

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RECTORES DEL PROCESO CIVIL EN ESPAÑA (I): LOS PRINCIPIOS REFERENTES AL OBJETO DEL PROCESO, SU DIRECCIÓN Y DESARROLLO FORMAL⁽¹⁾

JOAN PICÓ I JUNYO

Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Rovira i Virgili.

SUMARIO:

I. Introducción: el fenómeno de constitucionalización de las garantías procesales. Especial referencia al derecho a la tutela judicial efectiva.- II. El principio referente al objeto del proceso: el principio dispositivo: 1. Introducción: *litante* y su fundamento constitucional; 2. El principio dispositivo en el suero proceso civil.- III. Los principios referentes a la dirección del proceso: 1. Introducción; 2. El principio de impulso procesal de oficio; 3. Los principios de control de los presupuestos procesales de oficio y subsanación de los defectos procesales; 4. El principio de aportación de parte "atenuado" (o de colaboración).- IV. Los principios del procedimiento: el principio de oralidad y sus principios consecuencia: inmediación, concentración y publicidad; 1. El principio de oralidad y su fundamento constitucional; 2. Los principios consecuencia de la oralidad.

I. INTRODUCCIÓN: EL FENÓMENO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Tras la Segunda Guerra Mundial se produce en Europa, y muy especialmente en aquellos países que tuvieron regímenes políticos totalitarios, un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de las personas, y dentro de estos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial. Se pretendía con ello evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales derechos, protegiéndolos, en todo caso, mediante un sistema reforzado de reforma constitucional. La Constitución aparece así como el instrumento idóneo para instaurar un nuevo orden político y social y para dar una respuesta válida a los angustiosos interrogantes del momento histórico de la post-guerra.² Y dentro de este orden, la verdadera garantía de los derechos de la persona consiste precisamente en su protección procesal, para lo cual es necesario distinguir entre los derechos del hombre y las garantías de tales derechos, que no son otras que los medios procesales mediante los cuales es posible su realización y eficacia.³

En esta línea legislativa, si bien con cierto retraso histórico, la Constitución Española (C.E.) establece en su artículo 24 toda una serie de garantías procesales otorgándoles el carácter de derechos fundamentales, por lo que se configuran, de este modo, como punto de referencia ineludible de todo el ordenamiento procesal. En concreto, en dicho artículo se establece:

"(1) Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y magistrados en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. (2) Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la

⁽¹⁾ La segunda parte del presente artículo será publicada en la revista **ADVOCATUS 11. ADVOCATUS** agradece a Herminio Gómez por la revisión del presente artículo.

⁽²⁾ TRUCCER, Nicola, *Proceso civile e Cambiamento*, Milano: Giuffrè, 1974, p. 97.

⁽³⁾ DE ZAMUDIO, Hector, *La protección procesal de los derechos humanos*, Madrid: Civitas, 1983, p. 54.

acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

La relevancia práctica de estos derechos fundamentales se deriva de los efectos que la propia Constitución les atribuye: son de aplicación directa e inmediata, esto es, poseen un alcance jurídico-positivo (artículos 9.1 y 53.1 C.E.); y su protección se encomienda, en última instancia, al Tribunal Constitucional (T.C.) mediante el recurso de amparo (artículos 53.2 y 161.1.b C.E.).³

Junto a este fenómeno de constitucionalización de las garantías procesales, en España ha sido fundamental la labor interpretativa del Tribunal Constitucional que, básicamente a través de los recursos de amparo, ha ido perfilando y depurando el exacto alcance de las mismas, y ello ha sido especialmente difícil a la hora de dotar de contenido a expresiones tales como “*tutela judicial efectiva*”, “*indefensión*” o “*proceso con todas las garantías*”. Así, tales expresiones podrían, según la interpretación que de ellos se diese, resultar meras expresiones retóricas o, por el contrario, mandatos llenos de contenido.⁴ No parece aventurado afirmar que ha sido la jurisprudencia del T.C. –vinculante por mandato de los artículos 87 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.)– la que ha ido llenando de contenido real al artículo 24 C.E., y ha conducido a que la ambigua expresión “*tutela judicial efectiva*” adquiera un notable protagonismo en la medida en que ha introducido en el sistema procesal español nuevos derechos efectivos de los justiciables, que afectan a materias tan relevantes como el acceso a los tribunales, a obtener una sentencia de fondo, congruente y fundada en derecho, a lograr la efectividad de las resoluciones judiciales, mediante el aseguramiento de una tutela cautelar y ejecutiva, y a asegurar la eficacia de los recursos legalmente previstos.⁵

Al margen del artículo 24 C.E., en la Carta Magna existen otros preceptos básicos de contenido procesal, como el artículo 120, en el que se reconoce expresamente que las actuaciones judiciales deben ser públicas y predominantemente orales.

En conclusión, como hemos podido indicar, en la C.E. encontramos distintos preceptos en los que, directa o indirectamente, se recogen determinados principios del proceso civil. El presente estudio parte de la distinción entre principios que determinan quién inicia el proceso y fija su objeto; quien lo dirige, tanto respecto a su impulso, como al control de los presupuestos procesales necesarios para dictar sentencia sobre el fondo, y a la aportación de los hechos –secundarios– y su prueba; y, por último, los principios que inciden sobre la forma externa de desarrollarse el proceso.

II. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

1. Introducción: alcance y fundamento constitucional

Los principios que determinan quién inicia el proceso y fija su objeto son el dispositivo y el de oficialidad, y en función de cada uno de ellos el protagonismo lo adquieren los particulares o el Estado, respectivamente.

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.

³ Al respecto, me remito a mi trabajo *Las garantías constitucionales del proceso*, I.M. Bosch, Barcelona 1997.

⁴ GARCÍA MORILLO, José, *La justicia constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, pp. XXIV-XXV.

⁵ Para el estudio de esta jurisprudencia, véase mi trabajo *Las garantías constitucionales del proceso*, ibi. cit., pp. 39 a 95.

Por ello, es común considerar como manifestaciones o notas esenciales de este principio las siguientes:

- Primera: el inicio de la actividad jurisdiccional a instancia de parte, de acuerdo a los aforismos *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*;
- Segunda: la determinación del objeto del proceso únicamente por los litigantes;
- Tercera: la congruencia de las resoluciones judiciales con las pretensiones de las partes, por lo que resulta de plena vigencia el brocardo *ne est iudex ultra petita partium*; y
- Cuarta: la finalización de la actividad jurisdiccional por voluntad exclusiva de los litigantes, quienes pueden disponer libremente tanto de la *res in iudicium deducta*, mediante la renuncia, el allanamiento o la transacción, como de la continuación del proceso, a través del desistimiento o la caducidad de la instancia.

