

A propósito del juicio sobre la admisión de los medios de prueba
Xavier Abel Lluch¹

Sumario 1.- La selección de las pruebas en el proceso. 2.- La asimetría entre el letrado y el juez. 3.- La relevancia constitucional: el derecho a la utilización de los medios de prueba propuestos y su incidencia en la denegación de los medios de prueba propuestos. 4.- El juicio sobre la admisión como deber judicial. 5.- La fijación de hechos controvertidos como presupuesto del juicio de admisión. 6.- Los parámetros de admisión de los medios de prueba: referencia a la pertinencia y utilidad, y su deslinde conceptual respecto a la necesidad y relevancia. 7.- La distinción entre el juicio de legalidad y el juicio de ilicitud. 8.- La máxima pro probatione. 9.- El eventual juicio de insuficiencia probatoria. 10.- La admisión de prueba y el principio de adquisición procesal: la renuncia a la prueba admitida.

1.- La selección de las pruebas en el proceso²

En muchos sistemas procesales, el procedimiento está dividido en dos fases claramente diferenciadas: una fase preliminar, destinada a la mejor preparación de la causa tras los escritos de alegaciones, y una fase posterior, de “juicio”, fundamentalmente destinada a la presentación de las pruebas y a tomar la decisión final³. La fase de la selección de las pruebas en el proceso puede situarse, bien en la fase preliminar y acto seguido de la fijación del objeto del proceso, bien en el propio acto del juicio e inmediatamente con anterioridad a su práctica. Ello dependerá fundamentalmente de la existencia de una fase separada o concentrada de proposición y práctica de la prueba. En cualquier caso, la secuencia procesal más frecuente responde al conocido esquema de alegaciones iniciales de las partes, delimitación del objeto del proceso, proposición y admisión de prueba.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se contienen normas que disciplinan la iniciativa de la actividad probatoria, atribuyendo la misma a las partes y reconociendo un margen, más o menos limitado, para la iniciativa probatoria de oficio, en consonancia con los postulados del principio de aportación de parte, que inspira el proceso civil⁴. También se recogen los principios del procedimiento que rigen la fase de la proposición y admisión de los medios de prueba, existiendo una tendencia creciente en favor de la

¹ Magistrado excedente. Doctor en Derecho. Director del Instituto de Probática y Derecho Probatorio de la Facultad de Derecho ESADE-URL.

² Abreviaturas más frecuentes: LEC en referencia a la Ley española 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; CE en referencia a la Constitución Española de 1978; SAP en referencia a una sentencia de una Audiencia Provincial española; STC en referencia a una Sentencia del Tribunal Constitucional español; TC en referencia al Tribunal Constitucional español.

³ TARUFFO, M., *Oralidad y estructura como factores de eficiencia en el proceso civil*, en Páginas sobre justicia civil, ed. Marcial Pons, 2009, pp.250.

⁴ Sobre el contenido del principio de aportación de parte y su delimitación con respecto al principio dispositivo me remito a mi estudio *Iniciativa probatorio de oficio en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp.53-66.

oralidad y sus principios consecuencia de la inmediación, concentración y publicidad.

En España, existen dos grandes clases de juicios declarativos, el ordinario y el verbal. En el primero (ordinario), la selección de las pruebas tiene lugar en la fase preliminar, denominada audiencia previa, y tras la fijación de los hechos controvertidos (art 429.1 LEC), pues existe una fase separada de proposición de prueba (audiencia previa) y de práctica de prueba (acto del juicio). En el segundo (verbal), la selección de las pruebas tiene lugar en el propio acto del juicio (art. 443.4 LEC), pues existe una fase oral y concentrada de proposición y práctica de prueba. La proposición de los medios de prueba corresponde, por regla general, a las partes y únicamente se reconoce la prueba de oficio en los supuestos expresamente previstos por la Ley (art. 282 LEC).

En el Código Civil Modelo para Iberoamerica

Entre la proposición y la práctica de las pruebas media el juicio sobre la admisión o inadmisión de los medios de prueba. Franquear este juicio, reservado exclusivamente al juez, permite la práctica y ulterior valoración de la prueba en sentencia. En gráfica y sintética expresión del Magistrado SEOANE SPIEGELBERG la admisión es “el salvoconducto que franquea el paso de la proposición a la práctica de la prueba”⁵. El juicio sobre la admisión de los medios de prueba ha sido objeto de atención doctrinal, aun cuando normalmente circunscrito a los criterios legales de admisión (pertinencia, utilidad y legalidad) de los medios de prueba. En el presente estudio abordamos algunas reflexiones de carácter general sobre este juicio.

2.- La asimetría entre el letrado y el juez.

El letrado y el juez se encuentran en posiciones asimétricas ante la proposición y admisión de los medios de prueba. El letrado conoce los hechos y ha indagado las fuentes de prueba, correspondiéndole la carga de proponer los medios de prueba. El juez conoce los hechos –o, más precisamente, la versión de los hechos que han ofrecido los letrados a través de sus 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.

Para ilustrar esta asimetría entre la carga de la proposición y el deber judicial de admisión basta pensar en la cantidad de tiempo que emplean el letrado en indagar y preparar los medios de prueba y los escasos segundos que tarda el juez en admitirlos o denegarlos. En esta línea ha insistido MUÑOZ SABATÉ señalando que el letrado al proponer la prueba se encuentra en una relación de familiaridad con el hecho y el juez en una relación de extraneidad⁶.

⁵ SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, 2ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, 2007, pp.282.

⁶ MUÑOZ SABATE, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C 1/2000*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2001, pp. 239.

El letrado vuelca toda su inspiración en la proposición de los medios de prueba y el juez aplica los criterios legales de admisión o inadmisión.

Esta asimetría tiene, por ende, dos reflejos fundamentales:

Un primer reflejo en la distinción entre las fuentes y los medios de prueba. Las afirmaciones sobre los hechos efectuadas por las partes se verifican a través de los medios de prueba. La distinción entre fuentes y medios de prueba, procedente de CARNELUTTI⁷ y desarrollada por SENTIS MELENDO⁸, resuelve el interrogante de con qué se prueba.

Las fuentes son conceptos preexistentes al proceso (la parte, el testigo, el documento, la cosa que ha de ser examinada, el conocimiento técnico del perito) y los medios de prueba son conceptos que existen en y para el proceso (interrogatorio de parte o de testigo, reconocimiento judicial, dictamen de peritos).

Las fuentes de prueba son los instrumentos que deben averiguar el letrado 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 legislador⁹.

Así se ha dicho que las fuentes de prueba corresponden a las partes y los medios al juez. Al letrado le corresponde 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 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 o rechazo de los medios de prueba a través del juicio de admisión y, posteriormente, de valoración de los mismos. Desde esta perspectiva puede compartirse la afirmación de COUTURE al señalar que el juez “es el intermediario obligado en todo el procedimiento, y no existe posibilidad de incorporar eficazmente al proceso un medio de prueba, sin participación del magistrado”¹⁰, puesto que la petición de prueba se dirige al juez y es él quien la admite o deniega.

Un segundo reflejo es la parcialidad del letrado respecto del empleo de las pruebas y la reconstrucción de los hechos frente a la imparcialidad del juez. El objetivo del letrado es vencer el juicio, puesto que la relación con su cliente (la parte) se vehicula a través de un arrendamiento de servicios profesionales, orientado a la satisfacción de los intereses privados de su patrocinado.

⁷⁷ CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, 2ª ed., Ejea, ed. Desalama, Buenos Aires, 2000, pp. 67 y ss.

⁸ SENTIS MELENDO, S., *La prueba*, Ejea, Buenos Aires, 1947, pp.14-16.

⁹ Precisando aun más esta distinción MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 5ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2007, pp. 151 y 152 señala que la fuente es un concepto extrajurídico que existe con independencia de que llegue a realizarse o no 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.

¹⁰ COUTURE, E.J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., edit. Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2004, pp.206.

Mientras que el deber del juez es el de resolver la controversia obteniendo la certeza sobre los hechos controvertidos, en cuanto titular de la potestad jurisdiccional y depositario de la función constitucional de juzgar y hacer ejecutado lo juzgado.

Se ha afirmado acertadamente que los letrados “tienen interés en que venza la versión de los hechos que más le convenga a su cliente, con independencia de la verdad”¹¹, que hacen que el letrado experimente y conozca, mejor que ningún otro operador jurídico, la máxima “probare o soccombere” y la relación de causa a efecto entre la prueba y la sentencia. El letrado buscará las fuentes del proceso fuera del proceso y normalmente antes de que comience, pero deberá efectuar una selección de las fuentes idóneas, esto es, aquellas que le permitan acreditar su versión de los hechos.

