

# Capítulo I

## Algunos aspectos conceptuales y dogmáticos



## **I. Apuntes sobre lo que hay de “verdad” en la naturaleza de la actividad probatoria**

Precisamente la prueba es la que se ocupa, no en exclusiva pero sí generalmente, de la actividad eventual de fijación fáctica. Actividad generalmente necesaria para que la decisión judicial pueda beneficiar a la parte que pretende aprovechar las consecuencias de la aplicación del derecho sobre dicho material fáctico.

Así y todo, no ha de pasar por alto que la necesidad o conveniencia de acreditación no es exclusiva del proceso, ni siquiera lo es del ámbito jurídico. En la actividad científica, por ejemplo, la necesidad de determinadas demostraciones es consustancial a la misma, incluso en ocasiones su objeto inicial o principal. También en determinados ámbitos jurídicos no procesales son necesarias actividades de acreditación, como es el caso del Derecho Civil, a efectos por ejemplo de admisión de inscripciones en los correspondientes registros públicos; o del Derecho Administrativo, en multitud de decisiones de los órganos públicos a impulso de parte.

Sin embargo, la prueba en sentido técnico jurídico, esto es, la judicial, se manifiesta en el contexto de un proceso. Circunstancia que con-

diciona unas características específicas en la misma, principalmente derivada de la naturaleza procesal de las normas.

Estas normas autorizan a que la prueba sea propuesta por las partes y se dirija al juez, quien en su caso la admitirá y, en su presencia y bajo su dirección, se practicará con sometimiento a la contradicción e igualdad. Su objeto se delimitará en función de la pretensión y resistencia de las partes, así como de los criterios que rijan la introducción del material de hecho (en el proceso civil, generalmente, la aportación de parte). Y estarán destinadas a la convicción judicial (léase a la aceptación judicial de la posible veracidad de las alegaciones fácticas<sup>1</sup>) o a la aplicación judicial de una valoración legal<sup>2</sup>. *Sensu contrario*, esto implica para lo que ahora nos interesa, que el juez con carácter general, por mucho que existan en la realidad o en otras palabras que puedan formar parte de la “verdad”, no podrá atender a los hechos que no hayan sido afirmados al menos por una de las partes, como tampoco pondrá en duda los hechos sobre los que exista conformidad o no se encuentren controvertidos aunque no existan o no sean “verdad”<sup>3</sup>. Esto nos podrá gustar más o menos, incluso es posible elaborar teorías para criticarlo, pero el ordenamiento jurídico tolera, sin posibilidades de revisión más que cuando se trate de los supuesto específicamente previstos en la ley, que el juez resuelva sobre unos hechos con independencia de que sean

- 
1. Sobre la búsqueda de la verdad, TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, (trad.: FERRER), Trotta, Madrid, 2002, págs. 80-7 y 167 y ss. Sobre la aceptación, FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 101-3. Sobre la probabilidad, entre otros, CARRATA, A., “Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2001, pág. 102, cuando afirma que “*essendo pacificamente ammesso che il risultato della valutazione giudiziale sia sempre l'acquisizione della probabilità della relazione fra factum probandum e factum probans, e di una probabilità non di tipo quantitativo... ma di tipo logico*”.
  2. Cfr. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, cit., (con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA y MARTÍN), pág. 346.
  3. En opinión de MONTERO AROCA, J., “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, en *La prueba*. Cuadernos de Derecho Judicial (dir.: MONTERO), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, págs. 24-5, estas circunstancias, unidas a que el juez no tiene facultades investigadoras para la búsqueda o descubrimiento de hechos desconocidos, sino meramente verificadoras, implica lo que denomina “renuncia a la verdad”.

verdad o no, y hasta incluso aunque el juez conozca a ciencia cierta que no lo son. Asimismo, sobre los hechos controvertidos, la actividad judicial se limitará a comprobar si exclusivamente de los medios propuestos, admitidos y practicados legalmente es posible considerar que las afirmaciones fácticas se corresponden con la realidad (aceptación de la probabilidad de verdad) o si una norma legal impone su fijación. Y todo ello, además, sin tolerar vulneraciones de derechos fundamentales, pues, de lo contrario, por mucho que se acreditara la “verdad”, legalmente no cabría atender a la misma (arts. 11.1 LOPJ y 287 LEC)<sup>4</sup>.

No significa esto, en mi opinión, que deba renunciarse a un ideal de justicia. Es legítimo aspirar a que las resoluciones judiciales tengan mayor índice de calidad en la medida en que el material fáctico que las sustente se acerque algo más a la realidad. Sin embargo, esto no implica que exista, como en ocasiones todavía puede encontrarse en alguna jurisprudencia sobre todo de nuestros más altos tribunales<sup>5</sup>,

- 
4. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, *Proceso Civil*, (con GÓMEZ, MONTÓN y BARONA), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 249, aunque sin objetar nada consistente a la idea de fijación de los hechos, en contraposición con el de fijación y convencimiento, se refiere a la “certeza” en el juzgador respecto de los datos controvertidos y aportados por las partes como objetivo de la actividad probatoria. Certeza que derivará del convencimiento del juez aunque también de las normas legales sobre fijación de hechos.
  5. Todavía es común en la jurisprudencia, utilizar términos de verdad “formal” y “material” como equivalente el primero a la situación fáctica que se tendrá en cuenta en la resolución judicial en contraposición no necesaria pero posible respecto de la realidad. Así, por ejemplo, entre las más recientes, la STS (Sala 1ª), 16 de mayo de 2003 (Ponente: D. José de Asís Garrote. RJ 2003\4761), se refiere a la “doctrina que, en materia civil, sostiene la prevalencia de la verdad material sobre la verdad formal”. Igualmente STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 25 de octubre de 2004 (Ponente: D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez. RJ 2004\703), que, en relación con la fe pública registral alude tanto a “realidad material”, “verdad formal” y “verdad material”. También la STC 138/2005, 26 de mayo (Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. RTC 2005\138), en relación con la prueba biológica de la paternidad señala que su “finalidad primordial es la adecuación de la verdad jurídico-formal a la verdad biológica”. Incluso la STC 118/2006, 24 de abril (Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera. RTC 2006\118) utiliza estas categorías en relación con el deber de motivación de las resoluciones, cuando señala que “la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad de hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora

una verdad “material” y otra meramente “formal”. Como dijo CARNELUTTI<sup>6</sup>, “*la verità non possa essere che una, onde la verità formale o giuridica o coincide con la verità materiale, e non è che verità, o en diverge, e non è che una non verità*”. Y efectivamente, la verdad es o no es. No caben verdades a medias o meramente aparentes. Ahora bien, de un lado, al juzgador corresponde el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan los jueces y tribunales (arts. 11.3 LOPJ, 1.7 CC y 218 LEC en relación con el art. 24.1 CE), aunque por las causas más diversas no se haya podido producir la debida fijación fáctica; de otro, resulta exigible que esta fijación se produzca mediante los mecanismos legalmente previstos al efecto, sin que resulte determinante que los resultados se correspondan con la realidad<sup>7</sup>. Otra cosa serán, como indicaba, loables ideales de justicia, que pueda ser preferible un sistema que no se renuncie en alguna medida a la calidad de las resoluciones mediante la búsqueda de la verdad<sup>8</sup>, o que, por circuns-

---

bien, dado que es imposible construir el derecho como un sistema lógico puro este tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable”.

6. CARNELUTTI, F., *La prova civile*, Giuffrè, Milano, 1992, pág. 29. Y en el mismo sentido, COMOGLIO, L. P., *Le prove civile*, UTET, Torino, 1998, págs. 13-4 que “*la verità, nel processo o al di fuori, è sempre una e, come tale, resta pur sempre conoscibile, entro i limiti propri del contesto in cui la si invoca, non potendo invece mai essere, nemmeno nel processo, negata a priori, o comunque ritenuta a priori irrilevante*”. MARTÍN OSTOS, J., “La prueba. Aspectos generales”, en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, II, (coor.: ALONSO-CUEVILLAS), Economist & Jurist, Barcelona, 2000, pág. 190, dice en ese sentido que “la verdad es una, como el agua, o es verdad o no es nada”. Ahora bien, a continuación señala que “lo único que interesa es la verdad obrante en autos, esto es, la verdad procesal, que habrá que procurar, con una regulación adecuada, que coincida lo más posible con la histórica”.
7. Como explica CARNELUTTI, F., *La prova civile*, cit., pág. 29, “*il processo di ricerca assoggettato a norme giuridiche, che en costringono e en deformano la puezza logica, non può essere sinceramente considerato come un mezzo per la conoscenza della verità dei fatti, bensì per una fissazione o determinazione dei fatti medesimi, che può coincidire o non coincidire con la verità di questi e en rimane affatto indipendente*”.
8. Ahora bien, como señala CAPPELLETTI, M., *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, (trad.: SENTÍS), EJEA, Buenos Aires, 1973, pág. 81, “hoy en día, la doctrina europea tiende... a afirmar la oportunidad y la moralidad de un deber de verdad de las partes en el proceso civil, y su conciliabilidad con el principio dispositivo” (con cita de ALCALÁ-ZAMORA y de COUTURE). En la actualidad, no faltan voces, como la de TARUFFO, M., *Lezioni sul processo civile*, I, *Il processo ordinario di cognizione*, (con COMOGLIO y FERRI), Il Mulino, Bologna, 4 ed., 2006, pág. 414, que entienden que nada impide adoptar orientaciones epistemológicas por las que sea

tancias diversas como el interés público sobre el contenido material en juego, el ordenamiento jurídico aspire a que los hechos puedan fijarse razonablemente de modo que se produzca en la medida de lo posible con correspondencia a la realidad<sup>9</sup>.

Cuando se distingue la verdad “material” o “real” de la “formal”, aunque sea con una terminología equívoca o poco precisa, solamente se pretende poner de manifiesto que las dificultades ontológicas y las limitaciones humanas, por un lado, y los condicionantes derivados del contexto procesal en el que se enmarca la prueba judicial por otro, han permitido que la ley renuncie a alcanzar siempre y a cualquier precio la verdad (la llamada material)<sup>10</sup>. Ahora bien, como para resolver es

---

posible un conocimiento relativo y razonable de los hechos empíricos a través de instrumentos de búsqueda de la verdad, en su opinión, “nessuna decisione giudiziaria è giusta se si fonda su un accertamento erroneo dei fatti su cui si fonda... la giustizia della decisione presuppone che i fatti della causa siano stati stabiliti dal giudice in modo veritiero”. De todos modos, este autor a continuación advierte que se trata siempre de verdad relativa y nunca de verdad absoluta.

Opinión nada extraña en la literatura jurídica. Así, por ejemplo, DÖHRING, E., *La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba. Su práctica y apreciación*, (trad. BANZHAF), Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, pág. 6, afirmaba nada menos que “el proceso está estructurado al efecto de lograr la verdad completa”. A lo que añadía, “en principio, es posible captar la verdad”. Asimismo, GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte general*, Colex, Madrid, 2007, pág. 418, explican que la finalidad de la apreciación de la prueba es la “creencia” jurisdiccional de haber alcanzado la certeza sobre la verdad o falsedad de los hechos objeto de prueba. Implica, por tanto, una aspiración de encontrar una meta, que coincidiría con la “verdad material” o “única verdad”, en el conocimiento de la realidad del hecho controvertido, no obstante las limitaciones propias de la vigencia de los principios dispositivo y de aportación de parte en el proceso civil.

9. Como decía CHIOVENDA, G., *Saggi di Diritto Processuale Civile, (1990-1930)*, II, Foro Italiano, Roma, 1931, pág. 38 “il rinnovato concetto de la giurisdizione come funzione dello Stato, restituiscono al giudice nel processo moderno una posizione centrale d'organo pubblico interessato a render giustizia nel modo migliore e piu pronto possibile”.
10. La referencia a la “verdad” suele rondar las definiciones de prueba. Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “De la prueba: Disposiciones generales”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, (coor.: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ y VALLS), Iurgium – Atelier, Barcelona, 2000, pág. 1291, señala que la prueba es, desde la perspectiva de las partes, el “medio por el que llevan a la convicción del juzgador la verdad de los hechos afirmados en sus escritos de alegaciones”. Incluso utiliza CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La prueba”, en *Derecho Procesal Civil. Parte General*, (con MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 200, esta terminología cuando señala que “la actividad probatoria no busca la verdad material. Se trata, por el contrario, de convencer al juez buscando con la prueba un resultado formal que sea operativo y que sirva

preciso partir de una situación fáctica determinada y cierta, el derecho procesal positivo se limita a un fin mucho más modesto, aunque absolutamente necesario y útil: la fijación de los elementos fácticos en términos de probabilidad y que se ha venido a llamar impropriadamente como “verdad formal”<sup>11</sup>. Todo ello sin perjuicio de que en los ordenamientos procesales modernos (correspondientes a estados democráticos), en mayor o menor medida, no se renuncia de forma absoluta al ideal de una justicia de calidad en la que las normas se apliquen sobre un material fáctico que se corresponda en la medida de lo posible con la realidad.

Aparte de los supuestos de exención o sustitución de la prueba, esta fijación se alcanzará muchas veces mediante la actividad de la parte y en algunas ocasiones de oficio, destinada al convencimiento del juzgador –en términos de probabilidad– sobre la correspondencia de las alegaciones fácticas con la realidad o, en contadas ocasiones, por la imposición de una norma sobre prueba legal<sup>12</sup>. Con tales condicionan-

---

para que en la mayoría de las ocasiones podamos decir que existe una coincidencia entre los hechos realmente ocurridos y los hechos probados”.

- 11 Esa que GIULIANI, A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1971, pág. 253, denominaba “*verità probabile, costruita in relazione alle tecniche ed alla problematica del processo*”. CARRATA, A., “*Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*”, cit., pág. 102, denomina la distinción entre verdad material y formal como “*ficciones*” o “*ilusiones sintéticas*”, cuando señala que “*non si possa parlare in termini di verità o certezza, né tanto meno che sia opportuno continuare ad utilizzare “finzioni” o “illusioni sintetiche” como quella della distinzione fra verità materiale e verità formale, essendo pacificamente ammesso che il risultato della valutazione giudiziale sia sempre l’acquisizione della probabilità della relazione fra factum probandum e factum probans, e di una probabilità non di tipo quantitativo, per quanto detto difficilmente utilizzabile all’interno del processo, ma di tipo logico*”.
12. Por tal motivo, es habitual en la doctrina limitar el concepto de prueba a esta finalidad de convencimiento judicial. Resulta tajante CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La prueba”, en *Derecho Procesal Civil. Parte General*, (con MORENO), cit., pág. 199 cuando afirma que “sólo cabe hablar de prueba como la actividad encaminada a convencer al juez de la veracidad de unos hechos que se afirman existentes en la realidad”. Si bien a continuación este mismo autor señala que “la actividad tiende a fijar hechos para que el juez los tome como verdaderos en su sentencia”. Y en línea similar un buen número de autores, como MARTÍN OSTOS, J., “Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, (Dir.: LORCA), Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 1756, cuando afirma que la prueba es la actividad tendente a convencer al tribunal sobre la legalidad de las pretensiones de la parte. ASECIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>., *Derecho*

tes, como define ORTELLS<sup>13</sup>, la prueba en el ámbito procesal no es más que la “actividad para convencer al juez del ajuste a la realidad de las afirmaciones de las partes o para fijarlas formalmente a los efectos de la resolución sobre el objeto del proceso”.

Por lo que se refiere a las partes, en palabras de RAMOS<sup>14</sup>, la actividad probatoria en el fondo implica un “acto de disciplina y humildad”. Si la parte procede libremente en el periodo de alegaciones, en el de prueba ha de recurrir a medios ajenos a sí misma que puedan servirle de instrumento para introducir en el juicio nuevas afirmaciones que corroboren las inicialmente vertidas por ella. En definitiva, es así porque las partes someten a contraste sus afirmaciones a través del tamiz de los medios de prueba.

En ocasiones, determinados hechos o datos fácticos quedarán exentos de prueba (determinadas normas, hechos sobre los que concurra plena conformidad, notorios...), su prueba podrá ser sustituida por otra más sencilla (presunciones) o incluso la ley puede considerarlos

---

*Procesal Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 245, la define como la “actividad de carácter procesal cuya finalidad consiste en lograr la convicción del Juez o Tribunal acerca de la exactitud de las afirmaciones de hecho operadas por las parte en el proceso”. Incluso argumenta el mismo autor, ídem, pág. 246, que el convencimiento judicial será necesario en todo caso a los efectos de la obtención de una sentencia favorable incluso cuando se trate de reglas tasadas, “dado que la LEC limita considerablemente este tipo de reglas (arts. 316 y 319.I)”.

13. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 345. También con esta idea omnicompreensiva de prueba, MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, *Proceso Civil*, (con GÓMEZ, MONTÓN y BARONA), cit., pág. 247, la define como “actividad procesal por la que se tiende, bien a alcanzar el convencimiento psicológico del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los datos que han sido aportados al proceso, bien a fijarlos conforme a una norma legal”. Es más, este mismo autor y obra critica la concepción que atiende solamente a la convicción judicial en cuanto supone desconocer la existencia de criterios legales de fijación de hechos. Aunque quizá algo menos preciso, en una línea similar, GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Prueba: disposiciones generales (arts. 281-292)”, en *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. T. 3 (arts. 281 a 516)*, (Dir.: GARBERÍ), Bosch, Barcelona, 2001, pág. 8, define la prueba como la “actividad procesal en la que, mediante la práctica de los diferentes medios de prueba, se pueden alcanzar resultados probatorios a los efectos de acreditar las respectivas pretensiones de las partes”.
14. RAMOS MÉNDEZ, F., *Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. J. M. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 362.

fijados mediante normas especiales de carga de la prueba, muchas veces denominadas con escasa precisión técnica como normas “de inversión de la carga de la prueba” o incluso como “presunciones legales”. Con todo, en caso de que los datos fácticos no se encuentren o puedan considerarse fijados, principalmente mediante la prueba o por otras vías, la norma prevista para situaciones genéricas no podrá ser aplicada en el caso concreto. El primer perjudicado será la parte que tenía la expectativa de beneficiarse de la aplicación del derecho en el caso concreto; el segundo, la calidad de una resolución que quizá sea inhábil para dar satisfacción a quien material, verdadera o realmente la hubiera merecido.

