

# LOS PODERES DEL JUEZ CIVIL EN MATERIA PROBATORIA. PERSPECTIVA DEL DERECHO PROCESAL CIVIL VENEZOLANO Y LA JURISPRUDENCIA PROCESAL CIVIL ESPAÑOLA

**Antonio María Lorca Navarrete**

Antonio María Lorca Navarrete es Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco (España). *Dottore in Giurisprudenza per la Università degli Studi di Bologna* (Italia). Doctor en Derecho por la Universidad de Granada (España). *Doctor Honoris Causa* por las Universidades Inca Garcilaso de la Vega de Lima (Perú), San Pedro Sula (San Pedro Sula- Honduras), San Pedro (Perú), y Nacional de Trujillo (Perú). Profesor distinguido de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Universidad del Perú, Decana de América). Miembro Honorario del Colegio de Abogados del Santa (Perú). Director de la Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje y del Instituto Vasco de Derecho Procesal E-mail: alorca@ehu.es)

---

Recibido: 10-1-2012 • Aprobado: 1-2-2012

**Resumen**

Se estudia la conveniencia de atribuir al juez civil capacidad de proponer pruebas.

**Palabras claves**

Juez. Proceso civil. Pruebas.

**Abstract**

We study the advisability of giving the ability to propose civil judge evidence in civil proceedings

**Keywords**

Judge. Civil process. Evidence.

SUMARIO: 1. El Inicio. 2. Breve semblanza de la postura de la que discreparé. 3. Algunas aclaraciones. 4. La “discrepancia”. A. El ámbito de intervención probatoria del órgano jurisdiccional civil no puede servir para la subsanación de la inexistencia de pruebas o de las propuestas inadecuadamente por las partes. B. Los límites al ámbito de la intervención probática del órgano jurisdiccional civil. C. La intervención probática del órgano jurisdiccional civil no limita los principios dispositivo y de rogación. D. La intervención probática del órgano jurisdiccional civil no transmite la responsabilidad de los actos u omisiones probatorios de las partes al órgano jurisdiccional civil. E. La intervención probática del órgano jurisdiccional civil no interfiere en las reglas sobre la carga de la prueba. 5. ¿Hacia una posible solución?

## 1. El inicio

A veces, merced a la lectura de un texto (sin la que no cobraría conciencia de determinadas cosas) uno descubre razones incluso para distanciarse de aquel. Eso me ha sucedido con un vigoroso trabajo de un dilectísimo colega<sup>1</sup> y que posee el aliciente adicional –creo- de reflejar una línea de pensamiento con acreditados adeptos tanto en la academia<sup>2</sup> como –sin duda- en el estamento judicial. Gracias al susodicho estudio (vaya mi reconocimiento por delante) he caído en la cuenta de que la tesis de “*los poderes del juez civil en materia probatoria*” está necesitada de una revisión a fondo y no de ocasionales parcheos para tapar los puntos de fuga que surgen por aquí y por allá.

*Los poderes del juez civil en materia probatoria* están comprendido en el más englobante “*Derecho probatorio*”, cuya consagración jurídico-positiva comenzó a acontecer –al menos en España- en el siglo XIX<sup>3</sup>. Pero, la *relación* entre el juez civil y el derecho probatorio, que en aquel contexto histórico era aporosa (el juez debía aplicar la ley, supuestamente *certa et clara*) se inserta ahora en un marco (teórico, práctico e institucional) muy diferente.

<sup>1</sup> R. RIVERA MORALES. *Las pruebas en el derecho venezolano. Referencias a los procedimientos civil, penal, oral, agrario, laboral y de niños y adolescentes*. Librería J. Rincón G. Barquisimeto, Venezuela 2009.

<sup>2</sup> Por ejemplo del prof. Dr. Joan Picó i Junoy prologuista de la sexta edición. Al que se une Jairo Parra Quijano prologuista de la primera edición o de Marisela Rondón Parada, prologuista de la cuarta edición.

En R. RIVERA MORALES. *Las pruebas en el derecho venezolano. Referencias a los procedimientos civil, penal, oral, agrario, laboral*, cit. pag. XXVII, XXIX y XXXIII.

<sup>3</sup> Que la prueba ha de versar sobre *hechos* lo puntualizó MANRESA. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Tomo III de la 1ª ed., 1887, pags. 145-6. Las mismas paginas y el mismo volumen en la 5ª ed. de los *Comentarios*. Madrid. 1929. Pero antes se encuentra expuesto igual criterio por otros autores: Cifr., por ejemplo CARAVANTES. *Tratado histórico, crítico, filosófico, de los procedimientos judiciales en materia civil*. Tomo II. Madrid 1856, pag. 125, números 742.

La conveniencia (la urgencia, más bien) de un examen en profundidad se impone cuando por añadidura, como en este caso, las recontextualizaciones parciales portan, encima, el germen de alguna contradicción (o así me lo parece). Así que anticiparé mi diagnóstico. Es el siguiente<sup>4</sup>: pienso para mí (pero, sobremano para el lector) que, al adentrarme en el episodio probatorio y su itinerario procesal contenido en los renglones que siguen a este, quedamos todos advertidos –desde ya- por el convencimiento *de que los poderes del juez civil en materia de prueba, por razón de insuficiencia probática de las partes son, en la practica, inexistentes*.

Y encalabrinado por semejante conclusión el aludido itinerario procesal prospectado discurre por una serie de polos consecutivos, a saber: que los poderes del juez civil en materia de prueba, por razón de insuficiencia probática de las partes comienzan por ser en el inicio de su peregrinaje, *preteridos* por su “*ambigua dicción*”; porque tienen que referirse *forzosamente a supuestos que “sean manifiestamente inviables con la prueba ofrecida” por las partes*; porque son “*extraños y aún perturbadores*”; porque *no son de fácil encaje en un sistema procesal “basado en la iniciativa de las partes y en la posición del Juzgador como director neutral del desarrollo del proceso”*.

Y abundando en la prestancia de la *indubitada preterición* de los mentados “*poderes*” no nos ha de pillar desprevenidos que la ménsula o sostén de la práctica itinerada, se caracteriza, a mayor recreamiento en la redundancia, por adoptar la contundente *diligencia* –énfasis mío- de la hermenéutica *restrictiva* para de seguido sacarle gananciosa punta a la *imparcialidad* del órgano jurisdiccional como *contradistinta* de unos posibles poderes probatorios del juez en el proceso civil.

A ver y para no perder comba, y no dejar cabos sueltos, por ahora, será provechoso indicarle, y de pasada nada más, al fautor o cómplice de nuestro rematado episodio probatorio que los mentados poderes del juez civil en materia de prueba, por razón de insuficiencia probática de las partes *no suponen una “limitación de los principios dispositivo y de rogación” ni tampoco permiten transmitir “la responsabilidad de los actos u omisiones [probatorios] de los litigantes hacia el tribunal”*. *Tampoco interfieren sobre las reglas de la carga de la prueba pues -¡atención!- no pretenden indicarle al exegeta “que es obligación del Juzgador prever que no queden hechos sin acreditar”*.

Pues bien, eso es, en síntesis, lo que intentaré mostrar en las páginas venideras.

## 2. Breve semblanza de la postura de la que discreparé

El autor<sup>5</sup> al que -según anuncié- tomo como referencia, adopta un doble enfoque para analizar el problema de los *poderes del juez civil en materia probatoria*: un punto de vista *subjetivo* y otro punto de vista *objetivo*.

Desde el primero (o sea, el *subjetivo*) –calificable como la “*perspectiva clásica*”- el sometimiento del juez a las pruebas se resume en una serie de

4 A. M<sup>a</sup> LORCA NAVARRETE: *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia probatoria*. Edición Instituto vasco de Derecho Procesal en coedición con Dijusa (libros jurídicos). San Sebastián 2006.

5 Vid. *supra* nota 1.

obligaciones intrínsecas a la función judicial cuyo análisis soslayaré por no ser objeto de mi discrepancia. Pues, tanto yo como él<sup>6</sup>, concordamos en que el juez se halla sujeto, en materia probatoria, a los principios de “*de la disposición y renunciabilidad de las pruebas*”<sup>7</sup>.

