

Los poderes del juez civil en materia probatoria.

Abel Lluch, X; Picó I Junoy (Coordinadores), Ed. Bosch., Barcelona, 2003, 185 p.

Problemas actuales de la prueba civil.

Abel Lluch, X; Picó I Junoy (Coordinadores), Ed. Bosch., Barcelona, 2005, 468 p.

Diego I. Palomo Vélez

páginas 319 - 323

LOS PODERES DEL JUEZ CIVIL EN MATERIA PROBATORIA.

Abel Lluch, X; Picó I Junoy (Coordinadores), Ed. Bosch., Barcelona, 2003, 185 p.

PROBLEMAS ACTUALES DE LA PRUEBA CIVIL.

Abel Lluch, X; Picó I Junoy (Coordinadores), Ed. Bosch., Barcelona, 2005, 468 p.

Diego I. Palomo Vélez *

El particular interés doctrinal que ha suscitado la aprobación y entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, LEC 1/2000, de 7 de enero¹, la legislación procesal civil más moderna dentro del sistema jurídico europeo continental², ha quedado más que patente a través de la publicación de innumerables artículos y obras que abordan bien desde una óptica general, bien desde una perspectiva específica sus distintos contenidos. Es que se trata, como bien se ha puesto de relieve, de un verdadero acontecimiento histórico para la Administración de Justicia y el Derecho procesal español: La reforma legal más importante que se haya producido en el ordenamiento procesal español en más de un siglo².

Evidentemente, no todo lo que se ha escrito a propósito o con ocasión de esta histórica Ley muestra una calidad que sea destacable. La moda en la cual se transformó la nueva LEC, motivada fuertemente por una creciente rentabilidad editorial, sirvió también para el florecimiento de una abundantísima literatura de rápido y muy fácil consumo, escasamente o nada preocupada de abordar los grandes y más importantes temas involucrados en la reforma procesal. Como siempre, la literatura jurídica de calidad constituye la excepción que confirma la regla.

A nuestro juicio, las dos obras que aquí reseñamos, aún no compartiendo todo lo que en ellas se sostiene, forman parte de esta literatura jurídica procesal de excepción, pues con la

* Profesor instructor de Derecho Procesal en la Universidad de Talca. Magíster © y doctorando en la Universidad Complutense de Madrid. Dirección de correo electrónico: dpalomo@utalca.cl.

¹ Publicada en el Boletín Oficial del Estado de 8 de enero de 2000, con *vacatio* general de un año desde la publicación, entró en vigor el 8 de enero de 2001.

² Díez-Picazo Giménez, I. en: De la Oliva Santos, A.; Díez-Picazo Giménez, I. 2003, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª edición, p. 1.

“excusa” de la nueva LEC, su contenido se hace cargo de las cuestiones más importantes que han ocupado a la doctrina en materia de prueba civil. Buena parte de la responsabilidad de esta excepcionalidad radica en la destacada producción y experiencia de los autores coordinadores de estas obras, quienes en trabajos anteriores ya han dado cuenta de su excelente hacer en esta materia. Empero también debe considerarse el acierto de la metodología empleada para obtener este interesante producto. Se trata fundamentalmente de dos obras de corte colectivo, que salen a la luz tras un duro y serio proceso de investigación, reflexión y análisis por parte de todos los autores involucrados, entre los que cabe contar a varios jueces en prácticas de la Escuela Judicial. Bajo la guía y coordinación de los destacados profesores Abel Lluch y Pico I Junoy (quienes también se hacen individualmente responsables de algunos Capítulos), grupos de trabajo abordaron temas controvertidos ligados a la prueba civil bajo la actual LEC, que luego expusieron en sendos seminarios de investigación. Las principales aportaciones de dichos seminarios han servido de contenido a estas obras.

