SEGUNDA PARTE

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

V. La iniciativa probatoria del juez civil³⁶⁵

A) El principio dispositivo: alcance

82. En virtud del principio dispositivo las partes son absolutamente libres para disponer de sus intereses privados y reclamarlos o no, judicialmente, en la medida que estimen oportuno. Por ello, es común considerar como manifestaciones o notas esenciales de este principio las siguientes:

a) El inicio de la actividad jurisdiccional sólo es posible a instancia de parte, de acuerdo a los aforismas *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*. La LEC 1/2000 recoge esta manifestación en su art. 399.1, según el cual: «El juicio principiará por demanda»; con referencia a las medidas cautelares, en su art. 721.2, que indica: «Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio»; y por último, en materia de ejecución, en su art. 549, que prescribe: «Sólo se despachará ejecución a petición de parte».

b) La determinación del objeto del proceso corresponde únicamente a los litigantes. En este sentido, el art. 399.1 establece que en la demanda se ex-

³⁶⁵ El presente epígrafe recoge sustancialmente el contenido de mi Ponencia presentada al «III Congreso Internacional de Derecho Procesal» celebrado en Panamá del 16 al 19 de agosto de 2006.

pondrán «los hechos y los fundamentos de Derecho y se fijará con claridad lo que se pida». Y, de igual modo, el art. 412.1 destaca que: «Establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente».

c) Las resoluciones judiciales deben ser congruentes con las pretensiones de las partes, por lo que resulta de plena vigencia el brocardo *ne eat iudex ultra petita partium*. Así, el art. 216 determina que: «Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes»; y

d) La finalización de la actividad jurisdiccional se atribuye en exclusiva a la voluntad de los litigantes, quienes pueden disponer libremente tanto de la *res in iudicium deductae*, mediante la renuncia, el allanamiento o la transacción, como de la continuación del proceso, a través del desistimiento o la caducidad de la instancia. De manera concluyente, el art. 19 indica que: «Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo».

83. El fundamento del principio dispositivo, en opinión de la doctrina mayoritaria, se encuentra en la propia estructura del modelo económico y jurídico acogido por nuestro ordenamiento y, especialmente, por la Constitución en la que se reconoce el derecho a la propiedad privada –art. 33– y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado –art. 38–. En consecuencia, opta por un determinado modelo que implica una distinción clara entre intereses privados y públicos, y la admisión de un amplio margen a la autonomía de la voluntad y a la iniciativa de los particulares³⁶⁶. De esta

³⁶⁶ El carácter constitucional del principio dispositivo es puesto de relieve, entre otros autores, por ALMAGRO NOSETE, J., *Garantías constitucionales del proceso civil*, «Justicia», I/1981, p. 18; RAMOS MÉNDEZ, F., *La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil*, «Justicia», I/1983, p. 23; GIMENO SENDRA, V. (en AAVV), *Derecho procesal. Proceso civil*, T. I, vol. I, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 302; y BERZOSA FRANCO, M^a.V^a., *Principios del proceso*, en «Justicia», III/1992, p. 577. En contra, CORTÉS DOMÍNGUEZ sostiene que el principio dispositivo no tiene «ningún fundamento en la Constitución, lo tiene en el derecho material que se pone en juego en el proceso. Por eso las interpretaciones que han querido ver la conexión de este principio con la Constitución en el art. 33 y en la existencia del derecho de propiedad, nos parecen que no tienen fundamento alguno» (*La Constitución española y los principios rectores del proceso civil*, en «Principios constitucionales en el proceso civil. Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, Madrid, 1993, p. 151).

forma, si se transpone la protección constitucional de la propiedad privada al ámbito del proceso, puede encontrarse —aún de forma indirecta— cierta fundamentación constitucional del principio dispositivo. En definitiva, entiendo que el reconocimiento constitucional de la propiedad como uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, exige que el proceso civil que pueda configurar el legislador deba estar informado por el principio dispositivo³⁶⁷⁻³⁶⁸, motivo por el cual este principio ha estado presente en toda la evolución parlamentaria de la LEC 1/2000³⁶⁹.

B) El principio de aportación de parte

B.1. Delimitación conceptual

84. El principio de aportación de parte hace referencia a la introducción y prueba en el proceso del material fáctico, y aparecen como manifestaciones de este principio el que los litigantes tienen que alegar los datos o elementos fácticos de la realidad discutida en el proceso³⁷⁰, así como proponer la prueba

³⁶⁷ Obviamente, este principio no va a regir los procesos civiles en los que se pretenda la tutela jurisdiccional de un interés público, esto es, se legitime al Ministerio Fiscal para solicitar una determinada pretensión (vid. ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Edit. Comares, Granada, 1999, p. 188; o BERZOSA FRANCO, M^a.V., ob. cit., p. 576).

³⁶⁸ En esta línea, MONTERO AROCA sostiene que el principio dispositivo debe seguir rigiendo el proceso civil «por lo menos mientras la concepción política general mantenga la distinción entre intereses públicos y privados» (*Introducción al Derecho Procesal*, Edit. Tecnos, Madrid, 1976, p. 228).

³⁶⁹ Como destaca BERZOSA FRANCO, M^a.V., *Los principios inspiradores del futuro proceso civil*, en «Presente y futuro del proceso civil», dir. J. Picó i Junoy, Edit. J.M^a. Bosch editor, Barcelona, 1998, pp. 27 a 40.

³⁷⁰ No me refiero a los hechos esenciales que configuran la *causa petendi* pues éstos, como he indicado, al integrar el objeto del proceso deben ser alegados, necesariamente, por las partes en virtud del principio dispositivo y no del de aportación de parte. De este modo, como indica BERZOSA FRANCO, «por lo que se refiere a la labor de introducción es necesario distinguir los elementos fácticos esenciales integradores de la *causa petendi* de aquellos otros que fundamentan o motivan la petición pero que no tienen este carácter de esencialidad. La alegación de los primeros corresponde a las partes en virtud del principio dispositivo ya que estos hechos constituyen junto al «petitum» el objeto de proceso. La alegación de los segundos, motivadores de la estimación de la demanda o, en su caso, de la desestimación, si nos situamos en la perspectiva del demandado, aún correspondiendo también a las partes, encuentra su fundamento en el principio de aportación» (*Los principios del proceso*, ob. cit.,

de tales datos o elementos. La errónea formulación de la regla *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, que acabo de examinar, expresa en toda su extensión el significado del mencionado principio.

85. A diferencia de lo que sucede con el principio dispositivo –que como he indicado posee cierto fundamento constitucional y, por ello, es insoslayable en cualquier proceso civil–, el de aportación de parte tiene un carácter meramente técnico, que responde a un particular modo de concebir el desarrollo del proceso jurisdiccional, en el que la iniciativa de los jueces y tribunales se constriñe a la voluntad de las partes³⁷¹. Evidentemente, atribuir un carácter técnico a este principio no significa que sea inmune a concepciones políticas, y de hecho, suele relacionarse con el principio dispositivo indicándose que, como norma general, el proceso inspirado por el citado principio lo está, igualmente, por el de aportación de parte. No obstante, la virtualidad de esta distinción se encuentra en el hecho de diferenciar con precisión el esencial y básico principio dispositivo, del eventual principio de aportación de parte. Así, mientras el legislador no puede, sin comprometer el carácter disponible del interés discutido en el proceso civil, consentir al juez tutelar dicho interés en ausencia de una demanda de parte o extralimitarse en tal tutela mas allá de lo dispuesto por los litigantes, si puede sustraerles el poder monopolístico de iniciativa probatoria incrementando, viceversa, los poderes del juez³⁷².

86. La ideología social emergente en el presente siglo lleva consigo en Europa el fenómeno de la «socialización» del proceso civil que, con el objetivo de incorporar a los clásicos principios del liberalismo determinadas exigencias del Estado Social de Derecho, pone de manifiesto la distinción entre objeto del proceso y proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva y real tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos.

Una de las consecuencias más relevantes de la «publicización» o socialización del proceso civil se concreta en el hecho de que, sin discutir la vigencia del

pp 597-598). Para un estudio exhaustivo de este tema, vid. BERZOSA FRANCO, M^a. V., *Demanda, causa petendi y objeto del proceso*, Edit. El Almendro, Córdoba, 1984.

³⁷¹ Acerca del carácter técnico-procesal del principio de aportación de parte, vid. mi estudio *El derecho a la prueba en el proceso civil*, edit. J.M^a Bosch, Barcelona, 1996, pp. 217-218.

³⁷² SATTÀ, S., y PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, 11^a ed., Edit. CEDAM, Padova, 1992, p. 188. Para un estudio sobre los eventuales componentes «privatistas» y «publicistas» de un código procesal civil me remito al detenido análisis de PROTO PISANI, A., *Il codice de procedura civile del 1940 fra pubblico e privato*, en «Il Foro Italiano», 2000, 4, pp. 73 a 87.

principio dispositivo, va a ponerse en tela de juicio el de aportación de parte, al menos por lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento de facultades probatorias del órgano jurisdiccional, indicándose que si bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no lo son respecto del proceso mismo, es decir, de su desarrollo, al concebirse no sólo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como función pública del Estado, interesado, por tanto, en el mejor cumplimiento de esta función. Por ello, la mayoría de las legislaciones procesales europeas posteriores a la mencionada etapa de ideología liberal acogen estos postulados socializadores del proceso y, limitando el alcance del principio de aportación de parte, atribuyen a los jueces y tribunales, con distintos matices, importantes iniciativas probatorias (tal es el caso de la *Zivilprozessordnung* alemana, el *Codice di Procedura Civile* italiano, el *Nouveau Code de Procédure Civile* francés, el Código Judicial belga, los diferentes Códigos Procesales del Estado suizo, el Código de Processo Civil portugués, o la nueva normativa procesal británica³⁷³).

