

PRUEBA DE OFICIO SOUER (UN CÓCTEL TÉCNICO ENTRE VERDAD Y GARANTÍAS)

JOSÉ BONET NAVARRO

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universitat de València (España)

jose.bonet@uv.es

SUMARIO:

PRUEBA DE OFICIO SOUER (UN COCKTEL TÉCNICO ENTRE VERDAD Y GARANTÍAS).....	1
SUMARIO:	1
I. VERDAD, MENTIRA Y RESPETO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL DE LAS PERSONAS EN LA PRUEBA CIVIL	2
II. POLITIZACIÓN, CALIFICACIÓN Y DES-CALIFICACIÓN EN TORNO A UN PROBLEMA TÉCNICO.....	6
III. REIVINDICANDO UNA POSICIÓN TÉCNICA.....	8
IV. UNA REFERENCIA MÁS QUE PANORÁMICA A LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL	12

El juzgador, en virtud del *iura novit curia*, habrá de conocer y aplicar el derecho vigente en el territorio donde ejerce jurisdicción. Sin embargo, no será posible cumplir con su inexcusable deber de resolución en el vacío, sino que requiere de un sustrato fáctico sobre el que aplicar en concreto unas normas expresadas genéricamente por el legislador. A tal efecto, es necesario que los hechos queden debidamente fijados, lo que se logrará generalmente, y salvo algunas excepciones, mediante la actividad probatoria.

Entre los diferentes índices de calidad de las resoluciones se encuentra, sin duda, el establecimiento –y cumplimiento- de las garantías, tanto de la jurisdicción, como de la acción y del proceso; y entre ellas destaca, por lo que ahora nos interesa, la de independencia y la de imparcialidad judicial. Por otro lado, quizá no tan grandilocuente pero no por ello irrelevante, otro índice de calidad de la resolución vendrá determinado por la capacidad de los instrumentos procesales al servicio de la fijación del material fáctico para que éste se acerque en la medida de lo posible a la realidad. Instrumentos que pueden ser de diversa índole pero entre los que destaca, por su importancia cualitativa y cuantitativa, la práctica y valoración de la prueba.

El proceso civil, al menos en la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos, está regido por los principios dispositivo y de aportación de parte, y en caso de que la prueba sea inexistente o insuficiente, las normas sobre carga de la prueba determinan unas expeditivas y de otro lado lógicas consecuencias para evitar el *non liquet*. Como será imposible aplicar la correspondiente norma sobre unos elementos fácticos no fijados previamente, quien iba a beneficiarse de las consecuencias de esa aplicación no logrará por último verse favorecida. De ahí que, si quiere favorecerse tendrá la carga de probar pues, de lo contrario, perderá.

Sin dejar de reconocer la utilidad y necesidad de estas consecuencias, ninguna duda cabe de que la tutela judicial tendrá un mayor índice de calidad y será más efectiva en la medida en que se favorezca evitar el vacío probatorio. Si se agotan las posibilidades de prueba, al margen del resultado último de su valoración, será más factible que el derecho se aplique sobre unos hechos que se correspondan con la realidad y, por tanto, se contribuye por ese camino a la calidad de la resolución. Podría decirse, desde este punto de vista, que calidad de la resolución es inversamente proporcional a aplicación de las normas sobre carga de la prueba.

Por tal motivo que, sin olvidar el contexto en el que se desarrolla el proceso civil, informado por los principios dispositivo y de aportación de parte, así como sin soslayar el condicionante fundamental de la debida imparcialidad judicial, los ordenamientos procesales no renuncian a minimizar en alguna medida, casi nunca prolijamente, las situaciones de falta o de insuficiencia probatoria. Ha de compartirse, con las cautelas que sea y sin perjuicio de eventuales y siempre posibles errores en su valoración, que cuanta más copiosa resulte la actividad probatoria, mayores posibilidades habrán para que la valoración judicial sea más correcta y de calidad, al aplicarse el derecho sobre un substrato fáctico más cercano a la realidad y, por ende, la decisión se acerque al ideal de justicia.

En este contexto, se presenta como altamente relevante el papel del juzgador en los aspectos relativos a la prueba, especialmente en todo aquello que implica su intervención para evitar el vacío probatorio y la aplicación de las normas sobre carga de la prueba, lo que viene calificándose a grandes rasgos como “prueba de oficio”.

Desgraciadamente, como el juez forma parte del poder judicial y, éste a su vez, integra, junto al ejecutivo y el judicial, el Estado, las posiciones sobre el nivel de intervención del Juez se presenta como un reflejo del papel que corresponde al Estado en los asuntos –por lo general- privados. Por ese camino tenemos servida la polémica política, ámbito en el que los aspectos científico-técnicos quedan relegados frente a otras consideraciones que pueden tener algún interés e importancia desde algún punto de vista pero no tanto desde la científica, de modo que las voy a intentar orillar. Esto no significa que en esta ponencia no vaya a mantener una posición clara y positiva respecto a la posibilidad de prueba de oficio. Al contrario, voy a intentar mantener mis posiciones conforme a aspectos técnicos, atendiendo y ponderando sólo sus posibles inconvenientes (mermas de garantías y desigualdades) y ventajas (mayor índice de calidad y acercamiento al ideal de justicia).

I. VERDAD, MENTIRA Y RESPETO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL DE LAS PERSONAS EN LA PRUEBA CIVIL

En el proceso civil, la prueba será propuesta por las partes y será dirigida al juez, quien en su caso la admitirá y, en su presencia y bajo su dirección, se practicará con sometimiento a la contradicción e igualdad.

