

CAPÍTULO I

Sobre la prueba, el derecho a la prueba y la técnica probatoria¹

1. Introducción. 2. Nociones generales sobre la prueba. 2.1. Qué es prueba. 2.2. Qué se prueba. 2.3. Con qué se prueba. 2.4. Quién prueba. 2.5. Cómo se valora la prueba. 3. Nociones generales sobre el derecho a la prueba en el proceso civil. 3.1. Contenido. 3.2. Proyección sobre la legalidad ordinaria. 3.2.1 Mandatos al legislador. 3.2.2 Mandatos al juez. 3.2.3 Mandatos a las partes. 4. Reflexiones sobre la técnica probatoria. 4.1. El abogado. 4.1.1. Su relación con los hechos. 4.1.2. Presentación de los hechos en la demanda. 4.1.3. Preparación de las pruebas. 4.1.4. Intervención del letrado durante la práctica de los medios de prueba. 4.1.5. Las conclusiones. 4.2. El Juez. 4.2.1. Su relación con los hechos. 4.2.2. El juicio sobre la admisión de los medios de prueba. 4.2.3. Facultades judiciales durante la práctica de la prueba. 4.2.4. La construcción de la decisión judicial. Bibliografía.

1. Introducción

En el presente capítulo se abordan los clásicos interrogantes del derecho probatorio —qué es prueba, qué se prueba, con qué se prueba, quién prueba y cómo se valora la prueba— en relación con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). Se pretende precisar algunas nociones fundamentales sobre la prueba civil y verificar su encaje en el modelo de prueba civil diseñado por el legislador de la LEC. En otras palabras, cómo el legislador civil español ha articulado algunas de las nociones fundamentales del derecho probatorio.

Por otra parte, a partir de la constitucionalización del derecho a la prueba, mediante el reconocimiento del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), se definirá su contenido y su proyección sobre la legalidad ordinaria en forma de mandatos al legislador, al juez y a las partes.

Y finalmente se abordarán algunas reflexiones de técnica probatoria, particularmente sobre el arte de convencer al juez de las afirmaciones que se efectúan en los escritos iniciales de alegaciones y que sostienen la pretensión del actor y la resistencia del demandado.

1 Publicado en «Objeto y carga de la prueba civil», J.M.Bosch, 2007. Revisado y ampliado para la presente obra.

2. Nociones generales sobre prueba

2.1. Qué es prueba

Nos dice SENTÍS MELENDO que «la prueba no consiste en averiguar sino en verificar»². Averiguar, según el mismo autor, «significa tender, ir, caminar, hacia algo, en este caso la verdad»; mientras que verificar «se refiere a hacer o presentar como verdad, como cierto»³.

Prescindiendo ahora de si la función de la prueba es alcanzar la verdad (procesal o material) u otra distinta⁴, en términos similares se han pronunciado MONTERO AROCA al señalar que «la actividad probatoria no es investigadora, sino verificadora de las afirmaciones de hecho de las partes»⁵ y MUÑOZ SABATÉ, quien sostiene que «la investigación no es prueba» y que «la prueba es verificación de una afirmación»⁶.

El juez no averigua los hechos sometidos a controversia, sino que verifica los hechos aportados por las partes para reconstruir la pequeña historia del proceso. Averiguar los hechos y aportarlos al proceso es carga de las partes, verificar los hechos ya aportados al proceso es deber del juez.

La actividad probatoria, por ende, varía atendiendo al reparto entre las cargas de las partes y los deberes del juez. Para la parte «probar» se traduce en la carga de indagar, buscar, investigar; mientras que para el juez «probar» consiste en el deber de verificar, comprobar, tener por cierto. En gráfica y sintética expresión de MUÑOZ SABATÉ, «las partes prueban y el juez comprueba»⁷.

2 SENTÍS MELENDO, S., *La prueba*, EJEA, Buenos Aires, 1947, p.12.

3 SENTÍS MELENDO, S., *La prueba*, ob. cit., pp. 55 y 76.

4 FERRER BELTRÁN, J., (*Prueba y Verdad en el derecho*, ed. Marcial Pons, Barcelona, 2002), desde la perspectiva de la filosofía del derecho, defiende que la finalidad de la actividad probatoria es la búsqueda de la verdad, resultando inadmisibile la distinción entre distintos tipos de verdades, siquiera desde una concepción garantista de la aceptabilidad de la resolución judicial no se exige la verdad de un enunciado para que éste puede declararse como probado.

Una de las claves pasa por la distinción entre «ser verdadero» y «ser tenido por verdadero» (pp. 82 a 88): «la finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso. Cuando los específicos medios de prueba incorporados al proceso aportan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de una proposición (lo que no debe confundirse con que la proposición sea verdadera), entonces puede considerarse que la proposición está probada. En ese caso, el juez debe incorporarla a su razonamiento decisorio y tenerla por verdadera» (p.84).

5 MONTERO AROCA, J., *La Prueba en el Proceso Civil*, 3ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2002, p.38.

6 MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C 1/2000*, J.M.Bosch, Barcelona, 2001, pp. 41 y 85.

7 MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos...*, ob. cit., p.431.

La LEC elude la definición de prueba, y en el capítulo destinado a las disposiciones generales sobre la prueba, regula el objeto y necesidad de la prueba (art. 281 LEC), las reglas sobre la iniciativa de la actividad probatoria (art. 282 LEC) y los criterios sobre su admisibilidad (art. 283 LEC).

Son, por el contrario, numerosas las definiciones doctrinales⁸. Por nuestra parte, la prueba es la actividad desplegada generalmente por las partes, y excepcionalmente de oficio por el juez, cuya finalidad es verificar las afirmaciones sobre los hechos aportados

8 Sin ánimo exhaustivo, y atendiendo a la triple finalidad de la prueba apuntada por MONTERO AROCA (*La Prueba en el Proceso Civil*, ob. cit., pp. 36 y ss.) de «fijar hechos», «convencer al juez» y «la certeza», podemos efectuar la siguiente clasificación:

A) Definiciones que atribuyen a la prueba la función de «fijar hechos»: CARNELUTTI, F., (*La Prueba Civil*, 2ª ed., EJEJA, ed. Desalma, pp. 44 y 91) «prueba es fijación formal de los hechos controvertidos».

B) Definiciones que atribuyen a la prueba la función de «convencer al juez»: SENTÍS MELENDO, S., (*La prueba*, ob. cit., pp. 16 y 22) «la prueba es la verificación de afirmaciones formuladas por las partes, relativas, en general, a hechos y excepcionalmente a normas jurídicas, que se realizan utilizando fuentes la cuales se llevan al proceso por determinados medios»; y «la prueba es verificación –de afirmaciones– utilizando fuentes que se llevan al proceso por determinados medios –aportadas aquéllas por los litigantes y dispuestos éstos por el juez– con las garantías jurídicas establecidas –ajustándose al procedimiento legal– adquiridas para el proceso –y valoradas de acuerdo con las normas de la sana crítica– para llegar el juez a una convicción libre». MUÑOZ SABATÉ, LL., (*Fundamentos...*, ob. cit., pp. 25-26; *Curso de probática judicial*, ed. La Ley, Madrid, 2009, p.23), no sin antes prevenirnos que la noción de prueba está sujeta a muchos matices y puede enfocarse desde tres direcciones –según se acentúe el factor resultado, medios o actividad–, desde la óptica del resultado la define, –siguiendo a ROSEMBERG–, como «la actividad para convencer al juez de la verdad o falsedad de una afirmación»; SERRA DOMÍNGUEZ, M., (*De la prueba de las obligaciones*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t.XVI, vol. 2º, Albaladejo, M. (dir), 2ª ed., ed. Edersa, Madrid, 1991, p.9) afirma que «podemos definir el concepto extrajurídico de prueba como una actividad de comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos encaminada a formar la convicción de una persona». En palabras de la STS, Sala 1ª, de 16 de junio de 2010, fto. jco. 5º (La ley 152843/2010) «la prueba tiene por finalidad convencer al Tribunal de la realidad de los hechos».

C) Definiciones que atribuyen a la prueba a «la certeza respecto de las afirmaciones de hechos de las partes»: MONTERO AROCA, J., (*La Prueba en el Proceso Civil*, ob. cit., p.39) «la actividad procesal tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos»; GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G., (*La prueba civil*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2004, p.28) «actividad procesal en la que, mediante la práctica de los diferentes medios de prueba, se pueden alcanzar resultados probatorios a los efectos de acreditar los hechos que conforman y en que se fundamentan las respectivas pretensiones de las partes».

D) Definiciones mixtas, que contienen elementos de las anteriores: PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L., (*Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., ed. Tecnos, Madrid, 1989, p.143) «Prueba es la actividad que desarrollan las partes con el Tribunal para llevar al Juez la convicción de la verdad de una afirmación o para fijarla a efectos del proceso». DE LA OLIVA SANTOS, A. con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., (*Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000, p.285) «aquella actividad que desarrollan las partes con el tribunal para que éste adquiera el convencimiento de la

por las partes y determinar la certeza de los hechos controvertidos, que se plasman en la sentencia a través de la motivación fáctica, basada ora en reglas tasadas ora en la sana crítica.

La anterior noción descansa sobre:

- a) La iniciativa probatoria, pues aun cuando la iniciativa debe recaer sobre las partes (art. 282, proposición primera, LEC), en coherencia con los principios dispositivo y de aportación de parte (art. 216 LEC), existen concesiones, más o menos limitadas, a la iniciativa probatoria de oficio (art. 282, proposición segunda, LEC), y reveladoras del reparto de poderes entre las partes y el juez⁹.
- b) El objeto de la prueba, pues son siempre afirmaciones sobre hechos efectuadas por las partes en sus escritos de alegaciones (arts. 399.3 y 406.3 LEC) y que conforman el substrato (*causa petendi*) de sus respectivas pretensiones.
- c) La finalidad de la prueba, pues la tutela judicial se limita, en cualesquiera de sus clases (art. 5 LEC), a tener por ciertos unos hechos sometidos a la decisión del juez a partir de las pretensiones deducidas por las partes (arts. 216 y 218.1 LEC).
- d) La motivación del juicio fáctico (art. 218.2 LEC), que es el proceso mental del juez en el que, aplicando reglas tasadas o de libre valoración, establece qué hechos han resultado probados y en virtud de qué medios de prueba.

Merece una valoración positiva que el legislador haya soslayado el concepto de prueba civil, pues no es misión del legislador ofrecer definiciones de carácter doctrinal, máxime en nociones, como ésta, que, como hemos visto, son susceptibles de enfoques diversos.

Junto con la prueba, y dentro del Derecho Probatorio, esto es, el conjunto de normas que disciplinan la proposición, admisión, práctica y valoración de las pruebas, debemos hacer una mención singular a la Probática, entendida como ciencia de los hechos en el proceso y que representa las técnicas o el arte de verificación de los hechos extraprocesales. Se trata de un saber multidisciplinar, en el que interviene no solo el Derecho probatorio, sino también la lógica y la psicología, cuya finalidad –en palabras de uno de sus grandes cultivadores– es la de «rescatar del pasado relacionado históricamente con los hechos que se intenta probar en el proceso, bien sea por medios convencionales o científicos, todos aque-

verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica o para fijarlos como ciertos a los efectos de un proceso».

9 Ya en el *Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, aprobado por el Pleno del CGPJ en 11 mayo de 1998, se decía «[...] también desde la perspectiva de la prueba merece destacarse como faceta esencial el papel que desde el Consejo General del Poder Judicial se propugna como idóneo para el Juez en el proceso: nunca el de mero espectador, sino el de director e impulsor, con iniciativa propia, a partir del marco procesal delimitado por las partes y sobre la base de su aporte probatorio, tanto para conseguir su materialización efectivo, como para completarlo, en caso necesario» (en «Reformas del Proceso Civil», CGPJ, Madrid, 1998, p.159).

llos datos idóneos que puedan representarlo o reconstituirlo, y sucesivamente mediante la retórica en fase de *conclusiones* darle una coherencia persuasiva para que el juez los estime como evidentes»¹⁰.

2.2. Qué se prueba

El objeto de la prueba no son los hechos, sino las afirmaciones que sobre los hechos efectúan las partes, tal como apunta SERRA DOMÍNGUEZ¹¹, o los enunciados sobre hechos, como indica TARUFFO¹². Los hechos existen en la realidad, fuera del proceso, y en el proceso se verifican las afirmaciones que las partes efectúan sobre los mismos y a través de los escritos de alegaciones.

Incluso autores que han defendido que en el proceso se prueban los hechos han matizado su postura. Así STEIN, tras afirmar que son objeto de prueba los hechos, añade que «el juez sólo se enfrenta directamente con los hechos en la inspección ocular. En todos los demás casos, se le presentan como afirmaciones de las partes»¹³. Y en nuestra doctrina GARCIMARTÍN MONTERO precisa que los hechos necesitan de la carga de la alegación, por lo que concluye que son objeto de prueba «los hechos en cuanto afirmados o las afirmaciones en la medida que contienen hechos»¹⁴.

Constituyen, pues, objeto de la prueba las afirmaciones de los hechos que las partes tienen la carga de alegar e introducir en el proceso (art. 216 LEC) y cuyo fundamento, en palabras de la STS de 16 de junio de 2010, «se basa en razones lógicas y derivadas de que son ellas las que los conocen y tienen en un contacto directo»¹⁵. También constituye objeto de prueba las normas jurídicas (básicamente el derecho extranjero y el derecho consue-

- 10 MUÑOZ SABATÉ, LL., *Curso de probática judicial*, ed. La Ley, Madrid, 2010, p.22, quien también apunta que el término <probática> responde a la combinación de la palabra <prueba> con la expresión griega *tekné* (arte, ciencia) (ob. cit., p.21) y que la actividad probática consiste en «el proceso operativo, físico o mental, que desarrolla cualquier sujeto, generalmente institucionalizado (abogado, fiscal, detective, policía, etc.) con la finalidad de investigar y/o probar un hecho de interés para un proceso judicial en preparación o ya activado» (ob. cit., p.28). Del mismo autor puede verse también, *Reflexiones sobre la probática o ciencia de la prueba judicial*, diario la ley, núm. 7128, 5 de marzo de 2009, pp. 1-3.
- 11 SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Contribución al estudio de la prueba*, en «Estudios de Derecho Procesal», ed. Ariel, Barcelona, 1969, pp. 355-366.
- 12 TARUFFO, M., *La prueba de los hechos* (traducción Jordi Ferrer Beltrán), ed. Trotta, Madrid, 2002, pp. 113-119, para quien «en el proceso <el hecho> es en realidad lo que se dice acerca de un hecho: es la enunciación de un hecho».
- 13 STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1990, p.10.
- 14 GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El objeto de la Prueba en el Proceso Civil*, 1º, ed., ed. Cedecs, Barcelona, 1997, p.49.
- 15 STS, Sala 1ª, de 16 de junio de 2010, fto. jco.5º (La Ley 152843/2010).

tudinario) y las máximas de experiencia. Sin embargo, la anterior afirmación precisa una serie de matizaciones.

Primera matización. No todos los hechos se prueban, sino únicamente los hechos controvertidos. Por hecho controvertido entendemos el hecho que afirmado por una parte es negado por la contraria^{16/17}, puesto que el legislador ha impuesto al demandado la carga procesal de pronunciarse expresamente en su contestación a la demanda sobre los hechos alegados por el actor con la demanda, bajo la sanción que el silencio –o las respuestas evasivas– se consideran como admisión de hechos (art. 405.2 LEC). Por lo demás, los hechos afirmados por ambas partes en sus escritos de alegaciones, o los hechos que afirmados por una de las partes son reconocidos por la adversa, son hechos admitidos y, como tales, exentos de prueba (art. 281.3 LEC).

Segunda matización. Las normas jurídicas (básicamente, el derecho extranjero y el derecho consuetudinario) no pueden tener idéntico tratamiento que los hechos a efectos probatorios. La posición del Juez con respecto a las normas jurídicas (*iura novit curia*) no es la misma que con respecto a los hechos, que deben ser introducidos por las partes en virtud del principio de aportación de parte (art. 216 LEC). Podemos afirmar que el *iura novit curia* se traduce en un deber de conocimiento con respecto al derecho interno, escrito y general y en un deber de investigación con respecto al derecho extranjero y al derecho consuetudinario. Propiamente, y en cuanto a las normas jurídicas, no existe una actividad probatoria, en el sentido de «actividad consistente en la comparación entre una afirmación sobre los hechos y la realidad de los mismos encamina a formar la convicción del juez»¹⁸, sino más bien una actividad de averiguación o acreditación, en el sentido de búsqueda de la norma jurídica aplicable al supuesto de hecho¹⁹.

Tradicionalmente se ha considerado que la ley extranjera era, desde el punto de vista procesal, un hecho sujeto a la carga de alegación y prueba por las partes. Tras la promulgación de la LEC, el derecho extranjero, sigue estando sometido a la carga de la alegación, siquiera en cuanto a la prueba el legislador ha previsto una suerte de colaboración entre las partes y el juez (art. 281.2 LEC y STS 3 de marzo de 1997²⁰), de modo que tanto las

16 CARNELUTTI, F., (*La Prueba Civil*, ob. cit., p.15) distingue, a efectos de prueba, entre: a) hechos no afirmados por ninguna de las partes, y que no deben ser tenidos en cuenta por el juez; b) hechos afirmados por todas las partes, que deben ser tenidos en cuenta por el juez; c) hechos controvertidos que son «hechos afirmados pero no admitidos», que comprende el silencio y la declaración de no saber; d) hechos discutidos, que son hechos negados de contrario.