De otro lado, la LEC 1/2000 supone una mejora sistemática en lo referente a la prueba<sup>15</sup>. Deroga la mayor parte de la regulación sobre la misma que se contenía en el Código Civil, salvo los artículos 1216 a 1225, 1227 a 1230 CC<sup>16</sup>. (básicamente relevantes en cuanto se refieran a la eficacia de los documentos<sup>17</sup>), y ubica las normas sobre prueba entre las reglas generales aplicables a todos los procesos. De ese modo, el clásico debate sobre la naturaleza jurídica de la prueba ha perdido vigor en la actualidad puesto que no se discute que su naturaleza es procesal en todos los casos<sup>18</sup>. Es claro que no cabe hablar, en puridad, de una prueba material sino solamente procesal, puesto que no adquiere la categoría de prueba hasta que no se introduce en el proceso<sup>19</sup>.

---

15. Véanse las consideraciones que sobre el particular aporta LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba (análisis de los artículos 281 a 298 y concordantes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2001, págs. 21-5.

16. Para CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La prueba”, (con MORENO), cit., pág. 200, el mantenimiento de lo referido a la prueba documental en el CC “no se explica sino desde el punto de vista de la comodidad del legislador”.

17. Como advierten GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte general*, cit., pág. 393, no se deroga expresamente el art. 51 CCom, si bien el precepto ha de entenderse abrogado por la Disposición Derogatoria Única 3 LEC.

18. Un resumen sobre este tradicional debate puede verse en MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, págs. 55-60.

19. Como gráficamente explica CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La prueba”, (con MORENO), cit., pág.

Las normas sobre la prueba inciden sobre el ejercicio de la actividad jurisdiccional, sobre las situaciones jurídicas de los sujetos procesales y sobre los actos que integran el procedimiento<sup>20</sup>. CORTÉS<sup>21</sup>: matiza que determinadas normas referidas a la prueba contenidas en la LEC (arts. 297 y 298) no son “probatorias” en cuanto regulan distintas medidas de aseguramiento de medios probatorios o de su práctica. Y, sobre todo, entiendo el citado autor que no todas las normas referidas a las pruebas son procesales<sup>22</sup>. En su opinión, no son procesales las normas particulares de prueba cuya función es simplemente regular un determinado derecho o una situación jurídica, normalmente poniendo limitaciones en los medios de prueba, como es el caso de las previstas en el art. 557.1 LEC, que en realidad sirven para imponer en el tráfico jurídico una determinada formalidad documental a un acto jurídico.

Ahora bien, sin perjuicio de la innegable relevancia que puedan tener estas limitaciones en el ámbito material, y al margen de que indirecta o directamente se pueda pretender dotar al procedimiento de un mejor resultado, simplicidad o rapidez, lo bien cierto es que las normas que establecen “excepciones” y defensas en el ámbito del proceso así como también limitaciones a las mismas, aunque sea con puntuales salvedades, han sido reguladas tradicionalmente en leyes procesales

---

202, “el recibo es prueba (de documentos) cuando se aporta al proceso, no antes”.

20. CHIOVENDA, G., “La natura processuale delle norme sulla prova e l’efficacia della legge processuale nel tempo”, en *Saggi di Diritto Processuale Civile, (1990-1930)* I, Foro Italiano, Roma, 1930, págs. 241-59, si bien matizaba que las presunciones legales eran reglas particulares sobre carga de la prueba determinadas por razones de derecho sustantivo, en consideración de la relación jurídica no del proceso. Y en la misma línea, entre otros, COUTURE, E., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1951, pág. 163.
21. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La prueba”, (con MORENO), cit., pág. 201.
22. Ciertamente, ha de compartirse parcialmente esta opinión en cuanto que entre las normas de prueba, como recuerda RAMOS MÉNDEZ, F., *Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pág. 363, tienen papel preponderante las reglas de la lógica en la base del funcionamiento de la institución. De otro lado, como pone de manifiesto MONTERO AROCA, J., “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, en *La prueba*, Cuadernos de Derecho Judicial (dir.: MONTERO), Consejo General del Poder Judicial, cit., págs. 17-23, es un “mito” que las normas relativas a la prueba son siempre procesales, mito que debe examinarse caso por caso.

(al menos desde la pragmática dada por Enrique III en 1396). Esto no es casual. En el caso de las limitaciones impuestas en el citado art. 557.1 LEC a la oposición a la ejecución, además de delimitar el objeto de discusión en el proceso concretando el alcance en que ha de conocer, está afectando al ámbito del ejercicio de la potestad jurisdiccional. En fin, aunque sea por esa vía si se quiere indirecta, las normas del citado art. 557.1 LEC, incluidas las relativas a la prueba, serían igualmente procesales.

De otro lado, sin perjuicio de la posición del Tribunal Supremo sobre la naturaleza procesal de las normas sobre carga de la prueba, no faltan autorizadas opiniones que mantienen su naturaleza material<sup>23</sup>. Esta consideración, como veremos en el punto relativo a la carga de la prueba (Capítulo IV, II, 7), resultaría de otro lado más operativa en el contexto de la actual configuración de los recursos extraordinarios.

---

23. Entre otros, ROSENBERG, L., *La carga de la prueba*, (trad. KROTOSCHIN), Ed B de F Ltda., Montevideo, 2ª ed., 2002, págs. 100 y ss.

## II. Un aporte en el debate sobre la conveniencia de la oralidad especialmente en la práctica de prueba

La alternativa entre la oralidad y la escritura del procedimiento es uno de los debates tradicionales en la doctrina procesal<sup>24</sup>. Aunque abarca el procedimiento en su conjunto, en la fase de práctica de pruebas es donde alcanza mayor relevancia y significación<sup>25</sup>.

- 
24. COSTA, A., *Oralità e scrittura nel processo civile*, Editrice Paolo Galcati, Imola, 1917, pág. 3, afirmaba a principios de siglo que “*fra i problemi capitali concernenti la configurazione del processo civile è indubbiamente quello che riguarda l’adizione della massima d’oralità o della massima della scrittura*”. Asimismo, entre otras muchas cosas, indicaba CHIOVENDA, G., *Saggi di Diritto Processuale Civile, (1990-1930)*, II, cit., pág. 4, que “*le prime battaglie per l’oralità ebbero carattere prevalentemente politico e si agitarono nel campo del processo penale*”. Ídem, *Principii di Diritto Processuale Civile*, 3 ed., Cav. Nicola Jovene, Napoli, 1913, pág. 677. CAPPELLETTI, M., *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*, Giuffrè, Milano, 1962, pág. 15, afirma sobre el principio de oralidad que “*ha notoriamente rappresentato... il tema e il problema che più profondamente hanno agitato le menti degli studiosi e riformatori del processo civile da più di un secolo a questa parte*”. Véase WACH, A., “Oralidad y escritura”, en *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, (trad.: KROTOSCHIN), EJEA, Buenos Aires, 1958, págs. 1-50.
25. Sobre la oralidad y la prueba, es clásico el trabajo de CAPPELLETTI, M., *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*, cit., donde, entre otras cosas, remarca (pág. 281) que “*oralità processuale significa dunque, nella sua più intima essenza, creazione di un ordinamento processuale idoneo a far luogo ad un’effettiva possibilità di libera valutazione della prova libera indiziaria*”. Sobre la oralidad y escritura en relación con las pruebas, recientemente, PEYRANO, J. W., “La prueba entre la oralidad y la

En los últimos tiempos, la tendencia es la de mantener una posición ecléctica. Por fin empezamos a darnos cuenta –o quizá no nos vemos en la necesidad de adscripciones- de que no existen bondades absolutas para la eficiencia procedimental en la escritura ni en la oralidad<sup>26</sup>. Una y otra tienen aspectos positivos y negativos, ventajas e inconvenientes, dificultades y exigencias variables.

En el trayecto, y como el ímpetu tradicional de la oralidad se venía imponiendo<sup>27</sup>, como si de una leyenda heroica se tratara, algunos pretenden actualmente que pasemos o que volvamos del mito de la oralidad al pretendido logo de la escritura o, en el mejor de los casos, al relativismo, la ambigüedad o la ambivalencia<sup>28</sup>. Los más comprometidos en esta renovada cruzada insisten en remarcar los inconvenientes y los problemas que genera o puede generar la oralidad en el contexto de un ordenamiento procesal regido fundamentalmente por la misma<sup>29</sup>; o, algo más matizadamente, se limitan a poner de relieve el fracaso

---

escritura”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, II, *Ponencias generales e informes nacionales*, (coor.: CARPI y ORTELLS), Universitat de València, Valencia, 2008, págs. 149-73.

26. Y ni siquiera parece que sea único el concepto de eficiencia del procedimiento, como pone de relieve TARUFFO, M., “Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, I, *Ponencias generales e informes nacionales*, (coor.: CARPI y ORTELLS), Universitat de València, Valencia, 2008, págs. 186-8.
27. Indicaba PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil*, I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968, pág. 404, que “desde hace cerca de un siglo se ha desarrollado una campaña de gran amplitud en favor de la oralidad, pero el punto máximo se ha superado ya, y hoy, si no se propugna una vuelta a la escritura en los países que han practicado la oralidad pura, por lo menos se ha establecido en las legislaciones o se pide por la doctrina una atenuación del principio estricto de la oralidad”. En el caso español, en el contexto de la vigencia de la LEC 1881, entendía que “lo que haría falta en todo caso es corregir con cierta amplitud el exclusivismo de la escritura y con ello determinados inconvenientes que le acompañan”.
28. Incluso quienes defienden la oralidad, aunque sea destacando la importancia del proceso oral, no resisten a mantener un feliz entente entre oralidad y escritura. Así es como STORME, M., “More voice, less print – Why court proceedings should become more oral”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, I, *Ponencias generales e informes nacionales*, (coor.: CARPI y ORTELLS), Universitat de València, Valencia, 2008, págs. 43, no obstante el título de su ponencia, considera que “*I would tend to advocate striking a happy medium between the written and oral aspects*”.
29. NIEVA FENOLL, J., “The disadvantages of orality”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, II, *Comunicaciones*, (coor.: CARPI y ORTELLS), Universitat de València, Valencia, 2008, págs. 471-3.

de la oralidad en un determinado ordenamiento procesal<sup>30</sup>. En otros casos algo más ponderados, se analiza detenidamente el procedimiento en la fase probatoria para concluir que en determinadas ocasiones o para algunos actos la oralidad tiene ventajas pero también ocasionales inconvenientes<sup>31</sup>. Incluso, ante la constatación de las ventajas e inconvenientes de uno u otro sistema, se llega a formular la sugerente propuesta de un modelo en el que, en busca de la máxima eficiencia, sea el juzgador quien caso por caso establezca el procedimiento oral o escrito a seguir<sup>32</sup>.

Y para remate, una evidencia se presenta frente quienes veníamos manteniendo como principio, en su sentido de punto de partida, que el procedimiento regido por la oralidad es siempre y en todo caso el sistema a seguir sobre todo en las causas menores. Con vigor desde el 1 de enero de 2009, el Reglamento (CE) 861/2007, de 11 de julio, establece un proceso europeo de escasa cuantía caracterizado por la escritura<sup>33</sup>, posiblemente para facilitar las actuaciones de las partes que se hallen en lugares lejanos, evitando las incomodidades de los desplazamientos y para impedir que resulte antieconómico para las partes acudir a la vista o audiencia de un proceso previsto para asuntos

- 
30. OTEIZA, E., “El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, I, *Ponencias generales e informes nacionales*, (coor.: CARPI y ORTELLS), Universitat de València, Valencia, 2008, págs. 413-26.
31. PEYRANO, J. W., “La prueba entre la oralidad y la escritura”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, II, *Ponencias generales e informes nacionales*, (coor.: CARPI y ORTELLS), cit., págs. 155-60.
32. TARUFFO, M., “Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, I, *Ponencias generales e informes nacionales*, (coor.: CARPI y ORTELLS), cit., pág. 204. Modelo que no parece muy lejano a normas como la del art. 5.1 del Reglamento (CE) 861/2007 por el que, tras disponer que será un procedimiento escrito, indica que celebrará vista oral si el órgano jurisdiccional lo considera necesario o si una de las partes así lo solicita, salvo que se considere, en función de las circunstancias del caso –y no, por tanto, de prejuicios previos sobre la cuestión–, que la vista oral resulta a todas luces innecesaria para el correcto desarrollo del procedimiento.
33. Un panorama sobre el mismo, véase GASCÓN INCHAUSTI, F., “Un nuevo instrumento para la tutela de los consumidores y de los créditos transfronterizos: el proceso europeo de escasa cuantía”, en *Revista Ius et Praxis*, núm. 1, 2008, págs. 167-97. [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122008000100007&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100007&lng=es&nrm=iso).

transfronterizos cuya cuantía no supere los dos mil euros. Así y todo, en el mismo podrá celebrarse vista si el órgano jurisdiccional lo considera necesario o si una de las partes lo solicita y el juez no considera que resulta a todas luces innecesaria<sup>34</sup>. Y en la medida que se disponga de los medios técnicos correspondientes, podrá realizarse la vista por videoconferencia u otros sistemas de comunicación.

La opción entre la implantación de modelo –preferentemente- oral o escrito en un procedimiento implica determinar como premisa los elementos que permiten considerar como más eficiente al modelo. En mi opinión, estos elementos no son deslindables en categorías autónomas, sino que requieren ser analizados en su conjunto. Una celeridad absoluta, como la de un procedimiento en que se resolviera de forma inmediata y casi automática a la presentación de la demanda resultaría harto inconveniente por la necesaria merma de las garantías y derechos de la demandada y por la consiguiente limitación en la calidad en la decisión<sup>35</sup>. Por el contrario, un procedimiento pletórico de garantías para las partes, otorgando plazos sin fin para la alegación, réplicas, dúplicas, con reiteradas excepciones a la preclusión, recursos suspensivos, interrupciones o suspensiones por las más insignificantes causas y fundadas en la más meticulosas garantías en la práctica de todas las pruebas posibles... podría llegar a implicar con suerte, y así todavía con dudas, una resolución de calidad desde ciertos parámetros, pero desde luego resultaría igualmente inconveniente para una tutela judicial efectiva. No sólo puede considerarse como una máxima de la

---

34. Ya se han levantado voces, como la de BUJOSA BADELL, L., “Simplificación y oralidad en los litigios transfronterizos. El proceso europeo de escasa cuantía del Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, II, *Comunicaciones*, (coor.: CARPI y ORTELLS), Universitat de València, Valencia, 2008, págs. 315, señalando que, en el caso de pruebas personales, “debería seguirse la regla opuesta: entender en principio la necesidad de vista oral”.

35. Como entendía WACH, A., “Oralidad y escritura”, en *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, (trad.: KROTOSCHIN), cit., pág. 4, la oralidad realizada estrictamente lleva a postulados imposibles e incompatibles.

experiencia que “la justicia lenta no es justicia”<sup>36</sup>, sino que una justicia con tal carácter infringiría lo que, entre otras, la STC 99/1998, 4 de mayo, denomina como el “derecho a un proceso rápido”.

Celeridad, garantías de los derechos y calidad de la resolución son elementos complementarios entre sí e imprescindibles. La ausencia de cualquiera de estos elementos impedirá una efectiva tutela judicial; y su merma, en progresión directamente proporcional, convertirá el procedimiento en ineficiente. En fin, es necesario encontrar lo que los economistas llaman “el punto de equilibrio” en los criterios de eficiencia. En este sentido, hago propias las palabras de MARÍN<sup>37</sup>, cuando gráficamente afirmaba ya a mediados de los años ochenta del pasado siglo que “somos conscientes del eterno dilema existente entre justicia plena de seguridad y garantía, pero tardía, o justicia rápida, pero insuficiente. La justicia tardía es siempre justicia a medias; de igual modo la justicia insegura no se puede considerar como verdadera justicia. Conseguir el “desiderátum” de una justicia certera, eficaz y rápida es el desafío de nuestro tiempo; y debe ser, indudablemente, una de las principales realizaciones de nuestro Estado social y democrático del Derecho”.

Volviendo a la simplificación en el análisis, es cierto a grandes rasgos que la oralidad y la escritura pueden tener una mejor aptitud en alguno de los elementos citados. A nadie se oculta que la oralidad es muchas veces apta para potenciar la celeridad y el abaratamiento de costos; y que la escritura facilita una mayor preparación de las alega-

---

36. Ha de compartirse el tenor de la célebre frase que el cubano JOSÉ MARTÍ escribía en una Carta al Director de “El Partido Liberal”, Nueva York, 28 de septiembre de 1887 (T. 13, pág. 320) en la que expresaba que “en la justicia no cabe demora: y el que dilata su cumplimiento, la vuelve contra sí” (véase MARTÍNEZ ACOSTA, A. L., *José Martí y la República. Selección de Textos*, edición electrónica, 2005, [http://www.josemarti.info/libro/capitulo\\_2\\_1.html](http://www.josemarti.info/libro/capitulo_2_1.html)).

37. MARÍN CASTÁN, M. L., “La polémica cuestión de la determinación del «plazo razonable» en la administración de justicia. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de julio de 1983”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, enero-abril 1984, pág. 226-27.

ciones, su reflexión y estudio, lo que redundará en mayor calidad. Lo bien cierto es que, aunque podamos compartir este análisis superficial, si profundizamos en el detalle, pronto comprobaremos como frente a esta inicial impresión podemos encontrar muchas y significativas excepciones. Por ejemplo, la oralidad podrá ser eficiente mientras, entre otras muchas cosas, no incluya grandes desplazamientos para las partes como ocurriría normalmente en los procedimientos transfronterizos de escasa cuantía; la escritura otorgará dosis de calidad siempre que los tiempos transcurridos y los cambios de juzgador no la diluyan en el casi nada.

En mi opinión, tras sopesar los pros y los contras, sus exigencias, costes y resultados, lo relevante es encontrar un modelo que, en principio y en general, sea el que, en su globalidad, obteniendo el mayor beneficio a los mínimos costes, pueda ser considerado el más conveniente y, por tanto, el más eficiente. Es más, incluso si en aras de una todavía mayor eficiencia se opta por que en el caso concreto pueda decidirse seguir el procedimiento más adecuado atendidas las circunstancias, en prevención de la inseguridad y la arbitrariedad, forzosamente habríamos de partir de un sistema que se aplicaría con carácter general salvo concretas decisiones excepcionales en atención a las circunstancias. Algo muy similar a lo previsto en el citado art. 5.1 del Reglamento (CE) 861/2007.