Así, por ejemplo, en un sistema procesal civil en que los documentos y los dictámenes periciales se acompañen junto con los escritos iniciales de alegaciones, los letrados se abstendrán de aportar aquel documento o dictamen que no acredite su versión de los hechos.

3.- La relevancia constitucional: el derecho a la utilización de los medios de prueba propuestos y su incidencia en la denegación de los medios de prueba propuesto.

El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, inseparable del derecho a la defensa y aplicable a todo proceso, comporta el derecho a la proposición de prueba, a que la prueba propuesta sea admitida o, en su caso, denegada de forma motivada, a que se practique y se valore¹². Se ha configurado el derecho a la prueba como una de las garantías fundamentales de las partes en el proceso civil y algún autor ha reconducido su formulación a la afirmación que “toda prueba pertinente es admisible”¹³.

Frente a la proposición de la prueba por las partes, pueden recaer dos resoluciones distintas, ambas ajustadas a derecho, y respetuosas con el derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes: una resolución de admisión de prueba, cuando el medio de prueba propuesto supere los parámetros de admisibilidad legalmente previstos (pertinencia, utilidad y legalidad) y se haya propuesto conforme a los presupuestos legales (en tiempo y forma), o una resolución de inadmisión de prueba, en caso contrario.

La resolución de admisión no suele suscitar ninguna controversia, salvedad que la parte contraria advierta una infracción en los criterios de admisión de la prueba e interponga el correspondiente recurso. Por el contrario,

¹¹ TARUFFO, M., *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*, en “La prueba”, ed. Marcial Pons, 2008, pp. 179.

¹² PICÓ JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, edit. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 21 a 30; y del mismo autor *La prueba pericial en el proceso civil*, edit. Bosch, 2001, pp. 26 a 34.

¹³ TARUFFO, M., *La recolección y presentación de las prueba en el proceso civil*, en “Páginas sobre justicia civil”, ed. Marcial Pons, 2009, pp. 355.

la resolución de inadmisión puede producir un perjuicio a la parte y de ahí que se exija que tal denegación sea motivada y no arbitraria.

El derecho a la utilización de los medios de prueba propuestos comporta que la denegación de un medio de prueba debe ser razonada, motivada y no arbitraria, habiendo declarado la jurisprudencia constitucional española que el derecho a la prueba queda menoscabado cuando la denegación “carezca de toda justificación o la motivación que se ofrezca pueda tildarse de manifiestamente errónea, irrazonable o arbitraria”¹⁴. En la práctica, exige no abusar de las fórmulas estereotipadas o genéricas de denegación, tales como “impertinente” o “inútil”, sin referencia a las razones o motivos de la “impertinencia” o “inutilidad” en el caso. La motivación o justificación de la denegación no solamente constituye una exigencia del deber de motivar las resoluciones judiciales, sino que, en la medida que el juez exterioriza las razones de la inadmisión, permite a la parte ejercer su facultad de impugnar dicha resolución judicial.

En España, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes ha sido elevado a rango constitucional (art. 24.2 CE), formando parte del derecho a la tutela judicial efectiva, y su infracción es susceptible de originar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Esa constitucionalización del derecho a la utilización de los medios prueba pertinentes comporta una serie de mandatos dirigidos al juez y a las partes.

Al juez le corresponde fundamentalmente garantizar y promover el contenido del derecho a la prueba. Se trata de un mandato genérico, que en orden a la proposición y admisión, comporta una doble exigencia. En cuanto a la proposición: las partes deben ser citadas correctamente al acto de proposición de las pruebas, 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).

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 o escrita, expresa, motivada e individualizada; y el derecho de las partes a recurrir los actos denegatorios de la prueba y a que se dicten las resoluciones oportunas para la práctica de las pruebas admitidas (ej. citación de testigos o peritos). También comprende esta garantía la exclusión de la prueba ilícita.

Con respecto a las partes, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes comporta un doble deber. Por un lado, el deber de solicitar la prueba en la forma y en el momento legalmente establecido. 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,

¹⁴ SSTC de 16 de julio de 2001, fto. jco. 7º (ED 2001/26462); de 26 de junio de 2000, fto. jco. 3º (ED 2000/15593); de 10 de noviembre de 1997, fto. jco. 2º (ED 1997/7473); de 25 de noviembre de 1996, fto. jco. 3º (ED 1196/7603).

escritura¹⁵-, 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.

Y por otro lado, el 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 derechos fundamentales (esto es, prueba ilícita).

4.- El juicio sobre la admisión como deber judicial.

La proposición de los medios de prueba es una facultad y una carga de las partes. En el proceso civil, inspirado en los principios dispositivo y de aportación de parte, corresponde a las partes la introducción de los hechos y la aportación de las pruebas para acreditarlos. Corresponde a las partes decidir de qué número y de qué clase de medios de prueba se servirán para acreditar los hechos introducidos en los escritos de alegaciones. Por el contrario, el juicio sobre la admisión de los medios de prueba constituye un deber para el juez¹⁶, que inexcusablemente deberá pronunciarse sobre cada uno de los medios de prueba propuestos, sea para admitirlos, sea para denegarlos, sin que pueda soslayar su pronunciamiento ni diferirlo a un momento distinto del legalmente previsto.

La tensión entre la carga de las partes y el deber judicial se describe en términos precisos en la jurisprudencia constitucional española, razonándose que “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 impertinencia, [...]. Aquí se plantea una vez más la tensión dialéctica entre la independencia del Poder Judicial, titular de la función jurisdiccional y la salvaguarda de las garantías constitucionales que nos corresponde, tal y como se diseña en el art. 123 CE¹⁷” (STC de 23 de junio de 1977).

¹⁵ 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).

¹⁶ Expresamente lo califica como un “deber” MARTÍN OSTOS, J.S. (en AAVV, *Comentario al art. 285*, en “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, t.II, Lorca Navarrete, A. M^a (dir.), ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 1768), y como una “obligación” ASENIO MELLADO, J.M^a (en AVV, *Comentario al art. 285*, en “Proceso Civil Práctico”, t.IV, Gimeno Sendra, V. (coord.), ed. La Ley, Madrid, pp. 75), aunque éste último término pertenezca más al ámbito del derecho privado que del derecho público.

¹⁷ STC de 23 de junio de 1997, fto. jco. 4^o (EDJ 1997/4019).

La carga de la proposición de las partes puede no agotarse con el mero enunciado de unos medios de prueba, sino que, en ocasiones, exige un plus de motivación, esto es, un breve razonamiento relativo a la pertinencia de los medios de prueba para acreditar los hechos controvertidos. Algún autor se ha referido a la conveniencia u oportunidad de “apostillar” la prueba¹⁸.

Frente a la carga de la proposición, discurre en paralelo el deber judicial de admisión de los medios de prueba, el cual exige una mínima motivación, particularmente en supuestos de denegación a fin que ésta no sea arbitraria o irrazonable, y la parte tenga la facultad –no la carga-, si a su derecho conviene, de impugnar el juicio de admisión.

La atribución exclusiva de este deber al juez lo convierte en el protagonista y garante de la actividad probatoria. Protagonista, por cuanto con la decisión de admisión –o, en su caso, de inadmisión- permite –o, en su caso, impide o limita- la práctica de los medios de prueba propuestos y decide, en última instancia, el material que accede a las actuaciones y constituye el sustrato probatorio que permite la motivación de la decisión judicial.

Y garante, por cuanto con su decisión verifica el control de la legalidad sobre la admisión de las pruebas propuestas. Para ello deberá atender no solamente a las normas procesales ordinarias, sino también a una consolidada doctrinal constitucional sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, que se proyecta en el derecho a la recepción y admisión de las pruebas pertinentes –o, en su caso, a que la denegación sea motivada-, así como en el derecho a la práctica de las pruebas admitidas y en el derecho a la valoración de las pruebas practicadas.

Con frecuencia el juicio sobre la admisión de la prueba ha basculado sobre dos extremos igualmente indeseables. O bien una permisividad excesiva, acaso inspirada en una doctrina constitucional que recomienda “incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación”¹⁹, y que genera la introducción de material probatorio superfluo, cuando no perturbador, amén de encarecer y dilatar innecesariamente proceso. O bien, en el extremo opuesto, una inadmisión automática, a menudo parcamente fundada en principios o intereses tales como la “economía procesal o la celeridad y eficacia que debe presidir la actuación de la Administración de justicia”²⁰, y que eventualmente impide la aportación de elementos probatorios valiosos para dictar sentencia, con la consiguiente dificultad para formar la convicción judicial y la necesidad de recurrir a las reglas de la carga de la prueba. Lo cual puede

¹⁸ MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C. 1/2000*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 234 para quien “apostillar es el razonamiento que a veces se hace al proponer una prueba al objeto de convencer de su necesidad y evitar así una posible declaración de inadmisibilidad. Dicho razonamiento debería ser en todo caso muy someros, evitando que se convierta en un nuevo acto de alegaciones, y sólo realizable cuando el medio de prueba tenga una relevancia amagada”.