El segundo (es decir, el *objetivo*) nos confronta –en estimación de nuestro dilecto autor<sup>8</sup>- con los “principios constitucionales del Estado de justicia, debido proceso, el proceso como realización de la justicia y en el interés público”<sup>9</sup> si, como ha de aventurarse, “en la búsqueda de la verdad y la justicia ninguna parte, en virtud de la lealtad probatoria y la comunidad de la prueba, puede reservarse prueba que conduzca a la solución del conflicto”<sup>10</sup>; para lo cual “*en las tendencias modernas se acepta que el juez tiene que disponer de poderes para traer a juicio aquellas pruebas que interesen al proceso*”<sup>11</sup> –énfasis mío-.

La anterior condición –“eso” de que se “*acepta que el juez tiene que disponer de poderes para traer a juicio aquellas pruebas que interesen al proceso*”<sup>12</sup>- comparece en el Derecho venezolano “conforme a los artículos 401 y 514 del Código de procedimiento Civil”<sup>13</sup> en base a los cuales “*el juez tiene facultades para traer a juicio pruebas que tan sólo de ellas se tenga referencia o tomar declaración a testigo que no rindió su declaración e incluso sin haber sido promovido aparezca mencionado en cualquier acto procesal, o también realizar inspecciones judiciales u ordenar experticias*”<sup>14</sup> –énfasis mío-.

¿Qué opinar, entonces? Nuestro dilecto colega, tras tomar nota de las referencias legislativas al uso –serían, según el mismo nos relata, los artículos 401 y 514 del Código de procedimiento Civil venezolano- concluye que “nuestra legislación procesal –es la venezolana- incorpora, aún tímidamente, las tendencias más modernas en esta dirección de la *no disponibilidad y de la irrenunciabilidad de la prueba*”<sup>15</sup> –énfasis mío-.

A la vista de este panorama, la solución (cautelosa, es verdad, como patentiza el inicial “aún tímidamente...”) sería ésta: *¿es conveniente articular un cuerpo de poderes del juez civil en materia probatoria y transformar* (o mejor,

- 6 Vid. *supra* nota 1.
- 7 R. RIVERA MORALES. *Las pruebas en el derecho venezolano. Referencias*, cit. pag. 94.
- 8 Vid. *supra* nota 1.
- 9 R. RIVERA MORALES. *Las pruebas en el derecho venezolano. Referencias*, cit. pag. 94.
- 10 R. RIVERA MORALES. *Las pruebas en el derecho venezolano. Referencias*, cit. pag. 94.
- 11 R. RIVERA MORALES. *Las pruebas en el derecho venezolano. Referencias*, cit. pag. 94.
- 12 R. RIVERA MORALES. *Las pruebas en el derecho venezolano. Referencias*, cit. pag. 94.
- 13 R. RIVERA MORALES. *Las pruebas en el derecho venezolano. Referencias*, cit. pag. 94.
- 14 R. RIVERA MORALES. *Las pruebas en el derecho venezolano. Referencias*, cit. pag. 94 y 95.
- 15 R. RIVERA MORALES. *Las pruebas en el derecho venezolano. Referencias*, cit. pag. 95.

*metamorfosear) los principio de la disposición y renunciabilidad de las pruebas?*

Tengo para mí que mi dilecto colega está por la labor. Yo, en cambio, no. He ahí la “discrepancia”.

### 3. Algunas aclaraciones

Antes de adentrarme en la discusión de la anterior propuesta, que –como apunté- goza ya de algún arraigo, estipularé y perfilaré el uso *por las partes* –énfasis mío- de los medios de prueba con nociones –quizás no de curso tan corriente- en el ámbito concreto que ahora me entretiene. Manos a la obra.

Para dar curso a lo que pretendo esclarecer me viene pintiparado tomar como punto de partida el texto constitucional español –de cuyo uso, ahora, pido la benevolencia del lector venezolano-. Pero creo que sus ilustradas indicaciones pueden arrojar un poco de iluminación para comprender mejor la mentada *discrepancia*. Por lo pronto, el argumento constitucional me avala para afirmar que el *derecho a la prueba por la parte* se encuentra ya *sancionado* (diré más, aclamado y proclamado) por la vigente Constitución española. El artículo 24.2. de la Constitución señala, en tal sentido, que “*todos tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa*”. El pronunciamiento constitucional es indubitado y afecta, sin exclusión, a “*todos*”<sup>16</sup>. Salta a la vista, pues, que el “*todos*” a que alude la Constitución española no adolece de una insuprimible relatividad y que, por tanto, *se vincula*, además, con el ejercicio de un derecho *de aplicación directa* y de no mera formulación programática. Ambas precisiones, singularmente iluminativas, me provocan, no obstante, un par de consideraciones<sup>17</sup>.

En lo que respecta a la primera, principiaremos asumiendo una idea que es de usanza como que el ejercicio de ese “*derecho*” por “*todos*”, posee una doble proyección. De un lado, *formal o instrumental* que implica el uso de los *medios de prueba* que regula el ordenamiento procesal sin exclusión. Pero, también, proyecta una vertiente *sustantiva o debida* al carácter *pertinente* de aquel uso en orden a actuar en un ámbito netamente *garantista*<sup>18</sup>, como es la realización de una actividad de *defensa*<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> A. M<sup>a</sup> LORCA NAVARRETE: *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia*, cit. pág. 3.

<sup>17</sup> A. M<sup>a</sup> LORCA NAVARRETE: *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia*, cit. pág. 3.

<sup>18</sup> El término “*garantismo procesal*” lo vengo utilizando desde 1989 –incluso antes, en 1985- y, entonces –como, lo sigo haciendo, ahora-, opte por su uso “como metodología *de base*”. Con todo lo que ya anduve y he argumentado, hasta el momento, no estaría de más aludir, ahora, a *garantismo procesal* aunque no sea, ésta, la primera vez que lo hago. Ya así actué en 1985, en 1998 y, luego, en 2003, 2005 y, más tarde, en 2007, en 2008, en 2009, en 2010. Y, en fin –¡por ahora!-, en 2011. Son sólo –algunos- hitos del recorrido de mi atención –prendada y prendida- por esta fantástica, soberana y profunda temática relativa al *garantismo procesal en el Derecho procesal*. Helos a continuación el paciente lector: “La garantía procesal del Derecho”, en *Revista brasileira de Direito Processual*. 1985. Vol. 47; *Manual de garantías jurisdiccionales y procesales del derecho. Organización judicial y principios rectores del proceso*. Ed. Dykinson. Madrid 1998, pág. 1311 y “La garantía procesal del Derecho. Su tratamiento doctrinal”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* (RVDPA), 3, 1998, pág. 535 y ss.; “El derecho procesal como

Y correlativamente con lo que he dado por ganado (con razón, espero), se alza pimpante la segunda consideración de la que, supongo para mí, tampoco es posible dudar. Consiste en afirmar que a través del artículo 24.2. de la Constitución española, el derecho a la prueba *ha dejado de ser* conceptualmente un ámbito estructuralmente adjetivo del ejercicio de la función jurisdiccional y *pasa a ser ante todo una formulación de contenido y origen constitucional y garantista*. La consecuencia de tal premisa es importante, *pues la negación*

