

## EL AUTORITARISMO PROCESAL (Y LAS PRUEBAS DOCUMENTALES)\* \*\*

Franco Cipriani\*\*\*

### RESUMEN

En este trabajo el autor se hace cargo de las críticas recibidas de parte del profesor Michelle Taruffo en relación a los poderes probatorios de los jueces y la asociación de ellos con el autoritarismo procesal. Especialmente se ocupa de subrayar cuáles han sido los verdaderos postulados que él ha realizado en esta materia, preocupándose de advertir sobre aquéllos puntos que no le pueden ser atribuidos. En esta revista se han publicado dos trabajos del profesor Taruffo, los que el lector puede revisar en los volúmenes I y II del año 2006.

### PALABRAS CLAVES

Autoritarismo procesal, garantismo procesal, poderes probatorios de los jueces

### ABSTRACT

In this paperwork the author becomes responsible for the criticisms received from Professor Michelle Taruffo regarding the probatory powers of the judges and their association with the prosecuting authoritarianism. He specially takes care of underlying which have been the true postulates he has done on this subject, being concerned of noticing about those matters that may not be conferred to

---

\* Recibido el 23 de abril de 2007 y aprobada su publicación el 15 de junio de 2007.

\*\* Publicado en Revista *Il giusto processo civile*, vol. II, 2007 (Italia). Traducción de Eugenia Ariano Deho, profesora de Derecho Procesal Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de Lima. E-mail: earianod@unmsm.edu.pe.

\*\*\* Profesor ordinario de Derecho procesal civil en la Universidad de Bari. E-mail: fr.cipriani@tin.it

him. In this magazine, two works of professor Taruffo have been published, which can be checked in volumes I and II of year 2006.

### KEY WORDS

Prosecuting authoritarianism, prosecuting guarantee, probatory powers of the judges.

## 1. Premisa

El próximo año serán veinte años que estudio y reflexiono sobre las vicisitudes que tuvieron como protagonistas a los Padres de la procesal-civilística italiana y sobre los orígenes de nuestro Código de procedimiento civil.

Los resultados de mis estudios han sido bastante sorprendentes<sup>1</sup>, por lo que es comprensible que, junto con significativos consensos, hayan habido algunas resistencias y críticas. Hasta ayer, sin embargo, las críticas, por carecer de toda motivación, se resolvían en simples y apriorísticos *fins de non recevoir*, pero ahora ha ocurrido un hecho nuevo, porque un autorizado estudioso me ha dedicado no pocas páginas, desplazando el discurso a un plano objetivamente muy elevado y comprometido. El mérito de haber efectuado este salto de calidad ha sido de Michele Taruffo.

## 2. La ponencia de Taruffo en el Congreso sobre las pruebas

Al publicar la ponencia sustentada oralmente en octubre del 2005 en Cagliari en el XXV Congreso de la *Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile* sobre *Las pruebas en el proceso civil*, Taruffo ha escrito:

“Otro punto preliminar particularmente importante se refiere a la cuestión de si aquello de los poderes probatorios del juez pueda ser considerado como un problema político, o sea si la atribución al juez de poderes de iniciativa probatoria implique la asunción de una ideología política antiliberal y sustancialmente autoritaria o incluso totalitaria. La cuestión no es nueva, y ha sido ocasión de discusiones recurrentes en la doctrina del proceso civil. Sin embargo ella es objeto de un reciente *revival*, particularmente en Italia y en España, pero también en otros lugares, por lo que es oportuno hacer sobre el particular algunas consideraciones”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> V. mis *Storie di processualisti e di oligarchi*, Milano, 1991; *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992; *Ideologie e modelli del processo civile*, Napoli, 1997; *Il processo civile nello Stato democratico*, Napoli, 2006; *Scritti in onore dei Patres*, Milano, 2006; *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli, 2007.

<sup>2</sup> TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006, p. 452 y s.

<sup>NDT</sup> Todos los ensayos mencionados en el texto han sido traducidos por mí, respectivamente: *En el centenario del*

En nota a estas palabras se citan los estudiosos que habrían efectuado el *revival* y, con mi sorpresa, he visto que en la nota 5, en donde están mencionados los italianos, el primero de los estudiosos citados soy yo, que en verdad, en la ponencia oral sustentada en Cagliari, no había sido siquiera mencionado. No solo, sino que he constatado que Taruffo, casi como si hubiera devenido mi atento lector, ha recordado cuatro artículos míos, en su orden: *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)* (1995), *I problemi della giustizia civile tra passato e presente* (2003), *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie* (2002), y *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan* (2003)<sup>N<sup>DT</sup></sup>.