¹⁹ SSTC de 30 de octubre de 1991, fto. jco. 3º (ED 1991/10314); y de 20 febrero de 1986, fto, jco. 8º (ED 1986/30).

²⁰ SSTC de 17 de enero de 2000, fto. jco. 4º (ED 2000/91); de 18 de marzo de 1992, fto. jco. 5º (ED 1992/2679); de 5 de octubre de 1989, fto. jco. 4º (ED 1989/8751); de 10 de abril de 1985, fto. jco. 9º (ED 1985/51).

comportar el riesgo de dictar sentencias, aun cuando formalmente ajustadas a derecho, materialmente alejadas del mismo, por la ausencia de una adecuada y completa actividad probatoria.

El desiderátum consiste en garantizar la admisión de la “prueba justificada”, entendida en palabras de DE URBANO CASTRILLO como la que conjuga “el derecho de defensa con la evitación de dilaciones indebidas y las pruebas redundantes”²¹.

5.- La fijación de hechos controvertidos como presupuesto del juicio de admisión

La admisión o inadmisión de prueba debe prescindir de criterios cuantitativos y/o cualitativos, para centrarse en el objeto y necesidad de prueba –hechos controvertidos-, así como los parámetros de admisión de la prueba –pertinencia, utilidad y legalidad-, que analizaremos en el epígrafe siguiente. Ante una proposición extensa de medios de prueba, y con anterioridad a emitir su juicio de admisión o inadmisión, la predisposición interna del juez es adoptar un criterio restrictivo en orden a la admisión. Por el contrario, si son pocos los medios de prueba propuestos, el criterio suele ser más favorable a la admisión.

Pero no solamente influyen criterios "cuantitativos" en orden a la admisión o inadmisión de los medios de prueba. También operan en el juicio de admisibilidad criterios "cualitativos". Así, por ejemplo, y salvedad de apreciar su inexcusable necesidad, el juez acostumbra a aplicar un criterio restrictivo en orden a la admisión del reconocimiento judicial, normalmente para evitar el "coste temporal" de su desplazamiento fuera de la sede del Juzgado²². Y, por el contrario, un criterio más bien amplio en orden a la admisión de la pericial de designación judicial, en aquellos juicios que se discuten cuestiones técnicas, y aun cuando las partes hayan aportado, junto con sus escritos de alegaciones, unos dictámenes completos.

Es conveniente replantear el juicio sobre la admisión de los medios de prueba y en función de dos factores, ya apuntados: los hechos controvertidos y los parámetros de admisión de los medios de prueba. La fijación de los hechos controvertidos no solamente coadyuva a facilitar el juicio sobre la admisión de los medios de prueba, sino que ofrece también otras ventajas nada desdeñables: centrar la proposición de la prueba por las partes al limitarla a los hechos controvertidos; reducir el acto del juicio o la vista a la práctica de los medios de pruebas adecuados; evitar encarecer el coste del proceso con medios de prueba cuya práctica no aportará elementos decisivos en términos de la sentencia; evitar la introducción de material fáctico innecesario y perturbador para el juez en orden a efectuar el juicio fáctico y jurídico en la sentencia.

²¹ 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. 582.

²² En este sentido SERRA DOMÍNGUEZ, M. *El derecho a la prueba en el proceso civil español*, en “Estudios de Derecho Probatorio”, ed. Communitas, Lima, 2009, pp. 189, quien advertía, además, de la conocida práctica procesal, vigente la LEC de 1881, de diferir la realización del reconocimiento judicial a las diligencias para mejor proveer.

Si el juez omite fijar los hechos controvertidos o éstos se fijan erróneamente -sea por prescindir de hechos controvertidos, sea por incluir entre los controvertidos hechos no alegados o hechos sobre los que existe conformidad- el juicio sobre la admisión de los medios de prueba se torna más complejo.

En España, la regulación legal de la fijación de los hechos controvertidos es muy parca, pues el legislador se ha limitado a enunciar tal función y definir sus protagonistas (juez, letrados y partes ex art. 428.1 LEC), pero no se precisa la manera de llevarla a cabo, lo cual origina una práctica forense muy variada. Desde aquellos jueces que prácticamente soslayan la fijación de los hechos controvertidos por considerar que los mismos se pueden deducir a partir de los escritos de alegaciones, pasando por aquellos jueces que invitan a las partes a fijar los hechos controvertidos, para, finalmente, terminar en aquellos jueces que ellos mismos fijan los hechos controvertidos y recaban el consentimiento de las partes.

La fijación de los hechos controvertidos en la audiencia previa comporta la exclusión de toda prueba sobre los hechos no controvertidos, esto es, aquellos “sobre los que exista plena conformidad de las partes” (art. 281.3 LEC), con la excepción de los procesos especiales no dispositivos, en los que el juzgador no viene vinculado por la conformidad de las partes (art. 281.3 y 752.2 LEC)²³.

Desde una visión de Derecho comparado se ha afirmado la importancia de la audiencia previa, como fase preliminar, destinada a una mejor preparación de la causa tras la demanda y su respuesta, en su doble función de contribuir a evitar el proceso y de “aclarar, simplificar y determinar el objeto del proceso y los hechos discutidos”, destacándose la experiencia de la audiencia previa española, con una pluralidad concentrada de trámites orales –y entre ellos la fijación de los hechos-, que ha comportado una reducción de la duración del proceso civil²⁴.

6.- Los parámetros de admisión de los medios de prueba: referencia a la pertinencia y utilidad, y su deslinde conceptual respecto a la necesidad y relevancia.

Los parámetros legales de la admisión de la prueba son, en el ordenamiento jurídico español, la pertinencia, utilidad y legalidad (art. 283 LEC). La pertinencia se erige en el criterio fundamental de la admisión de la prueba, también recogido en la dicción legal del art. 24. 2 CE –“....derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes...”, habiendo sido objeto de pronunciamientos en la jurisprudencia constitucional española, siquiera, a menudo, confundido con la necesidad y la relevancia. Es, por tanto, necesario

²³ En este sentido BARONA VILAR, S. (*Comentario al art. 428*, en “El Proceso Civil”, t. IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 3204) al analizar el fundamento de la función de fijación de los hechos controvertidos indica que “se trata de una función preparatoria o evitadora de la prueba”.

²⁴ TARUFFO, M., *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil*, en “Páginas sobre Justicia civil”, ed. Marcial Pons, 2009, pp. 250 y 252.

deslindar las nociones de pertinencia, necesidad y relevancia en orden al juicio de admisión de la prueba.

La pertinencia, junto a la utilidad y la legalidad, constituye uno de los parámetros de admisión de la prueba, cuyo examen corresponde a los tribunales ordinarios. Por pertinencia entendemos la relación que guarda el medio de prueba propuesto con el tema de prueba. Deben inadmitirse, por impertinentes, las pruebas: a) sobre hechos no alegados por las partes, dado que la prueba versa sobre hechos afirmados por las partes y alegados en su momento procesal oportuno; b) sobre hechos exentos de prueba, como son los hechos admitidos de adverso, puesto que la conformidad de los litigantes exonera de prueba²⁵, salvo en los procesos no dispositivos; c) sobre los hechos que gozan de notoriedad; y d) sobre hechos irrelevantes en términos del fallo o, en terminología jurisprudencial, “pruebas que no tienen influencia sobre la cuestión controvertida”.

La jurisprudencia constitucional española ha conferido al término “pertinencia” un doble y diferente significado: a) el alcance propio y estricto de adecuación de la prueba propuesta con el *thema decidendi*; y b) el alcance más amplio de que el medio de prueba propuesto cumpla con los requisitos o parámetros de admisión de la prueba. Este doble alcance o sentido se puede advertir, entre otras, en la STC de 14 de febrero de 2000, al razonar:

“asimismo este Tribunal ha señalado que el art. 24.2 C.E no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y practiquen todos los medios de prueba propuestos, pues sólo procede la admisión de las pruebas que, propuestas en tiempo y forma, sean lícitas y **pertinentes**²⁶ al caso, correspondiendo **el juicio de pertinencia**²⁷ y la decisión sobre la admisión de las pruebas propuestas a los órganos judiciales, al ser esta una materia propia de la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE confiere en exclusiva a los Jueces y Tribunales...”.