87. En España, la vigencia de nuestra decimonónica LEC, inspirada en los postulados liberales propios del siglo pasado, impidió acoger gran parte de las orientaciones «socializadoras» del proceso civil, por lo que se negó toda iniciativa probatoria al juez —a excepción de las denominadas «diligencias para mejor proveer»³⁷⁴— fundamentándose en argumentos de muy diversa índole, tales como el carácter privado del objeto litigioso, la existencia del interés único de las partes en la obtención de una resolución favorable a sus pretensiones, la incompatibilidad de dicha iniciativa probatoria con el derecho a la prueba de las partes, la protección de la institución de la carga de la prueba, la salvaguarda de la necesaria imparcialidad del juzgador, y el carácter autoritario de dicha iniciativa probatoria; argumentos todos ellos que paso seguidamente a analizar de forma crítica. En gran medida, todos estos argumentos han pesado para que la LEC 1/2000 no atribuya decididamente al juez un papel más activo en materia

³⁷³ Para un estudio más detenido del alcance de la iniciativa probatoria del juez civil en el derecho comparado, me remito a mi trabajo *Los principios del nuevo proceso civil*, ob. cit., pp. 35 a 38; y a las recientes monografías de ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ob. cit., pp. 103 a 107; y ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, ob. cit., pp. 98 a 122.

³⁷⁴ Cuyo fundamento y alcance fueron desvirtuados por la doctrina del Tribunal Supremo, tal como analicé en mi estudio *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil: entre el ser y el deber ser*, en «Justicia», 1998, 3-4, pp. 629 a 640.

probatoria, adoptando una solución de compromiso que, como indicaré, bien utilizada puede en la práctica conducir a los mismos resultados que la atribución de iniciativa probatoria *ex officio iudicis*.

B.2. Reflexiones críticas sobre los argumentos tradicionales contrarios a la atribución de iniciativa probatoria al juez civil

88. La doctrina suele utilizar argumentos de muy diversa índole para justificar la pasividad del juez civil en materia probatoria. Y así suelen formularse las siguientes objeciones:

Primera: El interés privado discutido en el proceso civil

Algunos autores suelen argumentar la imposibilidad de atribuir iniciativa probatoria del juez civil debido a la naturaleza privada del interés discutido en el proceso civil, esto es, a la idea de que las partes deben ser libres en su disposición³⁷⁵. Este tipo de razonamiento –como destaca DEVIS ECHANDÍA– se sustenta en la tesis ya completamente abandonada de que el proceso civil es un negocio particular y con un fin privado: la defensa de los intereses personales³⁷⁶. Ciertamente, las concepciones privatistas del proceso como negocio particular o relación jurídica privada se encuentran desde hace tiempo superadas, en favor de una visión «publicista» del proceso, que le concibe como el instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Si bien es cierto que lo discutido en el proceso civil tiene, por regla general, un carácter disponi-

³⁷⁵ En este orden de ideas, DE LA OLIVA (*Derecho Procesal Civil*, con M.A. Fernández López, 3ª edic., edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 277) destaca que atribuir iniciativa probatoria al juez civil «resulta escasamente armónico con la idea de que, salvo que el proceso civil tenga por objeto casos en que esté implicado un interés general o público, lo prudente y razonable es que sean los sujetos jurídicos interesados los protagonistas del esfuerzo de alegaciones y prueba, puesto que son bienes jurídicos suyos los que están en *tela de juicio*» (la cursiva es del autor). De igual modo, vid. MONTERO AROCA, J., *El proceso civil llamado «social» como instrumento de «justicia» autoritaria*, en «Proceso civil e ideología», coord. J. Montero Aroca, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 142.

³⁷⁶ DEVIS ECHANDÍA, H., *La iniciativa probatoria del juez civil en el proceso contemporáneo*, «RIDP», IV/1967, p. 68. En sentido análogo, cfr. SENTÍS MELENDO, S., *Estudios de Derecho Procesal*, T.I, Edit. EJEA, Buenos Aires, 1967, p. 381; MARTÍN OSTOS, J., *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1981, p. 164.; y VERDE, G., *Dispositivo (principio)*, «Enciclopedia Giuridica Italiana», vol. XI, Edit. Treccani, Roma, 1989, p. 1.

ble o privado, ello no comporta que tales características puedan igualmente predicarse del proceso, pues el modo de desarrollarse el mismo no pertenece a los litigantes sino al Estado, único titular de la función jurisdiccional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de esta función³⁷⁷. Como ya destacó en 1943 CALAMANDREI «de la consideración de la jurisdicción, también en materia civil, como una función pública, se deriva la necesidad técnica de dar al juez todos los poderes necesarios para poder cooperar activamente a la satisfacción del interés público que también en el proceso civil está en juego; y basta reconocer el carácter público de la función jurisdiccional para deber considerar como técnicamente inadecuado a los fines de la justicia un sistema en el que el juez asiste como espectador impasible [...] el juez, también en el proceso civil, debe estar en todo caso provisto de los poderes indispensables para administrar la justicia de un modo activo, rápido y seguro: no vale objetar que cuando la materia de la contienda pertenece al derecho privado también la marcha del proceso se puede considerar como negocio privado, cuya suerte puede abandonarse al interés individual de los contendientes; por el contrario también en los procesos sobre controversias de derecho privado entra en juego, tan pronto como se invoca la intervención del juez, el interés eminentemente público que es la recta y solícita aplicación de la ley al caso concreto»³⁷⁸.

Segunda: El interés único de las partes en la obtención de una resolución favorable a sus pretensiones

Se trata de una objeción de índole práctica, que se fundamenta en el hecho de que los litigantes son los que mejor defienden sus intereses y, en consecuencia, nadie mejor que ellos pueden conocer las pruebas acreditativas de la certeza de sus alegaciones³⁷⁹.

³⁷⁷ Al respecto, vid. *per omnia* CARNACINI, T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, ob. cit.

³⁷⁸ CALAMANDREI, P., *Instituciones* ..., vol. I, ob. cit., p. 395.

³⁷⁹ En esta línea, DE LA OLIVA (op. cit., p. 275) destaca: «Así, pues, estos sujetos se encuentran, con gran frecuencia, en mejores condiciones que nadie para lograr, conforme a reglas racionales, un resultado de certeza sobre los hechos relevantes para la decisión jurisdiccional que se requiera en cada caso. Por todo ello, los sistemas procesales civiles no se basan en la investigación *ex officio* de los hechos que se afirman relevantes [...] sino que, sobre la base de la referida experiencia, disponen que sean las partes de cada proceso los principales protagonistas de la iniciativa y del esfuerzo conducentes a aquella certeza». De igual modo, ya en el siglo pasado, LESSONA afirmaba que «el común sentir deduce [...] la máxima de que las partes, a las cuales tales hechos se refieren (los dudosos y discutidos), son las que los conocen, y conocen también los medios idóneos para probarlos. No puede, en su virtud, corresponder

La inconsistencia de este razonamiento lo puso oportunamente de relieve GUASP, al destacar que el mismo «no demuestra por qué además de las partes no puede el Juez desarrollar una actividad en el mismo sentido»³⁸⁰. Ciertamente, el hecho de que los litigantes estén más preparados para aportar al proceso el material probatorio necesario no explica que se omita o excluya de esta actividad al juzgador.

Tercera: La incompatibilidad entre el derecho a la prueba de las partes y la iniciativa probatoria del juez

Este argumento se sustenta en la idea de que los únicos sujetos que pueden aportar pruebas al proceso son las partes, ya que a ellas les atribuye el ordenamiento jurídico un derecho a la prueba, y en consecuencia, es necesario evitar que el juez pueda interponerse en el ejercicio de este derecho³⁸¹. La existencia del mismo a favor de las partes aparece en contradicción con la idea de que el juez pueda aportar, de igual modo, pruebas al proceso.

Esta razón es ciertamente censurable. El derecho a la prueba supone la libertad de los litigantes de utilizar los medios probatorios que estimen oportunos para lograr el convencimiento del juez acerca de lo discutido en el proceso³⁸², pero de ello no puede deducirse que éste no deba dispo-

al Juez la iniciativa en esta materia» (*Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*, T.I, 3ª ed., traducción de E. Aguilera de Paz, Edit. REUS, Madrid, 1928, p. 55). Y, por su parte, CHIOVENDA indica: «nessuno è miglior giudice della parte circa le prove di cui può disporre, circa i suoi interessi individuali» (*Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed. Jovene Editore, Napoli, 1923, p. 205). Vid. también en esta línea, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La socialización del proceso*, en «Constitución, Derecho y Proceso. Estudios en memoria de los profs. Herce Quemada y Dunque Barragues», Zaragoza, 1983, p. 432; y VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Los principios del proceso civil*, ob. cit., p. 623.

En la jurisprudencia también suele utilizarse este argumento. Así, la STS de 7 de diciembre de 1988, f.j. 2º (RA. 9.581) destaca que el «juzgador debe respetar el equilibrio procesal, no sustituyendo a las partes en su actividad probatoria, pues éstas, como es obvio, han de ser consideradas como las mejoras gestores de sus intereses» (la cursiva es mía).

³⁸⁰ GUASP, J., *El juez y los hechos en el proceso civil*, ob. cit., p. 104 (nota 1).