En cualquier caso, es necesario decidirse por el sistema de más calidad, el más eficiente. No creo que sea útil el relativismo de que un sistema u otro será más eficiente depende para qué. La eficiencia podrá afirmarse ponderados todos y cada uno de los elementos que permiten calificar un procedimiento como eficiente, aunque sea con carácter en principio y general. Sabido es que los procedimientos no se presentan puros. Incluso en el juicio verbal español, que puede ser considerado como paradigma de oralidad, encontramos como mínimo un elemento escrito tan fundamental como la demanda. De otro lado, sea por las específicas situaciones que se trata, la finalidad que se pretende o sea fruto de la ponderación de

sus ventajas e inconvenientes, caben supuestos en los que resulte adecuado articular el sistema en principio menos eficiente en general pero que quizá lo sea más en una situación concreta. Sería el caso, entre otros, de actuaciones particulares, como el acto iniciador de todo proceso; o algo más generales como las actuaciones propias del proceso de ejecución; de actividades relativas al requerimiento en los procedimientos de técnica monitoria; o del procedimiento en asuntos transfronterizos de escasa cuantía, en los que la escritura se presenta como conveniente cuando no necesaria. Y lo mismo cabe decir en la práctica de la prueba documental o del informe pericial. Medios de prueba que, sin perjuicio de eventuales aclaraciones orales, naturalmente imponen escritura.

En definitiva, mientras no sea culturalmente viable (técnicamente parece que ya lo sería) una especie de *tertium genus* entre oralidad y escritura como podría ser el procedimiento telemático, y con todos los matices y prudencias que impone su articulación en los supuestos particulares, considero que se hace necesario tomar partido entre uno de los sistemas, aunque sea con carácter general y salvo excepciones. En mi opinión, este sistema más conveniente es sin ningún género de dudas el de la oralidad<sup>38</sup>.

Ciertamente la oralidad es exigente. Cuanto menos, requiere esfuerzos económicos y personales. Son necesarios espacios para realizar las actuaciones orales con la dignidad que merece el acto, medios de documentación –preferentemente para la grabación digital del sonido y la imagen–, personal de atención, volúmenes de asuntos razonables que no desborden la capacidad de trabajo de los órganos jurisdiccionales ni la de decidir con inmediación y concentradamente. Es también

---

38. Comparto, por tanto, las palabras de PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil*, I, cit., pág. 404, cuando afirma que “como ideal, es posible que la oralidad esté más cerca de la perfección que la escritura”. Este es el sistema que ha de ser el general y punto de partida, sin perjuicio de que en supuestos determinados pueda haber excepciones por motivos concretos o, como igualmente indicaba el mismo autor y obra, “siendo, en definitiva, una buena política procesal aquella que, adoptando determinado principio, mitigue los inconvenientes propios de todos los extremos con prudentes concesiones al principio opuesto”.

necesaria o al menos conveniente para estar a la altura de las exigencias de la oralidad, una sólida formación jurídica, y una preparación concienzuda de los asuntos desde fases iniciales. Asimismo, exige capacidad para intervenir y responder, caso de ser necesario, con rapidez y fundamento. Y todo ello acompañado de la aptitud suficiente para articular palabra de forma comprensible y convincente. En fin, en lo material, la oralidad requiere decisiones de política judicial que se traduzcan en constantes inversiones, así como mérito, capacidad y esfuerzo constante en lo personal.

La escritura, por su parte, aunque no exenta de esfuerzos, es menos exigente. Puede decirse que es más económica y ofrece facilidades en lo personal. La relación por escrito no requiere espacios físicos para audiencias o vistas, sino los imprescindibles para que el personal que integra el órgano jurisdiccional desarrolle su trabajo. Incluso el juez, como era nota común en el proceso civil español hasta la vigente LEC, podrá permanecer ajeno a las actuaciones mientras los funcionarios del juzgado se encargan de la tramitación y documentación del procedimiento, incluida la práctica de la mayor parte de pruebas. Los tiempos otorgados y necesarios para la preparación de los escritos permite que las cualidades y esfuerzos personales de todos los intervinientes sean menores o que, distribuidos en el tiempo, se diluyan prácticamente en el poco.

Fruto de las exigencias, la oralidad puede plantear problemas. Últimamente parece muy adecuado insistir en los mismos: suspensiones de procedimientos, jubilación o fallecimiento del juez, nulidades por defectos en la grabación y las más diversas incidencias que frustran el procedimiento y provocan indeseables nulidades<sup>39</sup>. Incluso se ha llegado a preguntar-afirmar por un colega procesalista en un foro público, intentando demostrar los inconvenientes de la oralidad, que quién ha sido capaz de no desconectar escuchando unas conferencias. Es cierto.

---

39. Véase la respuesta que da CAPPELLETTI, M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., págs. 292-99, a la pregunta sobre si merece hablarse de una quiebra de la oralidad.

Todo lo que se relata es posible y sin duda se cuenta con lamentables ejemplos. Yo mismo, en los tiempos que ejercí suplententemente potestad jurisdiccional, tuve la oportunidad de decretar alguna nulidad de actuaciones por una defectuosa grabación de la vista con ausencia de un acta completa; o he tenido que presenciar cómo se señalaban fechas que sobrepasaban con creces la idea de un proceso concentrado y desde luego breve. Sin embargo, la problemática concreta que puede implicar la oralidad fruto de sus muchas exigencias no justifica una valoración comparativamente peor a la que merece la escritura.

Si nos ocupamos de buscar los inconvenientes que puede originar y origina la escritura, sin duda los encontraremos con mayor facilidad. En realidad, muchos de los problemas, que en la oralidad son excepciones, en la escritura representan la regla general. Piénsese solamente en la innecesariedad de que en el contexto de un procedimiento escrito se prevea un sistema de suspensión del procedimiento. Esto es así porque el procedimiento escrito se encuentra naturalmente suspendido salvo en los momentos más bien instantes en que se presenta el escrito y el órgano jurisdiccional quiere o puede atenderlo resolviendo y notificando.

No es este el lugar ni el tiempo adecuado para entrar en detalles que desbordarían el objeto de este trabajo. Me voy a limitar a recordar una experiencia personal. Los momentos en los que, para valorar una declaración de parte, en unos autos de más de mil folios muchas veces mal cosidos, era necesario buscar la lista de preguntas que estaban aproximadamente por la mitad, las respuestas que se encontraban unos doscientos folios más adelante y no pasaban muchas veces de una mera afirmación o negación y en todo caso no solían pasar de una sola línea, y a continuación, sospechando ya que probablemente se hubiera dicho alguna cosa más y desconociendo aspectos como el tono de voz, el brillo de los ojos, el rubor de las mejillas, la actitud nerviosa o tranquila y alguna circunstancia relevante más, era necesario buscar las repreguntas todavía más adelante y, por último y por fin, las respuestas

a las mismas, casi al final. Si la sola lectura comprensiva de todos esos folios ya era una verdadera hazaña, su valoración adecuada llegaba a ser una proeza heroica.

La oralidad no excluye que puedan o incluso que deban realizarse actos escritos. En realidad, lo relevante de la oralidad es que permite decidir con inmediación, concentración y publicidad real. La clave está en que será el mismo juez que presencia la prueba el que resolverá. Tras la lectura de la demanda, a continuación de la lectura o de escuchar la contestación, presenciara la práctica de la prueba sin perjuicio de que lea los documentos e informes (o lea, visualice y escuche las correspondientes grabaciones en caso de ser necesario), y después de los informes conclusivos de las partes, resolverá. Decidirá, salvo que se produzcan dudas puntuales probatorias o jurídicas, de forma inmediata. Lo que podrá relegarse en el tiempo, aunque no demasiado, será la redacción de la sentencia y la debida motivación. Si se han preparado suficientemente, las partes habrán podido alegar con un índice de calidad más que razonable. El juez, con mucha diferencia, se encontrará en condiciones de efectuar una valoración judicial de mayor calidad; obviamente, salvo en lo relativo a la prueba documentada (documentos en sentido muy amplio) cuya calidad valorativa será similar con independencia del tipo de procedimiento.

Con una valoración de conjunto, y sin negar algunas cualidades de la escritura, la oralidad se presenta como más eficiente especialmente en lo relativo a la celeridad y a la calidad de la resolución, sin que suponga necesariamente una merma en la garantía de los derechos respecto de la que permite la escritura. Ciertamente es más exigente. Y cuando no se cumplan sus requerimientos, podrá presentarse como ineficiente al frustrarse sus ventajas. Incluso en supuestos puntuales, dada su mejor exigencia, puede presentarse la escritura como un sistema más adecuado. Pero nada de ello permite afirmar que con carácter general o de principio la escritura sea más adecuada. La escritura podrá serlo en algún supuesto puntual y, en general, ha de representar solamente el remedio último.

### III. Consideraciones sobre la prueba de oficio

Como adelantaba antes, el proceso civil español está regido por el principio de aportación de parte. Ahora bien, cuando excepcionalmente la ley lo autorice expresamente (art. 282 LEC), será procedente la prueba de oficio, de modo que la iniciativa judicial obviará la necesidad de proposición por la parte y traerá implícita la correspondiente fase de admisión.

#### 1. Ideologías, politización y técnica

Un tema polémico que ha vuelto a la actualidad es el de las ideologías en el proceso civil, especialmente virulento en materia probatoria<sup>40</sup>. Siguiendo

---

40. Véase un panorama de la polémica en VARGAS SILVA, L. E., “Las ideologías en el proceso civil contemporáneo ¿entre politización y falacias?”, en *Devesho Procesal Cívil, XXI Jornadas Iberoamericanas*, Universidad de Lima, Lima, 2008, págs. 25-64. Asimismo, conviene la lectura, al menos, VVAA, *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (coor.: MONTERO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. PARRA QUIJANO, J., *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Temis, Bogotá, 2004. Previamente, conviene la lectura de CAVALLONE, B., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Cedam, Padova, 1991, págs. 83-9. Por último, imprescindible TARUFFO, M., “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, en *Le prove nel processo civile. Atti del XXV Convegno Nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, págs. 53-90.

una línea de opinión ya comentada al menos casi dos décadas antes<sup>41</sup>, en opinión de MONTERO<sup>42</sup>, la evolución de la función jurisdiccional, del proceso civil y especialmente de la prueba en los dos últimos siglos constata que todo aquello relativo a los poderes del juez y a la prueba de oficio se basa en la concepción ideológica de las relaciones entre el Estado y el Individuo. A partir de ahí, observa como la posición caracterizada por la atribución al juez de un deber de alcanzar la que se llama “verdad material” es propia del sistema inquisitivo que, en su opinión, puede también denominarse autoritario y de oficialidad. Por el contrario, el sistema dispositivo, que igualmente según el mismo autor puede denominarse como “liberal” y “garantista”, se caracteriza en que un juez independiente e imparcial se encuentra en situación de superioridad de modo que son las partes las que asumen la carga de la prueba con las consecuencias de su falta. En este caso, el juez decide no solamente conforme a los hechos alegados por las partes sino también con los medios de prueba propuestos por ésta y por él admitidos, y siempre con sujeción al principio de legalidad.

La cuestión, según el citado autor –y como ya se había puesto de manifiesto en la doctrina italiana–, no es en realidad técnica sino estrictamente ideológica. Las concepciones sobre los poderes del juez en los diversos regímenes, liberal, comunista, nazi, fascista... eran políticas y no se ocultaban bajo “capa técnica alguna”<sup>43</sup>, y, en definitiva, aumentar los poderes del juez en materia probatoria es propio del sistema inquisitivo, autoritario o fascista.

---

41. CAVALLONE, B., *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., págs. 86-9 que, en su crítica a la imparcialidad en este punto afirmaba (pág.89) que “*le uniche vere prese di posizione nel merito della disputa siano state da noi, nel decennio circa che si sta considerando, da un lato quella di Grasso, dove ha ritenuto di riconoscere nel diritto vigente, e di approvare de iure condendo, il vigore di un principio di “collaborazione” tra parti e giudice, operante non già come “incerto correttivo del principio dispositivo”, ma come “diretto strumento di originale edificazione del processo”, capace di riassorbire e di valorizzare “quanto di inquisitorio, nel senso tradizionale del termine”, può già rinvenirsi nella vigente disciplina delle prove; e dal lato opposto quella di Fazzalari nella sua appassionata difesa del dogma della imparzialità del giudice dalla minaccia recatagli da quanti auspicano interventi giudiziali a tutela del “litigante più debole”.*”

42. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., págs. 465-98.

43. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pág. 485.

Desde luego, lo que no resulta dudoso en el anterior planteamiento es que la cuestión de los calificativos utilizados no es baladí<sup>44</sup>. La politización de la cuestión por este autor, en mi opinión, en primer lugar viene precisamente de la mano de la utilización de los calificativos. La posición que defiende es la que llama como “liberal” o “garantista” –y que por cierto podría también ser denominada entre otras cosas como “decimonónica” desde algún punto de vista-, la de un juez sin poder alguno sobre la prueba, aunque más bien cabría decir que con poderes sobre la misma limitados a la pura “admisión”, dirección en su práctica y posterior “valoración”. En cambio, la posición contrapuesta, la de un juez que aumente sus facultades en el proceso civil, es calificada con términos como “inquisitiva”, “autoritaria”, cuando no “fascista”, “totalitaria” o similares. De este modo, se sitúa el actual debate sobre la “conveniencia” de los poderes del juez en el plano exclusivo de la “calificación”. En el fondo, viene a decirse algo así: como el debate es puramente ideológico, pretender aumentar los poderes del juez es propio de ideologías totalitarias.

Ciertamente las ideologías llamadas liberales propugnan una mínima intervención estatal en todos los ámbitos sociales y, por tanto, también habrá de tener su reflejo, aunque sea tendencialmente, en los poderes del juzgador en el proceso. Por el contrario, ideologías que pueden considerarse como totalitarias de distinto signo político propugnan por diversos caminos todo lo contrario: el aumento de la intervención estatal incluido el ámbito judicial. Esto puede entenderse como aproximadamente cierto, si no pasamos por alto la simplificación que pueda suponer<sup>45</sup>, y por supuesto, considerando que no resulta en absoluto

---

44. Indica TARUFFO, M., “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, en *Le prove nel processo civile. Atti del XXV Convegno Nazionale*, cit., págs. 56-7, que “questo modo di usare il linguaggio non è comunque neutrale, in virtù della valutazione negativa che l'impiego retorico del termine “autoritario” convoglia verso il processo in cui il giudice è dotato di poteri istruttori, e della valutazione positiva che il termine “liberale” retoricamente convoglia verso il processo in cui il giudice è privo di tali poteri”.

45. Especialmente si se atiende a que las tesis liberales han sido sometidas a revisión. En lo que a derecho español atañe, ha de pasar el filtro de la Constitución. Por ello MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, III, Libro II: artículos 248 a 386 inclusive, (coor.:

cierto que poder del juez equivalga a régimen autoritario y su ausencia a régimen liberal<sup>46</sup>, ni que pueda considerarse adecuado denominar como “inquisitorio” un sistema por el mero hecho de que se atribuyan al juez amplios poderes de dirección y control del proceso<sup>47</sup>. Así y todo, tal circunstancia tampoco excluye la posibilidad de que pueda defenderse cualquiera de las posiciones sin presuponer necesariamente una base ideológica previa, del mismo modo que en regímenes indudablemente democráticos se atribuye poderes probatorios al juez y en regímenes totalitarios pueden no encontrarse estos poderes. Podrán legítimamente mantenerse opiniones con base ideológica, pero creo que es posible cuando no conveniente afrontar la cuestión de los poderes del juez desde postulados estrictamente técnicos, sin necesidad o prescindiendo de los términos con que interesadamente puedan calificar la posición que se sostenga, esto es, atendiendo asépticamente a las ventajas e inconvenientes que ofrezca cada posición a los efectos

---

ESCRIBANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 2204-6, se muestra elocuente cuando afirma que el moderno “proceso social” que deriva de la Constitución, exige una presencia jurisdiccional activa durante la fase de prueba, sin que ello suponga invadir la libertad de los litigantes en la búsqueda de las fuentes y en la proposición de los medios; añade, “la Constitución no acoge un modelo de Estado liberal, sino que define un Estado social democrático de Derecho, de modo que reclama de los poderes públicos exigencias fundamentales en su quehacer”; y concluye, la LEC “no podía ni debía convertir al juez en un mero instrumento de las partes... una vez que se acude a los tribunales, éstos no pueden convertirse en una pura marioneta al servicio del principio dispositivo y de la iniciativa probatoria de las partes”. En todo caso, como advierte TARUFFO, M., “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, cit., pág. 57, “*questo orientamento lascia però perplessi per varie ragioni, relativa anzitutto alla mancanza di una teoria politica credibile e sufficientemente articolata*”.

46. Lo constata TARUFFO, M., “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, cit., págs. 61-73, y concluye que “*al di là di ogni dubbio ragionevole, che non esiste alcuna connessione tra l'attribuzione al giudice di più o meno ampi poteri di iniziativa istruttoria e la presenza di regimi politici autoritari e antidemocratici*”. Y así se constata, entre otros ejemplos, con los poderes probatorios de oficio que se atribuyen actualmente a ordenamientos jurídicos de Estados indiscutiblemente democráticos. Véase CAPPELLETTI, M., *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, (trad.: SENTÍS), cit., págs. 77-9. Y como ejemplo concreto, por ejemplo, el art. 143 del Nouveau Code de Procedure Civile francés dispone la general posibilidad de prueba de oficio cuando dispone que “*les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible*”.
47. CAPPELLETTI, M., *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, (trad.: SENTÍS), cit., pág. 64.

de un tutela judicial de mayor calidad y a una protección superior de los derechos de las personas<sup>48</sup>. La ausencia de facultades judiciales en materia probatoria ofrece al menos una apariencia de imparcialidad; asimismo, su atribución favorece también alcanzar resoluciones de mayor calidad en cuanto reduce las decisiones consecuencia de insuficiencia o inexistencia de material probatorio, o, en otros términos, por aplicación de la carga de la prueba<sup>49</sup>.

La toma de postura, sin perjuicio de que pueda corresponderse o coincidir tendencialmente con lo que históricamente se propugnó por determinados regímenes políticos o por algunas ideologías, sin perjuicio de opciones personales por las que puedan adscribirse a un determinado sector político<sup>50</sup>, puede adoptarse por los científicos y es-

---

48. Y esto lo afirmo a pesar de que se haya hablado (CAVALLONE, B., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Cedam, Padova, 1991, pág. 48), de “*la propensione a marchare quelle implicazioni “dietro la neutralità delle mere opzioni tecniche” non sembra tanto una prerogativa dei giuristi di ieri rispetto a quelli di oggi, quanto un fenomeno ricorrente, originato dal sempre rinnovato tentativo di prospettare come “obiettivamente migliori” o “più razionali”, così accrescendone la forza persuasiva, soluzioni in realtà fondate su trasparenti giudizi di valore*”.