Por utilidad la idoneidad del medio de prueba para acreditar el hecho controvertido. Deben inadmitirse, por inútiles, aquellas pruebas por medio de las cuales aparece como imposible o irrazonable probar aquello que se intente. Más precisamente –y en términos de DE LA OLIVA SANTOS- la prueba inútil es aquella que por existir una manifiesta inadecuación de medio a fin se puede, razonablemente, conjeturar que no alcanzará el resultado apetecido²⁸. Así, por ejemplo, cuando se propone una prueba de reconocimiento judicial para acreditar la calidad de los materiales usados en la construcción de un edificio y su correspondencia con el proyecto de la obra²⁹ o el valor de una joya³⁰.

²⁵ Con mayor contundencia el derogado art. 566 LEC 1881 disponía: “Los jueces repelerán de oficio las pruebas que no se acomoden (a los hechos admitidos) y todas las demás que sean, a su juicio, impertinentes e inútiles”.

²⁶ Aquí se utiliza el término “pertinencia” en sentido propio y al que alude el art. 283.1 LEC al señalar “No deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente”.

²⁷ Aquí, por el contrario, el término “pertinencia” se utiliza en el sentido amplio, y acaso fuera preferible, para evitar equívocos, sustituir la expresión “juicio de pertinencia” por “juicio sobre la admisión”. La utilización indistinta del término “pertinencia” para identificar al criterio de admisión de la prueba (arat. 283.1 LEC) y al juicio sobre la admisión de los medios de prueba propuestos (art. 285.1 LEC) corre el riesgo de confundir un concepto genérico (juicio sobre la admisión) con uno de sus parámetros específicos (la pertinencia).

²⁸ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ed. Centro de Estudios Ramon Areces, S.A., Madrid, 2000, pp.291.

²⁹ Ejemplo propuesto por MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp.171.

No debe confundirse la utilidad de la prueba con su eficacia –pues la relevancia de la prueba se advierte una vez practicada-, ni con su abundancia –pues el hecho que existan otros medios de prueba sobre idéntico objeto no debe conducir a su inadmisión, ni con carga probatoria –pues la falta de prueba se advierte en el momento de dictar sentencia no de admitir los medios de prueba. Tampoco debe confundirse con la “carga de la prueba” pues los efectos de la falta de prueba de un hecho se apreciarán en sentencia y no debe denegarse la admisión de un medio de prueba por entender que a la parte proponente no le corresponde acreditar tal hecho en aplicación de las reglas del *onus probandi*³¹.

Y, finalmente, por legalidad el ajuste a la ley en la "actividad dirigida a la incorporación de las fuentes de la prueba al proceso"³². La legalidad, como criterio de admisión de la prueba (art. 283.3 LEC) no debe confundirse con la licitud (art. 287 LEC), que se "refiere a las fuentes mismas y al procedimiento de su obtención"³³, no pudiéndose valorar aquellas pruebas que en su origen u en el epígrafe siguiente.

La necesidad de la prueba no constituye un parámetro legal de admisión de los medios de prueba. En principio, son las partes quienes deben ponderar sus necesidades de prueba o la idoneidad de los medios de prueba propuestos para acreditar los hechos alegados. La necesidad de la prueba puede predicarse de las partes y de los hechos controvertidos. Respecto de las partes, la necesidad guarda relación con la carga de la prueba (quién sufre las consecuencias desfavorables de la falta de prueba). Respecto de los hechos controvertidos, la necesidad guarda relación con la acreditación de los mismos (qué corresponde probar). Pero no se puede confundir la necesidad de prueba, que afecta a la carga o al objeto de la prueba, con la pertinencia o utilidad de la prueba propuesta, que constituye un parámetro de admisibilidad de la prueba. La necesidad de prueba se traduce en la identificación de los hechos necesitados de prueba.

La relevancia de la prueba tampoco constituye un criterio legal de admisión de la prueba. Por el contrario, el hecho relevante es el hecho necesitado de prueba, como reiteradamente pone de manifiesto la Ley de Enjuiciamiento civil en diversos preceptos³⁴. La relevancia, por ende, debe

³⁰ Ejemplo propuesto por SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, ob. cit., pp. 288.

³¹ PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en "Problemas actuales de la prueba civil", J.M.Bosch, Barcelona, 2005, pp.46-49.

³² FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *Comentarios al art. 287 LEC*, en "Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", t. II, ob. cit., p.1136.

³³ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *Comentarios al art. 287 LEC*, en "Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", t. II, ob. cit., p.1136.

³⁴ Debe advertirse que el legislador español de la LEC 2000 recurre en varias ocasiones a la noción de “hecho relevante” y con significado diverso. Así, por ejemplo: a) para determinar la aplicación de las reglas de distribución de la carga de la prueba es necesario que “...*al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considere dudosos unos hechos relevantes para la decisión*” (art. 217. 1 LEC); b) para la admisión de hechos nuevos o de nueva noticia, se exige que “*ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito*” (art. 286.1 LEC); c) para la adopción de medidas definitivas en los procesos matrimoniales, y a falta de acuerdo, se podrá acordar la prueba “...*que el tribunal acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión de las medidas a adoptar*” (art. 774.2 LEC); d) para la acreditación de los hechos en los procesos de separación o divorcio

predicarse del hecho controvertido objeto de prueba y no del medio con el que se intente probar tal hecho. Más precisamente, de estimar relevante un medio de prueba, lo haremos una vez haya sido practicado y su resultado tenga trascendencia en orden al fallo.

Las anteriores consideraciones, cuando menos desde el punto de vista terminológico, no son pacíficas. Algunos autores –y TARUFFO entre ellos- emplean el término relevancia para referirse a los medios de prueba que deben ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador, entendiendo por tales aquellos “que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de los hechos”³⁵. Otros autores –y COUTURE entre ellos- distingue entre la pertinencia referida a la prueba que versa sobre hechos que son verdaderamente objeto de prueba y admisibilidad referida a la idoneidad o inidoneidad de un medio de prueba determinado para acreditar un hecho³⁶.

7.- La distinción entre el juicio de legalidad y el juicio de ilicitud.

No existe una noción pacífica sobre el concepto de ilicitud probatoria, ni sobre sus efectos, debiéndose distinguir, además, entre ilicitud y legalidad probatoria.

Conceptualmente un sector doctrinal (MONTERO AROCA) conecta la licitud con la obtención de las fuentes de prueba, mientras que la legalidad o ilegalidad se examina con respecto a la admisibilidad de los medios de prueba³⁷. Otro sector doctrinal (PICÓ i JUNOY), por el contrario, no limita el concepto de ilicitud probatoria a las fuentes de prueba, sino que lo extiende también a la práctica de los medios de prueba. Para el citado autor “la prueba ilícita es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental”³⁸.

En cuanto a los efectos, se pueden distinguir hasta tres posiciones. Para un sector, toda prueba ilícita debe ser inadmitida y no puede desplegar efectos probatorios, entendiéndose por prueba ilícita aquella que se ha obtenido por la parte proponente o por terceros empleando procedimientos que a juicio del tribunal deben considerarse reprobables según la moral o atentatorio contra la dignidad de las personas. En sentido contrario, se ha propugnado que todas las

solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro "**si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito (alude al escrito de demanda) se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo**" (art. 777.2 LEC). Bajo las letras c) y d) se utiliza la expresión “hecho relevante” como hecho necesitado de prueba.

³⁵ TARUFFO, M., *La prueba*, ed. Marcial Pons, Barcelona, 2008, pp.38.

³⁶ COUTURE, E.J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 4ª, editorial bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 195

³⁷ MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 5ª ed. ed. Civitas, Madrid, 2007, pp.172.

³⁸ PICÓ i JUNOY, J., *La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil*, en “Aspectos prácticos de la prueba civil”, Abel LLuch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J.M.Bosch, Barcelona, 2005, pp.20.

pruebas deben admitirse, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda haber incurrido quien las ha obtenido y para ello se argumenta la búsqueda de la verdad en el proceso, como fin público, que está por encima de los derechos individuales (GUASP; MUÑOZ SABATÉ³⁹). Y para un tercer sector, la inadmisión de las pruebas ilícitas se refiere a las obtenidas con vulneración de un derecho fundamental. Aun dentro de esta tercera posición, algunos autores (PICO i JUNOY) matizan que las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales deben ser rechazadas, mientras que las pruebas que no vulneran tales derechos –las pruebas ilegales- pueden ser apreciadas y valoradas⁴⁰.

En España, el tratamiento procesal de los juicios de ilicitud e ilegalidad de la prueba es, además, distinto. El juicio de ilicitud probatoria se canaliza a través de un incidente contradictorio entre las partes. El art. 287 LEC, en su apartado primero, dispone “cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato con traslado, en su caso, a las demás partes”.

