

Las facultades del juez en relación a la prueba en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de diciembre de 1997

Carlos GOMEZ MARTINEZ

EL MODELO DE JUEZ

Una de las primeras preocupaciones que asaltan al juez en la perspectiva de una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil es, lógicamente, la del papel que le va a ser asignado, es decir la del modelo de juez que se desprende del diseño del proceso y que necesariamente se va a definir por la correlación entre las facultades que se le atribuyan y las que van a ostentar las partes.

No se trata de una preocupación "corporativista" que contemple las prerrogativas del juez como privilegios que le permitan en mayor o menor medida configurar a su gusto el curso del proceso, sino que estamos ante un tema que atañe a toda la sociedad en cuanto que lo que se plantea es si el modelo de juez responde a las funciones que constitucionalmente tiene asignadas y si va a poder desempeñar el papel que, en general, se exige de él.

Basta una ojeada a las opiniones vertidas en la prensa con ocasión de las últimas decisiones judiciales, y a las conclusiones del Libro Blanco de la Justicia confeccionado por el Consejo General del Poder Judicial, junto a las reacciones que ha provocado su publicación, para comprender que esta cuestión del modelo de juez está en el centro del debate sobre la Justicia y que habrá de ser una de las claves de la tan ansiada reforma.

El profesor belga François Ost¹, utilizando la técnica de los tipos ideales de Max Weber distingue tres modelos de juez: el juez-pacificador, el juez-árbitro y el juez-entrenador. El primero es el propio de una sociedad tradicional en la que las reglas de conducta son relativamente poco numerosas y la idea de eficiencia o de progreso está ausente. El juez es el hombre de la concordia y la paz social, que debe llevar a los adversarios a conciliarse.

El juez-árbitro es el de la sociedad liberal en la que las reglas de conducta son más numerosas y rígidas y en la que aparecen las ideas de progreso y de eficiencia, aunque a nivel individual. El juego social es, ante todo, un juego reglado en el que el juez ejerce la función de árbitro con la única misión de garantizar el respeto a las reglas del juego.

El juez-entrenador es el que se corresponde a la sociedad post-industrial en la que las relaciones sociales están hasta tal punto integradas que las efi-

ciencias pretendidas son necesariamente las colectivas. En el juego social el juez es llamado a separarse de su antiguo papel de árbitro para adoptar el papel activo de entrenador que, a través de sus decisiones, se esfuerza en contribuir a la consecución de las finalidades colectivas.

Como advierte François Ost, se trata de modelos de juez que, aunque han ido sucediéndose en la historia, permanecen en mayor o menor medida en las funciones que se atribuyen al juez en el actual Estado de Derecho.

Para poder precisar el modelo de juez por el que se ha optado al diseñar un determinado proceso civil es especialmente ilustrativo el análisis de la regulación de la actividad probatoria. En efecto, si el principio de aportación de parte rige de modo absoluto en esta materia, el juez tiene una función más bien pasiva ya que sus facultades se limitan a poder denegar la práctica de las diligencias propuestas por las partes, pero carece de iniciativa y no puede acordar pruebas que a su juicio serían necesarias para demostrar hechos de importancia en la resolución del litigio: sería un juez-árbitro. Si el juez puede acordar de oficio medios de prueba para acreditar un hecho previamente introducido por las partes en el proceso y de relevancia para dictar sentencia, será el juez-entrenador.

Conviene adelantar que, en mi opinión, en nuestro ordenamiento jurídico al juez civil no le corresponde sólo un papel de árbitro. Al adjetivarse el Estado en el artículo 1 de la Constitución como "social y democrático de derecho", y al atribuir el artículo 9.2 de la Constitución un papel activo a todos los poderes públicos en la efectividad de la libertad e igualdad de los individuos y los grupos, el juez no podrá conformarse con una función de garantía del cumplimiento de las reglas procesales sino que, además, ha de desplegar una conducta positiva en la realización de los valores constitucionales, especialmente el de igualdad de las partes en el proceso.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 52/1989, de 22 de febrero señala que aunque *en los procesos civiles rige el principio dispositivo, según el cual corresponde a las partes solicitar la práctica de la prueba, no puede ignorarse, de un lado, que el órgano judicial ha de tener en cuenta el interés global de los litigantes respecto de su conocimiento, facilitándoles el debate que sobre la misma pueda suscitarse a fin de salvaguardar el principio de contradicción y, de otro, que la vigencia del principio dispositivo no es de carácter absoluto, sino que tiene límites establecidos por el legislador a fin de permitir a los jueces dictar una resolución que lleve*

¹ Ost F., "Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice", *Fonction de juger et pouvoir judiciaire Transformations et déplacements*, bajo la dirección de Gérard P de Kerchoche. Publications des facultés universitaires Saint Louis, Bruselas, 1983.

a cabo una justa ponderación de los intereses en juego.