17 La STS, Sala 1ª, de 18 de abril de 2001, fto. jco.2º (RJ 2001\6679) define los hechos controvertidos como «aquellos que afirmados por una parte, los niega la otra».

18 SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La prueba de las obligaciones*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», t.XVI, vol. 2º, ob. cit., p.9.

19 ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*, ed.Tirant lo Blanch,Valencia, 2004, pp. 51-54.

20 STS, Sala 1ª, de 3 de marzo de 1997, fto. jco.5º (RJ 1997\1638).

partes, cuanto el juez, tienen facultades de investigación, discutiéndose en la doctrina si la intervención judicial tiene carácter subsidiario²¹ respecto a la carga probatoria de las partes o tiene carácter principal²², sin olvidar un sector, hoy minoritario, que afirma la existencia de un deber judicial de investigación del derecho extranjero²³.

Tercera matización. Las máximas de experiencia –en conocida y célebre definición de STEIN «definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se han de juzgar en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de estos casos, pretenden tener validez para otros nuevos»²⁴– son reglas no jurídicas que no están sujetas a la carga de la alegación. En cuanto a la prueba debemos distinguir según se trate de máximas que pertenecen a los conocimientos propios de una persona del nivel del juez, y que están exentas de prueba, y máximas de experiencia especializadas, desconocidas por el juez, y que precisan de la prueba pericial²⁵.

La LEC determina el objeto de la prueba, mediante una cláusula general, referida a los hechos (art. 281.1 LEC); una cláusula particular, referida a las normas jurídicas, esto es, el derecho extranjero y el derecho consuetudinario (art. 281.2 LEC); una dispensa absoluta de prueba, referida a los hechos sobre los que exista conformidad entre las partes (art. 281.3 LEC); y una dispensa relativa de prueba, referida a los hechos notorios (art. 281.4 LEC).

Como cláusula general, serán objeto de la prueba «los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso» (art. 281.1 LEC), expresión ésta –la de «guardar relación»– que, como apunta GARBERÍ LLOBREGAT, resulta poco jurídica

- 21 Entre otros muchos, FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *Comentario al art. 281 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Fernández-Ballesteros; Valls-Gombau; Rifá-Soler (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, p.1299; MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos...*, ob. cit., pp. 116 y 117; SEOANE SPIELGEBERG, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, ed. Aranzadi, Navarra, 2002, p.83.
- 22 En esta posición GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., *La Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Forum, Oviedo, 2000, p.350; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los Procesos civiles*, ed. Bosch, Barcelona, 2001, p.12.
- 23 ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., en su monografía *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, ob. cit., pp. 161-163, quien afirma, entre otras conclusiones: a) «No existe carga de la prueba para las partes respecto de la existencia y contenido del derecho extranjero y sí, por el contrario, un auténtico deber oficial de investigación; y b) con independencia del deber oficial de investigación, las partes tienen derecho a interesar que se practique actividad procesal tendente a obtener el conocimiento de la norma jurídica extranjera aplicable».
- 24 STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, (traducc. De la Oliva) Pamplona, 1973, p.27.
- 25 MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 74-75; ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, 10ª ed., Aranzadi, Navarra, 2010, p.358; MORENO CATENA, V., *Comentario al art. 281 LEC*, en «El Proceso civil», vol. III, Escribano Mora, F. (coord.), Valencia, 2001, p.2202; RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, t.I, ed. Atelier, Barcelona, 2009, p.612.

y nada expresiva de cuáles son los hechos que deben probarse y cuáles no²⁶. Se trata de una fórmula doctrinal y genérica, que poco aporta sobre el objeto de la prueba, y de la que se podría perfectamente prescindir. Con mayor precisión, en el informe al Anteproyecto de la LEC del CGPJ, se identificaba como objeto de la prueba «los hechos alegados por las partes como base de sus respectivas pretensiones, sobre los que no se alcanza o expresa conformidad, o no resulten notorios»²⁷.

Como cláusula particular, serán objeto de prueba la costumbre, salvo conformidad de las partes en su contenido y vigencia²⁸, y será objeto de prueba el derecho extranjero, en su contenido y vigencia (art. 281.3 LEC). Se trata de una norma novedosa, y pese a sus imperfecciones técnicas²⁹, aborda el tratamiento probatorio del derecho extranjero y del derecho consuetudinario, superando el silencio de la LEC de 1881.

Se articulan, además, sendas dispensas de prueba. Una absoluta, que afecta a los hechos sobre los que existe conformidad sobre las partes (art. 281.3 LEC) —con la salvedad de los procesos no dispositivos (art. 752.2 LEC)—. Y otra relativa, que afecta los hechos notorios, siempre que su notoriedad sea absoluta y general (art. 281.4 LEC). Califico la dispensa de «relativa», por cuanto, de una simple comparación entre los apartados 3 (hechos admitidos) y 4 (hechos notorios) del art. 281 LEC se deduce que no es equivalente «estar exento de prueba» —que se predica del hecho admitido— que «no ser necesario probar» —que se predica de la costumbre y del hecho notorio—. En otras palabras, sobre los hechos admitidos no cabe prueba, de modo que si llegara a proponerse, el juez debería inadmitirla. Mientras que sobre los hechos notorios, aun no siendo necesario, si que puede haber prueba. Y lo mismo cabe afirmar sobre la costumbre, pues la conformidad de las partes, no exonera de la carga de la prueba.

En realidad, y mediante estas dispensas de prueba, el legislador concreta, por vía negativa, el verdadero alcance del tema de la prueba: los hechos controvertidos. Se trata, por ende, de normas necesarias en la medida que concretan el tema de la prueba³⁰.

26 GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La Prueba Civil*, ob. cit., p.34.

27 *Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p.161.

28 Pese a la dicción del art. 281.2 LEC («La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público») debemos entender que la conformidad de las partes no exonera la prueba de la costumbre, pues las normas jurídicas —sean nacionales, extranjeras o consuetudinarias— son ajenas a la autonomía de la voluntad de las partes.

29 PICÓ I JUNOY, J., *La prueba del derecho extranjero: ¿dónde está el problema?*, en «Práctica de la prueba del derecho extranjero», ed. La Ley, Madrid, 2010, pp. 37-39, ha formulado una doble propuesta de reforma normativa: una relativa al art. 428 LEC, con la finalidad que en la audiencia previa se articule un incidente sobre la aplicación y vigencia del derecho extranjero; y otra relativa al art. 281.2 LEC, con la finalidad de articular un mecanismo legal que exija una mínima actividad judicial que acredite la intención del juez de buscar el derecho extranjero aplicable al caso.

30 MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 47 y 48, distingue entre el objeto de la prueba —en referencia a lo que puede ser probado en abstracto, y que son los hechos, el derecho y

Merece una valoración positiva que el legislador haya previsto el tratamiento de la prueba de las normas jurídicas (derecho extranjero y derecho consuetudinario), así como de los hechos notorios, siquiera la calculada ambigüedad de la fórmula utilizada para abordar la prueba del derecho extranjero ha generado interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales muy dispares, y la fórmula para abordar la prueba del hecho notorio, ni despeja el interrogante sobre el concepto de hecho notorio ni sobre los medios idóneos para probar la notoriedad de los hechos. Por otra parte, el tratamiento del derecho extranjero y del derecho consuetudinario no despeja muchos interrogantes, tales como si debe alegarse el derecho extranjero o consuetudinario, quien debe asumir la carga de la prueba, o qué medios de averiguación son idóneos para acreditar la existencia y contenido³¹.

2.3. Con qué se prueba

Las afirmaciones sobre los hechos efectuadas por las partes se verifican a través de las fuentes de prueba, que se introducen en el proceso mediante los medios de prueba. La distinción entre fuentes y medios de prueba, procedente de CARNELUTTI³² y desarrollada por SENTÍS MELENDO³³, resuelve el interrogante de con qué se prueba.

Las fuentes de prueba son conceptos preexistentes al proceso (la parte; el testigo; el documento; el lugar, objeto o persona que ha de ser examinado; el conocimiento técnico del perito) y los medios de prueba son conceptos que existen en y para el proceso (el interrogatorio de las partes o de testigos, la prueba documental, el reconocimiento judicial, el dictamen de peritos).

Las fuentes de prueba son los instrumentos que deben averiguar las partes para acreditar sus afirmaciones de hecho y son, por definición, ilimitadas. Los medios de prueba son los instrumentos de que se sirve el juez para verificar las afirmaciones fácticas de las partes y son los previstos por el legislador³⁴.

las máximas de experiencia— y el *tema de la prueba* —en referencia a lo que debe ser probado en un proceso en concreto, y que son los hechos controvertidos—.

31 Sobre las lagunas en la regulación del derecho extranjero en el art.281.2 LEC puede verse GARAU SOBRINO, F.J., *La prueba del derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Revista General del Derecho, año LVII, núm. 678-679, marzo-abril 2001, pp. 2343-2366, quien enuncia las siguientes omisiones o silencios del legislador: 1º) ¿Debe alegarse el Derecho extranjero? ¿Qué ocurre si ello no se hace? 2º) ¿Debe probarse siempre, en cada proceso, el Derecho extranjero? 3º) ¿Cuál es el momento procesal oportuno para probar el Derecho extranjero? 4º) ¿Cuáles son los medios de prueba del Derecho extranjero? 5º) ¿Quién debe o puede probar el Derecho extranjero? y 6º) ¿Qué ocurre si resulta imposible probar el Derecho extranjero?

32 CARNELUTTI, F., *La Prueba Civil*, ob. cit., pp. 67 y ss.

33 SENTÍS MELENDO, S., *La Prueba*, ob. cit., pp. 14-16.

34 Precisando aun más esta distinción, MONTERO AROCA, J. (*La prueba civil*, ob. cit., pp. 108-109) apunta que la fuente es un concepto extrajurídico, que existe con independencia que llegue a realizarse o no

Así se ha dicho que las fuentes de prueba corresponden a las partes y los medios al juez. A la parte le corresponde averiguar las fuentes de prueba y aportarlas al proceso. La actividad probatoria de la parte, como hemos ya apuntado, es de averiguación, indagación y aportación al proceso de las fuentes existentes fuera del proceso.

Al juez le corresponde introducir (admitir) y valorar las fuentes aportadas por las partes a través de los medios de prueba. La actividad probatoria del juez es, por ende, de incorporación al proceso de los medios de prueba y de valoración de dichos medios³⁵.

El art. 299 LEC, rubricado expresivamente «medios de prueba», contiene en tres apartados diferenciados, los medios de prueba que podemos adjetivar como clásicos (apartado 1º art. 299 LEC), modernos (apartado 2º art. 299 LEC) y futuros (apartado 3º art. 299 LEC). El legislador evita un *numerus clausus* de medios de prueba, recoge los nuevos medios técnicos, ya admitidos por la jurisprudencia y por el Proyecto de Profesores de 1974³⁶, y admite futuros e innominados medios de prueba.

Entre los medios clásicos, todos ellos ya previstos en la LEC de 1881³⁷, y en una enumeración cerrada: el interrogatorio de las partes (art. 299.1.1º LEC); los documentos públicos (art. 299.1.2º LEC); los documentos privados (art. 299.1.3º LEC), el dictamen de peritos (art. 299.1.4º LEC), el reconocimiento judicial (art. 299.1.5º LEC) y el interrogatorio de testigos (art. 299.1.6º LEC). Se enuncian, se enumeran y se identifican nominativamente, constituyendo, en cuanto clásicos y conocidos, una lista cerrada.

Entre los modernos, están los medios de reproducción técnicos. Se enuncian y se identifican descriptivamente, no nominativamente, mediante la alambicada expresión de «medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permitan conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas, llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso» (art. 299.2 LEC). Posteriormente, y en sección independiente, se les rubrica como «instrumentos de filmación, grabación y semejantes» (art. 382 LEC) y como «instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso» (art. 384 LEC). Será labor

en el proceso y es lo sustantivo o material; mientras que el medio de prueba es un concepto jurídico –y, más específicamente, procesal–, que se forma en un proceso concreto y consiste en una actividad.

- 35 MUÑOZ SABATÉ, LL, *Fundamentos...*, ob. cit., p.238, con la expresión *probare o soccombere* ilustra la asimetría de la posición del abogado y del juez «en el acto binominal de proposición/admisibilidad de la prueba. La cantidad y calidad del trabajo que suele emplear un abogado en diseñar lo que yo llamo su fórmula probática necesariamente supera a la del juez al dictar su proveído de admisión».
- 36 Art.447.III LEC. «También se admitirán los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen o del sonido, conforme a los requisitos establecidos en esta Ley» (Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, t.II, Madrid, 1974, p.239).
- 37 Una visión sintética de la normativa sobre los diferentes medios de prueba, en relación con la normativa procesal derogada de 1881, puede verse en SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La Preuve dans le Procès Civil Espagnol*, en «Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne», Lebre de Freitas, J.M. (editor), Kluwer Law International, The Netherlands, 2004, pp. 381-397.

jurisprudencial la identificación nominativa de estos medios técnicos. Entre ellos destaca, por su novedad, la denominada prueba por soportes —o instrumentos— informáticos y, más particularmente, por haber sido objeto de tratamiento legal específico, la firma electrónica, regulada por vez primera en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre³⁸.

Y, finalmente, se prevén los medios futuros (art. 299.3 LEC). Se enuncian y se identifican, también descriptivamente, a partir de un cuádruple condicionante: 1º Que no sean ninguno de los medios incluidos en los anteriores apartados 1º y 2º del art. 299 LEC («[...] cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo [...]»). 2º Que sean medios que permitan adquirir certeza probatoria («por cualquier otro medio [...] pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes»). 3º Que el medio de prueba se proponga a instancia de parte. En concordancia con la regla general de proposición de los medios de prueba (art. 282, proposición primera, LEC) y vedando cualquier actividad investigadora del juez. 4º Que sean medios para cuya práctica se adopten medidas *ad hoc* («adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias»). Su admisión y su reconocimiento también deberá ser objeto de interpretación jurisprudencial.

De la anterior enumeración, hemos excluido las presunciones legales (art. 385 LEC) y judiciales (art. 386 LEC), por no considerarlas un medio de prueba. De modo significativo, el Capítulo VI del Título I del Libro II se rubrica «De los medios de prueba y las presunciones», indicando la partícula copulativa «y» que son conceptos con entidad autónoma: por una parte, los medios de prueba, con un régimen jurídico de proposición, admisión y práctica, todo ello en la forma y tiempo marcado por la ley; y, por otra parte, las presunciones, más cercanas a un proceso lógico-deductivo o «método de fijar la certeza de ciertos hechos» (Exposición de Motivos LEC³⁹). En sentido jurídico y para el Derecho Probatorio, la presunción es un método judicial de inferencia con eficacia probatoria, en virtud del cual partiendo de una afirmación (hecho) base se alcanza una afirmación (hecho) consecuencia mediante un nexo lógico, estableciéndose dicho nexo unas veces *ex lege* (presunción legal) y otras por el juez (presunción judicial)⁴⁰.

38 Desde el punto de vista de su eficacia jurídico-sustantiva, la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de la firma electrónica, ha equiparado los soportes electrónicos con el documento en sentido estricto (arts. 3.5 y 8, inciso primero LFE), lo cual ha sido acertadamente criticado en la doctrina: puede verse ORMÁZABAL SÁNCHEZ, G., *Informática y Prueba judicial. Especial consideración de la firma electrónica*, texto inédito y conferencia pronunciada el día 8 de junio de 2006 en la Facultad de Derecho de Esade (Barcelona).

39 Exposición Motivos LEC, epígrafe XI, párrafo último. Sobre presunciones puede verse SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t.XVI, vol. II, 2ª ed., ed. Revista de Derecho Privado, pp. 606-795; y MIRANDA ESTRAMPES, M., *Las presunciones*, en «Instituciones del nuevo proceso civil», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), Dijusa, Barcelona, 2000, pp. 497-525.

40 La STS, Sala 1ª, de 20 de julio de 2006, fto. jco. 3º (RJ 4735/2006) afirma: «la presunción se conforma en torno a tres datos o parámetros: la afirmación base —el hecho demostrado—; la afirmación presumida —el hecho que se trata de deducir—; y el nexo de ambas afirmaciones —inferencia—, que ha de ajustarse a un lógico criterio humano, sin que sea preciso la ineludibilidad o univocidad, sino únicamente la sujeción a las reglas de la sana crítica».

Debe valorarse de forma positiva que el legislador no haya establecido un *numerus clausus* de medios de prueba, sino que, atento al presente y con previsión de futuro, haya optado por una regulación amplia y abierta que recoge los medios de prueba ya previstos en la LEC de 1881 (los aquí denominados clásicos), positiviza las reglas jurisprudenciales en torno a los medios de prueba por soportes audiovisuales (los aquí denominados modernos) y prevé la posibilidad de otros nuevos medios de prueba, distintos de los tradicionalmente recogidos en la LEC de 1881 y de los ya contemplados por la jurisprudencia (los aquí denominados futuros).