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 C.E. en la que se reconoce el derecho a la propiedad privada -artículo 33- y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado -artículo 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 particulares.⁶

De esta 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 dispositivo^{7,8}.

2. El principio dispositivo en el nuevo proceso civil

Como no podía ser de otro modo, la Ley 1/2000 recoge el mencionado principio en todas sus manifestaciones:

- Primera: *El inicio del proceso es siempre a instancia de parte*. Al igual que la Ley de Enjuiciamiento Civil (L.E.C.) de 1881, el artículo 399.1 establece que "*el juicio principiamus por demanda*"; con referencia a las medidas cautelares, el artículo 721.2 indica que: "*Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de*

⁶ El carácter constitucional del principio dispositivo es puesto de relieve, entre otros autores, por ALMAGRO NOSSETI, José. *Garantías constitucionales del proceso civil*. Justicia, (I): 18, 1981; RAMOS MÚNDEZ, Francisco. *La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil*, Justicia, (I): 23, 1983; GIMENO SENDRA, Vicente (en AA.VV.), *Derecho procesal. Proceso civil*. Tirat lo Blanch, Valencia, 1993, p. 302; BERZOSA FRANCO, María Victoria. *Principios del proceso*, Justicia, (III): 577, 1992.

⁷ 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 legitima al Ministerio Fiscal para solicitar una determinada pretensión (vid. ORTELLS RAMOS, Manuel. *Introducción al Derecho Procesal*, Comares, Granada, 1999, p. 138; o BERZOSA FRANCO, María Victoria, *ib. cit.*, p. 576).

⁸ En esta línea, MONTERO ARCELA sostiene que el principio dispositivo debe seguir rigiendo el proceso civil "*por lo menos mientras la concepción pública general mantenga la distinción entre intereses públicos y privados*" (*Introducción al Derecho Procesal*, Tecnos, Madrid, 1976, p. 228).

oficio"; y por último, en materia de ejecución, el artículo 549 prescribe que "sólo se despachará ejecución a petición de parte".

Segunda: *Son las partes quienes delimitan el objeto del proceso.* En este sentido, el artículo 399.1 indica que en la demanda se expondrán "los hechos y los fundamentos de Derecho y se fijará con claridad lo que se pida". De igual modo, el artículo 412.1 destaca que: "Establecido lo que son objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente".

Pese a esta libertad de configuración del objeto litigioso, la nueva L.E.C., indirectamente la limita en su artículo 400.1.1, según el cual: "Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerlo, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior". Este precepto —como destacó BERZOSA FRANCCOS— impone al actor una determinada delimitación del objeto del proceso.¹⁶ La respuesta debe ser positiva pues esta norma —en relación con el artículo 222 L.E.C.— sanciona al actor con la imposibilidad de pretender una segunda sentencia fundada en hechos que no fueron alegados en el primer proceso pero que pudieron serlo, y ello lo efectúa mediante la extensión objetiva de la cosa juzgada de la primera sentencia al segundo proceso. En consecuencia, el artículo 400.1.1 L.E.C. supone, aunque de forma indirecta, una limitación al principio dispositivo¹⁷ que, para RAMOS MÉNDEZ, fundamenta su inconstitucionalidad ya que dicha "norma supone un claro atentado a la libertad de acción consagrado por el artículo 24 de la Constitución. Esta no restringe en modo alguno el acceso a los Tribunales en cualquier momento que sea necesario y en cuantos juicios sean pertinentes. El juicio civil se inspira en un criterio de libertad en cuanto a la elección de los hechos que el ciudadano quiere que los Tribunales enjuicien. La Constitución no limita el número de veces que un ciudadano puede acudir a los Tribunales de Justicia. La razón de no reiteración —de lo mismo— se regula íntegramente con la institución de la cosa juzgada. Esta se basa en determinadas identidades, que no permiten suponer que uno «hubiera podido alegar lo que no ha alegado» en un juicio precedente. La mera consideración del elemento temporal para excluir el nuevo juicio por litispendencia o cosa juzgada es pura negación de la tutela efectiva. Aquí no puede haber finura, porque en ello va la credibilidad del sistema".¹⁸

Tercera: *Las sentencias deben ser congruentes con el objeto del proceso.* Así, el artículo 21b determina que: "Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes".

¹⁶ Este principio lo estado presente en toda la evolución parlamentaria de la Ley. Al respecto, vid. BERZOSA FRANCCOS, María Victoria, *Los principios inspiradores del nuevo proceso civil*, en *Proceso y finis del proceso civil*, dirigido por PICÓ I JUNOY, J.M.P. Bosch editor, Barcelona: 1998, p. 30.

¹⁷ En cuanto se manifiesta TAPIA FERNÁNDEZ, para quien el artículo 400 "no afecta a delimitación del objeto del proceso, sino al objeto de una juzgada de la sentencia que se dicte" (*El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Madrid, La Ley, 2000, p. 27). En mi opinión, si bien es cierto que este precepto no incide directamente sobre el objeto del proceso, sí lo hace en relación con el artículo 222 L.E.C., observamos que, de forma indirecta, sí afecta en su configuración. Por ello, DE LA OLIVA cumple el término "objeto virtual" del proceso civil para referirse a "aquello sobre lo que no tiene por qué proyectarse la actividad de las partes y del tribunal en un proceso, pero que, sin embargo, podrá constituir objeto de ese proceso o presentarse la virtualidad propia del objeto. Esta virtualidad o eficacia se despliega al extra, es decir, fuera misma del proceso mismo, cuando se trata de otros procesos y de establecer si su objeto es el mismo o comprende el mismo en un proceso distinto, aún pendiente o ya terminado" (ib. cit., p. 36).

¹⁸ *Gato para una tramitación ordenada a la LEC*, J.M.P. Bosch editor, Barcelona, 2000, p. 302.

- Cuarta: *Las partes pueden disponer tanto del objeto litigioso como de la continuación del proceso. De manera concluyente, el artículo 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".*

III. LOS PRINCIPIOS REFERENTES A LA DIRECCIÓN DEL PROCESO

1. Introducción

La dirección del proceso civil plantea tres cuestiones a resolver, sobre las cuales es posible encontrar diversos principios que los resuelven de forma distinta:

- a) En primer lugar, respecto a su tramitación, debemos preguntarnos quién es el encargado de darle continuidad, y en función de que ello, si se atribuye a las partes, estaremos ante el principio de impulso procesal de parte, y si es al órgano jurisdiccional, ante el principio de impulso procesal de oficio.
- b) En segundo lugar, con referencia al control de los presupuestos procesales necesarios para dictar una sentencia sobre el fondo, debemos analizar si ello se atribuye exclusivamente a las partes, o si se otorga igualmente al órgano jurisdiccional; y si debe permitirse la posibilidad de subsanación previa de los defectos procesales.
- c) Y, en tercer lugar, respecto a la aportación de los hechos –secundarios– y la prueba al proceso, si ello se atribuye a las partes, estaremos ante el principio de aportación de parte, si es al órgano jurisdiccional, ante el principio de investigación de oficio, y si se otorga a las partes y, en cierta medida, también al órgano jurisdiccional, ante el principio de aportación de parte "atenuado" o de colaboración.

