

LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ CIVIL

JOÁN PICÓ I JUNOY

Catedrático de Derecho Procesal
Director del Departamento de Derecho Procesal
de la Universidad Rovira i Virgili (España)

SUMARIO:

I. Introducción. II. El Principio Dispositivo: Alcance. III. El Principio de Aportación de Parte. I. Delimitación conceptual; 2. Reflexiones críticas sobre los argumentos tradicionales contrarios a la atribución de iniciativa probatoria al juez civil; Primeri: El interés privado discutido en el proceso civil; Segundo: El interés único de las partes en la obtención de una resolución favorable a sus pretensiones; Tercero: La incompatibilidad entre el derecho a la prueba de las partes y la iniciativa probatoria del juez; Cuarto: La destrucción de la carga de la prueba; Quinto: La vulneración de la debida imparcialidad judicial; Sexto: El carácter autárquico de la iniciativa probatoria del juez; 3. Límites constitucionales a la iniciativa probatoria del juez civil. Primer límite: los hechos controvertidos por las partes. Segundo límite: las fuentes probatorias existentes en el proceso. Tercer límite: respeto al derecho a la defensa de las partes; 4. Justificación constitucional de la iniciativa probatoria del juez civil; 5. El Principio de Aportación de parte en el nuevo proceso civil español; 6. La solución española "de compromiso": el artículo 429.1 de la LEC.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones más polémicas del proceso civil es el del rol que debe adoptar el juez dentro de la contienda existente entre las partes. Para los que pensamos que el juez debe intentar lograr la más justa resolución del conflicto, respetando siempre y en todo momento las garantías procesales de las partes, creemos que la legislación debe permitirle cierta iniciativa probatoria. En la medida en que una limitación iniciativa pueda poner en peligro diversos valores constitucionales, deben establecerse con precisión los límites de dicha iniciativa que, como tendré ocasión de analizar, tiene un fundamento constitucional.

Para fijar con precisión los términos del debate me parece del todo necesario distinguir dos principios presentes en la mayoría de los actuales procesos civiles, uno con fundamento constitucional —el principio dispositivo— y otro que no lo tiene —principio de aportación de parte—, pues la iniciativa probatoria del juez civil, bien delimitada, tan solo afecta a este segundo principio.

II. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO: ALCANCE

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

- a) El inicio de la actividad jurisdiccional a instancia de parte, de acuerdo a los aforismas *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*. La LEC 1/2000 recoge esta manifestación en su artículo 399.1, según el cual: "El juicio principiará por demanda"; con referencia a las medidas cautelares, en su artículo 721.2, que indica: "Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio", y por último, en materia de ejecución, en su artículo 549, que prescribe: "Sólo se despachará ejecución a petición de parte".
- b) La determinación del objeto del proceso únicamente por los litigantes. En este sentido, el artículo 399.1 establece que en la demanda se expondrán "los hechos y los fundamentos de Derecho y se fijará con claridad lo que se pida". Y, de igual modo, el artículo 412.1 destaca que: "Establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente".
- c) La congruencia de las resoluciones judiciales con las pretensiones de las partes, por lo que resulta de plena vigencia el brocardo *ne eat iudex ultra petita partium*. Así, el artículo 216 determina

que: "Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes"; y

- d) La finalización de la actividad jurisdiccional por voluntad exclusiva de los litigantes, quienes pueden disponer libremente tanto de la *res in iudicium deductae*, mediante la renuncia, el allanamiento o la transacción, como de la continuación del proceso, a través del desistimiento o la caducidad de la instancia. De manera concluyente, el 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".

El fundamento del principio dispositivo, en opinión de la doctrina mayoritaria, se encuentra en la propia estructura del modelo económico y jurídico acogido por nuestro ordenamiento, y especialmente, por la Constitución en la que se reconoce el derecho a la propiedad privada –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.¹ 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 dispositivo², motivo por el cual este principio ha estado presente en toda la evolución parlamentaria de la LEC 1/2000.³

III. EL PRINCIPIO DE APORTACIÓN DE PARTE

I. Delimitación conceptual

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 proceso⁴, así como proponer

¹ El carácter constitucional del principio dispositivo es punto de relieve, entre otros autores, por ALMAGRO NÓSETE, J., *Garantías constitucionales del proceso civil*. En: *Justicia*, I/1981, p. 18; RAMOS MÉNDEZ, R., *La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil*. En: *Justicia*, I/1983, p. 23; GIMENO SENDRA, V. (en AA.VV.), *Derecho procesal. Proceso civil*, Tomo I, volumen I, Editorial Tiratxa Blanch, Valencia, 1993, p. 302; y BERZOSA FRANCO, M. V., *Principios del proceso*. En: *Justicia*, IV/1992, p. 577. En contra, CORTÉS DOMÍNGUEZ sostiene que el principio dispositivo no tiene "ningún fundamento en la Constitución, lo que en el derecho material que se pone en juego en el proceso. Por eso las interpretaciones que han querido ver la conexión de este principio con la Constitución en el artículo 33 y en la existencia del derecho de propiedad, nos parecen que no tienen fundamento alguno" (*La Constitución española y los principios rectores del proceso civil*, Principios constitucionales en el proceso civil. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993, p. 151).

² Obviamente, este principio no va a regir los procesos civiles en los que se pretenda la tutela jurisdiccional de un interés público, sino es, se legitime al Ministerio Fiscal para solicitar una determinada protección (vid. ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Comares, Granada, 1999, p. 188; o BERZOSA FRANCO, M. V., *Op. Cit.*, p. 576). En esta línea, MONTERO AROCA sostiene que el principio dispositivo debe seguir rigiendo el proceso civil "por la misma manera la ocupación política general mantiene la distinción entre intereses públicos y privados" (*Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Temis, Madrid, 1976, p. 228).

³ Como denuncia BERZOSA FRANCO, M. V., *Los principios inspiradores del futuro proceso civil*. En: *Presente y futuro del proceso civil*, dir. J. Picó (Jansay, Editorial J. M. Bosch editor, Barcelona, 1998, pp. 27 a 40).

⁴ No me refiero a los hechos esenciales que configuran la causa petendi pues estos, como he indicado, al integrar el objeto del proceso deben ser alegados, necesariamente, por las partes en virtud del principio dispositivo y no del de aportación de parte. De este modo, como indica BERZOSA FRANCO, "por lo que se refiere a la labor de introducción es necesario distinguir los elementos fácticos esenciales integrantes de la causa petendi de aquellos otros que fundamentan o motivan la petición para que no caen en este carácter de esencialidad. La alegación de los primeros corresponde a las partes en virtud del principio dispositivo ya que estos hechos constituyen junto al "petitum" el objeto de litigio. La alegación de los segundos, motivadores de la estimación de la demanda o, en su caso, de la desestimación, si no situados en la perspectiva del demandante, dan correspondencia también a las partes, encontrando su fundamento en el principio de aportación" (*Los principios del proceso*, Op. Cit., pp. 597-598). Para un estudio exhaustivo de este tema, vid. BERZOSA FRANCO, M. V., *Demandas, causa petendi y objeto del proceso*, Editorial B. Alarcón, Córdoba, 1984.

la prueba de tales datos o elementos. La errónea formulación de la regla *iudex iudicare debet secundum allegata et probata portum*⁵, expresa en toda su extensión el significado del mencionado principio.