Estos medios de prueba deben introducirse con de conformidad con un procedimiento legal y con observancia de unas garantías procesales. La LEC/2000, a diferencia de la LEC/1881, ha optado decididamente por el principio de la oralidad de las actuaciones procesales⁴¹, y también por la oralidad en la proposición y práctica de las pruebas, lo cual comporta, a su vez, una serie de consecuencias y entre ellas: 1ª) la inmediación, en el doble sentido –amplio– que las pruebas deben practicarse a presencia judicial (arts. 137.1 LEC y 289.2 LEC) y –estricto– que el juez que ha practicado las pruebas debe ser el que dicte la sentencia (arts. 137.2 y 194.1 LEC)⁴²; 2ª) la concentración, en el sentido que la práctica de las pruebas se realizará en un acto único, esto es, en el acto del juicio (del juicio ordinario) o en la vista (en el juicio verbal) y en la sede y local del Juzgado (art. 290 LEC); y 3ª) la publicidad, también en una doble dimensión, como publicidad interna, en el sentido que las actuaciones de prueba deben tener lugar con presencia e intervención de las partes (arts. 138 y 289.1 LEC)⁴³ –y que algún sector doctrinal considera que forma parte de principio de contradicción⁴⁴–, y como publicidad externa, en el sentido que terceras personas pueden acceder al proceso, incluyéndose el público en general y los medios de comunicación de manera particular.

41 Exposición de Motivos de la LEC: «La ley diseña los procesos declarativos de modo que la inmediación, la publicidad y la oralidad hayan de ser efectivas. En los juicios verbales, por la trascendencia de la vista; en el ordinario, porque tras la demanda y contestación los hitos procedimentales más sobresalientes son la audiencia previa al juicio y el juicio mismo, ambos con la inexcusable presencia del juzgador» (Epígrafe XII, párrafo 8º).

42 Exposición de Motivos de la LEC: «cabe destacar un singular énfasis en las disposiciones sobre la necesaria publicidad y presencia del Juez o de los Magistrados –no sólo el Ponente, si se trata de órgano colegiado– en los actos de prueba, comparecencia y vistas. Esta insistencia en normas generales encontrará luego plena concreción en la regulación de los distintos procesos, pero, en todo caso, se sanciona con nulidad radical la infracción de lo dispuesto sobre presencia judicial e inmediación en sentido amplio» (Epígrafe IX, párrafo 1º).

43 La STS, Sala 1ª, de 8 de marzo de 1991, fto. jco.2º (RJ 1991\2082) señala: «[...] y ello por la simple consideración que toda prueba, para que pueda producir efecto en el proceso, ha de ser pública para las partes, en cuanto que el derecho no admite eficacia a pruebas secretas, que como de tal índole impide la apreciación probatoria que el órgano judicial debe efectuar para llegar a la solución decisoria en el debate judicial a que todo medio probatorio afecta».

44 MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.153.

2.4. Quién prueba

Aquí debemos distinguir entre cargas de las partes y facultades del juez. A las partes les corresponde la carga de alegar y probar. Incumbe a las partes la función de averiguar las fuentes de prueba y aportarlas al proceso, y no es tal misión la del juez, so pena de subvertir la función de juzgar o menoscabar el insoslayable deber de imparcialidad judicial. Nadie mejor que las partes conoce los hechos y puede aportar las fuentes de prueba ante el juez.

Las partes son, por ende, quienes tienen la carga de la prueba y quienes sufren también los riesgos por la falta de prueba, pues como apunta ROSEMBERG, «el problema de la carga de la prueba sólo se presenta cuando la prueba no se ha producido»⁴⁵, pues, son normas dirigidas al juez que se «aplican cuando no se ha logrado la certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso»⁴⁶. Y, desde una perspectiva más amplia, no le sobra razón a SERRA DOMÍNGUEZ al sostener que las reglas sobre la carga de la prueba «reconocen no sólo el fracaso de las partes al no acreditar los hechos alegados en su demanda, sino también el fracaso de todo el proceso»⁴⁷.

Por el contrario, de existir prueba, no resultan de aplicación las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba⁴⁸, y entran en juego las normas sobre valoración de la prueba.

La carga de la prueba de los hechos, por ende, corresponde a las partes, y en eso consiste precisamente el principio de aportación de parte, que atribuye a las partes la carga de la alegación y de la prueba. El juez tiene, eso sí, el deber de admitir (o, en su caso, in-admitir) los medios de prueba y con ello la clave para introducir las fuentes de prueba en

45 ROSEMBERG, L., *La carga de la prueba*, 2ª ed. en castellano, Buenos Aires, 2002, p.37, y también 15 y ss. y 22 y ss. Una jurisprudencia muy consolidada afirma que el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba: SSTTS, entre otras muchas, 22 de julio de 1998, fto. jco. 2º (RJ 1998/6197) y 8 de marzo de 1999, fto. jco. 3º (RJ 1999/1405).

46 Exposición de Motivos LEC (epígrafe IX, párrafo 28º): «Las normas sobre la carga de la prueba, aunque sólo se aplican judicialmente cuando no se haya logrado la certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso, constituyen reglas de decisiva orientación de las partes». Este enunciado recoge el doble carácter de las normas de la carga de la prueba como regla de juicio dirigida al juez y como regla de conducta de las partes.

47 SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Prólogo*, en «Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil», ed. Bosch, Barcelona, 2005, p.16.

48 La carga de la prueba constituye una regla de juicio dirigida al juzgador de carácter imperativo y subsidiario, pues solo se aplicará al final del proceso y cuando se acredite «la falta de prueba sobre hechos controvertidos y relevantes para la decisión». Puede verse LÓPEZ FRAGOSO, T., *La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, en «rev». Actualidad Jurídica Aranzadi, núm.487, de 24 de mayo de 2001, p.2; y la monografía de FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 25-30 y 31-34, que en alusión a las «manifestaciones de la carga de la prueba» abunda en una distinción, ya clásica, entre la dimensión material –regla de juicio dirigida al juzgador– y la dimensión formal –regla de distribución de la actividad probatoria entre las partes–.

el proceso. Y tiene, por supuesto, el deber de valorar las pruebas a los efectos de motivar la sentencia, como exigencia legal (art. 218 LEC), elevada ya a rango constitucional (arts. 24.2 y 120.3 CE).

La LEC impone a las partes la carga de aportar los medios de prueba (arts. 216, 217 y 282 LEC) y reserva al juez el juicio sobre su admisión (o, en su caso, inadmisión) y ello con respecto de «de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas» (art. 285 LEC). Como anticipa la Exposición de Motivos de la LEC el legislador regula «las reglas sobre la iniciativa de la actividad probatoria y sobre su admisibilidad» e introduce, por vez primera en una Ley de Enjuiciamiento Civil, un artículo, rubricado expresivamente «iniciativa de la actividad probatoria» que, como regla general, atribuye la iniciativa probatoria a las partes (art. 282 LEC, inciso primero), si bien admite la iniciativa probatoria de oficio con carácter reglado, esto es, «cuando así lo establezca la Ley» (art. 282 LEC, inciso segundo).

Esta iniciativa probatoria *ex officio iudicis*, cuyas manifestaciones más destacadas son la facultad de indicación de insuficiencia probatoria (art. 429.1, II y III LEC), las diligencias finales de oficio (art. 435.2 LEC), las pruebas de oficio en los procesos no dispositivos (arts. 752.1, II; 759.1; 763.3; 770 regla 4ª; 339.5 LEC), y la intervención judicial durante la práctica de la prueba (*ad exemplum*, la facultad de solicitar aclaraciones y adiciones en el interrogatorio de las partes –art. 306.1, II LEC– y de testigos –art. 372.2 LEC–), debe estar sujeta a un serie de presupuestos, límites y garantías –de los que me he ocupado extensamente en otra obra⁴⁹–, para preservar el insoslayable deber de la imparcialidad judicial.

Debe valorarse positivamente que el legislador, tal como se anticipa en la Exposición de Motivos y a diferencia de los Códigos procesales civiles derogados de 1881 y de 1851, haya establecido, por vez primera, reglas sobre la iniciativa probatoria. Se ha optado por un modelo procesal civil en el que otorgando, con carácter general, la iniciativa probatoria a las partes, se reconocen limitadas concesiones a la iniciativa probatoria *ex officio iudicis*. Es de esperar que la prudencia y moderación de los jueces en su quehacer cotidiano, la labor de integración de la doctrina jurisprudencial y las aportaciones de la doctrina científica, contribuyan a perfilar las facultades de las partes y los poderes del juez en materia tan decisiva como la probatoria⁵⁰.

49 ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria...*, ob. cit., pp. 139-144. Resumidamente, estos presupuestos son «la existencia de hechos controvertidos, pues en su defecto no se abre el período probatorio, la previa proposición de las partes, pues el juez no puede suplir la actividad probatoria de las partes, y [en el caso de la normativa del art. 429.1, II y III LEC] la existencia de un juicio provisional sobre la insuficiencia probatoria. Son límites, la no introducción de hechos distintos de los alegados por las partes, con lo que se respeta el principio dispositivo, y la no utilización de fuentes probatorias distintas de las existentes en las actuaciones, con lo que se respeta el deber de imparcialidad judicial. Y es garantía, común a la práctica de toda prueba, sea a instancia de parte o de oficio, la intervención de las partes, con lo que se respeta el derecho de defensa» (p.403).

50 En torno a los poderes del juez civil en materia probatoria, y como aportaciones dispares, pueden verse MONTERO AROCA, J., *El proceso civil llamado «social» como instrumento de «justicia» autoritaria*, y PICÓ I JUNOY, J., *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, ambos recogidos en

También debe valorarse positivamente que la normativa de la carga de la prueba que, bajo la vigencia de la LEC/1881 se encontraba regulada en el art. 1214 CC, haya sido trasladada a un texto procesal con la LEC/2000 y con una regulación minuciosa y técnica que establece normas generales y especiales para la distribución de la carga de la prueba e incorpora los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria (art. 217 LEC), aun cuando ha olvidado incorporar el principio de adquisición procesal, pacíficamente admitido por doctrina y jurisprudencia.

Por el contrario, no resulta acertada la supresión de las diligencias para mejor proveer (art. 340 LEC/1881), institución centenaria y exportada a otros ordenamientos jurídicos de países iberoamericanos, y su sustitución por las diligencias finales (arts. 434-436 LEC/2000), pues a pesar de ciertos usos dilatorios, era una institución comúnmente aceptada por la doctrina y la práctica forense y de gran utilidad para el juez en el momento de dictar sentencia.

2.5. Cómo se valora la prueba

La verificación de los hechos afirmados por las partes e introducidos en el proceso a través los medios de prueba culmina con la valoración judicial en la sentencia⁵¹. Aquí debemos acotar el significado legal de la valoración de la prueba, distinguir entre los sistemas tasados y los de libre valoración y, por último, precisar el alcance de la expresión «apreciación conjunta de la prueba».

Las pruebas se valoran al final del proceso. En efecto, las partes son «dueñas» de las fuentes de prueba y al juez le corresponde introducirlas en el proceso con la admisión de los medios de prueba. Pero una vez introducidas en el proceso, las fuentes, que eran de las partes, dejarán de serlo y se encuentran a disposición del juez para su valoración. Una vez adquirida la prueba, por cualesquiera de las partes (principio de adquisición procesal)⁵², el juez inicia el proceso mental de valoración de la prueba.

la obra «Proceso civil e ideología», coordinada por el propio Montero Aroca, J., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 129-165 y 109-127, respectivamente.

51 La valoración probatoria puede efectuarse desde distintos enfoques, entre los que NIEVA FENOLL, J. (*La valoración de la prueba*, ed. Marcial Pons, 2010, pp. 95-149) destaca los siguientes: 1º) Enfoque estrictamente jurídico; 2º) Enfoque epistemológico o gnoseológico; 3º) Enfoque psicológico; 4º) Enfoque probabilístico matemático; y 5º) Enfoque psicológico.

52 En eso consiste el principio de adquisición procesal, introducido por vez primera por CHIOVENDA al afirmar que «los resultados de las actividades procesales son comunes entre las partes» (*Principios de Derecho Procesal Civil*, t.II, ed. Reus, Madrid, 2000, p.216) y que se puede expresar con CORBAL FERNÁNDEZ, como que «todas las pruebas son del proceso y están destinadas al juez, pudiendo valerse de ellas no sólo la parte que las ha producido, sino también las demás» (*La adquisición de la prueba y la carga procesal*, en «La prueba en el proceso civil», Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXXIV/1993, CGPJ, Madrid, 1994, p.152). Sobre el contenido de dicho principio puede verse PICÓ I JUNOY, J., *El principio de adquisición procesal en materia probatoria*, en rev. La Ley, núm.6404, de 20 de enero de 2006, p.1-6.

Este proceso se produce de manera distinta en la mente de cada juez e incluso un mismo juez no siempre efectúa el mismo recorrido o *iter* en la valoración probatoria⁵³. La valoración es la actividad judicial consistente en la verificación de la afirmaciones fácticas de las partes (*juxta allegata*) en orden a la fijación de los hechos controvertidos (*juxta probata*) y su plasmación en la sentencia mediante la motivación del juicio de hecho, sea atendiendo a reglas tasadas o a las reglas de la sana crítica.

Con carácter general, la motivación de la sentencia, recogida como mandato constitucional en el art. 120.3 CE y como mandato procesal en el art. 218.2 LEC implica, en sintética expresión de la STC de 8 de marzo de 2004, «dar la razón del porqué de la decisión» y «ser razonada en términos de Derecho»⁵⁴. Con carácter particular, la motivación fáctica, también recogida *expressis verbis* en el precitado art. 218.2 LEC («la motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos [...]»), exigirá determinar qué hechos han resultado probados y en virtud de qué medios de prueba⁵⁵. De esta manera, y como indica TARUFFO, la motivación del juicio de hecho «satisface la exigencia de control sobre la racionalidad del razonamiento del juez sobre las pruebas»⁵⁶.

Así lo recuerda, entre otras muchas y con rotundidad, la STS de 12 de junio de 2000 al afirmar que «[...] no basta como calificar un hecho como demostrado, sino que es preciso la explicación de las causas determinantes de dicha decisión, pues por constituir la prueba el apoyo de la sentencia no es admisible obviar su análisis»⁵⁷. A menudo se reduce la motivación al juicio de derecho, con olvido que el juicio fáctico, y la selección de los hechos probados, es la que predetermina la fundamentación jurídica⁵⁸.

Es frecuente distinguir entre un sistema de prueba legal (o tasada) y un sistema de libre valoración. En los primeros se atribuye a la prueba un efecto determinado; en los segundos se somete a las reglas de la sana crítica. Como apunta TARUFFO, la prueba legal consiste «en la producción de reglas que, predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada prueba»⁵⁹. Y, entre nosotros, SEOANE SPIELGEBERG afirma que en un sistema de prueba tasada «es la Ley la que, con independencia del convencimiento del Juez, le señala la forma como ha de valorar las pruebas, imponiendo el criterio

53 AGUILERA RODRÍGUEZ, C., *La sentencia*, ed. Bosch, Barcelona, 1974, pp. 76-79.

54 STC de 8 de marzo de 2004, fto. jco.4º (EDJ 2004/6834). En el mismo sentido la STC de 23 de marzo de 2004, fto. jco.4º (EDJ 2004/10852) indica que la motivación implica expresar los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y debe contener una fundamentación en Derecho.

55 En este sentido, y entre otras muchas, STS 23 de septiembre de 1997 y STC de 13 de julio de 1986.

56 TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, ob. cit., p.436.

57 STS de 12 de junio de 2000, fto. jco. 2º, (EDJ 2000/15182).

58 CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva (derechos y garantías derivados del art. 24.1 de la Constitución)*, ed. Bosch, Barcelona, 1994, p.212.

59 TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, ob. cit., p.387.

legal, fundado en razones de seguridad jurídica o máximas de experiencia comunes o generales»⁶⁰.

Y en un sistema de libre valoración de la prueba no significa que el juez pueda apreciar a su libre arbitrio los medios de prueba, sino que deberá efectuarlo, en palabras del mismo Magistrado, «conforme a principios o pautas seguros de enjuiciamiento de acciones, conductas y hechos de relevancia procesal, depurándolos conforme a las máximas de experiencia»⁶¹. Y en palabras de TARUFFO, la libre valoración «presupone la ausencia de aquellas reglas [las que predeterminan el valor de la prueba] e implica que la eficacia de cada prueba para la determinación del hecho sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón»⁶².

La LEC establece normas de valoración tasada: arts. 316.1 LEC –para el interrogatorio de las partes, cuando no siendo contradicho por otros medios de prueba, la parte interrogada admita como ciertos hechos enteramente perjudiciales y en lo que intervino personalmente–; arts. 319 LEC y 1218 CC –sobre fuerza probatoria de los documentos públicos–; arts. 326 LEC y 1225 CC –sobre fuerza probatoria de los documentos privados–.

Y otras basadas en la sana crítica: art. 316.2 LEC –para el interrogatorio de las partes cuando la declaración de la parte no versa sobre hechos personales, no resulta enteramente perjudicial o aparece contradicha por otros medios de prueba–, art. 348 LEC –para el dictamen de peritos–, art. 376 LEC –para el interrogatorio de testigos–; art. 382.3 LEC –para los instrumentos de filmación, grabación y semejantes–; art. 384.3 LEC –para los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso–.

En realidad, el legislador ha establecido un sistema de libre valoración de la prueba, pues a salvo de las transcritas reglas de prueba tasada (interrogatorio de las partes –y en los términos acotados– y valor de los documentos públicos y privados), existe una gran libertad valorativa por el juez conforme a las reglas de la sana crítica (interrogatorio de las partes –en los términos ya precisados–, interrogatorio de testigos, prueba pericial, reconocimiento judicial y medios de filmación, grabación y semejantes)⁶³.