49. Explica, por ejemplo, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “El procedimiento probatorio”, en *Derecho Procesal Civil. Parte General*, (con MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 237, que la naturaleza dispositiva “no impone que el juez quede totalmente maniatado en el amplio campo de los actos probatorios. Un juez, mero espectador de lo que las partes hacen en materia probatoria en el proceso, no es la mejor garantía para la obtención de la decisión justa... la más adecuada a la realidad fáctica y jurídica de las cosas”. Asimismo, ASENCIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>., “Artículo 217. Carga de la prueba”, en *Proceso Civil Práctico III*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), La Ley-Actualidad, Madrid, 2001, pág. 1-173 que “la introducción de poderes de oficio en orden a la práctica de pruebas y la búsqueda, pues, de la realidad de los hechos, cual sucede en los procesos inquisitoriales (art. 752) llevaría a soluciones más adecuadas a la realidad y evitaría tanto y a pesar de los correctivos a las reglas de distribución ahora existentes en la propia norma, el abuso por parte de los litigantes, cuando la emisión de sentencias de manera simple”. En una línea tajante a favor de la prueba judicial de oficio en el proceso civil, NOYA FERREIRO, M<sup>a</sup>. L., *Las diligencias finales en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 65-8.

50. Por supuesto que igualmente puede defenderse legítimamente partiendo de una base ideológica. En mi opinión se vislumbra en la posición que mantienen GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil. I*, cit., pág. 393, cuando afirman que “no compartimos la necesidad de la vigencia cuasi-absoluta del principio de aportación de parte en su vertiente probatoria en el proceso civil, por tratarse de un paso atrás en el camino, ya emprendido, hacia la Justicia civil social, que persigue un acercamiento a la verdad formal (hoy dominante en el proceso civil) a la material”.

tudiosos del Derecho Procesal prescindiendo de prejuicios y etiquetas, atendiendo única y exclusivamente a elementos técnicos por los que, ponderando sus ventajas e inconvenientes, pueda mejorarse la tutela judicial y la salvaguarda de los derechos. Hago propias las palabras de TARUFFO<sup>51</sup>, cuando afirma que se ha de reconducir el problema de los poderes de oficio del juez a los límites de una correcta discusión científica y se ha de abandonar polémicas ideológicas nebulosas cuando no inútiles.

Ha de valorarse como una manipulación lingüística pretender circunscribir el debate meramente a su calificación en términos ideológicos. En este debate no se trata tanto de que se considere preferible buscar la verdad material (o real) sobre la formal, puesto que como sabemos ontológicamente no hay categorías de verdad, y ni siquiera el concepto de “verdad” es absoluto sino más bien relativo. Pero no es irrelevante que lo fijado en la resolución se acerque a la realidad en la medida de lo razonablemente posible. En mi opinión, sea ésta políticamente calificable o más bien una opción con mayores ventajas que inconvenientes, por tanto, estrictamente técnica, se trata de encontrar el camino hacia la justicia<sup>52</sup>, por la vía de la fijación de los elementos fácticos en la sentencia en condiciones óptimas para aproximarse algo más a la realidad<sup>53</sup>, sin olvidar que el vehículo ha de ser el de las garantías. Negar toda posibilidad de establecer estas condiciones equivale a mostrar

---

51. TARUFFO, M., “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, cit., pág. 90, dice que se ha de “*riconduire il problema dei poteri istruttori del giudice entro i confini di una corretta discussione scientifica e di accantonare polemiche ideologiche nebulose quanto inutili*”.

52. Como dice, CARRATA, A., “Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)”, cit., pág. 103, con cita de Tulio Ascarelli, la justicia se encuentra “*sopratutto nel cammino seguito pel risultato*”.

53. ALVARADO VELLOSO, A., *La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 25, nota 16, argumenta que cuando se habla de aproximarse a la realidad nada tiene que ver con la verdad real. Para ello cita la obra de CAVALLERO (*Justicia inquisitorial: el sistema de justicia criminal de la inquisición española*, Ariel, Argentina, 2003), quien se refiere a la “verdad real” como la verdad del rey. Tras esto concluye con que la búsqueda de la verdad real por parte del juez que actúa inquisitivamente tiene el único objeto de hacer coincidir el resultado del objeto investigado con lo querido por él mismo.

indiferencia respecto a que el juez aplique el derecho sobre unos hechos inexistentes o inciertos<sup>54</sup>; y calificar una propuesta prescindiendo de estas cuestiones técnicas y centrarlas en términos de calificaciones o “etiquetas” políticas cuanto menos merece ser considerado como una perspectiva parcial y manipuladora.

No comparto plenamente, y por tanto no estimo como obvia, la consideración de que la “justicia” depende también –o en exclusiva- de la verdad de los hechos enjuiciados. Tal afirmación equivale tanto como a negar la misma justicia. El logro de la verdad absoluta es un fin más que dudosamente alcanzable y hasta incluso en ocasiones al menos ni siquiera ha de pretenderse alcanzar la verdad relativa. Sabido es que el ordenamiento jurídico renuncia a ello por diversas razones: respeto a la libertad de las partes, salvaguarda de los derechos fundamentales o simplemente como consecuencia de las limitaciones humanas y del contexto procedimental en el que se desarrolla la prueba. En mi opinión, el tema merece una postura más realista o, si se quiere, más modesta aunque sea sin abandonar el ideal de que la fijación fáctica se produzca con el mayor índice de calidad posible (léase, acercándose a la verdad al máximo). En el contexto del proceso civil, la justicia se alcanzará cuando, entre otras cosas, la fijación del material se produzca mediante los mecanismos formales legalmente previstos para tal fin. Ahora bien, éste es el punto de partida. No resultan inocuos los resultados que ofrezcan estos mecanismos. Ciertamente el respeto a los derechos individuales y a la disponibilidad de los mismos ha de permitir que se exima de prueba los hechos sobre los que no exista controversia, con independencia de su correspondencia con la realidad. Pero en otros muchos casos, el mecanismo de fijación se justifica en la medida que implique certeza y verdad. Así, por ejemplo, el juez ha de creer a un testigo y no a otro en función de que lo manifestado por

---

54. TARUFFO, M., “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, cit., pág. 78, afirma que “risulta ovvio che chi assume una posizione di assoluta indifferenza rispetto all'accertamento della verità sia anche incline ad adottare un sistema in cui le parti dispongano in via esclusiva di tutte le iniziative istruttorie”.

él pueda ser verdad y por tanto tomado como cierto. La ineficacia de los mecanismos legalmente previstos por defectuosos, sea por defectos internos o por condicionantes externos al proceso, permiten una valoración de los mismos mediante parámetros de calidad con incidencia en la “justicia” de la resolución. En aras de alcanzar una mayor calidad en la resolución, merecerán ser corregidos por la intervención judicial en justo equilibrio con las garantías de las personas. Desde luego, no parece una opción adecuada justificar déficits de calidad, y por ende de justicia, con una afirmada salvaguarda a ultranza de las garantías de las partes. En abstracto, no encuentro en lugar alguno que la atribución de ciertos poderes al juez deba implicar negación ni siquiera limitación de las garantías de las partes. En casos particulares, soy consciente de los peligros que en su aplicación práctica puede tener el mal uso de los poderes por jueces tendentes a ejercerlos según su particular y muchas veces dudoso sentido de la “justicia”. Este último se trata de un problema que ha de resolverse en el caso concreto mediante las medidas correctoras que correspondan pero también impone reclamar un justo equilibrio en el cóctel entre garantías de las partes y calidad de la resolución que el legislador nos ofrezca<sup>55</sup>. La mejora de la “administración de justicia” ha de ser una empresa irrenunciable para el poder público. En mi opinión, no se justifica que se abandone con el pretexto de que el objetivo último del proceso sea la resolución de conflictos privados. Salvo que acudamos a soluciones ajenas a la jurisdicción, y todavía en ese ámbito con prevenciones, forma parte de la responsabilidad pública

---

55. Comparto con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “El procedimiento probatorio”, en *Derecho Procesal Civil. Parte General*, (con MORENO), cit., pág. 237 que “es importantísimo el equilibrio entre los poderes del juez y las partes en materia probatoria... pasa... por dar al juez los más amplios poderes de dirección formal y material del proceso en la admisión y práctica, así como en la actividad, probatoria, y por concederle excepcionalmente poderes para proponer y practicar pruebas de oficio”. Esto último implica, como a continuación explica, que las partes tengan todos los poderes en materia de proposición de prueba y que el órgano judicial no debería poder practicar prueba de oficio, salvo en supuestos excepcionales como procesos “inquisitivos” y en el caso de prueba de peritos cuando no habiendo sido solicitada por las partes la entienda necesaria dado su nivel de conocimientos. Otros supuesto, incluidos los casos excepcionales recogidos en el art. 435.2 LEC, no debería corresponder al juez.

que la calidad de la justicia y las garantías del proceso queden equilibradas, armonizadas y razonablemente ponderadas en cada ordenamiento jurídico.

Otra cosa es que actualmente presenciamos como, en relación con los poderes del juez, en el proceso civil se propugne una tendencia contraria a la del proceso penal. Tratándose de un problema básicamente técnico, entiendo que efectivamente sería conveniente algún esfuerzo de coherencia en ese sentido<sup>56</sup>. Al menos, habrán de justificarse las razones por las que, en un contexto de imposición de penas por el Estado, afectantes a derechos tan fundamentales como la libertad individual de las personas, adquiere especial relevancia la salvaguarda de las garantías de las partes como es la de imparcialidad judicial, de modo similar a como rige en el mismo la presunción de inocencia y criterio del *indubio pro reo*, aunque sea a costa de que eventualmente pueda no imponerse la correspondiente pena a quien efectivamente ha cometido el delito. Y, en cambio, no merezca tal atención especial a las garantías en otro contexto en el que principalmente está en juego el patrimonio de las personas, de modo que la aspiración a una resolución de más calidad puede ser legítima aunque sea a costa de una cierta merma de garantías en comparación con el proceso penal.

## 2. En los procesos dispositivos

En los procesos dispositivos no rige, en principio, la prueba de oficio. El tenor del art. 216 LEC es lo suficientemente elocuente cuando esta-

---

56. ALVARADO VELLOSO, A., *La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*, cit., pág. 23, pone de manifiesto como los procesalistas civiles sostienen cada día más denodadamente la necesidad de dotar al juez de mayores poderes instructorios y en cambio los procesalistas penales exigen cada día con más fuerza que “se retacee desde la ley toda posibilidad de actividad probatoria en el juez”. Todo ello implica, en palabras de este autor, “un exótico cruzamiento filosófico doctrinal: en tanto se pretende penalizar cada vez más al proceso civil, se civiliza cada vez más el proceso penal”. Se pregunta, en definitiva que si todo esto, además de ilegítimo, es absolutamente esquizofrénico.

blece lo que denomina “principio de justicia rogada” expresando que “los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes”. Principio que se concreta consecuentemente en el art. 282 LEC cuando prevé que “las pruebas se practicarán a instancia de parte”.

La anterior es la regla general y, como tal, puede encontrar limitaciones. Los dos preceptos citados previenen que el principio de justicia rogada regirá “excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales”, de modo que “el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley” (arts. 216 y 282 *in fine* LEC).

Y efectivamente la ley lo establece en determinadas ocasiones o en casos especiales, como en el punto siguiente veremos, fundamentalmente cuando se trata de procesos no dispositivos (art. 752.1 LEC). Por lo que se refiere a los dispositivos, en cambio, solamente cabe encontrar algún supuesto puntual de previsión que permitiría aumentar levemente las facultades judiciales más allá de la simple admisión de las pruebas propuestas por las partes, dirección de su práctica y valoración de la misma<sup>57</sup>. Así y todo, en los procesos dispositivos encontramos ejemplos de iniciativa probatoria de oficio de carácter general en los que, aunque sea de forma matizada, implica incipientemente ese aumento de facultades (arts. 429.1.II y 435 LEC). Asimismo, contempla situaciones en las que, aunque sea una vez acordada la prueba previa proposición de la parte, el juez podrá ejercer sus facultades para concretar el ámbito y contenido de la prueba mediante la formulación de preguntas a las

---

57. Así y todo, algún autor, como VAREA ORBEA, J., “El control judicial de la prueba ilícita en el proceso civil español”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J. M. Bosch, Barcelona, 2007, pág. 414, propone iniciativa de oficio en algún supuesto no claramente contemplado en la ley como en el caso de que se inicie de oficio el incidente del art. 287, entiende que el juez ha de poder proponer prueba “lo que evitaría los efectos perjudiciales derivados de la inactividad de las partes”.

partes (306.1.II y 2 LEC), peritos (347.2 LEC) o testigos (372.2 LEC), la determinación de los extremos a los que abarcará el reconocimiento judicial (art. 353.2 LEC), o mediante la adopción de careos (art. 373.1 y 2 LEC). Todo ello con el objetivo de obtener una resolución de mayor calidad en cuanto se adoptará evitando en la medida de lo posible las graves consecuencias de la ausencia o insuficiencia probatoria. Veamos estos supuestos.

### **A) Pronóstico sobre cómo aplicará el juez la carga de la prueba. Un deber judicial que ha de ser entendido en sus justos términos**

Durante la tramitación parlamentaria de la LEC se introdujo un novedoso precepto que incide cuanto menos aparentemente en el aumento de los poderes del juez en relación con la prueba<sup>58</sup>. Dispone el art. 429.1.II LEC que “cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente”.

58. En opinión de MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pág. 492, la introducción del art. 429.1.II y 435.2 LEC mediante las enmiendas admitidas durante la tramitación parlamentaria representan la concepción autoritaria en la solución de compromiso que se adoptó en un proyecto en principio de marcada tendencia liberal. Por su parte, en palabras de TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Art. 429. Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, *Arts. 1 a 516*, (coor.: CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA), Aranzadi, Elcano, 2001, pág. 461, “esta norma, introducida «ex abrupto» (y como un «deus ex machina» para remediar los males de la inadecuada actividad de las partes y prever un final feliz a la representación), rompe con el sistema, se presenta de escasa utilidad, y no sé incluso si no choca también con la conveniencia de que el juzgador no se forme prejuicios, o juicios previos y parciales a la resolución final del litigio”.

Lo primero que ha de señalarse sobre el precepto es que, diversamente a lo que sostiene alguna jurisprudencia menor<sup>59</sup>, así como algún autor<sup>60</sup>, su aplicación no se presenta como facultativa sino como un deber<sup>61</sup>. Por supuesto, será así siempre que el término “facultativo”

- 
59. Un buen ejemplo lo representa la SAP Islas Baleares (Secc. 3ª), 3 de mayo de 2005 (Ponente: Guillermo Rosselló Llaneras. JUR 2005\19239), cuando indica que “*el artículo 429 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que se dice infringido, regula por primera vez la iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil... el primer problema que ha suscitado dicho precepto innovador, como consecuencia de su ambigua dición, consiste en si se trata de un deber o, por el contrario, de una mera facultad del órgano judicial, inclinándose la doctrina científica más autorizada y la denominada jurisprudencia menor (...), a la vista de su interpretación conjunta, sistemática y finalista, que se trata de una facultad judicial condicionada a la subjetiva constatación sobre la insuficiencia de las pruebas ya propuestas para acreditar los hechos controvertidos, con la finalidad última de convencer al órgano jurisdiccional de la bondad de la pretensión actuada, señalando la citada doctrina jurisprudencial que se trata de una apreciación subjetiva que difícilmente podrá ser objeto de control externo y a posteriori por otro órgano judicial para imponer su propio criterio, sin que pueda servir de fundamento para subsanar la inexistencia de prueba o las propuestas por las partes inadecuadamente, así como que las actuaciones no se puede retrotraer hasta la proposición de prueba para dar posibilidad a las partes para proponer la necesaria para acreditar su derecho. En definitiva, la nueva norma introduce un mecanismo para facilitar la convicción judicial sobre los hechos controvertidos mediante la facultad de integración probatoria, pero no impone al juez un deber de controlar la suficiencia probatoria en la inicial fase de la audiencia previa y con la posibilidad que sea un juez distinto el que dicte sentencia, ni existe una garantía absoluta que, aun con indicación de insuficiencia probatoria, las nuevas pruebas acrediten los hechos controvertidos*”. Véase un informe jurisprudencial en BERNABEU PÉREZ, I. C., “Los poderes probatorios del juez en la audiencia previa”, en *Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, núm. 53, octubre 2008, págs. 30-7.
60. BARONA VILAR, S., “Capítulo II. De la audiencia previa a juicio” en *El proceso civil*, IV (coor: ESCRIBANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 3220. ABEL LLUCH, X., (con PICÓ I JUNOY, J.), “La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso”, en *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, (coor.: ABEL y PICÓ), J. M. Bosch, Barcelona, 2003, págs. 146-8. CREMADES MORANT, J., “La prueba. Disposiciones generales (Artículos 281 al 298)”, en *Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, (coors.: MARINA y LOSCERTALES), Sepim, Madrid, 2000, pág. 710. CHICO FERNÁNDEZ, T., “La facultad del juez de indicar la insuficiencia de la prueba propuesta y la preclusión probatoria. A propósito del artículo 429.1.II de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Aspectos prácticos de la Prueba Civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J.M.Bosch, Barcelona, 2006, pág. 251. RÍOS LÓPEZ, Y., “La función directiva del juez en la determinación de la certeza de los hechos”, en *Aspectos prácticos de la Prueba Civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J.M.Bosch, Barcelona, 2006, págs. 139-44.
61. Opinión que comparto con autores como DAMIÁN MORENO, J., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, *Los procesos ordinarios, las medidas cautelares*, (coor.: CORTÉS y MORENO), Tecnos, Madrid, 2000, págs. 106-7. También ídem en “Artículos 429 y 40”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, (Dir.: LORCA), Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 2160. LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba (Análisis de los artículos 281 a 298 y concordantes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, cit., pág. 85. PICÓ I JUNOY, J. (con ABEL LLUCH, X.), “La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso”, en *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, (coor.: ABEL y PICÓ), J. M. Bosch, Barcelona, 2003, págs. 160-1. FERRER

se haga equivalente a “discrecional”. Si con la atribución de facultad a un tribunal “se le está atribuyendo también un deber, el de ejercer la facultad en atención a las circunstancias que concurran en el caso concreto”<sup>62</sup>, en tal caso habrá de compartirse que el art. 429.1.II LEC contiene una “facultad-deber”. Ahora bien, siendo así, el incumplimiento de este deber habría de tener consecuencias en relación con eventuales nulidades de actos procesales<sup>63</sup>, que es precisamente lo que viene negando la jurisprudencia con el argumento último de que atribuye una facultad, equivalente en tal caso con “discrecionalidad”, esto es, como posibilidad de realizar el acto a voluntad.