³⁸¹ Al respecto, ALMAGRO NOSETE al estudiar el art. 24.2 C.E. manifiesta: «lo interesante es que, con rango constitucional, se establezca este derecho en favor de las partes, precisamente, para preservar a éstas de lo contrario, es decir, de que una ilimitada confianza en el juez y en sus atribuciones probatorias, pudiera dar al traste con la responsabilidad inherente a la libertad de cada parte de utilizar los medios de prueba conducentes a la verificación de los hechos» (*Garantías constitucionales del proceso civil*, ob. cit., p. 34).

³⁸² Al respecto, vid. mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 18 y ss.

ner *ex officio* actividad probatoria alguna. El reconocimiento del derecho a la prueba –como destaca TARUFFO– no significa atribuir a las partes el monopolio exclusivo en materia probatoria, por lo que no implica la eliminación de cierta iniciativa autónoma del juez³⁸³. Ambas iniciativas son absolutamente compatibles, y sólo podría ponerse en tela de juicio esta compatibilidad si la actuación *ex officio* se configurase no como una facultad sino como un monopolio exclusivo sobre las pruebas, es decir, como un deber que impidiese o limitase la eventual iniciativa probatoria de las partes. Esta situación no aparece recogida en los nuevos arts. 429.1.II y 435.2 LEC³⁸⁴, así como tampoco en ningún ordenamiento procesal civil de nuestro entorno jurídico-cultural, en el que se configura la mencionada iniciativa probatoria de los jueces y tribunales como una facultad y nunca como un deber³⁸⁵.

Cuarta: La destrucción de la carga de la prueba

El otorgamiento de iniciativa probatoria al órgano jurisdiccional debe afrontar otra crítica consistente en la pretendida destrucción de la institución de la carga de la prueba. De este modo, se afirma que el juez probará la

³⁸³ TARUFFO, M., *Il diritto alla prova nel processo civile*, «Riv. dir. proc.», 1984, IV, p. 90. De igual modo se pronuncian GOUBEUX, TROCKER y DENTI. GOUBEUX concluye su estudio sobre el derecho a la prueba manifestando: «[...] le droit à la preuve qui, dans une large mesure est un droit à l'égard du juge, doit être vivifié par l'intervention du juge lui-même. En définitive, c'est une collaboration qu'il s'agit d'assurer entre le plaideur, le juge et même l'adversaire en conciliant, autant que faire se peut, des impératifs contraires, avec pour but la vérité et la justice» (*Le droit à la preuve*, en la obra «La preuve en droit», Edit. Émile Bruylant, Bruxelles 1981, p. 301). Por su parte, TROCKER, recogiendo la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán, destaca que «il potere attribuito al giudice di assumere prove di ufficio non esclude, né rende superfluo, un autonomo diritto delle parti di proporre a loro volta mezzi probatori» (*Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Edit. Giuffrè, Milano, 1974, p. 520). Y DENTI afirma que el «esercizio dei poteri d'ufficio del giudice ed esercizio del diritto di difesa delle parti non si contrappongono, ma operano su piani diversi, essendo indubitabile che il contraddittorio debba essere salvaguardato anche di fronte alle iniziative officiose» (*Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», III/1984, p. 731).

³⁸⁴ Estas normas utilizan el término «podrá».

³⁸⁵ En este sentido, cfr. GUASP, J., *El juez ...*, ob. cit., pp. 53, 120 y 121; TARUFFO, M., *Il diritto alla prova nel processo civile*, ob. cit., pp. 90 y 91 (especialmente, vid. nota 38); y ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria ...*, ob. cit., p. 163.

existencia o inexistencia de hechos que, en virtud del *onus probandi*, correspondería probar a una de las partes³⁸⁶.

Este razonamiento resulta dogmáticamente incorrecto, pues como es sabido, las reglas de la carga de la prueba operan en el momento de dictar sentencia. Debido a que en nuestro ordenamiento no es posible el *non liquet*, al imponer los arts. 1.7 CC y 11.3 LOPJ el deber inexcusable a los jueces y tribunales de resolver las cuestiones discutidas en el proceso, el *onus probandi* se configura como aquella institución que permite al juzgador fallar o decidir en los casos en que se encuentra ante «hechos inciertos», es decir, insuficientemente probados³⁸⁷. Así la carga de la prueba no impide

³⁸⁶ Así, por ejemplo, GENTILE afirma: «*Vien meno l'onere della prova quando al giudice è data facoltà di accertare di propria iniziativa l'esistenza del fatto. Ogni qualvolta il giudice ha poteri autonomi di ispezione, informativa, ecc., vien meno l'onere della prova*» (*La prova civile*, Jandi Sapi Editori, Roma, 1960, pp. 20 y 21). De igual modo, BECERRA BAUTISTA señala que cuando: «el juez estime necesarias pruebas distintas a las ofrecidas por las partes [...] se violará también el principio que obliga al juez a respetar la carga de la prueba» (*El proceso civil en Mexico*, Edit. PORRUA, S.A., Mexico, 1965, p. 76).

³⁸⁷ Así, cfr. MICHELI, G.A., *L'onere della prova*, Edit. CEDAM, Padova, 1942, pp. 215-216 (y también las pp. 13, 95 y ss., 104, 137 y 213); VERDE, G., *L'onere della prova nel processo civile*, Edit. Jovene Editore, Napoli, 1974, pp. 21 y ss., 57 y ss., 112 y 135; id.: *Prova (dir. proc. civ.)*, en «Enciclopedia del diritto», T. XXXVII, Edit. Giuffrè, Milano, 1988, pp. 622 y 626; ANDRIOLI, V., *Prova (in genere)*, en «Nuovo Digesto Italiano», T.XVII, Edit. UTET, Torino, 1939, pág. 826; o CARNELUTTI, F., *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, «Riv. dir. proc.», 1929, I, p. 35. Al respecto, SERRA DOMÍNGUEZ, tras poner de relieve que la carga de la prueba es totalmente independiente del carácter disponible del proceso, afirma: «Los principios sobre la carga de la prueba operan únicamente en el momento de la sentencia, careciendo de relevancia jurídica con anterioridad» (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVI, vol 2º, 2ª ed., Edit. EDERSA, Madrid, 1991, p. 54). Por su parte MUÑOZ SABATÉ, siguiendo a ROSENBERG, destaca que «la teoría de la carga de la prueba es más bien la teoría de las consecuencias de la falta de prueba» (*Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 3ª edic., Edit. Praxis, Barcelona, 1993, p. 48). En esta línea, debo mencionar a EISNER, quien subraya que la cuestión de la carga de la prueba «es un problema que en realidad se presenta con caracteres críticos y agudos, por primera vez, cuando el juez va a dictar sentencia [...] ese problema recién nace cuando el juez va a dictar sentencia y se encuentra en el expediente, o en la causa si fuese oral, con que no hay suficientes elementos de juicio para convencerse de la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos y deba dictar de todos modos un fallo [...] Este es el momento en que juega la carga de la prueba» (*La prueba en el proceso civil*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, págs. 54 y 55). Y, en similares términos, vid. también MORELLO, A.M., *La prueba. Tendencias modernas*, Librería Editora Platense, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 56.

que el juez, de oficio, pueda ordenar la práctica de un medio probatorio pues, como he indicado, esta institución entra en juego y adquiere plena eficacia en el momento de dictar sentencia y no con anterioridad, permitiendo saber al juzgador a que parte perjudicará la inexistencia de la prueba de tales hechos³⁸⁸. Por ello, correctamente, el art. 217.1 LEC establece que el *onus probandi* debe tomarse en consideración: «Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considere dudosos unos hechos relevantes para la decisión». En consecuencia, las reglas de la carga de la prueba siguen teniendo virtualidad en aquellos supuestos en que a pesar de la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso, bien sea a instancia de parte o bien por iniciativa judicial, determinados hechos continúan siendo inciertos.

En todo caso, lo cierto es que cada vez más se están flexibilizando las reglas de la carga de la prueba (sirva como ejemplo el art. 217.6 LEC, con los criterios de la disponibilidad y facilidad probatoria) por lo que de antemano es difícil fijar con inmutabilidad a qué parte le correspondía la prueba del hecho finalmente acreditado en virtud de la actividad judicial³⁸⁹.

³⁸⁸ En este sentido, TARUFFO afirma: «l'uso dei poteri d'ufficio ... non contrasta ... con la regola dell'onere della prova, come regola finale di giudizio che ripartisce le conseguenze della mancata prova dei fatti giuridici, poiché essa opera comunque quando, malgrado la attività probatorie delle parti e del giudice, non si sia raggiunta la prova di un fatto costitutivo della domanda o dell'eccezione» (*Problemi e linee evolutive nel sistema delle prove civili in Italia*, en «Studi in onore di Enrico Tullio Liebman», vol. II, Edit. Giuffrè, Milano, 1979, p. 1511); y BARGI concluye el estudio de la presente problemática señalando que «non essite alcuna incompatibilità tra onere della prova e potere inquisitorio [del giudice]» (*Procedimento probatorio e giusto processo*, Jovene Editore, Napoli, 1990, p. 188). Igualmente, acerca de la compatibilidad entre iniciativa probatoria del juez y carga de la prueba, vid. GOUBEAUX, G., *Le droit a la preuve*, ob. cit., p. 285; SICARD, J., *La preuve en Justice*, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, Paris, 1960, p. 41; BARBOSA MOREIRA, J.C.: *Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba*, ob.cit., p. 159; y recientemente LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ob. cit., pp. 166-167; y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, edit. La Ley, Madrid, 2006, pp. 79 a 83. Para una visión crítica de nuestra posición, vid. 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. X. Abel y J. Picó, edit. J. M^a. Bosch editor, Barcelona, 2007, pp. 129 a 163.