60 SEOANE SPIELGEBERG, J. L., *La Prueba...*, ob. cit., p.202.

61 SEOANE SPIELGEBERG, J. L., *La Prueba...*, ob. cit., p.202.

62 TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, ob. cit., p.387.

63 Sobre las reglas de la sana crítica: en relación con el interrogatorio de partes puede verse FERNÁNDEZ URZAIQUI, F.J., *Comentario al art. 316 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», (Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; Valls-Gombau; coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, pp. 1509-1511; en relación con el dictamen de peritos puede verse SERRA DOMÍNGUEZ, M., *De la prueba de peritos*, en «Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales (dir. Albaladejo)», t.XVI, vol. 2ª, pp. 529-539 y, más recientemente, SEOANE SPIELGEBERG, J.L., *La prueba...*, ob. cit., pp. 249-250; en relación con el reconocimiento judicial puede verse SERRA DOMÍNGUEZ, M., *De la inspección personal del Juez*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales» (dir. Albaladejo), t.XVI, vol. 2ª, Madrid, 1991, pp. 424-426 y 438-444; y más recientemente LÓPEZ YAGÜEZ, V., *La prueba de reconocimien-*

La expresión «apreciación conjunta de la prueba» puede ser ambivalente⁶⁴. En sentido positivo, significa que los medios de prueba no puede ser valorados aisladamente o tomando en cuenta alguno/s de ellos y prescindiendo del o de los que conducen a una conclusión contraria.

Ello es manifiesto en los propios textos positivos: el art. 316.1 LEC establece el valor tasado del interrogatorio de las partes –siempre que verse sobre hechos personales, con intervención personal de la parte interrogada, y cuyo reconocimiento le sea enteramente perjudicial– pero también sujeto a una condición «si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, [...]».

Y, aun con carácter más general, el art. 218 LEC, expresamente rubricado «motivación», tras señalar que la «la motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito», precisa acto seguido «considerándolos individualmente y en su conjunto, [...]», en referencia manifiesta a la necesidad de interrelacionar el resultado de las distintas pruebas.

En sentido negativo, y calificado como «práctica viciosa y condenable»⁶⁵, apreciar en conjunto la prueba significa efectuar la valoración probatoria sin atender al resultado de los medios de prueba en particular, las reglas de valoración tasada o libre de cada uno de ellos, y a modo de una cláusula de estilo polivalente en la redacción de la sentencia.

3. Nociones generales sobre el derecho a la prueba en el proceso civil

Dentro de los «derechos procesales fundamentales» se incluye el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE)⁶⁶. Ha sido definido como

to judicial en el proceso civil, ed. La Ley, Madrid, 2005, pp. 285 y ss.; en relación con los testigos, puede verse GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. y CORDÓN MORENO, F., *De la prueba de testigos*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales» (dir. Albaladejo), t.XVI, vol. 2º, Madrid, 1991, pp. 589-594 y más recientemente RODRÍGUEZ TIRADO, A. Mª, *El interrogatorio de testigos*, ed. Dykinson, Madrid, 2003, pp. 176-181; en relación con los medios de filmación, grabación y semejantes puede verse SANCHÍS CRESPO, C. y CHAVELI DONET, E. A., *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, pp. 176-186; y DE URBANO CASTRILLO, E. y MAGRO SERVET, V., *La Prueba Tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 56-61.

64 Un completo estudio en JIMÉNEZ CONDE, F., *La apreciación conjunta de las pruebas*, en «Escritos en homenaje al Profesor Prieto-Castro», t.II, Editora Nacional, Madrid, 1979, pp. 207-280.

65 STS, Sala 1ª, 5 de junio de 1998, fto. jco. 3º (RJ 1998/4275).

66 La expresión «Derechos procesales fundamentales» es el título de uno de los Manuales de Formación Continuada del CGPJ –núm.22/2004– en el que se analiza la tutela de la libertad (art.17 CE), la tutela de la intimidad (art. 18 CE) y la tutela judicial (art. 24 CE).

«aquél que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso»⁶⁷.

Como todo derecho fundamental, opera como norma «atributiva de derechos subjetivos» y «consagra valores objetivos»⁶⁸. En el primer aspecto (derecho subjetivo) concede al particular facultades para ser ejercitadas en situaciones concretas, esto es, es un derecho directamente ejercitable (aplicable) por el particular. En el segundo aspecto (derecho objetivo) consagra unas garantías institucionales que deben ser respetadas en todo proceso, esto es, consagra unos parámetros para fijar la legitimidad constitucional de las leyes⁶⁹.

Ambas dimensiones, subjetiva y objetiva, deben ser promovidas y protegidas por los poderes públicos y, por ende, por los Jueces y Tribunales que, como es sabido, se hallan vinculados por los derechos fundamentales (arts. 9.1 y 53.1 CE). Se trata de una vinculación de carácter inmediato, pues no precisa de ulterior desarrollo legislativo, y derivada del propio carácter normativo de la Constitución.

Expondremos, de modo sucinto, el contenido del derecho a la prueba —ya objeto de rigurosas monografías⁷⁰—, como premisa necesaria para centrarnos en la proyección de este derecho fundamental en la legalidad ordinaria.

3.1. Contenido

Se desglosa en cuatro facultades:

- 1) Derecho a la proposición de los medios de pruebas. Cada parte tiene derecho a proponer los medios de prueba que estime idóneos para acreditar sus pretensiones. La proposición se halla únicamente sujeta a requisitos de tiempo y forma (STC, de 19 de abril de 2004⁷¹).

67 PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1996, pp. 18-19.

68 DÍEZ-PICAZO, L. M^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 1^a ed., ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p.57.

69 Ambas dimensiones, subjetiva y objetiva, son analizadas por OLLER SALA, M^a D., *Las dimensiones subjetiva y objetiva del derecho a la prueba. Comentario a la STC 136/2007, de 4 de junio*, en Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio, núm. 5, Diario La Ley, núm. 7667, de 6 de julio de 2011, pp. 24-25.

70 Puede verse la monografía de PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba*, ob. cit., pp. 18-30 y unas versiones, más reducidas pero actualizadas, en los artículos: *El derecho a la prueba en el proceso civil y su nueva configuración legal*, en «Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra», t.I, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2003, pp. 886-890; y *El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Problemas actuales de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy (coords.), J.M. Bosch editor, Barcelona, 2005, pp. 38-43. Incidiendo en la perspectiva constitucional, y del mismo autor *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch, 2012, pp. 177-184.

71 STC de 19 de abril de 2004, fto. jco. 3^o, (RTC 2004/71).

Ahora bien, se trata de un derecho de configuración legal, y por ende, limitado. Y un primer límite se deriva del propio tenor del art. 24.2 CE, pues solo se admiten los medios de prueba «pertinentes». De ahí que el derecho a la prueba «no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer». De este modo «atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi*» (STC, de 14 de enero de 2004⁷²).

Como resume esta última sentencia la garantía del derecho a la prueba se encuentra sujeta a tres límites: a) un primer límite, derivado del tenor literal del art. 24.2 CE que solo admite los medios de prueba «pertinentes», excluyendo, por ende, las pruebas que no tengan relación con el *thema decidendi*; b) un segundo límite, es su carácter de derecho de configuración legal, que exige que la prueba se haya propuesto en tiempo y forma y esté autorizada por el ordenamiento jurídico; y c) un tercer límite, se anuda a su carácter de derecho procedimental, que exige que se produzca una indefensión constitucionalmente relevante, esto es, la parte perjudicada deberá demostrar que la prueba no admitida o practicada era decisiva en términos del fallo.

- 2) Derecho a la admisión de las pruebas propuestas o, en su caso, a una inadmisión motivada. Una vez propuestas las pruebas por las partes, debe recaer una resolución de admisión o, en su caso, de inadmisión sobre cada una de ellas⁷³.

En caso de inadmisión, la misma no puede ser arbitraria o irrazonable, sino que tiene que ser motivada, esto es, con expresión de las razones que impiden superar el «jui-

72 STC 14 enero 2004, fto. jco. 2º, (EDJ 2004/389). En el caso, el TC estimó el amparo y reconoció vulnerado el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, pues en juicio de divorcio no solo se discutía el régimen de visitas que se pretendía alterar por el padre-demandante en la instancia, sino también la forma en que debían ser llevadas las visitas. Tal aspecto requería un informe psicológico de ambos progenitores y de la menor, interesado por la madre, demandada en la instancia y recurrente en amparo, que fue acordado por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Bilbao y por la Audiencia Provincial de Vizcaya, y sin embargo no se pudo practicar por incomparecencia del padre, siendo tal prueba relevante para decidir el lugar de comunicación entre el padre y la hija, y no practicándose por causas ajenas a la madre, proponente en la instancia y recurrente en amparo.

En el mismo sentido, SSTC de 15 de junio de 2002, fto. jco. 4º (RTC 2002/147); de 3 de abril de 2002, fto. jco. 5º (RTC 2002/70); de 16 de julio de 2001, fto. jco. 2º (RTC 2001/165) de 10 de abril de 2000, fto. jco. 2º (RTC 2000/96).

73 Sobre la naturaleza, presupuestos y caracteres de la resolución de admisión o inadmisión de los medios de prueba me remito a mi estudio «*Iniciativa probatoria...*», ob. cit., pp. 346-361, donde también analizo el alcance de la máxima *in dubio pro probatione*. Y también mis trabajos anteriores: *La audiencia previa: entre el deseo y la realidad*, en «Revista del Poder Judicial», núm. 69, 2003, pp. 335-372; y *Diez reflexiones en torno al juicio de admisión o inadmisión de los medios de prueba en el proceso civil*, en «Libro homenaje al Profesor Dr. Eduard Font Serra», t.I, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2004, pp. 959-981.

cio de pertinencia». Se trata de un derecho de configuración legal y debe ejercitarse conforme al marco previsto por el ordenamiento jurídico.

De ahí que la denegación no pueda incurrir «en incongruencia, irrazonabilidad o arbitrariedad» (STC de 14 de enero de 2004)⁷⁴. La inadmisión deberá producirse en el momento procesal oportuno, pues una denegación tardía, como prosigue la misma STC de 14 de enero de 2004 «podría afectar al derecho en la medida en que existe el riesgo de «perjudicar dicha decisión en virtud de una certeza ya alcanzada acerca de los hechos objeto del proceso —con la consiguiente subversión del juicio de pertinencia— o, incluso, de un prejuicio acerca de la cuestión de fondo en virtud de la denegación inmotivada de la actividad probatoria» (STC 96/2000, de 10 de abril [RTC 2000\96], F. 2)».

- 3) Derecho a la práctica de la prueba admitida. Las pruebas, una vez propuestas y admitidas, deben ser practicadas, pues la ausencia de práctica de una prueba admitida, equivale a una inadmisión no motivada.

Así se ha dicho que «cuando la falta de práctica de la prueba propuesta, ya sea porque fue inadmitida por los órganos judiciales o porque, aun cuando admitida, no llegó a practicarse por causas no imputables al demandante, haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito» (STC de 14 de febrero de 2000)⁷⁵. Y también que «el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta por las partes, o dejar de practicarla si ésta es admitida, y luego fundar su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener con la prueba omitida (STC 12 de diciembre de 2005)»⁷⁶.

Ahora bien, admisión y no práctica alguna vez pueden no coincidir (ej. ser excesivo el número de testigos o dilación del proceso ante incomparecencia de testigo que presumiblemente no aportará elementos fácticos relevantes en términos del fallo).

- 4) Derecho a la valoración de la prueba practicada. Las pruebas propuestas, admitidas y practicadas, deben ser valoradas en la sentencia, como exigencia del deber de motivación de las resoluciones judiciales (art. 120.3 CE).

74 STC de 14 de enero de 2004, fto. jco.2° (RTC 2004/1). En sentido similar, SSTC de 15 de junio de 2002, fto. jco.4° (RTC 2002/147); de 6 de mayo de 2002, fto. jco.3° (RTC 2002/109); de 3 de abril de 2002, fto. jco.5° (RTC 2002/70) y de 26 de marzo de 2001, fto. jco.3° (RTC 2001/78).

75 STC 14 febrero 2000, fto. jco.3° (RTC 2000/37). Del mismo modo, SSTC de 12 de diciembre de 2005, fto. jco.4° (EDJ 2005/213561), de 29 de noviembre de 1993, fto. jco.2° (RTC 1993/357); de 14 de marzo de 1991, fto. jco.1° (RTC 1991/59), de 22 de marzo de 1988, fto. jco.3° (RTC 1988/50), y de 25 de septiembre de 1987, fto. jco.3° (RTC 1987/147).

76 STC de 12 de diciembre de 2005, fto. jco.4° (EDJ 2005/213561), la cual, a su vez, cita las SSTC de 17 de enero de 2005 (EDJ 2005/3244), de 26 de marzo de 2001 (EDJ 2001/2656), de 16 de octubre de 2000 (EDJ 2000/31691), y 24 de febrero de 2000 (EDJ 2000/1145).

3.2. Proyección sobre la legalidad ordinaria

Desde otra perspectiva, cabe indicar que el art. 24.2 CE se proyecta sobre la legalidad ordinaria. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha contribuido a la «constitucionalización del derecho procesal», fundamentalmente mediante la resolución de recursos de amparo, y ello ha comportado dotar de rango constitucional algunos aspectos del derecho procesal. No en vano, algún autor ha acuñado ya la expresión de «prueba constitucional»⁷⁷.

De la constitucionalización del derecho a la prueba, y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se desprenden una serie de mandatos, dirigidos tanto al legislador, cuanto al juez y a las partes.

3.2.1. Mandatos al legislador

Un mandato fundamental se dirige al legislador. Como apuntan SAINZ ROBLES y ALBACAR LÓPEZ la constitucionalización del derecho a la prueba (art. 24.2 CE) comporta la obligación, por parte del legislador, de «regular los mecanismos, técnicas y procedimientos necesarios para la efectividad de aquel derecho»⁷⁸.

Por lo que respecta a la técnica legislativa, resulta acertado que el legislador de la Ley 1/2000 haya optado, finalmente y atendiendo a una insistente reclamación doctrinal, por la unificación de las reglas probatorias de procedimiento civil, en un solo texto legal finalizando con la duplicidad normativa antes existente (Ley de Enjuiciamiento Civil y Código Civil), aportando claridad sistemática.

Y es de esperar que las leyes especiales que se dicten solo contengan normas sobre prueba civil, cuando se trate de auténticas especialidades probatorias, sin engrosar el catálogo de leyes extravagantes con normas, que lejos de aportar claridad, generan confusión. Un ejemplo de ello fue la Ley 53/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, cuyas normas sobre valoración probatoria rompieron la sistemática y coherencia interna de la LEC⁷⁹.

77 Se define por DE URBANO CASTRILLO, E., (*El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa*, en «Derechos procesales fundamentales», Manuales de Formación continuada núm. 22/2004, Gutiérrez-Alvi, F. y López López, E. (coords.), CGPJ, Madrid, 2005, p.550) en los términos siguientes: «la prueba que se inspira en los postulados de la Norma Fundamental, la cual sirve de cobertura interpretativa y de aplicación para la resolución de las diferentes cuestiones que se susciten en el proceso».

78 SAINZ ROBLES, C. y ALBACAR LÓPEZ, J. L., *El derecho a la prueba*, en «Primeras Jornadas de Derecho Judicial», Presidencia del Tribunal Supremo, Madrid, 1983, p.597. Los mismos autores afirman que «el carácter social del Estado de Derecho obliga al juez español a velar por la efectividad de la tutela de derechos que imparte en el ejercicio de su función jurisdiccional, abandonando cualquier postura de pasividad que en aras de una malentendida imparcialidad, pueda propiciar soluciones no del todo justas» (p.597).

79 ORMÁZABAL SÁNCHEZ, G., *Informática y Prueba judicial. Especial consideración de la firma electrónica*, texto inédito y conferencia pronunciada el día 8 de junio de 2006 en la Facultad de Derecho de Esade

3.2.2. Mandatos al juez

Una serie de mandatos se dirigen al juzgador:

- 1) Garantizar el principio de interpretación conforme a la Constitución. Las normas probatorias, al igual que las restantes, deberán interpretarse conforme a los principios constitucionales y a la interpretación que de la misma efectúe el Tribunal Constitucional (art. 5.1 LOPJ).

El reconocimiento del derecho a la prueba en una norma de rango constitucional comporta, entre otras consecuencias, la necesidad «una lectura amplia y flexible de las normas probatorias» y «una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba» (PICÓ I JUNOY)⁸⁰.

- 2) Mayor sensibilidad en relación con las garantías procesales del art. 24.2 CE (STC de 13 de enero de 1992⁸¹). Es un mandato muy genérico, de difícil concreción en la actuación judicial, y tal vez la manifestación más relevante, en el ámbito probatorio, de la llamada «fuerza expansiva de los derechos fundamentales»⁸².

Esa «mayor sensibilidad judicial», aun con el riesgo de simplificación, podría circunscribirse a que el juez atendiese, en cuanto a la prueba, a los mandatos siguientes:

- a) Flexibilidad en cuanto a la admisión de la prueba (la máxima *pro probatione* en el juicio de admisión de los medios de prueba) o, tal vez con mayor precisión y como razonaremos más adelante, procurar la admisión de la «prueba justificada».
- b) Diligencia en la práctica de la prueba, particularmente cuando se remiten despachos (exhortos, oficios, mandamientos o comisiones rogatorias, por citar algunos ejemplos), adoptando las resoluciones precisas para que se remitan en los plazos de tiempo legales.
- c) Diligencia en el ejercicio, cuando fuera menester, de las facultades judiciales de intervención durante la práctica de la prueba (así, y por apuntar algunos supuestos, art. 306,1, II LEC –facultad de solicitar aclaraciones y adiciones en

(Barcelona). Con referencia a la Ley 53/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica crítica semejante modo de proceder.