Lo bien cierto es que el precepto impone que el tribunal “pondrá” de manifiesto la insuficiencia probatoria a las partes. Habrá de proceder de tal modo sólo cuando “considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos”. Evidentemente, el juez no ha de consi-

---

GIL, J. E., “Facultades del juez en la proposición de prueba en la audiencia previa”, en *Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, núm. 53, octubre 2008, págs. 18-29. GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil*, I, cit., págs. 394 y 428, parece que mantienen que se trata de una “obligación”, aunque también hacen referencia a que dicha “obligación” “faculta al juzgador”. Y lo mismo GIMENO SENDRA, V., “Alegaciones y audiencia previa”, en *Proceso Civil Práctico*, V, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), La Ley-Actualidad, Madrid, 2001, pág. 3-283, habla de “facultad del tribunal reside en la obligación de «esclarecimiento de los hechos»”. TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Art. 429. Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, *Arts. 1 a 516*, (coor.: CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA), cit., pág. 1461, aunque en sentido muy crítico habla de “facultad-deber que le impone la norma”. GARCÍA-CUERVA GARCÍA, S., “Las reglas generales del onus probandi”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J. M. Bosch, Barcelona, 2007, pág. 62, habla del “deber judicial, siempre dentro del respeto a la legalidad vigente por supuesto”.

62. Expresión que, en relación con las diligencias para mejor proveer, utiliza MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pág. 503.

63. Para FERNÁNDEZ, MARTÍNEZ, PÉREZ y PÉREZ, “Análisis del artículo 429.1.II y III LEC”, en *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, (coor.: ABEL y PICÓ), J. M. Bosch, Barcelona, 2003, págs. 51 y 61-2, se trataría de algo tan atípico como de “una obligación no exigible jurídicamente ni determinante de responsabilidad alguna del juzgador”. Obligación en cuanto a los términos del precepto y no exigible dados los problemas prácticos que plantea y por la doctrina jurisprudencial de que no se produce indefensión pues la merma de derechos se debería a la actitud de la parte.

derar tal insuficiencia en todos y cada uno de los supuestos más que cuando efectivamente concurra, de ahí que su aplicación no será absoluta ni automática. Pero no ha de confundirse esto con que se introduce una mera “facultad” judicial. Entiendo, por tanto, que no resulta admisible que el órgano jurisdiccional, incumpliendo el mandato del art. 429.1.II LEC, omita la puesta de manifiesto a las partes cuando estime insuficiencia probatoria (o cuando simplemente no aprecie la prueba propuesta) y posteriormente resuelva atribuyendo las consecuencias derivadas de la carga de la prueba en los términos del art. 217 LEC.

Ni siquiera debería suponer en principio una verdadera facultad el señalamiento de la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. El entendimiento contextualizado de la expresión dentro del precepto habría de implicar que el señalamiento de la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente habría de realizarse en todos los casos que aprecie la insuficiencia probatoria. Sin embargo, a lo anterior se opone una poco afortunada expresión en la que al efectuar la manifestación –lo que ocurrirá solamente cuando se haya considerado la insuficiencia probatoria- el tribunal “podrá” señalar la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. Esto supondrá que el juzgador, quizá convencido de que el art. 429.1.II LEC pueda ser un precepto ideológico y además propio de una concepción “autoritaria”, tendrá la facultad de decidir no aplicar<sup>64</sup>.

Una cuestión de relevancia es también si este deber ha de ser cumplido en todo juicio o solamente en el ordinario. La ubicación sistemática del precepto, y su previsión en el contexto de la audiencia previa, además de otras consideraciones como la misma dinámica del juicio verbal en

---

64. MONTERO AROCA, J., “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, cit., pág. 34, ya vaticinaba antes de la entrada en vigor de la vigente LEC que “no hace falta tener mucha experiencia para estar convencido de que el juez español no hará uso de la facultad que le confiere el art. 429.1.II de la nueva LEC”.

el que proposición y práctica se producirá con carácter general en la vista, permiten afirmar en principio que la aplicación del art. 429.1.II LEC se limita única y exclusivamente al juicio ordinario. Sin embargo, esta inicial interpretación choca con el tenor del art. 443.4.II LEC, según el cual “la proposición de prueba de las partes podrá completarse con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 429”. De lo que, con toda rotundidad, puede afirmarse que esta previsión también ha de ser aplicable a los juicios verbales<sup>65</sup>. Quizá cabría concluir que se refiere a aquellos juicios verbales con contestación escrita, que vienen a coincidir con los no dispositivos, en los que no existe impedimento procedimental ni legal para que el juzgador pueda adelantar igualmente este pronóstico cuando en los mismos el juez está facultado para mucho más: para proponer prueba de oficio. Pero frente a esta interpretación se opone de nuevo el tenor del mismo art. 443.4.II que no establece ningún condicionante sobre la forma de contestación ni limitación al carácter no dispositivo del juicio verbal.

Cuestión de interés es conocer también si cuando el repetido art. 429.1.II LEC habla de “insuficiencia” de la prueba, excluye otros supuestos en los que no ha habido proposición sobre algún hecho<sup>66</sup>. En mi opinión, es bastante claro que la referencia en plural a que “las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes” no implica que para su operatividad sea necesario que se haya propuesto una o varias pruebas insuficientes sobre un determinado hecho. Más bien se refiere a que se constate una genérica insuficiencia tras la proposición de prueba<sup>67</sup>. Además, no

---

65. ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., “La prueba en general”, en *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, (con CUBILLO, PEITEADO y TOMÉ), Colex, Madrid, 2004, pág. 24.

66. En ese sentido, entre otros, ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., “La prueba en general”, en *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, (con CUBILLO, PEITEADO y TOMÉ), cit., pág. 25. SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, Thomson-Aranzadi, Gizur Menor, 2ª ed., 2007, pág. 136.

67. Comparto con GIMENO SENDRA, V., “Alegaciones y audiencia previa”, en *Proceso Civil Práctico*, V, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., pág. 3-284, que será procedente cuando “pueda

hay mayor insuficiencia probatoria que la derivada de una carencia de prueba. Atendiendo a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, si se constata una total ausencia de prueba, ésta es *per se* insuficiente para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.

Asimismo, otro impedimento argüido para intentar la inaplicación práctica de la previsión legal se basa en la afirmada imposibilidad de que el juez, antes de practicar la prueba, sea capaz de valorar la insuficiencia probatoria. En mi opinión, las dificultades de valoración apriorísticas de la insuficiencia no son en absoluto impedimento para la operatividad del deber judicial de advertencia, si bien este deber ha de ser entendido en sus justos límites. A tal efecto han de distinguirse dos situaciones: de un lado, la de existencia y, de otro, la de inexistencia de proposición de prueba sobre un determinado hecho.

En este último, la aplicación del precepto no debería ofrecer excesivos problemas. Ciertamente que el art. 429.1.II LEC habla de que “las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes”, pero, como ya he indicado, esta expresión no justifica entender restrictivamente que sea necesaria una previa proposición de prueba sobre un hecho concreto. Hemos de compartir que no hay mayor insuficiencia probatoria que la derivada de una ausencia de prueba.

En caso de haber propuesto prueba es cuando pueden derivarse dificultades para valorar su insuficiencia. Sin embargo, estas dificultades se obvian entendiendo que el art. 429.1.II LEC solamente será de aplicación cuando, propuesta prueba sobre un hecho, pueda concluirse que en la mejor de las hipótesis, teniendo todo el éxito que cabe esperar de la prueba propuesta, todavía así no sería posible acreditar

---

presumirse que... existirá una ausencia total de actividad probatoria”. Ahora bien, también ha de compararse con ASENCIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>., “Artículo 217. Carga de la prueba”, en *Proceso Civil Práctico III*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., pág. 1-169, que en las situaciones de rebeldía carece de sentido su aplicación porque “podría favorecer a la parte renuente”.

el hecho<sup>68</sup>. En cualquier otra situación de incertidumbre en la que sea necesario esperar al resultado de la práctica de la prueba propuesta, sencillamente no procede advertir sobre insuficiencia alguna. Por tal motivo, si una vez practicada la prueba, ésta se ha revelado insuficiente, (insuficiencia del resultado de la prueba no de la prueba misma que sí era en principio potencialmente suficiente), el juez no ha de decretar ninguna suerte de diligencia final sino sencillamente aplicar las consecuencias sobre la carga de la prueba. Y del mismo modo, el entendimiento de que la insuficiencia es de la prueba considerada en abstracto –y no de los eventuales resultados que se obtengan de la misma en concreto– justifica sobradamente como razonable la nulidad de actuaciones y de la sentencia que resuelva atendiendo a unos hechos por falta o insuficiencia de prueba considerada en abstracto cuando no se ha cumplido con el deber judicial de advertir de tal falta o insuficiencia y, por tanto, se ha privado del derecho a completar y mejorar la proposición probatoria. No existe así ninguna dificultad de averiguación en la psique del juzgador para lograr desentrañar si efectivamente se dio cuenta de la insuficiencia y que impida la operatividad del deber de advertencia. Por el contrario, este deber es perfectamente operativo aunque sea entendido en sus justos límites: solamente para aquellos supuestos en los que objetivamente y *prima facie* sea posible constatar que la prueba es insuficiente.

Por lo demás, que no se prevea expresamente una consecuencia específica al incumplimiento del deber judicial de apreciar las insuficiencias probatorias no es óbice para que proceda la nulidad de actuaciones en la medida que la inactividad judicial suponga una merma en las posibilidades defensivas. Otra cosa es que la parte haya sido la causante, con su

---

68. Para FERNÁNDEZ, MARTÍNEZ, PÉREZ y PÉREZ, “Análisis del artículo 429.II y III LEC”, en *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, (coor.: ABEL y PICÓ), cit., págs. 63 y 66, entienden que “el uso de esta obligación se va a circunscribir en práctica a los supuestos de mero olvido al proponer la prueba, y de insuficiencia manifiesta o clara ab initio de pruebas que inequívocamente sean conducentes a un resultado concreto”. Comparto esta opinión, si bien entiendo que ha de ser así en la práctica, porque lo es en la teoría.

inactividad o deficiente actividad, del déficit probatorio inicial que, como ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, no implicaría indefensión ni posibilidad alguna de nulidad. Pero la causa de nulidad no vendría en este caso por el hecho de que, con la actuación de la parte, éste no ha sido capaz de alcanzar resultados probatorios, sino de que, por la inactividad del juzgador, incumpliendo normas imperativas cuyo presupuesto es precisamente la insuficiencia probatoria, se priva a la parte de las posibilidades legalmente previstas justamente cuando sea necesario completar la actividad probatoria.

Con todo, como se ha puesto de manifiesto reiteradamente<sup>69</sup>, cuestión distinta a la proposición de prueba de oficio es la sugerencia de la prueba que puede formularse con base en el art. 429.1.II LEC. En realidad, lo que está previendo este precepto es que el juez haga un pronóstico previo sobre como aplicará el juez la carga de la prueba en la sentencia. Desde este punto de vista, no se trata tanto de una ampliación de las potestades del juez en orden a las pruebas sino de un simple adelanto de lo mismo que el juzgador ha hecho siempre a la hora de dictar sentencia. Adelanto que se justifica en la utilidad de evitar, en la medida de la posible, que el juez resuelva en atención con las expeditivas consecuencias de la carga de la prueba. Lo que va a conseguirse es que se dicte una resolución favoreciendo que el material fáctico introducido por las partes tenga las mayores posibilidades de ser fijado a través de la correspondiente práctica de las pruebas. En fin, que la resolución se dicte en la medida de lo posible sin la aplicación de la “sanción” que supone la aplicación del art. 217 LEC para cuando el tribunal considere dudosos unos hechos. Ciertamente no utilizo ahora un concepto estricto o clásico de sanción<sup>70</sup>. Con su utilización solamente pretendo en-

---

69. Como afirma GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUTTRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre la prueba y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 122. En similares términos, la SAP Málaga (Secc. 6ª), 18 de mayo de 2005 (Ponente: Dña. Inmaculada Suárez Bárcena Florencio, JUR 2006\25517.

70. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Madrid, 2006, pág. 82, a la aplicación de la norma sobre carga “expediente formal de decisión formulado de forma totalmente ajena a la realidad de los hechos enjuiciados”, lo denomina como “opción nada

fatizar el perjuicio que sufre la parte que tenía la carga de probar porque no verá estimada su pretensión. Puede compartirse en principio que la falta de prueba no dé lugar a sanción alguna<sup>71</sup>, salvo que entendamos que la “sanción” viene de la mano de la desestimación de su pretensión y los perjuicios que derivan en consecuencia. El supuesto típico será la omisión o insuficiencia de prueba y la consecuencia la desestimación. Las similitudes de este efecto pernicioso para los intereses del que omite probar suficientemente con la sanción son relevantes, máxime cuando la desestimación no implica solamente no obtener un beneficio, sino que supone al propio tiempo la estimación de la pretensión de contrario y sus patentes perjuicios consecuencia. De ahí que pueda hablarse con algún fundamento de sanción. Lo bien cierto es que ante esta situación gravosa para el patrimonio de quien no logra probar y para la calidad de la tutela judicial otorgada, como se ha dicho<sup>72</sup>, “es preferible que el tribunal señale la insuficiencia probatoria –aun a riesgo de que se practique alguna prueba que, a la larga, resulte innecesaria- a la desestimación por insuficiencia de prueba”.

De otro lado, ha de reconocerse que implica una cierta incidencia judicial que el juzgador señale la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente, aunque sea ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos. Ahora no se trata solamente de adelantar la actividad propia del momento de dictar sentencia en relación con la fijación del material fáctico cuando el tribunal considere dudosos los hechos relevantes. Consiste en algo más: el juzgador indicará los medios de prueba que considere oportuno precisamente para evitar que los hechos queden huérfanos de una actividad probatoria suficiente y,

---

deseable que ha de quedar como último recurso”. CHICO FERNÁNDEZ, T., “La carga de la prueba y la iniciativa probatoria de oficio en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J. M. Bosch, Barcelona, 2007, pág. 147, todavía más incisiva, prefiere su calificación como “algo patológico o indeseado”.

71. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., “La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 487, 24 de mayo de 2001, pág. 2.

72. ARAGONESES MARTÍNEZ, S. y HINOJOSA SEGOVIA, R., “La prueba en general”, (con otros), cit., pág. 25.

por tanto, se reduzcan los supuestos de resolución consecuencia de la carga de la prueba. Sin embargo, ni siquiera en este caso cabe hablar de prueba de oficio, puesto que, como dispone el mismo art. 429.1.II LEC, las partes, y solamente ellas, “podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”.

Y frente a esta posibilidad de completar o modificar las proposiciones de prueba contemplada en el art. 429.1.III LEC, no creo que sean válidas argumentaciones basadas en el esquema procesal diseñado en la LEC o en los efectos legalmente previstos de preclusión<sup>73</sup>, como si el art. 429 LEC no fuera un elemento configurador precisamente de ese mismo esquema. Otra cosa son valoraciones *lege ferenda* o propuestas de modificación legal que puedan plantearse para la derogación por los cauces legales de este precepto. Pero, en mi opinión, no solamente resulta infundado y perturbador sino peligroso que se pretendan derogaciones por la vía de hecho como las que, con mayor o menor claridad, plantea mucha jurisprudencia y algunos comentaristas de la ley.

Si se parte de la poco convincente interpretación por la que el art. 429.1.II LEC contiene una mera facultad, no se va a plantear ningún problema. El juzgador podrá o no aplicar la previsión legal a voluntad, de modo que, en caso de que no advierta de la eventual insuficiencia probatoria y dicte la resolución en función de la carga de la prueba, el incumplimiento del art. 429.1.II LEC no tendrá más consecuencia que algún posible déficit en la calidad de la resolución. Por el contrario, si partimos de que se trata de un verdadero deber; cuando el juzgador no cumpla con el mandato del art. 429.1.II LEC, no parece que sea admisible una ulterior resolución conforme a lo previsto en el art. 217 LEC. En este caso, la parte perjudicada por la insuficiencia probatoria podría preguntar al juzgador la razón de por qué resuelve en atención a una insuficiencia probatoria que,

---

73. Véase CHICO FERNÁNDEZ, T., “La facultad del juez de indicar la insuficiencia de la prueba propuesta y la preclusión probatoria. A propósito del artículo 429.1.II de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Aspectos prácticos de la Prueba Civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), cit., págs. 254 y ss.

conforme al art. 429.I.II LEC, pudo y debió haber puesto de manifiesto con anterioridad. De ese modo, el incumplimiento judicial del deber legalmente impuesto priva a la parte de las posibilidades de completar o modificar las proposiciones de prueba y, por tanto, limita oportunidades procesales o, en otros términos, provoca indefensión. La consecuencia no puede ser otra más que la nulidad de actuaciones.

Frente a este planteamiento, la jurisprudencia mayoritaria, en aplicación estricta del principio dispositivo, de aportación de parte, de la imparcialidad judicial y de la “verdad procesal” con que se conforma el proceso civil, considera que la resolución solamente ha de establecerse sobre la base de la prueba practicada y, en caso de no practicarse o ser insuficiente, con base en las consecuencias del incumplimiento de las normas sobre carga de la prueba. En definitiva, estima, partiendo de una interpretación sistemática, siendo que la potestad “admonitoria” del juez es potestativa, como corrobora la expresión de “podrá” del párrafo segundo, que el art. 429.I LEC implica una mera facultad. Junto a estos argumentos introduce otros como que, en caso contrario, supondría un prejuicio de la cuestión planteada e incluso la quiebra de la igualdad o resultarían inaplicables preceptos como los que establecen la carga de la prueba<sup>74</sup>.

