este propósito

el derecho mexicano menor relieve que en el italiano. Siempre bajo el nombre de "protesta", sus formas más destacadas son: a) la de *nueva noticia*, respecto de la presentación de documentos en primera o segunda instancia (cfr. arts. 98 y 709 cód. cit.); b) la de *manifestación* sobre personalidad, como diligencia preparatoria (art. 193, frac. I, cód. cit.), y c) la de *decir verdad*, como garantía de credibilidad en caso de confesión vinculativa (cfr. art. 308 cód. cit.). Resulta, en cambio, más que discutible, pese a su entronque histórico, que el artículo 157 del mencionado cuerpo legal regule una modalidad de juramento *estimatorio* para la fijación de la cuantía.

^m Cfr. Glücklich, *Parteivernehmung nach deutschem Zivilprozessrecht* (Berlin, 1938): reseña mía, en "Revue Internationale de la Théorie du Droit", 1939, núm. 1-2, y luego en mis "Ensayos de Derecho Procesal" (Buenos Aires, 1944), pp. 627-8.

⁴⁰ Sobre la cuestión, cfr., las observaciones de Cappelletti, *La testimonianza della parte*, cit., II, p. 624. Véase también Allorio, *Il giuramento della parte* (Milano, 1937), p. 124.

⁴¹ La legislación sueca contiene la particularidad de la aseveración del intérprete mediante un *aseguramiento* de verdad de carácter no religioso: cfr. Cappelletti, *ob. cit.*, II, p. 743.

[Acerca del código procesal sueco de 1942, en vigor desde 1948 y común al enjuiciamiento civil y al penal, véase mi reseña del mismo, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", cit., núm. 18, septiembre-diciembre de 1953, pp. 213-25, así como la literatura que acerca de él menciono en la nota 442 (p. 134) de mi libro *Venticinco años de evolución del derecho procesal: 1940-1965* (México, 1968), principalmente la registrada en la obra de Bader Ginsburg (Ruth) y Bruzelius (Anders), *Civil procedure in Sweden* (The Hague, 1965), pp. 466-74 (en sueco) y 474-8 (en inglés).]

⁴² Cfr. para Italia, Allorio, *Il giuramento della parte*, cit., p. 160, quien veía obstaculizado el abandono del juramento como prueba legal, por el individualismo que inspiraba la conciencia jurídica en el campo del proceso; y últimamente Cappelletti, *La testimonianza della parte*, cit., I, pp. 208 y ss. Apreciaciones análogas contienen también obras de índole institucional: cfr., por ejemplo, Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, II, 1 (Milano, 1959), p. 149. Para Francia, cfr. Legeais, *Les règles de la preuve*, cit., p. 96.

ⁿ Para la distinción entre *juramento* y *confesión*, cfr. Alcalá-Zamora, *Estampas procesales de la literatura española* (Buenos Aires, 1961), núm. 32, y *Nuevas estampas procesales de la literatura española*, en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", 1969, fasc. 2 (pp. 303-67), núms. 34 y 35.

es la evolución verificada en Francia en el sentido de una progresiva atenuación de los requisitos prescritos por el artículo 1347 del código civil para el principio de prueba escrita, que hace disminuir los límites legales de admisibilidad de la prueba testifical.⁴³

b) En segundo lugar, las reformas han aumentado sensiblemente los poderes de iniciativa del juzgador en la búsqueda de la verdad. En un tipo de proceso todavía fundamentalmente dispositivo, el instrumento de esta atribución de poderes inquisitorios al juzgador ha sido, sobre todo, la posibilidad reconocida de un contacto directo suyo con las partes, a fin de interrogarlas libremente sobre los hechos del pleito. En efecto, no cabe duda que aun cuando sea en sentido meramente *procesal* o *formal*,⁴⁴ el interrogatorio *ex officio* de las partes tiene significado y función inquisitorios, siempre que no se limite a provocar un esclarecimiento de las alegaciones de las partes mismas, sino que esté preordenado para la verificación de los hechos relevantes del pleito. En ese sentido lo han entendido, por otra parte, los principales movimientos de reforma: desde el alemán, que transformó en 1924 el interrogatorio con fines de esclarecimiento, que constituía una carga para las partes, en una verdadera y propia obligación de comparecer (*richterliche Aufklärungspflicht*) para ser interrogadas sobre todos los hechos relevantes, sancionada con las mismas penas previstas para la incomparecencia de los testigos;⁴⁵ al francés, que con la reforma de 1942 ha atribuido también al juzgador el poder de ordenar de oficio la comparecencia personal y el interrogatorio de las partes, desenvuelto sin fijación previa de las preguntas y con facultad, por parte del juzgador, en caso de incomparecencia o de negativa a responder, de “*en tirer toute conséquence de droit*” (art. 336 cód. proc. civ.)⁴⁶

c) Además de la posibilidad de contacto inmediato con las partes (obligadas de varias maneras a someterse a la *inquisición* judicial), el aumento en los poderes del juzgador se ha manifestado con la atribución de iniciativa directa para la deducción de la prueba y la adquisición de los

⁴³ Sobre la cuestión, cfr. Meurisse, *Le déclin de la preuve écrite*, en “Gazette du Palais”, 1951, 2, p. 52; Legeais, *op. cit.*, p. 118. Como consecuencia de la reforma de 1942, actualmente el artículo 336 cód. proc. civ. sanciona expresamente que la incomparecencia personal de la parte o la negativa a responder equivalen a un principio de prueba escrita, en el sentido del artículo 1347 del código civil.

⁴⁴ En tal sentido, Cappelletti, *La testimonianza della parte*, cit., I, pp. 357 y ss., quien distingue entre principio inquisitorio en sentido sustancial (que indica la abolición del vínculo del juzgador respecto de la alegación de los hechos) y principio inquisitorio en sentido procesal (que indica la abolición del poder monopolizador de las partes respecto de las iniciativas probatorias).

⁴⁵ Véanse al respecto las observaciones de Rosenberg, mencionadas por Calamandrei en la reseña *I processualisti tedeschi contro le recenti riforme del processo civile*, en “Riv. Dir. Proc. Civ.”, 1924, I, p. 366.

⁴⁶ Debbasch, *Procédure administrative*, cit., p. 377, afirma que la reforma entraña la atribución de “*pouvoirs de nature inquisitoriale*” al juzgador.

medios probatorios. Ello ha sucedido, ante todo, en los procesos civiles *especiales*, en que las finalidades sociales antes recordadas, justificaban la atribución al juzgador de una función *auxiliar* de la parte socialmente más débil. Por ejemplo: el código italiano de 1940, que acaso haya sido el menos avanzado en el cuadro de los modernos movimientos de reforma, y que sustancialmente ha mantenido las tradicionales limitaciones a los poderes del juzgador, concede al pretor y al conciliador (por tanto, en los litigios de menor valor económico) el poder de disponer de oficio la prueba testimonial, cuando en la exposición de los hechos las partes se hayan referido a personas en situación de conocer la verdad (art. 317); y en las controversias laborales individuales confiere al juzgador el poder de decretar de oficio todos los medios probatorios que estime oportunos (art. 439). Y no carece de sentido que las normas relativas a este último tipo de proceso se hayan extendido recientemente a los juicios ante las secciones especializadas agrarias (ley de 2 de marzo de 1963, núm. 320);⁴⁷ por otra parte, precisamente el proceso agrario ha sido señalado como un tipo de juicio respecto de cuyas exigencias resultarían inadecuados los esquemas del proceso de carácter puramente dispositivo,⁴⁸ y otros han aproximado el proceso agrario al laboral, bajo la común denominación de *derecho procesal social*.⁴⁹

Por lo demás, si prescindimos de esos procesos especiales, la tradicional vinculación del juzgador a las iniciativas probatorias de las partes aparece también ampliamente atenuada en los procesos ordinarios. El ejemplo más destacado en tal sentido lo suministra la reciente reforma francesa de 1958, que permite al juzgador interrogar a los testigos sobre cualquier hecho cuya prueba esté admitida por la ley, con independencia de los temas fijados en la resolución admisible del testimonio, y dispone, además, la audición de cualquier persona cuyo testimonio "*lui paraît utile à la manifestation de la vérité*" (actual art. 264 cód. proc. civ.). Orientaciones en este sentido han surgido también en los trabajos preparatorios de la reforma de la Z.P.O. alemana.⁵⁰

⁴⁷ Cfr., sobre la cuestión, Denti, *Un nuovo caso di processo inquisitorio?*, en "Riv. Dir. Proc.", 1963, p. 422.

⁴⁸ Cfr. Cappelletti, *Il problema processuale del diritto agrario alla luce delle tendenze pianificatrici delle costituzioni moderne*, en "Riv. Dir. Proc.", 1963, p. 573.

⁴⁹ Así Fix Zamudio, *Estructuración del proceso agrario*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", 11 (1961), pp. 179 y ss.

[Prosecución y desarrollo más amplio del artículo de Fix Zamudio que Denti menciona en esta nota, es el titulado *Lineamientos fundamentales del proceso social agrario en el derecho mexicano*, en la obra "Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato: Atti della Seconda Assemblea: Firenze, 30 settembre-4 ottobre 1963", volumen I (Milano, 1964), pp. 369-423.]

⁵⁰ Cfr., en efecto, cuanto se dice en *Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, herausgegeben vom Bundesjustizministerium* (Bonn, 1961), pp. 238 y ss.

d) Por último, no ha faltado siquiera la tendencia a invalidar el que sería el último baluarte de una concepción no meramente burocrática de la función jurisdiccional: el principio del contradictorio. Ello se ha verificado, sobre todo, en la actitud de la jurisprudencia de algunos países acerca de la pericia, cuya importancia siempre creciente en el proceso (debido a la necesidad de recurrir a competencias técnicas que excedan la cultura del hombre medio)⁵¹ va acompañada por la tendencia a consentir, mediante la actividad del perito, la adquisición de pruebas no aportadas directamente al proceso por las partes, en contradictorio entre ellas. Así ha sucedido en Italia, donde la jurisprudencia ha llegado a admitir la eficacia vinculativa para el juzgador de pericias desenvueltas fuera y antes del proceso,⁵² y en Francia, donde la jurisprudencia ha permitido al juzgador, en presencia de una pericia desenvuelta sin la observancia de las reglas del contradictorio, utilizar sus resultados, pese a su irregularidad, acabando por introducir "*un pouvoir d'appréciation du juge qui se rapproche de l'investigation personnelle.*"⁵³

4. Ampliación de los poderes inquisitorios del juzgador y defensa de su neutralidad: significado actual del contraste entre las dos tendencias

El cuadro trazado acerca de la evolución del derecho probatorio en los países de *civil law*, lleva a considerar no del todo infundada la conclusión a que recientemente se ha llegado en la doctrina francesa, o sea la de que se va realizando lo que es ya un dato históricamente adquirido en los ordenamientos de *comon law*: la unidad de la disciplina civil y penal de la prueba.⁵⁴ Unidad que en ciertos aspectos puede ser facilitada por la evolución contemporánea en sentido *acusatorio* (o mejor dicho, acaso, *más*

⁵¹ Sobre el hecho de que la difusión de la pericia lleve como consecuencia fatal a la *disparution du juge*, cfr. Levy-Bruhl, *La preuve*, cit., p. 117, quien combate dicha tendencia con la exacta observación de que "le juge est tout autre chose qu'un technicien: c'est un représentant de la collectivité".