80 PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba...*, en «Problemas actuales de la prueba civil», ob. cit., p.31.

81 STC de 13 de enero de 1992, fto. jco. 5º (EDJ 1992/1986). En el caso, y vigente la LEC de 1881, el tribunal estimó el recurso de amparo, y razona literalmente que «la interpretación excesivamente formalista de los preceptos procesales que regulan el recibimiento a prueba en 2ª instancia para el declarado en rebeldía en la primera, y la inaplicación por el Tribunal del que, en todo caso, permitía la práctica de las pruebas que en el recurso de súplica se propusieron, vulneraron los derechos fundamentales garantizados para el recurrente en el art. 24.1 y 2 CE y exigen por ello su restablecimiento, mediante la estimación del recurso».

82 DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema...*, ob. cit., p.57.

- el interrogatorio de las partes—; art. 346 LEC —facultad de acordar la comparecencia del perito a la vista o al juicio— o art. 372.2 LEC —facultad de solicitar aclaraciones y adiciones en el interrogatorio de testigos)⁸³.
- d) Práctica, cuando fuera menester, de diligencias finales, si las pruebas practicadas para el esclarecimiento de los hechos controvertidos fueran insuficientes, justificando, en cada caso, la observancia de los requisitos legales para su adopción, ora a instancia de parte (art. 435.1 LEC), ora de oficio (art. 435.2 LEC)⁸⁴.
 - e) Primacía del juicio fáctico en la motivación de la resolución judicial, pues solo desde una correcta formación del juicio de hecho se evidencia el estudio particularizado de las concretas actuaciones y se evita la discrecionalidad en el razonamiento judicial. Es necesario, por ende, que en la sentencia consten qué hechos han resultado probados y en virtud de qué medios de pruebas.
 - f) En todo caso, la proscripción de la indefensión, durante la proposición, admisión y práctica de la prueba.
- 3) Garantizar el contenido del derecho a la prueba. Los tribunales de justicia deben promover la satisfacción del derecho a la prueba. De nuevo se trata de un mandato genérico, que comprende varias garantías en cuanto a la proposición, admisión, práctica y valoración de las pruebas:
- a) En cuanto a la proposición: las partes deben ser citadas correctamente al acto (audiencia previa o vista) para la proposición de los medios de prueba, e incluso deben ser debidamente informadas de tal facultad si comparecen sin asistencia Letrada (afecta al derecho a la proposición de los medios de prueba).
 - b) En cuanto a la admisión o, en su caso, inadmisión motivada: el deber de pronunciarse por el tribunal sobre todas y cada una de las pruebas propuestas, en resolución oral, expresa, motivada e individualizada (art. 285.1 LEC); y el derecho de las partes a recurrir los actos denegatorios de la prueba (art. 285.2 LEC) y a que se dicten las resoluciones oportunas para la práctica de las pruebas admitidas (ej. citación de testigos o peritos) (art. 429.5 LEC). También comprende esta garantía la exclusión de la prueba ilícita (arts. 11.1 LOPJ y 287 LEC).

83 MUÑOZ SABATÉ, LL., (*Cuadernos de Probática I y II*, Banco Santander Central Hispano, 1999, pp. 113) apuntaba, ya con respecto a la derogada LEC de 1881, como una de las actitudes propias del juzgador que atiende al *favor probationes* la de «una firme intención aclaratoria en las pruebas de confesión, testifical y pericial». Sobre las facultades judiciales de intervención durante la práctica de la prueba puede verse ampliamente en mi estudio *Iniciativa probatoria de oficio...*, ob. cit., pp. 385-399.

84 No se nos oculta que el legislador ha regulado con carácter restrictivo las diligencias finales, como se deduce de la propia Exposición de Motivos de la LEC (párrafos XI y XII del epígrafe XII), pero tampoco podemos ignorar que, a pesar de la diligencia probatoria de las partes, en el momento de dictar sentencia pueden persistir hechos dudosos para el juzgador y el recurso automático a las normas sobre la carga de la prueba, aun produciendo sentencias formalmente ajustadas a derecho, puede, a veces, traducirse en sentencias materialmente alejadas del mismo.

- c) En cuanto a la práctica: el derecho de las partes a ser convocadas a participar en la realización de los diferentes actos de prueba, incluidas las que se practiquen en virtud de auxilio judicial (art. 174 LEC), y el derecho a que las pruebas se practiquen con observancia de los principios de contradicción (art. 290 LEC), intermediación (arts. 137, 289 y 194 LEC) y publicidad (arts. 138 y 289.1 LEC). La convocatoria a las diligencias de pruebas permite, en particular, el interrogatorio o la contradicción de las propuestas de adverso (arts. 301.1 LEC –para el interrogatorio de las partes–; 370 LEC –para el interrogatorio de testigos– y 347 LEC–para la prueba pericial–).
- d) En cuanto a la valoración: la sentencia deberá recoger el juicio de hecho, esto es –y como ya se ha dicho–, la expresión de qué hechos resultan acreditados y en virtud de qué medios de prueba; e igualmente deberá recoger el juicio de derecho, esto es, qué normas jurídicas resultan aplicables al supuesto declarado probado y los efectos que se derivan de las mismas (afecta al derecho a la valoración) (arts. 120.3 CE y 218.2 LEC).
- 4) Garantizar la admisión de la «prueba justificada». Se trata de un mandato específico en cuanto al juicio de admisión de los medios de prueba. Dicha teoría ha venido a sustituir aquella otra que sostenía la prioridad por la admisión que por la denegación de la prueba, y dota de mayor precisión el juicio de admisión de los medios de prueba. Con la «prueba justificada» se pretende, en palabras de URBANO CASTRILLO, conjugar «el derecho de defensa con la evitación de dilaciones indebidas y las pruebas redundantes»⁸⁵. En efecto, la admisión de una prueba de costosa elaboración (ej. solicitar de una empresa de seguridad informática el listado de todas las páginas web visitadas por un usuario en un período de los últimos cinco años, cuando lo que se quiere acreditar, pongamos por caso, no es la utilización indebida del correo electrónico, sino que el usuario carecía de la pericia que en su día manifestó en el manejo de los sistemas informáticos para poder acceder a un puesto de trabajo) y cuya relevancia sea escasa en términos del fallo de la sentencia, sobre encarecer innecesariamente el coste económico del proceso, lo va a dilatar excesivamente.
- 5) Garantizar la contradicción en las pruebas acordadas *ex officio iudicis*. Se trata de un mandato específico en cuanto a la práctica de las pruebas. Ya hemos indicado que la contradicción es una garantía esencial de la práctica de la prueba. Ahora debemos añadir que la intervención de ambas partes en la práctica de las pruebas es una garantía, común a la prueba practicada a instancia de parte y de oficio, pero que adquiere especial relevancia en ésta última, en la medida que las partes pueden intervenir en una prueba no propuesta por ellas.

Esta intervención de las partes en la prueba *ex officio iudicis* no se circunscribe exclusivamente a la necesidad de ser citadas a la prueba así acordada, y tener en ellas

85 DE URBANO CASTRILLO, E., *El derecho a utilizar...*, ob. cit., p.582.

la misma intervención que en las pruebas practicadas a instancia de parte, sino que, también se extiende, a la facultad de impugnar la prueba acordada *motu proprio* por el juez.

- 6) Evitar los formalismos enervantes. El respeto a las normas de procedimiento, fundamental siempre en el derecho procesal, no comporta la exigencia de formalidades carentes de sentido que, lejos de facilitar el derecho a la prueba, lo paralizan o enervan.

Los supuestos pueden muy variados. Así, aun con referencia al ámbito contencioso-administrativo, es ilustrativa la STC de 29 de mayo de 2000 en que el Tribunal Constitucional reconoció vulnerado el derecho del recurrente a la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa, menoscabado por un auto dictado por la Audiencia Nacional, que denegó el recibimiento a prueba de recurso contencioso administrativo, por incumplimiento del señalamiento de los puntos de hecho sobre los cuales había de versar la misma⁸⁶.

3.2.3. Mandatos a las partes

Como facultades otorgadas y deberes dirigidos a las partes:

- 1) Facultad de solicitar la «admisión y práctica de las pruebas pertinentes» (SSTC de 14 de enero de 2004⁸⁷ y de 11 de septiembre de 1995⁸⁸). Consustancial al principio de aportación de parte, la carga de la prueba de los hechos corre a cargo de la parte que los alega mediante la proposición de los medios de prueba. Ahora bien, y del tenor literal del art. 24.2 CE deriva un límite a la facultad de solicitar los medios de prueba, pues las pruebas propuestas deben ser «pertinentes», excluyéndose la admisión de las pruebas que no guarden relación con el *thema probandi*.

Ello significa, en sentido positivo, que las partes pueden proponer todos aquellos medios de prueba que guarden relación con los hechos controvertidos y, en sentido negativo, que deberán abstenerse de proponer aquellas pruebas que no guarden relación con el *thema probandi*, pues la proposición de prueba «impertinentes», sobre alargar innecesariamente el proceso, puede conducir al análisis y valoración de cuestiones distintas a las controvertidas.

86 STC de 29 de mayo de 2000, fto.jco.4º (EDJ 2000/13817).

87 STC de 14 de enero de 2004, fto. jco.2º (EDJ 2004/389).

88 STC de 11 de septiembre de 1995, fto. jco. 2º (EDJ 1995/4413). En este caso el TC, no obstante recordar el carácter excepcional de la prueba en la segunda instancia, estimó que se había producido una vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes en la defensa (art. 24.2 CE), concretamente respecto al derecho a la práctica de la prueba admitida: se había denegado inmotivadamente el recibimiento del pleito en la segunda instancia, respecto de unas pruebas admitidas y no practicadas en la primera instancia y por causas ajenas a la voluntad del proponente. Ver también la SAP Toledo, secc. 2ª, de 19 de octubre de 1998, fto. jco. 1º (EDJ 1998/27391).

- 2) Facultad de «reclamar o exigir su efectividad» (STC de 11 de septiembre de 1995). No solamente corresponde a las partes la facultad de proponer los medios de prueba pertinentes, sino también corresponde la facultad de exigir su efectividad.
Exigencia que se traduce en la doble facultad de reclamar que: a) la prueba propuesta y admitida, sea practicada y valorada en sentencia; y b) la prueba propuesta e indebidamente inadmitida, pueda ser objeto de revisión por el mismo órgano jurisdiccional u otro superior y, eventualmente, por el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, para que pueda ser admitida, practicada y valorada. Para alcanzar la efectividad de ambas facultades las partes podrán presentar los escritos conducentes ante el Juzgado (ej. interesando la no devolución de un exhorto ya cumplimentado) e instar la protección del derecho a la prueba a través de los oportunos recursos ordinarios (reposición y apelación) o extraordinarios (infracción procesal y amparo).
- 3) Deber de solicitar la prueba «en la forma y en el momento legalmente establecido» (STC de 14 de enero de 2004⁸⁹), (arts. 284, 414.1, 429.1, 435.1, 444.4 y 460.2 LEC). Siendo el derecho a la prueba un derecho de configuración legal, la proposición de prueba deberá ajustarse a los requisitos formales de oralidad –o, en su caso, escritura⁹⁰–, exigidos por las leyes procesales y a los requisitos temporales, de solicitud en la fase de proposición de pruebas, no pudiéndose admitir las pruebas que, aun siendo pertinentes y útiles, sean extemporáneas.
- 4) Deber de solicitar el medio de prueba legal o, en su formulación constitucional, que «esté autorizado por el ordenamiento jurídico» (STC de 14 de enero de 2004). Igualmente y derivado de su carácter de derecho de configuración legal, las partes no pueden proponer pruebas no permitidas por el ordenamiento jurídico (esto es, prueba ilegal) o pruebas obtenidas con vulneración o infracción de derecho fundamentales (esto es, prueba ilícita).
- 5) Deber de ejecutar las pruebas en el tiempo previsto (art. 288 LEC) o, en su formulación constitucional, el deber de «mantener una actividad colaboración para que la prueba se practique» (STC de 11 de septiembre de 1995). La ejecución tempestiva de la prueba admitida se configura en la LEC, según razona FERNÁNDEZ URZAINQUI, como una carga y un deber⁹¹. Es carga en cuanto la inejecución de una prueba en el tiempo previsto, por causa imputable a la parte, comporta que no pueda interesar

89 STC de 14 de enero de 2004, fto. jco 2º (EDJ 2004/389).

90 Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de presentar un pliego de preguntas en el interrogatorio de parte domiciliario (art. 311 LEC), por vía de auxilio judicial (art. 313 LEC), o en el de las Administraciones Públicas (art. 315 LEC), así como en el interrogatorio de testigo en el domicilio (art. 364, II LEC).

91 FERNÁNDEZ URZAINQUI, F., *Comentario al art. 288 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., pp. 1345-1346.

de nuevo su práctica como diligencia final (art. 435 LEC) o en la segunda instancia (art. 460.2 LEC) asumiendo, en su caso, las reglas de la carga de la prueba. Y es deber, en cuando la extemporaneidad en la práctica de la prueba, por causa imputable a la parte, si bien no le priva de eficacia, si comporta la imposición de una multa (art. 288 LEC).

De ahí la exigencia del Tribunal Constitucional reclamando una actividad de colaboración de las partes en la práctica de la prueba, de modo que la inejecución no sea imputable a la negligencia o pasividad de la parte (ej. tardanza en la gestión de los despachos librados para la práctica de la prueba mediante el auxilio judicial).

4. Reflexiones sobre la técnica probatoria

En el proceso civil intervienen siempre dos partes (normalmente con su defensa técnica por medio de abogado) y un tercero imparcial (juez) a quien corresponde decidir la controversia mediante una resolución fundada en derecho.

Como afirma MUÑOZ SABATÉ «toda una serie de viejos apotegmas: *nos ius déficit sed probatio; idem est no ese et non probare o probare o soccombere* evidencian, con literal dramatismo incluso, que la relación lógica entre medios y resultados se traduce la mayor parte de las veces en el proceso en una relación de causa a efecto «prueba-sentencia». El éxito de la acción o de la excepción dependen mayoritariamente de la prueba»⁹². En efecto, y en un proceso civil, inspirado en los principios dispositivo y de aportación de parte, al letrado le corresponde la aportación de los hechos y de los medios de prueba y al juez, su admisión y su valoración en la resolución judicial.

Desde la perspectiva de los principios que inspiran el proceso civil, analizaremos cuál es la relación del abogado con los hechos y cómo se introducen en el proceso a través de los escritos de alegaciones, cómo el abogado prepara su estrategia probatoria, tanto con anterioridad al proceso y mediante las relaciones previas con el cliente y demás profesionales que deben ayudarle en su estrategia probatoria (ej. perito), como también durante el proceso mediante su intervención en la práctica de los medios de prueba y en la fase de conclusiones.

Desde otra perspectiva, analizaremos cuál es la relación del juez con los hechos, la trascendencia del juicio de admisión de los hechos, como salvoconducto que permite la práctica de las pruebas y la necesidad de perfilar su régimen jurídico, las facultades judiciales durante la práctica de la prueba y, finalmente, algunos aspectos del proceso mental de construcción de la decisión judicial y su plasmación en la sentencia.

92 MUÑOZ SABATÉ, LL, *Fundamentos de prueba judicial L.E.C. 1/2000*, ob. cit., p.238.

4.1. El abogado

4.1.1. Su relación con los hechos

El letrado y el juez se encuentran en posiciones asimétricas ante los hechos. El letrado conoce los hechos, a partir de las manifestaciones que le ha trasladado su cliente en una primera entrevista inicial. De modo distinto, el juez conoce los hechos, a partir de la versión que de los mismos ofrece el letrado en sus escritos iniciales de alegaciones (demanda y contestación a la demanda). El letrado debe reconstruir la pequeña historia de los hechos para presentarlos en forma de demanda, caso que el asunto llegue al proceso judicial. Esta reconstrucción requiere la objetivación de los hechos y la ponderación de la mejor estrategia para su defensa.

Un primer paso consiste en la objetivación y reconstrucción de los hechos. El letrado entra en contacto con los hechos a partir de la versión que de los mismos le facilita el cliente. Esta versión normalmente será subjetiva y, a menudo, incompleta o parcial, no tanto por mala fe del cliente, cuanto por su desconocimiento del ordenamiento jurídico. Nada mejor, por tanto, en esta fase inicial que objetivar los hechos, a cuyo efecto puede ser útil y, a menudo imprescindible, que el abogado recabe del cliente toda la documentación previa que sustenta la versión de los hechos. Así, por ejemplo, si el cliente, en su condición de arrendador, pretende la resolución de contrato de arrendamiento es imprescindible que aporte el contrato de arrendamiento para que el letrado pueda analizar a qué legislación está sometido el contrato y el régimen de causas de resolución. El letrado sabrá interpretar los documentos y completar la versión inicial del cliente con lo que se deduzca de los mismos, empezando a reconstruir la historia de los hechos y articular su defensa.

También puede resultar útil para objetivar y completar los hechos mantener reuniones previas con otros intervinientes en los hechos, pues una pluralidad de informaciones simultáneas o sucesivas proporcionará al letrado un relato de los hechos más completa, que la versión unilateral de uno de los intervinientes. Así, y siguiendo con el ejemplo propuesto, si el contrato de arrendamiento ha sido suscrito por un matrimonio o una comunidad de bienes, en su condición de arrendadores, puede resultar útil mantener una entrevista inicial con la pareja o todos los integrantes de la comunidad de bienes, a fin de recabar la mayor información posible.