³⁸⁹ Ya MUÑOZ SABATE (*Técnica probatoria ...*, ob. cit., p. 48) pone de manifiesto la imposibilidad de establecer reglas iniciales apriorísticas e inmutables, destacando que «ya no resulta necesario que esta regla tenga carácter apriorístico, al modo de un director teatral que vaya señalando a cada personaje su misión en la escena. Dejemos a cada

Además, debo advertir cómo la jurisprudencia del TS ha establecido que el resultado de las pruebas practicadas benefician o perjudican por igual a todas las partes, sin que la libertad de elección judicial de estos resultados suponga una vulneración de las reglas de la carga de la prueba³⁹⁰. En consecuencia, estas reglas sólo entran en juego a falta de prueba, pues cuando ésta ya se ha producido es irrelevante discurrir a través de que sujeto ha sido incorporada al proceso.

Para concluir, debo advertir que la eventual, facultativa y limitada iniciativa probatoria que se atribuye al juez en la LEC –especialmente sus arts. 429.1.II y 435.2– no debe hacernos pensar que provocará en las partes el desinterés en proporcionar elementos probatorios ya que, como he indicado, dicha posibilidad no excluye que el órgano jurisdiccional, al realizar el juicio fáctico de la sentencia, acuda a las reglas del *onus probandi*³⁹¹.

Quinta: La vulneración de la debida imparcialidad judicial

El argumento más frecuentemente utilizado para mantener el estado de pasividad del juzgador civil en relación a su iniciativa probatoria se concreta en la posible pérdida de su necesaria imparcialidad, indicándose que el juez al tomar de oficio la mencionada iniciativa puede estar prejuzgando su decisión final. Así, para un considerable sector de la doctrina, la protección de la imparcialidad del órgano jurisdiccional se configura como el único y serio fundamento que justifica su actitud estática en orden a practicar pruebas que no hayan sido propuestas por las partes. La necesidad de separar las funciones de investigar y juzgar, en aras a garantizar la imparcialidad del juzgador,

parte practicar las probanzas que tengan por conveniente y dejemos que el juez las valore en la fase final, independientemente de quien las haya producido. Unos elementos puramente indiciarios, como la conducta procesal, o quizás una presunción grave y vehemente, es decir, pruebas indisponibles, puras inferencias que no se proponen ni se practican por nadie pero que surgen de otros elementos fijados en la litis, cualquiera de estos factores puede traer al juzgador el convencimiento de los hechos. La misma visión fenoménica del proceso, que luego desarrollaremos, es un campo abonado a todos estos desprendimientos heurísticos. ¿De qué servirá entonces la regla de la prueba grabada apriorísticamente, al modo que hace nuestro artículo 1214 del Código Civil –actual art.217 LEC?».

³⁹⁰ Al respecto me remito a mi estudio *El principio de adquisición procesal en materia probatoria*, en «La Ley», 2006, T. 1, pp. 1304 a 1316.

³⁹¹ En esta línea, vid. DEVÍS ECHANDÍA, H., *El moderno proceso civil inquisitivo y con libertad para apreciar las pruebas*, «RDPI», 1965, I, p. 18.

ya fue destacada por CHIOVENDA, afirmando que «las esferas del juez y del defensor deben estar netamente separadas, porque existe una verdadera incompatibilidad psicológica entre el oficio de juzgar y el de buscar los elementos de defensa de las partes»³⁹²⁻³⁹³.

Acerca de esta eventual pérdida de la imparcialidad judicial, debo efectuar diversas reflexiones que nos ofrecerán una visión crítica de esta objeción, y

³⁹² *Principii ... ob. cit.*, p. 729; e id.: *Identificazione delle azione. Sulla regola «ne eat iudex ultra petita partium»*, en «Saggi di Diritto Processuale Civile», vol. I, Edit. Giuffré, Milano, 1993, p. 176. En términos muy similares se manifiesta LIEBMAN, para quien la necesaria imparcialidad del juzgador se configura como la razón nuclear de la imposibilidad de practicar pruebas *ex officio*, manifestando que «la decisione sull'azione e sull'eccezione implica una decisione sui fatti controversi e perciò sulle prove che li riguardano ed è proprio diretta a preservare l'imparzialità di questa decisione la regola che esclude l'iniziativa del giudice nella ricerca di quelle prove» (*Fondamento del principio dispositivo*, ob. cit., p. 562). De igual modo, este autor destaca la «l'incompatibilità psicologica tra l'agire e il giudicare e l'opportunità psicologica di non intorbidare la serenità del giudice col fornirlo di poteri di iniziativa piú confacenti alla funzione della parte o del difensore» (*Manuale di diritto processuale civile*, T.II, 4ª ed., Edit. Giuffré, Milano, 1984, pp. 84-85). En esta línea, vid. FURNO: *Contributo alla teoria della prova legale*, Edit. CEDAM, Padova, 1940, p. 151; REDENTI, E., *Diritto Processuale Civile*, T.II, Edit. Giuffré, Milano, 1957, p. 33; y BAUR, F., *Potere giudiziale e formalismo del diritto processuale*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1965, pp. 1698-1699. En España, se halla en la línea indicada MIGUEL Y ROMERO, quien destaca que «a medida que al Juez de raza latina se le aumentan sus poderes y su interés en el proceso, irá perdiendo su imparcialidad y rectitud, virtudes preciosas que quedarán sacrificadas ante el deseo instintivo de que prevalezca su juicio, o lo que es peor aún, su prejuicio, del cual ningún hombre se puede considerar libre» (*Principios del moderno Derecho Procesal*, p. 438, op. cit., por GUASP, J.: ob. cit., p. 61). De igual modo, CARRERAS LLANSANA mantiene que la concesión de mayores facultades al juez en materia probatoria «podría suponer aventura muy peligrosa, que llegara a atentar con el bien supremo de la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales» (*La función del juez en la dirección del proceso civil*, en «Estudios de Derecho Procesal» con FENECH, Edit. Bosch, Barcelona, 1962, p. 264); y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, destaca que «las limitaciones del Juez para acordar pruebas de oficio no es una manifestación del principio dispositivo, sino del deber de imparcialidad», y en términos muy expresivos, señala que la parte, en tanto que parte, tiende a la defensa de sus intereses particulares, y el Juez, en tanto que Juez, tiene por función la administración de justicia *supra partes* [por lo que...] si el órgano jurisdiccional adopta en cualquier fase o acto del proceso, por importante que éste sea, la función de parte y la de Juez, pierde automáticamente su imparcialidad» (ob. cit., pp. 432-433).

³⁹³ Respecto de la nueva LEC 1/2000, se refieren a este argumento MONTERO AROCA, J., *El proceso civil llamado «social» ...*, ob. cit., pp. 155 a 160; DE LA OLIVA, ob. cit., p. 276; y DAMIÁN MORENO, ob. cit., p. 2160.

nos conducirán a defender que no es más que una exacerbación de la garantía de neutralidad del juzgador:

a) En primer lugar el órgano jurisdiccional cuando decide llevar a cabo la citada actividad, no se decanta a favor o en contra de una de las partes, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad, pues antes de la práctica de la prueba no sabe a quien puede beneficiar o perjudicar, sino que su único objetivo es poder cumplir eficazmente la función de tutela judicial que la Constitución le asigna. Así, por ejemplo, si ordena la prueba pericial, no conoce cual va a ser su resultado, o respecto a la prueba testifical desconoce la declaración que el testigo pueda efectuar. La razón o fundamento de esta iniciativa probatoria debe encontrarse, únicamente, en la búsqueda de la convicción judicial, al objeto de otorgar la efectiva tutela de los intereses en litigio. Debe obviarse cualquier otra inquietud del juzgador, como podría ser la de ayudar a la parte más débil del proceso en aras a lograr una igualdad sustancial o real de las litigantes pues, en mi opinión, no es ésta una función que le corresponda desempeñar³⁹⁴.

b) En segundo lugar, postular la protección de la imparcialidad, como fundamento de la inactividad probatoria del juzgador civil, y otorgar a la vez dicha facultad a los jueces y tribunales de otros órdenes jurisdiccionales, especialmente del penal³⁹⁵, y contencioso-administrativo³⁹⁶, significa reconocer y legitimar

³⁹⁴ La solución a esta problemática sólo puede venir dada por una adecuada regulación legal del derecho constitucional a la denominada «Justicia gratuita», sin que el juez deba jugar papel alguno en la misma pues, en caso contrario, sí podrá ponerse en entredicho, fundadamente, su debida imparcialidad ya que se alineará al lado de una de las partes, la más débil económicamente. En sentido análogo, vid. FABBRINI, G., *Potere del giudice*, en «Scritti Giuridici», T.I, Edit, Giuffrè, Milano, 1989, p. 436. Una incisiva crítica a esta posibilidad lo realiza FAZZALARI, quién llega a afirmar que «la tutela del litigante socialmente más débil por parte del juez es ciertamente un *slogan*» (*La imparzialità del giudice*, «Riv. dir. proc.», 1972, II, p. 203).

³⁹⁵ Al respecto, me remito al siguiente epígrafe referente a la iniciativa probatoria del juez penal.