Ejemplo reciente de esta jurisprudencia es el de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Secc. 5ª), 3 de marzo de 2008<sup>75</sup>, cuando

---

74. En relación con la falta de aportación del dictamen, la SAP La Rioja (Secc. 1ª), 31 de enero de 2005 (Ponente: Dña. Carmen Araujo García. JUR 2005\94202), recoge igualmente la jurisprudencia sobre el tema.

75. Ponente: D. Hipólito Hernández Barea. EDJ 2008\126119. Resolución que recoge la jurisprudencia mayoritaria y hasta sus propios términos de expresión. Por ejemplo, la SAP Madrid (Secc. 14ª), 27 de octubre de 2005 (Ponente: D. José Zarzuelo Descalzo. AC 2005\2138) que a su vez refleja esta jurisprudencia cuando señala que “*la doctrina científica más autorizada y la denominada jurisprudencia menor –SAP de Murcia de 15 de febrero de 2002, SAP de Badajoz de 3 de mayo de 2002, SAP de Lugo de 29 de mayo de 2002, SAP de Pontevedra de 17 de junio de 2002, SAP de Navarra de 16 de abril de 2002, SAP de Burgos de 23 de julio de 2002, SAP de Alicante de 30 de octubre de 2002, SAP de Córdoba de 6 de febrero de 2003, entre otras–, a la vista de su interpretación conjunta, sistemática y finalista, que se trata de una facultad judicial condicionada a la subjetiva constatación sobre la insuficiencia de las pruebas ya propuestas para acreditar los hechos controvertidos, con la finalidad última de convencer al órgano juris-*

sobre el art. 429.1.II LEC afirma que:

“El *Primer* problema que ha suscitado dicho precepto innovador, como consecuencia de su ambigua dicción, consiste en si se trata de un deber o, por el contrario, de una mera facultad del órgano judicial; inclinándose la doctrina científica más autorizada y la denominada jurisprudencia menor, a la vista de su interpretación conjunta, sistemática y finalista, porque se trata de una facultad judicial condicionada a la subjetiva constatación sobre la insuficiencia de las pruebas ya propuestas para acreditar los hechos controvertidos, con la finalidad última de convencer al órgano jurisdiccional de la bondad de la pretensión actuada, señalando diversas Audiencias Provinciales que se trata de una apreciación subjetiva que difícilmente podrá ser objeto de control externo y "a posteriori" por otro órgano judicial para imponer su propio criterio, sin que pueda servir de fundamento para subsanar la inexistencia de prueba o las propuestas por las partes inadecuadamente, así como que las actuaciones no se pueden retrotraer hasta la proposición de prueba para dar posibilidad a una de las partes, en detrimento de la otra, para proponer la necesaria para acreditar su derecho. En definitiva, entiende también este Tribunal que la nueva norma introduce un mecanismo para facilitar la convicción judicial sobre los hechos controver-

---

*diccional de la bondad de la pretensión actuada, señalando la citada doctrina jurisprudencial que se trata de una apreciación subjetiva que difícilmente podrá ser objeto de control externo y a posteriori por otro órgano judicial para imponer su propio criterio, sin que pueda servir de fundamento para subsanar la inexistencia de prueba o las propuestas por las partes inadecuadamente, así como que las actuaciones no se puede retrotraer hasta la proposición de prueba para dar posibilidad a las partes para proponer la necesaria para acreditar su derecho. En definitiva, la nueva norma introduce un mecanismo para facilitar la convicción judicial sobre los hechos controvertidos mediante la facultad de integración probatoria, pero no impone al juez un deber de controlar la suficiencia probatoria en la inicial fase de la audiencia previa, ni existe una garantía absoluta que, aun con indicación de insuficiencia probatoria, las nuevas pruebas acrediten los hechos controvertidos, todo ello sin olvidar que la normativa de la carga de la prueba del artículo 217 de la LEC, que opera al tiempo de dictar sentencia, no se halla supeditada al uso de la facultad del artículo 429”.*

tidos mediante la facultad de integración probatoria, pero no impone al Juez un deber de controlar la suficiencia probatoria en la inicial fase de la audiencia previa, ni existe una garantía absoluta de que, aun con indicación de insuficiencia probatoria, las nuevas pruebas acrediten los hechos controvertidos; todo ello sin olvidar que la normativa de la carga de la prueba del artículo 217 de la Ley Procesal, que opera al tiempo de dictar sentencia en el marco del "onus probandi", no se halla supeditada al uso de la facultad del artículo 429. Por todo lo expuesto, mal puede sostenerse que el juzgador de instancia haya infringido dicho precepto al no haber indicado a la parte actora, ahora recurrente, la insuficiencia de las pruebas propuestas para acreditar el origen o causa del derecho dominical que invoca y cuya carga probatoria les incumbía a los actores como hecho constitutivo de su pretensión, según deriva del artículo 217 citado. La sentencia debe confirmarse de forma plena, incluso en lo que dispone sobre las costas causadas en la primera instancia”<sup>76</sup>.

---

76. Una síntesis de los argumentos jurisprudencia a favor del carácter facultativo los podemos encontrar en la SAP Islas Baleares (Secc. 3ª), 9 de febrero de 2006 (Ponente: Carlos Gómez Martínez. AC 2006\22), cuando manifiesta sobre el art. 429.1.II LEC que: *“Se trata de una facultad judicial y no de un deber y, por ende, el precepto no puede ser utilizado por la parte para escudar la propia inactividad probatoria o para impedir la aplicación de las reglas que regulan el reparto de la carga de la prueba. Que se trata de una mera facultad del juez se deduce de lo siguiente: i) Del tenor literal del precepto que no utiliza términos imperativos tipo «el juez deberá» sino que hace depender la iniciativa probatoria de oficio de una previa consideración del juez («cuando el juez considere»). ii) De interpretarse que el artículo 429 impone un deber, el juez debería controlar de oficio la idoneidad de los medios probatorios propuestos, como si se trataran de presupuestos procesales, lo que violaría el principio de aportación de parte (artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). iii) El artículo 429.1.II está ubicado entre la fijación de los hechos controvertidos (428.1) y tras la proposición de prueba (429.1) pero al no haberse practicado todavía la prueba e ignorarse el resultado de ésta, no puede exigirse al juez que adelante su valoración para identificar posibles insuficiencias probatorias. iv) El artículo 249.1.II no puede configurar una nueva responsabilidad judicial, la de la búsqueda de la certeza probatoria, incompatible con los sistemas procesales como el nuestro que no se basan en la investigación de oficio de los hechos alegados. Pero, en cualquier caso, una cosa es poner en relación los hechos controvertidos con los medios probatorios propuestos para enjuiciar la idoneidad de éstos, que es el objeto de la facultad regulada en el artículo 429.1.II, y otra cosa bien distinta es la valoración de la prueba practicada cuya conclusión puede ser la insuficiencia de acreditación de un determinado hecho y la atribución a la parte a quien incumbía su prueba de las consecuencias adversas de la falta de probanza, que es lo que hace la jueza de primera instancia en el último párrafo del fundamento jurídico segundo de su sentencia”.*

En mi opinión, la lectura de esta jurisprudencia mayoritaria revela que bien no se ha entendido suficientemente el contenido y sentido del art. 429.1.II LEC o bien se han sobrevalorado los “principios” procesales del proceso civil olvidando cuanto menos que pueden encontrar excepciones legales. El precepto es lo suficientemente claro para poder interpretar, incluso sistemáticamente, que está imponiendo un deber al juzgador de hacer un pronóstico sobre cómo aplicará la carga de la prueba en el momento de dictar sentencia.

Como se ha de realizar antes de haber practicado las pruebas, en ese momento es imposible conocer si efectivamente van a tener éxito a los efectos acreditativos pretendidos. Por ejemplo, si para intentar acreditar un hecho determinado se ha propuesto y admitido la prueba de tres testigos, el juez no sabe, ni puede saber, qué es lo que declararán en su momento tales testigos. Siendo así, en modo alguno cabe entender que el pronóstico del juzgador lo sea por el futuro e hipotético resultado de la prueba testifical. Ahora bien, lo que sí es exigible es constatar que sobre determinados hechos relevantes no se ha propuesto prueba o que, con la prueba propuesta, aún en el supuesto de que tuviera todo el éxito en la práctica, todavía así sería insuficiente para la debida acreditación. De aquí deriva, como adelantaba antes, que la insuficiencia de la prueba ha de serlo en abstracto considerada, con independencia de que tras la práctica de la misma ésta se revele insuficiente en concreto. Esta actividad afecta exclusivamente a los aspectos cuantitativos de la prueba sobre unos determinados hechos. Si a ello añadimos que complementa pero se sitúa al margen de la valoración probatoria que ha de realizar el juez al dictar sentencia, hemos de concluir que ni siquiera supone un aumento de sus potestades. Se trata única y exclusivamente de adelantar una parte de la actividad que le corresponde realizar en momentos posteriores para intentar evitar que queden datos huérfanos de prueba, porque no se propuso o porque la que se propuso –en la hipótesis de su total éxito– todavía no serviría para una acreditación suficiente.

Ni la debida imparcialidad, ni el principio dispositivo<sup>77</sup>, ni el de aportación de parte quedan, por ese solo motivo, comprometidos. Puede que interesadamente se pueda calificar esta previsión legal como característica de un sistema “autoritario”, “totalitario” o similares, pero lo bien cierto es que técnicamente permite, sin un déficit de garantías ni perder la imparcialidad<sup>78</sup>, alcanzar una resolución de calidad superior a la que se lograría en caso contrario<sup>79</sup>. La resolución se habrá dictado atendiendo en mayor medida a unos elementos fácticos fijados tras una actividad probatoria en principio idónea -al menos, el juzgador habrá establecido las condiciones para ello-, y no tanto como consecuencia de sancionar la carencia o insuficiencia de la actividad probatoria. Ciertamente la aplicación de las consecuencias del incumplimiento de la carga de la prueba será necesaria, pero, en aras de la mayor calidad de la resolución judicial, solamente como última *ratio*.

Por lo demás, ahora sí, será facultad del juzgador señalar la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. Actividad que resultará casi siempre innecesaria atendida la general asistencia letrada preceptiva salvo excepciones; y que, en cualquier caso, apenas tendrá una limitada incidencia o más bien un leve reflejo en un aspecto no sustancial del principio de aportación de parte, esto es, en la determinación

---

77. Me parece oportuno recordar ahora las palabras de CAPPELLETTI, M., *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, (trad.: SENTÍS), cit., págs. 63-4, cuando afirmaba que “los poderes judiciales de dirección y control del proceso no implican necesariamente, sin más, también un poder del juez de violar el principio dispositivo, ni los consiguientes principios de demanda y de la excepción de parte, etc...se refieren solamente al desarrollo técnico y formal del proceso; los mismos no permiten nunca, sin embargo, al juez sobreponer su propia voluntad a la de las partes en la determinación del objeto material del proceso”.

78. Véanse las consideraciones de TARUFFO, M., “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, cit., págs. 88-90.

79. Afirma TARUFFO, M., “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, cit., pág. 87, sobre el mismo que “*il giudice italiano... il giudice inglese, spagnolo o tedesco che suggerisce alle parti di dedurre una prova, non invadono il campo delle parti privandole di qualche loro prerogativa: questi giudice stanno semplicemente svolgendo un loro compito specifico che è quello di ar si che la decisione finale si fondi su tutte le prove disponibile, e quindi sia approssimata il più possibile alla verità dei fatti*”.

de los medios concretos que, no obstante las indicaciones que pueda hacer el juzgador, corresponderá determinar siempre a la parte que los proponga.

Parece claro que limitarse a ver en todo esto concepciones o tendencias autoritarias o totalitarias resulta desenfocado porque deja a un lado los aspectos técnicos que son los realmente importantes en este tema: que supone un escaso cuando no dudoso aumento de potestades judiciales, y que ofrece evidentes ventajas en la calidad de las resoluciones judiciales. En definitiva, he de reiterar que no considero adecuado trasladar el debate al plano de las calificaciones –o más bien descalificaciones–, dejando a un lado la perspectiva técnica que es la que ha de primar en el análisis del estudioso del Derecho Procesal.

A diferencia de la jurisprudencia vista hasta ahora, me parece más adecuada la posición que, aunque minoritaria, representa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Secc. 1ª), 28 de mayo de 2002<sup>80</sup>, cuando literalmente afirma lo siguiente:

“*QUINTO*.- En cuanto al primer extremo, es claro que el citado precepto impone un deber al Juez que preside el juicio tal y como resulta del término imperativo en que está redactado el primer inciso. Ahora bien, lo realmente problemático es delimitar con exactitud el supuesto de hecho de la norma y, más aún, su concreción a cada caso. La exégesis del precepto requiere, ante todo, una interpretación sistemática, pues el límite al mismo es el principio de aportación de parte, conforme al cual es a las partes y sólo a ellas a quien corresponde afirmar los hechos que hayan

---

80. Ponente: D. José María Torres Fernández de Sevilla. JUR 2002\178917. Lo que no cabe compartir con la misma son las consideraciones que mantiene en el fundamento de derecho noveno, cuando sostiene diversas posibilidades en atención a si la parte comparece con abogado o no, puesto que el art. 429.1.II LEC solamente es aplicable al juicio ordinario y, por tanto, es preceptiva la asistencia de abogado.

de ser tenidos en cuenta por el Tribunal y proponer los medios probatorios que consideren convenientes a su estrategia procesal. Por ello, la norma comentada no autoriza al Juez a proponer por sí la prueba ni a interferir en la actividad probatoria de las partes, ni menos aún a erigirse en defensor de una de ellas, como tampoco exige el artículo en cuestión la anticipación de juicios de valor, cuando no de adivinación, sobre el resultado que van a arrojar los medios de prueba que se propongan por las partes.

*Sexto.*- Ello nos permite efectuar una primera acotación al supuesto que contempla el artículo 429.1 éste viene referido a una carencia objetiva y absoluta de prueba sobre un hecho afirmado por una de las partes, que a su vez, sea preciso establecer para resolver el pleito. No abarca por tanto la mayor o menor convicción que un determinado medio pueda representar a priori, ni desde luego es excusa para el litigante que nada hace para levantar la carga de alegar y probar que sobre él pesa. En segundo término, constatada la ausencia de toda prueba sobre un hecho de trascendencia, es preciso que la prueba del mismo esté al alcance de las partes.

*Séptimo.*- Si se da ese supuesto, el Juez debe poner de manifiesto la insuficiencia probatoria, relacionada con el hecho concreto a que afecte. Además, –y esto ya no es un deber con la misma intensidad que el anterior, en cuanto la norma contenida en el segundo inciso del precepto, cuyo destinatario es el Juez, está redactada en sentido potestativo– el Juez puede señalar la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente, si bien con el límite del conocimiento oficial y procesal del propio Juez, pues tal medio de prueba que sugiere ha de resultar en su existencia de los propios autos. A partir de ahí, se abren diversas posibilidades, pues la parte puede reconsiderar su conducta y completar la proposición, o insistir en su postura, no añadiendo nada a la prueba ya propuesta. Digamos ya que, en este segundo

supuesto, ninguna indefensión se puede alegar con posterioridad, pues sólo a la parte le sería imputable.

*Octavo.*- Si el Juez, constatado el supuesto de hecho del artículo comentado, no revela la insuficiencia de prueba, tal omisión puede constituir fundamento para la nulidad de actuaciones, si finalmente la sentencia desestima la pretensión o resistencia por esa falta de prueba, pues se priva a las partes de una oportunidad procesal, ligada a la actuación que la Ley exige al Juez. Más dudoso es si la no mención de los medios probatorios, resultantes de los autos, que el Juez considere convenientes, puede constituir vicio anulatorio”.

Ha de reconocerse, no obstante, que será harto difícil en el contexto de un juicio ordinario –o de un verbal con postulación preceptiva- que la aplicación del art. 429.1.II LEC no implique alguna suplencia de la impericia de la parte (de su abogado, en realidad). Aunque sea indirectamente, cuando el juzgador realiza el pronóstico, permite conocer anticipadamente como aplicará la carga de la prueba. Y si a ello además se añade que el mismo precepto en el párrafo siguiente autoriza a las partes a “completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”<sup>81</sup>, se favorecerá a quien actúe con menor pericia por haber formulado una proposición de pruebas incompleta o inadecuada. Así y todo, no merece ser valorada como una verdadera suplencia de la impericia de la parte sino más bien como un mecanismo para otorgar mayor calidad a la decisión judicial sin merma de garantías<sup>82</sup>. En todo caso, cualquier hipotética

---

81. Esto no significa que el precepto permita a las partes imponer una nueva iniciativa probatoria de las partes. Como pone de manifiesto la SAP Alicante (Secc. 6ª), 7 de enero de 2008 (Ponente: D. José María Rives Seva. JUR 2008\193017), en relación con el art. 429.1 LEC, “*el mismo contiene la posibilidad de una sugerencia del Tribunal a las partes sobre la insuficiencia de los medios probatorios, pero no a la inversa, una sugerencia de las partes al Tribunal para que pueda admitir otros medios distintos de los aportados por ellas*”.

82. Comparto las palabras de la SAP Málaga (Secc. 6ª), 18 de mayo de 2005 (Ponente: Dña. Inmaculada Suárez Bárcena Florencio. JUR 2006\25517), cuando afirma que “*la facultad que le confiere el*

desigualdad que pudiera generarse será inferior a la que se producirá con la aplicación incondicionada de las consecuencias de la carga de la prueba, posiblemente al menos fruto de las propias desigualdades sociales entre distintas partes; y, sobre todo, será muy inferior a las desigualdades que, en este caso con toda claridad, generará el entendimiento del art. 429.1.II LEC como una mera facultad, en cuanto podrá ser aplicada –sin ningún género de control- en aquellos asuntos y para aquellas partes que el juez entienda arbitrariamente oportuno. Creo que cualquier atisbo de eventual desigualdad puede verse compensado con la mayor dosis de calidad que implica el mero adelanto de algo que le correspondía y que necesariamente iba a realizar el juzgador con posterioridad. Todo lo anterior lo afirmo partiendo de la premisa de que no son admisibles ni tolerables inaplicaciones -derogaciones de facto- de preceptos vigentes.

