

EL JUEZ Y LA PRUEBA

Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare
debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*
y su repercusión actual

Joan Picó i Junoy
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat Pompeu Fabra, Barcelona

EL JUEZ Y LA PRUEBA

Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex
iudicare debet secundum allegata et probata, non
secundum conscientiam* y su repercusión actual

Prólogo
Manuel Cachón Cadenas
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Barcelona

PALESTRA EDITORES
Lima — 2023

345.7 953	Picó i Junoy, Joan El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual/ Joan Picó i Junoy; 1a ed. - Lima: Palestra Editores; 2023. 345 p.; 14.5 x 20.5 cm. (Colección Proceso, Derecho y Sociedad, N° 4) D.L. 2023-03921 ISBN: 978-612-325-340-0 1. Derecho procesal civil 2. Prueba 3. Interpretación y aplicación 4. Jueces 5. Atributos
---------------------	--

N° 6

COLECCIÓN

Proceso, Derecho y Sociedad

Directores:

Luiz Guilherme Marinoni
Giovanni Priori Posada

Coordinador:

Christian Delgado Suárez

El juez y la prueba

Joan Picó i Junoy

Primera edición, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2007

Para la colección Proceso, Derecho y Sociedad, Lima, 2023

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de los titulares del Copyright.

© Copyright 2007: JOAN PICÓ I JUNOY

© Copyright 2023: PALESTRA EDITORES S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 Lima 18 - Perú

Telf. (511) 6378902 / 6378903

palestra@palestraeditores.com

www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación: ALEPH IMPRESIONES S. R. L.

JR. RISSO 580 - LINCE

MAYO, 2023

CUIDADO DE ESTILO Y EDICIÓN: MANUEL RIVAS ECHARRI

DIAGRAMACIÓN: JOHN PAOLO MEJÍA GUEVARA

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2023-03921

ISBN: 978-612-325-340-0

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en el Perú | Printed in Peru

Contenido

Presentación a la edición peruana	11
Prólogo	13
Introducción.....	19

Primera parte

Origen, formulación y recepción actual del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*

I. Hipótesis de trabajo, plan de estudio y metodología	27
II. Breve precisión terminológica.....	32
III. Formulación del brocardo	38
1. Introducción: el digesto como fuente de glosa y comentario	38
2. Formulación del brocardo	40
2.1. En los glosadores de la Escuela de Bolonia (Duranti, Accursio y Azón)	40
2.2. En los decretistas –o glosadores canonistas– (Raimundo de Penyafort)	42
2.3. En los comentaristas o postglosadores (Bartolo de Saxoferrato, Baldo de Ubaldis, Aegidio de Viterbio, Marantae Venusini y Alberico de Rosate)	43
2.4. De los humanistas a los neohumanistas (D. Gothofredus, Tholofano, Ferosini y Von Leeuwen).....	44

2.5. En las obras posteriores sobre repertorios de aforismos y brocardos.....	45
IV. Recepción del brocardo en la doctrina procesalista.....	47
1. Estudio de la doctrina alemana.....	47
1.1. Correcta formulación del brocardo.....	47
1.2. Errónea formulación del brocardo desde Wach.....	50
1.3. Doctrina que evita la mención del brocardo.....	53
2. Estudio de la doctrina italiana.....	57
2.1. El brocardo en la obra anterior a Chiovenda.....	57
2.2. La incorrecta recepción chiovendiana del brocardo.....	60
2.3. La doctrina postchiovendiana.....	62
2.3.1. Introducción.....	62
2.3.2. La obra de Calamandrei, Carnelutti y Betti: consolidación de la errónea recepción del brocardo.....	63
2.3.3. Mantenimiento del error en la doctrina posterior....	66
2.3.4. Omisión doctrinal del brocardo.....	72
2.3.5. Doctrina que formula correctamente el brocardo.....	74
3. Estudio de la doctrina francesa.....	83
4. Estudio de la doctrina española.....	86
4.1. Introducción.....	86
4.2. Prácticos forenses y procedimentalistas.....	87
4.2.1. Introducción.....	87
4.2.2. Doctrina anterior a la LEC de 1855.....	87
4.2.3. Comentaristas de la LEC de 1855.....	91
4.2.4. Comentaristas de la LEC de 1881.....	94
4.3. Doctrina procesal del siglo XX.....	98
4.3.1. Introducción.....	98
4.3.2. Doctrina clásica: Miguel y Romero, Guasp, Prieto-Castro y Gómez Orbaneja.....	98
4.3.3. Doctrina actual.....	102
a) Doctrina referente a los principios procesales.....	102
b) Doctrina referente a la prueba.....	105
c) Doctrina referente a la congruencia.....	108