⁵² Acerca de la admisibilidad de una pericia efectuada por la Ingeniería Civil antes del proceso, a fin de establecer las condiciones del inmueble en aplicación del artículo 10 de la ley de 23 de mayo de 1950, núm. 253, cfr. Casación, 9 de julio de 1960, núm. 1841, en "Massimario del Foro Italiano", 1961, col. 402. La cuestión ha sido arrancada de raíz por la decisión de la Corte Constitucional del 22 de diciembre de 1961, núm. 70, que invocando asimismo el principio del contradictorio, afirmó la ilegitimidad constitucional de la disposición citada: acerca de la cuestión, cfr. Cappellotti, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale*, en "Giurisprudenza Costituzionale", 1961, p. 1284.

⁵³ Cfr. Debbasch, *ob. cit.*, pp. 370-1.

⁵⁴ Sicard, *La preuve en justice*, cit., p. 7, quien afirma que la "unification des règles d'administration de la preuve devant les divers ordres de juridiction est-elle réalisée" y considera este hecho "une véritable révolution qui marquera dans l'histoire du droit français".

contradictorio) del proceso penal; evolución que ha alcanzado singular relieve en Francia con el reemplazo, ocurrido en 1959, del *code d'instruction criminelle* por el *code de procédure pénale*,⁵⁵ pero que es una característica de los movimientos de reforma en el campo del proceso penal de otros países también. Se ha dicho a este propósito que "la tendencia reformadora mira a un resultado que alejará cada día más el proceso penal de las características de la jurisdicción voluntaria":⁵⁶ ello conduciría, en último término, a considerar las normas probatorias particulares de las dos formas de tutela como un reflejo de la disciplina de las situaciones sustanciales objeto de los respectivos juicios (y, por tanto, como normas *sustanciales* más bien que *procesales*), mientras que la técnica probatoria en sentido propio desembocaría en la unificación, dando lugar a un *corpus* común de normas acerca de las pruebas, según el modelo anglo-americano.

En el plano teórico, la evolución en tal sentido del derecho probatorio no parece encontrar oposiciones sustanciales, puesto que la que cabría definir como la *revuelta contra el formalismo* de las reglas probatorias, y que se traduce necesariamente en proclamar la libertad de apreciación del juzgador, encuentra partidarios tanto entre los estudiosos que la invocan para permitir al juzgador la más amplia utilización de los medios de indagación acerca de los hechos ofrecidos por el progreso de las ciencias empíricas,⁵⁶ como entre los estudiosos que la consideran, en cambio, como un presupuesto para el retorno a una actividad *crítica* y no *técnica* del juzgador, fundada en la *lógica de la razón práctica* y no en las *técnicas de la razón natural*: en otros términos, para el retorno al concepto de la prueba como *argumentum*.⁵⁷ Positivismo y antipositivismo,

⁵⁵ Acerca del mismo que dista muchísimo de ser el cuerpo legal que Francia *debería haberse dado* en 1957-58, véanse los siguientes estudios míos: a) *Título preliminar y libro primero del nuevo código de procedimiento penal francés*, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 32, mayo-agosto de 1958, pp. 183-9; b) *Nuevo código francés de procedimiento penal (libros II-V)*, en boletín cit., núm. 38, mayo-agosto de 1960, pp. 101-6 y c) *Reseña de los números consagrados por la "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé" a "Le nouveau code de procédure pénale"*, en boletín cit., núm. 37, enero-abril de 1960, p. 250-5.

⁵⁶ Liebman, *Intorno ai limiti della giurisdizione volontaria*, cit., p. 281.

⁵⁷ La tesis de Liebman choca abiertamente con la posición de Camelutti al concebir el proceso penal como un fenómeno de jurisdicción voluntaria: cfr. sus *Lezioni sul processo penale*, vol. I (Roma, 1946; traducción, Buenos Aires, 1950), núm. 60, y para su crítica, mi *Prólogo* a la citada versión castellana (pp. 1-29), pp. 5-11, así como mi artículo *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso* (en "Revista de Derecho Procesal" argentina, I, 1952, pp. 212-77), pp. 229-34.

⁵⁸ Cfr., por ejemplo, Legeais, *Les règles de preuve*, cit., pp. 23 y ss. Sobre la cuestión, véanse las observaciones de Giuliani. *Il concetto di prova*, cit., p. 249, nota 49, quien observa que "la libertad de valoración de la prueba, auspiciada por los fautores de la verdad material, se liga con una actitud científica: la identificación de la prueba jurídica con el concepto de prueba elaborado por las ciencias empíricas".

⁵⁹ Cfr. Giuliani, *ob. cit.*, pp. 245 y ss.; Massa, *Contributo all'analisi del giudizio* (Milano, 1963), pp. 111 y ss. Contra esta corriente de pensamiento, véase Pisani,

racionalismo e irracionalismo, parecen, pues, coincidir en quebrantar los límites tradicionales legales de la libertad de prueba y en colocar al juzgador en el centro de la actividad probatoria, dotado de los poderes necesarios para aproximarse (*técnica o críticamente*) a los hechos del pleito.

Las reacciones a estas orientaciones parecen arrancar de premisas más bien *políticas* que teóricas o dogmáticas. La defensa de la neutralidad del juzgador se afirma, en efecto, como regla clásica del proceso civil:

a) para garantizar la libertad de las partes en la defensa de los propios intereses privados, haciéndose excepción a la regla únicamente cuando estén en juego en el proceso situaciones de carácter publicístico;⁵⁸ p

b) para garantizar la imparcialidad del juzgador, que sería puesta en duda por su intervención en la instrucción, tendencialmente llevado a hacer inclinar el juicio en la dirección misma en que se mueva su búsqueda.⁵⁹

Ni una ni otra de dichas defensas, apoyadas en una concepción sustancialmente *liberal* del proceso civil, resiste, por lo demás, el impulso de las corrientes innovadoras, a los ojos de las cuales las exigencias que se querían garantizar acaban con su aparición como expresión del conservadurismo profesional de los juristas, no muy distinto de la defensa de las posiciones económicas puramente liberalistas, frente a la moderna economía programada.⁶⁰ En realidad, la presencia siempre más vasta de intereses públicos en las controversias civiles, junto con la difusión de procedimientos especiales sustraídos a las normas del proceso ordinario, restringe de día en día el espacio reservado al interés privado y acaba, por

Intorno alla prova come argomentazione retorica, en "Riv. Dir. Civ.", 1959, I, pp. 458 y ss.; Andrioli, *Volontà e giudizio nel processo civile*, en "Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova", I, 1962, p. 120.

⁵⁸ Cfr. Solus, por ejemplo, *Le rôle du juge dans l'administration de la preuve*, en "Travaux de l'Association Henri Capitant", V (Paris, 1950), p. 128; Motulsky, *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allegation des faits*, en "Etudes de droit contemporain", II (Paris, 1959), p. 354; Vienne, *Le rôle du juge dans la direction du procès civil*, en "Etudes de droit contemporain. Contributions françaises au VI Congrès international de droit comparé" (Paris, 1962), p. 326.

⁵⁹ Como ya indiqué a propósito de *teorético* (*supra*, nota b), tampoco *publicístico* es adjetivo reconocido por la Academia Española de la Lengua, pese a lo cual me valgo de él, por fidelidad al pensamiento del autor.

⁶⁰ Cfr. a este propósito las observaciones de Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, en "Riv. Dir. Proc.", 1960, p. 560.

⁶⁰ Véanse, por ejemplo, las críticas de Pochon, *Procédure dirigée?*, en "Recueil Dalloz, Chronique", 1961, p. 75, a las recientes reformas francesas. La dificultad de conciliar la concepción tradicional del proceso civil con el *dirigismo* moderno, aparece también en lo que escribe Van Reepinghen, *Le rôle du juge dans le procès civil*, en "Rapports belges au VI Congrès international de droit comparé" (Bruxelles, 1962), p. 197.

tanto, en hacer prevalecer la excepción sobre la regla, en la determinación de los poderes probatorios del juzgador.⁶¹ Por otra parte, la imparcialidad del órgano judicial semeja más bien un problema de técnica interna del proceso, desde el momento en que se la considera salvaguardada por la atribución de poderes inquisitorios a otro órgano estatal: el ministerio público.⁶² Esta solución, acogida por el código italiano de 1940, contempla, por lo demás, el problema sólo *a parte iudicis* (y, por tanto, en el plano de la incompatibilidad psicológica entre juzgador y parte),⁶³ mientras olvida las consecuencias del mismo desde el punto de vista de las partes privadas, a las que la actividad procesal del ministerio público sustrae, sin embargo, siempre el monopolio de la instrucción probatoria.^r

Puesto en el trance de dar un juicio global acerca de estas tendencias evolutivas (y remitiendo al final del presente estudio las consideraciones que en el plano comparativo emanen de ellas), parece poderse afirmar que en los países de *civil law* la decadencia de la técnica procesal basada en la iniciativa autónoma de las partes —a tenor de la cual, la prueba debería ser, según una feliz expresión, *l'oeuvre des parties réalisée contradictoirement*—,⁶³ no es sólo el reflejo de la *publicización* del derecho privado,^s sino también la consecuencia de una situación político-social que tiene entre sus componentes, por un lado, el *status* burocrático de los juzgadores (con todos los fenómenos conexos) y, por otro, la creciente tendencia de los particulares a fiarse en el paternalismo estatal. Se ha observado, justamente, que “todo paso realizado en la dirección de la publicización del proceso... es valorado con el metro de la oportunidad,

⁶¹ Sobre el problema de la ampliación de los poderes probatorios del juzgador en los procesos dominados por la *Untersuchungsmaxime*, véase últimamente para el derecho alemán, Peters, *Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozess* (Köln und Berlin, 1962), pp. 72 y ss.

⁶² Así, en efecto, Liebman, *Fundamento del principio dispositivo*, cit., p. 559. En el mismo sentido, cfr. Addario, *Inquisitorio (principio)*, en “Novissimo Digesto Italiano”, VIII (Torino, 1962), p. 717.

⁶³ Acerca de la misma y de las manifestaciones de tránsito o enlace entre ambas figuras, véase mi trabajo *El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas*, en “Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei” vol. II (Padova, 1958), pp. 1-78.

^r Téngase en cuenta que en materia procesal civil, el ministerio público tiene en los ordenamientos hispánicos más restringida intervención que en Italia o en Francia.

^s Legeais, *Les règles de la preuve*, cit., p. 16.

* Nos valemos del término *publicización* —por supuesto, sin entrada tampoco en el *Diccionario* de la Academia Española (*supra*, notas *b* y *p*)— para traducir el vocablo *publicizzazione* empleado por el autor (véase también p. 59 de la “*Riv. Dir. Proc.*” en que aparece su artículo, o p. 31 del sobretiro, línea 1^a en ambas). El fenómeno a que Denti se refiere aquí, si bien se intensifica en el último medio siglo, arranca de antes: véase, por ejemplo, el capítulo íntegro (pp. 37-66) que Ripert consagra a glosar la frase de Portalis en la exposición de motivos del código civil napoleónico de 1804: “*Tout devient droit public*”, en su libro *Le déclin du droit: Études sur la législation contemporaine* (Paris, 1949): reseña mía, en “*Bol. Inst. Der. Comp. Méx.*”, cit., núm. 7, enero-abril de 1950, pp. 189-92.

metro que ha de tener en cuenta la situación ética, política y cultural de la sociedad y, especialmente, de la magistratura,^t en un determinado país y en cierto momento histórico".⁶⁴

En la situación actual de los países de *civil law*, las resistencias a la transformación en sentido inquisitorio del proceso civil (resistencias que se han producido no sólo en la fase de las reformas legislativas, sino también en la de su realización),⁶⁵ aparecen tanto más válidas cuanto más constituyen la expresión no de un mero conservadurismo, sino de la perdurante confianza en una concepción *dialéctica* del proceso: ⁶⁶ si sucediese de otro modo, no se comprendería por qué, paralelamente a la evolución del proceso civil en sentido *inquisitorio*, se esté verificando la del proceso penal en sentido *acusatorio*. Desde este punto de vista, la regla del *Verhandlungsprinzip* —en contra de lo que se ha entendido— parece tener una función no sólo *instrumental* y no semeja susceptible, por tanto, de ser manipulada a placer mientras permanezca intacto el principio dispositivo *en sentido sustancial*: ella corresponde, en efecto, a una determinada concepción del proceso como técnica de relaciones sociales, que tiene en el contradictorio de las partes su bisagra esencial.