Esta mayor calidad en la resolución creo que compensa la eventual incidencia en principios procesales que no son absolutos ni incondicionados y que, aunque sean reflejo de reglas generales, se someten en cualquier caso a las limitaciones que la ley impone. Lo que obtiene la parte perjudicada por las consecuencias de la carga de la prueba es la oportunidad de mejorar su proposición de prueba cuando es inexistente en relación con un determinado hecho o cuando es patentemente insuficiente. Y por el mismo motivo, la parte a la que se le desestime la pretensión por falta o insuficiencia de prueba –en este último caso a pesar de que la propuesta tuvo todos los resultados que permitía- podrá reprocharle al juez que se lo pudo y debió advertir con antelación, dándole la oportunidad de completar y modificar sus proposiciones de prueba.

---

*artículo 429.1 de la LEC, señalando a las partes la necesidad de practicar prueba pericial, sobre los extremos que hubiera pretendido la parte actora el reconocimiento judicial, precisamente porque son dichas cuestiones los extremos debatidos en la litis, sin que ello signifique suplir la inactividad probatoria de la parte actora, ni violar el principio dispositivo del proceso civil, sino hacer uso de una facultad judicial legalmente prevista para el procedimiento que nos ocupa, y buena prueba de ello es que la parte actora aceptó la prueba cuya práctica consideraba conveniente el juzgador a quo, haciéndose dicha parte cargo de los gastos inherentes a la misma”.*

Cuestión muy distinta es que una prueba en principio idónea para acreditar un hecho no obtenga resultados positivos; entre otras posibilidades, porque el testigo no declara lo que la parte esperaba o porque el perito no informa favorablemente. Será precisamente en estos casos, junto a los de dejación de la parte que no completa ni modifica la prueba o la que proponga siga siendo claramente inadecuada o insuficiente, cuando habrá de aplicarse con todo el rigor el art. 217 LEC, haciendo pechar las consecuencia del incumplimiento de la carga de la prueba a quien corresponda legalmente.

## **B) Diligencias finales**

Al contrario de las que fueron denominadas diligencias “para mejor proveer”, las “finales”, ubicadas actualmente en el mismo momento procedimental, no implican ninguna suerte de imprecisa intromisión del juez en la determinación positiva de las pruebas que han de ser practicadas en el proceso y que solamente a las partes ha de corresponder en un proceso regido por el principio de aportación de parte. En todos los supuestos, incluso en aquellos en que se reconoce potestades de oficio, se requiere que las partes hayan asumido con diligencia toda la iniciativa probatoria. Lo único que se está autorizando es a que el juzgador auxilie a las partes para que superen obstáculos ajenos a su voluntad<sup>83</sup>.

Las diligencias finales se regulan en el actual art. 435 LEC y autorizan, mientras está pendiente el plazo para dictar sentencia (art. 434.2 LEC), a proponer y, en su caso, practicar las pruebas que cumplan con los requisitos que el mismo precepto contempla.

Al igual que, como hemos visto, ocurría con el art. 429.1.II LEC, parece que se ha previsto para los juicios ordinarios debido a su ubicación sistemática, así como por la misma dinámica del juicio verbal en el que pro-

---

83. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 366.

posición y práctica se producirá con carácter general en la vista. Además, en este caso, al art. 271.1 LEC se refiere a “la regla tercera del artículo 435, sobre diligencias finales en el juicio ordinario”. Todo ello aconseja su aplicación exclusiva en el juicio ordinario. Sin embargo, en el punto relativo a la problemática probatoria específica en el juicio verbal me referiré particularmente a esta cuestión en sentido favorable a su admisión.

El art. 435 LEC distingue dos supuestos bien diferenciados: el que puede considerarse general y que se iniciará sólo a iniciativa de parte; y otro que puede considerarse como excepcional, que podrá iniciarse tanto a instancia de parte como de oficio.

Por lo que se refiere al supuesto general, será necesario, en primer lugar, solicitud de la parte. Algunos jurisprudencia, sin percatarse de las diferencias sustanciales entre las anteriores diligencias para mejor proveer y las finales, considera a éstas como “herederas” de aquéllas, y ciñéndose a la literalidad de la ley cuando utiliza el verbo “podrá” y no otros más imperativos como “habrá” o similares, mantiene que se trata de una mera “facultad”, aunque sea con respeto de las reglas previstas en el art. 435.1 LEC<sup>84</sup>. Por el contrario, solicitada por la parte y cumplidos los requisitos generales y específicos para su admisibilidad, no parece que se justifique su inadmisión por el capricho o inapeten-

---

84. En ese sentido, entre otras, SAP Málaga (Secc. 5ª), 23 de julio de 2004 (Ponente: Dña. Inmaculada Melero Claudio. JUR 2004\255939). Asimismo, en términos de la SAP Burgos (Secc. 2ª), 30 de diciembre de 2005 (Ponente: Dña. Arabela García Espina. 2006\791), “*las diligencias finales que se regulan en el art. 435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 son las herederas de las diligencias «para mejor proveer» del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y si bien se diferencian de estas en que debe existir, salvo excepciones, solicitud de parte; sin embargo siguen configuradas como una facultad que, de forma potestativa y discrecional, aunque respetando las reglas previstas en el artículo 435.1 de la LECiv corresponde al Tribunal que «podrá... acordar, mediante Auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba.» El carácter potestativo, discrecional y soberano de estas diligencias que resulta del vocablo «podrán» que emplea el art. 435.1, exactamente el mismo que incluía el artículo 340 de la LECiv/1881, que, según señalaban las SSTs de 27 de diciembre de 1990, 6 de junio de 1991, 5 (sic) de junio de 1995 y 17 de junio (sic) de 1996, es «suficientemente exprestivo»; ni otorgan derecho subjetivo alguno a la parte, pues se configura como una potestad de los órganos judiciales, ni su práctica puede estimarse obligada como consecuencia necesaria del art. 24 CE, en los procesos gobernados por el principio dispositivo, pues ello lo convertirían en un nuevo y extemporáneo plazo de prueba (STC 98/1987)”.*

cia del juzgador por mucho que el art. 435 LEC mantenga el verbo “podrá” en su texto y de ello la citada jurisprudencia concluya en el carácter “potestativo, discrecional y soberano de estas diligencias”. En realidad, la decisión de admisión del juez es una actividad común a la que se realizaría en la audiencia previa con la diferencia de que se produce en momentos posteriores y junto a los requisitos generales han de cumplirse los específicos previstos en el mismo art. 435 LEC<sup>85</sup>.

Como requisitos específicos, en todos los casos se requiere que la falta de práctica o de práctica inútil de la prueba sea por causa que no se mantenga y no sea imputable a la parte que la propuso. Se tratará de la prueba que haya sido propuesta y admitida pero no practicada en su momento o el de la practicada pero con resultado inútil. Asimismo, junto a éstos se contiene otro supuesto específico, en el que generalmente se cumplirán todos los requisitos generales: las pruebas que tengan por objeto hechos cuya alegación haya sido admitida como excepción a la preclusión tras la práctica de la prueba en el juicio.

En el supuesto extraordinario seguirá siendo requisito que las causas hayan desaparecido y sean independientes de la voluntad y diligencia de las partes. Si bien en este caso, junto a la siempre posible iniciativa de la parte, cabrá que de oficio el “tribunal” pueda acordar que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes y siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

Un problema interesante es si de oficio podrá decidirse la adopción de medios de prueba distintos a los propuestos por las partes. Para

---

85. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el Proceso Civil*, cit., pág. 507 estima que “yo no cabe seguir hablando de facultad discrecional del juez, pues ahora se está ante un supuesto común de admisión conforme a las reglas de la legalidad, la pertinencia, la utilidad y la licitud, si bien todo ello en momento diferente del propio de la audiencia previa”.

autores algunos autores<sup>86</sup>, es lógico que la prueba “sucedánea” pueda consistir en un nuevo medio como en la repetición del antiguo, ya que la exigencia de que hayan desaparecido las circunstancias que produjeron la inconducencia abona esta interpretación. En cambio, para otros autores entre los que me sumo, ha de entenderse que meramente se trata de una posibilidad de practicar los medios de prueba que fueron propuestos en su momento<sup>87</sup>.

A todo ello se añade la exigencia de que en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias se expresen detalladamente aquellas circunstancias y motivos. Del mismo modo a lo que ocurría en el supuesto anterior, a pesar de que aquí cabe, al menos aparentemente<sup>88</sup>, la prueba de oficio y los requisitos sean tan severos que quepa su calificación como “excepcional”, tampoco ha de considerarse como una facultad discrecional y soberana del tribunal. Ciertamente concurre algún mayor elemento argumentativo para tal consideración. En este caso, junto al verbo “podrá”, se añade el adverbio “excepcionalmente” así como se refuerzan los considerados “peligros” respecto de esta “facultad inquisitiva” en relación con el principio “dispositivo”, de aportación de parte, igualdad así como con la norma por la que no ha de suplirse la inactividad o impericia de la parte<sup>89</sup>. Sin embargo, como en el su-

86. Por ejemplo, MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de la prueba judicial civil. Ley 1/2000*, JM Bosch, Barcelona, 2001, pág. 256.

87. En esa línea, entre otros TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Art. 45. Diligencias finales”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Arts. 1 a 516, (coor.: CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA), Aranzadi, Elcano, 2001, pág. 1483. RÍOS LÓPEZ, Y., “La función directiva del juez en la determinación de la certeza de los hechos”, en *Aspectos prácticos de la Prueba Civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), cit., págs. 138-9.

88. Como afirma ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 375, la potestad de acordar de oficio ciertas pruebas de oficio sólo es tal en apariencia. El medio de prueba fue admitido a propuesta de la parte, pero su práctica fue inútil por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes y ya desaparecidas. De ese modo, la renovada actividad de las partes se debe a que la prueba ya está acordada y no ha sido renunciada.

89. Señala la SAP Málaga (Sec. 5ª), 23 de julio de 2004 (Ponente: Dña. Inmaculada Melero Claudio. JUR 2004\255939) que “la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1881), en su artículo 340, regulaba las llamadas «Diligencias para mejor proveer», que la vigente Ley ha sustituido por las llamadas «Diligencias Finales» con presupuestos distintos a aquellas, en coherencia con la inspiración fundamental que debe presidir

puesto general, se trata de la admisión de una prueba en momentos posteriores a los comunes y generales que se acordará, a instancia de parte o de oficio, cuando se cumplan tanto los requisitos generales como los específicos que todavía son más exigentes.

Precisamente el conocimiento de estos requisitos específicos permite llegar a conclusiones contrarias a las que mantiene alguna jurisprudencia. A pesar de la iniciativa de oficio que se otorga al juez, en modo alguno merece hablarse de que suplirá impericia o inoperancia, ni siquiera de eventuales desigualdades, puesto que el art. 435.2 LEC se refiere a prueba sobre hechos, “oportunamente alegados” y los actos de prueba no hubieren resultado conducentes a causas “independientes de la voluntad y diligencia de las partes”. Cumplido este requisito, por tanto, no cabrá suplir indiligencia alguna. De otro lado, como se requiere previamente la diligencia de la parte en la iniciativa probatoria, de lo único que se trata es de un auxilio a las partes para que superen obstáculos ajenos a su voluntad. De la misma forma que ocurría con la previsión del art. 429.1.II LEC, se trata de un mecanismo técnico para lograr que la resolución alcance un mayor grado de calidad en la medida que la fijación de los hechos pueda lograrse en la medida de lo posible tras la práctica de una prueba adecuada. Todo ello sin mermas apreciables del principio de aportación de parte puesto que la reiniciada actividad probatoria del juez se debe a que la prueba ya fue acordada, no fue efectiva por razones ya no subsistentes y ajenas a las partes, y por no haber sido renunciada.

---

*el inicio, desarrollo y desenlace del proceso civil, reforzándose la importancia del acto del juicio y restringiendo la actividad previa a la sentencia a lo estrictamente necesario. Por ello, la nueva Ley, al igual que la anterior, considera improcedente cualquier actividad por parte del órgano judicial que pudiera suplir la diligencia o cuidado de las partes, utilizando con moderación tal facultad inquisitiva, porque podría alterar el equilibrio e imparcialidad que debe presidir sus actuaciones, acorde con el principio de «aportación de partes». Tales diligencias previas han de ser consideradas como actos de instrucción realizados por decisión del órgano jurisdiccional, en aquellos casos excepcionales que sean precisos para formar su íntima convicción sobre el motivo del proceso. Se comprende que deben tener una calificación muy excepcional y que concurren los requisitos exigidos por la Ley”.*

Con independencia de lo anterior, una vez admitidas las diligencias finales se suspenderá el plazo para dictar sentencia (art. 434.2 LEC), se practicará el medio de prueba correspondiente según su régimen específico dentro del plazo de veinte días y, tras ello, las partes podrán presentar en el plazo de cinco días, escrito en que resuman y valoren el resultado (art. 436.1 LEC). Por último, el plazo de veinte días para dictar sentencia volverá a computarse cuando transcurra el otorgado a las partes para presentar el escrito de resumen y valoración, así como también, aunque no lo mencione el art. 436.2 LEC, desde que lo presenten si ha sido antes de los cinco días con los que contaban.

### **C) Actividad de oficio en la práctica de las pruebas**

A pesar de que no quepa afirmar con rotundidad que en los poderes de dirección judicial en la práctica exista una verdadera “prueba de oficio”, pueden observarse algunos elementos en los que se aprecia una cierta iniciativa judicial siempre tendente a mejorar la calidad de los resultados de la práctica de la prueba. Aparte de que en el punto relativo a la práctica de prueba me remitiré de nuevo a los poderes de dirección, los aspectos en los que se observa esta actuación de oficio con más claridad son los siguientes:

#### **a) Apertura de la práctica de prueba**

A diferencia de lo que se regulaba en la LEC 1881 y aunque no se prohíbe, actualmente no se exige la petición formal del recibimiento del pleito a prueba. Fórmula que se solía plasmar mediante *otrosí digo* en los escritos de demanda o de alegación posterior.

Determinados medios de prueba con soporte documental (incluidos informes periciales) habrán de ser presentados con la demanda, contestación o reconvencción (arts. 264, 265, 266, 399.3 y 405 LEC), y, sin perjuicio de determinadas excepciones (arts. 270 y 271 LEC), la falta de presentación inicial supondrá la preclusión de las posibilidades de presentación posterior

(art. 269.1 y 272 LEC) y hasta incluso llegará a suponer la inadmisión de la demanda (art. 269.2 LEC). En estos casos, se trata de una situación específica puesto que se aportan medios de prueba con carácter previo a conocer si concurren hechos controvertidos. Podría decirse que la aportación trae implícita la solicitud de recibimiento del pleito a prueba así como la proposición de los citados medios de prueba en algún soporte documental, pero, desde luego, no es necesaria ninguna solicitud formal de recibimiento ni de proposición. Se trata de una situación que puede justificarse mediante diversas consideraciones como la exigencia de “seriedad” y fundamento en la formulación de pretensiones, favorecer soluciones autocompositivas o soluciones anticipadas y otras de similar índole, pero que resulta anómala desde el punto de vista de la prueba en cuanto que se realiza antes de conocer si concurren hechos controvertidos y por tanto desconociendo su necesidad.

A salvo de esta circunstancia especial, lo consecuente será que la prueba se proponga, se admita y se practique tras la constatación de la existencia de la concurrencia de hechos controvertidos al final de la audiencia previa al juicio o en el desarrollo de la vista. Podría llegarse al caso, más o menos poco habitual en la práctica, en el que la controversia se reduzca a una cuestión meramente jurídica. En tal caso sería improcedente cualquier actuación relativa a la prueba de modo que solamente restaría dictar sentencia (arts. 428.3 y 429.8 LEC). En cambio, si como suele ser habitual concurren hechos controvertidos, consecuentemente podrán proponerse los medios de prueba para que sean fijados, pueda aplicarse el derecho sobre ellos y, por tanto, las partes obtengan en concreto las consecuencias genéricamente previstas en la norma.

Lo relevante a los efectos que ahora nos interesan es que, sin perjuicio de que las partes propongan los medios de prueba en concreto para lograr la fijación fáctica, lo que podría implicar una tácita solicitud de recibimiento del pleito a prueba (ya instada en tal forma si en su momento se aportaron medios de prueba en soporte documental), lo bien cierto es que sin necesidad de solicitud alguna por la parte, al juez corresponde de oficio la toma de alguna de las siguientes decisiones:

1.<sup>a</sup> Dictar sentencia directamente, si las partes no pusieran fin al litigio mediante acuerdo pero estuvieren conformes en todos los hechos y la discrepancia quedase reducida a cuestión o cuestiones jurídicas (art. 428.3 LEC).

2.<sup>a</sup> En caso de no existir acuerdo para finalizar el litigio ni conformidad sobre los hechos, esto es, si concurren hechos controvertidos, de conformidad con el art. 429.1.I LEC “la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba”; y lo mismo conforme al art. 443.4 LEC, “se dará la palabra a las partes para fijar con claridad los hechos relevantes en que fundamenten sus pretensiones. Si no hubiere conformidad sobre ellos, se propondrán las pruebas y, una vez admitidas las que no sean impertinentes o inútiles, se practicarán seguidamente”.

Lo anterior implica, en primer lugar, que la decisión y valoración sobre la existencia de hechos controvertidos y, consecuentemente, si no procede dictar sentencia inmediata sino la prosecución de la audiencia, es una actividad previa a la proposición, de modo que no resultaría operativa la tácita solicitud de parte incluida en una ulterior proposición probatoria; y sobre todo en segundo lugar, poniéndolo en relación con el antes citado art. 428.3 LEC, que el control de la concurrencia de hechos controvertidos, y por tanto de objeto de prueba, corresponde al poder judicial de oficio<sup>90</sup>. Ha de compartirse con MUÑOZ SABATÉ<sup>91</sup>, que en caso de falsa disconformidad o disconformidad por conveniencia, tiene el juez plena potestad para apreciar y declarar concluso el proceso. Lo que supone,

90. GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil*. I, cit., pág. 425. En similar sentido SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, cit., pág. 250. Por el contrario, LÓPEZ SIMÓ, F., *Disposiciones generales sobre la prueba*, cit., pág. 77, entiende que la iniciación probatoria de pone en marcha “de manera automática, en cuanto no hay conformidad en los hechos”. Y en similar sentido, ASEN-CIO MELLADO, J. M<sup>a</sup>., “La prueba”, en *Proceso Civil Práctico IV*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), cit., págs. 1-64 y 1-65, concluye que al no preverse facultad judicial consistente en privar a las partes de su derecho a la prueba mediante una valoración previa del carácter controvertido o no de los hechos “no es procedente aceptar la posibilidad de una resolución en este sentido”.

91. MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de la prueba judicial civil. Ley 1/2000*, cit., pág. 232.

desde luego, la exteriorización de que la iniciación probatoria no es tan automática como se desprende del tenor literal del art. 429.1.I LEC

### **b) Interrogatorio de la parte, del perito o de los testigos por el “tribunal”**

Junto a la posibilidad general de que el “tribunal” repele las preguntas impertinentes o inútiles que formulen al declarante los abogados o, en su caso las partes, conforme al art. 306.1.II y 2 LEC, con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá interrogar a la parte llamada a declarar.

La previsión del art. 306.2 LEC, relativa a que el tribunal cuide de que, en caso de interrogatorio cruzado, las partes no se atraviesen la palabra ni se interrumpan, puede ser considerada como una mera concreción del poder de dirección del juez o del presidente del tribunal en la dirección de los juicios, audiencias o vistas (art. 186 LEC)<sup>92</sup>. Sin embargo, la posibilidad de interrogar incide de forma directa en la actividad por la que el juzgador se ilustra de las fuentes de prueba y, por tanto, en las posibilidades de adquirir convicción. Aunque será necesario que la prueba haya sido propuesta por la parte y admitida, la posibilidad de completar el interrogatorio supone una actividad, en ese momento, sin diferencias sustanciales con la prueba acordada de oficio. El órgano formará su convicción, suplirá las deficiencias o ausencias en el interrogatorio de las partes, y en dicha actividad concurrirán en principio todos y cada uno de los peligros de afección sobre la debida imparcialidad del juzgador y sobre el principio de aportación de parte que subyace en toda la disciplina de la prueba de oficio. De hecho, en el proceso penal, la jurisprudencia ha establecido límites razonables a las facultades de interrogatorio, cuando se presente a todas luces inquisitivo por tomar

---

92. Sobre la llamada de atención del art. 186.2 LEC, véase LLANOS PITARCH, J. M<sup>a</sup>., “Llamada de atención”, en *Abogado y procurador en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coor.: IVARS), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, págs. 167-9.

partido de la acusación a la que socorre y, en definitiva “descendiendo a la arena del combate contradictorio”<sup>93</sup>. Todo ello sin perjuicio de que a diferencia del proceso penal, en este caso no se trata de imponer el *ius puniendi* del estado. Nos encontramos en un proceso civil que se configura mediante otro instrumento técnico que permitirá al “tribunal” exprimir todas las posibilidades del interrogatorio y disipar todas las posibles dudas que mantenga, en caso de que el interrogatorio de los abogados o de las partes sea deficiente o carente.

En cambio, lo dispuesto en el art. 307 LEC no ha de considerarse como prueba de oficio ni aumento de poderes, sino una imposición legal de cómo ha de proceder. Según el mismo, en el caso de que la parte diere preguntas evasivas o inconcluyentes, el tribunal de oficio –o a instancia de parte–, deberá realizar el apercibimiento de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte.

Del mismo modo que la decisión sobre el interrogatorio domiciliario que el “tribunal” adoptará de oficio en el caso de que concurran las previsiones del art. 311 LEC, ha de considerarse también como simple imposición legal de prueba, concretamente de una forma de realiza-

---

93. Así, por ejemplo, la STS (Sala 2ª), 3 de julio de 2006 (Ponente: D. Joaquín Giménez García. RJ 2006/4655), en un interrogatorio realizado durante diez minutos efectuando una batería de sesenta preguntas, dice literalmente, “*es doctrina consolidada tanto en sede científica como jurisprudencial que debe efectuarse un uso moderado de esta posibilidad, y sólo para solicitar aclaraciones. Estas prevenciones son tanto más claras cuando las preguntas se dirigen a un imputado (...) el Presidente del Tribunal con el interrogatorio claramente inquisitivo que efectuó, totalmente desbordado de las precisiones legales, tomó el partido de la acusación en cuya ayuda corrió, descendiendo a la arena del combate contradictorio (...) se exteriorizó con claridad de posición del Tribunal tendente a cooperar al éxito de la pretensión condenatoria de la parte acusadora, y consiguientemente, se perdió esa imparcialidad, no porque el Tribunal tuviese un interés particular en el asunto, que no lo tenía, sino que en el aspecto objetivo, la conducta del Tribunal –pues obviamente la acción del Presidente se extiende a todo el Tribunal– exteriorizó y dio cuerpo a un temor en los acusados de que el Tribunal, ya desde el principio del Plenario tenía un prejuicio adelantado y exteriorizado en contra de aquéllos por lo que, razonablemente pensaban que no iban a ser juzgados con imparcialidad*”.

ción de la misma. En este caso, el aumento de facultades se reducirá a la decisión de que no comparezcan al interrogatorio las demás partes y sus abogados, teniendo en cuenta las circunstancias de la persona y del lugar que lo hicieran imposible o sumamente inconveniente (art. 311.2 *in fine* LEC).

De otro lado, lo dicho en relación con el interrogatorio de la parte es igualmente válido respecto de las preguntas y requerimientos de explicaciones sobre el dictamen pericial en el juicio o vista. El art. 347.2 LEC, autoriza al tribunal a formular tales preguntas y a requerir explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado (así como a acordar la ampliación del dictamen solamente en los casos de que hubiera sido acordado de oficio conforme al art. 339.5 LEC). Exactamente lo mismo que ha de decirse sobre la posibilidad de que, conforme al art. 372.2 LEC, el “tribunal” también podrá interrogar al testigo, aunque en esta ocasión se matice que sea con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones. Régimen de declaración al que se someterá igualmente la persona jurídica cuando, a la vista de las respuestas escritas, de su negativa u omisión, el tribunal disponga de oficio (mediante providencia y, por tanto, sin necesidad formal de mayor motivación) que sea citada al juicio o vista la persona o personas físicas cuyo testimonio pueda resultar pertinente y útil para aclarar o completar, si fuere oscura o incompleta, la declaración de la persona jurídica o entidad. Si bien no podrá admitir de oficio, y solamente a instancia de parte, cualquier prueba para contradecir la declaración (art. 381 LEC).

En fin, de ese modo, aunque será necesaria una prueba admitida –y, en el caso del perito, que haya sido acordada su actuación–, el órgano formará su convicción, suplirá eventuales deficiencias o ausencias en el interrogatorio que efectúen las partes –o en la claridad del propio dictamen–, reproduciéndose una vez más, y en principio, cada uno de los peligros de afección sobre la imparcialidad y el principio de aportación de parte. Todo ello compensado, una vez más, por el objetivo

de lograr una resolución de mayor calidad y exenta, salvo cuando sea estrictamente necesario, de la aplicación de las consecuencias del incumplimiento de las exigencias propias de la carga de la prueba.

### **c) Reconocimiento judicial**

El art. 353.2 LEC exige que la parte que solicite el reconocimiento deba expresar los extremos principales a que quiere que se refiera, con indicación de si pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia. Igualmente, la contraparte podrá proponer otros extremos que le interesen, todo ello junto a la manifestación de si asistirá con persona de las ya indicadas. Todo ello, sin embargo, como literalmente expresa el mismo precepto, “sin perjuicio de la amplitud que el tribunal estime que ha de tener el reconocimiento”. Esto significa que, en la misma línea de lo indicado antes, aunque sea parcialmente, en el reconocimiento judicial se estará conformando el ámbito del mismo conforme a lo que estime el “tribunal” para que el reconocimiento sea de utilidad, esto es, para adquirir convicción. Una vez más, aunque sea necesaria una proposición por la parte, la concreta determinación de los extremos podrá ser realizada de oficio por el “tribunal” ante una incorrecta, insuficiencia o ausencia de expresión sobre los extremos principales a los que ha de referirse el reconocimiento. Esto implica de nuevo posibilidad de actividad probatoria de oficio, si no en su iniciativa sí al menos en su determinación y ámbito, así como, una vez más, la reproducción de los peligros de afección sobre la imparcialidad y el principio de aportación de parte implícito en toda actividad probatoria de oficio. Compensado de nuevo con una resolución de mayor calidad y exenta de fijación fáctica por la vía de la sanción de la falta de prueba de los hechos que le conviene probar a cada una de las partes.

### **d) Careos**

Cuando los testigos, o entre partes y testigos, incurran en “graves contradicciones”, el tribunal de oficio podrá acordar que las partes se sometan

a un careo (art. 373.1 y 2 LEC). El careo servirá también para, partiendo de una prueba propuesta, admitida y, en este caso, practicada, poder ampliar su eficacia probatoria en atención a las escasas posibilidades de convicción dadas las contradicciones. Se pretende, una vez más, intentar eliminar o limitar las contradicciones poniendo “cara a cara” a quienes mantienen versiones contradictoras. Se trata de una actuación de oficio del juez para fomentar la calidad de las resoluciones evitando que se dicte en la medida de lo posible mediante las expeditivas consecuencias del incumplimiento de la carga de la prueba.

### **e) Posibilidad de adoptar las medidas de aseguramiento de la prueba que el juez estime preferible a la propuesta de la parte**

El art. 298.1.3º LEC prevé que el tribunal acordará las medidas oportunas en cada caso si cumplen, entre otros, el requisito de ser conducentes, llevarse a cabo dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros. A tal efecto, adoptará la medida de aseguramiento que se propongan “u otra distinta que con la misma finalidad estime preferible el tribunal”.

Como se observa, el legislador está autorizado a concretar y adoptar medidas de aseguramiento distintas a las propuestas por la parte, siempre que se considere “preferible”. Esto implica que, si bien la iniciativa para la adopción de la medida ha de ser de parte, el juzgador tendrá potestad para determinar y concretar la misma en aras de su mayor calidad atendiendo a los parámetros de brevedad y de provocar menores perjuicios.

## **3. En los procesos no dispositivos**

El derecho privado, en ocasiones, contiene regulaciones de derecho imperativo. Es lo que ocurre aunque sea con intensidad variable en cada uno de los llamados procesos no dispositivos, dominados mate-

rialmente por el *ius cogens*. Esto implica que estos procesos se caractericen, con carácter general y entre otras cuestiones procedimentales, en que rigen unos principios diferenciados en lo relativo a los poderes del juzgador y de las partes, en relación con el objeto del proceso y, por lo que ahora nos interesa, respecto a la aportación y la prueba de los hechos<sup>94</sup>. De ese modo, lo que había sido excepción en los procesos dispositivos, se convierte ahora en regla general. Asimismo, como en los mismos es habitual la acumulación de pretensiones cuya resolución no se somete a normas imperativas (algunas pretensiones de carácter patrimonial), para las mismas la ley establece excepciones a las reglas generales de los procesos no dispositivos (art. 752.4 LEC).

Lo bien cierto es que en estos procesos la consecuencia jurídica pretendida sólo se obtendrá si, a juicio del juzgador, realmente concurre el supuesto de hecho del que la norma imperativa hace depender tal consecuencia. Esto implica, entre otras cosas, que no serán atendibles los actos dispositivos de las partes (art. 751 LEC), no regirán las normas de prueba legal (art. 752.2 *in fine* LEC)<sup>95</sup>, que se limite la preclusión puesto que la decisión se adoptará conforme a los hechos objeto de debate y resulten probados con independencia del momento en que fueron introducidos en el proceso (art. 752.1 LEC)<sup>96</sup>, y, sobre todo, que se excluyan las consecuencias propias del principio de aportación de parte.

Particularmente interesante resulta en estos casos la exclusión del efecto que implica con carácter general la admisión de hechos (752.2

---

94. Véase ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., págs. 1081 y ss.

95. Sin perjuicio de aquellas materias que puedan ser disponibles, en cuyo caso, conforme al art. 752.4 LEC

96. El precepto se refiere al “momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera”. Para MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pág. 528, la otra manera no es la aportación por el juez pues “ello supondría alterar las bases mismas de lo que es un proceso”. En cambio entienden que sí será posible autores como Díez-Picazo Giménez, I., *Derecho Procesal Civil. Ejecución Forzosa. Procesos especiales*, (con DE LA OLIVA y VEGAS), EURA, Madrid, 2004, pág. 420, para quien “pueden ser tenido en cuenta en la sentencia hechos no alegados por las partes, sino introducidos ex officio por el tribunal”.

LEC), para evitar que sean fijados sin certeza de que concurren en la realidad. Y, en general, se pretende evitar que queden fijados mediante la aplicación de las consecuencias de la carga de la prueba, puesto que, en ese caso y aunque sea indirectamente, estará dependiendo de la voluntad de las partes.

Característica relevante de estos procesos es la legitimación del Ministerio Fiscal para que sea parte demandada y en contadas ocasiones demandante (arts. 74 CC, 757.2 y 761 LEC). De ese modo, actuará en el proceso sometido al principio de legalidad y guiado para que la situación fáctica que se fije se corresponda con la realidad. Como también merece destacarse las mayores posibilidades para excluir la publicidad en el mismo en cuanto que, conforme al art. 754 LEC, “podrán decidir los tribunales, mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen”<sup>97</sup>.

Lo más destacable, con todo, es que se incrementan de forma considerable los poderes del juzgador. Según el art. 752.1.II LEC en relación con el art. 282 *in fine* LEC, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes. Lo que se concreta de una forma variablemente directa en los arts. 759 y 761 LEC para la incapacitación y su reintegración respectivamente, art. 767.2 LEC para el proceso de filiación<sup>98</sup>, así como en los arts. 770.4<sup>a</sup>.II, 771.3, 773.3, 774.2, 775.5 LEC para los matrimoniales y de menores.

---

97. En opinión de MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pág. 533-4, esta norma podría ser inconstitucional porque no se determina un criterio objetivo para declarar actuaciones secretas y las escritas reservadas, máxime cuando se autoriza que se adopte mediante providencia, sin necesidad de motivación.

98. Explica la SAP Sevilla (Secc. 5<sup>a</sup>), 17 de marzo de 2005 (Ponente: D. José Herrera Tagua. AC 2005\1065) que “*por esta especial naturaleza de los procesos de filiación, se ha destacado en la jurisprudencia que la idea esencial en estos procesos, es la búsqueda de la verdad material, artículo 752-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...), ello provoca que los hechos se decidan, con independencia de cuando fuesen alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento, teniendo como únicos contrapuntos la paz familiar y el interés del menor, SSTS 28-5-97 y 1-2-02*”.+

En su línea claramente opuesta a cualquier atribución de poderes al juzgador, MONTERO<sup>99</sup>, cuestiona la constitucionalidad del art. 752 LEC y los demás específicos, salvo el art. 759.1 LEC (por no suponer propiamente prueba de oficio, sino una imposición legal de la misma), básicamente porque supone atribuir funciones al juez propias de las partes y por no resultar consecuente en comparación con la doctrina relativa al art. 729.2º LECrim por la que se considera contrario a la imparcialidad judicial que en el proceso penal se acuerden pruebas de oficio en el juicio oral.

Sobre el particular ha de decirse que la idea general aconseja garantizar la imparcialidad judicial, evitando las dudas que pudiera derivar de la atribución al juez de facultades probatorias de oficio. Una posible solución general a las dudas vendría de la mano de que el Ministerio Fiscal asumiera todo el protagonismo que inicialmente se le otorga en los procesos no dispositivos, en detrimento de la iniciativa probatoria de oficio<sup>100</sup>. Ahora bien, siendo ésta una idea apriorística, ha de valorarse si efectivamente esta atribución de iniciativa de oficio realmente resulta inconstitucional. Mientras no contemos con un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, se mantendrán las dudas sobre esta cuestión.

De todos modos, la posibilidad de alguna actividad probatoria de oficio en el proceso penal no se ha considerado contraria a la debida imparcialidad, en cuanto que el art. 729.2º LECrim sirve para comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar sentencia (STS 123/2005)<sup>101</sup>, sin perjuicio de que en el caso concreto pudieran desco-

---

99. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., págs. 528-9 y 537-7, afirma que estos preceptos “*deben ser calificados de contrarios a la Constitución por serlo a la imparcialidad judicial (...) se atribuyen al juez facultades que son contrarias a la función del mismo en el proceso, pues se es, y al mismo tiempo, juez y parte*”.

100. MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, III, *Libro II: artículos 248 a 386 inclusive*, (coor.: ESCRIBANO), cit., pág. 2208.

101. Dice la STC 123/2005 (Pleno), 12 de mayo (RTC 2005\123), “*la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2 LECrim, no puede considerarse per se lesiva de*

nocerse las exigencias propias del principio acusatorio, iniciando una actividad inquisitiva encubierta, pero en tal caso será preciso atender a las circunstancias particulares del caso concreto (STC 229/2003)<sup>102</sup>. Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sienta estos límites distinguiendo “entre carga de la prueba e impulso probatorio, afirmando que la iniciativa que al Tribunal atribuye el artículo 729.2 LECrim puede ser considerada como «prueba sobre la prueba», que no tiene por finalidad probar hechos favorables o desfavorables sino verificar su existencia en el proceso, «por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación»”<sup>103</sup>, lo que implica que, al menos, alguna iniciativa probatoria de oficio, la que versa sobre la existencia o inexistencia de hechos, sería contraria a la imparcialidad judicial.

Desde esta perspectiva, parece que una cierta coherencia debería implicar que si en el proceso penal se ha llegado a esta conclusión, con mayor o igual motivo habría de alcanzarse en el proceso civil, salvo que, de un lado, la aplicación del *indubio pro reo* y el garantismo propio de un proceso penal cuyo objeto es la imposición de penas en el contexto de la represión del delito, y de otro, los específicos intereses en juego en los procesos civiles no dispositivos cuyo objeto principal es la salvaguarda de los derechos de las personas, podrían estar explicando y justificando que no obstante considerarse alguna actividad probatoria de oficio como inquisitiva, vulneradora de la debida imparcialidad y productora de indefensión en el proceso penal, no merezca en cambio tal consideración en el proceso civil.

---

*los derechos constitucionales alegados, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia (art. 741 LECrim), en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia (art. 117.3 CE)».*

102. Dice la STC 229/2003 (Pleno), 18 de diciembre, (RTC 2003\229) sin perjuicio de “que no quepa descartar la posibilidad de utilización indebida de la facultad probatoria ex officio *judicis* prevista en el art. 729.2 LECrim, que pudiera llevar a desconocer las exigencias ínsitas en el principio acusatorio. De cualquier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto” (STC 188/2000, de 10 de julio, F. 2; en el mismo sentido STC 130/2002, de 3 de junio, F. 3”).

103. STS (Sala 2ª), 6 de marzo de 2001 (Ponente: D. Juan Saavedra Ruiz. RJ 2001\1989).