³⁹⁶ En este orden jurisdiccional, el art. 61 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa faculta al órgano jurisdiccional para ordenar la práctica de cualquier medio de prueba en estos términos: «1. El Juez o Tribunal podrá también acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto. 2. Finalizado el período de prueba, y hasta que el pleito sea declarado concluso para sentencia, el órgano jurisdiccional podrá también acordar la práctica de cualquier diligencia de prueba que estimare necesaria».

que estos jueces y tribunales puedan ser parciales si proceden de oficio a practicar prueba, conclusión ésta por nadie compartida. Este razonamiento puede extenderse igualmente al juez civil que deben resolver los denominados «procesos civiles no dispositivos», respecto del cual el art. 752.1.II LEC le atribuye la posibilidad de «decretar de oficio cuantas [pruebas] estime pertinentes». Por último, de igual modo, en el marco del procedimiento arbitral, el art. 32 de la nueva Ley 60/2003, de Arbitraje, permite al árbitro nombrar *ex officio* a uno o más peritos³⁹⁷, sin que por ello se haya puesto en tela de juicio la debida imparcialidad del árbitro.

c) En tercer lugar, debo advertir la contradicción que resulta de negar al órgano jurisdiccional, por un lado, la posibilidad de ordenar una prueba, y otorgarle, por otro, amplísimas facultades en su práctica hasta el extremo, por ejemplo, de admitir o denegar una prueba, o de hacer preguntas a los litigantes o testigos. Entiendo que la imparcialidad del juzgador puede perderse de igual modo si, en la práctica del interrogatorio de las partes o de los testigos, o en la prueba pericial, formula preguntas o requiere explicaciones al interrogado o al perito en virtud de los arts. 306.1.II, 347.2 y 372.2 LEC³⁹⁸. Como bien destaca BARBOSA MOREIRA «llevada la suposición (de pérdida de la imparcialidad del juzgador) hasta las últimas consecuencias lógicas, las leyes deberían prohibir de modo absoluto cualesquiera iniciativas oficiales en materia de prueba, lo cual probablemente jamás ocurrió y no es propugnado siquiera por los más radicales representantes del «dispositivismo» en la ciencia procesal civil»³⁹⁹.

d) En cuarto lugar, se objeta a la iniciativa probatoria aquí analizada la predisposición –aún inconsciente como señala GUTIÉRREZ DE CABIEDES– del órgano jurisdiccional a otorgar distinto valor probatorio a los resultados de los medios de prueba acordados *ex officio*⁴⁰⁰. Si bien ello excepcionalmente es posible, entiendo que la solución a este temor viene dada por la vía de los

³⁹⁷ Para un comentario de esta norma, me remito a mi estudio *Nombramiento de peritos por los árbitros*, en «Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje», dir. V. Guilarte Gutiérrez, edit. Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 533 a 544.

³⁹⁸ Vid. PICÓ I JUNOY, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T.II, dir. A. M^a. Lorca Navarrete, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 1823 y ss.; 1913 y ss.; y 1999 y ss.

³⁹⁹ *Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba*, ob. cit., p. 156.

⁴⁰⁰ Ob. cit. pág. 433. En sentido análogo, CORDÓN MORENO afirma que el «órgano jurisdiccional, siquiera sea en el ámbito interno, tenderá a dar más crédito a los medios de prueba (y a sus resultados) aportados por él que a los aportados por las partes, poniendo en peligro su imparcialidad» (*Introducción al derecho procesal*, Edit. EUNSA, Pamplona, 1994, p. 142).

recursos, que contra toda sentencia proceden, basándose en la errónea apreciación de la prueba⁴⁰¹.

e) Finalmente, en quinto lugar, también se ha objetado el peligro del eventual uso abusivo que el juzgador puede efectuar de sus facultades probatorias. A mi entender, la citada atribución limitada de poderes al juez civil soslaya este peligro, y en cualquier caso, de existir un ejercicio arbitrario o extralimitado de tales poderes, dicha actuación deberá ser corregida a través de los oportunos recursos. Por otro lado, esta actuación abusiva del juzgador no deja de ser un supuesto excepcional y, como tal, no constituye motivo o razón suficiente para impedir su iniciativa probatoria⁴⁰².

Sexta: El carácter autoritario de la iniciativa probatoria del juez

Desde hace poco tiempo se ha vuelto a plantear la discusión del carácter inquisitorio o autoritario del poder probatorio del juez civil como manifestación de una ideología política totalitaria, fascista o comunista. Es el planteamiento que actualmente formula MONTERO AROCA, quien destaca como en los códigos procesales fascistas alemán e italiano se potencia la iniciativa probatoria del juez civil⁴⁰³.

En mi opinión, se trata de una crítica puramente terminológica, esto es, sin contenido sustancial para aquellos que sostenemos que el juez debe tener una limitada –no absoluta– iniciativa probatoria. En primer lugar, estamos ante un uso interesado de términos ideológicos, pues como indica TARUFFO «un

⁴⁰¹ En este sentido, DEVÍS ECHANDÍA destaca: «La imparcialidad del juez debe presumirse [...] no existe razón para temerle a la parcialidad del juez si se le otorgan facultades inquisitivas y libertad de apreciación [...]. Por otra parte, existen los recursos, la segunda instancia y la casación para corregir las consecuencias de una parcialidad» (*Teoría General de la Prueba Judicial*, T.I, Edit. Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1981, p. 130). De igual modo, vid. MORELLO, A.M., *La prueba. Tendencias modernas*, ob. cit., págs. 213 y ss.

⁴⁰² De este modo SENTÍS MELENDO, al estudiar los peligros que pueden presentar los poderes del juez, destaca que «la patología no debe servir nunca de pauta para apreciar la bondad o los defectos de una institución» (*Los poderes del juez (Lo que el juez puede o podrá)*, «Revista Jurídica de Cataluña», 1976, III, p. 690). En este sentido, GUASP afirma que «no se comprende por qué se ha de negar «a priori» la concesión de una facultad que se reputa conveniente por la mera posibilidad –no cabe ni hablar de riesgo– de que se haga de ella un uso inconveniente» (ob. cit., p. 62).

⁴⁰³ MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 116 a 124. De igual modo, vid. ALVARADO VELLOSO, A., *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 94 a 118.

proceso en el que el juez dispone de poderes probatorios no implica ningún autoritarismo procesal, pudiendo tales poderes configurarse como puramente supletorios o integradores respecto de aquellos de las partes, y pudiendo el juez desarrollar un papel del todo secundario, o marginal, en la búsqueda de las pruebas»⁴⁰⁴. Por ello considera que «este modo de utilizar el lenguaje –con conceptos como fascista, autoritario o totalitario– no es neutral en virtud de la valoración negativa que el empleo del término «autoritario» comporta respecto al proceso en el cual el juez tiene poderes probatorios, y de la valoración positiva que el término «liberal» retóricamente comporta respecto del proceso en el que el juez está privado de tales poderes. Se trataría así de un juego de definiciones particularmente inútil pero no inócuo, pues con ello pretende crearse confusiones o tergiversaciones del tema debatido»⁴⁰⁵. Se llega de este modo a lo que denomina una *polarizzazione simmetrica*, en la que en un polo existe el modelo dispositivo, que suele valorarse positivamente, y en el que se concibe el proceso como instrumento de resolución de conflictos; y en el polo opuesto, el modelo inquisitivo, en el que de forma autoritaria se lesionan las garantías de las partes y el proceso sólo está interesado en establecer la verdad. Como puede observarse en este planteamiento «maniqueo», sólo existe un modelo procesal «bueno», el dispositivo, y en frente, un modelo procesal «malo», el inquisitivo⁴⁰⁶. Sin embargo, como podrá comprobarse, es posible articular cierta iniciativa probatoria sin lesionar las garantías constitucionales de las partes. Por ello, entiendo que este uso interesado del término «liberal» comporta un planteamiento «perverso» de la cuestión, pues impide el diálogo o debate con la doctrina que no opina de igual modo, ya que colocan necesariamente a los autores que integran este último sector bajo la indebida descalificación –aun indirecta– de ser fascista o autoritario⁴⁰⁷.

Y, en segundo lugar, no es del todo correcta la identificación ideológica que pretende realizarse entre juez civil pasivo y estado liberal, pues como analiza TARUFFO existen sistemas políticos inspirados en una ideología li-

⁴⁰⁴ TARUFFO, M., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, en «RTDPC», 2006, 2, p. 454. En la misma línea vid. COMOGLIO, L.P., *Riforme processuali e poteri del giudice*, edit. Giappichelli, Torino, 1996, pp. 57 y ss.; y ABEL LLUCH, X., *Iniziativa probatoria de officio en el proceso civil*, ob. cit., p. 164.

⁴⁰⁵ TARUFFO, M., *Poteri probatori ...*, ob. cit., p. 454.

⁴⁰⁶ TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, edit. Giuffrè, Milano, 1992, pp. 20 a 22.

⁴⁰⁷ Al respecto, me remito a mi estudio *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, en «La Ley», 2003, T. 5, pp. 1769 a 1775.

beral que tanto niegan la iniciativa probatoria al juez civil como le permiten cierta iniciativa: así, podemos constatar la existencia de códigos procesales de «corte liberal» elaborados en sistemas políticos no democráticos en los que el juez es sustancialmente pasivo y no dispone de poderes probatorios autónomos –como sucedió con el italiano de 1865 o el napoleónico de 1806–, y códigos procesales también de «corte liberal» elaborados en sistemas políticos democráticos en los que sí se atribuye iniciativa probatoria al juez civil –así, por ejemplo, podemos constatar en Francia la reforma en 1975 del *Nouveau Code de Procédure Civile* y sus arts. 10 y 144; o las *Federal Rules of Evidence* de EEUU de 1975 y sus *rules* 614(a), 614 (b) y 706⁴⁰⁸–. Otro ejemplo de este erróneo planteamiento lo encontramos en las *Transnational Rules of Civil Procedure*⁴⁰⁹, del año 2000, efectuadas por el *American Law Institute* –en cooperación con la UNIDROIT– que pretenden armonizar o crear un cuerpo unificado de normas básicas transnacionales en materia de litigios civiles y en las que se prevé que el juez tendrá iniciativa respecto de las pruebas de interrogatorio de testigos y de las partes, documental y pericial⁴¹⁰, sin que por ello pueda mantenerse que este texto es fruto de una ideología fascista, autoritaria o comunista⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Sobre este punto, vid. TARUFFO, M., *Poteri probatori ...*, ob. cit., pp. 461 a 467.