Al agradecer a Taruffo por tanta atención, debo decir que, lamentablemente para mí, esas cuatro obras no han sido citadas en sentido adhesivo, sino para sostener que en ellas se propugna una tesis “no clara”, enunciada con “lenguaje común”, “incongruente”, “no neutral” y “ni siquiera inocuo”, sino “fuente de confusiones y malentendidos”<sup>3</sup>.

Las críticas, pues, son bastante severas. Más, no son las únicas, ni las más graves, porque, más bien, Taruffo, tras haber evidenciado en otra nota que había injustamente acusado de autoritarismo al Reglamento josefino de 1781, que en cambio, según Sprung, sería liberal<sup>4</sup>, ha aumentado la dosis sosteniendo que no está claro ni a qué tipo de régimen político autoritario los sostenedores del *revival* se referirían (si “el fascismo, el comunismo, el socialismo, el Estado asistencial e intervencionista, el Estado social, etc.”), ni cuál representante del liberalismo ellos invocarían ( si “Nozick, Rawls, Mill, Hayek, Croce o cualquier otro exponente de la teoría política liberal...”)<sup>5</sup>. En realidad, él ha asegurado, el régimen liberal que estaría en nuestros sueños es “aquél de los sistemas decimonónicos en los cuales regían las concepciones del proceso civil típicas del individualismo propietario”<sup>6</sup>; de forma que sería evidente que los nuestros serían solo “eslóganes polémicos sin valor científico”<sup>7</sup>.

Frente a este discurso, que tiene el tono, el corte y el aspecto de una verdadera lección, no sabría si de filosofía del derecho o de doctrina general del Estado, no puedo no confesar que nunca habría pensado oírme decir que estoy combatiendo por el individualismo propietario de

---

*Reglamento de Klein (el proceso civil entre libertad y autoridad)*, en *Batallas por la justicia civil*, Lima, 2003, p. 59 y ss.; *Los problemas de la justicia civil italiana entre pasado y presente*, en *Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional*, Lima, 2003, p. 67 y ss. (que es una versión parcialmente distinta a la publicada en Italia en la *Rivista di diritto civile*); *El proceso civil italiano entre eficiencia y garantías*, en *Batallas por la justicia civil*, cit., p. 166 y ss.; *El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes*, en MONTERO AROCA (COORD.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia y quince ensayos*, Valencia, 2006, p. 81 y ss.

<sup>3</sup> TARUFFO, *op. cit.*, pp. 453 y 454.

<sup>4</sup> TARUFFO, *op. cit.*, p. 455, en nota.

<sup>5</sup> TARUFFO, *op. cit.*, pp. 454 y 455.

<sup>6</sup> TARUFFO, *op. cit.*, p. 456.

<sup>7</sup> TARUFFO, *op. cit.*, p. 458.

<sup>8</sup> Así TARUFFO, *op. cit.*, p. 452. Se querrá además considerar que yo jamás en mi vida he utilizado el adjetivo

los sistemas decimonónicos, o sea, si he entendido bien, por aquellos que en mi tierra se llaman los agrarios y los latifundistas. Al tomar nota de ello, espero que se me consentirán algunas observaciones.

### 3. Algunas observaciones

Primeramente, quisiera evidenciar que el título del segundo ensayo citado por Taruffo era y es un tanto distinto, y precisamente *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*. Entiendo que se trata de una nimiedad, menos que un *lapsus*, decididamente no confundible con los altísimos argumentos filosóficos que me han sido opuestos, pero espero que lo evidenciado, aún en su pequeñez, no aparezca del todo fuera de lugar. También porque, a la luz de lo que estoy por decir, no hay que excluir que Taruffo, de ese ensayo, no haya leído siquiera el título.

Quisiera luego observar que esos cuatro ensayos míos están todos citados de una manera solo aparentemente normal, porque, si es verdad que están indicadas las revistas en las cuales han aparecido, los correspondientes años y las páginas en la que es posible leerlos, es también verdad que las páginas no son aquellas en las que se encuentran las afirmaciones o las ideas que a Taruffo le ha parecido tener que criticar, sino más bien aquellas en las cuales los cuatro artículos inician. El lector, por tanto, es abandonado a sí mismo, en el sentido de que quien quisiera verificar con sus ojos dónde he escrito lo que sostiene Taruffo, debería leerse de la primera hasta la última página de los cuatro artículos, empresa bastante empeñosa, porque esos cuatro artículos constan, en su conjunto, de 120 páginas.