En un mundo en transformación, pero todavía aferrado a los principios de la democracia política, como el de los países del *civil law*, también las concepciones del proceso adolecen de la no clara visión del modo como las ideologías sociales (y, por tanto, asimismo la siempre menor *neutralidad* de la propia sociedad hacia el accertamiento judicial del hecho) puedan conciliarse con la estructura todavía esencialmente *liberal* del proceso civil. En todo caso, es evidente que presentar las reformas como simples innovaciones *técnicas*, neutrales respecto de los escogimientos

^t En la acepción amplia de cuerpo de juzgadores (judicatura) y no en la de conjunto de magistrados *stricto sensu* (es decir, de funcionarios jurisdiccionales adscritos a órganos colegiados), dentro del sentido español de tales vocablos: cfr. Alcalá-Zamora, *Aciertos terminológicos*, cit., pp. indicadas en la nota c.

⁶⁴ Cappelletti, *La testimonianza della parte*, cit., I, p. 373, nota 9.

⁶⁵ Véase, por ejemplo, para las reformas francesas de 1958, Motulsky, *ob. cit.*, p. 375, y para las reformas italianas de 1950, Calamandrei, *Processo e democrazia* (Padova, 1954), pp. 134 y ss.

[*Proceso y democracia*, es decir, la inolvidable serie de conferencias dictada en México por Calamandrei en febrero de 1952, está traducida al castellano por Fix Zamudio como volumen 33 de la colección "Breviarios de Derecho" (Buenos Aires, 1960).]

⁶⁶ Léanse al respecto las páginas de Calamandrei, *ob. cit.*, pp. 121 y ss. Señalemos, por otra parte, que un estudioso muy equilibrado y de gran experiencia histórica, como Levy-Bruhl, *La preuve judiciaire*, cit., p. 54, considera que se realizaría un progreso sensible en la administración de justicia si el proceso cesase de ser "un duel entre deux adversaires", para convertirse en "un problème à résoudre grâce à la collaboration des intéressés et du magistrat".

[Las páginas 121 y siguientes del texto italiano de *Processo e democrazia*, se corresponden con las 147 y siguientes de la traducción española antes citada.]

de política legislativa,⁶⁷ significa ignorar la verdadera faz de los problemas: el principio dispositivo procesal es una *técnica*, del mismo modo que es una *técnica* el método parlamentario, ya que ambos expresan valores en que se puede o no tener fe, pero que vienen necesariamente tomados en cuenta cuando se propugna su reforma.

5. Evolución del derecho probatorio en los países de common law: principales direcciones

En los países de *common law* —en que, como es sabido, el *law of evidence* fue históricamente una formación jurisprudencial—, los movimientos de reforma han obrado en el sentido de llevar a cabo o de auspiciar intervenciones legislativas de contenido cada vez más vasto y no limitado al carácter puramente *ancillary* de las normas probatorias contenidas en los *statutes* respecto de los derechos sustanciales regulados en ellos.⁶⁸

El proceso civil se caracteriza sustancialmente en los países de *common law*, en cuanto a los aspectos que aquí interesan: a) por la presencia del jurado, el cual, según los juristas angloamericanos, determinó la formación misma de las normas probatorias como *normas de exclusión*, que tienen por objeto seleccionar el material probatorio ofrecido a la valoración de los jurados;⁶⁹ b) por el carácter fundamentalmente contradictorio de la indagación sobre los hechos (*adversary system*), que se deja al libre juego procesal de las partes, y c) por la preponderancia de la prueba oral sobre la escrita, acompañada por el principio de que *prueba válida es, sobre todo, la testimonial rendida oralmente ante el juzgador (viva voce in open court)* por las partes o por terceros y sujeta a la criba de la *cross-examination*. No creo, en cambio, que deba computarse entre las características del sistema probatorio de *common law*, en contraste con el de *civil law*, la libertad de valoración de la prueba,⁷⁰ al menos en el sentido en que es entendida por los juristas europeos, o sea como *libre convencimiento* (o *intime conviction*) del juzgador.⁷¹ En efecto, las inadmisibilidades que derivan de las *rules of exclusion*, no sólo restringen consi-

⁶⁷ Este modo de pensar está presente, sobre todo, en el trabajo de Carnacini, *Tutela giurisdizionale*, cit., pp. 759 y ss.

⁶⁸ Cfr. sobre este punto, Nokes, *An Introduction to Evidence*, 2ª ed. (London, 1956), p. 28.

⁶⁹ He recordado ya (*supra*, nota 13) que esta conexión histórica de las *rules of exclusion* con la institución del jurado es, en parte, negada por Giuliani (*ob. y lug. allí cit.*), con referencia a experiencias, cual la del derecho escocés, que no ha conocido el *jury trial*. De manera específica sobre la cuestión, cfr. Nokes, *The English Jury and the Law of Evidence*, en "Tulane Law Review", 31 (1956-57), p. 153.

⁷⁰ Así, en cambio, Giuliani, *Problemi metodologici*, cit., p. 653.

⁷¹ Acerca de la *sana crítica* como sistema de valoración probatoria peculiar de los ordenamientos procesales hispánicos y, por tanto, distinto a la vez del de la prueba legal y del de libre convencimiento, véanse los siguientes trabajos y la literatura citada

derablemente la libertad de apreciación (*law of evidence* tiene, por otra parte, un significado muy próximo al de *prueba legal*),⁷¹ sino que el vínculo con los resultados de las pruebas puede aparecer en ciertos aspectos más intenso del que es propio de los sistemas probatorios de *civil law*.⁷²

En vista de ello, resulta indudable que todas esas características del *common law* relativas al derecho probatorio, han experimentado en tiempos recientes cambios notables, hasta el punto de atenuar de modo sensible las divergencias de dicho sistema respecto de los ordenamientos de *civil law*. Como es natural, tomo en cuenta la evolución más reciente y prescindo de las reformas parciales aportadas al derecho probatorio en el siglo pasado, bajo la influencia del pensamiento de Bentham, sobre todo en orden al testimonio de las partes y de otros sujetos interesados.⁷³ De entre los dos mayores ordenamientos de *common law* —a saber: el inglés y el norteamericano—, el primero ha conocido las más destacadas reformas legislativas, mientras que el segundo se caracteriza por el movimiento de ideas más intenso, en cuanto las corrientes mayores del pensamiento jurídico en la primera mitad del siglo (sobre todo, el realismo) han influido también sobre la teoría de las pruebas.

Hechas estas consideraciones generales, el movimiento evolutivo puede delinarse así:

a) Ante todo, la estrecha conexión del *law of evidence* con la presencia del jurado en el proceso, se ha ido progresivamente atenuando, tanto porque en Inglaterra el propio jurado ha desaparecido casi por completo en los pleitos civiles,⁷⁴ como porque también en Estados Unidos, donde la

en ellos: Couture, *Las "reglas de la sana crítica" en la apreciación de la prueba testimonial* (Montevideo, 1941, y en sus "Estudios de Derecho Procesal Civil", tomo II —Buenos Aires, 1949—, pp. 179-227); Alcalá-Zamora, *Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba* (en "La Rev. Der., Jurisp. y Admón.", de Montevideo, cit., febrero de 1945, pp. 33-42, y luego en mis "Est. Der. Probat.", cit., pp. 29-52); Idem, *A propósito de libre convicción y sana crítica* (en "Revista Jurídica de Córdoba", Argentina, octubre-diciembre de 1948, pp. 513-22, y en "Est. Der. Probat.", cit., pp. 79-89), y Pina, *En torno a la sana crítica* (en "Anales de Jurisprudencia", abril-junio de 1948, pp. 565-76, y después en "Derecho Procesal (Temas)", 2ª ed. —México, 1951—, pp. 137-48). Una muy sucinta referencia a la *sana crítica*, en la que para nada se toma en cuenta la literatura específica que acabamos de mencionar y sí únicamente un simple señalamiento de Prieto Castro (quien apenas si roza el asunto), hallamos en Nagel, *Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess: Eine rechtsvergleichende Studie* (Baden-Baden, 1967), p. 74 (reseña mía, en el próximo número, el 7 —enero-abril de 1970—, de este "Boletín").

⁷¹ Sobre la cuestión, cfr. las observaciones de Radbruch, *Lo spirito del diritto inglese*, traducción italiana (Milano, 1962), p. 35.

⁷² Véanse, en efecto, las observaciones de Sereni, *Aspetti del processo civile*, cit., p. 14.

⁷³ Cfr. al respecto la amplia información de Cappelletti, *La testimonianza della parte*, cit., II, pp. 431 y ss. (para Inglaterra) y pp. 454 y ss. (para Estados Unidos).

⁷⁴ Se afirma, por otra parte, que si hoy en día es también normal que el juzgador togado proceda al accertamiento de los hechos, que fue un día el cometido del jurado.

institución parece todavía profundamente arraigada, la difusión de los procedimientos administrativos ha generalizado un tipo de proceso sustraído a las normas probatorias comunes. Más aún: no son pocos quienes miran el procedimiento de las *administrative agencies* como un modelo en que debería inspirarse la regulación de los juicios ordinarios civiles,⁷⁵ precisamente por hallarse desvinculado del formalismo restrictivo de las *exclusionary rules*.

Por otra parte, la crítica de la institución del jurado como elemento que hace imprevisible el accertamiento procesal de los hechos, ha sido uno de los temas fundamentales del realismo norteamericano en el campo de las auspiciadas reformas procesales: cuando no se ha propuesto sin rodeos su abolición, se ha pedido una mejor selección de los jurados, de acuerdo con específicas competencias técnicas y, por tanto, el abandono de las *rules of exclusion*, precisamente como expresión de desconfianza en la obra del jurado.⁷⁶ Por lo demás, fuera de esta corriente de pensamiento, también todas las orientaciones en el sentido de una mayor *racionalización* de las reglas probatorias, inspirada en una concepción técnica y científica de la indagación sobre los hechos, han manifestado una actitud crítica en contra del jurado, cuya defensa parece hoy en día predominantemente política, por parte de quien lo considere como "*an integral part of the freedom of mankind*".⁷⁷

b) En segundo lugar, el tradicional *adversary system of litigation* tiende

lo efectúa del mismo modo que lo haría éste: así, Hamson, *Civil Procedure in France and England*, en "The Cambridge Law Journal", 10 (1950), p. 416. La afirmación ha de ser acogida con cierta reserva, porque la ausencia del jurado influye sensiblemente en la aplicación de las *exclusionary rules*.