⁴⁰⁹ El documento que analizo es el *Preliminary Draft* n.º.2, de 17 de marzo de 2000, publicado por el *American Law Institute* (puede consultarse en Internet: www.ali.org/ali/transrules.htm).

⁴¹⁰ Así, respecto al interrogatorio de testigos y de las partes, la regla 22.3 establece: «A party may call any person whose testimony is relevant and admissible, including that party. *The court may call any person on its own motion under the same conditions*» (la cursiva es mía). Con referencia a la prueba documental, la regla 22.4 indica: «The parties may offer in evidence any relevant document or thing. *The court may order any party or nonparty to present any relevant document or thing in that person's possession*» (la cursiva es mía). Y finalmente, en materia de prueba pericial, la regla 23.1 establece: «The court may appoint a neutral expert or panel of experts whenever, in the court's discretion, expert evidence may be helpful in resolving issues in the cases», y la regla 23.2 indica que: «The court determines the issues that are to be addressed by the expert and such tests, evaluations, or other procedures as are to be employed by the expert. The court may issue orders necessary to facilitate the inquiry and report by the expert and may specify the form in which the expert shall make its report».

⁴¹¹ En esta misma línea, otro texto internacional armonizador del derecho procesal civil es el «Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica» que, elaborado desde el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, fue aprobado en 1988 tras un largo período de reflexión en el que han intervenido un gran número de procesalistas sudamericanos, españoles e italianos. Este Texto –que ha sido acogido en nuevos Códigos procesales

En conclusión, el carácter más o menos liberal del sistema político de un estado no es definitivo para calificar como autoritaria la iniciativa probatoria *ex officio iudicis*, por lo que entiendo con TARUFFO que las ecuaciones «poderes probatorios del juez = régimen autoritario» y «juez pasivo = régimen liberal» son vagas y genéricas, y se reducen a *slogans* polémicos privados de valor científico⁴¹². En mi opinión, la bondad técnica (o validez) de una norma depende de su propio contenido y alcance, más que de la época en que haya sido redactada, de la ideología de su autor o de la forma en que se aplique en la práctica forense, por lo que pueden existir códigos procesales de gran rigor científico o técnicamente incorrectos con independencia del carácter más o menos liberal o social del régimen político en que fueron creados.

B.3. Límites constitucionales a la iniciativa probatoria del juez civil

89. Una vez examinados críticamente los argumentos justificativos de la negativa a atribuir iniciativa probatoria al juez civil, debo analizar los límites que eventualmente debería tener ésta en nuestro sistema constitucional.

Como es obvio, la iniciativa probatoria *ex officio iudicis* no puede ser ilimitada pues puede entrar en conflicto con derechos o valores constitucionales que merecen ser protegidos. Por ello, como tuve ocasión de analizar en otro lugar⁴¹³, dicha iniciativa tiene tres relevantes límites que seguidamente paso a analizar.

90. En primer lugar, la prueba practicada por el juez debe, necesariamente, limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte. En consecuencia, son los litigantes quienes deben traer al proceso el material fáctico que fundamenta sus respectivas pretensiones, no pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a

civiles iberoamericanos y ha inspirado múltiples reformas normativas— establece en su art. 33. 4º y 5º: «El Tribunal está facultado: [...] 4º) para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes; 5º) para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito».

⁴¹² TARUFFO, M., *Poteri probatori ...*, ob. cit., p. 458.

⁴¹³ *La iniciativa probatoria del Juez civil y sus límites*, en «Revista del Poder Judicial» núm. 51, 1998, pp. 294-295; y *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 267-271.

cabo ninguna actividad tendente a investigar o aportar hechos no alegados por las partes, ni fallar alterándolos, so pena de incurrir la sentencia en un vicio de incongruencia.

91. En segundo lugar, es necesario que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria del juez (así, por ejemplo, la identidad del testigo que deberá declarar). Sólo de esta forma se evita que el juez actúe inquisitivamente o utilice su «conocimiento privado» al margen de los resultados que figuran en los autos. Este límite tiende a garantizar la debida imparcialidad del juzgador, en la medida en que su actuación se restringe únicamente a las fuentes probatorias que ya constan en los autos y nunca a investigar nuevas fuentes. Al margen del uso de estas fuentes probatorias, entiendo que el juez no puede tener iniciativa probatoria, pues sería incontrolable su fuente de conocimiento respecto de los elementos probatorios por él utilizados, lo que puede comprometer la debida confianza que objetivamente el juez debe merecer al justiciable⁴¹⁴.

92. Y finalmente, en tercer lugar, es necesario que se respete, en todo momento, el principio de contradicción que cualquier litigante posee en el desarrollo de la prueba, por lo que debe permitírsele proponer nuevas pruebas y, evidentemente, participar en la práctica de toda la actividad probatoria. De este modo, no se vulnera el derecho de defensa constitucionalizado en el art. 24 de nuestra Norma Fundamental.

93. En definitiva, cada objeto protegido incide en un ámbito distinto de la actividad jurisdiccional: el primero, en el propio proceso y los hechos en él discutidos; el segundo, en el juez y su debida imparcialidad; y el tercero, en las partes y su derecho constitucional a la defensa.

B.4. Justificación de la iniciativa probatoria del juez civil

94. Hasta el momento se ha podido constatar la validez constitucional de la atribución de cierta iniciativa probatoria al juez civil. Ahora debe encontrarse la justificación de dicha iniciativa. En mi opinión, la formulación

⁴¹⁴ Al respecto me remito a mi monografía *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, edit. J.M^a. Bosch editor, Barcelona, 1998, especialmente pp. 24-25, 51 y 104 a 108.

atenuada del principio de aportación de parte tiene una base constitucional en la que sostenerse: el carácter Social del Estado de Derecho consagrado en nuestra Constitución, así como en el deber del juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos en el proceso para lograr, de este modo, lo que el artículo primero del citado Texto Fundamental proclama como valor superior del ordenamiento jurídico: la «justicia», que constituye, sin duda alguna, el objetivo final de la función jurisdiccional. La «justicia», como valor superior del ordenamiento jurídico representa un ideal de la comunidad, un objetivo a alcanzar por el ordenamiento jurídico, por lo que si existe un interés público en que el resultado del proceso sea «justo», el Estado debe poner al servicio de quienes lo dirigen los medios y poderes necesarios para que pueda alcanzarse dicho fin. Evidentemente, el problema radica en dotar de contenido o significado al valor «justicia», pues su ambigüedad y falta de concreción pueden propiciar cierto decisionismo judicial. KELSEN concluye su ensayo *¿Qué es Justicia?*⁴¹⁵ formulando su concepción de la «Justicia» con estas palabras: «la Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad». En esta búsqueda de la «verdad» dentro del proceso —»verdad» mediatizada, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte, por los relatos fácticos de los respectivos litigantes— y respetando rigurosamente todos los derechos y garantías constitucionales, encuentra su justificación la iniciativa probatoria al juez.

95. Es cierto que las limitaciones propias del hombre hacen que no siempre pueda alcanzar la tan preciada «justicia», pero no lo es menos que ello no debe ser obstáculo para que el legislador ponga en manos del juzgador los medios suficientes al objeto de que ésta pueda lograrse en el mayor número de ocasiones, máxime si con ello no se infringe precepto constitucional alguno. Como ha indicado TARUFFO, al estudiar el concepto de «justicia de la decisión judicial» ésta no es nunca justa si se fundamenta sobre una determinación errónea o inexacta de los hechos, por lo que concluye que la certeza del juicio sobre los hechos es una condición necesaria para que pueda

⁴¹⁵ Este ensayo constituye su conferencia de despedida como profesor de la Universidad de California pronunciada en Berkeley el 27 de mayo de 1952. Junto con otros ensayos del mismo autor se encuentra en la obra *¿Qué es Justicia?*, Edit. Ariel, Barcelona, 1991 (pp. 35 a 63).

afirmarse que la decisión judicial es justa⁴¹⁶. Además –como advierte el citado autor⁴¹⁷– todo ello es compatible con la teoría según la cual el proceso únicamente sirve para resolver conflictos: si no se acepta como válida cualquier solución del conflicto, y en su lugar se piensa que éste deber ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces ciertamente nos encontramos con el deber de reconocer que la declaración judicial certera de los hechos es una condición necesaria para lograr la solución justa del proceso.

96. Siguiendo con esta argumentación, observamos que nuestra Constitución recoge en su art. 24.2 el derecho fundamental de toda persona a obtener una efectiva tutela judicial. Para otorgar esta tutela, haciendo realidad la justicia demandada por los particulares cuando se ven compelidos a acudir a la solución judicial de sus conflictos, el órgano jurisdiccional necesita la prueba de los hechos discutidos y a los cuales aplicará el ordenamiento jurídico⁴¹⁸. En consecuencia, si el objetivo de todo proceso es que los Jueces y Magistrados apliquen la ley a unos determinados hechos, de cuya certeza deben es-

⁴¹⁶ TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, ob. cit., p. 43. De igual modo, vid. BULYGIN, E., *Sull'interpretazione giuridica*, en «Analisi e diritto», 1992, p. 25; y PARRA QUIJANO, J., *Racionalidad e ideologías en las pruebas de oficio*, edit. TEMIS, Bogotá, 2004, pp. 4 a 8.

⁴¹⁷ TARUFFO, M., *La prova ...*, ob. cit., p. 44.