Los poderes del juez en materia probatoria aparece cruzado por el siguiente hilo conductor ³: El análisis de las facultades del juez civil en materia probatoria, sus presupuestos y límites, en un proceso civil español regido por los principios dispositivo y de aportación de partes. Se trata, por lo tanto, de un análisis muy marcado por la delimitación de los señalados principios (arts. 216 y 282), que se ponen en relación tanto y muy especialmente con lo dispuesto en el art. 429.1.II ⁴ que incorpora un juicio de suficiencia probatoria de bastante difícil articulación en un proceso civil como el español⁵, como con lo prescrito por los arts. 434 y ss. relativos a las diligencias finales que, sustentándose en presupuestos distintos y coherentes con el modelo procesal civil que se instaura por la LEC, sustituyen a las medidas para mejor proveer, operando de esta manera una modificación de notable importancia no sólo en el terreno de los principios sino también para

³ La obra consta de cinco Capítulos, a saber: I.- Principios dispositivo y de aportación de parte; II.- Análisis del art. 429.1.II y III de la LEC; III.- La iniciativa probatoria de oficio en los procesos especiales no dispositivos; IV.- Las diligencias finales; V.- La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso. A lo que se agrega un anexo de jurisprudencia.

⁴ Dispone el art. 429.1.II: “Cuando el Tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieren 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, podrán verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el Tribunal, citiéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente”. Y en el párrafo III agrega: “En el caso a que se refiere en el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el Tribunal”.

⁵ Sin contar el escaso acierto del legislador respecto del momento procesal elegido para materializar este juicio de suficiencia probatoria: La audiencia previa al juicio, esto es, antes de la práctica de la prueba. Se exige al juez civil español poseer facultades adivinatorias o de pronóstico para determinar la insuficiencia que tendrá el resultado que arrojen las pruebas practicadas propuestas por las partes.

Los poderes del juez civil en materia probatoria.

Abel Lluch, X; Picó I Junoy (Coordinadores), Ed. Bosch., Barcelona, 2003, 185 p.

Problemas actuales de la prueba civil.

Abel Lluch, X; Picó I Junoy (Coordinadores), Ed. Bosch., Barcelona, 2005, 468 p.

la realidad del proceso civil español⁶.

Sin poder entrar aquí en detalles, corresponde señalar que la opinión de los coordinadores de esta obra en comentario es claramente favorable al aumento de los poderes judiciales en materia de prueba, no sólo procesales sino también materiales, por tanto, incidiendo también en la iniciativa judicial al respecto, de allí que no se opongan a la primera norma (incluso la vean como insuficiente), y critiquen la paralela disminución de poderes probatorios del juzgador operada tras la derogación de las medidas para mejor proveer. Como lo hemos dicho en otros lugares, no compartimos el aumento de las facultades-deberes respecto a la iniciativa probatoria judicial que se predica por un importante sector de la doctrina procesal, dentro del cual puede situarse a los autores de esta obra. Bien se ha señalado que aún cuando a través de reformas procesales se procure hacer del procedimiento de prueba un instrumento más *apto* para el acercamiento a la verdad ⁷, el método apropiado en las actuaciones judiciales civiles no radica en la investigación de oficio⁸. Sin embargo, nuestra posición sobre estos temas no puede obstar a que destaquemos el esfuerzo analítico e importante contribución realizada por los autores en los planteamientos que se recogen y sostienen en la obra comentada, destinados especialmente a delimitar la iniciativa probatoria judicial en el marco del nuevo proceso civil español.

Problemas actuales de la prueba civil sigue la línea iniciada con *Los poderes del juez en materia probatoria*⁹. Retoma con mayor profundidad y pluralidad los serios problemas

⁶ Asimismo, con la nueva regulación se apuesta por el reforzamiento de la importancia del acto del juicio, restringiendo la actividad previa a la sentencia a aquello que sea estrictamente necesario. Por tanto, como diligencias finales sólo serán admisibles las diligencias de pruebas, debidamente propuestas y admitidas, que no se hubieren podido practicar por causas ajenas a la parte que las hubiera interesado. La LEC considera improcedente llevar a cabo nada de cuanto se hubiera podido proponer y no se hubiere propuesto, así como cualquier actividad del Tribunal que, con merma de la igualitaria contienda entre las partes, supla su falta de diligencia y cuidado. Las excepciones a esta regla básica han sido meditadas detenidamente y responde a criterios de equidad, sin que supongan ocasión justificada para desordenar la estructura procesal o menoscabar la igualdad de la contradicción. De la Oliva Santos, A., en: De la Oliva Santos, A.; Díez-Picazo Giménez, I. *Derecho Procesal Civil (...)*, Op. Cit., p. 390.