Su objeto se delimitará en función de la pretensión y resistencia de las partes así como de los criterios que rijan la introducción del material de hecho (en el proceso civil, generalmente, la aportación de parte). Y estarán destinadas tanto a la convicción

judicial esto es, a la aceptación judicial de la posible veracidad de las alegaciones fácticas¹; como a la aplicación judicial de una valoración legal².

En el proceso civil, por mucho que las afirmaciones expresadas por las partes existan en la realidad o, en otras palabras, puedan formar parte de la “verdad”, el juzgador requiere unas condiciones previas para su fijación y toma en consideración. No es suficiente, y a veces ni siquiera necesario, que los hechos sean verdad para poder ser fijados. Incluso aunque el juez sepa positivamente que son verdad, requiere para su fijación que:

1.º Hayan sido afirmados al menos por una de las partes, de modo contrario, si los fijara, el juez actuaría como parte y, además, produciría indefensión al limitar la contradicción.

2.º No exista sobre los mismos conformidad pues, si no se encuentran controvertidos, el respeto a la libertad de las partes impone al juez, incluso a sabiéndolo de que éstos puedan mentir o estar errados –supuesto más hipotético que real en condiciones de normalidad- su fijación para sobre los mismos aplicar el derecho.

3.º No se haya vulnerado derechos fundamentales para su obtención, pues en caso contrario, habría de entenderse que la prueba no surte efecto (arts. 11.1 LOPJ y 287 LEC). Aunque sea a costa de no fijar hechos que podrían ser ciertos, se entiende preferible este efecto en orden a evitar incentivar la vulneración de derechos fundamentales.

En opinión de algún autor³, junto a la circunstancia de que el juez no tiene facultades investigadoras para la búsqueda y descubrimiento de hechos desconocidos, sino meramente verificadoras, todo esto implica una “renuncia a la verdad”.

Que el juez pueda fijar hechos sin valorar su correspondencia con la realidad o incluso sabiendo a ciencia cierta que son mentira, nos guste más o menos o tengamos la concepción del Estado que podamos tener, es posible en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, incluido el español. Es más, en los casos de fijación por la vía de la conformidad de las partes, o de la no fijación por falta de afirmación de la parte o consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales, no se prevé la posibilidad de revisión de la sentencia más que en los casos específicamente previstos en la ley⁴.

¹ Sobre la búsqueda de la verdad, TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, (trad.: FERRER), Trotta, Madrid, 2002, págs. 80-7 y 167 y ss. Sobre la aceptación, FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 101-3. Sobre la probabilidad, entre otros, CARRATA, A., “Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2001, pág. 102, cuando afirma que “*essendo pacificamente ammesso che il risultato della valutazione giudiziale sia sempre l'acquisizione della probabilità della relazione fra factum probandum e factum probans, e di una probabilità non di tipo quantitativo... ma di tipo logico*”.

² Cfr. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA y MARTÍN), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 8ª ed., 2008, pág. 346.

³ MONTERO AROCA, J., “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, en *La prueba*, Cuadernos de Derecho Judicial (dir.: MONTERO), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, págs. 224-5.

⁴ Conforme el art. 510 LEC, “Habrà lugar a la revisión de una sentencia firme: 1.º Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado. 2.º Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare

Incluso sobre los hechos controvertidos, la actividad judicial se limitará a comprobar exclusivamente si de los medios propuestos, admitidos y practicados legalmente es posible considerar que las afirmaciones fácticas se corresponden con la realidad, esto es, si acepta la probabilidad de verdad, o si una norma legal impone su fijación.

Ahora bien, todo eso no significa una verdadera renuncia a la verdad, ni mucho menos que haya de renunciarse a un ideal de justicia. En mi opinión, es legítimo aspirar a que las resoluciones judiciales tengan el mayor índice de calidad posible en la medida que el material fáctico que las sustente se acerque a la realidad. Y cuanto más cercano a ella, mayores posibilidades de justicia.

¿Significa esto, en contra de la más autorizada doctrina y como todavía se mantiene en alguna jurisprudencia de nuestros más altos tribunales⁵, que existen realmente dos categorías de “verdad”, una formal y otra material? Sin duda no. Creo que son perfectamente vigentes las célebres palabras de CARNELUTTI⁶, cuando afirmó aquello de que *“la verità non possa essere che una, onde la verità formale o giuridica o coincide con la verità materiale, e non è che verità, o en diverge, e non è che una non verità”*. Porque efectivamente, la verdad es o no es. No caben verdades a medias o meramente aparentes.

Sin embargo, cuando se distingue la verdad “material” o “real” de la “formal”, aunque sea con una terminología equívoca o poco precisa, solamente se pretende poner de manifiesto que las dificultades ontológicas y las limitaciones humanas, por un lado, y los condicionantes derivados del contexto procesal en el que se enmarca la prueba judicial por otro, han permitido que la ley renuncie a alcanzar siempre y a

después penalmente. 3.º Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia. 4.º Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta”.

⁵ Todavía es común en la jurisprudencia, utilizar términos de verdad “formal” y “material” como equivalente el primero a la situación fáctica que se tendrá en cuenta en la resolución judicial en contraposición no necesaria pero posible respecto de la realidad. Así, por ejemplo, entre las más recientes, la STS (Sala 1ª), 16 de mayo de 2003 (Ponente: D. José de Asís Garrote. RJ 2003\4761), se refiere a la *“doctrina que, en materia civil, sostiene la prevalencia de la verdad material sobre la verdad formal”*. Igualmente STS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 25 de octubre de 2004 (Ponente: D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez. RJ 2004\703), que, en relación con la fe pública registral alude tanto a “realidad material”, “verdad formal” y “verdad material”. También la STC 138/2005, 26 de mayo (Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. RTC 2005\138), en relación con la prueba biológica de la paternidad señala que su *“finalidad primordial es la adecuación de la verdad jurídico-formal a la verdad biológica”*. Incluso la STC 118/2006, 24 de abril (Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera. RTC 2006\118) utiliza estas categorías en relación con el deber de motivación de las resoluciones, cuando señala que *“la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad de hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el derecho como un sistema lógico puro este tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable”*.