Y bien, no sé si alguien ha intentado encontrar en esos cuatro artículos las páginas o los pasajes en los cuales yo habría sostenido las ideas que Taruffo ha primero indicado y luego severamente criticado, pero debo decir que yo, no recordando haber escrito nunca que “la atribución al juez de poderes probatorios implica la asunción de una política antiliberal y sustancialmente autoritaria o incluso totalitaria”<sup>8</sup>, que es aquello que se me reprocha, he pacientemente releído esos cuatro artículos míos, llegando, como me imaginaba, a esta constatación: que en esas 120 páginas no hay ni el mínimo rastro de las ideas que el profesor Taruffo me ha tan cortésmente atribuido.

Ni hay que decir que se trate de un equívoco, es decir que Taruffo se haya confundido y

---

“totalitario” a propósito de cualquier proceso civil, y, más bien, justamente hace poco tiempo he tenido manera de confesar a otro profesor, el que me había acusado de querer un proceso sin proceso, que había aprehendido de él la grata noticia de la existencia de los “códigos totalitarios”: v. *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, en *Rivista di diritto processuale*, 2003, p. 457.

<sup>9</sup> Sobre los cuales v. no solo (como ha hecho Taruffo) CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*,

haya criticado una obra por otra o, mejor, cuatro obras por otra. No: yo nunca he escrito las cosas que él me ha atribuido, ni en esos ensayos, ni en ninguna otra parte, por la simple razón de que, al batallar por el garantismo (que creo que sea un tanto distinto del liberalismo), me he siempre ocupado de otros problemas, máximamente, diría, de la presencia del juez instructor en nuestro proceso, de las consecuencias que ella comporta y de las grandes limitaciones aportadas por el legislador de 1940 a las garantías de las partes, no solo en primer grado, sino, quizá y sobre todo, en sede de impugnación. Con la precisión de que, ocupándome de tales temas, no he ciertamente pretendido minimizar la gran importancia que, en particular en el plano teórico, tiene el principio dispositivo, ni mucho menos subvaluar la gravedad de los problemas levantados por los poderes probatorios oficiosos del juez<sup>9</sup>, pero, tanto porque las partes, por lo común, piden más pruebas de las necesarias (por lo que dando poderes oficiosos al juez, no se resuelve ningún problema), como porque los jueces, la más de las veces y al menos en Italia, “no se sirven siquiera de los poderes que tienen”<sup>10</sup>, nunca me he detenido *ex professo* sobre el tema, aunque debo también recordar que, mientras más de una vez me he topado con autos que disponen una consultoría técnica de oficio o, en apelación, la comparecencia personal de las partes<sup>11</sup>, no me ha ocurrido aún ver resolver una causa gracias a los poderes oficiosos del juez: poderes que, por tanto, no sirven tanto para llegar a la verdad, sino para tomarse un tiempo y, como consecuencia, para desplazar aún más el baricentro del proceso de las partes (y de sus defensores) al juez.

Con todo, prescindiendo de estas ideas mías, el destino quiso que en el Congreso de Cagliari yo hiciera una pequeña intervención, que para mi suerte vio la luz antes de la ponencia de Taruffo<sup>12</sup>. Y bien, como cualquiera puede constatar, he sí evidenciado que no se puede pensar de eludir el principio de la carga de prueba, que es un principio de civilización aún antes que un principio jurídico, con los poderes probatorios del juez, pero también advertí que los problemas en Italia son otros. En efecto, recordé que desde 1942 las pruebas son admitidas por un juez, el instructor, que no es el juez competente para juzgar el fondo, y que actualmente las

---

Milano, 1991, pp. 44 ss. y 83 y ss., sino también CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli, 1923, p. 725 s.; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1941, p. 207 (que obviamente invoca adhesivamente la calamandreiana *Relazione al re sul c.p.c.*, nn. 13 y 14); LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, en *Rivista di diritto processuale.*, 1960, p. 551 y ss.; *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, 6ª ed, al cuidado de COLESANTI, MERLIN y RICCI, Milano, 2002, p. 304 ss.; MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, p. 189 y ss.; PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2006, p. 281 y s.; MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, 4ª ed., I, Padova, 2007, p. 267 y ss.

<sup>10</sup> Así CALAMANDREI, *Il giudice istruttore nel processo civile*, (1955), en *Opere giuridiche*, al cuidado de CAPPELLETTI, V, Napoli, 1972, p. 647. Y v. también mi *Autoritarismo e garantismo nel processo civile*, en *Rivista di diritto processuale*, 1994, p. 45, en nota.