⁷ Muchas veces se ha confundido esta aptitud para el acercamiento a la verdad material con la fijación de la obtención de esa verdad como objetivo del proceso civil, cuestión que asumimos como un puro mito procesal, que puede aparejar peligrosas consecuencias para el efectivo respeto a la garantía del debido proceso y la imparcialidad del juzgador.

⁸ Existe la tendencia, cada vez más acusada, de querer configurar el proceso penal acercándolo a parámetros propios del proceso civil, como asimismo de abogar por la introducción de reformas que “penalicen” a este último. Jiménez Conde, F. “Interrogatorio de testigos en el proceso civil” en: Gómez Colomer, J.L. (Coordinador), 2003, *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, p. 224.

⁹ Se divide en catorce Capítulos, a saber: I.- El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil; II.- Reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez civil; III.- Compatibilidad entre la pericial de parte y la pericial judicial en la LEC 2000; IV.- El laberinto procesal; V.- Tres cuestiones problemáticas de la prueba pericial: 1º La prueba pericial tras el juicio monitorio, 2º La prueba pericial judicial al amparo del art. 429.1.II

interpretativos y de aplicación práctica derivados de la norma recogida en el art. 429.1.II y III de la LEC sobre el juicio de suficiencia probatoria que se reconoce ambigua, incompleta e insuficiente por los autores. Se presta especial atención a la determinación de su concreta naturaleza (facultad o deber del juez), a su delimitación y al análisis de sus efectos puestos en relación con la institución de la carga de la prueba y la preclusión. Asimismo, se vuelve sobre el cambio de sentido experimentado a través de la derogación de las antiguas medidas para mejor proveer, reemplazadas por las diligencias finales de la LEC, sólo procedentes, por regla, a instancia o solicitud de parte (excepcionalmente pueden acordarse de oficio). Sostienen los autores interpretaciones que califican de amplias y flexibles que, a nuestro juicio, no siempre resultan ajustadas con el modelo instaurado ni con la imparcialidad que debe mantener el juzgador para no caer en prejuizgamientos que terminen beneficiando a una de las partes en perjuicio de la otra¹⁰. Se trata de la legítima defensa de un modelo de juez civil más inquisitivo que no compartimos.

y III LEC, 3º Posibilidad de designación judicial de perito dirimente como diligencia final ante dos dictámenes de parte contradictorios; VI.- Los vicios de nulidad de la prueba pericial; VII.- ¿Es el administrador concursal un perito judicial?; VIII.- La facultad del art. 429.1.I y II LEC y la preclusión probatoria: ¿Puede el juez proponer medios de prueba cuyo momento procesal ha precluido?; IX.- Artículo 429.1.II LEC: ¿Es el momento adecuado para que el juez valore la insuficiencia probatoria?; X.- ¿Puede el juez, al amparo del art. 429.1.II LEC, proponer una fuente de prueba distinta de la ya propuesta por las partes? ¿Es necesario que la prueba propuesta conste *nominatim* en los autos, o basta que se desprenda de los mismos?; XI.- Diligencias finales de oficio del art. 435.2 LEC: Requisitos necesarios para su adopción; XII.- Diligencias finales de oficio del art. 435.2: Su adopción en el juicio verbal y en procesos especiales no dispositivos; XIII.- ¿Afecta el principio de concentración de la actividad probatoria en el juicio verbal?; XIV.- Análisis jurisprudencial de la prueba pericial, diligencias finales y especialidades probatorias de los procesos civiles indisponibles, a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