A diferencia de lo que sucede con el principio dispositivo —que como he indicado posee cierto fundamento constitucional y, por ello, es insoslayable en cualquier proceso civil—, el de aportación de parte tiene un carácter meramente técnico, que responde a un particular modo de concebir el desarrollo del proceso jurisdiccional, en el que la iniciativa de los jueces y tribunales se construye a la voluntad de las partes.⁶ Evidentemente, atribuir un carácter técnico a este principio no significa que sea inmune a concepciones políticas, y de hecho, suele relacionarse con el principio dispositivo indicándose que, como norma general, el proceso inspirado por el citado principio lo está, igualmente, por el de aportación de parte. No obstante, la virtualidad de esta distinción se encuentra en el hecho de diferenciar con precisión el esencial y básico principio dispositivo, del eventual principio de aportación de parte. Así, mientras el legislador no puede, sin comprometer el carácter disponible del interés discutido en el proceso civil, consentir al juez tutelar dicho interés en ausencia de una demanda de parte o extralimitarse en tal tutela más allá de lo dispuesto por los litigantes, sí puede sustraerles el poder monopolístico de iniciativa probatoria incrementando, viceversa, los poderes del juez.⁷

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, limitando el alcance del principio de aportación de parte, atribuyen a los jueces y tribunales, con distintos matices, importantes iniciativas probatorias (tal es el caso de la *Zivilprozessordnung* alemana, el *Codice di Procedura Civile* italiano, el *Nouveau Code de Procédure Civile* francés, el Código Judicial belga, los diferentes Códigos Procesales del Estado suizo, el Código de Processo Civil portugués, o la nueva normativa procesal británica).⁸

En España, la vigencia de nuestra decimonónica LEC, inspirada en los postulados liberales propios del siglo pasado, impidió acoger gran parte de las orientaciones "socializadoras" del proceso civil, por lo

⁵ Sobre la errónea formulación de este brocardo me remito a mi libro *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata non secundum conscientiam* y su operación actual, editorial J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2007.

⁶ Acerca del carácter técnico-procesal del principio de aportación de parte, vid. mi estudio *El derecho a la prueba en el proceso civil*, editorial J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 217-218.

⁷ SATTA, S. y RUNZI, C.: *Diritto processuale civile*, Primera edición, Editorial CEDAM, Padova, 1992, p. 168. Para un estudio sobre los eventuales componentes "probatorios" y "publicitarios" de un código procesal civil me remito al reciente análisis de PROTO PISANI, A.: *Il codice di procedura civile del 1986 fra pubblico e privato*, En: *Il Foro Italiano*, No. 4, 2000, pp. 73-87.

⁸ Para un estudio más detenido del alcance de la iniciativa probatoria del juez civil en el derecho comparado, me remito a mi trabajo *Los principios del nuevo proceso civil*, Op. Cit., pp. 35-38, y a las recientes monografías de ABEL LLUCH, X.: *Analisis probatorio de oficio en el proceso civil*, Op. Cit., pp. 103-107, y ETXERBERIA GUREGI, J.F.: *Los facultades públicas en materia probatoria en la LEC*, Op. Cit., pp. 98-122.

que se negó toda iniciativa probatoria al juez –a excepción de las denominadas “diligencias para mejor proveer”⁹– fundamentándose en argumentos de muy diversa índole, tales como el carácter privado del objeto litigioso, la existencia del interés único de las partes en la obtención de una resolución favorable a sus pretensiones, la incompatibilidad de dicha iniciativa probatoria con el derecho a la prueba de las partes, la protección de la institución de la carga de la prueba, la salvaguarda de la necesaria imparcialidad del juzgador, y el carácter autoritario de dicha iniciativa probatoria; argumentos todos ellos que paso seguidamente a analizar de forma crítica. En gran medida, todos estos argumentos han pesado para que la LEC 1/2000 no atribuya decididamente al juez un papel más activo en materia probatoria, adoptando una solución de compromiso que, como indicaré, bien utilizada puede en la práctica conducir a los mismos resultados que la atribución de iniciativa probatoria *ex officio iudicis*.

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

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

Primera: El interés privado discutido en el proceso civil

Algunos autores suelen argumentar la imposibilidad de atribuir iniciativa probatoria del juez civil debido a la naturaleza privada del interés discutido en el proceso civil, esto es, a la idea de que las partes deben ser libres en su disposición.¹⁰ Este tipo de razonamiento –como destaca Devis Echandía– se sustenta en la tesis ya completamente abandonada de que el proceso civil es un negocio particular y con un fin privado: la defensa de los intereses personales.¹¹ 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.¹² Como ya destacó en 1943 Calamandrei:

“De la consideración de la jurisdicción, también en materia civil, como una función pública, se deriva la necesidad técnica de dar al juez todos los poderes necesarios para poder cooperar activamente a la satisfacción del interés público que también en el proceso civil está en juego; y basta reconocer el carácter público de la función jurisdiccional para deber considerar como técnicamente inadecuado a los fines de la justicia un sistema en el que el juez asiste como espectador impasible (...) el juez, también en el proceso civil, debe estar en todo caso provisto de los poderes indispensables para administrar la justicia de un modo

⁹ Cuyo fundamento y alcance fueron disueltos por la doctrina del Tribunal Supremo, tal como analicé en mi estudio *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil: entre el ser y el deber ser*. En: *Justicia*, 1998, 3-4, pp. 629-640.

¹⁰ En este orden de ideas, DE LA OLIVA (Derecho Procesal Civil, con M.A. Fernández López, Tercera edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 177) destaca que atribuir iniciativa probatoria al juez civil “resulta técnicamente anódico con la idea de que, salvo que el proceso civil tenga por objeto casos en que está implicado un interés general o público, la prueba y valoración es que sean los sujetos jurídicos involucrados los protagonistas del esfuerzo de alegaciones y prueba, puesto que son éstos sujetos jurídicos los que están en tela de juicio” (la cursiva es del autor). De igual modo, vid. MONTERO ARDCA, J., *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*. En: *Proceso civil e ideología*, (coordinador J. Montero Arce), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 142.

¹¹ DEVIS ECHANDÍA, H., *La iniciativa probatoria del juez civil en el proceso contemporáneo*, “RDP”, IV/1967, p. 68. En sentido análogo, cfr. SENTS MELENDO, S., *Estudios de Derecho Procesal*, T.I, Editorial EJA, Buenos Aires, 1967, p. 38; MARTÍN OSTOS, J., *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1981, p. 164; y VERDE, G., *Dapostito (principio)*, *Enciclopedia Garzanti Italiana*, volumen XI, Editorial Treccani, Roma, 1989, p. 1.

¹² Al respecto, vid. por ejemplo CARNICINI, T., *Tutela giurisdizionale e riserva del processo*. Op. Cit.

activo, rápido y seguro: no vale objetar que cuando la materia de la contienda pertenece al derecho privado también la marcha del proceso se puede considerar como negocio privado, cuya suerte puede abandonarse al interés individual de los contendientes; por el contrario también en los procesos sobre controversias de derecho privado entra en juego, tan pronto como se invoca la intervención del juez, el interés eminentemente público que es la recta y solícita aplicación de la ley al caso concreto".¹³

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.¹⁴

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".¹⁵ 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.¹⁶ 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 proceso¹⁷, pero de ello no puede deducirse que éste no deba disponer *ex officio* actividad probatoria alguna. El reconocimiento del derecho a la prueba —como destaca

¹³ CALAMANDREI P., *Op. Cit.*, p. 395.