En estas tres cuestiones, el modo tradicional para resolverlas de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 fue otorgando la iniciativa a las partes. Sin embargo, el fenómeno de publicización del proceso civil, que después expondré, de principios de siglo, empezó a cuestionar este planteamiento, introduciéndose matizaciones y excepciones a la originaria L.E.C. En esta línea evolutiva, la Constitución de 1978 ha aportado un nuevo marco normativo que incide directamente sobre esta materia, como seguidamente paso a analizar.

2. El principio de impulso procesal de oficio

Respecto a la tramitación del proceso, la vigencia del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas o a un plazo razonable (artículo 24.2 C.E. y 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, respectivamente), condiciona el tema del sujeto al que debe otorgársele la función de dar continuidad al proceso. Por ello, en todos los ámbitos jurisdiccionales, se opta por el principio de impulso de oficio, atribuyendo al órgano jurisdiccional el control de la conclusión de los distintos actos o etapas del proceso, y la consiguiente continuidad del mismo de acuerdo a lo previsto en las normas de procedimiento.¹¹ Así, el artículo 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 establece: "*Salvo que la ley disponga otra cosa, el órgano jurisdiccional dará de oficio al proceso el curso que correspondiera, dictando al efecto los providos necesarios*"; y de igual modo, el artículo 179.1 L.E.C. vuelve a reiterar dicha previsión normativa. Sin embargo, ello no obsta para que:

- a) Las partes, si voluntaria y expresamente lo desean, puedan suspender la tramitación del procedimiento, si ello no perjudica al interés general o a terceros. En este sentido, el artículo

¹¹ Al respecto, véase las reflexiones de RIBERA TRUJAL, Cristina, *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1997, pp. 199 a 207.

19.4 L.E.C. permite la suspensión por sesenta días del procedimiento, y el artículo 179.2 L.E.C. prevé su archivo provisional si transcurrido dicho plazo ninguna de las partes insta su reanudación (la provisionalidad concluye cuando transcurran los plazos de caducidad procesal del artículo 237 L.E.C.)

b) Se establezca un plazo prudencial de tiempo transcurrido el cual deba entenderse que ha desaparecido el interés de las partes en la continuación del proceso. Por ello, el artículo 237.1 L.E.C. establece: *"Se tendrán por abandonadas las instancias y recursos en toda clase de pleitos si, pese al impulso de oficio de las actuaciones, no se produce actividad procesal alguna en el plazo de dos años, cuando el pleito se inicie en primera instancia; y de uno, si estuviere en segunda instancia o pendiente de recurso extraordinario por infracción procesal o de recurso de casación"*. Como es obvio, estos plazos no pueden entrar en vigor respecto al proceso de ejecución, ya que la actividad ejecutiva debe mantenerse hasta obtener el cumplimiento efectivo de lo juzgado (artículo 239 L.E.C.).

3. Los principios de control de los presupuestos procesales de oficio y subsanación de los defectos procesales

El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 C.E.) comporta –según una reiterada jurisprudencia del T.C.– la necesidad de lograr, como regla general, una sentencia sobre el fondo, esto es, que resuelva definitivamente la cuestión litigiosa.¹¹ Por ello, el órgano jurisdiccional debe evitar al máximo la frustración que siempre comporta una sentencia absolutoria de la instancia, o dicho en otros términos, debe controlar de oficio, lo antes posible, y de acuerdo a las previsiones legales, la concurrencia de los presupuestos procesales necesarios para que pueda dictarse una sentencia de fondo. Por este motivo, el artículo 414 y siguientes de la L.E.C. prevén la audiencia previa, que tiene como una de sus finalidades *"examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de lite y a su terminación mediante una sentencia sobre su objeto"* (artículo 414.1.II L.E.C.). Y estas cuestiones son apreciables de oficio por mandato de los artículos 9 L.E.C. –para la falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal–; 73.4 L.E.C. –para la indebida acumulación de acciones–; 416.2 –para la falta de jurisdicción o competencia–; 421 –para la existencia de litispendencia o cosa juzgada–; etc.

El principio de control de oficio de los presupuestos procesales debe relacionarse con el de subsanación de los defectos o vicios procesales, que nuestro T.C. entiende recogido implícitamente dentro del derecho a la tutela judicial efectiva.¹² En función de este principio, los defectos o vicios procesales deben ser subsanables siempre que ello no se deba a una actividad contumaz o negligente del interesado y que no dañe la regularidad del procedimiento ni la posición jurídica de la otra parte.¹³ En todo caso, el juzgador debe efectuar un juicio de proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que debe acarrear (archivo de una demanda, resolución del proceso sin resolver el fondo de la cuestión litigiosa, etc.), es decir, para proceder a la subsanabilidad del defecto procesal, debe tener en cuenta, de un lado, la finalidad que cumple el requisito formal infringido y, de otro, la trascendencia real que el mismo tiene para el proceso.¹⁴ Por ello, ante una eventual inexistencia de un presupuesto procesal, entiendo que debe procederse a su subsanación, siempre que ello sea posible (no lo será, por ejemplo, cuando el tribunal carezca de

¹¹ Así, por ejemplo, entre las últimas, vid. la STC 116/2001, de 21 de mayo (F. 4); y la jurisprudencia citada en esta misma sentencia.

¹² Vid. las sentencias 205/2001, de 15 de octubre (F. 4); 285/2000, de 27 de noviembre (F. ff. 4 y 5); 195/2000, de 18 de julio (F. 3); 108/2000, de 5 de mayo (F. 3); entre otras muchas.

¹³ Cfr. las SSTC 205/2001, de 15 de octubre (F. 4); 285/2000, de 27 de noviembre (F. 4); 112/1997, de 3 de julio (F. 3); 182/1996, de 30 de septiembre (F. 2); 159/1995, de 6 de noviembre (F. 4); *et alia*.