sistema de garantías”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 107, mayo-agosto de 2003, pág. 531-557; *La garantía del derecho procesal y su incidencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en LA LEY n.º. 6346 de 25 de octubre de 2005, pág. 2; “La garantía del iudicium. Del processus iudicii al iudicium”, en *RVDPA*, 2, 2007; “El proceso “con todas las garantías” (artículo 24.2 de la Constitución)”, en el *Diario LA LEY* año 28 n.º 6803. Viernes, 19 de octubre de 2007 y “La garantía de la oralidad en la exigencia de tutela judicial efectiva civil”, en *RVDPA*, 3-2007, pág. 353 y ss.; “El Derecho Procesal conceptualizado a través de la metodología del garantismo procesal: el denominado “Derecho de la garantía de la función jurisdiccional”, en *RVDPA*, 1-2008, pág. 15 y ss.; “La garantía del Poder Judicial ¿Aporía constitucional del Poder Judicial?”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Año XVIII. N.º. 742 de 3 de enero de 2008; “La garantía procesal en el ámbito instructorio: a propósito del juez instructor de garantías y del fiscal instructor. Fiscal instructor ¿Si o no? This is the question”, en el *Diario LA LEY*. N.º 6884 de 15 de febrero de 2008. Año XXIX. Sección Doctrinal; “La garantía procesal del derecho al recurso”, en *RVDPA*, 3, 2008, pág. 597 y ss.; “La garantía de la prueba de la causa petendi: pertinencia y carga probatoria”, en *RVDPA*, 2-2008, pág. 299 y ss. y en la revista electrónica peruana “*Justicia y Derecho*” Año 2 N.º 3 Enero 2009 en la dirección www.justiciayderecho.org; y “Garantismo procesal y participación ciudadana en la administración de justicia mediante la institución del jurado. El modelo español”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* (mexicana), 25, 2008, pág. 87 y ss.; *Estudios sobre garantismo procesal. El Derecho procesal conceptualizado a través de la metodología del garantismo procesal: el denominado “Derecho de la garantía de la función jurisdiccional”*. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal en coedición con la Universidad Antonio de Nebrija y Dijusa (libros jurídicos). San Sebastián 2009, pág. 1 y ss; “La garantía de acceso a la demanda de tutela judicial efectiva por los particulares: las partes procesales”, en *RVDPA* n.º 1 de 2009, pag. 21 y ss.; “La garantía a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de intereses legítimos. La legitimación de la parte”, en *RVDPA* n.º 2 de 2009, pág. 315 y ss.; “Garantismo e Derecho Procesal –una aporía del método constitucional–”, en *Revista Latino-americana de Estudios Constitucionais*. Año X. Vol. X, noviembre 2009; “El derecho de libertad de expresión como garantía del legítimo ejercicio del derecho de defensa”, en el *Diario LA LEY*, N.º. 71333, Sección Tribuna de 12 de marzo de 2009. Año XXX; “Hacia la instauración del juez de garantías en el proceso penal español y la desaparición del juez instructor”, en el *Diario LA LEY*. N.º 7158. Sección Tribuna de 21 de abril de 2009. Año XXXX. Ref. D-16 y “Garantismo y estafa procesal”, en *RVDPA*, 3 de 2009 y *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Año XVIII. N.º. 777 de 11 de junio de 2009; *La garantía de la prueba de la causa petendi en el proceso civil. Algunas cuestiones jurisprudenciales*. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal subvencionada por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID). San Sebastián 2010, pág. 1 y ss.; “El garantismo procesal como metodología para el estudio del Derecho procesal. A propósito de la reforma del proceso civil en Chile”, en *RVDPA*, 1, 2011, pág. 33 y ss; *Derecho Procesal civil de Honduras*. Mc Graw Hill, Editorial. Mexico DF. 2011 y *Garantismo y proceso: una lectura de la Constitución peruana a propósito del garantismo como metodología de estudio del Derecho Procesal* en PROCESO Y CONSTITUCIÓN (Obra colectiva). Giovanni F. Priori Posada (editor). Ara Editores. Actas del II. Seminario Internacional de Derecho Procesal *Proceso y Constitución* llevado a cabo en el Campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 10 y el 13 de mayo de 2011. Perú, 2011.

<sup>19</sup> A. M<sup>ª</sup> LORCA NAVARRETE: *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia*, cit. pág. 3.

del derecho a la prueba a la parte –énfasis mío- sería inconstitucional<sup>20</sup>. Por lo que, en mi particular andanza, a través de la lectura constitucional del “derecho a la prueba”, el ejercicio de ese derecho es *garantía* del ejercicio efectivo –sin indefensión- de la función jurisdiccional<sup>21</sup>.

Si –como acabo de sostener- se ha de pechar con mi idea de justificar que la *negación a la parte del derecho a la prueba sería inconstitucional*<sup>22</sup>, entonces a la fuerza habré de tener el cuajo de reconocer que semejante discurso justificatorio de la *lectura constitucional* del “derecho a la prueba” estará constelado por no escasos argumentos de indudable raíz *garantista*<sup>23</sup>. Con todo, no nos dejemos ofuscar con el presunto resplandor *garantista*. Pero, habrá que observarlo con algún detenimiento –aunque sin necesidad de aparatos- pues resulta que las inercias prejuiciosas de ciertos gremios procesalistas, por las que a menudo se dejan llevar algunos, pregonan la poca atención que a veces prestamos a lo que tenemos ante los ojos. Así que tomaré como puesto de observación (adrede, por el partido que en lo venidero pienso sacar) la *constitucionalización del derecho a la prueba como garantía del ejercicio efectivo de la función jurisdiccional*.

Quien siquiera se haya asomado a la literalidad del texto constitucional español de sobra debiera saber que la *pertinencia* del medio de prueba como *garantía* para su utilización [del medio de prueba] se halla constitucionalizada en el artículo 24.2. de la Constitución. Esa *constitucionalización* de la *pertinencia probatoria* se justifica como *garantía* (*garantismo*) para que la *parte* –énfasis mío- pueda plantear “*su defensa*”. En consecuencia, la diada *pertinencia-defensa de la parte* es determinante para comprender aquella *constitucionalización de la pertinencia*, por cuanto es *garantía* para la “*defensa*” de la parte<sup>24</sup>. Pero no sólo eso, ya que esa *garantía* no es sólo *sustantiva o vinculada al derecho de defensa*, sino también *funcional* por cuanto que es el órgano jurisdiccional *quien debe pronunciarse* [ejercicio funcional de la jurisdicción] sobre la *pertinencia* que avala la Constitución, ya que ese pronunciamiento [el del órgano jurisdiccional] es *garantía* de actuación para la *parte*<sup>25</sup> –énfasis mío-.

Provisto de esta básica aseveración ahora toca ver cómo la puesta *en práctica* de esa *garantía obliga* al órgano jurisdiccional a pronunciarse *expresamente* sobre la *admisión o denegación* de la prueba que ha propuesto la *parte*<sup>26</sup> –énfasis mío-.

20 A. M<sup>a</sup> LORCA NAVARRETE: *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia*, cit. pág. 3.

21 A. M<sup>a</sup> LORCA NAVARRETE: *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia*, cit. pág. 3.

22 A. M<sup>a</sup> LORCA NAVARRETE: *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia*, cit. pág. 3.

23 Vid. *supra* nota 18.

24 A. M<sup>a</sup> LORCA NAVARRETE: *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia*, cit. pág. 4.

25 A. M<sup>a</sup> LORCA NAVARRETE: *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia*, cit. pág. 4.

26 A. M<sup>a</sup> LORCA NAVARRETE: *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia*, cit. pág. 4.



La *garantía sustantiva* de la defensa [de parte], así como la *garantía del órgano jurisdiccional en su pronunciamiento pertinente* hacen posible la *constitucionalización de la pertinencia probatoria*, en orden a posibilitar la *garantía de la parte* –énfasis mío a utilizar los medios de prueba *pertinentes* (art. 24.2. de la Constitución)<sup>27</sup>. Es preciso, pues, ateniéndome al itinerario procesal del caso, postular una *constitucionalización de la pertinencia probatoria*<sup>28</sup>.

Eso explica que la *pertinencia probática* haya dejado de ser uno de los elementos que configuran la decisión sobre la admisión de la prueba, y pase a ser una *garantía de base constitucional*. Como tal *garantía* sólo actúa, según el artículo 24.2. de la Constitución española, *cuando se produce indefensión constitucional*<sup>29</sup>.

De ahí que la *pertinencia probática*, así prospectada, se erige en uno de los conceptos *claves* para la puesta en práctica de la *garantía de tutela judicial efectiva*. La razón es preciso buscarla en que lo pertinente es lo *adecuado con la acreditación de la causa petendi*. Y lo *adecuado* con la acreditación de la *causa petendi*, por ser *pertinente, individualiza*, no tanto la carga de probar –*onus probandi*–, sino que, ante todo, cubre un cometido especial en orden a la protección del interés de la sociedad –de las “*partes*”– en la justicia de los fallos que se contienen en las sentencias. O, dicho de otro modo, la *pertinencia* de los medios probatorios alude a la *relación* que esos medios probatorios guardan con lo que es objeto del debate procesal y, por tanto, expresa –se entiende la *pertinencia*– la *capacidad* de los medios probatorios utilizados para formar la *definitiva convicción* del órgano jurisdiccional *sin que se produzca indefensión preterida por la norma constitucional*<sup>30</sup>.