¹⁴ En esta línea, DE LA OLIVA (Op. Cit., p. 275) destaca: "Así, pues, estos sujetos se encuentran, con gran frecuencia, en mejores condiciones que nadie para lograr, conforme a reglas naturales, un resultado de certeza sobre los hechos relevantes para la decisión jurisdiccional que se requiere en cada caso. Por todo ello, los sistemas procesales civiles no se basan en la investigación *ex officio* de los hechos que se afirman relevantes [...] sino que, sobre la base de la referida experiencia, disponen que sean las partes de cada proceso los principales protagonistas de la iniciativa y del esfuerzo conducentes a aquella certeza". De igual modo, ya en el siglo pasado, LESSONA afirmaba que "el camino serio deduce [...] la noción de que las partes, a las cuales tales hechos se refieren (por debates y discusiones), son las que los conocen, y conocen también los medios idóneos para probarlos. No puede, en su virtud, corresponder al juez la iniciativa en esta materia" (Revista General de la Prueba en Derecho Civil, Tomo I, tercera edición, traducción de E. Aguilera de Paz, Editorial REJUS, Madrid, 1928, p. 55). Y, por su parte, CHIOVENDA indica: "nessuno è meglio giudice della parte circa le prove di cui può disporre, circa i suoi interessi individuali" (Principi di diritto processuale civile, Tercera edición, Jovene Editore, Napoli, 1923, p. 205). Vid. también en esta línea, GUTIÉRREZ DE CABEDES, E., La socialización del proceso. En: *Constitución, Derecho y Proceso*, Estudios en memoria de los profesores Marco Quemada y Enrique Borrero, Zaragoza, 1983, p. 432; y VÁZQUEZ SOTELLO, J.L., Los principios del proceso civil, Op. Cit., p. 621.

En la jurisprudencia también suele utilizarse este argumento. Así, la STS de 7 de diciembre de 1988, 4.ª (RA. 9.581) destaca que el "juzgador debe respetar el equilibrio procesal, no sustituyendo a las partes en su actividad probatoria, pues éstas, como es lógico, han de ser consideradas como las mejores gestoras de sus intereses" (la cursiva es mía).

¹⁵ GUASP J., *El juez y los hechos en el proceso civil*, Op. Cit., p. 104 (nota I).

¹⁶ Al respecto, ALMAGRO NOSETTE al analizar el artículo 24.2 C.E. manifiesta: "lo importante es que, con rango constitucional, se establezca este derecho en favor de las partes, precisamente, para preservar a éstas de la castidad, es decir, de que una autoridad confiera en el juez y en sus atribuciones probatorias, pudiendo así aliviar con la responsabilidad inherente a la libertad de cada parte de utilizar los medios de prueba conducentes a la verificación de los hechos" (Garantías constitucionales del proceso civil. En: *Justicia*, 1981, número especial, p. 34).

¹⁷ Al respecto, vid. mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Op. Cit., pp. 21 y ss.

TARUFFO—no significa atribuir a las partes el monopolio exclusivo en materia probatoria, por lo que no implica la eliminación de cierta iniciativa autónoma del juez.¹⁸ Ambas iniciativas son absolutamente compatibles, y sólo podría ponerse en tela de juicio esta compatibilidad si la actuación *ex officio* se configurase no como una facultad sino como un monopolio exclusivo sobre las pruebas, es decir, como un deber que impidiese o limitase la eventual iniciativa probatoria de las partes. Esta situación no aparece recogida en los nuevos artículos 429.1 II y 435.2 LEC¹⁹, 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.²⁰

Cuarta: La destrucción de la carga de la prueba

El otorgamiento de iniciativa probatoria al órgano jurisdiccional debe afrontar otra crítica consistente en la pretendida destrucción de la institución de la carga de la prueba. De este modo, se afirma que el juez probará la existencia o inexistencia de hechos que, en virtud del *onus probandi*, correspondería probar a una de las partes.²¹

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 *nun liquet*, al imponer los artículos 1.7 CC y 1.3 LOPJ el deber inexcusable a los jueces y tribunales de resolver las cuestiones discutidas en el proceso, el *onus probandi* se configura como aquella institución que permite al juzgador fallar o decidir en los casos en que se encuentra ante “hechos inciertos”, es decir, insuficientemente probados.²² 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,

¹⁸ TARUFFO, M., *Il diritto alla prova nel processo civile*. En: *Rev. dir. proc.*, 1984, IV, p. 90. De igual modo se pronunciaron GOUBEUX, TROCKER y DENTI. GOUBEUX concluye su estudio sobre el derecho a la prueba manifestando: “[...] le droit à la preuve est, dans une large mesure, est un droit à l'égard du juge, doit être vivifié par l'intervention du juge lui-même. En définitive, c'est une collaboration qu'il s'agit d'assurer entre le plaideur, le juge et même l'adversaire en conciliant, autant que faire se peut, des impératifs contraires, avec pour but la vérité et la justice” (Le droit à la preuve, en la obra *La preuve en droit*, Editorial Émile Bruylant, Bruxelles 1981, p. 301). Por su parte, TROCKER, recogiendo la jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht alemán, destaca que “il potere attribuito al giudice di assumere prove di ufficio non esclude, né rende superfluo, un autonomo diritto delle parti di preparare a loro volta mezzi probatori” (Problemi civile e costituzionale. Problemi di diritto tedesco italiano, Editorial Giuffrè, Milano, 1974, p. 520). Y DENTI afirma que el “esercizio del potere d'ufficio del giudice ad esempio del diritto di difesa delle parti non si contrappongono, ma operano su piani diversi, essendo indubitabile che il contraddittorio debba essere salvaguardato anche di fronte alle iniziative officiose” (Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchia e nuovo garantismo. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, III/1984, p. 731).

¹⁹ Estas normas utilizan el término “podrá”.

²⁰ En este sentido, cf. GUASR, B. juez (...), Op. Cit., pp. 53, 120 y 121; TARUFFO, M., *Il diritto alla prova nel processo civile*, Op. Cit., pp. 90 y 91 (especialmente, vid. nota 38); y ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria* (...), Op. Cit., p. 163.

²¹ Así, por ejemplo, GENTILE afirma: “Ven meno l'essere della prova quando al giudice è data facoltà di accionare di propria iniziativa l'esistenza del fatto. Ogni qualvolta il giudice ha poteri autonomi di ispezione, informazione, ecc., ries meno l'onere della prova” (La prova civile, Jansé Saggi Editori, Roma, 1960, pp. 20 y 21). De igual modo, RECERIA BAUTISTA señala que cuando “el juez mismo necesaries pruebas distintas a las ofrecidas por las partes (...) se valoró también el principio que obliga al juez a respetar la carga de la prueba” (El proceso civil en México, Editorial PORRUA, S.A., México, 1985, p. 76).