⁶ CARNELUTTI, F., *La prova civile*, Giuffrè, Milano, 1992, pág. 29. Y en el mismo sentido, COMOGLIO, L. P., *Le prove civili*, UTET, Torino, 1998, págs. 13-4 afirma que *“la verità, nel processo o al di fuori, è sempre una e, come tale, resta pur sempre conoscibile, entro i limiti propri del contesto in cui la si invoca, non potendo invece mai essere, nemmeno nel processo, negata a priori, o comunque ritenuta a priori irrilevante”*. Por su parte, MARTÍN OSTOS, J., “La prueba. Aspectos generales”, en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, II, (coor.: ALONSO-CUEVILLAS), Economist & Jurist, Barcelona, 2000, pág. 190, dice en ese sentido que “la verdad es una, como el agua, o es verdad o no es nada”. Ahora bien, a continuación señala que “lo único que interesa es la verdad obrante en autos, esto es, la verdad procesal, que habrá que procurar, con una regulación adecuada, que coincida lo más posible con la histórica”.

cualquier precio la verdad (la llamada material)⁷. Ahora bien, como para resolver es preciso partir de una situación fáctica determinada y cierta, el derecho procesal positivo se conforma con un fin mucho más modesto, aunque absolutamente necesario y útil: la fijación de los elementos fácticos en términos de probabilidad y que se ha venido a llamar impropriamente como “verdad formal”⁸. Todo ello sin perjuicio de que en los ordenamientos procesales modernos (y democráticos), en mayor o menor medida, no se renuncia de forma absoluta al ideal de una justicia de calidad en la que las normas se apliquen sobre un material fáctico que se corresponda en la medida de lo posible con la realidad.

Aparte de los supuestos de exención (determinadas leyes, hechos notorios o conformes) o sustitución de la prueba (presunciones), esta fijación se alcanzará muchas veces mediante la actividad de la parte y en algunas ocasiones de oficio, destinada al convencimiento del juzgador –en términos de probabilidad- sobre la correspondencia de las alegaciones fácticas con la realidad o, en contadas ocasiones, por la imposición de una norma sobre prueba legal⁹. Todo porque, con tales condicionantes, como define ORTELLS¹⁰, la prueba en el ámbito procesal no es más que

⁷ La referencia a la “verdad” suele rondar las definiciones de prueba. Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “De la prueba: Disposiciones generales”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, (coor.: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÀ y VALLS), Iurium – Atelier, Barcelona, 2000, pág. 1291, señala que la prueba es, desde la perspectiva de las partes, el “medio por el que llevan a la convicción del juzgador la verdad de los hechos afirmados en sus escritos de alegaciones”. Incluso utiliza CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La prueba”, en *Derecho Procesal Civil. Parte General*, (con MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 200, esta terminología cuando señala que “la actividad probatoria no busca la verdad material. Se trata, por el contrario, de convencer al juez buscando con la prueba un resultado formal que sea operativo y que sirva para que en la mayoría de las ocasiones podamos decir que existe una coincidencia entre los hechos realmente ocurridos y los hechos probados”.

⁸ Esa que GIULIANI, A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1971, pág. 253, denominaba “*verità probabile, costruita in relazione alle tecniche ed alla problematica del processo*”. Por su parte, CARRATA, A., “Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)”, cit., pág. 102, denomina la distinción entre verdad material y formal como “ficciones” o “ilusiones sintéticas”, cuando señala que “*non si possa parlare in termini di verità o certezza, né tanto meno che sia opportuno continuare ad utilizzare “finzioni” o “illusioni sinottiche” como quella della distinzione fra verità materiale e verità formale, essendo pacificamente ammesso che il risultato della valutazione giudiziale sia sempre l’acquisizione della probabilità della relazione fra factum probandum e factum probans, e di una probabilità non di tipo quantitativo, per quanto detto difficilmente utilizzabile all’interno del processo, ma di tipo logico*”.

⁹ Por tal motivo, es habitual en la doctrina limitar el concepto de prueba a esta finalidad de convencimiento judicial. Resulta tajante CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La prueba”, en *Derecho Procesal Civil. Parte General*, (con MORENO), cit., pág. 199 cuando afirma que “sólo cabe hablar de prueba como la actividad encaminada a convencer al juez de la veracidad de unos hechos que se afirman existentes en la realidad”. Si bien a continuación este mismo autor señala que “la actividad tiende a fijar hechos para que el juez los tome como verdaderos en su sentencia”. Y en línea similar un buen número de autores, como MARTÍN OSTOS, J., “Capítulo V. De la prueba: Disposiciones generales”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, (Dir.: LORCA), Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 1756, cuando afirma que la prueba es la actividad tendente a convencer al tribunal sobre la legalidad de las pretensiones de la parte. ASECIO MELLADO, J. M^º, *Derecho Procesal Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 245, la define como la “actividad de carácter procesal cuya finalidad consiste en lograr la convicción del Juez o Tribunal acerca de la exactitud de las afirmaciones de hecho operadas por las parte en el proceso”. Incluso argumenta el mismo autor, ídem, pág. 246, que el convencimiento judicial será necesario en todo caso a los efectos de la obtención de una sentencia favorable incluso cuando se trate de reglas tasadas, “dado que la LEC limita considerablemente este tipo de reglas (arts. 316 y 319.I)”.