[Según el Lord Justice Diplock, el 98% de los litigios civiles se sustancian en Inglaterra sin intervención del jurado: véase su artículo *La procédure civile en Angleterre*, en "Revue de Droit International et de Droit Comparé" (Bruxelles), 1964, núm. 4 (pp. 189-202), p. 197. En el mismo sentido, poco antes, Megarry, *Lawyer and litigant in England* (London, 1962), p. 5. (Reseñas mías de los mencionados trabajos, en este "Boletín", núm. 53, mayo-agosto de 1965, pp. 647-8 y 560-5, respectivamente)].

⁷⁵ Cfr. Davis, *Evidence Reform: The Administrative Process Leads the Way*, en "Minnesota Law Review", 34 (1950), p. 581.

⁷⁶ Véanse sobre el punto los informes de Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 197. Una exposición compendiosa del pensamiento de los juristas norteamericanos sobre el jurado y sus reformas, se encuentra en el reciente libro de Joiner, *Civil Justice and the Jury* (Englewood Cliffs, N. J., 1962).

[Una crítica verdaderamente demoledora del jurado norteamericano, puede verse en el artículo de Jerome N. Frank, *La giuria ed il mito del giudice disumano*, versión italiana tomada del volumen "Law and the Modern Mind", en "Jus", 1956, pp. 344-54 (reseña mía, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", cit., núm. 30, septiembrediciembre de 1957, pp. 298-9).]

⁷⁷ Así, la reseña de la citada obra de Joiner, en "Iowa Law Review", 48 (1963), p. 1088. Añadiremos que la presencia del jurado en los procesos civiles constituye en los Estados Unidos una garantía constitucional (enmienda VII), si bien sólo en la justicia federal, y, por tanto, su supresión presenta problemas muy diversos de los suscitados en Inglaterra, en ausencia de normas constitucionales rígidas.

a modificarse, sustrayendo a las partes algo de su monopolio sobre la adquisición de las pruebas: así se ha verificado, sobre todo, con la evolución del principio de la *judicial notice* y de la regla del *expert testimony*.

La doctrina de la *judicial notice* (que encuentra correspondencia parcial con la de la *notoriedad* en los sistemas de *civil law*,^v pero que se extiende también al conocimiento de normas jurídicas) permitía tradicionalmente al juzgador adquirir como fuentes de prueba hechos de conocimiento común, con independencia de la actividad de las partes. En la evolución más reciente, se tiende a desplazar la base de la *judicial notice* desde los hechos de conocimiento común a los "*capable of certain verification*" y a considerarla como el medio para adquirir, con destino al proceso, los datos ofrecidos por los nuevos conocimientos científicos.⁷⁸

Todavía más importante es la evolución que se está verificando a propósito del *expert testimony*, que constituye uno de los puntos de mayor divergencia entre el sistema probatorio de *common law* y el de *civil law*, puesto que el *expert witness* no es sino un testigo de parte, y su aportación al proceso, del conocimiento y de la valoración técnica de los hechos, tiene lugar en el ámbito del típico método contradictorio o *dispositivo* de adquisición de las pruebas. Ahora bien: el movimiento de reforma, singularmente vivo en Estados Unidos en los últimos decenios, tiende a sustraer a las partes privadas la disponibilidad de la prueba pericial, para hacerla proceder de un encargo judicial.⁷⁹ En tal sentido se han pronunciado los proyectos de reforma, desde el "*Model Expert Testimony Act*" (elaborado por los *Commissioners on Uniform State Laws* en 1937, como "*Uniform Act*", y vuelto a proponer como "*Model Act*" en 1943), el cual ha tenido alguna limitada realización legislativa y se ha trasfundido sustancialmente en el "*Model Code of Evidence*" (aprobado por el *American Law Institute* en 1942); hasta las "*Uniform Rules of Evidence*" (elaboradas por los *Commissioners on Uniform State Laws* en 1953). Algún sector de la prueba pericial, como el médico, ha progresado más decididamente en este sentido, con la creación, por iniciativa de los tribunales, de listas de expertos, entre los que viene designado el perito por el juzgador.⁸⁰ Se reco-

^v Véanse en el derecho mexicano los artículos 286 cód. proc. civ. distrital y 88 del federal, así como sus concordantes en los códigos de las entidades federativas.

⁷⁸ Sobre la cuestión, cfr. Mc Cormick, *Judicial Notice*, en "*Vanderbildt Law Review*", 5 (1952), p. 296 y especialmente 323 y ss; Morgan, *Judicial Notice*, en "*Some Problems of Proof under the Anglo-american system of litigation*" (New York, 1956), pp. 36 y ss; Davis, *Judicial Notice*, en "*Columbia Law Review*", 55 (1955), p. 945. Acerca de las propuestas de reformas legislativas en cuestión, cfr. Hartwig, *Congressional Enactment of Uniform Judicial Notice Act.*, en "*Michigan Law Review*", 40 (1941), p. 174.

⁷⁹ Acerca de la evolución histórica del *expert testimony*, véase Ladd, *Expert Testimony*, en "*Vanderbildt Law Review*", 5 (1952), pp. 414 y ss.

⁸⁰ Sobre la cuestión, cfr. "*Impartial Medical Testimony. A Report by a Special Committee of the Association of the Bar of the City of New York on the Medical Expert Testimony Project*" (New York, 1956), y Broderick, *The Physician as Expert Witness*, en "*Notre Dame Lawyer*", 34 (1959), p. 181.

noce abiertamente que de este modo se eliminan (o se atenúan fuertemente) los *adversary aspects* de la prueba pericial según el *law of evidence*, pero se estima que ello es esencial para una adquisición más objetiva de la prueba misma con destino al proceso.⁸¹

c) En fin, también la preponderancia de la prueba oral se ha atenuado sensiblemente en las reformas recientes. En Inglaterra, la *Evidence Act* de 1938 ha ampliado notablemente los límites de admisibilidad de la prueba documental, permitiendo la presentación^w de documentos en mayor número de casos que los previstos antes como excepción a la *hearsay rule*, sin requerir la deposición oral del autor de la declaración documentada.⁸² En Estados Unidos, numerosas normas recientes (singularmente el *Civil Practice Act* de Nueva York, que constituye actualmente, con las *Federal Rules of Civil Procedure*, el ejemplo más avanzado de legislación procesal) han facilitado notablemente la prueba de la autenticidad de los documentos.⁸³ Así, pues, también aquí la acusada divergencia respecto de los sistemas de *civil law* se va reduciendo gradualmente, debiéndose destacar, sin embargo, que la oralidad característica del proceso de *common law* asegura necesariamente a la prueba no documental un papel todavía preeminente.

6. El movimiento para la reforma del *law of evidence* en el mundo norteamericano

Se ha observado ya cómo el mundo jurídico norteamericano demostró en los últimos decenios un interés vivísimo por los problemas de la reforma del *law of evidence*: ello constituye, por otra parte, un aspecto del notable nivel alcanzado por los estudios sobre la prueba en la doctrina jurídica de dicho país, llevada a rechazar siempre más decisivamente el arcaico sistema probatorio del *common law*. Las razones por las que este movimiento de reforma no ha conseguido hasta ahora, en el terreno legislativo, resultados adecuados a su importancia, se ligan, en parte, con la propia estructura constitucional estadounidense, que no ha permitido, ni siquiera para la justicia federal, llegar en materia de derecho probatorio a la

⁸¹ Cfr. sobre la cuestión, Ladd, *Expert Testimony*, cit., pp. 430 y ss.

^w Por motivos que enuncio en la página XXXII de la *Advertencia del Traductor*, cit., a la versión castellana de "La Prova Civile" de Camelutti, *produzione* (de pruebas) ha sido trasladado a nuestro idioma por *presentación*.

⁸² Cfr. sobre la *Evidence Act* inglesa la información de De Rossi, *Rassegna*, cit., pp. 183 y ss., y la de Nokcs, *An Introduction to Evidence*, cit., pp. 311 y ss.

⁸³ Cfr. sobre la cuestión, Richardson, *The Law of Evidence*, 8ª ed. (Brooklyn-New York, 1955), pp. 589 y ss. y Levin, *Authentication and Content of Writings*, en "Rutgers Law Review", 10 (1956), p. 632.

radical modernización de las estructuras procesales que significó en 1938 la adopción de las *Federal Rules of Civil Procedure*.⁸⁴

Se trata, en efecto, de superar las dificultades insitas, por un lado, en la limitación de los poderes normativos de la Corte Suprema a la disciplina procesal tan sólo y, por otro, en las restricciones constitucionales impuestas por el principio enunciado por la propia Corte en el caso *Erie RR. vs. Tompkins*, en virtud del cual no se podría de cualquier modo —siempre que los tribunales federales sean competentes por diversidad de ciudadanía— sustrair al derecho de los estados federados las normas probatorias cuya aplicación sea idónea para influir en el resultado del pleito.⁸⁵ Por lo demás, estas dificultades no las consideran insuperables los estudiosos norteamericanos, quienes oponen a la primera la afirmación de la naturaleza procesal de las normas probatorias, que deberían, por tanto, ser totalmente reconducidas a la competencia federal,⁸⁶ y la segunda, el predominio, en la reforma del derecho probatorio, de “*counter-vailing policy considerations*”, inspiradas en el interés público por un *fair trial* y por la correcta búsqueda de la verdad en el proceso, y de tal índole que permitirían en todo caso superar las limitaciones constitucionales de la *Erie doctrine*.⁸⁷

Se auspicia así la adopción de las “*Federal Evidence Rules*”, de cuya promulgación podría resultar, en todo el país, el mismo impulso innovador que han tenido las *Federal Rules* de 1938: ⁸⁸ el modelo que se mira a tal fin son las recientes “*Uniform Rules of Evidence*”,⁸⁹ las cuales, por su cuenta, continúan siendo objeto de atención y de reelaboración en un ambiente más maduro para tan radicales innovaciones que el que acogió el *Model Code* en 1942.⁹⁰ Si, pues, ya en la época de la elaboración del *Model Code* se consideró imposible llegar a un *Restatement* * del derecho

⁸⁴ Es sabido que las *Federal Rules* (que han experimentado después varias revisiones) emanaron de la Corte Suprema a consecuencia de autorización del Congreso, con la *Enabling Act* de 1938 (28 U.S.C. § 2072).

⁸⁵ Para una ilustración de estos problemas, cfr. Denti, *Intorno alla relatività della distinzione fra norme sostanziali e norme processuali*, en “*Riv. Dir. Proc.*”, 1964, pp. 64 y ss.

⁸⁶ En tal sentido, Degnan, *The Law of Federal Evidence Reform*, en “*Harvard Law Review*”, 76 (1962), p. 275.

⁸⁷ Así, Ladd, *Uniform Evidence Rules in the Federal Courts*, en “*Virginia Law Review*”, 49 (1963), p. 692.

⁸⁸ Sobre la importancia de las *Federal Rules*, cuya entrada en vigor significó “el fin de la edad de la inocencia para los problemas del proceso”, cfr. Hazard, *Research in Civil Procedure* (New York, 1963), p. 4.

⁸⁹ Cfr. el “*Preliminary Report on Federal Evidence Rules*” del Special Committee on Evidence of the Judicial Conference, en F.R.D., 30 (1963), p. 73.

⁹⁰ Véanse sobre el tema las importantes colecciones de estudios “*A Symposium on Minnesota and the Uniform Rules of Evidence*”, en “*Minnesota Law Review*”, 40 (1956), p. 297, 483, y “*The Rutgers University Symposium on the Uniform Rules of Evidence*”, en “*Rutgers Law Review*”, 10 (1956), pp. 479, 646.