²² Así, cf. MICHELI, G.A., *L'azione della prova*, Editorial CEDAM, Padova, 1942, pp. 215-216 (y también las pp. 13, 95 y ss., 104, 137 y 213); VERDE, G., *L'azione della prova nel processo civile*, Editorial Jovene Editore, Napoli, 1974, pp. 21 y ss. 57 y ss., 112 y 135; id. *Prova (del proc. civ.)*, En: *Enciclopedia del diritto*, T. XXXVI, Editorial Giuffrè, Milano, 1988, pp. 622 y 626; ANDRIOLI, V., *Prova (in general)*, En: *Nuovo Digesto Italiano*, T.XVII, Editorial UTET, Torino, 1939, p. 828; o CARNELUTTI, F., *Lineamenti della scienza del processo civile e la cognizione del diritto*, Riv. dir. proc., 1929, I, p. 35. Al respecto, SERRA DOMÍNGUEZ, tras poner de relieve que la carga de la prueba es totalmente independiente del caudal disponible del proceso, afirma: “Los principios sobre la carga de la prueba operan únicamente en el momento de la sentencia, careciendo de relevancia jurídica con anterioridad” (Comentarios al Código Civil y Compilaciones Procesales, T. XVI, volumen 2, segunda edición, Editorial EDESA, Madrid, 1991, p. 54). Por su parte MUÑOZ SABATE, siguiendo a ROSENBERG, destaca que “la teoría de la carga de la prueba es más bien la teoría de las consecuencias de la falta de prueba” (Teoría probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso, Tercera edición, Editorial Porrúa, Barcelona, 1993, p. 48). En esta línea, debe mencionarse a EISNER, quien subraya que la cuestión de la carga de la prueba “es un problema que en realidad se presenta con caracteres críticos y agudos, por primera vez, cuando el juez no a dictar sentencia (...) ese problema recién surge cuando el juez va a dictar sentencia y se encuentra en el expediente, o en la causa o files oral, con que no hay suficientes elementos de juicio para convencerse de la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos y sólo dictar de todos modos un fallo (...) Esta es el momento en que juega la carga de la prueba” (La prueba en el proceso civil, Editorial Abelardo-Parrot, Buenos Aires, 1964, pp. 54-55). Y, en similares términos, vid. también MORELLO, A.M., *La prueba. Tendencias modernas*, Librería Editora Atlántica, Abelardo-Parrot, Buenos Aires, 1978, p. 56.

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.²³ Por ello, correctamente, el artículo 217.1 LEC establece que el *onus probandi* debe tomarse en consideración: "Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considere dudosos unos hechos relevantes para la decisión". En consecuencia, las reglas de la carga de la prueba siguen teniendo virtualidad en aquellos supuestos en que a pesar de la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso, bien sea a instancia de parte o bien por iniciativa judicial, determinados hechos continúan siendo inciertos.

En todo caso, lo cierto es que cada vez más se están flexibilizando las reglas de la carga de la prueba (sirva como ejemplo el artículo 217.6 LEC, con los criterios de la disponibilidad y facilidad probatoria) por lo que de antemano es difícil fijar con inmutabilidad a qué parte le correspondía la prueba del hecho finalmente acreditado en virtud de la actividad judicial.²⁴

Además, debo advertir cómo la jurisprudencia del TS ha establecido que el resultado de las pruebas practicadas benefician o perjudican por igual a todas las partes, sin que la libertad de elección judicial de estos resultados suponga una vulneración de las reglas de la carga de la prueba.²⁵ En consecuencia, estas reglas sólo entran en juego a falta de prueba, pues cuando ésta ya se ha producido es irrelevante discutir a través de que sujeto ha sido incorporada al proceso.

Para concluir, debo advertir que la eventual, facultativa y limitada iniciativa probatoria que se atribuye al juez en la LEC —especialmente sus artículos 429.1.II y 435.2— no debe hacernos pensar que provocará en las partes el desinterés en proporcionar elementos probatorios ya que, como he indicado, dicha posibilidad no excluye que el órgano jurisdiccional, al realizar el juicio fáctico de la sentencia, acuda a las reglas del *onus probandi*.²⁶

Quinta: La vulneración de la debida imparcialidad judicial

El argumento más frecuentemente utilizado para mantener el estado de pasividad del juzgador civil en relación a su iniciativa probatoria se concreta en la posible pérdida de su necesaria imparcialidad, indicándose que el juez al tomar de oficio la mencionada iniciativa puede estar

²³ En este sentido, TARUFFO afirma: "Tum dei poteri d'ufficio (...) non contrasta (...) con la regola dell'onere della prova: come regola finale di giustizia che ripartisce le conseguenze della mancata prova dei fatti giuridici, poiché essa opera comunque quando, malgrado le attività probatorie delle parti e del giudice, non si sia raggiunta la prova di un fatto costitutivo della domanda o dell'eccezione" (*Problemi e linee evolutive nel sistema delle prove civili in Italia*, En: *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, volumen II, Editorial Giuffrè, Milán, 1979, p. 1311); y BARQI concluye el estudio de la presente problemática señalando que "non esiste alcuna incompatibilità tra onere della prova e potere inquisitorio (del giudice)" (*Procedimento probatorio e giusto processo*, Jovene Editore, Napoli, 1990, p. 188). Igualmente, acerca de la compatibilidad entre iniciativa probatoria del juez y carga de la prueba, vid. GOUBEALUX, G., *Le droit à la preuve*, Op. Cit., p. 285; SICARD, J., *La preuve en justice*, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, Paris, 1960, p. 41; BARROSA MOREIRA, J.C., *Breves reflexões sobre a iniciativa oficial em materia de prova*, Op. Cit., p. 159; y recientemente LUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Editorial La Ley, Madrid, 2006, pp. 79-83. Para una visión crítica de nuestra posición, vid. CHICO FERNÁNDEZ, T., *La carga de la prueba y la iniciativa probatoria de oficio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, En: *Objeto y carga de la prueba civil*, dir. X. Abel y J. Picó, Editorial J. M. Bosch editor, Barcelona, 2007, pp. 139-153.

²⁴ Ya MUÑOZ SABATE (*Técnica probatoria* (...)) Op. Cit., p. 48) pone de manifiesto la imposibilidad de establecer reglas iniciales apriorísticas e inmutables, destacando que "ya no resulta necesario que esta regla tenga carácter apriorístico, al mado de un director teatral que haya señalado a cada personaje su misión en la escena. Dejemos a cada parte practicar las pruebas que tengan por convenientes y dejemos que el juez las valore en la fase final, independientemente de quien las haya producido. Unos elementos parecen indicarios, como lo conducta procesal, o quizá sea presunción grove y veladamente, es decir, pruebas insalvables; para inferencias que no se proponen ni se practican por nadie pero que surgen de unos elementos fijados en la litis, cualquiera de estos factores puede traer al juzgador el convencimiento de los hechos. La misma visión funcional del proceso, que luego desarrollaremos, es un campo abonado a todos estos desprendimientos heurísticos. ¿De qué servirá entonces la regla de la prueba probado apriorísticamente, al mado que hace nuestra crítica 1214 del Código Civil —actual artículo 217 LEC?"

²⁵ Al respecto me remito a mi estudio *El principio de adecuación procesal en materia probatoria*, En: *La Ley*, 2006, Tomo I, pp. 1304-1316.

²⁶ En esta línea, vid. DEVIS ECHANDÍA, H., *El moderno proceso civil inquisitivo y sus libertades para apreciar las pruebas*, "RDPI", 1965, p. 16.