- 4.4. Evolución de la jurisprudencia del TS..... 110
 4.5. Resultado final de la errónea recepción del brocardo:
 su plasmación normativa en el art. 216 LEC 114

Segunda parte

El juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal

V. La iniciativa probatoria del juez civil	119
1. El principio dispositivo: alcance.....	119
2. El principio de aportación de parte.....	121
2.1. Delimitación conceptual	121
2.2. Reflexiones críticas sobre los argumentos tradicionales contrarios a la atribución de iniciativa probatoria al juez civil	125
2.3. Límites constitucionales a la iniciativa probatoria del juez civil.....	142
2.4. Justificación de la iniciativa probatoria del juez civil....	144
2.5. El principio de aportación de parte en el nuevo proceso civil.....	147
2.6. La solución española «de compromiso»: el art. 429.1.II LEC.....	150
VI. La iniciativa probatoria del juez penal	156
1. Breve aproximación sobre el principio acusatorio.....	156
2. Vigencia del principio acusatorio en los actuales códigos procesales penales y la iniciativa probatoria del juez penal.....	159
2.1. Vigencia del principio acusatorio.....	160
2.1.1. En los ordenamientos jurídicos de los estados europeos.....	160
2.1.2. En los ordenamientos jurídicos de los estados latinoamericanos.....	161
2.2. Iniciativa probatoria del juez penal	163
2.2.1. En los ordenamientos jurídicos de los estados europeos	163
2.2.2. En los ordenamientos jurídicos de los estados latinoamericanos	165

3. El caso español	170
3.1. Regulación de la iniciativa probatoria del juez en el juicio oral	170
3.2. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: una doctrina por definir.....	170
3.2.1. Doctrina jurisprudencial contraria a la iniciativa probatoria <i>ex officio iudicis</i>	171
3.2.2. Doctrina jurisprudencial a favor de la iniciativa probatoria <i>ex officio iudicis</i>	173
3.3. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a favor de dicha iniciativa probatoria....	175
3.4. Opinión personal	181
3.4.1. Introducción: el incorrecto entendimiento del principio acusatorio y su exacerbación	181
3.4.2. Fundamento de una limitada iniciativa probatoria del juez penal.....	185
3.4.3. Derechos que pueden verse afectados por una ilimitada iniciativa probatoria del juez penal.....	190
3.4.4. Límites de dicha iniciativa probatoria.....	190
4. Reflexiones finales	193
VII. Conclusiones.....	195
VIII. Fondo documental.....	199
IX. Principales abreviaturas	293
X. Bibliografía	296

PRESENTACIÓN A LA EDICIÓN PERUANA

Para la colección Proceso, Derecho & Sociedad, que dirigimos con Luiz Guilherme Marinoni, es un honor incorporar el importante libro del profesor Joan Picó i Junoy “El Juez y la prueba: Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual”. Es un doble honor. Primero, por el autor, al incorporar a uno de los juristas iberoamericanos contemporáneos más importantes en la lista de autores de la colección; y, segundo, por incorporar en ella a una de las obras más trascendentes en la literatura procesal iberoamericana de nuestro tiempo.

Sabida es la importante contribución del profesor Picó i Junoy a los estudios del derecho procesal en Iberoamérica. De ellos destaca, con ocasión de la presentación de uno de sus libros en esta colección, su relevante y vasta obra sobre la prueba, a la cual se unen sus importantes contribuciones en materia de principios y garantías constitucionales de las partes en el proceso. Ningún tema sobre prueba parece haberse escapado del análisis agudo y el serio escrutinio al que nos tiene acostumbrados el autor. En esta oportunidad el autor estudia, con base en las fuentes del derecho común, los verdaderos alcances del brocardo *iudex iudicare debet*

secundum allegata et probata, non secundum conscientiam, y explica su importante hallazgo: el error en el que incurrió cierta doctrina alemana e italiana al formular y enseñar dicho brocardo, así como el modo como se difundió dicho error entre diversos estudiosos del derecho procesal, especialmente entre aquellos que buscaban justificar la tesis de que los jueces no pudieran tener iniciativa probatoria.