Si el principio de aportación de parte debe regir en el proceso con plenitud en su aspecto de que son los litigantes quienes deben introducir los hechos en el proceso, no existe razón alguna para que tal principio impida al juez acordar la prueba necesaria para la acreditación de los hechos controvertidos. Como señala Montero Aroca, *teóricamente, nada se opone a que la facultad de la dirección material relativa a la iniciativa para probar y determinar los medios de prueba que deben practicarse se atribuya también al Juzgador, y así ocurre en muchos ordenamientos procesales*². Es lo que sucede en un derecho tan próximo al nuestro en muchos aspectos como es el francés en el que, a partir del decreto de 9 de septiembre de 1971, se confirieron al juez facultades para desarrollar un papel activo en la fase probatoria, hasta el punto de que se ha dicho, sin duda con exageración, que el actual proceso civil francés es de naturaleza inquisitiva³.

Por ello la mayor o menor iniciativa que se atribuya al juez en esta materia es una opción del legislador y no cabe, desde el punto de vista de la ciencia jurídico-procesal, defender que una postura sea técnicamente más correcta que otra.

El Libro Blanco de la Justicia (págs. 213 y 214) se pronuncia claramente por incrementar el papel del juez en el proceso civil: *El juez puede y debe instar la aclaración de las alegaciones de las partes, acordar prueba de oficio en los términos expresados en el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil e impulsar de oficio el procedimiento dentro de los límites marcados en la Ley,...* No obstante será quizás conveniente que una futura regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil abordara claramente tal cuestión y reforzara aún más los poderes del juez en la dirección del proceso.

VERDAD SUSTANCIAL VERSUS VERDAD FORMAL

Estrechamente ligado con este tema está el de si el juez debe conformarse con alcanzar la verdad formal o si debe intentar fundar la resolución del litigio en la verdad material o sustancial. En esta materia se ha producido una superación de la vieja idea de que una de las diferencias entre proceso penal y civil radicaba en el tipo de verdad que en uno y otro se perseguía: mientras en el proceso penal se pretendería la verdad material o sustancial, en el proceso civil la sentencia se basaría en una verdad formal. Así, para Guasp la actividad probatoria es un *mecanismo de fijación formal de los hechos procesales, un uso de determinados procedimientos procesales con los que simplemente se controlan de modo convencional las alegaciones de las partes*⁴.

Pues bien, la evolución de uno y otro tipo de proceso ha diluido esta primitiva diferencia. Por un lado, en el Estado de Derecho la plena vigencia de derechos fundamentales supone una autolimitación del Poder en su actividad de averiguar la comisión de hechos delictivos. A diferencia del proceso inquisitorial en el que la búsqueda de la verdad justificaba la utilización de cualquier medio, en el actual proceso penal garantista el Estado ha de renunciar a la investigación cuando ésta pudiera suponer una vulneración de un derecho fundamental, lo que, en definitiva, significa que la verdad a la que se llegará no será la verdad sustancial sino una aproximación a la realidad histórica mediatizada por un proceso en el que las pruebas ilícitamente obtenidas carecen de validez (art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

En sentido contrario, en el proceso civil se han incrementado las facultades del juez en relación a la prueba: el artículo 208 de Código Civil, modificado por la Ley de 24 de octubre de 1983, al referirse a los procesos de incapacitación establece que el juez, aparte de practicar las pruebas propuestas por las partes, *podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes*. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 6 de agosto de 1984 incrementó significativamente las facultades del juez permitiéndole acordar cualquier tipo de prueba como diligencia para mejor proveer. En el mismo sentido de reconocer iniciativa al juez en materia probatoria, la disposición adicional primera de Ley Orgánica 3/1989, de 21 establece, en relación al juicio verbal de tráfico, *que el juez podrá, de oficio o a instancia de parte, solicitar de las autoridades correspondientes los atestados que hubiesen instruido y los informes que juzgue oportunos*. Todo ello sin olvidar las importantes atribuciones que se confieren al juez civil en materia de Patentes y Marcas (art. 129 de la ley 11/1986, de 20 de marzo al que se remite el art. 40 de la ley 32/1988, de 10 de noviembre) publicidad engañosa (art. 29-b de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad) y competencia desleal (art. 26 de la Ley 3/1991, de 10 de enero).