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".²⁷

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 debe encontrarse, únicamente, en la búsqueda de la convicción judicial, al objeto de otorgar la efectiva tutela de los intereses en litigio. Debe obviarse cualquier otra inquietud del juzgador, como podría ser la de ayudar a la parte más débil del proceso en aras a lograr una igualdad sustancial o real de las litigantes pues, en mi opinión, no es esta una función que le corresponda desempeñar.²⁸

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

²⁷ *Identificazione delle zone. Sull'è regola "ne sit iudex altera partis partem"*. En: *Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol. I, Editorial Giuffrè, Milano, 1993, p. 176. En términos muy similares se manifiesta LEBMAN, para quien la necesaria imparcialidad del juzgador se configura como la razón nuclear de la imposibilidad de practicar pruebas ex officio, manifestando que "la decisione sull'azione e sull'occasione implica una decisione sui fatti controversi e perciò sulle prove che li riguardano ed è proprio diretta a preservare l'imparzialità di questo decisore la regola che esclude l'iniziativa del giudice nella ricerca di quelle prove" (*Fondamenti del principio dispositivo*, Op. Cit., p. 562). De igual modo, esta autor destaca la "incompatibilità psicologica tra l'essere e il giudice e l'opportuna psicologia di non interdire la serietà del giudice col farlo di poco di iniziativa più dislocato alla funzione della parte e del difensore" (*Manuale di diritto processuale civile*, T.I, Cuarta edición, Editorial Giuffrè, Milano, 1994, pp. 84-85). En esta línea, vid. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Editorial CEDAM, Padova, 1940, p. 151; REDENTI, E., *Diritto Processuale Civile*, Tomo II, Editorial Giuffrè, Milano, 1957, p. 33; y BALDI, F., *Potere giudicante e formalismo del diritto processuale*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1955, pp. 1698-1699. En España, se halla en la línea indicada MIGUEL Y ROMERO, quien destaca que "a medida que el juez de una litigio se le dimensionan sus poderes y su interés en el proceso, irá pensando su imparcialidad y rectitud, virtudes precisas que quedarán sacrificadas ante el deseo instintivo de que prospere su juicio, o lo que es peor aún, su prejuicio, del cual ningún hombre se puede considerar libre" (*Principios del moderno Derecho Procesal*, p. 438, Op. Cit., por GUARJ: Op. Cit., p. 61). De igual modo, CARRERAS LLANSANA manifiesta que la concesión de mayores facultades al juez en materia probatoria "podría suponer ventajas muy positivas, que llegan a atentar con el hilo supremo de la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales" (*La función del juez en la decisión del proceso civil*. En: *Ensayos de Derecho Procesal con FENECH*, Editorial Bosch, Barcelona, 1962, p. 264); y GUTIÉRREZ DE CABEDES, destaca que "las limitaciones del juez para ordenar pruebas de oficio no es una manifestación del principio dispositivo, sino del deber de imparcialidad", y en términos muy expresivos, señala "que la parte, en tanto que parte, tiende a la defensa de sus intereses particulares, y el juez, en tanto que juez, tiende por función a la administración de justicia supra partes (por lo que... J si al legere jurisdiccional adopta en cualquier fase o acto del proceso, por importante que éste sea, la función de parte y la de juez, pierde automáticamente su imparcialidad" (Op. Cit., pp. 422-423).

Respecto de la nueva LEC 1/2000, se refieren a este argumento MONTERO AROCA, J., *El proceso civil llamado "accral"* (...), Op. Cit., pp. 155-160; DE LA OLIVA, Op. Cit., p. 276; y DAMIÁN MORENO, Op. Cit., p. 2160.

²⁸ La solución a esta problemática sólo puede venir dada por una adecuada regulación legal del derecho contrainicial a la denominada "justicia gratuita", en que el juez deba jugar papel alguno en la misma pues, en caso contrario, si podrá pensarse en entredicho, fundamentalmente, su debida imparcialidad ya que se alimará al lado de una de las partes, la más débil económicamente. En sentido análogo, vid. FABBIONI, G., *Potere del giudice*. En: *Scritti Giuridici*, Tomo I, Editorial Giuffrè, Milano, 1989, p. 436. Una incógnita crítica a esta posibilidad la resalta FAZZALARI, quien llega a afirmar que "lo ruolo del giudice sostanzialmente más debile per parte del juez es contraria a un alleanza" (*La imparzialità del giudice*). En: *Riv. de proc.*, 1972, II, p. 203).

jurisdiccionales, especialmente del penal²⁹, y contencioso-administrativo³⁰, 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 deben resolver los denominados "procesos civiles no dispositivos", respecto del cual el artículo 752.1.II LEC le atribuye la posibilidad de "decretar de oficio cuantas [pruebas] estime pertinentes". Por último, de igual modo, en el marco del procedimiento arbitral, el artículo 32 de la nueva Ley 60/2003, de Arbitraje, permite al árbitro nombrar ex officio a uno o más peritos³¹, sin que por ello se haya puesto en tela de juicio la debida imparcialidad del árbitro.

c) En tercer lugar, debo advertir la contradicción que resulta de negar al órgano jurisdiccional, por un lado, la posibilidad de ordenar una prueba, y otorgarle, por otro, amplísimas facultades en su práctica hasta el extremo, por ejemplo, de admitir o denegar una prueba, o de hacer preguntas a los litigantes o testigos. Entiendo que la imparcialidad del juzgador puede perderse de igual modo si, en la práctica del interrogatorio de las partes o de los testigos, o en la prueba pericial, formula preguntas o requiere explicaciones al interrogado o al perito en virtud de los artículos 306.1.II, 347.2 y 372.2 LEC.³² Como bien destaca Barbosa Moreira: *"llevara la suposición (de pérdida de la imparcialidad del juzgador) hasta las últimas consecuencias lógicas, las leyes deberían prohibir de modo absoluto cualesquiera iniciativas oficiales en materia de prueba, lo cual probablemente jamás ocurrió y no es propugnado siquiera por los más radicales representantes del «dispositivismo» en la ciencia procesal civil"*.³³

d) En cuarto lugar, se objeta a la iniciativa probatoria aquí analizada la predisposición –aun inconsciente como señala Gutiérrez de Cabiendes– del órgano jurisdiccional a otorgar distinto valor probatorio a los resultados de los medios de prueba acordados ex officio.³⁴ 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.³⁵

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.³⁶

²⁹ Al respecto, me remito al siguiente epígrafe referente a la iniciativa probatoria del juez penal:

³⁰ En este orden jurisdiccional, el artículo 61 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-administrativa faculta al órgano jurisdiccional para ordenar la práctica de cualquier medio de prueba en estos términos: "1. El Juez o Tribunal podrá también acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto. 2. Finalizado el período de prueba, y hasta que el pleito sea declarado concluso para sentencia, el órgano jurisdiccional podrá también acordar la práctica de cualquier diligencia de prueba que estime necesaria".

³¹ Para un comentario de esta norma, me remito a mi estudio *Nombramiento de peritos por los árbitros*. En: *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, dir. V. García Gutiérrez, Editorial Los Novos, Valladolid, 2004, pp. 533-544.

³² Vid. PICÓ I JUNYER, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, dir. A. M^a Llorca Navarro, Editorial Los Novos, Valladolid, 2000, pp. 1023 y ss.; 1913 y ss.; y 1999 y ss.

³³ Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba, *Op. Cit.*, p. 156.

³⁴ *Op. Cit.*, p. 431. En sentido análogo, CORDÓN MORENO afirma que el "órgano jurisdiccional, siquiera sea en el ámbito interno, tenderá a dar más crédito a los medios de prueba (y a sus resultados) aportados por el que a los aportados por las partes, poniendo en peligro su imparcialidad" (Introducción al derecho procesal, Editorial EUNSA, Pamplona, 1994, p. 142).