Aun cuando la tesis planteada por el profesor Picó i Junoy es que el brocardo objeto de estudio no sirve para poder resolver el debate sobre si los jueces deben tener o no iniciativa probatoria, la obra que ahora se incorpora a la colección es una de las más importantes contribuciones académicas en el contexto de tan importante debate, que dividió a la doctrina procesal iberoamericana en los primeros años del siglo XXI y al que se sumó una parte importante de la doctrina italiana contemporánea. De este modo, cuando se escriba la historia del derecho procesal iberoamericano del siglo XXI, este libro ocupará un lugar muy especial, pues marca un derrotero fundamental en dicho debate, pero también en el intenso y fructífero diálogo que desde hace más de un siglo existe entre la doctrina procesal iberoamericana y la italiana.

El libro, que contiene un importante prólogo del profesor Manuel Cachón Cadenas, incorpora además un análisis del autor sobre la iniciativa probatoria del juez en el proceso civil y el penal.

Finalmente, el libro que ahora se incorpora a la colección es una de las obras que permiten conocer auténticamente a su autor: agudo, versado, analítico, claro, sistemático, profundo y minucioso. Por ello, su publicación en Latinoamérica, a través de la editorial Palestra, es una enorme contribución al debate, la difusión y el estudio del derecho procesal en esta parte del mundo.

Lima, abril de 2023.

GIOVANNI F. PRIORI POSADA

Profesor principal de Derecho Procesal
de la Pontificia Universidad Católica del Perú

PRÓLOGO

El nombre del profesor Joan Picó i Junoy resulta sobradamente conocido para todos los juristas que, por razones profesionales o por afición intelectual, se mantienen al tanto de la literatura procesal española. La productividad científica del profesor Picó alcanza una dimensión tan extraordinaria, que, a pesar de su juventud, ya es autor de una entera y extensa biblioteca de derecho procesal. Por otra parte, a sus numerosas monografías, artículos y restantes trabajos, hay que añadir las muchas obras colectivas que ha dirigido o coordinado. Pocos serán los temas procesales, si es que hay alguno, que, en mayor o menor medida, no hayan sido objeto de atención doctrinal por parte del profesor Picó. Nadie que esté mínimamente familiarizado con los estudios procesales españoles ignora que es, con mucho, uno de nuestros autores más prolíficos. Por todo ello, es normal que el profesor Picó goce ya de un notable y merecido renombre más allá de nuestras fronteras, principalmente en el mundo jurídico iberoamericano e italiano.

Todo esto viene a cuento de lo que sigue. Es sabido que una de las finalidades tradicionalmente asignadas al prólogo consiste

en presentar o dar a conocer al autor de la obra prologada. Pues bien, de cuanto va dicho se desprende, por su propio peso lógico, que, en este caso, el objetivo mencionado ha de ser excluido por innecesario. Y así se lo dije al profesor Picó cuando me hizo el honor de pedirme que prologara su libro. Pero la persistencia del profesor Picó transformó su petición en obligación moral, bien que muy placentera, para mí.

En la inmensa producción bibliográfica del profesor Picó, hay una materia que destaca, por ser, hasta ahora, la predilecta del autor: la prueba, con especial preponderancia de la prueba en el proceso civil. “El derecho a la prueba en el proceso civil” (Barcelona, 1996) es, precisamente, el título de la excelente monografía del autor que recoge su tesis doctoral, defendida en la Universidad de Barcelona. A propósito de dicha tesis doctoral, y dado que no son muchas las ocasiones que uno tiene para poner estas cosas por escrito, es de justicia recordar aquí que fue elaborada bajo la paciente y generosa dirección de la profesora Victoria Berzosa Francos, y debo añadir que, según me consta, el profesor Picó se ha sentido, y se siente, en perenne deuda de gratitud para con su maestra, la profesora Berzosa. Pues bien, dentro del tema de la prueba, una de las preocupaciones doctrinales prioritarias del profesor Picó ha consistido, como él mismo señala en la “Introducción” de la presente obra, en la búsqueda de un adecuado equilibrio entre la iniciativa probatoria del juez y la actividad probatoria de las partes. Desde este punto de vista, este nuevo libro del profesor Picó constituye, ya desde el título (*El juez y la prueba*), una prolongación del mismo filón temático.

