

## 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

**Autor:** Joan Picó i Junoy  
Editorial J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2007, 304 páginas.

Una de las principales preocupaciones doctrinales de Joan Picó i Junoy, dentro del tema de la prueba, ha sido la búsqueda de un adecuado equilibrio entre la iniciativa probatoria del juez y la actividad probatoria de las partes.

Este libro, que continúa en esa línea investigadora, ha sido prologado por el catedrático don Manuel Cachón Cadenas, quien viene a destacar la relevancia doctrinal del mismo y su extraordinaria originalidad.

Históricamente se ha negado la iniciativa probatoria del juez civil, basándose en el célebre “brocardo” *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium*. El hecho de que dicha expresión se atribuyera a los glosadores, bastaba como argumento de autoridad; por lo que ha sido asumida por un gran número de juristas sin contrastar las fuentes originales.

Esta obra es el resultado de una ardua labor investigadora por parte del autor, en cuya hipótesis de partida ya contemplaba la posibilidad de que el brocardo hubiese sido transcrito erróneamente, de manera que su formulación actual no coincidiera con la verdadera doctrina del *ius commune*.

La primera parte del libro se dedica al estudio del origen, la formulación y la recepción actual del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*.

El autor comienza con una breve precisión terminológica. Tras analizar los diversos términos (aforismo, principio, máxima, brocardo, axioma, y dogma jurídico) con los que se ha denominado a la expresión objeto de estudio, concluye que el más adecuado es el de brocardo, entendido como: “expresión breve, clara y precisa de una proposición jurídica formulada por los tratadistas de los textos jurídicos romano-canónicos en la Edad Media, esto es los glosadores y comentaristas”.

Picó i Junoy sitúa su origen en el Digesto, ya que todas las obras clásicas formulan el brocardo a partir del comentario D.1,18,6,1, que viene a decir: “La verdad no debe desvirtuarse por los erróneos abusos de la práctica, y, por consiguiente, aténgase el gobernador a lo que resulte de la fe de las pruebas”.

Con ese punto de partida, el autor realiza un estudio exhaustivo de la formulación del brocardo en el tiempo: desde los glosadores de la Escuela de Bolonia hasta recientes obras sobre repertorios de aforismos y brocardos.

A continuación, se ocupa de la recepción del brocardo en la doctrina procesalista europea, con especial atención a: Alemania, Italia, Francia y, por supuesto, España. En todos los casos se aprecia una evolución tendente a la for-

mulación errónea del brocardo por la doctrina.

Fue a partir del siglo XIX, durante el apogeo del liberalismo procesal, cuando se empezó a introducir algunas modificaciones en la formulación del brocardo, como son: la inclusión del término *partium* y la supresión del inciso final *non secundum conscientiam*.

De este modo, Joan Picó i Junoy ha logrado demostrar que la versión actual del aforismo difiere de la utilizada en las fuentes, ya que la originaria no aludía a las partes y, además, prohibía juzgar según la conciencia. Sin embargo, resulta difícil saber si fue un error involuntario o si con ello se intentaba manipular la tradición histórica del pensamiento jurídico para adaptarlo a la ideología liberal de la época.

El problema de que en la actualidad se haya asumido el brocardo de manera asistemática y acrítica radica en que la nueva versión ha sido acogida, no sólo por la doctrina y la jurisprudencia; sino también en la legislación, como puede apreciarse en el art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta reciente positivización del brocardo impide al juez resolver más allá de los hechos y pruebas aportadas por las partes. Si bien no hay duda sobre la vigencia histórica de esta regla respecto de los hechos, no se puede decir lo mismo respecto de las pruebas.

Correctamente formulado, el brocardo pretendía lograr la debida congruencia de la sentencia con los hechos configuradores del objeto litigioso y con la prueba practicada en el proceso. No obstante, la versión actual guarda más

relación con el principio dispositivo y con la prueba practicada en el proceso.

El autor subraya que el brocardo se refiere a la última fase del proceso, cuando se debe dictar sentencia, por lo que la doctrina debería dejar de utilizarlo como argumento de autoridad para negar la iniciativa probatoria del juez. Además, la versión que circula en la actualidad se ha convertido en un tópico erróneo, carente de validez histórica.

En la segunda parte del libro, Picó i Junoy incluye dos estudios sobre la iniciativa probatoria de los jueces civil y penal, los cuales habían sido presentados en sendos congresos internacionales de Derecho Procesal

Sobre la polémica de si el juez debería tener iniciativa probatoria, el autor considera, con gran criterio, que deberían evitarse las posturas radicales. En realidad, se trata de buscar un punto de equilibrio que permita al proceso la máxima eficacia, sin sacrificar ninguna garantía constitucional de las partes.

Para él la solución pasa por permitir al juez cierta iniciativa probatoria, limitada a los hechos discutidos en el proceso; sobre la base de las fuentes probatorias que ya le consten en las actuaciones, permitiendo a las partes la plena contradicción en la práctica de la prueba y pudiendo ampliar su inicial proposición de prueba.

De esta manera, se lograría respetar escrupulosamente los principios dispositivo, en el proceso civil, y acusatorio, en el proceso penal; asegurando la debida imparcialidad judicial y protegiendo el derecho de defensa de las partes.

Por tanto, se llega a la conclusión de que el debate garantismo-eficacia no debe ser planteado en términos de prevalencia de uno sobre otro, sino en términos de compatibilidad.

El rigor científico del profesor le ha llevado a incluir un rico apéndice documental, donde se reproducen algunos pasajes de las obras consultadas por el autor. De este modo, se puede apreciar cómo la formulación del brocardo a cuyo estudio se dedica la mayor parte de la obra ha variado con el paso del tiempo.

Para terminar, recoge con una excepcional claridad las conclusiones que deben extraerse de la obra, lo que sirve para poner en relación las dos partes del libro.

Aunque cabría pensar que esta obra va fundamentalmente dirigida a la comunidad académica, la reciente formulación de la versión errónea del brocardo en la Ley de Enjuiciamiento Civil

lo convierte en un tema de gran interés. Apoyándose en la tradición histórica, se ha dado cabida en nuestra legislación a un precepto que no es el pretendido por los juristas de la Baja Edad Media. De alguna manera, el autor pretende que esta obra sirva de puente entre el pasado y el presente.

Como ya se ha dicho, este trabajo es fruto de una ingente investigación, que se ha prolongado durante más de diez años. Durante ese tiempo el autor ha tenido que hacer frente a tres dificultades: la selección de las fuentes; la búsqueda de materiales en multitud de bibliotecas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras; y el estudio de la mayor parte de las obras en latín.

El resultado es un trabajo novedoso que muestra las importantes consecuencias que pueden derivarse de un error de transcripción.

*Marta Rodrigo Lavilla*