¹⁴ En este sentido, vid. las SSTC 205/2001, de 15 de octubre (F. 4); o la 285/2000, de 27 de noviembre (F. 4); entre las más recientes.

jurisdicción, o exista litispendencia de otro proceso), en consonancia con lo previsto por el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual: "Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes".¹⁷

4. El principio de aportación de parte "atenuado" (o de colaboración)

4.1. Introducción: alcance y fundamento

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 proceso¹⁸, así como proponer la prueba de tales datos o elementos. La regla *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium* expresa en toda su extensión el significado del mencionado principio.¹⁹

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 no tiene este fundamento constitucional, y solo posee 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 construye a la voluntad de las partes.²⁰ 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

¹⁷ De igual modo, este principio de subsanación se encuentra legalmente recogido en el artículo 231 L.E.C., que establece: "El Tribunal civil de que pueden ser subsanados los defectos en que inician los autos procesales de las partes, siempre que su defecto no sea de tal índole que impida la voluntad de cumplir 'a requisitos exigidos por la ley'".

¹⁸ No me refiero a los hechos esenciales que configuran la causa petendi pues estos, como he indicado, sí integran el objeto del proceso y deben ser alegados necesariamente, por las partes en virtud del principio dispositivo y su del de aportación de parte. De este modo, como indica BERZOSA FRANCCOS, "por lo que se refiere a la labor de introducción es necesario distinguir los elementos fácticos esenciales integrantes 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 del proceso. La alegación de los segundos, motivadores de la estimación de la demanda o, en su caso, de la desestimación, al no recaer en el objeto de la demanda, no correspondiendo también a las partes, encuentra su fundamento en el principio de aportación de parte" (*Principios del proceso*, ob. cit., pp. 597-598). Para un estudio exhaustivo de esta tema, véase BERZOSA FRANCCOS, María Victoria, *Demanda, causa petendi y objeto del proceso*, El Almadrán, Córdoba, 1984.

¹⁹ Respecto de esta máxima, conviene recordar que, contrariamente a lo que mantiene LIERMAN (*Fundamento del principio dispositivo*), *Revista de derecho procesal*, p. 551, nota 1, 1969), no estamos en presencia de una máxima recogida en el *ius commune* medieval, pues tanto los glossadores (GUILLERMO DURANTE, ACCURSIO y AZÓN) como los decretistas (RALMUNDO DE PENAFORT) así como también, cerca de un siglo después, los comentaristas (BARTOLO DE SAXOFERRATO y ALBERICO DE ROSATI) se limitaron, breves y simplemente, a destacar el ámbito dispositivo sobre el cual debía el juez formar su convicción, a saber, todo lo alegado y probado en el proceso, sin hacer referencia, en ningún momento, a si la prueba debía ser aportada por las partes o podía ser introducida por el juzgador. En consecuencia, esta regla cae fuera de la tradición jurídica-jurística que el *ius commune* anterior pretende incorporar, ya que del estudio de los autores del *ius commune* medieval tan solo se deriva, concretamente, la máxima *iudex iudicare debet secundum allegata et probata*, o dicho de otro modo *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata*, si nos atenemos estrictamente (para una exposición más detallada del tema me remito a mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1986, pp. 216-217).

²⁰ Acerca del carácter técnico-procesal del principio de aportación de parte, véase mi estudio *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 217-218.

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 juez.²¹

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 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 solo 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 limitan el alcance del principio de aportación de parte a favor del denominado "principio de colaboración"²², en función del cual se atribuye a los jueces y tribunales, con distintos matices, importantes iniciativas probatorias (tal es el caso de la *Zivilprozessordnung* alemana²³, el *Codice di Procedura Civile* italiano²⁴, el *Code de Procédure Civile* francés²⁵, el Código Judicial belga²⁶, los diferentes Códigos Procesales del Estado suizo²⁷, el *Código de Processo Civil* portugués²⁸, o la nueva normativa procesal británica²⁹).

²¹ SATTI, Salvatore, y PUNZI, Camillo. *Diritto processuale civile*, 11ª edición, CEDAM, Padova, 1992, p. 148.

²² Vid. GRASSO, Eduardo. *La colaboración nel processo civile*. *Rivista di diritto processuale*, 1966, pp. 602.

²³ En la *Zivilprozessordnung* alemana se establece cierta iniciativa probatoria al órgano jurisdiccional. Así, los §§ 139, 141, 273 II 3 y 448 le permiten disponer de copias o partes de algunos de los objetos de interrogarlas, los §§ 144 y 287 (facultad al tribunal para que pueda decretar los medios de reconocimiento judicial y la pericial) y los §§ 142, 143 y 273 II 1 y 2 la prueba documental, requiriendo la aportación de documentos a las partes, o a las autoridades o funcionarios la comunicación de documentos o informes oficiales (de igual modo, vid. los §§ 45, 47 y 102 del *Handelsgesetzbuch* (Código de Comercio alemán)).

²⁴ Con referencia a los poderes del juez italiano en materia probatoria, podemos destacar los siguientes artículos del *Codice di Procedura Civile*: 61 (excohortación técnica o pericial), 117 en relación con el 116 II (interrogatorio de las partes), 118 I y II y 114 (reconocimiento judicial o inspección de cosas o personas); 213 (coincidencia de documentos e información a la Administración Pública); 240 y 241 (juzgamiento suplementario de las partes); 257 (testifical de personas que hayan sido nombradas durante la práctica de otra prueba testifical); y 312 (testifical de personas que aparezcan en los escritos de alegaciones de las partes y que a juicio del juez puedan conocer la verdad). Igualmente, aparece esta iniciativa probatoria en el *Codice Civile*: artículos 155 VII, 2711, 2722, 2736-2, entre otros.

²⁵ En Francia, la reforma de 1975 del *Code de Procédure Civile* ha generalizado los poderes del juez para disponer, *ex officio*, todos los medios de prueba relevantes para la decisión del litigio. Así, destaca el artículo 10, según el cual: "*Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction qu'il juge nécessaires*", el artículo 142, que indica: "*Les faits dont dépend la solution de litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction admissible*", y el artículo 144, en cuya virtud: "*Les mesures d'instruction prévues par l'ordonnance en tout état de cause, dès lors que le juge se dispose par d'office d'ordonner pour saisir*".

²⁶ Con referencia al ordenamiento belga, la Ley de 3 de agosto de 1992, que entró en vigor el 1 de enero de 1993, modificó el Código Judicial Belga, y reforzó ampliamente los poderes del juez en la dirección del proceso civil, permitiéndole decretar *ex officio* la prueba testifical (artículo 916), la pericial (artículo 962), la confesión judicial (artículo 992) y la documental (artículo 877).

²⁷ En Suiza, HARSCHHEID, tras destacar la suma general de la iniciativa privada de los litigantes en orden a la preparación de pruebas, advierte: "*A cette règle classique, le droit suisse a apporté des modifications: il offre la possibilité de faire procéder au cours d'un procès à des mesures d'instruction que le juge a lui-même ordonnées et qu'il peut faire admettre les parties ou il entame même à la recherche de la vérité*". Cf. artículo 37 L.P.C.; Zúrich artículo 166 C.P.C.; Basile artículo 197, 214 C.P.C.; Zoug artículo 34

En España, la vigencia de nuestra decimonónica L.E.C., 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"³², 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, y la salvaguarda de la necesaria imparcialidad del juzgador; argumentos todos ellos que serán objeto de valoración crítica con posterioridad.