Ahora bien, la relevancia doctrinal y la originalidad de la obra que ahora se prologa, y muy especialmente de la primera parte del libro, son excepcionales, entendido este término en su sentido estricto de aquello que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez. Puesto que, como he indicado, las aportaciones más novedosas del trabajo del profesor Picó se encuentran en esa primera parte, debo referirme a la misma con más detenimiento que a la segunda, y última, parte de la obra.

En realidad, si se tiene en cuenta el subtítulo general del libro (“Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual”), y se lee luego el título específico de la primera parte de la obra (“Origen, formulación y recepción actual del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*”), se obtiene ya una noticia bastante completa acerca del contenido esencial de esa primera parte.

Como casi todos los hallazgos científicos importantes, el punto de partida del efectuado por el profesor Picó en esta obra parece sencillo. Pero, como casi siempre ocurre, esa apariencia es un mero espejismo. La aportación doctrinal pasa a ser sencilla solo cuando su autor ha sabido encontrar, plantear y resolver satisfactoriamente el problema de que se trate. En este caso, el profesor Picó se percató, en su día, de dos cosas interrelacionadas: 1) por un lado, numerosos autores utilizan la fórmula latina *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, u otra equivalente, hasta el punto de que esa es la modalidad más frecuente que adopta actualmente la formulación del mencionado aforismo jurídico; 2) por otra parte, algunos de esos juristas, entre los que se incluyen insignes maestros del derecho procesal, afirman que el origen del referido apotegma jurídico se encuentra en determinados autores del *ius commune*.

A partir de aquí, la curiosidad científica y el afán investigador del profesor Picó se pusieron en marcha: aunque, *a priori*, no había razones para dudar de la exactitud de la afirmación reiterada por aquellos ilustres maestros, era necesario acudir a las fuentes, a fin de consultar directamente las obras originales de los juristas de la Escuela de Bolonia en los que, al decir de los mencionados maestros, figuraban las primeras formulaciones del aforismo jurídico en la forma indicada, o en otra semejante. Y el autor experimentó la primera sorpresa importante: la versión más habitual que adopta en la actualidad la cita del aforismo (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, u otra fórmula similar) difiere

sustancialmente, en dos aspectos esenciales, del modo en que dicho apotegma jurídico aparece enunciado en las obras de aquellos juristas del *ius commune*: 1) por lo pronto, en la formulación de estos juristas, no se incluye ninguna alusión explícita a las partes, es decir, falta el vocablo *partium* (u otros equivalentes); 2) en segundo lugar, la formulación del aforismo que realizan los mencionados juristas medievales no solo expresa el deber del juez de juzgar *secundum allegata et probata*, sino que también comprende, como inciso final, una prohibición (*non secundum conscientiam*), que viene a completar la mencionada exigencia establecida en la primera parte de la máxima.

Posteriormente, el profesor Picó siguió consultando incontables obras de juristas medievales, así como de autores correspondientes a periodos históricos posteriores y de procesalistas contemporáneos. El profesor Picó ha escrutado decenas y decenas de trabajos pertenecientes a juristas alemanes, italianos, franceses y españoles, y una abundante jurisprudencia. En esta tarea, que ha obligado al autor a peregrinar por un sinfín de bibliotecas públicas y privadas, españolas y extranjeras, ha empleado innumerables horas, a lo largo de más de diez años, como él mismo advierte en la “Introducción” del libro.

Pero el esfuerzo no ha sido vano. El autor ha descubierto que, en contra de lo sostenido por los egregios juristas a que se ha hecho referencia, el aforismo jurídico en cuestión, desde su creación por los autores medievales del *ius commune* y a lo largo de los siglos posteriores, venía siendo formulado sin aludir a las partes, esto es, sin contener la expresión *partium* (ni otro vocablo equivalente), e incluyendo la prohibición de que el juez juzgara *secundum conscientiam*. El profesor Picó demuestra que fue a partir de finales del siglo XIX, es decir, en pleno apogeo del liberalismo procesal, cuando se comenzaron a introducir las dos modificaciones o, si se prefiere, manipulaciones ya mencionadas: 1) la inclusión del término *partium* (u otro de significado idéntico); 2. y la supresión del inciso final *non secundum conscientiam*.