- ¹⁰ Como señala mi maestro, no se trata de que, por un viejo prejuicio legal hacia el juez o, al contrario, para hacer más cómoda y menos esforzada su tarea, el juez deba estar atado. De lo que se trata es de que, por una parte y dicho expresivamente, *los hechos son de las partes y no del juez* o, desde luego, cuando rige el principio dispositivo, son más de las partes que del juez. Y, por otra parte, el juzgador no debe ayudar a las partes de suerte que favorezca a una en detrimento de la otra, como si al Tribunal le correspondiere desempeñar también el oficio de abogado. En el proceso civil regido por los principios dispositivo y de aportación de parte está verdaderamente implicada la libertad de los sujetos jurídicos respecto de lo que es suyo. Y constituye un problema que la libertad, con sus inevitables riesgos, se entienda y se acepte. Por ende, sería deseable que quienes propugnan atribuir al juez, en todos los procesos civiles las mayores facultades, incluidas varias cuyo uso sería situación sólo a merced a grandes dosis de cuidado y sobretodo prudencia, sería deseable que meditasen sobre la situación real: Los jueces no han parecido tener tiempo (ni ganas) de usar ni siquiera las facultades que tenía asignadas por la LECA (mucho menos discutibles), e incluso no han tenido, muchos de ellos ni tiempo ni ganas de cumplir algunos imperativos legales. En ocasiones, propugnar mayores poderes para el juez en los procesos civiles semeja una pretensión lunática o fanática. Poco importa, a estos efectos, que esos poderes mayores se pidan por el consciente totalitarismo de la socialización del proceso o simplemente porque algunos procesalistas prefieren vivir de espaldas a la realidad. De la Oliva Santos, A., en: De la Oliva Santos, A.; Díez-Picazo Giménez, I. *Derecho Procesal* (...), Op. Cit., p. 392.

Los poderes del juez civil en materia probatoria.

Abel Lluch, X; Picó I Junoy (Coordinadores), Ed. Bosch., Barcelona, 2003, 185 p.

Problemas actuales de la prueba civil.

Abel Lluch, X; Picó I Junoy (Coordinadores), Ed. Bosch., Barcelona, 2005, 468 p.

La segunda obra también se ocupa de la prueba pericial que experimenta interesantes e importantes cambios con la nueva regulación que se inclina por entender y consagrar al dictamen de peritos como medio de prueba en el marco de un proceso¹¹, en el cual, salvo excepciones, no se impone ni se responsabiliza al Tribunal de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos relevantes en que se fundamentan las pretensiones de tutela de las partes, sino que es sobre éstas sobre las que recae la carga de alegación y prueba. Por ello, se introducen los dictámenes de peritos designados por las partes¹² y se reserva la designación por el Tribunal de perito para los casos en que así le sea solicitado por las partes o resulte estrictamente necesario. La nueva regulación procesal en esta materia implica una nueva visión del perito, pues ya no se está frente a un profesional o experto ajeno a las partes, que es poseedor de conocimientos sobre una ciencia o arte y que presta auxilio al juez aportándole las premisas mayores fácticas que facilitan la apreciación de los hechos y su adecuada valoración a efectos del proceso¹³. Pues bien, respecto a este punto la obra encuentra especial motivación en las preocupaciones surgidas desde la práctica forense, y pretende ofrecer luz y aclaración a aquéllas dudas que puedan existir. Empero además, se ofrece una interpretación de la nueva normativa procesal más acorde con los postulados publicistas que defienden sus autores.

Para finalizar insistimos en el hecho de que no estamos de acuerdo con varias de las posiciones doctrinales que se defienden en estas obras. Con todo, la seriedad y coherencia con que se abordan los distintos puntos tratados exigen reconocer en ellas una investigación y trabajo acucioso que puede resultarnos de gran utilidad a la hora de pensar en reformas para nuestro modelo procesal civil, claramente agotado y necesitado de ellas.

¹¹ Señala la Exposición de Motivos de la nueva LEC que así, la actividad pericial, cuya regulación decimonónica reflejaba el no resuelto dilema acerca de su naturaleza (si medio de prueba o complemento o auxilio del juzgador), responde ahora plenamente a los principios generales que deben regir la actividad probatoria, adquiriendo sentido su libre valoración.

¹² Con su previsión la LEC no hace otra cosa que convertir en Derecho positivo una práctica muy común en la jurisdicción civil española, consistente en la aportación de dictámenes periciales junto con los escritos alegatorios de las partes, como si de documentos se tratasen.

¹³ Véase sobre este punto: Stein, F. 1973. *El conocimiento privado del juez*. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, Traducción de Andrés de la Oliva Santos, pp. 71 y ss.