Como es obvio, la iniciativa probatoria del juez civil no puede ser ilimitada pues puede entrar en conflicto con derechos o principios que merecen ser protegidos. Por ello, como tuvo ocasión de analizar en otro lugar³³, dicha iniciativa tiene tres relevantes límites:

Primera.- 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 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.

Segunda.- 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). Solo 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.

Tercera.- Finalmente, 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 artículo 24 de nuestra Norma Fundamental.

C.P.C.; *Fribourg* artículo 200 C.P.C.; *Saint-Gall* artículo 179 C.P.C.; *Vilna* artículo 171 C.P.C.; *Nesabél* artículo 69 C.P.C.; *Genève* artículo 171 L.P.C.; *D'autres lois reconnaissent à tout le moins au juge le pouvoir de faire procéder d'office à une expertise ou à une inspection oculaire (cf. p. ex. Vaduz, 170 et 2 C.P.C.)* *Droit Judiciaire Privé Suisse*, Librairie de L'Université, Osgood & Cia. S.A., Genève, 1975, p. 393.

³² En el ordenamiento portugués, el artículo 264.3 del Código de Processo Civil de 1961 recoge, de igual modo, estas amplias poderes de dirección del juez, indicando: "O juiz a poder de realizar ou ordenar eficientemente as diligências que considere necessárias para o apuramento de verdade, quanto aos factos de que lhe é feita a ciência"; y su artículo 645.1 dispone: "Quando se revulha, pelo inquirido, que determinado processo, não oferecido como testemunha, tem conhecimento de factos importantes para a decisão da causa, pode o tribunal ordenar que seja ouvido para depor".

³³ Las nuevas normas procesales civiles de Inglaterra, que entraron en vigor el 26 de abril de 1999 (las *Civil Procedure Rules*), modifican la tradición del *adversary system*, que reservaba a las partes la iniciativa en materia probatoria, e introducen ciertas actuaciones probatorias del juez *ex officio*, muy especialmente en la prueba pericial, permitiendo al tribunal nombrar expertos para que le asistan en la resolución de la causa (rule 35.3).

³⁴ Cuyo fundamento y alcance han sido desvirtuados por la doctrina del Tribunal Supremo, tal como analizo en mi estudio *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil: entre el ser y el deber ser*, Justicia, (3-4): 629-640p, 1998.

³⁵ *La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites en: Revista del Poder Judicial*, (51): 294-295, 1998; y *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 267-271.

De manera esquemática, los límites de una eventual iniciativa probatoria del juzgador civil y los objetivos que con los mismos se pretenden proteger son los siguientes:

Objeto a proteger	Límite de la actividad probatoria <i>ex officio iudicis</i>
Principios dispositivo y de aportación de parte	Imposibilidad de introducir hechos no alegados por las partes
Imparcialidad judicial	Imposibilidad de utilizar fuentes probatorias distintas de las existentes en el proceso
Derecho a la defensa	Necesidad de permitir la contradicción de las partes, proponiendo nuevas pruebas y participando en la práctica de toda la actividad probatoria

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.

Esta formulación 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?³⁰ 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.

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 esta 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"³¹, esta 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 afirmarse que la decisión judicial es justa. Además -como advierte el citado autor³²- todo ello es

³⁰ Este ensayo constituye un 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? Ariel, Barcelona, 1991, pp. 35-63).

³¹ TARUFFO, Michele, *La prova del fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 43.

³² TARUFFO, Michele, *La prova del fatti giuridici*, ob. cit., p. 44.

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 este deber ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces ciertamente nos encontramos con el deber de reconocer que la declaración judicial cierta de los hechos es una condición necesaria para lograr la solución justa del proceso.

Siguiendo con esta argumentación, observamos que nuestra Constitución recoge en su artículo 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 jurídico. 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 estar 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 justicia.

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 jurisdiccionales puedan otorgar una efectiva y justa tutela de los intereses en conflicto.

4.2. El principio de aportación de parte en el nuevo proceso civil

La alegación de toda la realidad fáctica discutida en el proceso se atribuye en exclusividad a los litigantes, por lo que el principio de aportación de parte rige aquí en toda su extensión. Así, de manera concluyente el artículo 216 L.E.C. 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 L.E.C. 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 otras medias e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley"*.

En la L.E.C. encontramos distintos supuestos de iniciativa probatoria *ex officio iudicis*; en primer lugar, para los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, el artículo 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 L.E.C. también prevé determinadas materias respecto de las cuales otorga iniciativa probatoria al juez, como sucede con el derecho extranjero (artículo 281.2 *in fine*), así como ciertas actividades probatorias que pueden acordarse de oficio, como por ejemplo, el careo entre testigos y entre estos y las partes (artículo 373.1 y 2), o la llamada al juicio de la persona que ha efectuado el "informe" escrito previsto en el artículo 381.1 (artículo 381.3)

En tercer 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 artículo 435.2.I a la concurrencia de cuatro requisitos: a) debe versar sobre hechos relevantes,

oportunamente alegados; b) deben haber actos de prueba anteriores que no hayan dado resultado conducentes; c) el resultado probatorio negativo ha de deberse a circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes; y d) han de existir motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre los citados hechos. De esta forma, las tradicionales "diligencias para mejor proveer", al margen de cambiar de nombre, pasan a adquirir el alcance limitado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuía a tales diligencias.²⁹

Finalmente, la nueva L.E.C. 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 artículo 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, citándose 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.

4.3. El artículo 429.1.II L.E.C. y la iniciativa probatoria del juez civil

4.3.1. Estado de la cuestión en la doctrina posterior a la L.E.C. 1/2000

La mayoría de la doctrina española que ha analizado el artículo 429 L.E.C. sostiene que en él no se recoge ninguna iniciativa probatoria del juez, sino tan solo la posibilidad de que este, 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 probatoria, destacando incluso que lo contrario supondría un retroceso respecto de los países de nuestro entorno. Así, por ejemplo, MONTERO AROCA³⁰ afirma que la nueva L.E.C. "ha aumentado las facultades del tribunal en materia probatoria (por ejemplo, en los artículos 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".