<sup>11</sup> Lo evidenciaba ya en mi *Autoritarismo e garantismo nel processo civile*, cit., p. 28, en nota.

<sup>12</sup> V. en efecto mi *Sulle prove nel processo civile*, en mi *Il processo civile nello Stato democratico*, Napoli, 2006, p. 233 y ss.

<sup>13</sup> V. mi *Sulle prove nel processo civile*, cit., p. 234 ss.

partes, en apelación, no pueden aportar nuevos documentos<sup>13</sup>. Por el contrario, no me rasgué ciertamente las vestiduras frente a la idea del juez que dispone pruebas de oficio, tanto es así que no tuve dificultad de decir que vería con favor el llamado juramento purgativo, o sea el juramento diferido por el juez a la parte no cargada<sup>14</sup>. También porque, agregaría, habría que saber cuáles pruebas se querría ver dispuestas de oficio: en Francia el juez puede disponer de oficio todas las medidas de instrucción (art. 10 *NCPC*), pero no puede ciertamente disponer la inspección corporal de los terceros; en Italia, en cambio, el juez no puede disponer de oficio todas las pruebas, pero, como Taruffo ha sorprendentemente omitido mencionar y subrayar, puede disponer con auto no impugnabile, la inspección corporal de los terceros (art. 118 *CPC*).

Se dirá que Taruffo, cuando envió a la prensa su ponencia, podía no recordar lo que yo había dicho en Cagliari y no haber aún leído lo que había luego escrito. Puede ser. Él, sin embargo, no podía no saber que poco antes había tenido manera de disentir de quien, frente al art. 254 del *CPC* napoleónico, que permitía al tribunal (y no al instructor) admitir de oficio (pero no con auto, sino con sentencia inmediatamente apelable) la prueba de testigos de los hechos concluyentes, había hablado de autoritarismo. Más bien, se da el caso de que en esa ocasión me había adherido a la enseñanza del maestro de Taruffo, Vittorio Denti, el cual, frente a esa norma había hablado sí de autoritarismo, pero entre comillas<sup>15</sup>. Como confirmación de que no es suficiente poder disponer pruebas de oficio para que se pueda hablar de autoritarismo. Pero es un hecho que Taruffo sin siquiera mencionar a su maestro, ¡me ha criticado a mí!

Por lo que respecta al Reglamento josefino, yo no había omitido hacer referencia al pensamiento de Sprung, pero había también recordado que toda la doctrina italiana era de opuesto parecer, no solo Pisanelli, Gianzana, Manfredini, Tarello y Taruffo, sino también Vittorio Denti<sup>16</sup>, que había puesto en evidencia que “el carácter principal del proceso civil austriaco era la preeminencia absoluta de los poderes del juez, que se ejercitaban desde el control sobre la formulación de la demanda judicial y que se extendían a la dirección del entero procedimiento”<sup>17</sup>. También esta vez, sin embargo, Taruffo (que en 1980, sobre ese Reglamento, había escrito cosas muy distintas<sup>18</sup>) ha preferido no mencionar a su maestro y ¡me ha criticado a mí!

---

<sup>14</sup> V. nuevamente mi *Sulle prove nel processo civile*, cit., p. 236.

<sup>15</sup> V. DENTI, *Giovanni Tarello e la storia della cultura processuale*, (1989), en *Sistemi e riforme*, Bologna, 1999, p. 150, sobre el cual v. mi *Le leggi della procedura nei giudizi civili del Regno delle Due Sicilie*, en *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, al cuidado de PICARDI y GIULIANI, Milano, 2004, p. XXXIV.

<sup>16</sup> V. mi *Nel centenario del Regolamento di Klein*, en *Rivista di diritto processuale*, 1995, p. 975 y s., también en nota.

<sup>17</sup> Así DENTI, *La giustizia civile*, Bologna, 1989, p. 14 y s. (cuyo pensamiento, en la edición del 2004, resulta ligeramente modificado: p. 16).

<sup>18</sup> V. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, Bologna, 1980, p. 37 s., el cual había sustancialmente compartido el pensamiento de Tarello al poner en evidencia “las acentuaciones de naturaleza burocrática y el papel preeminente asignado al juez [por el Reglamento josefino] en la dirección y el control del proceso”. Sucesivamente, sin embargo, ID., *Il processo civile nel Lombardo-Veneto*, en *Regolamento generale del processo*

Pero así es y es inútil insistir. Cuando se sustenta una ponencia batallando por el juez “activo” (casi como si se quisiera un juez “pasivo” o... intransitivo), ignorando los problemas que cotidianamente afligen a los operadores del proceso civil italiano y atribuyendo a los interlocutores tesis nunca sostenidas, se sale decididamente fuera del argumento. Si pienso que treinta años atrás Enrico Tullio Liebman, por mucho menos, dudó de la buena fe de Giovanni Tarello<sup>19</sup>...