La referencia a la “prueba admitida” permite entender que el incidente de ilicitud probatoria opera como un instrumento para expulsar las pruebas ya admitidas, y no como un criterio de admisión de los medios de prueba, como lo son la pertinencia, la utilidad o la legalidad (art. 283 LEC). De aquí que el juez no pueda inadmitir *ab initio* una prueba por razón de ilicitud, sino que, una vez admitida la prueba, se podrá, de oficio o a instancia de parte, sustanciar el incidente de ilicitud probatoria. La imposibilidad de inadmitir *ab initio* una prueba ilícita se ha justificado en el doble argumento de la extrema dificultad de apreciar *in limine* la ilicitud de la prueba sin una previa denuncia por la parte perjudicada y la oportunidad –y necesidad- de articular un incidente contradictorio en el que discutir y verificar la ilicitud de la prueba⁴¹.

En su apartado segundo el art. 287 LEC regula el tratamiento procesal del incidente de ilicitud probatoria, particularmente la legitimación, el momento procesal y los concretos trámites procesales. Así dispone: “Sobre esta cuestión [la ilicitud], que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida licitud”.

La legitimación para promover el incidente de ilicitud corresponde indistintamente a las partes y al juez. Tiene como momento preclusivo el del inicio de la práctica de la prueba, por lo que la ilicitud probatoria deberá declararse en el acto del juicio (si se trata de un juicio ordinario) o al comienzo de la vista (si se trata de un juicio verbal). La finalidad de legislador es que no se dé inicio a la práctica de la pruebas sin haber previamente declarado la

³⁹ GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, 1º, Madrid, 1947, pp.587; MUÑOZ SABATÉ, LL., *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4ª ed., ed. Praxis, Barcelona, 1993, pp.80.

⁴⁰ PICÓ i JUNOY, J., *La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil*, ob. cit., pp.23.

⁴¹ PICÓ i JUNOY, J., *La prueba ilícita y su control en el proceso civil*, ob. cit., pp. 29-30.

ilicitud de las pruebas. Ahora bien, entiendo que también es posible que el juez declare la ilicitud probatoria en el momento de dictar sentencia.

No obstante el legislador haya establecido como momento preclusivo para la denuncia de la ilicitud el inicio de la práctica de la prueba (arts. 287.1, II y 433.1 LEC), con la finalidad de evitar la “contaminación” del juzgador, si en el momento de dictar sentencia el juez advierte la ilicitud de la prueba practicada es posible que pueda suscitar de oficio, e incluso a instancia de parte, un incidente de nulidad de actuaciones. Y salvando nuevamente la contradicción sobre “el concreto extremo de la referida ilicitud” declarar la ilicitud de la prueba, todo ello con fundamento en los arts. 225.5 y 227.2 LEC y 11 LOPJ y la doctrina constitucional que sanciona con nulidad la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales⁴².

La declaración de ilegalidad probatoria se instrumenta a través del juicio sobre la admisibilidad de los medios de prueba y, por ende, mediante el control inicial en el momento de la admisión de la prueba (art. 283.3 LEC)⁴³. Dispone el art. 283.3 LEC “Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”. A diferencia de la ilicitud que opera sobre la prueba ya admitida, y exige la audiencia de ambas partes, la legalidad es un parámetro de control inicial sobre la prueba propuesta, y basta que el juez observe el deber de inadmitir la prueba ilegal, sin audiencia de las partes, y sin perjuicio de que la parte perjudicada por la inadmisión pueda impugnar la resolución de inadmisión (art. 285.2 LEC y 446 LEC). El juicio sobre la admisibilidad es un deber judicial y en caso de una prueba ilegal será deber judicial evitar su admisión.

El art. 283.3 LEC recoge el principio de legalidad en materia probatoria, entendido como la sumisión del juez al procedimiento probatorio legalmente previsto. La ilegalidad de las pruebas debe conectarse con la contravención de las normas sobre procedimiento probatorio. Así, por ejemplo, el juez no podrá admitir la práctica de un interrogatorio de partes en el acto del juicio a través de un pliego de posiciones, porque las preguntas deben formularse oralmente, o no podrá admitir la práctica de un interrogatorio de testigos a través de una lista de preguntas, por idéntica razón que las preguntas deben formularse oralmente en el acto del juicio (si se trata de un juicio ordinario) o en el acto de la vista (si se trata de un juicio verbal).

8.- La máxima pro probatione

En orden al juicio sobre la admisión de los medios de prueba, doctrina y jurisprudencia aconsejan aplicar la máxima *pro probatione*⁴⁴, en cuya virtud es

⁴² En este sentido también FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Comentario al art. 287 LEC”, en AAVV, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t.II, Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; Valls Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, pp.1340 y MORENO CATENA, V., “Comentario al art. 287 LEC”, en AAVV, *El Proceso Civil*, vol.III, Escribano Mora, F. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp.2232.

⁴³ PICÓ i JUNOY, J., *La prueba ilícita y su control en el proceso civil*, ob. cit., pp.45.

⁴⁴ MUÑOZ SABATÉ, LL. (*Cuadernos de Probática I y II*, Banco Santander Central Hispano, 1999), y bajo la vigencia de la derogada LEC de 1881, define la máxima “pro probatione” no como “una regla de prueba, sino como una pauta de conducta” que se traduce en las siguientes actitudes: “1) Laxitud en los criterios de admisibilidad (pertinencia, relevancia y

preferible incurrir en un exceso en la admisión de las prueba que en su inadmisión.

El fundamento de esta máxima puede residenciarse en una doble consideración. Por una parte, el derecho a la prueba, elevado a rango constitucional, comporta una serie de mandatos dirigidos al juez, y entre ellos el de una mayor sensibilidad probatoria que, en la fase de admisión de las pruebas, se traduce en una flexibilización del juicio de admisión y en la exigencia de efectuar una lectura de las normas procesales tendente a permitir la máxima actividad probatoria de las partes⁴⁵.

Y por otra parte, en la asimetría entre el letrado y el juez en orden a la proposición y admisión de las pruebas, ya apuntada, y que significa que el letrado tienen un mayor conocimiento de los hechos y de las fuentes de prueba en el momento de su proposición, mientras que la relación del juez con los hechos en ese momento es más lejana⁴⁶, por lo que, en caso de duda razonable sobre la admisibilidad del medio de prueba propuesto, debe concederse el beneficio de la duda a la parte proponente o, cuando menos, y si la proposición de las pruebas tiene lugar en un acto oral, debe estimarse preferible la actitud del juez que inquiere sobre la finalidad de la prueba propuesta antes de admitirla o indamirla que la de aquel otro que automáticamente la declara impertinente.

Sin discutir la conveniencia de recurrir a tal máxima, entendemos que en su uso el juez debe seguir un cierto *iter*, que resumimos en las tres fases siguientes.

En primer lugar, la previa y correcta fijación de los hechos controvertidos⁴⁷. El *dubio* del juez en orden a la admisión o inadmisión de la prueba no puede fundarse en la inexistencia de hechos controvertidos –pues en tal caso no será necesario el juicio sobre la admisión de los medios de prueba- o la errónea fijación de los mismos –pues en tal caso el juicio sobre la admisión de los medios de prueba no recaerá sobre su objeto adecuado-. Si ello es así, deberá procederse con anterioridad a la fijación de los hechos controvertidos. Las partes, con el juez, deben fijar los hechos controvertidos y ello constituye un presupuesto indispensable para el adecuado juicio de admisión de las pruebas. La indeterminación sobre los hechos controvertidos puede comportar una admisión excesiva de las pruebas, o por el contrario, una restricción innecesaria, y en ambos casos por desconocimiento del *thema probandi*.

licitud); 2) Práctica responsable del principio de inmediación; 3) Firme convicción aclaratoria en las prueba de confesión, testifical y pericial; 4) Diligencias para mejor proveer; 5) Inversión del onus probandi o ponderación de la conducta procesal; 6) Mayor atendibilidad a la prueba de presunciones.

⁴⁵ PICÓ i JUNOY, J., *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, J. (dirs.), J.M.Bosch editor, Barcelona, 2005, pp.31.

⁴⁶ Vide el epígrafe 2 de este estudio.

⁴⁷ MUÑOZ SABATÉ, LL. (*Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C. 1/2000*, ob. cit., p. 231) se refiere a dicho trámite como “el presupuesto de la disconformidad” y advierte que “este delicado acto” es “muy útil pero difícil de llevar a la práctica y, por ello, arriesgado a convertirse en un puro automatismo”.