Antes de exponer mi opinión personal sobre el alcance del artículo 429.1.II L.E.C., debo advertir que no es cierto que la atribución de iniciativa probatoria *ex officio iudicio* suponga un retroceso histórico, si no todo lo contrario, nos acerca a las tendencias más modernas del derecho procesal civil, y para ello solo voy a destacar dos textos que afectan a una multiplicidad de Estados: el primero, son las *Transitional Rules of Civil Procedure*³¹ del año 2000, efectuadas por el *American Law Institute* -en cooperación con la UNIDROIT- en las que se prevé que el juez tendrá

²⁹ 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 - 640.

³⁰ *Doctrina Jurídica*, T.II, ob. cit., p. 255.

³¹ El documento que analizo es el *Preliminary Draft* no. 2, de 17 de marzo de 2000, publicado por el *American Law Institute* (puede consultarse en Internet: www.ab.org/dk/issuerev.htm).

iniciativa probatoria respecto de las pruebas testifical y de confesión, documental y pericial. También se reconoce esta iniciativa probatoria en el "Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica" que, elaborado desde el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, fue aprobado en 1988 tras un largo periodo 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 civiles iberoamericanos y ha inspirados múltiples reformas normativas- establece en su artículo 33. 4 y 5: "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". Además, al margen de estos dos textos procesales, como he tenido ocasión de indicar, la iniciativa probatoria del juez también se encuentra reconocida en la mayoría de los Estados europeos (Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Portugal, etc.).

4.3.2. Opinión personal

A mi entender, la literalidad del artículo 429.1.II L.E.C. permite otra lectura de la norma, en función de la cual se atribuya cierta iniciativa probatoria al juez. Como tuve ocasión de analizar en otros estudios⁹, 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. Nuestra Constitución, en su artículo 24, recoge 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 determinará el derecho. Por ello, si el objetivo 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 conclusión, atendiendo a las citadas previsiones constitucionales, debe efectuarse una lectura de la nueva L.E.C. que otorgue a los jueces y magistrados los mecanismos adecuados para poder impartir una más justa tutela de los derechos e intereses en conflicto: desde estas premisas, entiendo que el artículo 429.1.II L.E.C. no solo permite al juez manifestar a las partes una eventual insuficiencia probatoria, sino que establece también la posibilidad de "señalar" -que no advertir- 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 solo 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 deberá lógicamente 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 artículo 429.1.II L.E.C.: en primer lugar, la imposibilidad de introducir hechos no alegados por las partes; en segundo lugar, la imposibilidad de utilizar fuentes probatorias distintas de las existentes en el proceso; 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.

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

⁹ 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 - 302.

de lo que 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, *alim 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 este 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 esta 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 convicción, y en este sentido es como entiendo puede interpretarse el artículo 429.1.º II L.E.C.

En cualquier caso, desde un punto de vista práctico, probablemente resultará estéril discutir si el artículo 429.1.º II L.E.C. recoge una mera advertencia o una verdadera iniciativa judicial, pues de producirse la manifestación del tribunal será difícil que las partes la obvien, muy especialmente aquella que intuya que podrá verse perjudicada por la insuficiencia probatoria indicada por el tribunal.

Por último, debo efectuar una reflexión respecto del momento procesal en el que puede ejercitarse la citada iniciativa probatoria, esto es, en la audiencia previa, tras la proposición de pruebas por las partes. Algún autor critica esta opción por entender que ese no es el momento idóneo por cuanto ni el juez conoce bien el proceso ni puede adivinarse el resultado de las pruebas propuestas, y además la necesidad probatoria el juez solo puede advertirla cuando tiene que pronunciar su fallo. Por este motivo, las diligencias probatorias para mejor proveer, previstas en el artículo 340 de la L.E.C. de 1881, se permiten justo antes de dictar sentencia. Sin embargo, en mi opinión, existen dos motivos por los que entiendo correcta la solución del artículo 429.1.º II L.E.C.: en primer lugar, porque en la audiencia previa el juez ya tiene un pleno conocimiento del objeto litigioso hasta el extremo que el artículo 426.6 L.E.C. le permite *"requerir a las partes que realicen las aclaraciones o precisiones necesarias respecto de los hechos y argumentos contenidos en sus escritos de demanda o contestación"*, por lo que se encuentra en condiciones de saber qué hechos deben ser probados; y en segundo lugar, porque es en la audiencia previa cuando se efectúa la proposición de toda la prueba, por lo que relegar la iniciativa probatoria del juez a un momento posterior podría dilatar innecesariamente la duración de nuestros procesos, máxime cuando - como reiteradamente indica nuestro Tribunal Supremo respecto de las diligencias para mejor proveer de la L.E.C. de 1881- estas no tenían un plazo preclusivo para su práctica.

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

Una vez admitida la posibilidad de que el juez pueda tener cierta iniciativa probatoria, deben analizarse críticamente las distintas objeciones que la doctrina realiza a esta posibilidad.

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 disposición.

Este tipo de razonamiento 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 personales. 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 disponible 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 función.³⁹

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 alegaciones.

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"⁴⁰. 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 derecho. 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 proceso⁴¹, pero de ello no puede deducirse que este no deba disponer *ex officio* actividad probatoria alguna. El reconocimiento del derecho a la prueba no significa atribuir a las partes el monopolio exclusivo en materia probatoria, por lo que no implica la eliminación de cierta iniciativa autónoma del juez. Ambas iniciativas son absolutamente compatibles, y solo podría ponerse en tela de juicio esta compatibilidad si la actuación *ex officio* del juzgador 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 el nuevo artículo 429.1.B L.E.C. —que solo utiliza el término "podrá"— 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 deber.

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

³⁹ Al respecto, *vid. per auctoritates* CASARICINI, Tito, "Teoría jurisdiccional e historia del proceso", *Studi in onore di Enrico Rodenti*, (vol. II), Giuffrè, Milano, 1951, p. 695.

⁴⁰ GUASP Jaime, *Juez y hechos en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1913, p. 104 (nota 1).

⁴¹ Al respecto, *vid. in* Itabaja, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, *ob. cit.*, p. 21.

modo, se afirma que el juez probará la existencia o inexistencia de hechos que, en virtud del *onus probandi*, correspondería probar a una de las partes.

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 artículos 1.7 C.C. y 11.3 L.O.P.J, 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 probados.⁴² Así la carga de la prueba no impide 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 hechos. Por ello, correctamente, el artículo 217.1 L.E.C. 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.

Para concluir, debo advertir que la eventual, facultativa y limitada iniciativa probatoria que se atribuye al juez en el artículo 429.1.11 L.E.C., 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*.

Quinta: La evitación 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, 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"⁴³.