³⁵ En este sentido, DEVÍS ECHANDÍA destaca: "La imparcialidad del juez debe presumirse (...) no existe razón para temer a la parcialidad del juez si se le otorgan facultades inquisitorias y libertad de apreciación (...). Por otra parte, existen los recursos, la segunda instancia y la casación para corregir las consecuencias de una parcialidad" (*Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, Editorial Victor J. de Zavalla, Buenos Aires, 1981, p. 130). De igual modo, vid. MORELLO, A.M., *La prueba. Tendencias modernas*, *Op. Cit.*, pp. 213 y ss.

³⁶ De este modo SENTÍS MELENDO, al estudiar los peligros que pueden presentar los poderes del juez, destaca que "la psicología no debe servir nunca de pretexto para apreciar la bondad o los defectos de una institución" (*Los poderes del juez (la que el juez puede o puede)*, En: *Revista Jurídica de Cataluña*, 1976, II, p. 690). En este sentido, GUASP afirma que "no se comprende por qué se ha de negar 'la posesión' la concesión de una facultad que se reputa conveniente por la mera posibilidad –no cabe ni hablar de riesgo– de que se haga de ello un uso inconveniente" (*Op. Cit.*, p. 62).

Sexta: El carácter autoritario de la iniciativa probatoria del juez

Desde hace poco tiempo se ha vuelto a plantear la discusión del carácter inquisitorio o autoritario del poder probatorio del juez civil como manifestación de una ideología política totalitaria, fascista o comunista. Es el planteamiento que actualmente formula Montero Aroca, quien destaca como en los códigos procesales fascistas alemán e italiano se potencia la iniciativa probatoria del juez civil.³⁷

En mi opinión, se trata de una crítica puramente terminológica, esto es, sin contenido sustancial para aquellos que sostenemos que el juez debe tener una limitada –no absoluta– iniciativa probatoria. En primer lugar, estamos ante un uso interesado de términos ideológicos, pues como indica Taruffo “un proceso en el que el juez dispone de poderes probatorios no implica ningún autoritarismo procesal, pudiendo tales poderes configurarse como puramente supletorios o integradores respecto de aquellos de las partes, y pudiendo el juez desarrollar un papel del todo secundario, o marginal, en la búsqueda de las pruebas”.³⁸ Por ello considera que “este modo de utilizar el lenguaje –con conceptos como fascista, autoritario o totalitario– no es neutral en virtud de la valoración negativa que el empleo del término “autoritario” comporta respecto al proceso en el cual el juez tiene poderes probatorios, y de la valoración positiva que el término “liberal” retóricamente comporta respecto del proceso en el que el juez está privado de tales poderes. Se trataría así de un juego de definiciones particularmente inútil pero no inocuo, pues con ello pretende crearse confusiones o tergiversaciones del tema debatido”.³⁹ Se llega de este modo a lo que denomina una *polarizzazione simmetrica*, en la que en un polo existe el modelo dispositivo, que suele valorarse positivamente, y en el que se concibe el proceso como instrumento de resolución de conflictos; y en el polo opuesto, el modelo inquisitivo, en el que de forma autoritaria se lesionan las garantías de las partes y el proceso sólo está interesado en establecer la verdad. Como puede observarse en este planteamiento “maniqueo”, solo existe un modelo procesal “bueno”, el dispositivo, y en frente, un modelo procesal “malo”, el inquisitivo.⁴⁰ Sin embargo, como podrá comprobarse, es posible articular cierta iniciativa probatoria sin lesionar las garantías constitucionales de las partes. Por ello, entiendo que este uso interesado del término “liberal” comporta un planteamiento “perverso” de la cuestión, pues impide el diálogo o debate con la doctrina que no opina de igual modo, ya que colocan necesariamente a los autores que integran este último sector bajo la indebida descalificación –aun indirecta– de ser fascista o autoritaria.⁴¹

Y, en segundo lugar, no es del todo correcta la identificación ideológica que pretende realizarse entre juez civil pasivo y estado liberal, pues como analiza Taruffo existen sistemas políticos inspirados en una ideología liberal que tanto niegan la iniciativa probatoria al juez civil como le permiten cierta iniciativa: así, podemos constatar la existencia de códigos procesales de “corte liberal” elaborados en sistemas políticos no democráticos en los que el juez es sustancialmente pasivo y no dispone de poderes probatorios autónomos –como sucedió con el italiano de 1865 o el napoleónico de 1806–, y códigos procesales también de “corte liberal” elaborados en sistemas políticos democráticos en los que sí se atribuye iniciativa probatoria al juez civil –así, por ejemplo, podemos constatar en Francia la reforma de 1975 del *Nouveau Code de Procédure Civile* y sus artículos 10 y 144; o las *Federal Rules of Evidence* de EEUU de 1975 y sus *rules* 614 (a), 614 (b) y 706.⁴² Otro ejemplo de este erróneo planteamiento

³⁷ MONTERO AROCA, J., *Las principales políticas de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 116-124. Del mismo modo, vid. ALVARADO VELLOSQ, A., *Garantismo procesal contra actividad judicial de oficio*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 94-118.

³⁸ TARUFFO, M., *Poteri probatori dalle parti e del giudice in Europa*. En: “RTDPC”, 2006, 2, p. 451. En la misma línea vid. COMOGUO, L.F., *Riforme processuali e poteri del giudice*, Editoreld Gappichelli, Torino, 1996, pp. 57 y 88; y ABEL LUUCH, X., *Iniziativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Op. Cit., p. 164.

³⁹ TARUFFO, M., *Poteri probatori* (...), Op. Cit., p. 454.

⁴⁰ TARUFFO, M., *Le privo dei fatti giuridici*, ed. Guffrè, Milano, 1992, pp. 20-22.

⁴¹ Al respecto, me remito a mi estudio *El derecho procesal entre el garantismo y la eficiencia: un debate mal planteado*. En: *La Ley*, 2003, tomo V, pp. 1769-1775.

⁴² Sobre este punto, vid. TARUFFO, M., Op. Cit., pp. 461-467.

lo encontramos en las *Transnational Rules of Civil Procedure*⁴³, del año 2000, efectuadas por el *American Law Institute* –en cooperación con la UNIDROIT– que pretenden armonizar o crear un cuerpo unificado de normas básicas transnacionales en materia de litigios civiles y en las que se prevé que el juez tendrá iniciativa respecto de las pruebas de interrogatorio de testigos y de las partes, documental y pericial⁴⁴, sin que por ello pueda mantenerse que este texto es fruto de una ideología fascista, autoritaria o comunista.⁴⁵

En conclusión, el carácter más o menos liberal del sistema político de un Estado no es definitivo para calificar como autoritaria la iniciativa probatoria *ex officio iudicis*, por lo que entiendo con Taruffo que las ecuaciones “poderes probatorios del juez = régimen autoritario” y “juez pasivo = régimen liberal” son vagas y genéricas, y se reducen a slogans polémicos privados de valor científico”.⁴⁶ En mi opinión, la bondad técnica (o validez) de una norma depende de su propio contenido y alcance, más que de la época en que haya sido redactada, de la ideología de su autor o de la forma en que se aplique en la práctica forense, por lo que pueden existir códigos procesales de gran rigor científico o técnicamente incorrectos con independencia del carácter más o menos liberal o social del régimen político en que fueron creados.

3. Limites constitucionales a la iniciativa probatoria del juez civil

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

Como es obvio, la iniciativa probatoria *ex officio iudicis* no puede ser ilimitada pues puede entrar en conflicto con derechos o valores constitucionales que merecen ser protegidos. Por ello, como tuve ocasión de analizar en otro lugar⁴⁷, dicha iniciativa tiene tres relevantes límites que seguidamente paso a analizar.