¹⁰ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con otros), cit., pág. 345. También con esta idea omnicompreensiva de prueba, MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, II, *Proceso Civil*, (con GÓMEZ, MONTÓN y BARONA), cit., pág. 247, la define como “actividad procesal por la que se tiende, bien a alcanzar el convencimiento psicológico del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los datos que han sido aportados al proceso, bien a fijarlos conforme a una norma legal”. Es más, este mismo autor y obra critica la concepción que atiende solamente a la convicción judicial en cuanto supone desconocer la existencia de criterios legales de fijación de hechos. Aunque quizá algo menos preciso, en una línea similar, GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Prueba:

la “actividad para convencer al juez del ajuste a la realidad de las afirmaciones de las partes o para fijarlas formalmente a los efectos de la resolución sobre el objeto del proceso”. Lo que implica un “acto de disciplina y humildad”¹¹, pues las partes someten a contraste sus afirmaciones a través del tamiz de los medios de prueba.

En fin, aunque determinados hechos puedan quedar exentos de prueba, ésta pueda ser sustituida por otra más sencilla o incluso la ley pueda considerarlos fijados mediante normas especiales de carga de la prueba, muchas veces denominadas con escasa precisión técnica como normas “de inversión de la carga de la prueba” o incluso como “presunciones legales”, cuando los datos fácticos no se encuentren o puedan considerarse fijados, la norma prevista para situaciones genéricas no podrá ser aplicada en el caso concreto. Entonces el primer perjudicado será la parte que tenía la expectativa de beneficiarse de la aplicación del derecho en el caso concreto; el segundo, la calidad de una resolución que quizá sea inhábil para dar satisfacción a quien material, verdadera o realmente la hubiera merecido. Aquí es donde la prueba de oficio puede –y debe- cumplir su papel. Por supuesto, bien coonestada con las garantías y derechos propios del proceso civil.

II. POLITIZACIÓN, CALIFICACIÓN Y DES-CALIFICACIÓN EN TORNO A UN PROBLEMA TÉCNICO

Ha retomado actualidad un tema polémico como es el de las ideologías en el proceso civil, especialmente virulento en materia probatoria¹². Digo que ha retomado porque no es un tema precisamente nuevo. Sin embargo, parece que han sido los relativamente recientes trabajos de autores como entre otros MONTERO¹³, los que parece que han puesto “de moda” el tema, sobre todo polémico en Iberoamérica. Ahora bien, ha de quedar claro que la polémica ya estaba servida hacía años, y que no se ha descubierto nada que no estuviera ya planteado. Hace casi dos décadas CAVALLONE¹⁴ daba cuenta, por una parte, de la postura que preconizaba GRASSO como “principio de colaboración” entre partes y juez, no como incierto correctivo del proceso civil sino como instrumento directo instrumento de edificación original del proceso; y por otra, la de FAZZALARI y su apasionada defensa del dogma de la imparcialidad del juez frente a

disposiciones generales (arts. 281-292)”, en *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. T. 3 (arts. 281 a 516)*, (Dir.: GARBERÍ), Bosch, Barcelona, 2001, pág. 8, define la prueba como la “actividad procesal en la que, mediante la práctica de los diferentes medios de prueba, se pueden alcanzar resultados probatorios a los efectos de acreditar las respectivas pretensiones de las partes”.

¹¹ RAMOS MÉNDEZ, F., *Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 362.

¹² Véase un panorama de la polémica en VARGAS SILVA, L. E., “Las ideologías en el proceso civil contemporáneo ¿entre politización y falacias?”, en *Derecho Procesal Civil, XXI Jornadas Iberoamericanas*, Universidad de Lima, Lima, 2008, págs. 25-64. Asimismo, conviene la lectura, al menos, VVAA, *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (coor.: MONTERO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. PARRA QUIJANO, J., *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Temis, Bogotá, 2004. Asimismo, la lectura de CAVALLONE, B., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Cedam, Padova, 1991, págs. 83-9, nos hará comprender que no es un tema nuevo, sino que ya estaba formulado desde hacía algunos años. Por último, especialmente imprescindible es la lectura, entre otras de sus obras, TARUFFO, M., “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, en *Le prove nel processo civile. Atti del XXV Convegno Nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, págs. 53-90.

¹³ MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., págs. 465-98.

¹⁴ Véase CAVALLONE, B., *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., págs. 86-9.

las amenazas de quienes pretenden avanzar en que que el juez intervenga para proteger al litigante más débil. Lo bien cierto es que, en la actualidad, el debate en Iberoamérica gravita sobre todo en torno a las posiciones de autores como MONTERO, y que podemos resumir en lo siguiente:

La evolución de la función jurisdiccional, del proceso civil y especialmente de la prueba en los dos últimos siglos constata que lo relativo a los poderes del juez y a la prueba de oficio se basa en la concepción ideológica de las relaciones entre el Estado y el Individuo. A partir de ahí, observa como la posición caracterizada por la atribución al juez de un deber de alcanzar la que se llama “verdad material” es propia del sistema inquisitivo que, en su opinión, puede también denominarse autoritario y de oficialidad. Por el contrario, el sistema dispositivo, que igualmente según el mismo autor puede denominarse como “liberal” y “garantista”, se caracterizaría en que un juez independiente e imparcial se encuentra en situación de superioridad, de modo que son las partes las que asumen la carga de la prueba con las consecuencias de su falta. En este caso, el juez decide no solamente conforme a los hechos alegados por las partes sino también con los medios de prueba propuestos por ésta y por él admitidos, y siempre con sujeción al principio de legalidad. La cuestión así no sería en realidad técnica sino estrictamente ideológica. Las concepciones sobre los poderes del juez en los diversos regímenes, liberal, comunista, nazi, fascista... eran políticas y no se ocultaban bajo “capa técnica alguna”¹⁵, y, en definitiva, aumentar los poderes del juez en materia probatoria sería propio del sistema inquisitivo, autoritario o fascista.