⁴¹⁸ Comparto las palabras de BARBOSA MOREIRA cuando afirma: «Al juez le corresponde esencialmente juzgar, y toda la actividad procesal está ordenada a proporcionarle los medios necesarios para juzgar bien. Pero juzgar quiere decir aplicar las normas jurídicas pertinentes a los hechos que han originado el litigio. De ahí que al órgano judicial le es tan indispensable el conocimiento de los hechos cuanto el conocimiento de las normas: y constituyendo las pruebas, como nadie ignora, la vía normal de acceso al conocimiento de los hechos, resulta lógico estimar inherente a la tarea del juez la iniciativa probatoria» (*Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba*, en «Libro Homenaje al Profesor Jaime Guasp», Edit. Comares, Granada, 1984, p. 156). De igual modo, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ mantiene que: «El Juez ha de poseer facultades para averiguar la verdad de los hechos [alegads por las partes, añadiría] y confrontar su correspondencia con los supuestos de las normas jurídicas, como también para medir cuándo y en qué amplitud el arbitrio que multitud de normas le conceden ha de ejercerlo. Si, pues, la libertad del juez es coartada, impidiéndole remover aquellos obstáculos y provocándole dificultades en el segundo de esos aspectos, el sistema procesal será imperfecto, teniendo este carácter de imperfección el nuestro, ya que, por ejemplo, en muchos procesos no le permite decidir cuándo es necesaria la prueba» (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1985, p. 531). Finalmente, en esta línea vid. también MORELLO, A.M., *La prueba. Tendencias modernas*, ob. cit., pp. 60 a 64.

tar convencidos, coartarles o restringirles, de un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone, a mi entender, una limitación a la efectividad de la tutela judicial y a la postre a la búsqueda de la justicia⁴¹⁹.

97. En definitiva, a la luz de todas estas previsiones constitucionales, se alcanza una idónea armonización entre el carácter privado del objeto litigioso y la naturaleza indisponible del proceso, facilitando que los órganos jurisdiccional pueden otorgar una efectiva y justa tutela de los intereses en conflicto.

B.5. El principio de aportación de parte en el nuevo proceso civil

98. La alegación de la realidad fáctica discutida en el proceso se atribuye en exclusividad a los litigantes, por lo que el principio de aportación de parte, en este aspecto, rige en toda su extensión. Así, de manera concluyente el art. 216 LEC destaca que: «Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos [...] de las partes».

De igual modo, en materia de introducción del material probatorio, la LEC opta por el principio de aportación de parte, si bien existen excepciones que provocan su atenuación. La formulación general del citado principio se encuentra en el citado art. 216, según el cual: «Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes»; y en el art. 282 *ab initio*, al indicar que: «Las pruebas se practicarán a instancia de parte».

Su atenuación se establece rápidamente, y con carácter general, en el propio art. 282, segundo inciso, al indicar: «Sin embargo, 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».

En la LEC encontrados distintos supuestos de iniciativa probatoria *ex officio iudicis*: en primer lugar, para los procesos sobre capacidad, filiación,

⁴¹⁹ En la línea de argumentar el aumento de los poderes de iniciativa probatoria del juez en una mayor efectividad de la tutela jurisdiccional de los derechos litigiosos, esto es, en una mayor eficacia del proceso, se pronuncian diversos autores en la obra *Para un proceso civil eficaz*, coord. Ramos Méndez, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982. Así, vid. CORBAL Y FERNÁNDEZ, J.E., *La Administración de Justicia y la eficacia de la Ley de Enjuiciamiento Civil: la primera instancia* (pp. 99-100); y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La eficacia del proceso de declaración* (p. 134).

matrimonio y menores, el art. 752.1.II establece: «Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes».

En segundo lugar, la LEC también prevé determinadas materias respecto de las cuales otorga iniciativa probatoria al juez, como sucede con el derecho extranjero (art. 281.2 *in fine*)⁴²⁰, así como ciertas actividades probatorias que pueden acordarse de oficio, como por ejemplo, el careo entre testigos y entre éstos y las partes (373.1 y 2)⁴²¹, o la llamada al juicio de la persona que ha efectuado el «informe» escrito previsto en el art. 381.1 (art. 381.3).

En tercer lugar, la LEC otorga iniciativa judicial en la práctica de algunas pruebas: así, por ejemplo, faculta al juez para solicitar aclaraciones y adiciones en el interrogatorio de las partes (art. 306.1.II) y de testigos (art. 372.2), le permite formular al perito preguntas y requerirlo para que de las explicaciones que estime necesarias sobre el objeto del dictamen aportado (art. 347.2), y le atribuye la determinación de la amplitud de la prueba de reconocimiento judicial (art. 353.2 LEC).

En cuarto lugar, a través de las «diligencias finales» se permite al juez que, dentro del plazo para dictar sentencia, pueda ordenar la práctica de actividad probatoria, si bien ello lo condiciona el art. 435.2.I a la concurrencia de cuatro requisitos: debe versar sobre hechos relevantes, oportunamente alegados; deben haber actos de prueba anteriores que no hayan dado resultado conducentes; el resultado probatorio negativo ha de deberse a circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes; y han de existir motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre los citados hechos⁴²². De esta forma, las tradicionales «diligencias para mejor proveer», al margen de cambiar de nombre, pasan

⁴²⁰ Al respecto, me remito al estudio de ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y la costumbre en el proceso civil español*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, especialmente pp. 71 y ss.

⁴²¹ Vid. PICÓ I JUNOY, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, AAVV, T.II, dirigidos por Lorca Navarrete, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 1826 y 2001.

⁴²² Para un estudio detenido de estas diligencias finales me remito a los trabajos de ABEL LLUCH, X., *Las diligencias finales de oficio del art. 435.2 LEC*, en «La Ley», 2003-5, pp. 1735-1741; MARTÍN OSTOS, J., *Las diligencias finales*, en «Revista del Poder Judicial», núm. 67, 2002, pp. 381 a 404; y PÉREZ BENÍTEZ, J.J., *Las diligencias finales: su admisión en todo tipo de procesos*, en «La Ley», núm. 6554, 2006, pp. 1 a 9.

a adquirir el alcance limitado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuía a tales diligencias⁴²³.

Finalmente, la nueva LEC introduce una norma novedosa que plantea el interrogante de si recoge una mera advertencia del tribunal a las partes o permite una limitada iniciativa probatoria. Me refiero al art. 429.1.II y III, según el cual:

«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.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal».

Debido a la complejidad que presenta esta norma, voy a analizarla por separado en el epígrafe siguiente.

Sin embargo, no quiero acabar sin destacar que toda esta normativa ha llevado a MONTERO AROCA⁴²⁴ a afirmar que la nueva LEC «ha aumentado las facultades del tribunal en materia probatoria (por ejemplo, en los arts. 282 y 429.1.II) y lo ha ido a hacer cuando la llamada «publicización» del proceso está en franca retirada en todo el mundo. Frente a lo que la doctrina sostenía hace unas décadas, hoy se está admitiendo que en este proceso no deben aumentarse las facultades del juez». No obstante, la realidad del derecho comparado nos conduce a advertir el erróneo planteamiento de este autor, pues no es cierto que la atribución de iniciativa probatoria *ex officio iudicis* suponga un retroceso histórico, si no todo lo contrario, como he indicado, nos acerca a las tendencias más modernas del derecho procesal civil⁴²⁵.

⁴²³ Sobre este particular, vid. mi trabajo *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil: entre el ser y el deber ser*, ob. cit., pp. 629 a 640.

⁴²⁴ *Derecho Jurisdiccional*, T.II, 10ª edic., Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 255.

⁴²⁵ Al respecto vid. las notas 372 y 408 a 410.

B.6. La solución española «de compromiso»: el art. 429.1.II LEC

99. Una de las grandes novedades que introduce la LEC 1/2000 la encontramos en su art. 429.1.II, cuya redacción final se debe a una enmienda transaccional del grupo parlamentario socialista, la número 321, que proponía una amplia iniciativa probatoria del juez⁴²⁶, y que fue rechazada para recoger el contenido del actual art. 429.1.II⁴²⁷. En este sentido, la LEC 1/2000 ha alcanzado una solución de compromiso entre las tendencias liberal, del inicial Proyecto de Ley, y publicista, introducida en el trámite parlamentario.

100. La propia literalidad de esta norma conduce a sostener que en ella nos encontramos, en cuanto a la indicación de la insuficiencia de la prueba solicitada, ante un deber; y respecto a la indicación de la concreta prueba para acreditar tales hechos, ante una facultad judicial. En concreto:

a) Por un lado, nos encontramos ante un verdadero deber, en función del cual el juez ha de advertir a las partes de la insuficiencia de las pruebas propuestas para el esclarecimiento de los hechos litigiosos. Así, establece que: «Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos *lo pondrá de manifiesto* a las partes [...]». Dicha norma no utiliza el condicional «podrá», como si lo hace por ejemplo cuando otorga al juez la posibilidad de ordenar diligencias finales en el art. 435.2 LEC, sino la forma verbal imperativa «lo pondrá». No obstante, estamos en presencia de un deber judicial de difícil control, en la medida en que su aplicación depende de la valoración subjetiva que efectúe el propio juez sobre la «insuficiencia» de la prueba. Por ello, para analizar la infracción de este deber, necesariamente, será preciso estudiar las particularidades de cada caso concreto para, a partir de tales datos, determinar su infracción.

b) Y, por otro lado, atribuye una facultad al juez cuando, después de obligarle a efectuar la mencionada advertencia de insuficiencia probatoria, además le permite que pueda señalar aquella prueba que considera que puede colmar dicha insuficiencia. Aquí, el propio art. 429.1.II LEC abandona los términos imperativos para acoger las formas verbales condicionales, indi-

⁴²⁶ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 147-9, de 26 de marzo de 1999, p. 260.