Primer límite: los hechos controvertidos por las partes

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

⁴³ 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.ali.org/ali/transnecss.htm).

⁴⁴ Así, respecto al interrogatorio de testigos y de las partes, la regla 22.3 establece: “A party may call any person whose testimony is relevant and admissible, including that party. The court may call any person on its own motion under the same conditions” (la cursiva es mía). Con referencia a la prueba documental, la regla 22.4 indica: “The parties may offer in evidence any relevant document or thing. The court may order any party or nonparty to present any relevant document or thing in that person’s possession” (la cursiva es mía). Y finalmente, en materia de prueba pericial, la regla 23.1 establece: “The court may appoint a neutral expert or panel of experts whenever, in the court’s discretion, expert evidence may be helpful in resolving issues in the case”, y la regla 23.2 indica que: “The court determines the issues that are to be addressed by the expert and such tests, evaluations, or other procedures as are to be employed by the expert. The court may issue orders necessary to facilitate the inquiry and report by the expert and may specify the form in which the expert shall make its report”.

⁴⁵ En esta misma línea, otro texto internacional armonizador del derecho procesal civil es el “Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica” que, elaborado desde el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, fue aprobado en 1988 tras un largo período de reflexión en el que han intervenido un gran número de procesalistas sudamericanos, españoles e italianos. Este Texto –que ha sido acogido en nuevos Códigos procesales civiles iberoamericanos y ha inspirado múltiples reformas normativas– establece en su artículo 33.4 y 5: “El Tribunal está facultado: (...) 4) para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes; 5) para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de las partes y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito”.

⁴⁶ TARUFFO, M., *Poteri probatori* (...), Op. Cit., p. 458.

⁴⁷ La iniciativa probatoria del Juez civil y sus límites. En: *Revista del Poder Judicial* número 51, 1998, pp. 294-295, y *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Op. Cit., pp. 267-271.

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

Segundo límite: las fuentes probatorias existentes en el proceso

En segundo lugar, es necesario que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria del juez (así, por ejemplo, la identidad del testigo que deberá declarar). 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. Al margen del uso de estas fuentes probatorias, entiendo que el juez no puede tener iniciativa probatoria, pues sería incontrolable su fuente de conocimiento respecto de los elementos probatorios por él utilizados, lo que puede comprometer la debida confianza que objetivamente el juez debe merecer al justiciable.⁴⁸

Tercer límite: respeto al derecho a la defensa de las partes

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

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.

4. Justificación constitucional de la iniciativa probatoria del juez civil

Hasta el momento se ha podido constatar la validez constitucional de la atribución de cierta iniciativa probatoria al juez civil. Ahora debe encontrarse la justificación de dicha iniciativa. En mi opinión, la formulación 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?*⁴⁹ 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.

⁴⁸ Al respecto me remito a mi monografía *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Editorial J.M.B. Bosch editor, Barcelona, 1998, especialmente pp. 24-25, 51 y 104-108.

⁴⁹ Este ensayo constituye su conferencia de despedida como profesor de la Universidad de California pronunciada en Berkeley el 27 de mayo de 1962. Junto con otros ensayos del mismo autor se encuentra en la obra *¿Qué es Justicia?*, Editorial Ariel, Barcelona, 1991, pp. 35-63.

De igual modo, en materia de introducción del material probatorio, la LEC opta por el principio de aportación de parte, si bien existen excepciones que provocan su atenuación. La formulación general del citado principio se encuentra en el citado artículo 216, según el cual: *"Las 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 otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley"*.

En la LEC 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 LEC también prevé determinadas materias respecto de las cuales otorga iniciativa probatoria al juez, como sucede con el derecho extranjero (artículo 281.2 *in fine*)³³, así como ciertas actividades probatorias que pueden acordarse de oficio, como por ejemplo, el careo entre testigos y entre estos y las partes (373.1 y 2)³⁴, 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, la LEC otorga iniciativa judicial en la práctica de algunas pruebas: así, por ejemplo, faculta al juez para solicitar aclaraciones y adiciones en el interrogatorio de las partes (artículo 306.1.II) y de testigos (artículo 372.2), le permite formular al perito preguntas y requerirlo para que de las explicaciones que estime necesarias sobre el objeto del dictamen aportado (artículo 347.2), y le atribuye la determinación de la amplitud de la prueba de reconocimiento judicial (artículo 353.2 LEC).

En cuarto lugar, a través de las "diligencias finales" se permite al juez que, dentro del plazo para dictar sentencia, pueda ordenar la práctica de actividad probatoria, si bien ello lo condiciona el artículo 435.2.I a la concurrencia de cuatro requisitos: debe versar sobre hechos relevantes, oportunamente alegados; deben haber actos de prueba anteriores que no hayan dado resultado conducentes; el resultado probatorio negativo ha de deberse a circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes; y han de existir motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre los citados hechos.³⁵ 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.³⁶

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

³³ Al respecto, me remito al estudio de ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Instrumentos del derecho extranjero y la concurrencia en el proceso civil español*, Editorial Tirre lo Blanch, Valencia, 2004, especialmente pp. 71 y ss.

³⁴ Vid. PICÓ i JUNOY, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, AA.VV., T.II, dirigidos por Lluís Navarrete, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 1826 y 2001.

³⁵ Para un estudio detenido de estas diligencias finales me remito a los trabajos de ABEL LLOCH, X., *Las diligencias finales de oficio del artículo 435.2 LEC*. En: *la Ley*, 2000-5, pp. 1735-1741; MARTÍN OSTOS, J., *Las diligencias finales*. En: *Revista del Poder Judicial*, número 67, 2000, pp. 381-404; y PÉREZ BENÍTEZ, J.J., *Las diligencias finales: su adopción en todo tipo de procesos*. En: *la Ley*, número 6554, 2006, pp. 1-9.

³⁶ Sobre este particular, vid. mi trabajo *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil: entre el ser y el deber ser*, *Op. Cit.*, pp. 629-640.

"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, cuyo existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

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

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

Sin embargo, no quiero acabar sin destacar que toda esta normativa ha llevado a Montero Aroca³⁷ a afirmar que la nueva LEC "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". No obstante, la realidad del derecho comparado nos conduce a advertir el erróneo planteamiento de este autor, pues no es cierto que la atribución de iniciativa probatoria ex officio iudicis suponga un retroceso histórico, si no todo lo contrario, como ha indicado, nos acerca a las tendencias más modernas del derecho procesal civil.³⁸

6. La solución española "de compromiso": el artículo 429.1.II LEC

Una de las grandes novedades que introduce la LEC 1/2000 la encontramos en su artículo 429.1.II, cuya redacción final se debe a una enmienda transaccional del grupo parlamentario socialista, la número 321, que proponía una amplia iniciativa probatoria del juez³⁹, y que fue rechazada para recoger el contenido del actual artículo 429.1.II.⁴⁰ En este sentido, la LEC 1/2000 ha alcanzado una solución de compromiso entre las tendencias liberal, del inicial Proyecto de Ley, y publicista, introducida en el trámite parlamentario.

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

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

³⁷ Derecho Jurisdiccional, Tomo II. Décima edición, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 255.

³⁸ Al respecto vid. los nosos 372 y 408 a 410.

³⁹ BOCCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Número 147-9, de 26 de marzo de 1999, p. 260.