Desde luego, lo que no resulta dudoso en el anterior planteamiento es que la cuestión de los calificativos utilizados es relevante y poco neutral¹⁶. La politización de la cuestión por el reconocido autor citado viene precisamente de la mano de la utilización de los calificativos. La posición que defiende y que denomina como “liberal” o “garantista” –no en cambio “decimonónica”, como podría calificarse con buenas dosis de razón-, es la de un juez sin poder alguno sobre la prueba. Aunque más bien cabría decir, en mi opinión, que con poderes sobre la misma limitados a la pura “admisión”, dirección en su práctica y posterior “valoración”, lo que, por cierto, tampoco es poco para que un hipotético juez con la voluntad de inclinarse hacia la postura de una de las partes pueda perjudicar seriamente los intereses de la otra. Por su parte, la posición contrapuesta, la de un juez que aumente sus facultades en el proceso civil, se califica con términos como “inquisitiva”, “autoritaria”, cuando no “fascista”, “totalitaria” o similares.

En fin, situado el actual debate sobre la “conveniencia” de los poderes del juez en el plano exclusivo de la “calificación”, viene a decirse algo así: “quien opina que han de aumentar los poderes de oficio se sitúa en posiciones propias de ideologías

¹⁵ MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., pág. 485.

¹⁶ Indica TARUFFO, M., “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, en *Le prove nel processo civile. Atti del XXV Convegno Nazionale*, cit., págs. 56-7, que “questo modo di usare il linguaggio non è comunque neutrale, in virtù della valutazione negativa che l'impiego retorico del termine “autoritario” convoglia verso il processo in cui il giudice è dotato di poteri istruttori, e della valutazione positiva che il termine “liberale” retoricamente convoglia verso il processo in cui il giudice è privo di tali poteri”.

totalitarias”, con toda la carga negativa que generalmente traen aparejadas expresiones como “totalitario”, “inquisitivo” o similares.

Puede ser que ideologías llamadas liberales propugnen como tendencia una mínima intervención estatal, con su reflejo en los poderes del juzgador. Por el contrario, ideologías consideradas como totalitarias de distinto signo político puedan haber propugnado por diversos caminos todo lo contrario: el aumento de la intervención estatal, incluido el ámbito judicial. Como aproximación simplista puede ser más o menos cierto. Pero quede claro que supone una clara simplificación, entre otras cosas, porque las tesis liberales han sido sometidas a revisión, de modo que desde las mismas puede perfectamente admitirse y propugnarse cierta intervención estatal y, además, tales tesis han de pasar en países como España por el tamiz de la Constitución¹⁷. Asimismo, no resulta en absoluto cierto en realidad que poder del juez equivalga a régimen autoritario y su ausencia a régimen liberal¹⁸, ni que pueda considerarse adecuado denominar como “inquisitorio” un sistema por el mero hecho de que se atribuyan al juez amplios poderes de dirección y control del proceso¹⁹.

III. REIVINDICANDO UNA POSICIÓN TÉCNICA

Es perfectamente posible defender cualquiera de las posiciones sin presuponer necesariamente una base ideológica previa, del mismo modo que en regímenes indudablemente democráticos cabe atribuir poderes probatorios al juez y en regímenes totalitarios pueden no encontrarse estos poderes²⁰. Y aunque pueda ser legítimo igualmente mantener opiniones con una exclusiva base ideológica, creo que es posible cuando no conveniente afrontar la cuestión de los poderes del juez desde postulados estrictamente técnicos, sin necesidad o prescindiendo de los términos con que interesadamente puedan calificar la posición que se sostenga.

¹⁷ MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, III, Libro II: artículos 248 a 386 inclusive, (coor.: ESCRIBANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 2204-6, se muestra elocuente cuando afirma que el moderno “proceso social” que deriva de la Constitución, exige una presencia jurisdiccional activa durante la fase de prueba, sin que ello suponga invadir la libertad de los litigantes en la búsqueda de las fuentes y en la proposición de los medios; añade, “la Constitución no acoge un modelo de Estado liberal, sino que define un Estado social democrático de Derecho, de modo que reclama de los poderes públicos exigencias fundamentales en su quehacer”; y concluye, la LEC “no podía ni debía convertir al juez en un mero instrumento de las partes... una vez que se acude a los tribunales, éstos no pueden convertirse en una pura marioneta al servicio del principio dispositivo y de la iniciativa probatoria de las partes”. En todo caso, como advierte TARUFFO, M., “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, cit., pág. 57, “questo orientamento lascia però perplessi per varie ragioni, relativa anzitutto alla mancanza di una teoria politica credibile e sufficientemente articolata”.

¹⁸ Lo constata TARUFFO, M., “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, cit., págs. 61-73, y concluye que “al di là di ogni dubbio ragionevole, che non esiste alcuna connessione tra l'attribuzione al giudice di più o meno ampi poteri di iniziativa istruttoria e la presenza di regimi politici autoritari e antidemocratici”. Y así se constata, entre otros ejemplos, con los poderes probatorios de oficio que se atribuyen actualmente a ordenamientos jurídicos de Estados indiscutiblemente democráticos. Véase CAPPELLETTI, M., *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, (trad.: SENTÍS), cit., págs. 77-9. Y como ejemplo concreto, el art. 143 del Nouveau Code de Procedure Civile francés dispone la general posibilidad de prueba de oficio cuando dispone que “les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible”.