En segundo lugar, la innecesariedad de aplicar la máxima *pro probatione* cuando los medios de prueba sean manifiestamente admisibles o inadmisibles. Existen medios de prueba respecto de los que no se plantea la duda sea en orden a su admisión, o por el contrario, en orden a su inadmisión. La práctica forense enseña que determinados medios de prueba deben admitirse sin ningún género de duda (ej. interrogatorio de parte en juicio de separación) y otros deben inadmitirse también sin la menor duda (ej. reconocimiento judicial destinado a acreditar la resistencia de una viga de madera). En estos supuestos, reiteramos nuevamente, no concurre el *dubio*. Además, el recurso a la máxima *pro probatione* no puede amparar la desidia o inaptitud en el juicio de la admisión de las pruebas, propiciando la admisión de todas las pruebas, particularmente en aquellos supuestos en que las propuestas no sean excesivas y en aplicación de criterios estrictamente cuantitativos⁴⁸.

En tercer lugar, la existencia de un *dubio*. Tal máxima, como se ha dicho, no podrá aplicarse cuando los medios de prueba son manifiestamente impertinentes o inútiles o se hayan aportado extemporáneamente. Resulta necesario que el medio de prueba reúna los presupuestos formales de proposición: tiempo y forma. Resulta necesario que el juez tenga una duda razonable sobre la concurrencia de los criterios "legales" de admisión, ordinariamente sobre su pertinencia o utilidad.

La máxima *pro probatione*, cuando menos respecto al juicio sobre la admisión de los medios de prueba, puede encontrar refuerzo en la doctrina jurisprudencial de la "sensibilidad probatoria". La jurisprudencia constitucional española recuerda que la constitucionalización del derecho a la prueba implica "una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben los tribunales proveer a su satisfacción, sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación"⁴⁹. Esa mayor sensibilidad debe comportar que el juez adopte un criterio amplio para permitir la práctica de la prueba propuesta por las partes sin que pueda supeditarse su admisión a otros intereses, que aun estando protegidos por el ordenamiento jurídico, son de rango inferior al derecho a la prueba, tales como el principio de economía procesal, el de celeridad o el de eficiencia en la administración de justicia⁵⁰.

Por otra parte, la experiencia práctica del juez conduce al convencimiento que la aplicación de criterios excesivamente rígidos en orden a la admisión de los medios de prueba puede convertirle en "víctima" de sus propias decisiones. Así, puede suceder que la denegación de una prueba que se estimaba como dudosa en la fase de proposición de prueba, se revele como decisiva en la fase

⁴⁸ Así se pronuncia VELÁZQUEZ VIOQUE, D., *El juicio sobre la admisión de los medios de prueba*, en "Aspectos prácticos de la prueba civil", Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs), J.M. Bosch editor, Barcelona, 2006, pp. 119.

⁴⁹ SSTC 20 de febrero de 1986, fto. jco. 8º, (ED 1998/30) y 30 de octubre de 1991, fto. jco. 3º, (ED 1991/10314), de proceso penal.

⁵⁰ En este sentido, RIFÁ SOLER, J.M.; RICHARD GONZÁLEZ, M.; RIAÑO BRUN, I., *Derecho Procesal Civil*, vol.II, Pamplona, 2006, pp.135.

de dictar sentencia. Tal flexibilidad parece tanto más oportuna cuanto más excepcional y restrictiva se configure la posibilidad de acordar diligencias finales de oficio (art. 435.2 LEC)⁵¹.

Para ilustrar la vigencia de la máxima *pro probatione* podemos acudir al ejemplo de la admisión del interrogatorio de testigos en los supuestos dudosos sobre la idoneidad del testigo⁵². En el ordenamiento procesal español se parte de una regla general de idoneidad, conforme a la cual “podrán ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de los sentidos respecto de los hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos” (art. 361, I LEC).

La idoneidad para deponer como testigo está sujeta a una doble condición: una positiva, de conocimiento de los hechos relativos al objeto del juicio (art. 360 LEC); y otra de negativa, de no hallarse privado permanentemente de la razón o del uso de los sentidos respecto de los hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos (art. 361 LEC).

La ausencia de idoneidad impide la declaración como testigo. En los supuestos dudosos, es preferible que el juez admita la declaración del testigo y la valora conforme a las “circunstancias concurrentes”, que es uno de los criterios de valoración del interrogatorio de testigos conforme a las reglas de la sana crítica (art. 376 LEC). La tesis a favor de la admisibilidad descansa sobre varios argumentos: 1º) El tenor literal del art. 361 LEC que sienta una regla general de idoneidad [“podrán ser testigos todas las personas”] y unos supuestos específicos de inidoneidad [“salvo las que se hallen permanente privados de razón o del uso de los sentidos respecto de los hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos”]; 2º) El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) que comporta la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limitan la eficacia del derecho a la prueba; 3º) la máxima *favor probatione* que, en expresión jurisprudencial, comporta que es preferible “incurrir en un posible exceso en la admisión de las pruebas que en su denegación”⁵³.

9.- El eventual juicio de insuficiencia probatoria

En la mayoría de los sistema procesales la fase de proposición y admisión de los medios de prueba responde al esquema de ofrecimiento o proposición de la pruebas por las partes y decisión judicial sobre la admisión o inadmisión

⁵¹ La posibilidad de acordar diligencias finales de oficio es excepcional y tasada, sujeta a varios requisitos, todos ellos recogidos en el art. 435.2 LEC, y alguno de ellos de muy difícil interpretación. Así, por ejemplo, el requisito consistente en “*que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones (debe entenderse de prueba) permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos (debe entender hechos relevantes)*”. De “cabalístico” tilda este requisito VÁZQUEZ SOTELO, J. L. (*Diligencias finales*, en “Instituciones del Nuevo Proceso Civil”, vol.II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J., coord., ed. Difusa, Barcelona, 2000., pp. 549 y 556).

⁵² Vide más ampliamente sobre la idoneidad del testigo en mi estudio *El interrogatorio de testigos*, en la obra colectiva del mismo nombre, Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho ESADE, Serie Estudios prácticos sobre los medios de prueba, nº 3, J.M.Bosch editor, Barcelona, 2008, pp. 37-40.

⁵³ SSTC de 20 de febrero de 1986, fto. jco.8º (EDJ 1986/30) y de 30 de octubre de 1991, fto. jco.3º (EDJ 1991/10314).

de los mismos. Una novedad importante en esta materia ha sido la introducción del art. 429.1, II y III en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que, en la fase de la audiencia previa –y, por ende, con anterioridad a la práctica de la prueba-, confiere al juez la facultad de indicar, una vez propuestas las pruebas por las partes, que determinados hechos pueden resultar afectados por una insuficiencia probatoria. En otras palabras, existe una facultad judicial de indicar la insuficiencia de la prueba propuesta por las partes y, además, una facultad de proponer o sugerir medios de pruebas para paliar tal insuficiencia probatoria⁵⁴.

Dispone literalmente el citado artículo 429 LEC, en su párrafo segundo: “Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrán verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente”.

Y añade el párrafo tercero del mismo art. 429 LEC: “En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las podrán completar o modificar sus pretensiones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”.

Un examen sobre la normativa del art. 429.1, II y III LEC exige referirse a su denominación –facultad judicial de integración probatoria-, su fundamento, su contenido –facultad de indicación y facultad de sugerencia-, sus presupuestos y límites, y la actuaciones de las partes y del tribunal⁵⁵.

A nuestro entender la normativa del art. 429.1, II y III LEC comporta una facultad judicial de integración probatoria, como han recogido ya algunas resoluciones de la jurisprudencia menor (SAP Islas Baleares, secc. 3ª, de 3 de mayo de 2005; SAP Madrid, secc. 14ª, de 27 de octubre de 2005; SAP Málaga, secc. 5ª, de 3 de marzo de 2008) pudiéndose razonar la denominación del modo siguiente:

a) Facultad: el art. 429.1, II y III LEC otorga al juez una facultad, de carácter eventual, pero no le impone ningún deber, como razonaremos al abordar las cuestiones problemáticas.

b) Judicial: si bien es cierto que originariamente se atribuye a las partes la facultad y carga de proponer los medios de prueba (principio de aportación de parte), no es menos cierto que, una vez propuestos, se confiere al juez la facultad de completar la eventual insuficiencia de los mismos (facultad de integración). Esta novedosa facultad judicial comporta un nuevo reparto -o, si se prefiere la expresión, reequilibrio- de funciones entre las partes y el juez en

⁵⁴ Vide ampliamente mi estudio *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil español*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 111 a 182.