Un segundo paso consiste en la ponderación de la mejor estrategia para la defensa de los intereses del cliente. Una vez el letrado ha conseguido objetivar y reconstruir los hechos, estará en condiciones de iniciar su defensa y asesorar al cliente sobre la misma. Habitualmente el letrado intentará una satisfacción extrajudicial de los intereses confiados por el cliente, sea bien entrando en contacto con el letrado que defiende los intereses de la parte contraria, sea mediante una reclamación formal (carta con acuse de recibo, burofax, telegrama, etc.). Fracasadas las negaciones judiciales, el letrado deberá ponderar la defensa de los hechos e intereses del cliente por la vía judicial o, en su caso, arbitral.

4.1.2. Presentación de los hechos en la demanda

La LEC contiene una serie de prescripciones relativas a la forma de introducción de los hechos en el proceso. En las disposiciones que regulan el contenido de la demanda, se dispone que «los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar» (art. 399.3 LEC).

En la mente del legislador subyace la idea que la fase de alegaciones tiene por finalidad una introducción ordenada y clara de los hechos para que, tras su admisión o negación por la contraria (art. 405.2 y 443.4 LEC), queden fijados unos hechos admitidos y, por ende, exentos de prueba –por conformidad de las partes (art. 281.3 LEC)– y unos hechos controvertidos y necesitados de prueba –por disconformidad de las partes (arts. 429.1 y 443.4 LEC)–. La fase de alegaciones, y la posterior audiencia previa (en el juicio ordinario) y la vista (en el juicio oral), debe servir para depurar el relato fáctico, de modo que el juicio de admisión de los medios de prueba se circunscriba a los hechos controvertidos.

Para ello se exige una redacción ordenada y clara de los hechos en el escrito inicial de demanda. La exigencia de orden se satisface mediante la introducción de los hechos siguiendo bien una secuencia cronológica, bien una secuencia lógica. La claridad significa una exposición coherente y comprensible de los hechos para la parte demandada, a fin de permitir su admisión o negación, y para el propio juzgador, a fin de permitir su configuración de la controversia jurídica y situarle en posición de admitir o inadmitir los medios de prueba^{93/94}. El buen abogado conoce la importancia de la claridad y del orden en los escritos de alegaciones, y que ambas constituyen «manifestaciones del arte de convencer al juez»⁹⁵.

La presentación de los hechos suscita varias cuestiones. Una primera cuestión es si el letrado debe introducir en la demanda solo aquellos hechos que benefician al cliente, o si, por el contrario, también deben anticiparse aquellos que le perjudican. Veámoslo con un sencillo ejemplo. El cliente manifiesta al abogado que ha sufrido lesiones y secuelas a consecuencia de un accidente de circulación en una vía comarcal en la que el conductor contrario se había saltado un semáforo en rojo, pero también le manifiesta que él circulaba a velocidad excesiva. El letrado deberá optar, al redactar su escrito inicial de demanda, bien por silenciar el extremo relativo a la velocidad excesiva de su cliente o, por el contrario, an-

93 RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., *Comentario al art. 399 LEC*, en «Enjuiciamiento Civil», Xiol Ríos, J.A. (coord.), ed. Sepin, Madrid, 2008, p.2472, crítica cierta práctica forense consistente en «ciertas demandas se suelen presentar a través de grandes epígrafes que contienen varios párrafos en los que a veces se hacen afirmaciones de naturaleza más diversa» y aboga para que «cada párrafo que contiene una afirmación de hecho, se numere».

94 RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, t.II, ed. Atelier, Barcelona, 2008, p.1173, introduce un «protocolo para la preparación de la demanda», con recomendaciones prácticas –en forma de interrogantes que debe plantearse el letrado– para la narración de los hechos.

95 GÓMEZ DE LIAÑO, F., *De la metodología de las sentencias a la selección de jueces*, en «Realismo jurídico y experiencia procesal», Serra Domínguez, M. (Liber amicorum), ed. Atelier, Barcelona, 2009, p.642.

ticipar este hecho y mitigar sus consecuencias jurídicas. Habitualmente el dilema de narrar los hechos perjudiciales del cliente puede resolverse en atención a la facilidad probatoria de los mismos. En el ejemplo propuesto, si la velocidad excesiva del cliente consta en un previo atestado de la policía, es aconsejable dejar constancia del mismo, y postular una moderación de la indemnización que le pudiera corresponder.

Una segunda cuestión es la relativa a la introducción de hechos de difícil prueba o sobre los que presumiblemente no podrá aportar prueba. La prudencia profesional aconseja no introducirlos, dado que, en virtud de las reglas de la carga de la prueba, la parte va a sufrir las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba de los hechos que le incumbía probar (art. 217 LEC). Ahora bien, no siempre resulta factible predecir *a priori* la facilidad o dificultad probatoria de determinados hechos, e incluso la estrategia procesal del letrado, en algunas ocasiones, aconseja introducir hechos, a sabiendas de su dificultad probatoria. Así, por ejemplo, si en un proceso matrimonial se pretende determinar la capacidad económica de un cónyuge obligado al pago de unas pensiones alimenticias, conociendo el letrado que dicho cónyuge ha puesto su patrimonio a nombre de terceras personas. En tal supuesto, adquiere una relevancia fundamental las presunciones, que aun no siendo un medio de prueba, son un método de razonamiento que permite acreditar determinados hechos (arts. 385 y 386 LEC).

Una tercera cuestión es la relativa a la inobservancia de las prescripciones del artículo 399.3º LEC, esto es, cuando el letrado de la parte actora redacta su demanda sin orden ni claridad, dificultando al letrado de la parte demandada la carga de la afirmación o negación hechos (art. 405.2 LEC), esto es, lo que MUÑOZ SABATÉ ha denominado como «la narrativa incorrecta del hecho»⁹⁶. No tengo noticia de la inadmisión de una demanda, ni siquiera de su invitación a la subsanación, por falta de orden y claridad en la exposición de los hechos de la demanda. En tal supuesto, el letrado de la parte demandada puede quedar liberado de su carga de admitir o negar los hechos de la demanda mediante el recurso a una negativa general de los hechos. El juez puede intentar centrar el *thema probandi* invitando a las partes a una fijación de hechos controvertidos (art. 428.1 LEC), aun cuando ello puede exigir dosis de prudencia, y probablemente no será posible en todos los casos, sino en aquellos que, por su habitualidad o sencillez, se presentan con mayor frecuencia en los juzgados.

4.1.3. Preparación de las pruebas

También en orden a la preparación de las pruebas la posición de letrado y juez es asimétrica. El letrado ha recibido la versión de los hechos del cliente, los ha introducido en el proceso a través de los escritos de alegaciones, y deberá preparar las pruebas destinados a acreditarlos. El juez conoce la versión de los hechos facilitada por los letrados en sus escritos de alegaciones y debe admitir las pruebas. Basta, como apunta MUÑOZ SABATÉ, pensar en

96 MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de prueba judicial L.E.C.*, ob. cit., pp. 129-135.

el tiempo que dedica el letrado a preparar sus medios de prueba y el tiempo que dedica el juez en admitirlos o denegarlos⁹⁷.

Las afirmaciones sobre los hechos efectuadas por las partes se verifican a través de los medios de prueba. Al letrado le corresponde la tarea fundamental de averiguar las fuentes de prueba y aportarlas al proceso. La actividad probatoria del letrado es de averiguación, indagación y aportación al proceso de las fuentes de pruebas existentes fuera del proceso⁹⁸. La actividad de juez es de admisión y valoración de las fuentes de prueba propuestas por los letrados. En gráfica y sintética expresión de MUÑOZ SABATÉ «las partes prueban y el juez comprueba»⁹⁹.

En orden a la aportación de las pruebas, podemos tener presente algunas indicaciones con respecto a cada uno de los medios de prueba.

- a) Interrogatorio de las partes: es, por lo común, el medio de prueba que ofrecerá mayor información, por cuanto nadie mejor que las partes conocen los hechos. Conserva, aun limitadamente, el carácter de prueba tasada, siempre que el interrogatorio verse sobre hechos personales del interrogado, su reconocimiento le sea enteramente perjudicial y no aparezca contradicho por otros medios de prueba (art. 316.1 LEC), requisitos muy exigentes y que, en la práctica, lo convierten en una prueba de libre valoración¹⁰⁰. Debe tenerse en cuenta que al proponer el interrogatorio de parte, se permite que el propio letrado interroge a su propia parte (art. 306.1 LEC).

No resulta admisible proponer el interrogatorio de la propia parte, pues la parte interrogada siempre es la «adversa o e litigante con intereses contrapuestos» (art. 301.1 LEC)¹⁰¹, debiendo ponderar, en algunas ocasiones, si para evitar el interrogatorio de la parte por su propio letrado, es preferible prescindir de su proposición.

- b) Documentos. El documento desempeña funciones de perpetuación (permite perpetuar actos, hechos y declaraciones de voluntad), de garantía (permite su atribución a un autor) y de prueba (permite dejar constancia de cuáles eran los actos,

97 *Ibidem.*, p.239.

98 La distinción entre fuente y medio de prueba fue elaborada por CARNELUTTI, F. (*La prueba civil*, 2ª ed., ed. Ejea, pp. 67 y ss), desarrollada por SENTÍS MELENDO, S. (*La prueba*, ed. Ejea, Buenos Aires, 1947, pp. 14-16) y puede verse una versión más reciente y para el proceso civil español en MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 5ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2007, pp. 150-153.

99 MUÑOZ SABATÉ, LL, *Fundamentos de prueba judicial L.E.C.*, ob. cit., p.431.

100 JIMÉNEZ CONDE, F., *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*, ed. Civitas, 2007, p.61, alude a una norma de valoración «híbrida» y «que suaviza el rigor formalista que como prueba eminentemente tasada presidía la anterior confesión en juicio, y en tal sentido confía ahora al libre convencimiento del órgano judicial en ciertos casos (art. 316.2), aunque siempre con sujeción a las reglas de la sana crítica».

101 Ello no obstante, también se ha defendido la admisibilidad del interrogatorio de la propia parte por algunos autores, entre ellos TORRES PINDADO, D., *Aspectos subjetivos en el interrogatorio de partes*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», J.M.Bosch, Barcelona, 2006, pp. 283-291.

hechos documentados o relaciones entre las partes)¹⁰². Su aportación es decisiva, particularmente cuando se trata de acreditar hechos o negocios jurídicos de los que habitualmente se plasman por escrito, sometándose los documentos fundamentales a estrictas reglas de aportación, bajo sanción de preclusión (arts. 265.1 y 269 LEC). La LEC ha reforzado la aportación de documentos mediante el deber de exhibición documental entre partes (art. 328 LEC) y entre terceros (art. 333 LEC). En orden a la presentación de las pruebas deberá justificarse la aportación de documentos con posterioridad a los escritos de alegaciones (art. 270 LEC).

La proliferación de las nuevas tecnologías de la información ha dado lugar al llamado documento electrónico o, más ampliamente, la prueba electrónica que, aun cuando la LEC le dispensa un tratamiento autónomo a modo de medio de prueba *ad hoc* (arts. 299.2 y 382 a 384 LEC), dogmáticamente debe reputarse como documento y su régimen de aportación, impugnación y valoración debe asemejarse al del documento escrito¹⁰³.

- c) Dictámenes periciales. El decimonónico sistema de pericia única, intraprocesal y judicial de la LEC de 1881 ha sido sustituido en la LEC por un novedoso sistema de pericial dual y opcional que admite tanto el dictamen por peritos designados libremente por el juez (pericial de parte) cuanto el dictamen de peritos, a instancia de parte, por el tribunal (pericial de designación judicial). Los dictámenes a instancia de parte tienen, en cuanto a su aportación, un régimen muy similar al de los documentos fundamentales (arts. 265.1.4º, 336 y 269 LEC).

En orden a la preparación de la prueba debe evaluarse la necesidad u oportunidad del dictamen pericial, particularmente en términos de coste económico, reconociéndose que en determinados procesos su práctica deviene cuasi imprescindible (ej. vicios de construcción, supuestos de competencia desleal, impugnación o reclamación de filiación, etc.). Y también debe evaluarse la oportunidad de solicitar, además del dictamen de parte, el de designación judicial, supuesta la compatibilidad entre ambos tipos de pericias¹⁰⁴.

- 102 SEOANE SPIELGEBERG, J.L., *La prueba en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Disposiciones generales y presunciones*, 2ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, 2007, p.426.
- 103 Esta construcción dogmática puede verse, entre otros autores, en NIEVA FENOLL, J., *La prueba en documento multimedia*, ed. Marcial Pons, 2009, especialmente en pp. 311-313, y 318-319; y con anterioridad se anticipan en MONTÓN REDONDO, A., *Medios de la reproducción de la imagen y del sonido*, en «La prueba», Montero Aroca, J. (dir), Cuadernos de Derecho Judicial, núm.VII/2000, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 175-182; y en SANCHIS CRESPO, C. y CHAVELI DONAT, E., *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000 (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 67 y ss. En sentido distinto, puede verse ORMÁZABAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, ed. La Ley, Madrid, 2000, pp. 176-183.
- 104 A favor de la compatibilidad de ambas pericias puede verse el AJPI Santander, núm.1, de 4 de diciembre de 2002 (AC 2002\1911) y en contra de la compatibilidad el AJPI Bilbao, núm. 10, de 27 de octubre de 2003, fto. jco. 3º (AC 2003\1455).

En la pericial de parte, será fundamental la elección del perito que ofrezca las garantías de solvencia profesional¹⁰⁵, a quien deberá presentarse los extremos concretos de la pericial, así como su eventual intervención en el acto del juicio. No debe olvidarse que la prueba pericial «no solo alcanza la emisión escrita de su informe, sino su intervención [del perito] en el juicio con explicaciones y respuestas a preguntas de las partes y del juez» (SAP Cantabria, de 19 de septiembre de 2005¹⁰⁶). Dada la relación de arrendamiento de servicios entre la parte y el perito puede resultar aconsejable la preparación conjunta entre letrado y perito sobre la estrategia a seguir durante la contradicción del dictamen pericial¹⁰⁷.

En la pericial de designación judicial, y supuesto el sistema de listas corridas vigente en nuestro ordenamiento jurídico (art. 341 LEC), debe confiarse que la inclusión de peritos en las listas atienda a criterios de experiencia y solvencia profesional, siendo también fundamental la precisión de los extremos de la pericia.

- d) Interrogatorio de testigos. La LEC ha pretendido revitalizar la prueba testifical estableciendo una cláusula general de idoneidad del testigo (art. 361 LEC) y unos supuestos de inidoneidad (art. 361 LEC), así como unos mecanismos tendentes a garantizar la imparcialidad del testigo, tales como las preguntas generales de la ley (art. 367 LEC) y la tacha del testigo (art. 377 LEC).

En el sistema anglosajón, donde la decisión recae sobre un jurado, el ordenamiento procesal [y, en concreto, las conocidas como *Federal Rules of Evidence* o FRE] se preocupan por regular con precisión el tipo de preguntas que pueden formularse a los testigos y sobre la credibilidad del testigo, pudiendo el juez prohibir las declaraciones en las que el testigo no tenga un conocimiento directo¹⁰⁸.

- 105 A partir de la propia experiencia profesional como perito arquitecto FANLO PUNTER, V., (*Reglas básicas para un correcto dictamen de arquitecto*, en Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio, núm. 4, en Diario La Ley, núm. 7564, de 8 de febrero de 2011, p.18), ofrece un decálogo de normas de lo que debe ser el dictamen pericial de arquitecto, que resultan extensibles a cualquier otro dictamen pericial.
- 106 SAP Cantabria, secc. 3ª, de 19 de noviembre de 2005, fto. Jco. 4º (EDJ 2005/169663). Y en sentido similar, la SAP Toledo, secc. 1ª, de 19 de septiembre de 2006, fto. Jco. 1º (EDJ 2006/28091) recuerda que «la prueba por dictamen de peritos no se integra únicamente por el contenido del informe escrito que se aporte a los autos, sino que también se compone por lo que el propio perito manifieste en su intervención en la vista en casos como el presente en que sea llamado a la misma, y con ello por las explicaciones que ante las partes y el Juez dé de su informe y por las respuestas, ampliaciones y aclaraciones que ofrezca a las preguntas u objeciones de las partes y del Tribunal (art. 347 LEC)».
- 107 La intervención del perito en el acto del juicio fue el tema de una mesa redonda que tuvo lugar el 25 de enero de 2010 en la Facultad de Derecho ESADE, coorganizada por el Instituto de Probática y Derecho Probatorio y l'Associació Catalana de Pèrits Judicials i Forenses. Puede verse un resumen en: <http://www.esade.edu/portal/pls/portal/docs/1/14486347.PDF>
- 108 MARTÍN SABATER, A., *La prueba en el sistema anglosajón*, Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio n° 4, Diario La ley número 7564, de 8 de febrero de 2011, p.12.

En nuestro sistema procesal, la preparación de la declaración del testigo se confía al letrado que lo presenta en el acto del juico o de la vista, y probablemente dado que es una prueba de libre valoración (art. 376 LEC) y que a menudo se presenta como prueba de «refuerzo» no suele existir un gran cultura de inversión de esfuerzos en esta materia, acaso por una cierta inercia histórica, que se arrastra por la vigencia centenaria de la LEC de 1881, que el juez suele dar poco crédito a dicho medio de prueba, entre otras razones porque tampoco acostumbraba a practicarse con intermediación.