#### 4. La “discrepancia”

Sin más preámbulos, iré al grano intentando responder a esta pregunta: *¿qué perspectiva puede aportar la jurisprudencia procesal civil española en la discrepancia argüida?*

En la línea de lo manifestado aletea la *importancia* consistente en que el medio probatorio que utilice la *parte* –énfasis mío– en la instancia procesal no sea cualquier medio probatorio, sino sólo y exclusivamente el *pertinente* para que, de ese modo, tenga proyección en la sentencia, lo que ha contribuido a que, en la vigente Ley de enjuiciamiento civil española (en adelante, LEC) –o sea, el código procesal civil español–, *pueda el propio órgano jurisdiccional*

27 A. M<sup>a</sup> LORCA NAVARRETE: *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia*, cit. pág. 4.

28 A. M<sup>a</sup> LORCA NAVARRETE: *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia*, cit. pág. 4.

29 A. M<sup>a</sup> LORCA NAVARRETE: *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia*, cit. pág. 4.

30 A. M<sup>a</sup> LORCA NAVARRETE: *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia*, cit. pág. 5.

*intervenir* en la delimitación de la *pertinencia suficiente* del medio probatorio *conjuntamente* con las partes (art. 429.1. LEC<sup>31</sup>).

Leídos con atención, los anteriores párrafos dejan al descubierto cómo un propósito loable [como que, en la vigente LEC, *pueda el propio órgano jurisdiccional intervenir* en la delimitación de la *pertinencia suficiente* del medio probatorio *conjuntamente* con las partes] puede, en ocasiones –como se verá-, *extraviarse* en una deriva jurisprudencial si no discutible sí contundente como la relativa a que en la vigente LEC *se admita* que el órgano jurisdiccional pueda *intervenir* en la delimitación de la *pertinencia suficiente* del medio probatorio *conjuntamente* con las partes (art. 429.1. LEC)<sup>32</sup>.

Como los “*desacuerdos*” al respecto afectan a la interpretación de preceptos ubicados *en un mismo nivel* del ordenamiento procesal civil –el español y el venezolano, voy a proceder examinándolos –los “*desacuerdos*”, se entiende- a través de la lupa de la perspectiva de la *jurisprudencia procesal civil española* –para cuyo uso, y espero disfrute, pido de nuevo, la benevolencia del lector venezolano-. A través de ella, se pueden hallar –el lector, al término de estas líneas, me juzgará si he acertado- *algunas claves* para ubicar, *en su concreta hermenéutica*, las referencias legislativas al uso –serían los artículos 401 y 514 del Código de procedimiento Civil venezolano y el artículo 429.1. LEC- dado que “nuestra legislación procesal –es la venezolana incorpora, aún tímidamente, las tendencias más modernas en esta dirección de la *no disponibilidad y de la irrenunciabilidad de la prueba*”<sup>33</sup> –énfasis mío-.

Y todo lo indicado en renglones antes, con la vista puesta en el convencimiento *de que los poderes del juez civil en materia de prueba, por razón de insuficiencia probática de las partes son, en la practica, inexistentes*. De donde se infiere mi “*desacuerdo*” con mi dilecto colega en lo que se refiere a “eso” de que “*en las tendencias modernas se acepta que el juez tiene que disponer de poderes para traer a juicio aquellas pruebas que interesen al proceso*”<sup>34</sup> –énfasis mío-.

Limitándome a lo más nuclear, el “*desacuerdo*” se ha venido nutriendo de la tensión de dos principios del proceso civil de difícil conciliación. A saber: *disponibilidad y renunciabilidad/indisponibilidad e irrenunciabilidad*.

Por un lado, y por lo que se refiere a la perspectiva de la *jurisprudencia procesal civil española* –para cuyo uso, y espero disfrute, pido una vez más, la benevolencia del lector venezolano- conviene poner atención en algo que necesita ser escrutado. Esto es que el ámbito de *intervención* del órgano jurisdic-

31 El artículo 429.1. de la LEC dice así “... Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente” –énfasis mío-.

32 A. M<sup>a</sup> LORCA NAVARRETE: *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia*, cit. pág. 5 y 6.

33 R. RIVERA MORALES. *Las pruebas en el derecho venezolano. Referencias*, cit. pag. 95.

34 R. RIVERA MORALES. *Las pruebas en el derecho venezolano. Referencias*, cit. pag. 94.

cional civil –o sea, del juez civil- en materia de prueba, de entrada e inicio, *no pasa desapercibido*. Según la ponente RUIZ TOVAR “*carece de precedente en nuestro Derecho –énfasis mío-*” –se entiende, el derecho español<sup>35</sup>. Para la ponente PÉREZ ESPINO es una “*innovación –énfasis mío- en el proceso civil*”<sup>36</sup>. Para el ponente ROSELLÓ LLANERAS se “*regula por primera vez la iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*” –énfasis mío- por lo que es un “*precepto innovador*” –énfasis mío- [el artículo 429.1. LEC, se entiende] pero –dice, en cambio- de “*ambigua dicción –énfasis mío-*”<sup>37</sup>.

Y no es precisamente la duda la que le asalta al ponente PONCELA GARCÍA al calificar la intervención del órgano jurisdiccional civil de “*protagonista principal de la misma*” –énfasis mío- debido a las “*importantes funciones resolutorias y directivas –énfasis mío- del Juez*” lo que, para el propio ponente PONCELA GARCÍA, se acomoda a la “*evidencia*” de la “*literalidad*” –énfasis mío- del artículo 429.1. LEC<sup>38</sup>.

Para el ponente BLANCO FERNÁNDEZ DEL VISO el contenido del artículo 429.1. LEC es una “*admonición*” que “*dada la naturaleza del proceso civil, tiene que referirse forzosamente a supuestos que a limine litis (...) sean -¡ojo!- manifiestamente inviables con la prueba ofrecida –énfasis mío-*”<sup>39</sup>.

Pero, conjuntamente con esas expresiones *ponderativas* de las supuestas bondades del contenido del artículo 429.1. LEC –y de los poderes del juez civil en materia probatoria- tampoco le pasa desapercibido al ponente MAYO MAYO que el mentado artículo es “*un precepto [el artículo 429.1. LEC] extraño y aún perturbador –énfasis mío-*”<sup>40</sup>. Por su parte, el ponente SALCEDO GENER alude al artículo 429.1. LEC como “*norma de no fácil encaje –énfasis mío- en un sistema procesal basado en la iniciativa de las partes y en la posición del Juzgador como director neutral del desarrollo del proceso –énfasis mío-*”<sup>41</sup>. El ponente RUIZ-RICO RUIZ, con prestancia jurisprudencial, advierte que “*no es difícil observar que este precepto [el artículo 429.1. LEC] puede aparecer anómalo en el sistema que instaura la nueva LEC respetuosa sobremano –énfasis mío- con el principio de contradicción e incentivadora –énfasis mío- del concepto de Juez imparcial, hasta el punto –dice el ponente RUIZ-RICO RUIZ- que limita –énfasis mío- las facultades de oficio que permitía la antigua normativa (...). De ahí que la interpretación que haya de darse a este artículo [el artículo 429.1. LEC] ha de ser –según el ponente RUIZ-RICO*

35 M<sup>a</sup>. Josefa RUIZ TOVAR. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 29 de mayo de 2002”, en *Actualidad Jurídica* (en adelante *AJ*).

36 E. PÉREZ Espino. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 30 de octubre de 2002”, en *AJ*.

37 G. ROSELLÓ LLANERAS. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 3 de mayo de 2005”, en *AJ*.

38 J. PONCELA GARCÍA. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 23 de abril de 2002”, en *AJ*.

39 M. BLANCO FERNÁNDEZ DEL VISO. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 4 de noviembre de 2002”, en *AJ*.

40 L. MAYO MAYO. “Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 2 de junio de 2003”, en *AJ*.

41 J. M<sup>a</sup>. SALCEDO GENER. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2005”, en *AJ*.

RUIZ- *restrictiva* –énfasis mío- en el sentido de que la actuación judicial *no desborde* su posición de imparcialidad tratando de salvar las carencias probatorias de las partes<sup>42</sup>. También para el ponente NICOLÁS MANZANARES, el guión pergeñado por el artículo 429.1. LEC “ha de interpretarse *restrictivamente* –énfasis mío-, de manera que la actuación judicial *no desborde* la posición de imparcialidad del Juez *tratando de salvar las carencias probatorias de las partes* –énfasis mío-”<sup>43</sup>.