¹⁹ CAPPELLETTI, M., *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, (trad.: SENTÍS), cit., pág. 64.

²⁰ La LEC española de 1881 es un buen ejemplo, que en este aspecto y sin perjuicio de matices, se mantuvo vigente por diversas situaciones políticas, incluyendo el régimen –por llamarlo de algún modo– “preconstitucional” español durante la dictadura.

Lo científico es atender asépticamente a las ventajas e inconvenientes que ofrezca cada posición a los efectos de un tutela judicial de mayor calidad y a una protección superior de los derechos de las personas²¹. Ciertamente la ausencia de facultades judiciales en materia probatoria ofrece al menos una apariencia de imparcialidad; pero asimismo su atribución también favorece alcanzar resoluciones de mayor calidad en cuanto reduce las decisiones consecuencia de insuficiencia o inexistencia de material probatorio, o, en otros términos, por aplicación de la carga de la prueba²².

Sin perjuicio de que la toma de postura en este aspecto pueda corresponderse o coincidir tendencialmente con lo que históricamente se propugnó por determinados regímenes políticos o por algunas ideologías, y de opciones personales por las que puedan adscribirse a un determinado sector político²³, debería adoptarse por los científicos y estudiosos del Derecho Procesal prescindiendo de prejuicios y etiquetas, atendiendo única y exclusivamente a elementos técnicos por los que, ponderando sus ventajas e inconvenientes, pueda mejorarse la tutela judicial y la salvaguarda de los derechos. En ese sentido, hago propias las palabras de TARUFFO²⁴ cuando afirma que se ha de reconducir el problema de los poderes de oficio del juez a los límites de una correcta discusión científica abandonado polémicas ideológicas nebulosas cuando no inútiles.

Considero inadecuado y manipulador circunscribir el debate meramente a su calificación en términos ideológicos. En este debate no se trata tanto de que se considere preferible buscar la verdad material (o real) sobre la formal, puesto que como sabemos ontológicamente no hay categorías de verdad, y ni siquiera el concepto de “verdad” es absoluto sino más bien relativo. Pero no es irrelevante que lo fijado en la

²¹ Y esto lo afirmo a pesar de que se haya hablado (CAVALLONE, B., *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pág. 48), de “*la propensione a marchare quelle implicazioni “dietro la neutralità delle mere opzioni tecniche” non sembra tanto una prerogativa dei giuristi di ieri rispetto a quelli di oggi, quanto un fenomeno ricorrente, originato dal sempre rinnovato tentativo di prospettare come “obviettivamente migliori” o “più razionali”, così accrescendone la forza persuasiva, soluzioni in realtà fondate su trasparenti giudizi di valore.*”

²² Explica, por ejemplo, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “El procedimiento probatorio”, en *Derecho Procesal Civil. Parte General*, (con MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 237, que la naturaleza dispositiva “no impone que el juez quede totalmente maniatado en el amplio campo de los actos probatorios. Un juez, mero espectador de lo que las partes hacen en materia probatoria en el proceso, no es la mejor garantía para la obtención de la decisión justa... la más adecuada a la realidad fáctica y jurídica de las cosas”. Asimismo, ASECIO MELLADO, J. M^a., “Artículo 217. Carga de la prueba”, en *Proceso Civil Práctico III*, (dir.: GIMENO; coor.: MORENILLA), La Ley-Actualidad, Madrid, 2001, pág. 1-173 que “la introducción de poderes de oficio en orden a la práctica de pruebas y la búsqueda, pues, de la realidad de los hechos, cual sucede en los procesos inquisitoriales (art. 752) llevaría a soluciones más adecuadas a la realidad y evitaría tanto y a pesar de los correctivos a las reglas de distribución ahora existentes en la propia norma, el abuso por parte de los litigantes, cuando la emisión de sentencias de manera simple”. En una línea tajante a favor de la prueba judicial de oficio en el proceso civil, NOYA FERREIRO, M^a. L., *Las diligencias finales en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 65-8.

²³ Por supuesto que igualmente puede defenderse legítimamente partiendo de una base ideológica. En mi opinión se vislumbra en la posición que mantienen GIMENO SENDRA, V., y MORENILLA ALLARD, P., *Derecho Procesal Civil. I*, cit., pág. 393, cuando afirman que “no compartimos la necesidad de la vigencia casi-absoluta del principio de aportación de parte en su vertiente probatoria en el proceso civil, por tratarse de un paso atrás en el camino, ya emprendido, hacia la Justicia civil social, que persigue un acercamiento a la verdad formal (hoy dominante en el proceso civil) a la material”.

²⁴ TARUFFO, M., “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, cit., pág. 90, dice que se ha de “*riconduire il problema dei poteri istruttori del giudice entro i confini di una corretta discussione scientifica e di accantonare polemiche ideologiche nebulose quanto inutili.*”

resolución se acerque a la realidad en la medida de lo razonablemente posible. Al margen de calificaciones políticas y hasta de sus ventajas técnicas, se trata de encontrar el camino hacia la justicia²⁵, por la vía de la fijación de los elementos fácticos en la sentencia en condiciones óptimas para aproximarse algo más a la realidad²⁶. Ahora bien, sin olvidar la perspectiva de las garantías que han de establecer las condiciones y los límites a la iniciativa de oficio.