- e) Reconocimiento judicial. En el reconocimiento judicial el juez no se limita a practicar la prueba, sino que el mismo realiza la prueba¹⁰⁹, siendo, a la vez, protagonista y destinatario de la prueba. Aun cuando tradicionalmente se asociado el reconocimiento a cuestiones territoriales (ej. servidumbre, acciones de deslinde, acción reivindicatoria), puede revitalizarse por el empleo, cada vez más masivo, de las nuevas tecnologías y redes sociales de comunicación, mediante lo que se ha dado en llamar cibernavegación (ej. reconocimiento por el juez de una página web o de un e-mail)¹¹⁰.

En orden a la preparación de la prueba puede resultar útil no solamente presentar los extremos objeto del reconocimiento de forma clara y precisa, sino el previo examen por el letrado del lugar, el objeto o la persona que debe ser posteriormente examinada por el juez. Siendo una prueba asistida, debe ponderarse su solicitud conjunta con la prueba pericial (art. 356 LEC) o con los interrogatorios de testigos y de las partes (art. 357 LEC), pudiendo configurarse casi como una suerte de reconstrucción de hechos¹¹¹.

4.1.4. Intervención del letrado durante la práctica de la prueba

La labor del letrado no se agota con la presentación de los medios de prueba, sino que puede tener una intervención activa durante su práctica, que pasamos a sintetizar en cada uno de ellos.

Con respecto a los interrogatorios (de las partes y de testigos) y siendo una prueba esencialmente oral (arts. 302 y 368 LEC, respectivamente) se ofrece al letrado la posibilidad de modular sus preguntas a la vista de las respuestas que ofrezca el interrogado, y a la vez, a la vista de las preguntas y respuestas que formule el letrado de la adversa.

El letrado adquiere la habilidad en el interrogatorio a través de su ejercicio profesional, pudiéndose ofrecer sucintas orientaciones de carácter general, tales como la previa

109 VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La prueba. Los recursos*, en «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.III, ed. Tecnos, Madrid, 2000, p.91.

110 ALONSO-CUEVILLAS, J., *Internet y prueba civil*, en Revista Jurídica de Catalunya, 2001, p.1084.

111 En este sentido RIFÁ SOLER, J.M^a, *Comentario al art. 357*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Fernández-Ballesteros, Rifa-Soler, Valls-Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2001, p.1663.

preparación de un «listado» de preguntas recabando la mayor información posible del propio cliente y otros intervinientes, la formulación inicial de unas preguntas que ayuden a contextualizar el interrogatorio y permitan adquirir la confianza del sujeto interrogado, la atención a las respuestas que ofrece el interrogado para advertir nuevas líneas de interrogatorio inicialmente no previstas, el firme propósito aclaratorio cuando el testigo responda con evasivas, la formulación de preguntas abiertas –actualmente ya previstas para el interrogatorio de testigos tras la reforma del art. 368 LEC por Ley 13/2009¹¹²– que ensanchan el espectro de la respuesta del interrogado, la puesta de manifiesto de eventuales contradicciones en la declaración. Y todo ello, siempre que sea posible, acompañado de una cierta dosis de «psicología del testigo».

Con respecto a los documentos, debe tenerse presente la facultad de impugnar la autenticidad de los documentos presentados de adverso (art. 427.1 LEC), impugnación que se circunscribe a la autenticidad del documento, entendida como pertenencia a su autor¹¹³. La prueba documental no tiene *strictu sensu* una fase de práctica, pues su presentación y aportación agota su práctica¹¹⁴, por lo que la labor del letrado se centra en la fase de preparación (selección de documentos fundamentales y aportación temporánea) y en la fase de valoración (acreditación de los hechos controvertidos mediante el informe oral en la fase de conclusiones).

Ello no obstante, no puede obviarse la importancia de la aportación de los llamados «documentos de refutación», esto es, documentos dirigidos a refutar las alegaciones relativas al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se puso de manifiesto a consecuencia de las alegaciones formuladas por los demandados en la contestación a la demanda¹¹⁵.

Con respecto a los dictámenes periciales, sean a instancia de parte o de designación judicial, el legislador contempla con gran amplitud la intervención del perito en el acto del juicio (art. 347 LEC), pudiendo ser útil y conveniente que letrado y perito de parte, una vez incorporados todos los dictámenes, preparen tal intervención, a la vista que la prueba

112 La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial ha dado nueva redacción al apartado primero del art. 368 LEC, relativo al contenido y admisibilidad de las preguntas del interrogatorio de testigos, suprimiendo la exigencia legal del «sentido afirmativo» en la formulación de las preguntas, que figuraba en la redacción inicial de dicho precepto en la LEC de 2000. Las preguntas abiertas, a diferencia de las afirmativas, permiten ensanchar el espectro de conocimiento y respuesta del sujeto interrogado.

113 Tal como razona la SAP Barcelona, secc. 1ª, de 23 de marzo de 2004, fto.jco. 3º (EDJ 2004/13419) «la finalidad de la impugnación es evitar el libramiento de despachos para la adverbación de documentos públicos (mandamientos) y privados (arts. 267, 268, 318 y 325 LEC) que consten por copia simple y ahorrar las testificales respecto a aquellos documentos elaborados por empresas, compañías de suministros y, en general, terceros ajenos al pleito (arts. 268 y 381 LEC)».

114 MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p.305.

115 SAP Badajoz, secc. 3ª, de 17 de marzo de 2004, fto. Jco. 2º (JUR 2004\113053) y SSTS, Sala 1ª, de 15 de marzo de 1996, fto.jco. 3º (RJ 1996\2179) y de 9 de marzo de 1994, fto. jco. 1º (RJ 1994\2205).

pericial comprende no solamente la aportación del dictamen pericial sino la intervención del perito en el acto del juicio.

La intervención del letrado en el acto de contradicción del dictamen pericial puede dirigirse, entre otros extremos, a impugnar la falta de cualificación profesional del perito, evidenciar la concurrencia de algún motivo de tacha que devalúe su credibilidad, la aportación de conclusiones jurídicas competencia exclusiva del juzgador, la debilidad de los métodos que sustentan el examen, la ausencia de un examen previo de los objetos sobre los que informa, la lejanía sobre los hechos informados, la eventual contradicción entre las conclusiones expuestas en el informe escrito y las manifestaciones efectuada en el acto del juicio o de la vista.

No puede obviarse que, cada vez con mayor frecuencia y en determinado tipo de pericias (de la que es ejemplo paradigmático la pericia en materia de vicos de la construcción), se admite el denominado «careo de peritos», que consiste en la posibilidad de someter a contradicción simultáneamente la declaración de varios peritos, y permite al letrado recabar sobre determinados extremos el parecer de distintos peritos y evidenciar las coincidencias o discrepancias entre los mismos, todo ello facilitado por la oralidad. La LEC no prevé expresamente esta posibilidad¹¹⁶, pues solo contempla la «crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte adversa» – art. 347.1.5º LEC–, pero el enfrentamiento dialéctico entre peritos facilita el ejercicio de la sana crítica judicial, y ya el derogado art. 629 LEC 1881 admitía que «si estuvieren en discordia [los tres peritos], se pondrán por separado tantas declaraciones o dictámenes cuantos sean los pareceres».

Con respecto al reconocimiento judicial, la intervención del letrado, prevista con carácter general en el art. 354.2 LEC, puede ser decisiva, pues una vez el juez haya examinado por sí mismo el lugar, el objeto o la persona, el letrado puede poner de manifiesto los extremos que figuraban en la proposición de la prueba y fueron admitidos por el juez y, sin embargo, han pasado desapercibidos en el examen judicial¹¹⁷. Esa intervención no podrá alcanzar la posibilidad de formular al juez preguntas o solicitar aclaraciones sobre el modo cómo observa un determinado lugar, un objeto o una persona¹¹⁸.

El acta de reconocimiento judicial debe ser firmada por todos los asistentes, pudiendo el letrado formular su protesta si el juez ha omitido extremos admitidos o si el juez transcribe no solo sus percepciones y apreciaciones (art. 358 LEC), sino también sus valoraciones, que son propias de la sentencia.

116 Así lo pone de manifiesto, para no admitir el careo entre peritos RIBELLES ARELLANO, J.Mª, *La prueba*, en «La ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia», Alegret Burgués, Mª E y López López, E. (dirs), Estudios de Derecho Judicial, núm. 44/2003, CGPJ, Madrid, 2004, p.358. De modo distinto, la SAP A Coruña, secc. 4ª, de 14 de junio de 2005, fto. Jco. 3º (EDJ 2005/216110) parece admitir el careo entre peritos.

117 En el mismo sentido, LÓPEZ YAGÜES, V., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2005, p.188.

118 Así se pronuncia SOLÉ RIERA, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, en rev. Justicia, año 2001, p.58.

4.1.5. Las conclusiones

Las conclusiones permiten una valoración oral e instantánea de las pruebas que se han practicado en el mismo acto del juicio¹¹⁹. El letrado debe seleccionar los hechos relevantes, enjuiciar *prima facie* los hechos controvertidos, y exponer todo ello oral y públicamente. Aun cuando las conclusiones se dirigen al juez, en cuanto titular de la potestad jurisdiccional, a menudo se formulan en presencia del cliente del letrado, a quien éste permanece vinculado en virtud de un contrato de arrendamiento de servicios profesionales.

Las conclusiones no pueden convertirse en resumen de la fase de alegaciones, sea las propias o las de adverso, ni en una disertación sobre la jurisprudencia aplicable al caso, ya expuesta en su caso en los escritos de alegaciones, sin perjuicio que se pueda citar alguna resolución idéntica o novedosa sobre la materia objeto de enjuiciamiento. Las conclusiones deben poner de manifiesto, a partir de la declaración de hechos controvertidos, qué hechos han resultado probados y a partir de qué medios de pruebas, analizando tanto la prueba propuesta por la propia parte como la de adverso.

La regulación legal es detallista, señalando que debe efectuarse un resumen de las pruebas —princiando por los hechos aducidos por cada parte en apoyo de su pretensión y siguiendo por los hechos aducidos de contrario—, de argumentos jurídicos y de la petición (art. 433, 2 y 3 LEC). Una alternativa puede ser partir de los hechos que han quedado fijados en la audiencia previa, y a partir de cada uno de ellos analizar el resultado de los distintos medios de prueba practicados en el juicio. Este análisis comprenderá la valoración de cada medio de prueba individualmente considerado y su relación con los demás medios de prueba.

Como aspectos valorativos, a tener en cuenta en la formulación de las conclusiones, y sin ánimo exhaustivo, apuntamos los siguientes: a) con respecto al interrogatorio de las partes, la existencia de un hecho perjudicial, reconocido por la parte y no contradicho por ningún otro medio de prueba (art. 316.1 LEC), conforme a la máxima universal de la *contra se pronuntiatio*, y particularmente cuando el proceso versa sobre temas de carácter patrimonial¹²⁰; b) con respecto al interrogatorio de testigos, y atendiendo a la razón de ciencia, circunstancias personales concurrentes y, en su caso, las tachas y su resultado (art. 376 LEC), la claridad y precisión de las respuestas, la ausencia de contradicciones en la declaración y la proximidad con los hechos¹²¹; c) con respecto a los documentos, su fuerza probatoria plena en cuanto a la existencia del hecho documentado, intervinientes y fecha, cuando aparecen recogidos en documentos públicos (art. 319.1 LEC) o en privados no impugnados (art. 326.1 LEC); d) con respecto a los dictámenes periciales, y amén

119 Lo cual no impide, como apunta precavidamente RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, t.II, ob.cit., p.1344, que el letrado pueda tener preparadas las líneas maestras de las conclusiones para evitar la improvisación.

120 En este sentido, JIMÉNEZ CONDE, F., *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*, ob. cit., pp. 62 y 167.

121 La SAPValencia, secc. 6ª, de 25 de julio de 2008, fto.jco.4º (La Ley 325866/2008) recoge un exhaustivo catálogo de factores de ponderación para apreciar la credibilidad de un testigo.

de los ya apuntados al analizar la intervención del letrado en el acto de la contradicción, la extralimitación del perito respecto de los extremos del dictamen pericial, la imposibilidad de intervención en las operaciones periciales, la concurrencia de varios dictámenes discrepantes entre sí, la revisión de las máximas de experiencia aportadas por el perito; e) con respecto al reconocimiento judicial, la claridad de las percepciones y apreciaciones del juzgador en el acta de reconocimiento judicial o, en su caso, en el instrumento técnico utilizado para la grabación.

Se permite la intervención del tribunal, en el caso de que no se considere suficiente ilustrado sobre las conclusiones, requiriendo explicaciones de las partes (art. 433.4 LEC), siquiera se trata de una herramienta de la que raras veces se hace uso.

Una dificultad añadida presentan las conclusiones en aquellos supuestos en los que, por su complejidad, el acto de juicio se ha desarrollado en varias sesiones sucesivas en el tiempo. En tal supuesto, tal vez fuera preferible que, por mutuo acuerdo de las partes, las conclusiones pudieran diferirse en el tiempo o presentarse por escrito¹²².

4.2. El juez

4.2.1. Su relación con los hechos

El juez conoce los hechos –o, más precisamente, la versión de los hechos que le han ofrecido los letrados a través de los escritos de alegaciones– y desconoce por completo las fuentes de prueba, en cuanto no es misión del juez indagar las fuentes de prueba, sino que su deber se circunscribe a admitir o denegar los medios de prueba. En esta línea ha insistido MUÑOZ SABATÉ señalando que el letrado al proponer la prueba se encuentra en una relación de familiaridad con los hechos, y el juez en una relación de extrañamiento¹²³.

Desde otra perspectiva, también cabe referir que el letrado se encuentra en una situación de parcialidad frente a los hechos, mientras que el juez se encuentra en una situación de imparcialidad. El objetivo del letrado es vencer el juicio, puesto que la relación con su cliente (la parte) se instrumentaliza a través de un arrendamiento de servicios profesionales, orientado a la satisfacción de los intereses privados de su patrocinado, mientras que el deber del juez es resolver la controversia reconstruyendo la pequeña historia del proceso, en cuanto titular de la potestad jurisdiccional y depositario de la función constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE).

122 SOLANO MARTÍN, M., *Incidencia de la oralidad en la formulación de las conclusiones: de la instructa a las conclusiones orales*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J.M.Bosch, Barcelona, 2006, p.575, se muestra reacia a sustituir el trámite oral por la presentación escrita de conclusiones, pero admite «una interrupción de la vista durante el tiempo imprescindible para que los letrados puedan ordenar el material probatorio y preparar sus conclusiones».

123 MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C. 1/2000*, ob. cit., p.239.

Se ha firmado acertadamente que los letrados «tienen interés en que venza la versión de los hechos que más le convenza a su cliente, con independencia de la verdad»¹²⁴. Muy distinta es la posición del juez, pues prescindiendo del debate sobre si la finalidad del proceso es alcanzar la verdad o la convicción judicial, lo cierto es que el juez únicamente puede centrar su misión en resolver qué hechos han quedado probados y a partir de qué medios de prueba, y sobre la base de la prueba practicada, tener por acreditada la versión de los hechos del actor o, en su caso, del demandado. Su fin, por tanto, es reconstruir la pequeña historia del proceso.

4.2.2. El juicio sobre la admisión de los medios de prueba

Si al letrado corresponde la averiguación y aportación de las fuentes de prueba, al juez le corresponde introducir (admitir) y valorar las fuentes de prueba aportados por las partes a través de los medios de prueba. La actividad probatoria del juez es, por ende, de incorporación o rechazo de los medios de a través del juicio de admisión y, posteriormente, de la valoración de los medios. Desde esta perspectiva, puede compartirse la afirmación de COUTURE al señalar que el juez «es el intermediario obligado en todo procedimiento, y no existe posibilidad de incorporar eficazmente al proceso un medio de prueba, sin participación del magistrado»¹²⁵.

Un análisis del juicio sobre la admisión de los medios de prueba exige referirse a su naturaleza jurídica –la de un deber judicial–, los presupuestos de su ejercicio –la fijación de los hechos controvertidos y la proposición de prueba–, los parámetros legales de admisión –pertinencia, utilidad y licitud– los caracteres de la resolución judicial –oral, individualizada, motivada, expresa y recurrible–, el alcance de la máxime *pro probatione* y, finalmente, el juicio sobre la ilicitud de la prueba.

La proposición de los medios de prueba es una facultad y una carga de las partes, mientras el juicio sobre la admisión constituye un deber del juez, en el sentido que éste inexcusablemente debe pronunciarse sobre cada uno de los medios de prueba propuestos (art. 285.1 LEC), para admitirlos o denegarlos, sin que pueda omitir su resolución o diferirla a un momento posterior¹²⁶.

124 TARUFFO, M., *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*, en «La Prueba», ed. Marcial Pons, 2008, p.179.

125 COUTURE, E.J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., edit. Bdef. Montevideo-Buenos Aires, 2004, p.206.