A ver. Ya se habrá dado cuenta el paciente lector que “eso” de que “*en las tendencias modernas se acepta que el juez tiene que disponer de poderes para traer a juicio aquellas pruebas que interesen al proceso* –énfasis mío-”<sup>44</sup> suscita algún desencuentro. Por lo que se advierte ya algo más que un mero germen sustentador de la “discrepancia”.

Porque sigamos y podremos abordar la siguiente conclusión: los poderes del juez en materia probatoria en el proceso civil, a pesar del literal del artículo 429.1. LEC, comienzan por ser, en el inicio de su peregrinaje jurisprudencial (el del artículo 429.1. LEC), un precepto *preterido* por su “*ambigua dicción* –énfasis mío-”<sup>45</sup>; porque tiene que referirse *forzosamente a supuestos que sean manifiestamente inviables con la prueba ofrecida* –énfasis mío-”<sup>46</sup>; porque es “*extraño y aún perturbador* –énfasis mío-”<sup>47</sup>; porque es una “*norma de no fácil encaje en un sistema procesal basado en la iniciativa de las partes y en la posición del Juzgador como director neutral del desarrollo del proceso* –énfasis mío-”<sup>48</sup>. Y abundando en la prestancia de la *indubitada preterición* los ponentes RUIZ-RICO RUIZ y NICOLÁS MANZANARES adoptan la contundente diligencia de la hermenéutica *restrictiva* para de seguido sacarle gananciosa punta a la *imparcialidad* del órgano jurisdiccional.

Con estas mimbres comprenderá el paciente lector que son bastantes los flancos en los que blandir el cobre *frente* a mi dilecto colega cuando argumenta –y vuelvo a la carga, aunque espero no ser cargante- que “*en las tendencias modernas se acepta que el juez tiene que disponer de poderes para traer a juicio aquellas pruebas que interesen al proceso*”<sup>49</sup> –énfasis mío-.

Leámoslos con un poco de detenimiento:

42 J. F. RUIZ-RICO RUIZ. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 14 de octubre de 2003”, en *AJ*.

43 J. M. NICOLÁS MANZANARES. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 7 de diciembre de 2004”, en *AJ*.

44 R. RIVERA MORALES. *Las pruebas en el derecho venezolano. Referencias*, cit. pag. 94.

45 G. ROSELLÓ LLANERAS. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 3 de mayo de 2005”, en *AJ*.

46 M. BLANCO FERNÁNDEZ DEL VISO. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 4 de noviembre de 2002”, en *AJ*.

47 L. MAYO MAYO. “Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 2 de junio de 2003”, en *AJ*.

48 J. M<sup>a</sup>. SALCEDO GENER. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2005”, en *AJ*.

49 R. RIVERA MORALES. *Las pruebas en el derecho venezolano. Referencias*, cit. pag. 94.

**A. El ámbito de intervención probatoria del órgano jurisdiccional civil no puede servir para la subsanación de la inexistencia de pruebas o de las propuestas inadecuadamente por las partes**

Señalaré, de partida, que en opinión de la ponente ARAUJO GARCÍA “la facultad que establece el artículo 429-1 de la Ley Procesal Civil *no puede servir para la subsanación de la inexistencia de pruebas o de las propuestas inadecuadamente por las partes* –énfasis mío-, por no ajustarse a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil”<sup>50</sup>. En concreto, el artículo 429.1. LEC *no puede servir para la subsanación de la inexistencia de pruebas. No es, en definitiva, un trámite subsanatorio* ya que, como indica el ponente SAGÜILLO TEJERINA, “la aportación o no de determinados documentos de aquellos en los cuales la parte funda su derecho *no es un simple acto procesal sino la introducción de un medio de prueba* –énfasis mío-, sujeto, por tanto, a las normas que *disciplinan* –énfasis mío- los medios de prueba (...). Por tanto –sigue indicando el ponente SAGÜILLO TEJERINA-, *es carga* –énfasis mío- de la parte actora la presentación o no de los documentos en que funde su derecho, en cuanto cuestión atinente al fondo del asunto, y ella será quien deba sufrir las consecuencias en caso de falta de aportación. El Juzgado –siempre según el ponente SAGÜILLO TEJERINA- debe velar por el cumplimiento de las normas procesales, en concreto por el examen de la admisibilidad formal de la demanda y la subsanación de los defectos procesales que ésta pueda presentar *pero no puede -bajo riesgo de perder su imparcialidad- preocuparse por auxiliar a las partes o a una de ellas en cuanto a aquellos extremos que hagan referencia a la acreditación de su pretensión fuera de los limitados cauces legales (en supuestos como los del artículo 429.1,segundo párrafo LEC) y siempre cumpliendo estrictamente los requisitos que imponga la norma* –énfasis mío-”<sup>51</sup>.

El ponente SAGÜILLO TEJERINA abunda en la prestancia de la *indubitada preterición* del artículo 429.1. LEC –y de los poderes del juez civil en materia probatoria- al *no servir para la subsanación de la inexistencia de pruebas* para de seguido sacarle gananciosa punta a la *imparcialidad* del órgano jurisdiccional.

Me he tomado el trabajo (liviano, a decir verdad) de seguirle la pista, desde el parto, a la prestancia con la que se expresa el ponente SAGÜILLO TEJERIANA para vincular al lector con la ponente ARAUJO GARCÍA que, al decir de ella, el artículo 429.1. LEC «debe enmarcarse en sus justos límites que resultan de la interpretación sistemática respecto de toda la normativa de prueba en el proceso civil, y sin olvidar que la facultad admonitoria del Juez *es potestativa* –énfasis mío-, así como la expresión “podrá” del inciso segundo de dicho artículo igualmente confirma»<sup>52</sup>. En todo caso, y como señala la ponente

50 M<sup>a</sup>. del C. ARAUJO GARCÍA. “Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 31 de enero de 2005”, en *AJ*.

51 E. SAGÜILLO TEJERINA. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 31 de marzo de 2005”, en *AJ*.

52 M<sup>a</sup>. del C. ARAUJO GARCÍA. “Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 31 de enero de 2005”, en *AJ*.

ARAUJO GARCÍA, “el precepto se refiere *sólo a la prueba propuesta, no a la insuficiencia de la practicada* –énfasis mío-, además de que *se articula en un sistema donde la prueba sigue siendo a instancia de parte como norma general* (art. 282 LEC) y *en el que siguen vigentes unas normas de reparto de la carga de la prueba* (art. 217 LEC), *así como las consecuencias de la falta de prueba* –énfasis mío-”<sup>53</sup>.

Por tanto, el artículo 429.1. LEC. –y de los poderes del juez civil en materia probatoria- “viene referido a una *carencia objetiva y absoluta de prueba sobre un hecho afirmado por una de las partes*, que a su vez, *sea preciso establecer para resolver el pleito. No abarca por tanto la mayor o menor convicción que un determinado medio de prueba pueda representar a priori, ni desde luego es excusa para el litigante que nada hace para levantar la carga de alegar y probar que sobre el pesa* –énfasis mío-”<sup>54</sup> por cuanto no se constituye en excusa para dejar “*sin efecto* –énfasis mío-, de hecho, la aplicabilidad de otro precepto del mismo Texto Legal [es la LEC], cual es *la regla de la carga de la prueba* –énfasis mío-, pues parece inferirse [de la exposición de la parte] (...) la tesis de que es *obligación del Juzgador prever que no queden hechos sin acreditar, lo que no deja de ser ciertamente* –dice la ponente ARAUJO GARCÍA- *inimaginable, pues el Juez no sabe cuál va a ser el resultado de las pruebas, sino que, desde una perspectiva general, debe ser dicho precepto aplicado con singular cuidado, pues una aplicación inmeditada del mismo puede conducir a la quiebra del más elemental principio de la imparcialidad judicial* –énfasis mío-”<sup>55</sup>.

La ponente ARAUJO GARCÍA adopta la diligencia consistente en que “no puede pues seriamente defenderse que ante la desestimación *por falta de pruebas* –énfasis mío-, se sostenga que el Juez de instancia *debió subsanar una deficiente llevanza del proceso “ab initio”* –énfasis mío- y menos aún que sea dicho Juez civil *quien deba señalar* al Letrado (profesional del Derecho) *las pruebas* –énfasis mío- que deban proponer para ganar el pleito, el inciso 2 del art. 429 núm. 1 menciona el término “podrá”, ya que en otro caso (...) *nunca podría desestimarse una pretensión por insuficiencia probatoria* –énfasis mío-”<sup>56</sup>. En opinión de la ponente ARAUJO GARCÍA “la generalidad de los sistemas procesales civiles y el espíritu de la nueva LEC implica que *no será ni razonable ni asequible* (más bien resultaría imposible) *que fuese el Estado, a través de los tribunales, quienes hubieran de ocuparse* –con la *correlativa responsabilidad-* *de comprobar la certeza de los hechos y sus afirmaciones, con una adecuación probatoria al efecto* –énfasis mío-, que configuran la inmensa mayoría de los casos llevados ante los tribunales”<sup>57</sup>. En

53 M<sup>a</sup>. del C. ARAUJO GARCÍA. “Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 31 de enero de 2005”, en *AJ*.