Esas dos variaciones encontraron acogida en las obras de otros muchos juristas correspondientes a las siguientes generaciones. Y así se ha llegado al momento presente, en que, como se ha dicho, la formulación más frecuente del aforismo jurídico, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, contiene las dos alteraciones referidas. A su vez, esa misma versión también ha encontrado eco en la redacción dada al art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

En principio, nada obsta para que un autor, queriendo aprovechar la concisión insuperable de la lengua latina, opte por enunciar en esta lengua, advirtiéndolo expresamente, una idea propia o, en general, una noción o una regla jurídica relativamente moderna, en el sentido de ser posterior no solo al derecho romano propiamente dicho, sino también al *ius commune*. Ahora bien, cuando un jurista acude a la lengua latina para formular o citar un aforismo, y no efectúa ninguna advertencia ni aclaración complementaria, se está beneficiando, voluntaria o involuntariamente, de la legitimación o apoyatura que proporciona lo antiguo, lo histórico, lo consagrado por una tradición multiseular. Y esto es lo que ha ocurrido con el aforismo latino objeto de la obra del profesor Picó. Al día de hoy, cuando dicho aforismo aparece enunciado con las dos modificaciones mencionadas, el autor que efectúa la cita da por supuesto que está reproduciendo la versión originaria de ese apotegma. Y, de esta forma, intenta reforzar, con el peso de la raigambre histórica, la idea jurídica expresada a través del aforismo. Pues bien, a partir de la obra del profesor Picó, cabe afirmar que es errónea aquella creencia en la identidad entre la formulación originaria del mencionado aforismo jurídico y la versión más frecuente que el mismo adopta actualmente. Por lo demás, huelga decir que esta obra, como cualquier trabajo científico, no es un dogma de fe, pero quien intente su refutación ha de pechar con la carga de proporcionar pruebas contrarias a las aportadas por el autor, que sean, al menos, de igual consistencia que estas.

La escrupulosidad científica del profesor Picó lo ha inducido a insertar, al final del libro, un riquísimo apéndice documental, que reproduce los pasajes relevantes de algunas de las obras más antiguas consultadas por el autor.

En relación con la primera parte de la obra prologada, hay otras dos cosas que, aun separadas en el tiempo, conviene mencionar una a continuación de la otra: a) este trabajo constituye el segundo ejercicio que el autor presentó al concurso público para optar a la plaza de Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Rovira i Virgili, plaza que obtuvo por méritos propios; b) por otra parte, como consecuencia de la excepcional relevancia científica de este trabajo del profesor Picó, una versión amplia del mismo verá también la luz en Alemania e Italia, al haber sido aceptado para su publicación en las prestigiosas revistas *Zeitschrift für Zivilprozeß International* y *Rivista di diritto processuale*.

El autor ha completado el libro con una interesante segunda parte, en la que ha incluido dos trabajos referidos, respectivamente, a la iniciativa probatoria del juez civil y la iniciativa probatoria del juez penal, que había presentado en sendos congresos internacionales de derecho procesal.

En suma, estamos ante una obra que, a mi juicio y sin hipérbole de ninguna clase, honra a su autor, a la Universidad y a la ciencia jurídica.

Cabañeros del Páramo, 6 de agosto de 2007

MANUEL CACHÓN CADENAS
Catedrático de Derecho Procesal

INTRODUCCIÓN

1. Una de las afirmaciones que históricamente se ha ido repitiendo de forma acrítica y sin contrastar las fuentes originales es la que mantiene que el juez civil no debe tener ningún tipo de iniciativa probatoria, pues, como ya destacaron los glosadores con su célebre brocardo, *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium*, y se citó a continuación, a modo de autoridad, las obras de Duranti, Azón y Accursio.