#### 4. El autoritarismo procesal

Esta conclusión desaconsejaría proseguir el discurso, pero desde el momento que, como se ha visto, no parece que en doctrina se tengan ideas claras sobre el *ubi consistam* del autoritarismo procesal, puede quizá ser útil que yo diga que, a mi parecer, el autoritarismo no se tiene cuando se permite al juez proveer de oficio, sino, en línea de principio, cuando se está en presencia de una autoridad sin control, o sea, con referencia al proceso, cuando, por un lado, se atribuyen demasiados poderes discrecionales al juez, permitiéndole hacer sustancialmente lo que quiera sin temer ningún control, ni siquiera en sede de impugnación, y por el otro se establece “una mortificante disciplina impuesta a los abogados, por la preeminencia dada al principio de oficialidad en detrimento de aquél dispositivo”<sup>20</sup>.

Años atrás, en el ensayo con el cual inicié mi pequeña batalla en contra del autoritarismo y en favor del garantismo en el proceso civil italiano, que no casualmente intitulé *Autoritarismo y garantismo en el proceso civil*, que naturalmente Taruffo no ha siquiera citado, puse en epígrafe algunas palabras de un gran procesal civilista italiano del Ochocientos, Luigi Mattiolo, el cual, quizá porque había ensañado también filosofía del derecho, había advertido:

“El procedimiento judicial representa la necesidad de sustituir la *licencia* y el *arbitrio* de las partes y del juez por el *sistema de la legalidad*”.

De allí que está o debería estar claro que quería decir que no se podía y no se puede continuar desconfiando siempre de las partes y confiándose solo en el juez, no solo y no tanto porque también el juez puede equivocarse y/o abusar de sus poderes, sino también y sobre todo porque no tiene ningún sentido suponer que al juez le puedan importar las causas civiles más de cuanto le importan a la partes. Por tanto, advertí que “el autoritarismo procesal no consiste solo en inundar el proceso de multas a cargo de las partes, sino también, y diría sobre todo, en el ampliar los poderes discrecionales del juez en despecho de las garantías de las partes, de la

---

*civile pel Regno Lombardo-Veneto*, al cuidado de PICARDI y GIULIANI, Milano, 2003, p. XIII s., ha netamente cuestionado el diagnóstico de Tarello.

<sup>19</sup> Cfr. LIEBMAN. *Storiografia giuridica “manipolata”*, en *Rivista di diritto processuale*, 1974, p. 121.

<sup>20</sup> Así CALAMANDREI, *Giuseppe Chiovenda*, en *Rivista di diritto processuale*, 1947, I, p. 175.

<sup>21</sup> V. mi *Autoritarismo e garantismo nel processo civile*, cit., p. 32 y s.

certeza del derecho y del principio de la paridad de armas”<sup>21</sup>. No solo, sino que precisé que “un código que quita garantías a las partes y da poderes discrecionales al juez, es, en cualquier latitud, un código iliberal y autoritario”; y, citando el gran bello libro de Luigi Ferrajoli sobre el garantismo penal, precisé que estas ideas estaban desde siempre fuera de discusión con referencia al proceso penal, por lo que resultaba paradójica la oposición —“por motivos técnicos”— a su actuación en el proceso civil<sup>22</sup>.