54 M<sup>a</sup>. del C. ARAUJO GARCÍA. “Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 31 de enero de 2005”, en *AJ*.

55 M<sup>a</sup>. del C. ARAUJO GARCÍA. “Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 31 de enero de 2005”, en *AJ*.

56 M<sup>a</sup>. del C. ARAUJO GARCÍA. “Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 31 de enero de 2005”, en *AJ*.

57 M<sup>a</sup>. del C. ARAUJO GARCÍA. “Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 31 de enero de 2005”, en *AJ*.

consecuencia, el artículo 429.1. LEC “lo único que hace es otorgar al juzgador la *facultad de indicar* –énfasis mío- que a su juicio existe una posible insuficiencia probatoria, *pero en ese momento* –énfasis mío-, porque si no advirtió tal insuficiencia hasta el momento de dictar sentencia es claro que las actuaciones *no se pueden retrotraer* –énfasis mío- al momento de la proposición de prueba para dar entonces posibilidad a la parte de que proponga la prueba que sea necesaria para acreditar su derecho. *Ello iría no solo en contra de la imparcialidad del juez* –énfasis mío-”<sup>58</sup>.

La ponente ARAUJO GARCÍA, simplificando protocolos, proclama, sin adornos retóricos, esencialmente que el artículo 429.1. LEC -y de los poderes del juez civil en materia probatoria- se refiere a la *prueba propuesta* lo que no nos pilla desprevenidos y que, además, el mentado precepto se *articula en un sistema donde la prueba sigue siendo a instancia de parte como norma general y en el que siguen vigentes unas normas de reparto de la carga de la prueba, así como las consecuencias de la falta de prueba*. Niega que sea obligación del órgano jurisdiccional *prever que no queden hechos sin acreditar*. La ponente ARAUJO GARCÍA sigue abundando en la prestancia de la *indubitada preterición* del artículo 429.1. LEC y de los *poderes probatorios del juez civil*.

#### **B. Los límites al ámbito de intervención probática del órgano jurisdiccional civil**

La propuesta que realiza el artículo 429.1. LEC respecto de los poderes en materia de prueba del juez civil *no es exuberante ni de recorridos absolutos, exclusivos y excluyentes*.

Existen unos *límites*. El artículo 429.1. LEC *es un precepto “limitado” –o debe serlo-* lo que tengo para mí en el peor augurio que insiste o abunda en la prestancia de su *indubitada preterición*.

Y a lo que voy. A esos *límites* alude el ponente DOBARRO RAMOS cuando, con la acostumbrada prestancia jurisprudencial (justificadora de la *preterición* del artículo 429.1. LEC) de los ponentes ya aludidos, indica que el «precepto [el artículo 429.1. LEC] *debe de enmarcarse en sus justos límites* –énfasis mío- que resultan de la *interpretación sistemática respecto de toda la normativa de prueba en el proceso civil, y sin olvidar*, que la facultad admonitoria del juez, *es potestativa* (...) como la expresión “*podrá*” del inciso 2 de dicho artículo 429.1, *igualmente corrobora* –énfasis mío- »<sup>59</sup>.

No nos pilla desprevenidos, al contrario, la idea ya tópica relativa a que la facultad admonitoria del órgano jurisdiccional contenida en el artículo 429.1 LEC *es potestativa* por lo que, su aportación metodológica abunda, una vez más, en la prestancia de su *indubitada preterición*.

También para el ponente NICOLÁS MANZANARES el artículo 429.1. LEC relativo –vuelvo a indicarlo- a los poderes en materia probatoria del juez

<sup>58</sup> M<sup>a</sup>. del C. ARAUJO GARCIA. “Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 31 de enero de 2005”, en *AJ*.

<sup>59</sup> E. S. DOBARRO RAMOS. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 19 de mayo de 2003”, en *AJ*.

civil “*debe de enmarcarse en sus justos límites –énfasis mío- que resultan de la interpretación sistemática respecto de toda la normativa de prueba en el proceso civil, y sin olvidar, que la facultad admonitoria del juez, es –sigue apostillando el ponente NICOLÁS MANZANARES- potestativa –énfasis mío-, así como la expresión “podrá” del inciso 2 de dicho artículo 429.1 [LEC], igualmente corrobora*”<sup>60</sup>. Es, pues, una *facultad judicial* que en opinión del ponente ARCOS ÁLVAREZ “*está sometida al principio de justicia rogada (...) y a las normas de distribución de carga de la prueba (...) –énfasis mío-, lo que en términos razonables supone que al Tribunal le está vedado suplir la inactividad probatoria de las partes –énfasis mío-*”<sup>61</sup>.

La mentada facultad admonitoria del órgano jurisdiccional civil atinente a sus poderes probatorios, contenida en el artículo 429.1 LEC, encuentra, pues, a su paso los *límites de la justicia rogada y las normas de distribución de carga de la prueba*.

Por su parte, el ponente ROSELLÓ LLANERAS, tras aludir a la “*ambigua dicción*” –énfasis mío- del artículo 429.1. LEC, pretende ubicarla en la medida en que se interroga si lo regulado en él es “*un deber –énfasis mío- o, por el contrario, [se está en presencia] de una mera facultad del órgano judicial –énfasis mío-*”<sup>62</sup>. Para salir de su propio atolladero el ponente ROSELLÓ LLANERAS se justifica en la deriva de la “*doctrina científica más autorizada y [en] la denominada jurisprudencia menor*” para concluir que “*a la vista de su interpretación conjunta, sistemática y finalista [del artículo 429.1. LEC] [que] se trata de una facultad judicial –énfasis mío-*”<sup>63</sup>. Para el ponente ROSELLÓ LLANERAS es una *facultad judicial “condicionada a la subjetiva constatación sobre la insuficiencia de las pruebas ya propuestas para acreditar los hechos controvertidos, con la finalidad última de convencer al órgano jurisdiccional de la bondad de la pretensión actuada –énfasis mío-*”<sup>64</sup>. Además, es una *facultad judicial* justificada en “*una apreciación subjetiva que difícilmente podrá ser objeto de control externo y a posteriori por otro órgano judicial para imponer su propio criterio –énfasis mío-*”<sup>65</sup>. Pero, una *facultad judicial* “*sin que pueda servir de fundamento para subsanar la inexistencia de prueba o las propuestas por las partes inadecuadamente –énfasis mío-, así como [para] que las actuaciones no se pueden retrotraer hasta la proposición de prueba para dar posibilidad a las partes para proponer la necesaria para acreditar su derecho –énfasis mío-*”<sup>66</sup>. “En

60 J. M. NICOLÁS MANZANARES. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 7 de diciembre de 2004”, en *AJ*.

61 J. ARCOS ÁLVAREZ. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 25 de mayo de 2005”, en *AJ*.

62 G. ROSELLÓ LLANERAS. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 3 de mayo de 2005”, en *AJ*.

63 G. ROSELLÓ LLANERAS. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 3 de mayo de 2005”, en *AJ*.

64 G. ROSELLÓ LLANERAS. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 3 de mayo de 2005”, en *AJ*.

65 G. ROSELLÓ LLANERAS. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 3 de mayo de 2005”, en *AJ*.

66 G. ROSELLÓ LLANERAS. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 3 de mayo de 2005”, en *AJ*.



definitiva, y según el ponente ROSELLÓ LLANERAS, la nueva norma [el artículo 429.1. LEC] introduce un mecanismo *para facilitar la convicción judicial sobre los hechos controvertidos mediante la facultad de integración probatoria, pero no impone al juez un deber de controlar la suficiencia probatoria (...) ni existe* –énfasis mío- una garantía absoluta que, aun con indicación de insuficiencia probatoria, las nuevas pruebas acrediten los hechos controvertidos<sup>67</sup>. Por lo demás, es una *facultad judicial que no incide sobre “la normativa de la carga de la prueba (...), que opera al tiempo de dictar sentencia* –énfasis mío-<sup>68</sup>. Esa normativa “no se halla supeditada al uso de la facultad del artículo 429 –énfasis mío-” [LEC]<sup>69</sup>.