* Acerca del mismo, véase el artículo de William Draper Lewis, *La obra del Instituto Norteamericano de Derecho* (en “*Rev. Esc. Nac. Jurisp.*”, cit., núm. 37, enero-

probatorio (como se hizo para otras materias también procesales), frente a la exigencia de romper decisivamente con el *law of evidence* tradicional,⁹¹ actualmente las posiciones de los estudiosos son todavía más avanzadas, y todas las reglas tradicionales del *common law* están sometidas a acusación: la *hearsay rule*, la *opinion rule*, los diversos *privileges*, etcétera.

Las principales direcciones en que se mueve el pensamiento reformador norteamericano, parecen ser las siguientes:

a) Ante todo, la misma naturaleza de normas *de exclusión*, propia de las reglas del *law of evidence*, es objeto de críticas, y se estima que el principio racional debe ser el de la libre admisibilidad de la prueba, sin perjuicio de la valoración de sus resultados por parte del juzgador, a base de criterios objetivos, conservándose la limitación de la indagación tan sólo donde estén en juego razones de *policy* social para la protección de intereses determinados.⁹²

b) En segundo lugar, se auspicia que en la valoración de los resultados de la prueba se haga aplicación de los modernos criterios científicos, los cuales han encontrado adhesión en otras ciencias sociales.⁹³ En particular, reclama la atención de los estudiosos el empleo de la lógica de las probabilidades,⁹⁴ de los métodos de la moderna psicología⁹⁵ y de la teoría de la comunicación:⁹⁶ en general, de cualquier método de investigación que sirva para *racionalizar* la indagación judicial en torno a los hechos. Y no falta siquiera el interés por los aspectos de la técnica probatoria que ponen en juego la posición *social* de la parte respecto de los hechos a probar, cuando las limitaciones a la libertad de la prueba puedan favorecer

marzo de 1948, pp. 283-90), así como la *Nota del Traductor* por mí redactada y que figura a su frente.

⁹¹ Léase cuanto ha escrito a propósito Morgan en la introducción al *Model Code of Evidence* del "American Law Institute" (1942), allí donde advierte (p. 13) que el derecho probatorio se encuentra actualmente en el punto en que se hallaba el derecho de la *form of actions* o de los *pleadings* en la primera mitad del siglo XIX.

⁹² Véanse en tal sentido las conclusiones del ya citado trabajo de Loevinger, *Facts, Evidence and Legal Proof*, p. 439. Cfr. también Ladd, *The Relationship of the Exclusionary Rules to the Problem of Proof*, en "Minnesota Law Review", 18 (1954), p. 506.

⁹³ Esta aplicación de los métodos científicos a los problemas jurídicos está auspiciada sobre todo por la corriente de pensamiento que se acoge bajo el nombre comprensivo de *Jurimetrics*. En torno a ella, y para un panorama de sus aplicaciones en los diversos campos (comportamentística, cibernética y empleo de calculadores electrónicos, lógica y lógica matemática aplicada al razonamiento judicial, etcétera), véase el reciente fascículo de "Law and Contemporary Problems", 28 (1963), pp. 1 y ss.

⁹⁴ Véase, por ejemplo, el escrito de Ball, *The Moment of Truth: Probability Theory and Standard of Proof*, en "Vanderbilt Law Review", 14 (1961), p. 807.

⁹⁵ Cfr., por ejemplo, Marshall, *Evidence, Psychology and the Trial: Some Challenges to Law*, en "Columbia Law Review", 63 (1963), p. 197.

⁹⁶ Cfr. Clearv, *Evidence as a Problem in Communicating*, en "Vanderbilt Law Review", 5 (1952), p. 277.

la conservación del estado de hecho existente y reforzar los privilegios económicos.⁹⁷

c) En fin, la tendencia a racionalizar el procedimiento probatorio va acompañada por la ya señalada de atenuar el tradicional *adversary system* y de acentuar los poderes de comprobación y de dirección del juzgador sobre la marcha del *trial*.⁹⁸

El cuadro de conjunto que se desprende de este vasto movimiento de reforma, presenta indudablemente notable afinidad con la evolución coetánea del derecho probatorio en los países de *civil law*; pero como antes subrayamos (*supra*, § 1, *sub b*), no se debe olvidar el terreno político, social e institucional tan diverso en que las auspiciadas reformas están destinadas a obrar. Un examen comparativo no puede, en efecto, contentarse con aproximaciones “en términos normativos”, sino que ha de valorar “las diferencias entre los diversos sistemas, los cuales yacen bajo la superficie de las normas positivas” y que determinan de manera relevante la interpretación y la aplicación de tales normas.⁹⁹

7. Concepción de la actividad judicial probatoria en los sistemas socialistas

Al examinar la evolución del derecho probatorio en los países socialistas, ha de tenerse presente, ante todo, que cuando en ellos se habla de “proceso civil” se designa un aspecto de la actividad jurisdiccional que tiene confines más limitados de los que le son propios en el mundo occidental. En efecto, un vasto sector de las controversias mercantiles (precisamente el relativo a las empresas estatales, las cooperativas y, en general, las organizaciones económicas públicas) está sustraído a los juzgadores civiles y se demanda ante órganos arbitrales estatales o bien ante órganos de jurisdicción especial, los cuales no están totalmente sujetos a las reglas de los

⁹⁷ Cfr. sobre la cuestión las indicaciones de Lœvinger, *ob. cit.*, pp. 437 y ss., quien observa, por otra parte, que en los procesos penales la situación puede resultar al revés, porque las *exclusionary rules* sirven a veces para reforzar la defensa de las libertades personales. El análisis de los reflejos sociales de las normas de exclusión, remonta a Bentham, *Teoria delle prove giudiziali*, traducción italiana, III (Bergamo, 1824), pp. 5 y ss.

[El *Tratado de las pruebas judiciales* de Bentham fue traducido al castellano, primero por Anduaga (Madrid, 1843, cuatro tomos, con comentarios) y luego por Bravo (Madrid, 1847, un tomo).]

⁹⁸ Cfr. al respecto las observaciones de Morgan en la citada introducción al *Model Code*, pp. 13 y ss. y últimamente sobre la tendencia general a ampliar los poderes discrecionales del juzgador en la conducción del proceso, Hazard, *Research in Civil Procedure*, cit., p. 91.

⁹⁹ Cfr. acerca de este aspecto del *factual method*, Schlesinger, *Il “nucleo comune” dei vari sistemi giuridici: un nuovo campo di studi comparativi all'orizzonte*, en “Riv. Dir. Civ.”, 1963, p. 17.

procesos ordinarios.¹⁰⁰ Por otra parte, todo ello no es sino un aspecto de la publicización del derecho privado, que es la característica más saliente de los ordenamientos socialistas, los cuales, a este propósito (y, por tanto, también con referencia al proceso civil) no han hecho sino llevar hasta sus últimas consecuencias las premisas teóricas del socialismo europeo.

Por otra parte, aquí interesan tan sólo los movimientos más recientes de reforma del derecho probatorio,¹⁰¹ o sea la evolución experimentada por el mismo cuando el derecho soviético abandonó la estaticidad peculiar de los primeros decenios de su actuación histórica y, sobre todo, cuando, por un lado, en la Rusia soviética se ha implantado una nueva legislación procesal que representa, en muchos aspectos, un retorno a los principios *occidentales* y, por otro, en los países del este europeo se ha modificado, en aras de las nuevas orientaciones políticas de la posguerra, la legislación procesal precedente, iniciándose o realizándose reformas profundas, que se encuentran más próximas de la primera etapa del derecho soviético que de la actual. La razón de ello estriba en el distinto grado de desenvolvimiento en sentido socialista de los respectivos regímenes: mientras en Rusia, tras el XXº Congreso, se asiste a una relativa consolidación de las estructuras económicas y sociales¹⁰² y, por tanto, se atenúa la función activa del juzgador, como cooperador en el proceso revolucionario mismo (y, en consecuencia, el juicio tiende a recuperar su papel de realización de las normas preexistentes),¹⁰³ en los demás países del este europeo la fase de

¹⁰⁰ Existen órganos arbitrales de Estado en Rusia y comisiones arbitrales de Estado en Polonia: cfr., para Rusia, Scheuerle, *L'arbitrato statale sovietico*, en "Anuario di Diritto Comparato", XXVI (1950), p. 13. El procedimiento ante los órganos arbitrales en la U.R.S.S., ha sido nuevamente regulado de modo completo en 1963: cfr. acerca del tema, la reseña en "Sovetskaia iustitsiia", 1963, núm. 16, traducida en "Soviet Law and Government", 1963-64, II, 3, p. 57, con el título de *The New Rules for Consideration of Economic Disputes by State Arbitration Agencies*. La autonomía de Yugoslavia se manifiesta también en este campo, puesto que el procedimiento ante los tribunales económicos está regulado en el reciente código de procedimiento civil de 1957 (arts. 454 y ss.), con renvío a las normas del proceso ordinario, salvo algunas disposiciones especiales.

¹⁰¹ Para una exposición sintética de la historia de las leyes procesales en Rusia y en los otros países del este europeo desde el siglo XIX al XX, cfr. Gwiazdomorski y Cieslak, *La preuve judiciaire dans les pays socialistes à l'époque contemporaine*, en "Recueil de la Société Jean Bodin", tomo XIX, "La preuve" (Bruxelles, 1963), pp. 50 y ss. del sobretiro; Hazard y Shapiro, *The Soviet Legal System* (New York, 1962), pp. 111 y ss.; Franchi, *Appunti sul processo di cognizione sovietico*, pp. 241 y ss.

[En breve aparecerá, en edición del "Instituto de Investigaciones Jurídicas de México", la traducción, realizada por Luban, del *Sowietskoie Grazdanskoe Protzesnalnoie Pravo* (Moskva, 1964) dirigido por Gurvich y que llevará el título de *Derecho procesal civil soviético*.]

¹⁰² Cfr. sobre la cuestión, Ginsburg, "*Socialist Legality*" in *the USSR. Since the XX Party Congress*, en "American Journal of Comparative Law", 1957, p. 546.

¹⁰³ Acerca de esta evolución, cfr. Hazard y Shapiro, *The Soviet Legal System*, cit., pp. 115 y ss. Cfr. también Berman, *Justice in the USSR*. (New York, 1963), p. 309. Sobre las directivas políticas para el retorno a la legalidad en la labor de los órganos

construcción de la sociedad socialista se encuentra todavía germinando y la ruptura con los viejos sistemas lleva a acentuar la oposición a las reglas del proceso *burgués*.

Formuladas estas premisas por lo que concierne especialmente al derecho probatorio, observaremos:

a) La característica más destacada de la concepción de la actividad judicial probatoria en los sistemas socialistas, no la proporcionan tanto los dos conocidos principios de la verdad real u objetiva¹⁰⁴ y de la igualdad sustancial de las partes,¹⁰⁵ considerados en sí —puesto que se trata de ideas no extrañas, como tales, a la evolución en sentido publicístico de los procesos civiles europeos—, sino más bien el peculiar significado que la aplicación de los dos principios asume en la indagación procesal de los hechos, según la concepción de los juristas socialistas. En efecto, la actividad probatoria deja de aparecer, en tal concepción, como una operación de verificación de las afirmaciones de las partes en torno a los hechos del pleito, y se convierte en una “*filtration through the prism of the physical environment*”¹⁰⁶ dialécticamente orientada y que supone, tanto un análisis clasista de la situación social en la que estén situados los hechos objeto de la prueba, como el empleo de un método dialéctico de valoración de los hechos mismos.¹⁰⁷ En esta concepción, no sólo encuentra aplicación la teoría del conocimiento del materialismo dialéctico, sino que se concreta la función político-social del juzgador como partícipe en la obra de transformación de la sociedad.

b) A la luz de estos principios, el criterio de la *verdad objetiva* no sólo asume un significado diverso del que le es propio en el mundo occidental

judiciales, cfr. el escrito de Kulikov, en “*Sovetskoe Gosudartsvo i Pravo*”, 1963, núm. 7, traducido en “*Soviet Law and Government*”, 1963-64, II, 3, p. 33, con el título *Enhancing the Educational Role of Socialist Justice and Reinforcing Legality in the Activity of Judicial Agencies*.