⁴⁰ BOCCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Número 147-12, de 27 de julio de 1999, pp. 744 y 868.

b) Y, por otro lado, atribuye una facultad al juez cuando, después de obligarle a efectuar la mencionada advertencia de insuficiencia probatoria, además le permite que pueda señalar aquella prueba que considera que puede colmar dicha insuficiencia. Aquí, el propio artículo 429.1.II LEC abandona los términos imperativos para acoger las formas verbales condicionales, indicando que el tribunal: "(...) podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente". En mi opinión, en aras a ofrecer la tutela judicial más justa posible, el juez debería procurar siempre actuar esta facultad, con los límites indicados anteriormente, y que se prevén en esta misma norma, y muy especialmente en aquellos juicios en los que no interviene un abogado debido a su falta de preceptividad.

La mayoría de los autores y la doctrina judicial de las Audiencias Provinciales sostienen que el artículo 429.1.II LEC no recoge una 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.⁴¹ De esta manera, sin atentar formalmente al principio de aportación de parte, ya que son siempre los litigantes quienes en última instancia asumen o no la sugerencia probatoria, permite al juez canalizar su iniciativa en orden a lograr que su resolución pueda ser lo más justa posible.

En mi opinión, la literalidad del artículo 429.1.II LEC 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 estudios⁴², en el actual Estado Social y de Derecho, en el que la "Justicia" se configura como un valor superior del ordenamiento jurídico, el juez debe estar comprometido en la justa composición de los litigios, esto es, no puede configurarse como un sujeto inerte, pasivo, sin ningún tipo de iniciativa probatoria. Por ello, si el fin de todo proceso es que los jueces y magistrados apliquen la ley a unos concretos hechos, de cuya certeza deben estar convencidos, coartarles o restringirles, de un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone una limitación a la efectividad de la tutela judicial y a la postre a la búsqueda de la justicia. En definitiva, atendiendo a las citadas previsiones constitucionales, es posible efectuar una lectura de la nueva LEC que otorgue a los jueces mecanismos adecuados para poder impartir una más justa tutela de los derechos e intereses en conflicto: desde estas premisas, entiendo que el artículo 429.1.II LEC no se limita solo a permitir al juez manifestar a las partes una eventual insuficiencia probatoria, sino que establece también la posibilidad de "señalar" —que no advertir o sugerir— la prueba cuya práctica considere necesaria. Esta norma —a diferencia de lo que sucede cuando se refiere a los "hechos" que pueden verse afectados por la insuficiencia probatoria, donde expresamente 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 es lógico pensar que deba 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

⁴¹ Así, vid. ASENSIO MELLADO, J. M., *Derecho procesal civil*, Primera parte, Segunda edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 264; CORTÉS DOMÍNGUEZ, En: AAVV, *Derecho Procesal Civil*, Tercera edición, Editorial Colex, Madrid, 2000, p. 266; CAMIÁN MORENO, J., Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, AAVV TII, Op. Cit., p. 2160, *idem*, Estructura y principios del proceso ordinario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2000, número 2, p. 185-186; DE LA OLIVA SANTOS, A. (con DIEZ-POCAZO GIMÉNEZ, I.), *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Editorial Cierre de Estudios Ramón Arexos, S.A., Madrid, 2000, p. 276; GIMENO SÉNDA, En: AAVV, *Derecho Procesal Civil*, Tercera edición, Editorial Colex, Madrid, 2000, p. 27; MONTERO AROCA, J. En: AAVV, *Derecho Jurisdiccional*, Tomo II (Proceso civil), Novena edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 239, 255 y 272; ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, Editorial Aranzak, Elcano, 2000, pp. 365-366; VILLAGOMEZ CEBRIÁN, M., *El nuevo proceso civil. Los principios de la nueva LEC*, En: *Revista de Justicia*, 2000(5), pp. 525-526; ETXEBERRIA GURIDI, J. E., Op. Cit., pp. 376-377 y ABEL LUICH, X., *Introducción probatoria* (...), Op. Cit., pp. 149-153 y 182.

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

⁴² Me refiero a mis trabajos *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Op. Cit., pp. 207-281; y *La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites*, Op. Cit., pp. 289-302.

el artículo 429.1.II LEC: en primer lugar, la imposibilidad de introducir hechos no alegados por las partes⁶²; en segundo lugar, la imposibilidad de utilizar fuentes probatorias distintas de las existentes en el proceso⁶³; 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 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, *alma mater* del proceso civil, en la medida en que las partes conservan la exclusividad en la determinación del objeto litigioso; soslaya la eventual pérdida de la imparcialidad del juez, pues 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 convicción⁶⁴, y en este sentido es como entiendo puede interpretarse el artículo 429.1.II LEC.

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

Finalmente, para concluir, debo admitir que en la práctica judicial se está haciendo un escaso uso de la facultad del artículo 429.1.II LEC, o al menos no se utiliza como sería deseable. Ello se debe, básicamente, a dos motivos de muy diferente naturaleza: por un lado, al habitual desconocimiento que, en el propio acto de la audiencia previa, suele tener el juez sobre las cuestiones debatidas, lo que le coloca en una posición de lejanía respecto de los hechos discutidos y la prueba propuesta al respecto. A dicho acto debería asistir con un conocimiento exhaustivo del caso –al menos, con una lectura de la demanda y contestación y un estudio previo de las excepciones formuladas– pues ello permitiría a la audiencia previa alcanzar los resultados deseados por el legislador.⁶⁵ Sin embargo, el excesivo trabajo en nuestros juzgados de primera instancia o la “rutina funcional” provoca en ocasiones dicha desidia judicial en la audiencia previa. Y, por otro lado, el escaso empleo de la facultad del artículo 429.1.II LEC se debe a ciertos prejuicios de que su uso puede suponer la pérdida de la debida imparcialidad judicial que, como he analizado, es del todo inadmisibles si dicha facultad se utiliza dentro de los límites legalmente establecidos.

⁶² La iniciativa probatoria del juez se restringe al “hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria” y tales hechos vienen delimitados por los escritos iniciales de alegaciones de las partes.

⁶³ En este sentido, se exige que el tribunal se cite “a los elementos probatorios cuya existencia resulta de los autos (...)”.

⁶⁴ En este orden de ideas, en su momento MONTERO AROCA afirmó que “si la prueba es la actividad procesal que tiende a convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos aportados en el proceso, no contra los más elementales principios de la lógica que el juez no puede (...) ni acordar la práctica de los medios probatorios más convincentes para formar su convicción” [la convicción es mía] (juicio crítico (...)). Op. Cit., p. 169.

⁶⁵ Esto es, especialmente, para lo que interesa ahora, la fijación de los hechos controvertidos en orden a la precisa proposición y admisión de las pruebas. Por ello, entiendo con ALONSO-CUEVILLAS que el máximo aprovechamiento de las utilidades probatorias de la audiencia previa “comportaría pues un necesario cambio de hábitos no sólo para los letrados de las partes sino también para los juzgadores” (La audiencia previa al juicio. En: *Instituciones del nuevo proceso civil*, Tomo II, coordinador J. Alonso-Cuevillas, Editorial Difusión Jurídica, Barcelona, 2000, p. 169). Y en la misma línea, AREL, LLUCH destaca: “Tengo la convicción que para que la audiencia previa pueda desplegar todas sus potencialidades y las partes vean satisfechas sus expectativas procesales es imprescindible una presencia activa y efectiva del juez en dicha fase procesal” (La audiencia previa: entre el deber y la realidad. En: *Revista del Poder Judicial*, número 65, 2003, p. 367).