Negar toda posibilidad a la prueba de oficio equivale a mostrar indiferencia respecto a que el juez aplique el derecho sobre unos hechos inexistentes o inciertos²⁷. Sin embargo, no comparto plenamente, y por tanto no estimo como obvia, la consideración de que la “justicia” depende también –o en exclusiva- de la verdad de los hechos enjuiciados. Tal afirmación equivale tanto como a negar la misma justicia. El logro de la verdad absoluta es un fin más que dudosamente alcanzable y hasta incluso en ocasiones al menos ni siquiera ha de pretenderse alcanzar la verdad relativa. Como he resaltado al principio, en ocasiones el ordenamiento jurídico renuncia a ello por razones tan importantes como el respeto a la libertad de las partes, la salvaguarda de los derechos fundamentales o simplemente como exigencia de las limitaciones humanas y del contexto procedimental en el que se desarrolla la prueba.

En mi opinión, el tema merece una postura más realista o, si se quiere, más modesta, aunque sea sin abandonar el ideal de que la fijación fáctica se produzca con el mayor índice de calidad posible (léase, acercándose a la verdad al máximo). En el contexto del proceso civil y como punto de partida, la justicia se alcanzará cuando, entre otras cosas, la fijación del material se produzca mediante los mecanismos formales legalmente previstos para tal fin. Pero no resultan inocuos los resultados que ofrezcan estos mecanismos. Ciertamente el respeto a los derechos individuales y a la disponibilidad de los mismos ha de permitir que se exima de prueba los hechos sobre los que no exista controversia, con independencia de su correspondencia con la realidad. Ahora bien, en otros muchos casos, el mecanismo de fijación se justifica en la medida que implique certeza y verdad. Así, por ejemplo, el juez ha de creer a un testigo y no a otro en función de que lo manifestado por él pueda ser entendido como verdad y por tanto tomado como cierto o, en otras palabras, aceptado como probable.

La ineficacia de los mecanismos legalmente previstos para la fijación, sea por defectos internos o por condicionantes externos al proceso, permiten una valoración de los mismos mediante parámetros de calidad con incidencia en la “justicia” de la

²⁵ Como dice, CARRATA, A., “Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)”, cit., pág. 103, con cita de Tulio Ascarelli, la justicia se encuentra “*soprattutto nel cammino seguito pel risultato*”.

²⁶ ALVARADO VELLOSO, A., *La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 25, nota 16, argumenta que cuando se habla de aproximarse a la realidad nada tiene que ver con la verdad real. Para ello cita la obra de CAVALLERO (*Justicia inquisitorial: el sistema de justicia criminal de la inquisición española*, Ariel, Argentina, 2003), quien se refiere a la “verdad real” como la verdad del rey. Tras esto concluye con que la búsqueda de la verdad real por parte del juez que actúa inquisitivamente tiene el único objeto de hacer coincidir el resultado del objeto investigado con lo querido por él mismo.

²⁷ TARUFFO, M., “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, cit., pág. 78, afirma que “*risulta ovvio che chi assume una posizione di assoluta indifferenza rispetto all'accertamento della verità sia anche incline ad adottare un sistema in cui le parti dispongano in via esclusiva di tutte le iniziative istruttorie*”.

resolución. En aras de alcanzar una mayor calidad en la resolución, merecerán ser corregidos por la intervención judicial en justo equilibrio con las garantías de las personas.

Desde luego, no parece una opción adecuada justificar déficits de calidad, y por ende de justicia, con una afirmada salvaguarda a ultranza de las garantías de las partes. En abstracto, no encuentro en lugar alguno que la atribución de ciertos poderes al juez deba implicar negación ni siquiera limitación de las garantías de las partes. En casos particulares, soy consciente de los peligros que en su aplicación práctica puede tener el mal uso de los poderes por constelaciones de jueces tendentes a ejercerlos según su particular y muchas veces dudoso sentido de la “justicia”. Este último se trata de un problema que ha de resolverse en el caso concreto mediante las medidas correctoras que correspondan, pero también impone reclamar un justo equilibrio en el cóctel entre garantías de las partes y calidad de la resolución que el legislador nos ofrezca²⁸.

La mejora de la “administración de justicia” ha de ser una empresa irrenunciable para el poder público. En mi opinión, no se justifica que se abandone con el pretexto de que el objetivo último del proceso sea la resolución de conflictos privados. Salvo que acudamos a soluciones ajenas a la jurisdicción, y todavía en ese ámbito con prevenciones, forma parte de la responsabilidad pública que la calidad de la justicia y las garantías del proceso queden equilibradas, armonizadas y razonablemente ponderadas en cada ordenamiento jurídico.

Otra cosa es que actualmente presenciamos como, en relación con los poderes del juez, en el proceso civil se propugne una tendencia contraria a la del proceso penal. Tratándose de un problema técnico, entiendo que efectivamente sería conveniente algún esfuerzo de coherencia en ese sentido²⁹. Al menos, habrían de justificarse las razones por las que, en un contexto de imposición de penas por el Estado, afectantes a derechos tan fundamentales como la libertad individual (y lamentablemente a veces también la integridad física y hasta la vida) de las personas, adquiere especial relevancia la salvaguarda de las garantías de las partes. Esto explicaría que en el proceso penal se signifiquen aspectos como la imparcialidad judicial, de modo similar a

²⁸ Comparto con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “El procedimiento probatorio”, en *Derecho Procesal Civil. Parte General*, (con MORENO), cit., pág. 237 que “es importantísimo el equilibrio entre los poderes del juez y las partes en materia probatoria... pasa... por dar al juez los más amplios poderes de dirección formal y material del proceso en la admisión y práctica, así como en la actividad, probatoria, y por concederle excepcionalmente poderes para proponer y practicar pruebas de oficio”. Esto último implica, como a continuación explica, que las partes tengan todos los poderes en materia de proposición de prueba y que el órgano judicial no debería poder practicar prueba de oficio, salvo en supuestos excepcionales como procesos “inquisitivos” y en el caso de prueba de peritos cuando no habiendo sido solicitada por las partes la entienda necesaria dado su nivel de conocimientos. Otros supuesto, incluidos los casos excepcionales recogidos en el art. 435.2 LEC, no debería corresponder al juez.