¹⁰⁴ Cfr. Niethammer, *Prozessuale Mittel zur Feststellung der objektiven Wahrheit im sozialistischen Zivilprozess*, en “*Staat und Recht*”, 1954, pp. 348 y ss.

¹⁰⁵ Los dos principios de la verdad real y de la igualdad sustancial de las partes (y viceversa, de la verdad formal y de la igualdad formal), son puestos en estrecha conexión por los juristas socialistas: cfr. por ejemplo, Abramov, *Sovetskij Grashdanskij Prozess* (Moskva, 1952), p. 48; Marga, *Einige charakteristische Züge des westdeutschen Zivilverfahrens* en “*Staat und Recht*”, 1954, p. 228.

¹⁰⁶ Cfr. Ginsburg, *Objective Truth and the Judicial Process*, cit., p. 54.

¹⁰⁷ Véanse al respecto las afirmaciones de Kleinman, recordadas por Hazard y Shapiro, *The Soviet Legal System*, cit., p. 114. Cfr. además Wyschinski, *Theorie der gerichtlichen Beweise im sowjetischen Recht* (Berlín, 1955), p. 27.

[De *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, de Vishinski, se hicieron dos ediciones en castellano, una en Montevideo (1950) y otra en Buenos Aires (1951), la primera de ellas reseñada por mí en “*Rev. Fac. Der. Mex.*”, cit., núm. 1-2, enero-junio de 1951, pp. 352-5.]

(donde es característico del proceso penal),⁷ sino que el criterio de la libre valoración de la prueba, también proclamado por los juristas socialistas, se separa netamente del de la *intime conviction*, que ha caracterizado la evolución de los procesos civiles europeos. Este es un tema frecuente en los juristas soviéticos, los cuales no dejan de subrayar que la teoría *burguesa* de la libre valoración de las pruebas representa tan sólo un enmascaramiento del sustancial carácter clasista de la actividad judicial.¹⁰⁸ Es un dato que hay que tener presente al valorar las normas positivas de los ordenamientos socialistas en que esté enunciado el principio de la libre apreciación: si es verdad, en efecto, que también en los ordenamientos occidentales libertad no significa arbitrariedad, puesto que el juzgador debe atenerse a criterios objetivos y verificables (como lo demuestra, en su perdurante validez, la doctrina de las máximas de experiencia),¹⁰⁹ es asimismo cierto que para los juristas socialistas, *objetividad* no significa tampoco una deseada neutralidad del juicio, sino adherencia al único modo posible de conocer la *realidad*, que es proporcionado por el materialismo dialéctico, en la acepción del marxismo-leninismo.

Estos aspectos de la teoría socialista de las pruebas —que encuentran confirmación en la antes recordada preeminencia, al nivel de los juzgadores de fondo, de una justicia no profesional, como elemento de ruptura con el viejo orden y de *politización* de la función jurisdiccional—, demuestran

⁷ Por lo menos a partir de 1945, varios proyectos iberoamericanos de códigos procesales civiles se orientan también, en forma más o menos enérgica, hacia el logro de la verdad en la administración de justicia. Así sucede con el artículo 7º del *Proyecto de código de procedimiento civil, con exposición de motivos* (Montevideo, 1945) que para el Uruguay compuso Couture y que consagra el “principio de probidad”; con el 13 del *Proyecto de código procesal para la República de Cuba* (incluido en las pp. 141-275 del volumen “El Poder Judicial y la Constitución y otros Estudios” —La Habana, 1951—), elaborado por Guillermo de Montagú, y con el 17 del *Anteproyecto de código procesal civil cubano* (La Habana, 1953) de José A. Gorrín Padilla, derivado del anterior —de donde el verdadero *anteproyecto* sería el de Montagú y el *proyecto*, en rigor, el de Gorrín—, que exigen la “lealtad y probidad en el debate judicial”, o, en fin, el 18 del *Anteproyecto de código de proceso civil* (Rio de Janeiro, 1964), redactado por Alfredo Buzaid, cuando prescribe que “compete a las partes y a sus procuradores: I, exponer los hechos en juicio conforme a la verdad; II, proceder con lealtad y buena fe; III, no formular pretensiones ni defensa alguna conscientes de que están desprovistas de fundamento; IV, no presentar pruebas ni practicar actos inútiles o innecesarios para la declaración o defensa del derecho”. Añadamos aún que en México, en materia penal, el artículo 17 del código sustantivo distrital y federal de 1931 prescribe que “las circunstancias excluyentes de responsabilidad, se harán valer de oficio” (sin duda, a causa de las graves deficiencias que la defensa de los acusados pobres presenta en la práctica).

¹⁰⁸ Cfr., por ejemplo, Abramov, *ob. cit.*, pp. 193 v ss. y, sobre la cuestión, Gwiazdomorski y Cieslak, *La preuve judiciaire*, cit., pp. 85 y ss.

¹⁰⁹ Cfr. sobre la cuestión el importante estudio de Piras, *Le massime d'esperienza e la motivazione insufficiente*, en “Jus”, 1955, pp. 79 y ss.

[Reseña mía del artículo de Piras, en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, cit., núm. 24, septiembre-diciembre de 1955, pp. 322-3.]

la estrecha conexión de dicha teoría con la concepción marxista del derecho y de la sociedad.¹¹⁰ No es posible, pues, confrontarla con orientaciones análogas manifestadas en regímenes dictatoriales europeos (me refiero, sobre todo, a las doctrinas jurídicas del nazismo en los años que precedieron a la Segunda Guerra Mundial), sin cotejar simultáneamente los dos sistemas políticos y sociales, y de este modo la medida de valoración deviene necesariamente la validez histórica de las dos diversas experiencias políticas.

8. *Las recientes reformas procesales en Rusia y en los demás países socialistas, y sus reflejos sobre el derecho probatorio*

Como hemos mostrado, la evolución reciente del derecho probatorio en los países socialistas no presenta un cuadro uniforme, puesto que frente al cuarentenio de historia del derecho soviético (el código de rito civil soviético es de 1923,^z mientras que en 1962 han entrado en vigor los nuevos *Principios del procedimiento civil*),¹¹¹ está el reciente proceso histórico de adaptación de los ordenamientos de los otros países socialistas a la nueva realidad política; adaptación iniciada con modificaciones parciales aportadas a la legislación previgente y que sólo en los últimos años ha desembocado en la introducción o en la preparación de nuevas codificaciones. Además, el diverso grado de influencia ejercido por la Rusia soviética sobre los países del este europeo, se refleja también en las legislaciones procesales, puesto que se pasa de una recepción casi integral de las normas

¹¹⁰ Cfr. especialmente Ginsburg, *Objective Truth*, cit., pp. 53 y ss.

^z De acuerdo con las *Bases del procedimiento civil de la U.R.S.S. y de las Repúblicas Federadas* (traducidas por Luban para el "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 41, mayo-agosto de 1961, pp. 418-31), el 11 de junio de 1964 se promulgó el código procesal civil de la más importante de todas las repúblicas soviéticas, o sea la de Rusia. Acerca de él, véase el volumen *The civil code and the code of civil procedure of the RSFSR 1964*, traducción de Kiralfy (Leyden, Holanda, 1964), así como Pecori, *Il nuovo codice di procedura civile della Repubblica Socialista Federativa di Russia*, en "Riv. Dir. Proc.", cit., 1967, pp. 298-313.

¹¹¹ De los "Principios de procedimiento civil de la Unión Soviética y de las Repúblicas Federadas", aprobados por el Consejo Supremo de la U.R.S.S. el 8 de diciembre de 1961 y entrados en vigor el 1º de mayo de 1962, existe una traducción en lengua francesa al cuidado de Dekkers, publicada por el "Centre national pour l'étude des pays à régime communiste" (Bruxelles, 1961). Véase también sobre la cuestión, Bardin, *The Principles of Civile Procedure of the USSR and the Union Republics* (traducción de "Sovetskoe Gosudartsvo i Pravo", 1962), en "Soviet Law and Government", 1962, I, p. 58, así como Gurvic y Gerzon, *Le "Norme fondamentali" del diritto processuale dell'URSS et delle Repubbliche dell'Unione*, en "Riv. Trim. Dir. e Proced. Civ.", 1963, p. 1624. En torno a las labores preparatorias de la reforma del código ruso, cfr. *Results of the Discussion of the Draft Code of Civil Procedure of the RSFSR* (traducción de "Sovetskaia justitsiia", 1963), en "Soviet Law and Government", 1963, II, 1, p. 22.

[Como indicamos en la nota suplementaria z, los *Principi* a que se refiere Denti están traducidos al castellano como *Bases*, etcétera.]

soviéticas, a una más o menos destacada autonomía de soluciones, a las cuales contribuye asimismo el distinto estadio evolutivo de la disciplina y de la ciencia del proceso en los diferentes países: en efecto, se pasa de ordenamientos inspirados en el modelo francés (código ruso de 1864; *idem* polaco de 1932), a otros basados en los modelos alemán y austriaco (código húngaro de 1911; *idem* yugoeslavo de 1929; legislación checoslovaca, que simultáneamente tomó en cuenta para las distintas partes de su territorio la Z. P. O. austriaca y el código húngaro). Especialmente destacaremos:

a) Los recientes *Principios* soviéticos remachan la función *auxiliar* del juzgador respecto de las iniciativas procesales de las partes (art. 16); como criterio general, la ausencia de una jerarquía predeterminada de las pruebas (arts. 17 y 19); la atemperación del principio de libre apreciación con la inspiración política de la valoración del juzgador (art. 19). Sin embargo, la evolución operada en el mundo soviético tras el XX^o Congreso, ha llevado a una sensible *liberalización* de las normas procesales: se ha afirmado, en efecto, claramente la independencia del juzgador y su libertad respecto de influencias externas (art. 9); se ha restablecido el derecho de las partes a modificar la demanda, a renunciar a la pretensión y a reconocer su fundamento, salvo que estos actos sean contrarios a la ley (art. 24); se ha propuesto de nuevo la regla sobre la carga de la prueba, disponiendo, en línea de principio, que las partes deben probar los hechos aducidos como fundamento de las demandas o de las excepciones, si bien con temperamento del poder reconocido al juzgador para ordenar pruebas, cuando las aportadas por las partes aparezcan insuficientes (art. 18).

Se trata de una evolución que se encuentra confirmada en los *Principios generales de procedimiento penal* de 1958^a y con mayor evidencia en el código de procedimiento penal ruso de 1961, singularmente en la ampliación de los derechos de la defensa, en la prohibición de fundar la acusación en la sola confesión del imputado, en el carácter más claramente contradictorio del proceso entero, desde la instrucción preliminar.¹¹² Obviamente

^a Traducidos al francés por Jacques Bellon, *Les nouveaux textes fédéraux concernant le droit pénal et la procédure pénale en Union Soviétique*, en "Revue Internationale de Droit Pénal", 1959, núm. 1-2, pp. 140-64. Véase también Pisapia, *I nuovi principi di diritto e procedura penale nella Russia Sovietica*, en "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", enero-marzo de 1960, pp. 157-69 (reseñado por mí en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", cit., núm. 39, septiembre-diciembre de 1960, p. 251).