El ponente ROSELLÓ LLANERAS simplificando nuevamente protocolos, proclama, sin adornos retóricos, esencialmente en relación con los poderes del juez civil en materia probatoria –artículo 429.1. LEC- *que no se impone al órgano jurisdiccional un deber de controlar la suficiencia probatoria. Tan sólo se le permite facilitar la convicción judicial sobre los hechos controvertidos mediante la facultad de integración probatoria* por lo que se sigue abundando o insistiendo en la prestancia de la *indubitada preterición* que suscita el artículo 429.1. LEC.

En fin, el artículo 429.1. LEC *ni supone*, en opinión del ponente PONCELA GARCÍA, una “*limitación de los principios dispositivo y de rogación* –énfasis mío-<sup>70</sup> *ni tampoco permite transmitir “la responsabilidad de los actos u omisiones [probatorios] de los litigantes hacia el tribunal* –énfasis mío-<sup>71</sup>. *Tampoco interfiere*, en opinión del ponente PICÓN PALACIO, sobre las reglas de la carga de la prueba pues el artículo 429.1. LEC *no pretende* indicarle al exegeta “*que es obligación del Juzgador prever que no queden hechos sin acreditar* –énfasis mío-<sup>72</sup>.

En otras palabras: no se alza pimpante el artículo 429.1. LEC y los poderes del juez civil en materia probatoria *cuyas cuotas de “optimización” no se erigen en el ideal del quehacer de tan esforzados ponentes.*

### C. La intervención probática del órgano jurisdiccional civil no limita los principios dispositivo y de rogación

Prosigo. El ámbito de intervención del órgano jurisdiccional civil *no supone una limitación de los principios dispositivo y de rogación* –énfasis mío-<sup>73</sup>.

<sup>67</sup> G. ROSELLÓ LLANERAS. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 3 de mayo de 2005”, en *A.J.*

<sup>68</sup> G. ROSELLÓ LLANERAS. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 3 de mayo de 2005”, en *A.J.*

<sup>69</sup> G. ROSELLÓ LLANERAS. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 3 de mayo de 2005”, en *A.J.*

<sup>70</sup> J. PONCELA GARCÍA. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 23 de abril de 2002”, en *A.J.*

<sup>71</sup> J. PONCELA GARCÍA. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 23 de abril de 2002”, en *A.J.*

<sup>72</sup> A. PICÓN PALACIOS. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 23 de julio de 2002”, en *A.J.*

<sup>73</sup> J. PONCELA GARCÍA. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 23 de abril de 2002”, en *A.J.*

El empeño de los esforzados ponentes por poner coto al artículo 429.1. LEC –y al ámbito probatorio del juez civil- me parece significativo si no paso por alto que, en la ya habitual *preterición* del mentado precepto, no hay nada que sea jurídicamente indiferente. Así que para no sortear semejante empeño he de aludir a sus posicionamientos en lo que ahora toca. Y, precisamente, para dar curso a lo que pretendo esclarecer, el ponente MAYO MAYO se muestra contundente al ilustrar que «el proceso civil *está regido* por el *principio dispositivo* (...) del que es *consecuencia* el de *rogación o aportación de parte* –énfasis mío- (...). Sin embargo –admite el ponente MAYO MAYO-, el Tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas... cuando así lo establezca la ley»<sup>74</sup>.

*Pese* a que el órgano jurisdiccional pueda “acordar, *de oficio* –énfasis mío-, que se practiquen determinadas pruebas... cuando así lo establezca la ley”. el ponente DOBARRO RAMOS pone de relieve que “en el proceso civil *no rige ningún principio de verdad material* –énfasis mío- que suponga proclamar la *necesidad* –énfasis mío- del proceso de buscar la verdad de los hechos tal como han acaecido en la realidad; y, *ello es así*, –dice el ponente DOBARRO RAMOS- *por la propia limitación que impone el principio dispositivo y de aportación de parte, que rige en el proceso civil* –énfasis mío-, por lo que, independientemente de cuales sean las relaciones extra procesales, la verdad que resulta del proceso es la verdad procesal”<sup>75</sup> *en base* a los medios probatorios *dispuestos y propuestos [rogación]* por las partes. Esa *disposición y proposición* de las partes se estructura “en base al principio de alegación de parte” ya que “son éstas [las partes] las que *realizan* –énfasis mío- –según el ponente DOBARRO RAMOS- la actividad probatoria necesaria para conseguir la certeza de los hechos por ellas alegados. Por ello cuando el hecho queda incierto, la aplicación de la regla de juicio determina para cada una de las partes la asunción de la carga de la prueba, dado que, *si en la certeza del hecho* es indiferente quién debía haber probado, *en la incerteza es absolutamente necesario quién debía de haber probado, para que dicha parte sea la que sufra las consecuencias del incumplimiento de la carga que le corresponde conforme al artículo* –énfasis mío-”<sup>76</sup>.

Por tanto, y justificándose el sistema procesal civil en la fundamental concepción de la *carga de la prueba* no es posible que el juez civil en materia probatoria y a través del artículo 429.1. LEC “la prueba en el proceso civil *se proclame como prueba de oficio* –énfasis mío-”<sup>77</sup> *en oposición* del ámbito probatorio *dispositivo y rogado* [propuesto por la parte] que impera en el ordenamiento procesal civil y que, por tanto, “sea el Juez civil *quien deba señalar* –énfasis mío- al Abogado de la parte las pruebas que ha de proponer para ganar el pleito, con el consiguiente *prejuzgamiento* –énfasis mío- de la

<sup>74</sup> L. MAYO MAYO. “Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 2 de junio de 2003”, en *AJ*.

<sup>75</sup> E. S. DOBARRO RAMOS “Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 19 de mayo de 2003”, en *AJ*.

<sup>76</sup> E. S. DOBARRO RAMOS “Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 19 de mayo de 2003”, en *AJ*.

<sup>77</sup> Esa *ausencia de proclamación* es postulada por el ponente DOBARRO RAMOS. E. S. Dobarro Ramos “Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 19 de mayo de 2003”, en *AJ*.

cuestión planteada e incluso con la consiguiente *quiebra* del principio de igualdad de armas<sup>778</sup>. En opinión del ponente NICOLÁS MANZANARES el artículo 429.1. LEC no puede ser la coartada que justifique a la parte para “que la prueba en el proceso civil *se proclame como prueba de oficio* –énfasis mío-, es decir, que sea el Juez civil quien *deba señalar* –énfasis mío- al Abogado de la parte las pruebas que ha de proponer para ganar el pleito, con el consiguiente *prejuzgamiento* –énfasis mío- de la cuestión planteada e incluso con la consiguiente *quiebra* del principio de igualdad de armas<sup>779</sup>.”

El artículo 429.1. LEC –y la actividad probatoria del juez civil- *es un precepto* (admitaseme la expresión) “*contracorriente*” –énfasis mío-” pues justificándose el sistema procesal civil en la fundamental conceptualización de la *carga de la prueba* no es posible que, a través del mismo, “la prueba en el proceso civil *se proclame como prueba de oficio* –énfasis mío-”<sup>80</sup> lo que tengo para mí en el peor augurio que insiste o abunda en la prestancia jurisprudencial de su *indubitada preterición*.

#### **D. La intervención probática del órgano jurisdiccional civil no transmite la responsabilidad de los actos u omisiones probatorios de las partes al órgano jurisdiccional civil**

A ver. El ámbito de intervención del órgano jurisdiccional civil *no responde* a las pautas de una pretendida *corresponsabilidad* entre partes y órgano jurisdiccional.

El ponente PONCELA GARCÍA apela a la “*prudencia*” –énfasis mío- pues, “*fuera de la cual [la prudencia] el juzgador, puede escorarse hacia el prejuicio o la involuntaria parcialidad, resultando ajeno* –énfasis mío- a la voluntad del legislador”<sup>81</sup>.