⁴²⁷ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 147-12, de 27 de julio de 1999, pp. 744 y 868.

cando que el tribunal: «[...] podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente». En mi opinión, en aras a ofrecer la tutela judicial más justa posible, el juez debería procurar siempre actuar esta facultad, con los límites indicados anteriormente, y que se prevén en esta misma norma, y muy especialmente en aquellos juicios en los que no interviene un abogado debido a su falta de preceptividad.

101. La mayoría de los autores y la doctrina judicial de las Audiencias Provinciales sostienen que el art. 429.1.II LEC no recoge una iniciativa probatoria del juez, sino tan sólo la posibilidad de que éste, ante una eventual insuficiencia probatoria, indique, aconseje o advierta a las partes los hechos afectados por dicha insuficiencia y la prueba que resulta conveniente para acreditar tales hechos, sin que esta advertencia suponga una iniciativa probatoria⁴²⁸. De esta manera, sin atender formalmente al principio de aportación⁴²⁹ de parte, ya que son siempre los litigantes quienes en última instancia asumen o no la sugerencia probatoria, se permite al juez canalizar su iniciativa en orden a lograr que su resolución pueda ser lo más justa posible.

102. En mi opinión, la literalidad del art. 429.1.II LEC permite otra lectura de la norma, en función de la cual se atribuya cierta iniciativa probatoria

⁴²⁸ Así, vid. ASENSIO MELLADO, J.M^a., *Derecho procesal civil. Primera parte*, 2^a edic., Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 264; CORTÉS DOMÍNGUEZ, en AAVV., *Derecho Procesal Civil*, 3^a ed., Edit. Colex, Madrid, 2000, p. 266; DAMIÁN MORENO, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, AAVV, T.II, ob. cit., p. 2160; idem, *Estructura y principios del proceso ordinario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 2000, núm. 2, p. 185-186; DE LA OLIVA SANTOS, A. (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.), *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000, p. 276; GIMENO SENDRA, en AAVV., *Derecho Procesal Civil*, 3^a ed., Edit. Colex, Madrid, 2000, p. 27; MONTERO AROCA, J., en AAVV., *Derecho Jurisdiccional*, T.II (Proceso civil), 9^a edic., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 239, 255 y 272; ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, Edit. Aranzadi, Elcano, 2000, pp. 365-366; VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *El nuevo marco procesal civil. Los principios de la nueva LEC*, «Tribunales de Justicia», 2000/5, pp. 525-526; ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., ob. cit., pp. 276-277; y ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria ...*, ob. cit., pp. 149 a 153 y 182.

⁴²⁹ Respecto de la doctrina judicial de las Audiencias Provinciales, me remito a las resoluciones recogidas en las obras *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, coord. X. Abel y J. Picó, edit. J. M^a Bosch, Barcelona, 2004, pp. 177 a 183, y en la de LORCA NAVARRETE, A.M^a., *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia probatoria*, edit. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2006, pp. 49 a 108.

al juez. Como tuve ocasión de analizar en otros estudios⁴³⁰, en el actual Estado Social y de Derecho, en el que la «Justicia» se configura como un valor superior del ordenamiento jurídico, el juez debe estar comprometido en la justa composición de los litigios, esto es, no puede configurarse como un sujeto inerte, pasivo, sin ningún tipo de iniciativa probatoria. Por ello, si el fin de todo proceso es que los jueces y magistrados apliquen la ley a unos concretos hechos, de cuya certeza deben estar convencidos, coartarles o restringirles, de un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone una limitación a la efectividad de la tutela judicial y a la postre a la búsqueda de la justicia. En definitiva, atendiendo a las citadas previsiones constitucionales, es posible efectuar una lectura de la nueva LEC que otorgue a los jueces mecanismos adecuados para poder impartir una más justa tutela de los derechos e intereses en conflicto: desde estas premisas, entiendo que el art. 429.1.II LEC no se limita sólo a permitir al juez manifestar a las partes una eventual insuficiencia probatoria, sino que establece también la posibilidad de «señalar» —que no advertir o sugerir— la prueba cuya práctica considere necesaria. Esta norma —a diferencia de lo que sucede cuando se refiere a los «hechos» que pueden verse afectados por la insuficiencia probatoria, donde expresamente sólo se permite al juez efectuar una mera «manifestación» de tales hechos— en materia probatoria se le permite «señalar», esto es, determinar o designar, la prueba cuya práctica considere conveniente, por lo que si estima que es necesaria es lógico pensar que pudiera practicarla.

Como es obvio, y así lo he indicado con anterioridad, la iniciativa probatoria *ex officio iudicis* no puede ser ilimitada, y por ello son del todo correcto los tres límites que al respecto establece el art. 429.1.II LEC: en primer lugar, la imposibilidad de introducir hechos no alegados por las partes⁴³¹; en segundo lugar, la imposibilidad de utilizar fuentes probatorias distintas de las existentes en el proceso⁴³²; y finalmente, en tercer lugar, la necesidad de garantizar el derecho de defensa de las partes, por lo que se les permiten completar o modificar sus proposiciones probatorias.

⁴³⁰ Me refiero a mis trabajos *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 207 a 281; y *La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites*, ob. cit., pp. 269 a 302.

⁴³¹ La iniciativa probatoria del juez se restringe al «hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria» y tales hechos vienen delimitados por los escritos iniciales de alegaciones de las partes.

⁴³² En este sentido, se exige que el tribunal se ciña «a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos [...]».

Reconozco que se trata de una interpretación literal de la norma, fundada en una argumentación constitucional, que limita la eficacia del principio de aportación de parte más allá de lo que probablemente quiso el legislador. Pero en todo caso, esta interpretación, que tiende a garantizar la plena eficacia de la tutela judicial, evita las diversas críticas que pueden formularse a la iniciativa probatoria del juez: no supone una quiebra del principio dispositivo, *alma mater* del proceso civil, en la medida en que las partes conservan la exclusividad en la determinación del objeto litigioso; soslaya la eventual pérdida de la imparcialidad del juez, pues éste al llevar a cabo su iniciativa probatoria no está efectuando una actividad inquisitiva, de investigación o averiguación de hechos no alegados por los litigantes, que podría poner en duda su debida imparcialidad, sino una actividad de verificación de los mismos; y garantiza plenamente el derecho de defensa de las partes. Además, permite que la prueba cumpla su función, pues si ésta tiene por finalidad lograr el convencimiento del juez acerca de la existencia de los hechos discutidos en el proceso, resulta contradictorio sostener que la prueba es una actividad que exclusiva y excluyentemente interesa a las partes, y prohibir en consecuencia al juez practicar por propia iniciativa el medio probatorio que considere necesario para alcanzar su debida convicción⁴³³, y en este sentido es como entiendo puede interpretarse el art. 429.1.II LEC.

En cualquier caso, desde un punto de vista práctico, probablemente resultará estéril discutir si el art. 429.1.II LEC recoge una mera sugerencia o una verdadera iniciativa judicial, pues de producirse la manifestación del tribunal lo lógico es que las partes la asuman como propia.

Finalmente, para concluir, debo admitir que en la práctica judicial se está haciendo un escaso uso de la facultad del art. 429.1.II LEC, o al menos no se utiliza como sería deseable. Ello se debe, básicamente, a dos motivos de muy diferente naturaleza: por un lado, al habitual desconocimiento que, en el propio acto de la audiencia previa, suele tener el juez sobre las cuestiones debatidas, lo que le coloca en una posición de lejanía respecto de los hechos discutidos y la prueba propuesta al respecto. A dicho acto debería asistir con un conocimiento exhaustivo del caso –al menos, con una lectura de la demanda y contestación

⁴³³ En este orden de ideas, en su momento, MONTERO AROCA afirmó que «si la prueba es la actividad procesal que tiende a convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos aportados en el proceso, *va contra los más elementales principios de la lógica que el juez no puede [...] ni acordar la práctica de los medios probatorios más convincentes para formar su convicción*» [la cursiva es mía] (*Juicio crítico* ..., ob. cit., p. 169).

y un estudio previo de las excepciones formuladas— pues ello permitiría a la audiencia previa alcanzar los resultados deseados por el legislador⁴³⁴. Sin embargo, el excesivo trabajo en nuestros juzgados de primera instancia o la «rutina funcional» provoca en ocasiones dicha desidia judicial en la audiencia previa. Y, por otro lado, el escaso empleo de la facultad del art. 429.1.II LEC se debe a ciertos prejuicios de que su uso puede suponer la pérdida de la debida imparcialidad judicial que, como he analizado, es del todo inadmisibile si dicha facultad se utiliza dentro de los límites legalmente establecidos.

⁴³⁴ Esto es, especialmente, para lo que interesa ahora, la fijación de los hechos controvertidos en orden a la precisa proposición y admisión de las pruebas. Por ello, entiendo con ALONSO-CUEVILLAS que el máximo aprovechamiento de las utilidades probatorias de la audiencia previa «comportaría pues un necesario cambio de hábitos no sólo para los letrados de las partes sino también para los juzgadores» (*La audiencia previa al juicio*, en «Instituciones del nuevo proceso civil.», T.II, coord. J. ALONSO-CUEVILLAS, edit. Difusión Jurídica, Barcelona, 2000, p. 169). Y, en la misma línea, ABEL LLUCH destaca: «Tengo la convicción que para que la audiencia previa pueda desplegar todas sus potencialidades y las partes vean satisfechas sus expectativas procesales es imprescindible una presencia activa y directiva del juez en dicha fase procesal» (*La audiencia previa: entre el deseo y la realidad*, en «Revista del Poder Judicial», núm. 69, 2003, p. 367).