¹¹² Cfr. sobre la cuestión, Raginski, *Le nouveau code de procédure pénale de la RSFSR*, en "Revue de Droit Contemporain", 8, (1961), p. 93; Ginsburg, *Objective Truth*, cit., p. 69; Perlov, *Problems of Further Development of Democratic Principles of Criminal Procedure in the Light of the Program of the Communist Party of the Soviet* (traducción de "Sovetskoe Gosudartsvo i Pravo", 1962), en "Soviet Law and Government", I (1962), 48. Especialmente para la crítica de las ideas de Wyschinski acerca del valor probatorio de la confesión del imputado y para el repudio de la aplicación hecha de la misma por la jurisprudencia, véase Kulikov, *ob. cit.*, p. 38.

es difícil decir si, al perdurar determinadas exigencias políticas y sociales (y, sobre todo, las necesidades *defensivas* de la sociedad soviética, que el nuevo curso de las relaciones con occidente no atenúa, si es que acaso no acenúa), esta tendencia podrá traducirse, de la abstracción de las fórmulas legislativas, en un restablecimiento concreto de garantías individuales frente a los poderes del juzgador en el proceso: ¹¹³ en todo caso, el derecho probatorio soviético va considerado a la luz de este reciente desenvolvimiento evolutivo.

b) En los países del este europeo se ha verificado, durante la posguerra inmediata, una adaptación de la legislación procesal prebélica a los principios socialistas; adaptación más destacada allí donde el proceso civil estaba regulado por normas de tipo más liberal (como en Polonia) ¹¹⁴ y menos sensible allí donde el régimen del proceso contenía ya reglas susceptibles de extensión en sentido inquisitorio (como en Alemania Oriental o en Hungría). ¹¹⁵ En el terreno de la técnica normativa, los instrumentos principales de dicha adaptación fueron las instituciones que ya en el procedimiento *burgués* tenían carácter inquisitorio potencial: la *Aufklärungspflicht* del juzgador (§ 139 de la Z. P. O. alemana), que ha sido considerada como

El código de procedimiento penal ruso de 1961 puede leerse en *La réforme pénale soviétique. Code pénal, code de procédure pénale et loi d'organisation judiciaire de la RSFSR du 27 octobre 1961*, al cuidado de M. Ancel (Paris, "Centre Français de Droit Comparé", 1962).

[El volumen sobre la reforma penal soviética dirigido por Ancel y que Denti menciona en la segunda parte de esta nota, fue reseñado por mí en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", cit., núm. 45, septiembre-diciembre de 1962, pp. 631-3.]

¹¹³ Cfr. acerca de la cuestión, Berman, *The Dilemma of Soviet Law Reform*, cit., p. 929.

¹¹⁴ Sobre las leyes de reforma del código procesal civil polaco y, sobre todo, sobre la importante ley de 20 de julio de 1950, cfr. Gwiazdomorski y Cieslak, *La preuve judiciaire*, cit., p. 61; Engerek, *Ueber den Stand des Zivilprozesses und der Zivilprozesslehre in Polen*, en "Zeitschrift für Zivilprozess", 72 (1959), p. 157; Walligurski, *Garantien für die Erforschung der Wahrheit im Zivilprozess*, en "Rechtswissenschaftlicher Informationsdienst", 1954, cit., pp. 89 y ss.; Ziembinski, *La vérification des faits dans un procès judiciaire*, en "Logique et Analyse", 1963, p. 385.

¹¹⁵ En la República democrática alemana ha habido, sobre todo, la reforma de la organización judicial mediante la ley de 2 de octubre de 1952, a la que ha seguido la adecuación de algunas disposiciones de la Z.P.O. Ha sido profunda la adaptación interpretativa, por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, de las normas previgentes a los nuevos principios políticos. Cfr. acerca de la cuestión, Gwiazdomorski y Cieslak, *ob. cit.*, pp. 63 y ss.; Pfuhl, *Die sowjetische Zivilprozessordnung und ihr Einfluss auf den sowjetzonalen Zivilprozess* (Berlín, 1955), pp. 62 y ss.; Ostmann, *Welche prozessrechtlichen Aufgaben stellt das neue Familienrecht?*, en "Neue Justiz", 1955, p. 227; Cappelletti, *Interrogatorio della parte e principi generali del processo civile della Germania orientale e dell'Unione Sovietica*, en "Riv. Dir. Proc.", 1959, p. 39; *La testimonianza della parte*, cit., II, pp. 655 y ss.

En Hungría, el código de 1911 ha sido modificado mediante las leyes sobre procedimiento civil de 1952 y 1954.

expresión del principio de la verdad objetiva;¹¹⁶ el criterio de la libre valoración de la prueba, que se ha interpretado en sentido diferente, como ya recordamos, del de la *intime conviction*, propio del proceso *burgués*;¹¹⁷ la obligación de verdad de las partes, que a través del instrumento del interrogatorio de oficio, se ha convertido en un medio para la búsqueda de la verdad por parte del juzgador.¹¹⁸

Se trata, por lo demás, de un estadio hoy en día en fase de superación, puesto que como ha sucedido en Checoslovaquia con la entrada en vigor del nuevo código de procedimiento civil (25 de octubre de 1950),¹¹⁹ en Bulgaria con el nuevo código de 8 de febrero de 1952 y en Rumania con el nuevo código de 1956, se tiende a promover una reforma general de la legislación procesal, inspirada en los principios socialistas.¹²⁰ Agregaremos que en estos movimientos de reforma se han manifestado tendencias extremas, como la que niega toda justificación en un proceso socialista, a la distinción entre proceso contencioso y proceso voluntario y ha propugnado la *voluntarización* integral del proceso civil:¹²¹ tendencias, por lo demás, que parecen destinadas a atenuarse frente a la evolución antes delineada del derecho soviético, que constituye siempre, para estos países, el modelo inspirador.

c) En fin, en el cuadro de los países socialistas no ha faltado una evolución relativamente autónoma, paralela, por lo demás, a la autonomía política en la realización de los principios del socialismo, en la nueva ley

¹¹⁶ Cfr. a este propósito, Rothschild-Hintze, *Zur Bedeutung des § 139 ZPO*, en "Neue Justiz", 1953, p. 641.

¹¹⁷ Cfr. ampliamente Gwiazdomorski y Cieslak, *ob. cit.*, pp. 84 y ss.

¹¹⁸ Cfr. sobre la cuestión, Cappelletti, *La testimonianza*, cit., II, pp. 662 y ss.

¹¹⁹ Sobre el significado de estas reformas en el cuadro del derecho socialista, cfr. Boura, *La loi sur la procédure en matière civile*, en "Bulletin de Droit Tchécoslovaque", 1951, pp. 19 y ss.; Stajgr, *Protection des droits civils dans la procédure civile*, en "Bulletin" cit., 1953, p. 45. Sobre las excesivas reformas procesales, cfr. Bydzovsky, *Les amendements au code de procédure civile*, en "Bulletin" cit., 1959, p. 421. En general sobre la inspiración política de las reformas legislativas en Checoslovaquia, cfr. De Marini, *L'evoluzione del diritto nelle "repubbliche popolari"*, en "Riv. Trim. Dir. e Proced. Civ.", 1953, pp. 123 y ss.

¹²⁰ Véanse, por ejemplo, los escritos acerca del proyecto de reforma del código procesal civil polaco aparecidos en la revista "Panstwo i Pravo" en 1960 y resumidos en "Revue de Droit Contemporain", 8 (1961), pp. 175 y ss.

¹²¹ Cfr. Jodlowski, *Les principes de la procédure civile polonaise*, en "Revue Internationale de Droit Comparé", 1960, p. 368.

[Con posterioridad al artículo de Jodlowski citado por Denti en esta nota (traducido por Héctor Oberg Yáñez, como *Principios de procedimiento civil polaco*, en "Revista de Derecho y Ciencias Sociales" de la Universidad de Concepción —Chile—, enero-marzo de 1966, pp. 3-27), véase este otro del procesalista polaco sobre la *voluntarización* del proceso civil: *La procédure non contentieuse dans le système du droit judiciaire de la République populaire polonaise*, en "Rapports Polonais au VII^e Congrès International de Droit Comparé" —a saber: el celebrado en Atenas en 1966— (Varsovie, 1966), pp. 119-49.]

procesal civil de la República de Yugoslavia de 7 de diciembre de 1956, entrada en vigor el 23 de enero de 1957.¹²² Se trata, en efecto, de un código más próximo a una acentuada evolución de los principios ya ínsitos en las más avanzadas codificaciones procesales europeas (sobre todo, en la Z. P. O. austríaca), que a una imitación del modelo soviético. Ello se revela, sobre todo, en orden al derecho probatorio, en las limitaciones de la indagación judicial a los hechos alegados por las partes;¹²³ en el carácter excepcional del poder del juzgador para disponer de oficio las pruebas (art. 6, ap. 3º); en la ausencia de cualquier referencia, en tema de valoración de pruebas, a criterios distintos de la prudente apreciación (art. 7); en la eficacia vinculativa de la confesión judicial (art. 210); en fin, en el carácter meramente subsidiario del interrogatorio de las partes respecto de la asunción de los demás medios de prueba (art. 253).

9. Consideraciones conclusivas

Al término de la investigación es posible remachar una indicación de índole general, ya precedentemente señalada: no cabe considerar en modo alguno el problema de la reforma del derecho probatorio como mera cuestión *técnica* que pueda ser estudiada con referencia exclusiva a la "organización interna del instrumento proceso civil",¹²⁴ en vista del perfeccionamiento funcional de sus mecanismos. Se trata —estimo— de una peligrosa ilusión, fruto de una actitud iluminística que considera las instituciones del proceso susceptibles, en sí y por sí, de perfeccionamiento indefinido; ilusión, por lo demás, en gran parte conexas con la evolución en sentido burocrático de la actividad judicial, reputada ella misma actividad *técnica*, reconducible a los procedimientos dotados del máximo grado de eficiencia funcional. El peligro de semejante actitud estriba en considerar que los procesos modernos pueden transformarse en laboratorios de investigaciones experimentales,¹²⁵ donde lo que importa es el uso correcto

¹²² Para ilustración de dicha ley, cfr. Lazarevic, *La loi de procédure civile du 7 décembre 1956*, en "Annuaire de la Faculté de Droit de Skopje", 1958; Cappelletti, *La testimonianza della parte*, cit., II, p. 717. Sobre el derecho probatorio, cfr. especialmente Dimitrijevic, *La preuve dans le droit yougoslave*, en "Atti della XIII session de la Société Jean Bodin" (Paris, 1959), trabajo que conozco únicamente a través del texto mimeografiado distribuido en la reunión, por no haberse publicado todavía las actas de la misma. [Ad. del autor: Impreso en el tomo del "Recueil" —pp. 345 y ss.— citado *supra*, nota 101].

¹²³ Cfr. acerca de la cuestión, Cappelletti, *ob. cit.*, II, p. 729.

¹²⁴ La expresión, aunque a ella le doy alcance distinto, es de Camacini, *Tutela giurisdizionale*, cit., p. 772.