El artículo 429.1. LEC –y la práctica de la prueba por el juez civil- no es un precepto “*prudente*”. Más bien “*imprudente*” lo que tengo para mí en el peor

78 E. S. DOBARRO RAMOS “Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 19 de mayo de 2003”, en *AJ*.

79 J. M. NICOLÁS MANZANARES. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife Murcia de 7 de diciembre de 2004”, en *AJ*.

80 Esa *ausencia de proclamación* es postulada por el ponente DOBARRO RAMOS. E. S. Dobarro Ramos “Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 19 de mayo de 2003”, en *AJ*.

81 En apoyo de su percepción legislativa el ponente PONCELA GARCÍA apela de “*manera auténtica*” –énfasis mío- a la Exposición de Motivos de la LEC, cuando declara que “*no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados (...)* –énfasis mío-. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos” (apartado VI). De nuevo acude a la Exposición de Motivos de la LEC cuando aclara que “*no se impone y se responsabiliza* –énfasis mío- al tribunal de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos relevantes en que se fundamentan las pretensiones de tutela formuladas por las partes, sino que es sobre éstas sobre las que recae la carga de alegar y probar” (apartado XI). Finalmente dice que la Exposición de Motivos de la LEC expresa que “*la Ley considera improcedente* –énfasis mío- llevar a cabo nada de cuanto se hubiera podido proponer y no se hubiere propuesto, así como cualquier actividad del tribunal que, con merma de la igualitaria contienda entre las partes, supla su falta de diligencia y cuidado” (apartado XII).

J. PONCELA GARCÍA. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 23 de abril de 2002”, en *AJ*.

augurio que insiste o abunda en la prestancia jurisprudencial de su *indubitada preterición*.

**E La intervención probática del órgano jurisdiccional civil no interfiere en las reglas sobre la carga de la prueba**

Prosigo sin desmayo. Según la ponente PÉREZ ESPINO el artículo 429.1. LEC –y la práctica de la prueba por el juez civil- *no puede quedar afectado* por “la *incorrecta aplicación de la carga de la prueba* –énfasis mío-. En este sentido hay que tener en cuenta –dice la ponente PÉREZ ESPINO- que (...), *corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, y al demandado (...), la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos* –énfasis mío-” cuya certidumbre postule el actor<sup>82</sup>. En opinión de la ponente PÉREZ ESPINO “a la parte corresponde *en primer lugar* –énfasis mío- la carga de probar sus afirmaciones (...) *sin que pueda aceptarse en modo alguno* –énfasis mío- la manifestación de la parte apelante al indicar que si la actividad probatoria por ella desplegada *resultaba insuficiente* para el esclarecimiento de ese hecho, *la Juzgadora debió hacerlo saber a la parte para que pudiera completar su prueba, y ello de conformidad con el art. 429.1 de la LEC* –énfasis mío-”<sup>83</sup>. Para la ponente PÉREZ ESPINO “la Juzgadora [se entiende de la instancia *a quo*] *no tenía que realizar actividad probatoria alguna que pudiera suplir la falta u omisión de la parte* –énfasis mío-”<sup>84</sup> por cuanto que “la facultad que confiere el art. 429.1 [LEC] al Tribunal *no puede servir de fundamento para subsanar la inexistencia de pruebas o las propuestas inadecuadamente por las partes* –énfasis mío-”<sup>85</sup>.

El artículo 429.1. LEC –y la práctica de la prueba por el juez civil- no es un precepto que corrija la *incorrecta* aplicación de la *carga de la prueba* lo que tengo para mí en el peor augurio que sigue insistiendo o abundando en la prestancia jurisprudencial de su *indubitada preterición*. Nuestra esforzada ponente posee su complemento hermenéutico en el ponente PICÓN PALACIO para el que la aplicabilidad del artículo 429.1. LEC *no puede dejar sin efecto “de hecho”*<sup>86</sup> la “*aplicabilidad*”<sup>87</sup> por la LEC de “*la regla de la carga de la*

<sup>82</sup> E. PÉREZ ESPINO. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 30 de octubre de 2002”, en *AJ*.

<sup>83</sup> E. PÉREZ ESPINO. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 30 de octubre de 2002”, en *AJ*.

<sup>84</sup> E. PÉREZ ESPINO. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 30 de octubre de 2002”, en *AJ*.

<sup>85</sup> E. PÉREZ ESPINO. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 30 de octubre de 2002”, en *AJ*.

<sup>86</sup> A. PICÓN PALACIO. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 23 de julio de 2002”, en *AJ*.

<sup>87</sup> A. PICÓN PALACIO. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 23 de julio de 2002”, en *AJ*.

*prueba*<sup>88</sup> –énfasis mío-” ya que ese precepto *no pretende* postular “*que es obligación del Juzgador prever que no queden hechos sin acreditar* –énfasis mío-”<sup>89</sup> por cuanto “*indicar sin más* [por parte del órgano jurisdiccional] (...) *qué hechos pudieran resultar no acreditados y las pruebas necesarias para que ello no suceda, si bien pueden favorecer a una de las partes, sin duda cabe que perjudique a la otra* –énfasis mío-, quien cabe que, en su estrategia procesal, juegue, precisamente, con el hecho de que no quede acreditado por quien le corresponda la base de la pretensión”<sup>90</sup>. Para el ponente PICÓN PALACIO esa *implicación probatoria* del órgano jurisdiccional civil provoca tres tipos de consecuencias. La primera sería *orgánica* consistente en que la misma “*puede conducir a la quiebra del más elemental principio de la imparcialidad judicial* –énfasis mío-”<sup>91</sup>. La segunda consecuencia sería *postuladora* por cuanto es “*a los Letrados de las partes a quienes corresponde* –énfasis mío- (...) la dirección y defensa técnica de los derechos de sus patrocinados, labor que, lógica y justamente, es remunerada, y *que no cabe descargar* –dice el ponente PICÓN PALACIO- *en el Juzgador labores propias de lo que no deja de ser la dirección de la defensa de quien ha encomendado su defensa a un Abogado* –énfasis mío- [pues] (...) no parece lógico imponer a quien juzga *que indique a técnicos en derecho que cabe la posibilidad de que las pruebas propuestas* –que, en principio, son idóneas para probar lo debatido- *no van a ser suficientes* –énfasis mío-”<sup>92</sup>. Por último, la tercera consecuencia afecta a la *preterición* de la *corresponsabilidad* en el resultado de las pruebas en la medida en que postular “*que es obligación del Juzgador prever que no queden hechos sin acreditar* –énfasis mío-” podría abocar a que «se le *quiere "responsabilizar"* –énfasis mío- del resultado de las mismas pruebas»<sup>93</sup>.

No es necesaria vista de lince para darse cuenta de que la triádica consecuencia prospectada se aviene estupendamente con el plan de tan esforzados ponentes que insisten o abundan en la prestancia jurisprudencial de la *indubitada preterición* de la actividad probatoria del juez civil -y del artículo 429.1. LEC-.

## 5. ¿Hacia una posible solución?

Si la certeza jurídica va asociada a la nomofilaquia jurisprudencial expuesta, tampoco aquélla –la certeza jurídica, se entiende- podrá presentarse como un

<sup>88</sup> A. PICÓN PALACIO. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 23 de julio de 2002”, en *AJ*.

<sup>89</sup> A. PICÓN PALACIO. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 23 de julio de 2002”, en *AJ*.

<sup>90</sup> A. PICÓN PALACIO. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 23 de julio de 2002”, en *AJ*.

<sup>91</sup> A. PICÓN PALACIO. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 23 de julio de 2002”, en *AJ*.

<sup>92</sup> A. PICÓN PALACIO. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 23 de julio de 2002”, en *AJ*.

<sup>93</sup> A. PICÓN PALACIO. “Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 23 de julio de 2002”, en *AJ*.

objetivo absoluto y abstracto sino como un valor tendencial. La *certeza* de un juez civil, con poderes en materia probatoria, no puede convertirse *en el obstáculo* para la consecución de la justicia que *las partes, y sólo las partes*, desean para el caso concreto. Pero entiéndase bien: la idea de nomofilaquia antes expuesta exigiría *no modificar*, mientras sea razonable, una jurisprudencia –es la aludida renglones antes- porque la *certeza del derecho* es un valor positivo, frente a cierto tufillo de *parcialidad* que puede desprenderse de los poderes del juez civil en materia probatoria. En esa sensibilidad reside probablemente el significado más aceptable y más útil de la nomofilaquia que he asumido renglones antes y de mi *leal “discrepancia”* con mi dilectísimo colega.