Este modo de proceder lo encontramos en la obra de relevantes procesalistas: así, por ejemplo, Liebman, para quien dicha «massima risale ai Glossatori, cfr. Duranti, *Speculum iud.*, II, 3, § 5, n. 1»¹; o Millar², cuando afirma que «various facets of the principle

¹ Liebman, E.T., *Fondamento del principio dispositivo*, en «Riv. dir. proc.», 1960, p. 551 (nota 1).

² *The formative principles of civil procedure (I)*, en «Illinois Law Review», vol. XVIII, 1923, mayo, num. 1, p. 10 —este estudio aparece publicado en tres partes: en el n.º 1, de mayo, pp. 1 a 36; el n.º 2, de junio, pp. 94 a 117; y el n.º 3 de noviembre, pp. 150 a 168— (existe una versión en castellano de todo este estudio con el título *Los principios formativos del procedimiento civil*, traducción de Catalina Grossmann, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1945 —la cita del texto se encuentra en la p. 65—). Se trata de una obra de especial influencia en la doctrina no solo del ámbito anglosajón sino, muy especialmente, merced a su traducción al castellano, en la doctrina latinoamericana. Esta obra —en palabras de Calamandrei— constituye una «precisa, clara y eficaz exposición de los principios fundamentales del proceso civil, que constituyen la razón

[el *Verhandlungsmaxime*], as thus appearing, are denoted by the following maxims of the mediaeval Roman Law: [...] *judex iudicat secundum allegata et probata partium* [y cita en la nota 53 las obras de Bar, Kleinfeller y Heilfron con Pick³]. Y este planteamiento erróneo lo realizan igualmente autores actuales como Domingo, para quien este «aforismo» se encuentra ya en la base del proceso clásico romano, tomando como punto de referencia la obra de Azón (Brocarda, rúbrica 20, n.º 8, fol. 124)⁴; o Vázquez Sotelo,

y la medida de las participaciones científicas sobre las cuales pueden agruparse sistemáticamente los varios tipos de procesos de todos los países y de todos los tiempos» (reseña bibliográfica al trabajo de Millar publicada en el primer número de la «Riv. dir. proc.», 1924, p. 115). Y, de igual modo, Couture, en el prólogo a la versión castellana, destaca que la obra de Millar «es uno de los documentos fundamentales para el estudio del derecho procesal comparado. Dificilmente podrá prescindir de él quien quiera saber por virtud de qué fenómenos de decantación histórica se ha llegado hasta nuestras instituciones actuales en el orden del proceso civil y de qué manera los problemas de hacer la justicia han sido resueltos a lo largo del tiempo y del espacio» (prólogo a la obra citada, p. 9).

³ Ya anticipo, como se verá en el apartado IV. A), que, contrastados los originales de las tres fuentes doctrinales alemanas citadas por Millar, solo la tercera recoge la «máxima del derecho romano medieval» en los términos que utiliza este autor: así, en la obra de Bar (*Civilprozess*, en «Encyklopädie der Rechtswissenschaft», dir. Franz von Holtendorff, edit. Dunker & Humblot, Leipzig, 1890, pp. 766 a 855) ni tan solo se cita el brocardo; en la de Kleinfeller (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 1ª edic., edit. Franz Vahlen, Berlin, 1905, pp. 179 y 196) aparece formulada correctamente —y no como lo hace Millar—; y es en la de Heilfron y Pick (*Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, I, 29 edic., edit. Speyer & Peters, Berlin, 1910, p. 448) en la que se menciona incorrectamente el brocardo con el mismo contenido dado por Millar.

⁴ Domingo, R. (con Rodríguez-Antolin, B.), *Reglas jurídicas y aforismos*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 71. Siguiendo a este autor, Montero Aroca también se refiere al «brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*», indicando que «literalmente puede que el brocardo no sea propiamente romano, pero ya se encuentra por ejemplo en Azón y en Decio, por lo menos según Domingo» (*El proceso civil*

quien afirma que estamos ante una «máxima acuñada ya por los postglosadores y que generalizó el famoso tratadista Durandi (en su obra *Speculum iudiciale*, parte II, cap. 3, 5, n.º 1, ed. De Lyon, 1541, que tuvo una enorme difusión y autoridad en la práctica jurídica durante siglos)»⁵.