²⁹ ALVARADO VELLOSO, A., *La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*, cit., pág. 23, pone de manifiesto como los procesalistas civiles sostienen cada día más denodadamente la necesidad de dotar al juez de mayores poderes instructorios y en cambio los procesalistas penales exigen cada día con más fuerza que “se retacee desde la ley toda posibilidad de actividad probatoria en el juez”. Todo ello implica, en palabras de este autor, “un exótico cruzamiento filosófico doctrinal: en tanto se pretende penalizar cada vez más al proceso civil, se civiliza cada vez más el proceso penal”. Se pregunta, en definitiva que si todo esto, además de ilegítimo, es absolutamente esquizofrénico.

como rige en el mismo proceso la presunción de inocencia y el criterio del *indubio pro reo*, aunque sea a costa de que eventualmente pueda no imponerse la correspondiente pena a quien efectivamente pueda haber sido autor del delito. Y, en cambio, quizá no merezca tal atención especial a las garantías en otro contexto en el que principalmente están en juego aspectos patrimoniales, de modo que la aspiración a una resolución de más calidad a través de la prueba de oficio puede ser especialmente idónea aunque sea a costa de una cierta afección en las garantías en comparación con el proceso penal.

IV. UNA REFERENCIA MÁS QUE PANORÁMICA A LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

En línea generales no rige la prueba de oficio en los procesos dispositivos. El art. 216 LEC es claro cuando dispone que “los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes”. Lo que se traduce en que el art. 282 LEC establezca que “las pruebas se practicarán a instancia de parte”. Así y todo, esta regla general se limita ya por los mismos preceptos citados cuando se previene que el principio de justicia rogada regirá “excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales”, de modo que “el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley” (arts. 216 y 282 *in fine* LEC)³⁰.

Y efectivamente la ley establece esta posibilidad fundamentalmente cuando se trata de procesos no dispositivos (art. 752.1 LEC). En cambio, en los procesos dispositivos solamente cabe encontrar algún supuesto puntual de previsión que permitiría aumentar levemente las facultades judiciales más allá de la simple admisión de las pruebas propuestas por las partes, dirección de su práctica y valoración de la misma³¹. Aunque sea de forma matizada, implica incipientemente ese aumento de facultades las previsiones generales de los arts. 429.1.II LEC (deber de advertir la insuficiencia probatoria y posibilidad de indicar los medios de prueba que la parte puede instar) y 435 LEC (diligencias finales). Asimismo, la misma LEC contempla situaciones en las que, aunque sea una vez acordada la prueba previa proposición de la parte, el juez podrá ejercer sus facultades para concretar el ámbito y contenido de la prueba mediante la formulación de preguntas a las partes (306.1.II y 2 LEC), peritos (347.2 LEC) o testigos (372.2 LEC), la determinación de los extremos a los que abarcará el reconocimiento judicial (art. 353.2 LEC), o mediante la adopción de careos (art. 373.1 y 2 LEC). Todo ello con el objetivo de obtener una resolución de mayor calidad en cuanto

³⁰ Sobre estos y otros aspectos de la prueba, entre otros, puede verse mi trabajo BONET NAVARRO, J., *La prueba en el proceso civil. Apuntes y reflexiones sobre algunos aspectos fundamentales*, Grupo Difusión Jurídica, Madrid, 2009.

³¹ Así y todo, algún autor, como VAREA ORBEA, J., “El control judicial de la prueba ilícita en el proceso civil español”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, (dir.: ABEL y PICÓ), J. M. Bosch, Barcelona, 2007, pág. 414, propone iniciativa de oficio en algún supuesto no claramente contemplado en la ley como en el caso de que se inicie de oficio el incidente del art. 287, entiende que el juez ha de poder proponer prueba “lo que evitaría los efectos perjudiciales derivados de la inactividad de las partes”.

se adoptará evitando en la medida de lo posible las graves consecuencias de la ausencia o insuficiencia probatoria.

Las posibilidades de prueba de oficio en los procesos dispositivos, incluido el pronóstico sobre cómo aplicará el juez la carga de la prueba del art. 429.1.11 citado, como también la prueba de oficio en los procesos no dispositivos³², estimo que no implican una especial infracción de las garantías. De todos modos, y en cualquier caso, el análisis sobre ello no ha de ser apriorístico para negar o para afirmar la posibilidad de prueba de oficio, sino que, en atención a cada una de las facultades, valorar si efectivamente se sirve una prueba de oficio souer, cóctel agitado y revuelto entre la búsqueda de la verdad y las garantías de las partes.

³² Esto ya no lo afirmo tan tajante. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., págs. 528-9 y 537-7, cuestiona la constitucionalidad del art. 752 LEC y los demás específicos, salvo el art. 759.1 LEC básicamente porque supone atribuir funciones al juez propias de las partes y por no resultar consecuente en comparación con la doctrina relativa al art. 729.2º LECrim por la que se considera contrario a la imparcialidad judicial que en el proceso penal se acuerden pruebas de oficio en el juicio oral. Afirma que estos preceptos *“deben ser calificados de contrarios a la Constitución por serlo a la imparcialidad judicial (...) se atribuyen al juez facultades que son contrarias a la función del mismo en el proceso, pues se es, y al mismo tiempo, juez y parte”*.