¹²⁵ Un ejemplo característico de semejante modo de pensar es dado por Gorphe, *L'appréciation des preuves en justice* (Paris, 1947), p. 154, quien auspicia el advenimiento de la "fase científica" del derecho probatorio, en la que "la preuve par excellence est fournie par l'expertise et qui cherche, non seulement à établir les faits, mais encore à les expliquer méthodiquement". Al respecto, véanse las observaciones

de determinadas técnicas de indagación, sea quien fuere quien las emplee y sea cual fuere el objeto sobre que hayan de operar. Parece así que iniciativa de las partes o iniciativa de oficio; pruebas legales o pruebas libremente valorables, obligación de verdad, etcétera, sean todos meros expedientes técnicos, de los que importe tan sólo garantizar el empleo correcto, teniendo como mira la búsqueda de una *verdad* considerada no como el resultado de una indagación condicionada en sus presupuestos teóricos, sociales e institucionales, sino como un dato exterior y objetivo, verificable empíricamente.¹²⁶ Al contrario, la evolución histórica antes delineada ha permitido destacar:

a) La actitud respecto de la indagación judicial sobre los hechos, está condicionada, ante todo, por escogimientos teóricos. En efecto, una orientación de tipo privatista tiende necesariamente a aproximar la operación probatoria y la verificación propia de las ciencias empíricas,¹²⁷ al mismo tiempo que considera como *optimum* de la política legislativa en el campo de las pruebas una mayor *racionalización* de los procedimientos probatorios, confiada al empleo de las técnicas científicas y de la lógica de la probabilidad.¹²⁸ En cambio, quien valore el carácter argumental de la prueba y repudie la *impersonalidad* de la demostración,¹²⁹ así como la concepción objetiva de la probabilidad,¹³⁰ se confía a la *lógica de la razón práctica*, aclarándose así los presupuestos antiformalistas y antipositivistas de tal corriente de pensamiento.¹³¹

Como hemos visto, ambas orientaciones tienden a superar el tradicional sistema de pruebas legales, para afirmar el principio del libre convencimiento judicial. Sin embargo, en la primera está implícita la exigencia de racionalizar la indagación judicial, conduciéndola de nuevo a criterios

de Levy-Bruhl, *La preuve*, cit., p. 33, quien expone precisamente estas orientaciones como destinadas a convertir el proceso en "une sorte de laboratoire".

[Traducción castellana del libro de Gorphe: *De la apreciación de las pruebas* (Buenos Aires, 1950), por Luis Alcalá-Zamora y Castillo].

¹²⁶ Acerca de los problemas conexos con la búsqueda de la verdad en el proceso, véanse las penetrantes páginas de Pugliatti, *Conoscenza*, en "Enciclopedia del Diritto", IX (Milano, 1961), pp. 90 y ss., y en particular, p. 110, donde exactamente se niega la "distinción artificiosa entre verdad formal y verdad material".

¹²⁷ Cfr., por ejemplo, Cordero, *Tre studi sulle prove* (Milano, 1963), p. 25 y, en ella, la nota 63.

¹²⁸ Cfr. sobre la cuestión, las conclusiones del trabajo de Loewinger, *Facts, Evidence and Legal Proof*, cit., pp. 436 y ss.

¹²⁹ Cfr. Perelman, *La spécificité de la preuve juridique*, en "Journal des Tribunaux", 74 (1959), p. 661 (se trata de la ponencia al ya mencionado congreso de la Sociedad Jean Bodin de 1959).

¹³⁰ Cfr. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., pp. 245 y ss.

¹³¹ Cfr. Ruytinx, *Considérations sur le positivisme et la théorie de l'argumentation*, en "Logique et Analyse", 21-24 (1963), p. 69 y especialmente p. 73: "La théorie de l'argumentation est une réaction contre le cartesianisme et ses équivalents rationalistes, contre le positivisme...". Sobre el asunto, véase también el estudio de Cochet. *La théorie de l'argumentation et la philosophie analytique*, en publicación cit., p. 80

objetivos que permitan su comprobación, a fin de asegurar la “justicia de la decisión contra la arbitrariedad”;¹³² mientras que en el segundo se carga el acento sobre la individualidad de los juicios de valor que presiden la formación del convencimiento del juzgador, y, por tanto, sobre su no verificabilidad.¹³³ Se trata, como es fácil advertir, de actitudes teóricas que tienen amplia resonancia en la cultura contemporánea: como se ha visto, también la teoría socialista de las pruebas se confía, por otra parte, a premisas gnoseológicas, encontrándose sus propios fundamentos en la teoría del conocimiento del materialismo dialéctico. La elección entre una y otra actitud no puede, por tanto, ser inadvertida ni olvidar *l'engagement* ideológico que las diversas filosofías presentan.

b) Todavía más evidente, como dijimos, es la presencia de escogimientos políticos en las definiciones de los poderes respectivos del juzgador y de las partes en el procedimiento probatorio. Y ello no sólo y no tanto por los reflejos inevitables que despliega en el proceso toda orientación de política legislativa que incida sobre la disponibilidad de los derechos sustanciales, sino porque, como la experiencia del último cincuentenio de historia enseña, la misma concepción del proceso como *adversary system* se rige por una ideología liberal y democrática (en sentido occidental) de la sociedad civil. La caída de estos valores, sea fin en sí misma (como en los regímenes dictatoriales fascistas) o esté preordenada a la afirmación de valores de justicia (como en los regímenes socialistas), lleva inevitablemente consigo la atenuación de la iniciativa de las partes y la afirmación de los poderes del juzgador: en suma, el proceso pasa de dispositivo a inquisitorio. Y hay que preguntarse hasta dónde el predominio de este *paternalismo judicial* sea sólo la consecuencia de una cierta política procesal o no sea más bien, incluso primero, un hecho de costumbre, conexo con la decadencia en la sociedad de una iniciativa individual autónoma y responsable.¹³⁴

¹³² Piras, *Le massime d'esperienza*, cit., p. 120, nota 1. Véanse sobre la cuestión las observaciones de Giuliani, *ob. cit.*, n. 244, según las cuales, “es breve el paso entre un sistema racional y uno legal de valoración de la prueba”.

¹³³ Cfr. De Marini, *Il giudizio di equità nel processo civile* (Padova, 1957), pp. 108 y ss.; Massa, *Contributo all'analisi del giudizio*, cit., p. 111.

¹³⁴ No se olvidan los factores religiosos conexos con determinadas instituciones probatorias, como el juramento, el cual, según Lévy-Bruhl, *Réflexions sur le serment*, en “Études d'histoire du droit privé offertes a P. Pétot” (Paris, 1959), p. 385, “a perdu son principale raison d'être lorsque la société s'est laïcisée”. Al respecto, véanse también las interesantes observaciones de Minoli, *Considerazioni sul giuramento della parte*, en “Riv. Dir. Proc.”, 1952, I, pp. 69 y ss.

[Hace ya muchos años, al enfrentarme con el juramento en el cuadro del proceso criminal italiano, decía de él que “ineficaz por esencia frente al sujeto descreído”, era dudoso inclusive que evitase “por sí sólo, en casos que les afecten muy de cerca, el perjurio de personas creyentes”, sin contar con que aun desde el punto de vista religioso, no significa ciertamente respeto hacia Dios invocar su nombre “para acreditar las circunstancias de un robo, de un asesinato o de un estupro” (*En torno al “codice di procedura penale” italiano*, en “Revista de Derecho Público”, julio-agosto

El proceso, pues, no es, en efecto, *neutral*, en sus técnicas internas, respecto de las orientaciones políticas de la sociedad en que opera. Se puede también pensar que la búsqueda de la denominada verdad *objetiva* o *material* (que estaría facilitada por la atribución al juzgador de poderes inquisitorios) sea en sí misma un fin, o un valor, al que valga la pena sacrificar otros valores, del mismo modo como la justicia social puede considerarse un valor al que convenga sacrificar de algún modo la libertad tradicionalmente entendida; pero hay que ver con claridad las implicaciones políticas de este escogimiento, sin atrincherarse tras la neutralidad de las meras opciones técnicas.

c) En fin, subrayemos, una vez más, que la técnica probatoria tiene sólo sentido si se pone en relación con los hombres que han de emplearla: los juzgadores, los abogados y las partes mismas, en la medida en que desempeñen un papel directo y activo en el proceso con fines probatorios. Continúa repitiéndose que las *rules of exclusion* surgieron para limitar la indagación del jurado sobre los hechos, a fin de prevenir los errores del mismo, y que las reglas de prueba legal nacieron del presupuesto de la desconfianza hacia el juzgador; pero no se estudia adecuadamente qué reflejos tengan sobre la técnica probatoria la progresiva extinción del jurado (en los países de *common law*), o bien la evolución en sentido burocrático de la función judicial (en los países de *civil law*). Y sin embargo, es claro que una justicia fuertemente burocratizada es lo más lejano que se pueda imaginar de una indagación probatoria apoyada en la *libre valoración* del juzgador y fundada en las técnicas de la *razón práctica* y no en las de la *razón natural*. Y es apenas el caso de recordar todavía qué reflejos tenga, sobre la dialéctica interna del proceso, la ética y la capacidad profesional de la abogacía en los distintos países, y cómo el *testimonio* mismo de la parte esté directamente influido por el sentir de las diversas sociedades acerca de los valores de la verdad y de la *bona fides*. Conviene repetir que las mismas soluciones *técnicas* pueden asumir un significado y un valor bien diversos según las estructuras sociales e institucionales en que se inserten.

Desde este punto de vista, la aproximación de experiencias procesales diversas, hecha a base sólo de las indicaciones normativas, a fin de sacar de ellas sugerencias para las reformas del derecho probatorio, aparece —como hemos mostrado— unilateral y peligrosa: ¹³⁵ el *factual approach*,

de 1932, pp. 197-210, y luego en mis "Estudios de Derecho Procesal" —Madrid, 1934; pp. 79-116—, pp. 101-2). Por lo demás, obedezca o no al crecimiento del laicismo que Denti señala en esta nota, "la experiencia revela que entre el perjuicio y el perjurio, los litigantes no vacilan" (Alcalá-Zamora, reseña del libro de Glücklich mencionada *supra*, nota suplementaria m).]

¹³⁵ Es ésta la crítica de fondo que puede hacerse a la obra de Cappelletti, *La testimonianza della parte*, cit., que constituye, desde luego, en la literatura procesal mundial, la más importante contribución que se haya dado en los últimos decenios,

con todas sus implicaciones políticas y sociológicas, es un instrumento de trabajo indispensable, no sólo para el comparatista como conocedor puro de sistemas jurídicos,¹³⁶ sino para cualquiera que obtenga inspiración de indagaciones comparativas para sugerir reformas del propio derecho interno. En el campo del proceso, no existe materia alguna que, como la del derecho probatorio, refleje al afán político, social y cultural del mundo contemporáneo.

Vittorio DENTI

Profesor de la Universidad de Pavía

Traducción y notas suplementarias de

Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO.

al repensamiento de los problemas de la prueba. Por otra parte, el mismo Cappelletti expresamente ha limitado la propia indagación, excluyendo de ella el plano "de la sociología y de la historia de la sociedad" (*ob. cit.*, I p. 19); pero en una obra que es todo un manifiesto programático a favor de una visión abierta y progresiva de los problemas del proceso civil, esta limitación aparece injustificada y se contradice con el fin mismo de la investigación.

¹³⁶ Cfr. últimamente, Gorla, *Studio storico-comparativo della "common law" e scienza del diritto (le forme di azione)*, en "Riv. Trim. Dir. e Proced. Civ.", 1962, pp. 25 y ss., donde se remite también a los trabajos precedentes del autor sobre el mismo tema. Acerca de la necesidad de extender la indagación comparativa a la "social reality of the law", cfr. también Hall, *Comparative Law and Social Theory* (Baton Rouge, La., 1963), pp. 61 y ss.