Por lo tanto, es bastante extraño que, mientras yo trato de no hacer olvidar que nuestro bienamado CPC, en su redacción original, permitía al juez disponer una caución para las costas (art. 98), ordenar el arresto de los testigos (art. 256) y declarar de oficio la extinción (art. 256), pero no permitía a las partes impugnar inmediatamente las sentencias parciales, si siquiera sobre las demandas acumuladas (art. 340), Taruffo, citando a todos los más grandes filósofos del mundo, pero evitando cuidadosamente citar los artículos del código, garantiza que nuestro CPC no tenía nada que ver con el autoritarismo del fascismo. Y es verdaderamente sorprendente que, mientras yo denuncié el autoritarismo de un código que aún considera hacer obra útil construyendo a las partes a vaciar el famoso y afamado saco, y que pese a ello impide a las partes obtener sentencia desde la primera audiencia, que transforma las sentencias apelables en autos no impugnables, que parte del ridículo supuesto de que todos los abogados quieran solo perder tiempo, que establece el juez instructor y le permite no solo de “arrimar” las excepciones (quizá fundadas...) del demandado (art. 187, 3º párrafo), sino también establecer si y cuando las partes podrán hablar con el colegio y acceder a la fase de la decisión de la causa, etc., Taruffo pasa por alto el fundamental art. 187, 3º párrafo del CPC (del cual se intentaría en vano encontrar rastro en sus *Lezioni...*)<sup>23</sup>, sostiene púdicamente que el art. 118 consiente al juez de “disponer de oficio la inspección”<sup>24</sup> (casi como si no fuera cierto que esa norma permite expresamente al juez de disponer también ¡la inspección corporal de los terceros!...), y me reprocha no tener ideas claras ni sobre el autoritarismo ni sobre el liberalismo. Es demasiado fácil excluir el autoritarismo del código de esta manera: es verdad que nuestro jueces son más serios que nuestro legislador (de 1940), tanto es así que, por ejemplo, hasta ahora no resulta que hayan nunca dispuesto de oficio la inspección corporal de un tercero, pero esto no autoriza a la doctrina a pasarlo por alto, ni mucho menos a aventurarse en improbables lecciones de filosofía.

La verdad es que esta batalla por los poderes probatorios oficiosos del juez me hace sospechar que quizá no se ha advertido que los tiempos en los cuales “el mismo juez proveía de oficio tanto a la acusación como a la defensa del imputado” (*iudex supplere debet defensiones*

---

<sup>22</sup> V. nuevamente mi *Autoritarismo e garantismo*, cit., p. 30 en nota.

<sup>23</sup> V. TARUFFO, en COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, 4ª ed., I, Bologna, 2006, p. 393.

<sup>24</sup> V. nuevamente TARUFFO, *Lezioni*, cit., I, p. 425.

<sup>25</sup> DELLA VENERIA, *L'inquisizione medievale ed il processo inquisitorio*, Milano, 1939, p. 135.



*rei ex officio*)<sup>25</sup> pertenecen al pasado remoto. No casualmente, ya cien años atrás Giuseppe Chiovenda, al que se continúa atribuyendo la paternidad de las “publicísticas” ideas del CPC de 1940, previno que “el aumento de los poderes en manos del juez es peligroso”<sup>26</sup>, precisó que “el campo del juez y el del defensor deben ser netamente separados”, advirtió que “las partes son los mejores jueces de su defensa y que nadie puede conocer mejor de ellas cuáles hechos alegar y cuáles no”<sup>27</sup>, y agregó: “si es un mal que a veces la defensa de las partes esté mal conducida, es mal peor alentar las fáciles aspiraciones a la omnisciencia y a la omnipotencia de los jueces”<sup>28</sup>. Por tanto, quien batalla por permitir al juez disponer pruebas de oficio, no hace un buen servicio a la causa de la eficiencia del proceso civil y, a mi parecer, hace solo fácil y estéril demagogia.

## 5. El código, el fascismo y las pruebas documentales

Una mención, finalmente, a las páginas en las que Taruffo, siempre en la ponencia sobre las pruebas, se ha expresado sobre la ideología subyacente a nuestro código, a cuyo propósito ha escrito:

“Sobre la naturaleza autoritaria o no autoritaria del proceso civil italiano no es del caso explayarse en esta sede. Quisiera solo reiterar la opinión que expresé años atrás, y que me parece aún fundada, según la cual el código de procedimiento civil no era para nada un código “fascista”, salvo algunos ornamentos retóricos que —quizá inevitablemente, dado que se estaba en 1940— estaban presentes en la *Relazione*”<sup>29</sup>.

Frente a estas afirmaciones, es del caso evidenciar que aquí Taruffo, a diferencia de lo que había hecho algún mes antes en un artículo publicado en el *Corriere della sera*, en donde se había limitado a asegurar que el código no tenía nada que ver con el fascismo<sup>30</sup>, ha afirmado

---

<sup>26</sup> Así CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, (1901), en ID., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, al cuidado de PROTO PISANI, I, Milano, 1993, p. 372.

<sup>27</sup> Así CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 729; ID., *Identificazione delle azioni. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”*, (1903), en ID., *Saggi*, cit., I, pp. 175 e 176.

<sup>28</sup> Así CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni*, cit., p. 177.

<sup>29</sup> TARUFFO, *Poteri probatori*, cit., p. 461.