⁴² Así, cfr. MICHELLI G.A., *L'incerto della prova*, Edr. CEDAM, Padova, 1943, pp. 215-236 (y también las pp. 13, 95 y ss., 104, 137 y 217); VIERDE, G., *L'incerto della prova nel processo civile*, Edr. Jovene Editore, Napoli, 1974, pp. 21 y ss. 27 y ss., 312 y 135, id., *Prova (sùt. pmo. etc.)*, en *Enciclopedia del diritto*, T. XXXVII, Edr. Giuffrè, Milano, 1988, pp. 622 y 626; ANDREOLI V., *Prova (in genere)*, en *Nuovo Digesto italiano*, T.XVII, Edr. UTET, Torino, 1939, p. 826; CARNELUTTI, F., *Documenti della riforma del processo civile di cognizione*, *Rivista di diritto processuale*, 1929, I, p. 35; SERRA IZCINGUIEZ, M., *Caratteristiche del Código Civil y Compilaciones Fideles*, T. XVI, vol 2º, 3º ed., Edr. EUBESA, Madrid, 1994, p. 54; MUÑOZ VADATE, L., *Técnicas probatorias. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4º edic., Edr. Finca, Barcelona, 1993, p. 48; EISENER, *La prueba en el proceso civil*, Edr. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, pp. 54 y 55; o MORELLO, A.M., *La prueba. Teoría y técnicas modernas*, Librería Editora Platón, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 26.

⁴³ Principio...ob. cit., p. 729; o id., *Identificación de la acción*, *Sulla regola "ne cui inder ultra petita possum"*, en *Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol. I, Edr. Giuffrè, Milano, 1993, p. 176. En términos muy similares se manifiesta LIEBMAN, para quien la necesaria imparcialidad del juzgador se configura como la única causa de la imposibilidad de practicar pruebas *ex officio* indicando que "la decisión *in abstracto* e *in concreto* implica una decisión *in factis* controversa e perciò sulle prove che il riguardano ed è proprio d'istinta prerogativa l'imparzialità di que sta decisione le regole che curano l'isolazione del giudice nelle ricerca di quelle prove" (*Fondamento del principio dispositivo*, ob. cit., p. 562). De igual modo, este autor destaca la "Vera incompatibilidad psicológica entre el juzgar e el practicar e l'opportunitat psicológica de non investigar la acció del jutge *ex officio* de proves de iniciativa *ex*

Acerca de esta eventual pérdida de la imparcialidad judicial, debo efectuar diversas reflexiones que nos ofrecerán una visión crítica de esta objeción, y 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, únicamente, puede encontrarse 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 esta una función que le corresponda desempeñar.

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 penal y contencioso-administrativo, significa reconocer y legitimar que estos jueces y tribunales puedan ser parciales si proceden de oficio a practicar prueba, conclusión esta por nadie compartida. Este razonamiento puede extenderse igualmente al juez civil que debe resolver los denominados "*procesos civiles no dispositivos*", respecto del cual el artículo 752.1.11 L.E.C. le atribuye la posibilidad de "*decretar de oficio cuantas (pruebas) estime pertinentes*".

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 artículos 306.1.11, 347.2 y 372.2 L.E.C.

d) En cuarto lugar, se objeta a la iniciativa probatoria aquí analizada la predisposición -aún inconsciente- del órgano jurisdiccional a otorgar distinto valor probatorio a los resultados de los medios de prueba acordados *ex officio*. Si bien ello excepcionalmente es posible, entiendo que la solución a este temor viene dada por la vía de los recursos, que contra toda sentencia proceden, basándose en la errónea apreciación de la prueba.

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 probatoria.

Afortunadamente, nuestro Tribunal Constitucional también considera que la atribución de iniciativa probatoria al juez no supone una quiebra de su debida imparcialidad. Así, en su reciente sentencia 188/2000, de 10 de julio (fj. 3) destaca que:

confuerenti alla funzione della parte o dell'offensore" (Ultimato di diritto processuale civile, VII, 4ª ed., Ed. Giuffrè, Milano, 1994, pp. 84-85).

"no se puede temer legítimamente la pérdida de la imparcialidad objetiva de un juez que acuerda una diligencia probatoria, en el seno del juicio oral –por tanto, con plena garantía de contradicción– con el fin de esclarecer un hecho reconocido por las acusaciones y por el mismo acusado. Y por lo que respecta a la imparcialidad subjetiva, que ha de presumirse salvo prueba en contrario, o falta de la más mínima acreditación, aún indicaría, de que la Juez de lo Penal se hubiese guiado por otra intención que no fuese la de ahondar en la clarificación de los hechos enjuiciados, no cabe sostener con fundamento que la juzgadora ya conocía con antelación cuál iba a ser el sentido, favorable o perjudicial para el imputado, de la decisión por ella acordada. En definitiva: en las circunstancias del caso presente no cabe hablar, con el menor fundamento, de que la iniciativa del juzgador entrañe una actividad inquisitiva encubierta (...). Por lo demás, a la práctica de la controvertida diligencia probatoria no cabe oponerle ni la causación de indefensión alguna, ni el desconocimiento de las exigencias propias del principio contradictorio, puesto que, propuesta la iniciativa, las partes pudieron alegar en defensa de su derecho e interés, y así lo hicieron, sin que conste que no pudiesen intervenir en la práctica de la testifical acordada de oficio para someterla a contradicción, contestándola y discutiéndola".

La rotundidad con que se expresa esta sentencia no deja lugar a dudas sobre la constitucionalidad de toda norma que otorgue iniciativa probatoria *ex officio iudicis* dentro de los límites anteriormente descritos.

IV. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO: EL PRINCIPIO DE ORALIDAD Y SUS PRINCIPIOS-CONSECUENCIA (INMEDIACIÓN, CONCENTRACIÓN Y PUBLICIDAD)

1. El principio de oralidad y su fundamento constitucional

La C.E. ha optado decididamente por el principio de oralidad, y así artículo 120.2 establece que *"El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal"*. La estricta literalidad de esta norma constitucional nos conduce a dos evidentes conclusiones:

- a) Los procedimientos penales necesariamente deben regirse por el principio de oralidad; y
- b) En los procedimientos civiles debe preponderar la forma oral. En consecuencia, si bien es posible que algunas de sus etapas sea escrita, la oralidad debe estar presente –preponderar– en aquellas básicas para la defensa de las partes que, normalmente, son la fase de audiencia posterior a los escritos iniciales de las partes y la probatoria.