La conclusión que se desprende de cuanto antecede es la de que el juez civil, al igual que el juez penal, posee facultades para intentar establecer la verdad material, con independencia de que, como ocurre también en el proceso penal, el juego de las garantías procesales a veces sólo permite una aproximación a dicha verdad sustancial. Es como si, por exigencias constitucionales e incluso de eficiencia, el proceso penal deba ser cada vez más acusatorio y el proceso civil más inquisitivo.

Es más, parece una exigencia del valor justicia que se proclama en el primer artículo de la Constitución Española que el juez civil dicte sentencia después de agotadas todas las posibilidades probatorias, pues no puede considerarse justa una resolución basada en la falta de acreditación de un hecho que no se ha probado no porque sea de imposible o difícil demostración, sino únicamente porque las partes no han propuesto el medio de prueba idóneo para acreditarlo. La búsqueda de la verdad otorga legitimación a la decisión judicial y por eso

² Montero Aroca, Juan, "La prueba en el proceso civil", Ed. Civitas, Madrid, 1996.

³ Solus H. y Perot R., "Droit Judiciaire Privé", Ed Sirey, Paris 1991, Tomo 3, pág 81

⁴ Guasp Jaime, "Derecho Procesal Civil", segunda reimpresión de la tercera edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1977, pág 321. tomo I.

dice Ferrajoli, invirtiendo la máxima hobbesiana sobre la legislación, *Veritas, non auctoritas facit iudicium*⁵.

Sirva esta introducción para una adecuada comprensión de lo que se quiere decir cuando expreso mi opinión de que el modelo de juez que se dibuja en el borrador de anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil es un juez-árbitro sin los instrumentos para la averiguación de la verdad material que tendría a su disposición el juez-entrenador y con olvido de sus funciones de juez-conciliador.

EL PRINCIPIO GENERAL DE APORTACION DE PARTE EN EL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

El artículo 328 del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye la iniciativa en materia probatoria a las partes al disponer que "sólo se practicarán pruebas a instancia de parte, salvo en los casos en que la ley atribuya al tribunal la facultad de acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos o dictámenes".

Las excepciones al principio general de aportación de parte las hallamos en el propio texto del anteproyecto, en cuyo artículo 752.2, incluido en las disposiciones generales de los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio (libro cuarto, título I, capítulo I), se dispone que "sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el juez podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes". Abundando en este esta misma dirección, el artículo 770.4^º establece que cuando en un procedimiento matrimonial no puedan practicarse todas las pruebas en el acto de la vista, se practicarán en los treinta días siguientes confiriéndose a las partes la posibilidad de completar durante este período su proposición de prueba, pero se añade, también durante este tiempo "el juez podrá acordar de oficio las que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el código civil para decretar la nulidad separación o divorcio".

En cuanto a los "documentos o dictámenes" cuya aportación el juez puede requerir de oficio, puede tratarse de aquellos a los que se refieren las leyes especiales en materia de patentes, marcas, publicidad y competencia desleal, que no están incluidas en las disposiciones derogatorias del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil.

En los procesos ordinarios, al igual que ocurre en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, se sigue viendo con recelo la iniciativa del juez en relación a la prueba, resultando significativo que en el artículo 398, relativo a la pericial, se permita al tribunal "formular preguntas y requerir explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado", pero "sin poder solicitar, de oficio, que se amplíe" (apartado 4).

LA SUPRESION DE LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER

Donde este rechazo a la posibilidad de acordar pruebas de oficio resulta más evidente es en la regulación de las que se denominan "diligencias finales" concebidas con carácter tan restrictivo que significan, en la práctica, la anulación de la limitada iniciativa de la que, en materia probatoria, venía disponiendo el juez hasta la fecha mediante las diligencias para mejor proveer del artículo 340 y siguientes de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así, para empezar, sólo pueden acordarse si lo solicita una de las partes en el escrito de conclusión (art. 439). Además, se establece que únicamente podrán practicarse en los siguientes casos (art. 440):

1. Cuando no se hubiesen podido proponer en tiempo y forma por las partes.

2. Cuando, debidamente propuestas, no se hayan podido practicar por causa ajena a la voluntad de la parte que la propuso.

3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de la comparecencia, de relevancia para la resolución del pleito.

4. El párrafo 4 del artículo 440 dispone que "excepcionalmente, podrá también el tribunal acordar que se practiquen diligencias sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, que hayan sido objeto de prueba con resultados infructuosos que puedan atribuirse a circunstancias ya desaparecidas e independientes de la diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas diligencias permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos o proporcionarán los elementos precisos para su valoración. En este caso en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos". No se entiende muy bien a que supuestos diferentes de los del apartado 2 se refiere esta norma, a no ser que se haya querido decir que el apartado cuarto contempla una facultad del juez que no exige la petición de parte en el escrito de conclusión, pero esto no es lo que se desprende del texto ya que el artículo 439 establece el principio de aportación de parte, con carácter general, para todas las "diligencias finales" que regula en el precepto siguiente.