Por ello, resulta de especial interés contrastar la exactitud y corrección de la formulación de dicho brocardo, máxime cuando en la actualidad, casi unánimemente, tanto la doctrina como la jurisprudencia española lo asumen plenamente de forma acrítica. Solo el examen de su formulación original y de su posterior recepción nos permitirá descubrir su verdadero alcance.

2. Una de las líneas de investigación que hace tiempo he iniciado ha sido la búsqueda del necesario equilibrio entre la iniciativa del juez y la actividad de las partes en la prueba de los hechos litigiosos. Corresponde ahora, en esta misma línea, exponer los resultados de un nuevo estudio que se ha ido documentando durante más de diez años, que constituye mi ejercicio de cátedra y que tiene por objeto acreditar que el supuesto brocardo *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium* nunca tuvo esta formulación, motivo por el que debe revisarse la actual —y mayoritaria— doctrina y jurisprudencia española que así lo mantiene⁶.

llamado «social» como instrumento de «justicia» autoritaria», en «Actualidad Civil», 2004, n.º. 6, p. 605, nota 37; y en similares términos vid. su trabajo *De la legitimación en el proceso civil*, edit. Bosch, Barcelona, 2007, p. 148 —nota 225—).

⁵ Vázquez Sotelo, J.L., *Los principios del proceso civil*, en «Justicia», 1993, IV, p. 605.

⁶ Además, al objeto de ofrecer un estudio más completo de la relación del juez con la prueba, he considerado oportuno añadir a este ejercicio de cátedra dos trabajos referentes a la iniciativa probatoria de los jueces civiles y penales, que constituyen sendas ponencias presentadas recientemente en los Congresos Internacionales de Derecho Procesal celebrados en Panamá y Cartagena de Indias (epígrafes V y VI de esta obra).

La larga duración de la investigación obedece a la necesidad de consultar directamente las obras originales de los autores del *ius commune* de la baja edad media, acudiendo a multitud de bibliotecas —públicas y privadas, españolas y extranjeras—, a la vez que se han analizado con detenimiento los antiguos tratados de los procesalistas alemanes, franceses, italianos y españoles para averiguar donde estuvo el punto de partida de la errónea recepción de dicho brocardo.

3. El estudio de la verdadera formulación de este brocardo, y su alcance, podría considerarse un mero ejercicio de erudición, sino fuese porque la nueva Ley Enjuiciamiento Civil, en su art. 216, ha venido a positivizarlo, al establecer que «los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos y pruebas *de las partes*»⁷. En consecuencia, entiendo que la presente investigación entronca lo antiguo con lo actual, el pasado con el presente, en el que de la mano de los doctores del *ius comune* llegamos a la Ley N.º 1/2000, cuyo art. 216 se perfila como un claro ejemplo de cómo la historia —inexactamente recibida— influye en la vigente regulación.

4. Finalmente, deseo manifestar mi agradecimiento a los compañeros que me han ayudado y a los que es de justicia reconocer su apoyo.

A los profesores M^a. Victoria Berzosa Francos y Manuel Cachón Cadenas, por la lectura atenta y crítica que han realizado de diversos manuscritos del presente trabajo, y las numerosas sugerencias que me han formulado, lo que sin duda ha contribuido a enriquecerlo. Ambos han sabido transmitirme el entusiasmo por la vocación universitaria y, día a día, me mantienen la esperanza en la vida académica. Sin duda alguna, la plena dedicación a la

⁷ Énfasis agregado.

universidad y la excelente calidad humana de ambos son para mí un ejemplo a seguir que espero no defraudar.

A las profesoras Encarnación Ricart Martí y Carolina Fons Rodríguez por las muchas y acertadas sugerencias que me han formulado durante la realización de esta obra, lo que también me ha permitido mejorar el resultado final de la investigación.

Al profesor Mario Zoppellari, de la *Università Degli Studi di Bologna*, por facilitar mi estancia en el *Istituto Giuridico A. Cicu*, y permitirme así acceder a los excelentes fondos bibliográficos históricos tanto italianos como alemanes.

De igual modo, deseo agradecer a todo el personal de la Biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, que tengo la fortuna de dirigir, por haberme ayudado con plena eficacia en la consulta de innumerables fuentes doctrinales empleadas para la elaboración de esta obra.