<sup>30</sup> Cfr. TARUFFO, *Quel codice non era fascista*, en *Corriere della sera*, 9 abril 2006, p. 31, en crítica a la entrevista que había concedido dos meses antes, y precisamente el 26 de enero, a un periodista del *Corriere*, Antonio Carloti, al cual, repitiendo cosas ya escritas y documentadas en sede científica, había declarado que el CPC era el “código fascista por excelencia” (que son las palabras de d’Amelio), excluyendo, sin embargo que a Calamandrei se le pudieran hacer imputaciones por como había sido hecho el código y, más bien, reconociendo que Calamandrei se había esforzado para limitar los daños a los derechos y a las garantías de las partes. Es quizá oportuno evidenciar que, frente a mi entrevista (no ciertamente solicitada por mí), Taruffo ha considerado responder (no con una carta al *Corriere*, como hacen los comunes lectores, sino) con un artículo en el mismo *Corriere*, en el cual ha por lo demás hecho afirmaciones nunca hechas antes en sede científica, y precisamente

*apertis verbis* que para él permanece aún válida “la opinión expresada años atrás” en sede científica, es decir en su libro de 1980, o sea, para ser precisos, 26 años atrás<sup>31</sup>.

Ahora, si Taruffo nos dijera que le parece aún fundada la opinión expresada treinta años atrás en sus libros sobre la relevancia de la prueba y sobre la motivación de la sentencia, nosotros no podríamos ciertamente sorprendernos. Pero, a propósito del código, el discurso es distinto porque entre 1980 y el 2006 se han encontrado y publicado muchísimos documentos que nos han permitido aprehender una serie de hechos que en 1980 no conocíamos. Me refiero no solo a los 150 documentos, de 350, en conjunto, “preciosas páginas”<sup>32</sup>, que habían sido publicados por mí en 1992 y que al mismo Taruffo le parecieron como una “amplia documentación”<sup>33</sup>, sino también las ilustrativas actas del Consejo Nacional Forense presidido por Calamandrei, también ellas publicadas por mí<sup>34</sup>, al *Diario* del mismo Calamandrei, del cual hemos sabido que Grandi lo consideraba “el más fascista” de sus colaboradores<sup>35</sup>, y a las 800 páginas del reciente y documentadísimo libro de Nicola Rondinone, que nos han hecho conocer a un Calamandrei aún más dócil del que ya conocíamos, “siempre bueno y querido”, tanto que remitía toda “definitiva decisión” (¡también aquellas sobre la cosa juzgada!...) a Grandi, y un Grandi que, frente a la *relazione al re* escrita por el “no fascista” Calamandrei, no creía a sus propios ojos, tanto que dijo a su jefe de gabinete, Mandrioli, que para la exposición de motivos del Libro IV del Código civil se habría necesitado ¡“un Calamandrei”<sup>36</sup>! Por lo tanto, es por lo menos dudoso que Taruffo, tras haber callado por veintiséis años, pueda ahora (no solo escribir lo que escribió en el *Corriere della sera*, sino también) permitirse reiterar en sede científica lo que sostuvo en 1980, sin dar ninguna importancia al hecho de que la “amplia documentación” arriba indicada no ha ciertamente confirmado lo que escribió en 1980, cuando atribuyó la paternidad del juez instructor antes a Redenti y luego a Carnelutti<sup>37</sup>, y cuando le

---

que Calamandrei “con justa razón reivindicó su propia calidad de antifascista también en el momento en el cual había colaborado en la redacción del código”. Ello es bastante sorprendente, porque el debate científico se desarrolla en los libros y en las revistas, no en los diarios. En particular cuando se sabe bien que los demás, en los diarios, no pueden escribir: yo, en efecto, al artículo de Taruffo, he podido responder solo con una carta (que por lo demás el *Corriere* publicó al día siguiente y no tras dos meses y medio: véasela ahora en mi *Piero Calamandrei e la procedura civile*, cit., p. 247).

<sup>31</sup> Cfr. TARUFFO, *La giustizia civile*, cit., pp. 255 e 286 y ss.

<sup>32</sup> Así TARZIA, *Quattro Maestri sulla cattedra milanese di diritto processuale civile*, en *Rivista di diritto processuale*, 2004, p. 1226, en nota.

<sup>33</sup> Así, en referencia a los documentos publicados en mi libro sobre *Il codice di procedura civile*, cit., TARUFFO, *Procedura civile (codice di)*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XIV, Torino, 1996, p. 663.

<sup>34</sup> V. mi *La ribellione degli avvocati al c.p.c. del 1942 e il silenzio del Consiglio nazionale forense*, en *Rassegna forense*, 1992, I, p. 71 y ss., y en mi *Avvocatura e diritto alla difesa*, Napoli, 1999, p. 259 ss., que no me resulta que haya sido nunca mencionado por Taruffo.