126 La STC de 23 de junio de 1997, fto. jco.4º (EDJ 1997/4019) ilustra la tensión entre la carga de las partes y el deber judicial en los siguientes términos: «desde una perspectiva formal, el litigante tiene la carga, en su acepción procesal, de explicar razonadamente no sólo la conexión de cada prueba con el objeto procesal sino su importancia para la decisión del pleito, en cuyo doble aspecto reside la pertinencia, por venir a propósito y concernir a lo que está en tela de juicio. Una exigencia simétrica impone al juzgador la obligación de razonar también, en su caso, la inadmisión o la impertinencia, [...]. Aquí se plantea una vez más la tensión dialéctica entre la independencia del Poder Judicial, titu-

La admisión de los medios de prueba requiere la previa posición de los medios de prueba y la fijación de los hechos controvertidos. Sin la previa proposición de los medios de prueba, y a salvo de los supuestos de prueba de oficio, el juez no puede emitir su juicio de admisión o inadmisión de prueba. La fijación de los hechos se traduce en la dispensa de prueba de los hechos «sobre los que exista conformidad de las partes» (art. 281.3 LEC) y en la fijación de los controvertidos como una función específica –llamada por ALONSO-CUEVILLAS «función sub-concretora» de la audiencia previa¹²⁷– y como precedente inmediato y necesario de la proposición de los medios de prueba.

Los parámetros o criterios legales de admisión de prueba se traducen la pertinencia, utilidad y legalidad. Pertinencia, referida a la relación entre los medios de prueba propuestos y el objeto de la prueba. Utilidad, referida a la idoneidad del medio propuesto para acreditar el hecho discutido. Y legalidad, en cuanto observancia de las normas procesales –básicamente de forma y plazo– de proposición de prueba.

La decisión judicial admitiendo o denegando los medios de prueba propuestos se expresa mediante una resolución oral (en la misma audiencia previa o vista, sin posibilidad de diferirla en el tiempo), individualizada (sobre todos y cada uno de los medios propuestos), motivada (particularmente cuando se trate de una inadmisión, razonando someramente los motivos de la impertinencia o la inutilidad), expresa (no sometida a condición) y recurrible (en reposición, cuando menos respecto al juicio ordinario, por mor del art. 285.2 LEC).

Resulta conveniente atender a la máxima *pro probatione* e incurrir en un posible exceso en la admisión de prueba que en su denegación¹²⁸. Ahora bien, el recurso a la máxima *pro probatione* no es automático, sino que exigirá la previa fijación de los hechos controvertidos –pues sobre los hechos admitidos hay dispensa prueba (art. 281.3 LEC)–, la inexistencia de dudas sobre la admisión o inadmisión –pues existen supuestos que ofrecen pocas dudas– y la concurrencia de un *dubio*, entendido como una duda razonable sobre los criterios de pertinencia, utilidad o legalidad.

El juicio sobre la ilicitud de la prueba es el procedimiento adecuado para evitar la práctica de una prueba admitida y que puede infringir derechos fundamentales. El legislador ha optado por un incidente particular de ilicitud sobre la prueba ya admitida, en el que salvando la contradicción, de singular importancia para la parte de la prueba supuestamente ilícita, recaiga una resolución *ad hoc*, con anterioridad a la práctica de la prueba, y susceptible de un recurso de interposición, substanciación y resolución en el mismo acto del juicio (art. 287.2 LEC).

lar de la función jurisdiccional y la salvaguarda de las garantías constitucionales que nos corresponde, tal y como se diseña en el art. 123 CE».

127 ALONSO-CUEVILLAS, J., *La audiencia previa al juicio*, en «Instituciones del nuevo Proceso Civil», vol. II, Barcelona, 2000, p.166.

128 Entre otras, pueden verse, SSTC de 20 de febrero de 1986, fto. jco. 8° (EDJ 1986/30) y de 30 de octubre de 1991, fto. jco.3° (EDJ 1991/10314).

4.2.3. Facultades judiciales durante la práctica de la prueba

La vigencia del principio de aportación de parte, y la carga de introducción de los hechos por las partes, no impide que el juez goce de algunas facultades en relación con la práctica de las pruebas. A continuación ofrecemos una síntesis de las facultades más destacadas con respecto a cada medio de prueba¹²⁹.

- a) Interrogatorio de las partes y de testigos: El juez no solo tiene el deber de controlar la admisibilidad de las preguntas en el interrogatorio de las partes y de testigos (arts. 302.2. y 368.2 LEC), sino y entre otras, la de advertir sobre una eventual *ficta admissio* en caso de negativa a responder o respuestas evasivas o inconcluyentes (art. 307.2 LEC), así como particularmente la solicitud de aclaraciones y adiciones a las partes y los testigos (art. 306.1, II y 372.2 LEC). Puede también acordar de oficio el careo de testigos, ante la existencia de graves contradicciones entre los testigos (art. 373.1 LEC), y también acordar de oficio careos entre testigos y partes (art. 373.2 LEC)
- b) Documentos: El juez tiene el deber de inadmitir los documentos aportados extemporáneamente (art. 272 LEC), mediante la devolución a la parte del documento extemporáneamente presentado, y tiene también la facultad de requerir documentos en poder de las partes (art. 329.2 LEC), de terceros (art. 330.1 LEC) o de entidades oficiales (art. 332 LEC). También se le reconoce la facultad de valorar la negativa a la exhibición documental (art. 329.1 LEC) y de determinar el lugar de examen de los libros de los comerciantes (art. 327 LEC).
- c) Prueba pericial: Prescindiendo de la facultad de designar peritos de oficio en los procesos especiales no dispositivos (art. 339.5 LEC), la LEC confiere al juez la facultad de designación de peritos en tres supuestos: 1º Si una de las partes fuera titular del derecho de asistencia jurídica gratuita (art. 339.1 LEC); 2º Si alguna de las partes (o ambas) lo hubieran solicitado en sus escritos de alegaciones iniciales y el juez lo reputa pertinente y necesario (art. 339.2 LEC); 3º Si media la solicitud de las partes a consecuencia de alegaciones o pretensiones de la audiencia previa y el juez lo reputa pertinente y útil (art. 339.3 LEC). También se atribuye al juez la facultad de citar al perito para el acto del juicio o de la vista, tanto si se trata de un perito de parte (art. 338.2 LEC), cuanto si se trata de un perito de designación judicial (art. 346 LEC), así como formule preguntas y requerir explicaciones del perito (art. 347.2 LEC). Lo que resulta vedado al juez es la ampliación del dictamen pericial a extremos no propuestos por las partes, salvo que se trate de peritos designados de oficio en procesos no dispositivos (arts. 347.2 y 339.5 LEC).
- d) Reconocimiento judicial. Muy variadas son las facultades judiciales, pues se le reconocen facultades de ejecución (adopción de medidas necesarias para lograr la

129 Con mayor amplitud y detalle puede verse mi estudio *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 361 y ss.

efectividad del reconocimiento –art. 345.1 LEC); de audiencia (oír observaciones o declaraciones de las partes, los abogados o procuradores del reconocimiento –art. 354.4 LEC–); de exclusión de publicidad o determinación del lugar (la práctica del reconocimiento a puerta cerrada o fuera de la sede del tribunal en el reconocimiento de personas –art. 355.1 LEC–); de acumulación con otros medios de prueba (práctica conjunta del reconocimiento judicial y el pericial –art. 356.1 LEC–). También se le reconoce la facultad de determinar la amplitud del reconocimiento (art. 353.2 LEC) y acordar de oficio la declaración de prácticos (art. 354.3 LEC).

4.2.4. La construcción de la decisión judicial

No pretendemos abordar el inagotable tema de la construcción de la decisión judicial, pero si algunos aspectos puntuales, como son:

- a) La deseable correspondencia entre la fijación de hechos controvertidos y la estructura de la sentencia. La fijación de los hechos controvertidos en la audiencia previa del juicio ordinario (art. 428.1 LEC) o en la vista del juicio verbal (art. 443.4 LEC) ofrece indudables ventajas no solamente para facilitar el juicio de admisión de las pruebas, sino también para el dictado de la sentencia, en la medida que el listado de hechos controvertidos puede servir de pauta para estructurar la fundamentación jurídica de la sentencia¹³⁰. La correcta fijación de los hechos controvertidos permite distinguir entre hechos admitidos y hechos controvertidos, y la individualización de éstos últimos puede contribuir a la mayor claridad de la estructura de los fundamentos jurídicos de la sentencia.
- b) La primacía de la motivación fáctica de la sentencia. Es opinión extendida que la sentencia debe contener una buena motivación jurídica, y siendo ello cierto, no es menos cierto, cuando menos respecto a las sentencias de primera instancia, que lo decisivo es la motivación del juicio de hecho, esto es, de los concretos hechos que han resultado probados, en la medida que cada sentencia es la respuesta a un conflicto determinado, y ese conflicto aparece singularizado por los hechos introducidos por los letrados a través de sus escritos de alegaciones.
- c) La distinción entre interpretar y valorar. En la apreciación de las prueba cabe distinguir la doble operación de «interpretar» y de «valorar»¹³¹. Se afirma que «interpretar» una prueba significa fijar su resultado, esto es, qué ha dicho el testigo, cuáles

130 URIARTE CORDÓN, A., *La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio de admisión de los medios de prueba*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», ob.cit., pp. 80–82.

131 Esta distinción fue elaborada por CALAMANDREI, P., *La génesis lógica de la sentencia*, y puede consultarse en SENTÍS MELENDO, S., en «Estudios sobre el proceso civil», Buenos Aires, 1945, p. 379, y más recientemente en MONTERO AROCA, J., *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, en III Congreso Panameño de Derecho Procesal, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, 2006, pp. 421–424.

son las máximas de experiencia que aporta el perito o cuál es el contenido de un documento, por citar algunos ejemplos. Mientras que «valorar» una prueba significa otorgar la credibilidad que merece atendiendo al sistema de valoración –tasado o libre– establecido por el legislador.

- d) La configuración de las reglas de la sana crítica como sistema de libre valoración motivada. La LEC ha optado por un sistema de libre valoración de la prueba, pues salvo preceptos aislados –interrogatorio de las partes (art. 316.1 LEC) y documentos (arts. 319.1 y 326.1 LEC)– existe una gran libertad valorativa por el juez conforme a las reglas de la sana crítica –interrogatorio de las partes (art. 316.2 LEC), prueba pericial (art. 348 LEC), interrogatorio de testigos (art. 376 LEC), instrumentos de grabación, filmación y semejantes (art. 382.3 LEC)–. La sana crítica no significa arbitrariedad o discrecionalidad, sino que es un sistema de libre valoración motivada. Más bien la sana crítica –que en clásica formulación de GUASP son «los criterios normativos que sirven al hombre normal para emitir juicios de valor»¹³²– es el expediente que permite racionalizar la discrecionalidad judicial. Y, en palabras de PRIETO CASTRO, son «las reglas del buen sentido, de la lógica y de las experiencias de la vida»¹³³.
- e) La necesidad de un relato de hechos probados en la sentencia civil. A diferencia del proceso penal (art. 142.2 Lecrm) y del proceso laboral (art. 97.2 LJS), en el proceso civil no se exige un relato separado de hechos probados (art. 209.2 LEC), pero sí que se exige que la sentencia exprese con claridad qué hechos han quedado probados y en virtud de qué medios de prueba, esto es, la motivación del juicio de hecho de la sentencia, que se recogerá en la fundamentación jurídica de la sentencia, sin necesidad expresa que lo sea en un fundamento jurídico aislado¹³⁴.

Bibliografía

AAVV. *Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Reformas del Proceso Civil», CGPJ, Madrid, 1998; ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2005; –*Diez reflexiones en torno al juicio de admisión o inadmisión de los medios de prueba en el proceso civil*, en «Libro homenaje al Profesor Dr. Eduardo Font Serra», t.I, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2004, pp. 959-981; –*La audiencia previa: entre el deseo y la realidad*, en «Revista del Poder Judicial», núm.69, 2003, pp.

132 GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t.II, vol. 1º, 2ª parte, M.Aguilar, editor, Madrid, 1947, p.647.

133 PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., ed. Tecnos, Madrid, 1989, p.152.

134 VILLARINO MOURE, S., *El relato de hechos probados en la sentencia civil*, en «Objeto y carga de la prueba civil», J.M.Bosch, Barcelona, 2007, pp. 438-439.

335-372; AGUILERA RODRÍGUEZ, C., *La sentencia*, ed. Bosch, Barcelona, 1974; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; CARNELUTTI, F. *La Prueba Civil*, 2ª ed., EJE, ed. Desalma, Buenos Aires, 2000; CORBAL FERNÁNDEZ, J.E., *La adquisición de la prueba y la carga procesal*, en «La prueba en el proceso civil», Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXXIV/1993, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 147-237; COUTURE, E.J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., edit. Bdef. Montevideo-Buenos Aires, 2004; CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal Civil*, t.II, ed. Reus, Madrid, 2000; DE LA OLIVA SANTOS, A. (con DÍEZ-PICAZO, GIMÉNEZ, I.), *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000; DE URBANO CASTRILLO, E., *El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa*, en «Derechos procesales fundamentales», Manuales de Formación continuada núm. 22/2004, Gutiérrez-Alvi, F. y López López, E. (coords.), CGPJ, Madrid, 2005, pp. 547-585; -con MAGRO SERVERT, V., *La Prueba Tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, Navarra, 2003; DÍEZ-PICAZO, L. Mª, *Sistema de derechos fundamentales*, 1ª ed., ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, ed. La Ley, Madrid, 2006; FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y Verdad en el derecho*, ed. Marcial Pons, Barcelona, 2002; GARAU SOBRINO, F.J., *La prueba del derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Revista General del Derecho*, año LVII, núm. 678-679, marzo-abril 2001, pp. 2343-2366; GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba civil*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2004; GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El objeto de la Prueba en el Proceso Civil*, 1º, ed., ed. Cedecs, Barcelona, 1997; GÓMEZ DE LIAÑO, F., *De la metodología de las sentencias a la selección de jueces*, en «Realismo jurídico y experiencia procesal», Serra Domínguez, M. (Liber amicorum), ed. Atelier, Barcelona, 2009, pp. 639-653; JIMÉNEZ CONDE, F., *La apreciación conjunta de las pruebas*, en «Escritos en homenaje al Profesor Prieto-Castro», t.II, Editora Nacional, Madrid, 1979; LÓPEZ FRAGOSO, T. *La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, en «rev». Actualidad Jurídica Aranzadi, núm.487, de 24 de mayo de 2001, pp. 1-6; LÓPEZ YAGÜEZ, V., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2005; MARTÍN SABATER, A., *La prueba en el sistema anglosajón*, Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio, nº 4, Diario La ley número 7564, de 8 de febrero de 2011; MIRANDA ESTRAMPES, M., *Las presunciones*, en «Instituciones del nuevo proceso civil», vol. II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), Dijusa, Barcelona, 2000; MONTERO AROCA, J., *El proceso civil llamado «social» como instrumento de «justicia» autoritaria* en la obra «Proceso civil e ideología», coordinada por el propio Montero Aroca, J., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 129-165; -*La Prueba en el Proceso Civil*, 3ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2002; MUÑOZ SABATÉ, LL., *Curso de probática judicial*, ed. La Ley, Madrid, 2009; -*Reflexiones sobre la probática o ciencia de la prueba judicial*, en *Diario la Ley*, núm.7128, de 5 de marzo, 2009; *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C 1/2000*, J.M. Bosch, Barcelona, 2001; -*Cuadernos de Probática I y II*, Banco Santander Central Hispano, 1999; NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, ed. Marcial Pons, 2010; OLLER SALA, Mª D., *Las dimensiones subjetiva y objetiva del derecho a la prueba. Comentario a la STC 136/2007, de 4 de junio*, Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio, núm.5, Diario La Ley, núm. 7667, de 6 de julio de 2011, pp. 24-25; ORMÁZABAL

SÁNCHEZ, G., *Informática y Prueba judicial. Especial consideración de la firma electrónica*, texto inédito y conferencia pronunciada el día 8 de junio de 2006 en la Facultad de Derecho de Esade (Barcelona); PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch, 2012, pp. 177-184; *La prueba del derecho extranjero: ¿dónde está el problema?*, en «Práctica del derecho extranjero», ed. La Ley, Madrid, 2010, pp. 17-42; *El principio de adquisición procesal en materia probatoria*, en rev. La Ley, núm.6404, de 20 de enero de 2006, pp. 1-6; *—El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, en la obra «Proceso civil e ideología», Montero Aroca, J. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 109-127; *—El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en «Problemas actuales de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy (coords.), J.M. Bosch editor, Barcelona, 2005, pp. 27-68; *—El derecho a la prueba en el proceso civil y su nueva configuración legal*, en «Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra», t.I, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2003, pp. 877-917; *—El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1996; PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed, ed. Tecnos, Madrid, 1989; ROSEMBERG, L., *La carga de la prueba*, 2ª ed. en castellano, editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2002; SAINZ ROBLES, C. y ALBACAR LÓPEZ, J. L., *El derecho a la prueba*, en «Primeras Jornadas de Derecho Judicial», Presidencia del Tribunal Supremo, Madrid, 1983; SENTÍS MELENDO, S., *La prueba*, EJEA, Buenos Aires, 1947; SEOANE SPIELGEBERG, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, ed. Aranzadi, Navarra, 2002; SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Prólogo*, en «Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil», ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 15-17; *—La Preuve dans le Procès Civil Espagnol*, en «Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne», Lebre de Freitas, J.M. (editor), Kluwer Law International, The Netherlands, 2004; *—Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t.XVI, vol. II, 2ª ed., ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, pp. 1-44 y 606-795; *—Contribución al estudio de la prueba*, en «Estudios de Derecho Procesal», ed. Ariel, Barcelona, 1969; STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1990; TARUFFO, M., *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*, en «La Prueba», ed. Marcial Pons, 2008, pp. 159-183; *—La prueba de los hechos* (traducción Jordi Ferrer Beltrán), ed. Trotta, Madrid, 2002; VILLARINO MOURE, S., *El relato de hechos probados en la sentencia civil*, en «Objeto y carga de la prueba civil», Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J.M. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 419-443.