⁵⁵ Sobre la problemática del art. 429.1, II y III LEC, por su claridad y precisión, y ser una de las primeras sentencias puede verse SAP, Navarra, secc. 2ª, 16 abril 2002, fto. jco. 5º (JUR 2002/142806).

orden a la iniciativa probatoria, con un incremento cualitativo de la iniciativa *ex officio iudicis*, si bien la facultad judicial tendrá siempre un carácter subordinado y complementario al papel de las partes⁵⁶.

c) Integración: la facultad judicial es de integración, no de corrección ni de advertencia. El término “corrección” puede ser ambiguo e inducir al equívoco de que el juez sustituye o enmienda las pruebas propuestas por las partes. El término “advertencia” tampoco es claro en cuanto permite creer que la inobservancia de la indicación judicial puede acarrear efectos jurídicos negativos para la parte. Tampoco parecen muy afortunadas expresiones tales como “insinuación” o “sugerencia”, pues, aun siendo sugestivas, no agotan el contenido y alcance de la facultad judicial.

El alcance de la previsión normativa que permite al juez señalar la insuficiencia probatoria y le faculta para proponer prueba tendente a paliar tal insuficiencia. Además, es una expresión más acorde con la finalidad de la previsión legislativa, que no busca sustituir, ni enmendar, ni suplir la iniciativa probatoria de las partes, sino completarla mediante la indicación de insuficiencia probatoria y, en su caso, propuesta de prueba para remediarla.

d) Probatoria: la facultad judicial versa sobre la prueba, particularmente sobre la insuficiencia de los medios de prueba propuestos por las partes, la existencia o no de hechos afectados por tal insuficiencia y la facultad judicial de proponer prueba sobre los mismos.

El fundamento de la normativa del art. 429.1, II y III LEC obedece a una compensación, en tramitación parlamentaria, por la pérdida de poder del juez, a raíz de la supresión de las diligencias para mejor proveer, aun cuando también se han alegado como otros posibles fundamentos “la búsqueda de la convicción judicial, al objeto de lograr la efectiva tutela de los derechos” (PICÓ i JUNOY⁵⁷), el compromiso entre partidarios de una mayor iniciativa probatoria de oficio, y las posturas, hoy mayoritarias, y defensoras del principio de aportación (MONTERO AROCA⁵⁸, HOYA COROMINA⁵⁹, FERNÁNDEZ URZAINQUI⁶⁰, PISCATOSTE BOBILLO⁶¹), evitar procesos inútiles, pues una

⁵⁶ Puede verse la reflexión general de TARUFFO, M., no con respecto al art. 429.1, II y III LEC, sino en general sobre las facultades para ordenar *ex officio* la presentación de pruebas en *La recolección y presentación de las pruebas en el proceso civil*, en “Páginas sobre justicia civil”, ed. Marcial Pons, 2009, pp.358.

⁵⁷ PICÓ i JUNOY, J., *Los principios del nuevo proceso civil*, en “Instituciones del nuevo proceso civil”, vol.I, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), Dijusa, Barcelona, 2001, pp.47, y del mismo autor *El juez y la prueba*, ed. J.M. Bosch, pp.127

⁵⁸ MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp.123.

⁵⁹ HOYA COROMINA, J., en AAVV, *Comentario al art. 429*, en “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, t.II, Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; Valls-Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, pp.1907.

⁶⁰ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., en AAVV, *Comentario al art. 282*, en “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, t.II, Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; Valls-Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, pp.1304

⁶¹ PISCATOSTE BOBILLO, J.C., *Disposiciones generales. Reconocimiento judicial. Presunciones*, en “La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, jornada monográfica, A Coruña, 4 de mayo de 2001, pp.12.

de las finalidades de la audiencia previa es configurar la actividad probatoria de las partes, y dentro de esa configuración se atribuyen al juez funciones de colaboración con las partes (BARONA VILAR⁶², ORTELLS RAMOS⁶³) y también la obligación judicial del esclarecimiento de los hechos (*Erklärngspflicht*) (GIMENO SENDRA⁶⁴).

El art. 429.1, II y III LEC confiera al juez una doble facultad de indicación y de sugerencia de prueba. Literalmente el citado artículo dispone: “Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria [facultad de indicación de insuficiencia probatoria]. Al efectuar esta manifestación, el tribunal ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente [facultad de sugerencia probatoria].

La facultad de indicación de insuficiencia probatoria se caracteriza por las siguientes notas: a) eventual, sujeta a la constatación de la insuficiencia de las pruebas propuestas por las partes. En defecto de tal constatación, el juez no puede ni debe hacer uso de la facultad del art. 429.1, II y III LEC. Dicho carácter eventual obliga al juez a efectuar una ponderación sobre el resultado de las pruebas propuestas por las partes, a modo de juicio indiciario -y para algunos imposible o, cuando menos, incierto- cuando aún está pendiente la práctica de la mayor parte de las pruebas; b) de carácter indicativo, pues su finalidad es permitir al juez poner de manifiesto, evidenciar, sacar a relucir la insuficiencia probatoria. Al amparo de la normativa del art. 429.1, II y III LEC el juez puede indicar, señalar, manifestar, pero no corregir, subsanar o enmendar las pruebas propuestas por las partes; c) individualizadora, pues el juez puede no limitarse a señalar la eventual insuficiencia de las pruebas propuestas por las partes, sino que incluso puede señalar el concreto hecho que puede verse huérfano de prueba y con ello permite la individualización de los hechos controvertido afectados por prueba insuficiente; d) progresiva, pues tras constatar la insuficiencia probatoria de las partes, debe extenderse a indicar el concreto hecho o hechos afectados por tal insuficiencia.

La facultad de propuesta o de sugerencia de prueba se caracteriza por las siguientes notas: a) es una facultad de propuesta, puesto que su finalidad es permitir al juez proponer, sugerir a las partes la prueba o pruebas que considere convenientes para paliar a insuficiencia probatoria. En realidad, se produce una “inversión de la iniciativa probatoria” que, gráficamente, podría expresarse del modo siguiente: “le propongo (yo juez), para que me propongan (cualquiera de las partes) y pueda (yo juez) admitir”; b) es una facultad concreta, puesto que el juez puede incluso proponer la prueba o pruebas o

⁶² BARONA VILAR, S., en AAVV, *Comentario al art. 429*, en “El proceso civil”, vol.IV, Escribano Mora, F. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp.3218.

⁶³ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, AAVV, 3ª ed., Aranzadi Editorial, Navarra, 2002, pp.375.

⁶⁴ GIMENO SENDRA, V., en AAVV, *Comentario a los arts. 429-430 LEC*, en “Proceso Civil Práctico”, t.V, ed. La Ley, Madrid, 2001, p.3-282.

pruebas que estima convenientes para paliar la insuficiencia, suscitándose la controvertida cuestión –que analizaremos a continuación en la problemática- de si el juez puede sugerir una prueba (ej. documentos fundamentales o potestativa, en cuanto el juez puede limitarse a indicar la insuficiencia probatoria sin sugerir un concreto medio para paliar; y d) es una facultad limitada, puesto que la facultad de proposición de prueba debe ceñirse “a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos”, y que debe entenderse a que la fuente de prueba sugerida por el juez resulte de las actuaciones, sin que el juez pueda efectuar una labor investigadora de pruebas.

Tres son los presupuestos de la normativa del art. 429.1, II y III LEC. En primer lugar, la existencia de hechos controvertidos, porque en su defecto no se abre el período probatorio. En segundo lugar, la previa proposición por las partes, puesto que el juez al amparo de la tantas veces citada normativa no puede suplir la inactividad de las partes ni la subsanación de prueba no propuestas o propuestas inadecuadamente por no sujetarse a las previsiones de la LEC. Y en tercer lugar, la existencia de un juicio eventual de insuficiencia probatoria que se trata de “una apreciación subjetiva que difícilmente podrá ser objeto de un control externo y a posteriori por otro órgano judicial para imponerle su propio criterio” (SAP Navarra, secc. 2ª, de 16 de abril de 2002).

Los límites de dicha facultad, siguiendo a PICÓ i JUNOY, son dos. Primero, el juez no podrá introducir hechos distintos de los alegados por las partes, respetándose así el principio dispositivo. Y segundo, el juez no podrá utilizar fuentes probatorias distintas de las existentes en las actuaciones, protegiéndose así la debida imparcialidad judicial⁶⁵. Como ha expresado gráficamente TARUFFO, en reflexión general sobre las facultades probatorias de oficio, “el juez no se convierte en un policía o en un fiscal que vaya buscando en todas partes pruebas sobre los hechos del caso”, pues ni tiene facultades para introducir hechos principales y no alegados, ni está autorizado para llevar a cabo investigaciones privadas sobre posibles pruebas⁶⁶. Y junto a estos límites, la iniciativa probatoria de oficio contenida en el art. 429.1, II y III LEC reclama una garantía, común a la práctica de toda prueba, se a instancia de parte o de oficio, como es la práctica contradictoria de las pruebas.