La L.E.C. 1/2000, como no podía ser de otro modo, también ha optado con claridad por regular procedimientos inspirados por el principio de oralidad y sus principios-consecuencias: el de inmediación, el de concentración y el de publicidad. Para ello, formula una regulación de los procedimientos utilizando la técnica de las audiencias, en las que se materializa dicha oralidad. En concreto, en el procedimiento ordinario se producen por lo menos dos: la audiencia previa que, con carácter obligatorio, prevé el artículo 414 y siguientes L.E.C., con cuatro claras finalidades, a saber, la conciliadora –al inicio y al final del acto–, la subsanadora de defectos procesales, la delimitadora de las cuestiones litigiosas, y la probatoria, proponiéndose y admitiéndose las pruebas que se practicarán en la segunda audiencia, denominada "juicio". En esta tiene lugar la realización de todas las pruebas, y, evidentemente, la oralidad se concreta en las pruebas personales, esto es, aquellas en las que interviene como fuente probatoria una determinada persona, pues su intervención en el proceso se hace, como regla general, a través del mecanismo de la palabra hablada (así, tanto para el interrogatorio de las partes como la prueba testifical, los artículos 302.1 y 368.1, respectivamente, establecen que las preguntas se formularán oralmente).

No obstante, existen algunas excepciones a este principio, tal como el carácter escrito del interrogatorio al Estado, Comunidad Autónoma, Entidad local u otro organismo público, en cuyo caso su declaración se efectúa por escrito (artículo 315.1). Otra relevante excepción al principio de oralidad se produce en materia de recursos pues, tanto en el de apelación como en los extraordinarios por infracción procesal y casación, solo se permite la oralidad en el supuesto de celebrarse una vista (artículos 464, 475 y 486, respectivamente).

Para que la oralidad despliegue toda su eficacia es necesario que tenga lugar en presencia judicial –principio de inmediación–, y que ello se produzca de la forma más concentrada posible en el tiempo –principio de concentración–. Y para garantizar su vigencia, debe permitirse que cualquier persona pueda verificar realmente su aplicación –principio de publicidad–.

2. Los principios consecuencia de la oralidad

2.1. El principio de inmediación y su doble alcance

El principio de inmediación puede configurarse desde una doble perspectiva: en primer lugar, exigiendo que la oralidad se produzca en presencia física del juez; y, en segundo lugar, que este mismo juez sea quien va a dictar sentencia.

Ambas manifestaciones del principio de inmediación aparecen recogidas en la L.E.C. 1/2000:

- a) La primera manifestación se recoge en el artículo 137 L.E.C., según el cual:

"1. Los jueces y los Magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarn las declaraciones de las partes y de testigos, las oídas, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a esta Ley, deba llevarse a cabo contradictorio y públicamente. 2. Las vistas y las comparencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebrarn siempre ante el juez o los Magistrados integrantes del tribunal que conocen del asunto". De igual modo, el artículo 289.2 indica: "Será inexcusable la presencia judicial en el interrogatorio de las partes y de testigos, en el reconocimiento de lugares, objeto o personas, en la reproducción de palabras, sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos, así como en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales".

La infracción del principio de inmediación se castiga con la máxima sanción procesal: la "nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones" (artículo 137.3).

Pese a la bondad de estas normas, para la plena vigencia y aplicación del principio de inmediación es del todo necesario tener una amplia estructura judicial, con el oportuno número de jueces civiles, pues, de lo contrario, el debido respeto a este principio nos conducirá a la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, esto es, a ser enjuiciado dentro de un plazo razonable.

b) La segunda manifestación del principio de inmediación, consistente en que sea el mismo juez que ha presenciado los actos orales quien dicte sentencia, se recoge en el artículo 194, que ordena dictar dicha resolución a los jueces y magistrados que hayan asistido a la vista o juicio, aunque con posterioridad dejen de ejercer sus funciones jurisdiccionales; así como en el artículo 200 que establece la repetición del juicio para cuando el juez ante quien se celebró no puede por diversas razones dictar la sentencia.

2.2. El principio de concentración

El principio de concentración –que en relación a la actividad probatoria comporta que esta se desarrolle en una sola audiencia, o de ser imposible, en varias próximas en el tiempo al objeto de que no desaparezcan de la memoria del juez los actos orales que él ha presenciado– se materializa en diversos preceptos, y especialmente en el artículo 291 L.E.C. que establece la celebración de un “juicio o vista” para la práctica de toda la prueba en unidad de acto. Para garantizar la eficacia de este principio, la L.E.C. prevé, por un lado, la posibilidad excepcional de realizar alguna prueba fuera del juicio, si bien condicionada a que se celebre en todo caso antes de su celebración (artículo 290.II); y por otro, la necesidad de repetir el juicio cuando este se haya paralizado durante más de veinte días (artículo 193.3).

2.3. El principio de publicidad

Finalmente, el principio de publicidad aparece recogido en dos normas constitucionales: el artículo 24.2, según el cual todas las personas “tienen derecho (...) a un proceso público”; y el artículo 120.1, que establece que: “Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevén las leyes de procedimiento”.

La vigencia de este principio implica que los juicios puedan ser conocidos más allá del círculo de las personas presentes en los mismos, pudiendo tener así una proyección general en la sociedad. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia del público y de los medios de comunicación, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitida a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc. están en la imposibilidad de hacerlo, como ya indicó la sentencia del Tribunal Constitucional 30/1982, de 1 de junio (fj. 4).

En consecuencia, el principio de publicidad, tal como destaca el T.C., tiene una doble finalidad: garantizar plenamente la aplicación real del principio de oralidad, constitucionalizado en el artículo 120.3 C.E.; y proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, manteniendo así la confianza de la comunidad en el buen hacer de los tribunales de justicia (cfr. su sentencia 96/1987, de 10 de junio, fj. 2).

La L.E.C. 1/2000, como no podía ser de otro modo, recoge plenamente este principio de publicidad, y así lo prevé, con carácter general, en su artículo 138.1, según el cual: “Las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución se practicarán en audiencia pública”. De igual modo, el artículo 289.1 establece: “Las pruebas se practicarán contradictoriamente en vista pública, o con publicidad y documentación similares si no se llevase a efecto en la sede del tribunal”.

Por último, debe indicarse que no se desvirtúa la vigencia del principio de publicidad por el hecho de que, excepcionalmente, pueda decretarse que las actuaciones se celebren a puerta cerrada. Así lo permite ya el citado artículo 120.1 C.E., que remite expresamente a la Ley la posibilidad de limitar el mencionado principio, ya que no estamos en presencia de un derecho absoluto (cfr. STC 65/1992, de 29 de abril, fj. 2; 96/1987, de 10 de junio, fj. 2; o la 30/1986, de 20 de febrero, fj. 5). Es por ello que el secreto de las actuaciones aparece en el artículo 138.2 L.E.C., para cuando ello “sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de las menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”. En todo caso, en la medida en que estamos ante límites de un derecho fundamental, la resolución judicial que restrinja su ejercicio deberá estar motivada, de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado y el resto de la sociedad (así, cfr. las SSTC 176/1988, de 4 de octubre, fj. 2; o la 62/1982, de 15 de octubre, fj. 2).