<sup>35</sup> V., con fecha 2 marzo 1940, CALAMANDREI, *Diario*, al cuidado de AGOSTI, I, Firenze, 1982, p. 136

<sup>36</sup> Cfr. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003, pp. 331 e 352 (evidenciado en el texto).

<sup>37</sup> V. TARUFFO, *La giustizia civile*, cit., p. 259 en nota; ID., *Calamandrei e le riforme del processo civile*, en *Piero Calamandrei*, al cuidado de BARILE, Milano, 1990, p. 169.

pareció que Calamandrei habría batallado primero por “una concepción abogadil del proceso” y luego (ni más ni menos...) para hacer abrogar el código<sup>38</sup>!

Estando así las cosas, debe consentírseme decir que, si a pasar por alto esos documentos fuera un estudioso que no ha dedicado su vida y sus estudios a las pruebas, se podría también entender y pasar por alto; pero cuando quien ignora esos documentos es un estudioso que se inició con un volumen sobre la relevancia de la prueba, que ha escrito una mirada de ensayos y un entero libro sobre las pruebas, las típicas y las atípicas, que ha hecho de la búsqueda de la verdad en el proceso uno de sus caballos de batalla, que no casualmente es invitado a sustentar ponencias sobre la disciplina de las pruebas en toda Europa, entonces el discurso es distinto, porque tal estudioso debería saber que los documentos, no solo los públicos, sino también los privados, en particular cuando están conservados en el Archivo Central del Estado, no pueden ser descuidados porque, al menos y especialmente si no han sido desconocidos o declarados falsos, hacen plena prueba hasta querrela de falsedad de la proveniencia y de las declaraciones en ellos contenidas. Por tanto, desde el momento que no parece lícito discurrir de aquello que ocurrió en 1937-42 ignorando las pruebas documentales archivísticas a disposición; y desde el momento que no se puede seriamente hablar de la ideología de nuestro CPC minimizando las intenciones solemnemente proclamadas en la *relazione al re* y pasando por alto demasiados artículos del código, no queda sino esperar que el profesor Taruffo querrá releer con mayor atención esos documentos, la *relazione al re* y, sobre todo, el código.

## 6. Conclusiones y perspectivas: el precedente del prof. John Lightfoot

Una última cosa. En el Seiscientos, el prof. John Lightfoot, director del Saint Catharine's College de Cambridge, en base a las conclusiones a las que había llegado en 1650 el Arzobispo de Armagh, monseñor James Usserh, demostró en base a la cronología del Viejo Testamento, que la creación del hombre había ocurrido a las 9 horas de la mañana del 23 de octubre del 4004 antes de Cristo<sup>39</sup>.

El prof. Lightfoot, por haber sostenido esta singular tesis, no sufrió ninguna crítica, ni mucho menos fue removido de la autorizada cátedra de Cambridge. Más bien, parece que sus colegas, al menos en el momento, estuvieran muy orgullosos, porque la fecha del 23 de octubre ¡“coincidía justamente con el inicio del año académico”<sup>40</sup>!

---

<sup>38</sup> V. TARUFFO, *La giustizia civile*, cit., pp. 240, en nota, y 290.

<sup>39</sup> V. LEAKEY y LEWIN, *Origini. Nascita e possibile futuro dell'uomo*, (1977), trad. it. de PIPERNO y BULGARELLI, Roma-Bari, 1979, p. 21 y s.

<sup>40</sup> Así LEAKEY e LEWIN, *Origini*, cit., p. 22.

Los siglos pasan, el hombre va a la Luna, se inventan los ordenadores y los celulares, pero ciertos problemas permanecen. Hoy nadie osaría ya decir que la creación del hombre ocurrió a las 9 horas de la mañana del 23 de octubre del 4004 a.C., pero, en compensación como se ha visto, hay quien considera poder afirmar que en 1940 se hizo un código que no resentía de ninguna manera del autoritarismo del fascismo, legitimando así, a sesenta años de la Constitución republicana, la permanencia de determinadas normas en nuestro ordenamiento y la insistencia del legislador en las soluciones adoptadas, en pleno fascismo y con resultados fallidos, en 1940.

¿Qué decir, qué hacer? Diría, nada. Hay solo que proseguir por nuestro camino y tener paciencia. En la certeza de que tarde o temprano se cansarán de propugnar tesis que, por usar las palabras del profesor Taruffo, carecen completamente de “valor científico” y han además llevado al proceso civil italiano a la ruinoso situación en la cual se encuentra desde hace tiempo.