La necesidad de “ceñirse a los elementos probatorios de las actuaciones” (art. 429.1, II y III LEC), aun cuando permite al juez señalar la concreta prueba o pruebas que estime convenientes para paliar la insuficiencia probatoria, exige que la prueba verse sobre un hecho alegado por las partes, arranque de una fuente probatoria obrante en las actuaciones, vedando, eso sí, que, por citar algún ejemplo, el nombre del testigo, conste *nominatim* en las actuaciones.

La indicación de insuficiencia probatoria no vincula a las partes quienes podrán, o no, completar o modificar sus proposiciones iniciales de prueba (art. 429.1, III LEC). Dicha indicación puede tener un “efecto de advertencia” sobre

⁶⁵ PICÓ i JUNOY, J., *El derecho a la prueba*, J.M.Bosch editor, Barcelona, 1996, pp.267-271; y del mismo autor *El juez y la prueba*, ob. cit, pp. 117-119.

⁶⁶ TARUFFO, M., *La recopilación y presentación de las pruebas en el proceso civil*, en “Páginas sobre justicia civil”, ed. Marcial Pons, 2009, pp. 357.

la insuficiencia de prueba, bien un “efecto de sugerencia” sobre la concreta prueba para paliar tal insuficiencia, o bien un “efecto recordatorio” cuando existió un mero olvido en la proposición de prueba. Tras la indicación las partes podrán efectuar alegaciones, e incluso solicitar una interrupción, aun cuando tal trámite no esté legalmente previsto, en aras a salvaguardar el derecho de defensa. Pero no podrán reclamar que el juez sugiera qué prueba estima conveniente, ni completar su prueba sobre hechos distintos de los sugeridos por el juez. Las partes podrán recurrir en reposición la resolución que admite o deniega las pruebas, a raíz de la indicación de insuficiencia probatoria.

El juez no podrá acordar la prueba de oficio, si las partes desatienden la indicación de insuficiencia probatoria, pues con ello quebraría el principio de aportación de parte. La práctica de la prueba de oficio no encaja con la redacción del art. 429.1, II y III LEC que, tras la indicación de insuficiencia probatoria (párrafo segundo), reserva a las partes la posibilidad de “modificar o completar” sus proposiciones iniciales (párrafo tercero) y utiliza unos términos indicativos (“señalar”) cuando hubiera podido utilizar unos más imperativos (acordará, decretará, ordenará).

La crítica más incisiva frente a la normativa del art. 429.1, II y III LEC es la relativa a la pérdida de la imparcialidad judicial. No pueden ignorarse los riesgos de un uso imprudente de la tal facultad, pero su uso moderado, respetuoso con los presupuestos, límites y garantías descritos no merma la imparcialidad judicial desde el momento que la indicación de insuficiencia probatoria no se dirige a una de las partes, sino a ambas. Además, en el momento de efectuar la indicación de insuficiencia probatoria el juez desconoce el resultado de la prueba a practicar y cuál de las partes beneficiará. Tampoco podemos olvidar que los artículos que reconocen la iniciativa probatoria de oficio no han sido declarados inconstitucionales ni en los procesos civiles no dispositivos, ni tampoco en el proceso administrativo, ni en el laboral ni siquiera en el penal⁶⁷.

La redacción del art. 429.1, II y III LEC es ambigua, insuficiente e incompleta.

a) Ambigua, porque suscita la doble duda de si confiere una facultad o impone un deber al juez, o de si autoriza o no la práctica de prueba de oficio.

b) Insuficiente, porque debería introducirse como límite que el juez no pudiera sugerir prueba sobre hechos distintos de los alegados por las partes. Y debería introducirse como garantía el derecho a la contradicción en la práctica de las nuevas pruebas.

c) Y, finalmente, es incompleta, puesto que no se prevé un cauce procesal para alegaciones de las partes y, en su caso, para impugnación.

⁶⁷ PICÓ i JUNOY, J., *La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso*, en “Los poderes del juez civil en materia probatoria”, Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), J.M. Bosch editor, Barcelona, 2003, pp.169-172 argumenta hasta cinco razones por las que el art. 429, 1, II y III LEC no afecta a la imparcialidad judicial; y del mismo autor puede verse también *El juez y la prueba*, editorial J.M. Bosch, Barcelona, 2007, pp.110-114.

De lege ferenda es necesario que una nueva redacción del art. 429.1, II y III LEC establezca su carácter facultativo, fije los presupuestos, límites y garantías de la iniciativa probatoria de oficio y, finalmente, un cauce procesal completo para las alegaciones e impugnación de las partes.

10.- La admisión de prueba y el principio de adquisición procesal: la renuncia a la prueba admitida.

La renuncia a los medios de prueba, una vez admitidos y con anterioridad a su práctica, es una cuestión controvertida, debiéndose ponderar los argumentos a favor de una u otra solución⁶⁸.

A favor de la renunciabilidad se han esgrimido varios argumentos. En primer lugar, la vigencia del principio de aportación de parte en el proceso civil. En virtud de dicho principio a las partes corresponde la carga de la alegación y prueba de los hechos afirmados en su escrito de alegaciones. Así se recoge en el artículo 216 LEC –erróneamente rubricado principio de justicia rogada- al disponer que “los tribunales decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa. Si la parte tiene la facultad y la carga de proponer los medios de prueba de que intenta valerse, también debe tener la facultad de renunciar a los mismos, siempre que la renuncia se produzca con anterioridad a la práctica y, por ende, desconociéndose el resultado que va arrojar su práctica.

En segundo lugar, el art. 288 LEC, rubricado sanciones por la no ejecución de la prueba en el tiempo propuesto, dispensa de la imposición de la sanción en el supuesto que el litigante desistiere de practicar una prueba si él la hubiese propuesto, admitiéndose normativamente el desistimiento con respecto a los medios de prueba propuestos. Dicho artículo, por ende, admite expresamente la posibilidad de renunciar a la prueba admitida pero no practicada, aunque sólo sea para indicar que en este caso no se impondrá multa a la parte renunciante.

Y en tercer lugar, se alega con anterioridad a la práctica de la prueba aun no se ha producido la “adquisición probatoria”, pues la prueba no se adquiere desde el momento de su admisión, ya que lo verdaderamente relevante es su resultado.

En contra de la renunciabilidad se han esgrimido también varios argumentos. En primer lugar, el principio de adquisición procesal, que en la formulación de CHIOVENDA, significa que el resultado de las pruebas pertenece al proceso, con independencia de la parte que la haya propuesto. Dicho autor, en sus Principios de Derecho Procesal Civil afirma: “Del hecho de que las actividades procesales pertenecen a una relación única, derivase también otro principio importante, y es que los resultados de las actividades procesales son comunes entre las partes (adquisición procesal). En otras

⁶⁸ Una sistematización de los argumentos a favor y en contra en PICÓ i JUNOY, J., *El principio de adquisición procesal en materia probatoria*, en “La Ley”, 2006, t.I, pp.1304 a 1314.

palabras, cuando la actividad de una parte es perfecta y completa para producir sus efectos jurídicos éstos pueden ser utilizados por la otra parte”⁶⁹.

En segundo lugar, el hecho que una prueba se haya admitido, genera una expectativa sobre su práctica que puede verse frustrada de admitirse el desistimiento, dado que una vez admitido un medio de prueba (ej. interrogatorio de partes o de testigos) las demás partes no proponentes de ese medio de prueba tienen derecho a participar en el interrogatorio.

Y en tercer lugar, la doctrina de los actos propios y la buena fe procesal, pues precisamente la expectativa a la intervención en la práctica de la prueba propuesta de adverso, podría verse frustrada si la parte proponente de la prueba renuncia perjudicando el derecho de defensa de la contraparte.

Aun tratándose de una cuestión muy debatida, nos parecen más convincentes los argumentos contrarios a la renunciabilidad, y básicamente el principio de adquisición procesal, que a nuestro entender opera una vez recaído el juicio de admisión de los medios de prueba –sin necesidad de esperar a la práctica de la prueba-, y en virtud del cual se genera el derecho y la expectativa a su práctica. A efectos prácticos, una solución puede ser que habiéndose planteado por una parte la renuncia a un medio admitido el juez de traslado de dicha petición a la parte adversa, y si la misma se conforma, no haya ningún obstáculo en admitir la renuncia y si la parte adversa no se conforma, el juez resuelva lo procedente.

⁶⁹ CHIOVENDA, P., *Principios de Derecho Procesal Civil*, t.II, traducción J. Casáis y Santaló, ed. Reus, Madrid, 1925, pp. 205.