Pero en cualquier caso la iniciativa judicial sería muy limitada en cuanto que la prueba que pudiese acordar el juez como diligencia final, de nuevo, ha de haber sido previamente solicitada por la parte y no practicada por causas ajenas a la voluntad de ésta, y, además, sería "excepcional" y exigiría dictar un auto en el que se efectuara una ponderación sobre las posibilidades de éxito del nuevo intento de practicar la prueba.

Las "diligencias finales" presentan una notable similitud con la actual y la proyectada regulación de la prueba en segunda instancia (arts. 862 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 468 del anteproyecto) y de hecho, en el actual texto se las considera como un filtro más para la prueba en la apelación (art. 468.2.3^º del anteproyecto). Su fina-

⁵ Ferrajoli L, "Derecho y Razón", Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág 37.

lidad no es atribuir al juez la facultad, más o menos extensa de practicar prueba de oficio. Al contrario, lo que se pretende es dar otra oportunidad a la parte que, a pesar de haber desarrollado una diligente actividad durante el período probatorio, no ha podido ver practicarse los medios que propuso. Las “diligencias finales” así concebidas parecen tener por objeto únicamente los *nova producta*, y los *nova reperta*, sin correspondencia alguna con las actuales diligencias para mejor proveer que tanto doctrina como jurisprudencia venían considerando como una actividad procesal que, excepcionalmente, se rige por el principio inquisitivo o de investigación de oficio.

En efecto, el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no supedita la decisión del juez a la previa actividad de las partes, a su mayor o menor diligencia o al resultado infructuoso de la prueba intentada. Como viene reiterando la jurisprudencia, no pueden ser utilizadas como remedio a la deficiente actividad de proposición y aportación del material probatorio, sino sólo cuando el órgano jurisdiccional estime preciso acudir a su práctica para formar o reforzar su propia convicción. Estas diligencias para mejor proveer como hoy las concebimos se pueden considerar suprimidas en el nuevo texto.

Sin duda ha pesado en el ánimo de los redactores del anteproyecto la “mala prensa” de la que han gozado las diligencias para mejor proveer, y que ha llevado al Tribunal Supremo a hacer llamamientos reiterados a la moderación en su uso. En efecto, de un lado, especialmente hace algunos años, las diligencias para mejor proveer eran utilizadas como medio de alargar el plazo para dictar sentencia hasta el punto de que, como es bien sabido, en el argot del foro se las denominaba despectivamente “diligencias para mejor dilatar”. De otro lado, y ya más recientemente, los juzgados y tribunales habían incurrido en la práctica viciada de denegar alguna prueba añadiendo la coletilla de “sin perjuicio de se pueda acordar para mejor proveer”, fórmula que ha sido descalificada tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional como generadora de indefensión.

Sin embargo creo que estas deficiencias se deben, en buena medida, a que las “diligencias para mejor proveer” dan entrada a la iniciativa judicial en materia probatoria al final del proceso. No se incurriría en los vicios denunciados si, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, la facultad de acordar pruebas de oficio existiese desde el inicio de la fase probatoria. Así, el artículo 10 del Nuevo Código del Proceso Civil Francés establece que “el juez tiene la facultad de acordar de oficio cualquier medida de instrucción legalmente admisible”, y el artículo 143 del mismo texto legal dispone que “los hechos de los cuales depende la solución del litigio pueden, a petición de las partes o de oficio, ser objeto de cualquier medida de instrucción legalmente admisible”. Una regulación semejante supondría, además, una garantía de realización efectiva del principio de intermediación (art. 341.2 del anteproyecto) ya que el juez, al ser consciente de que la prueba es una res-

ponsabilidad propia que comparte con los litigantes, se vería mucho más implicado en todo lo que afecta a esta actividad procesal. De nuevo aquí la experiencia demuestra que los medios acordados para mejor proveer se practican en mayor porcentaje que los que se proponen por las partes en período probatorio.

Lejos de incrementar las facultades del juez en relación a la prueba, el anteproyecto las restringe reduciéndole a un papel pasivo de árbitro encargado de velar porque los medios probatorios se produzcan con pleno respeto a las reglas del juego pero, a mi parecer, con olvido de que, como dice Guasp, el proceso obedece también al principio de justicia de manera que en él se satisfacen pretensiones, pero no de cualquier modo, sino de manera distinta según que la pretensión aparezca como fundada o no a los ojos del juez⁶.

Aunque indudablemente una sentencia basada en la falta de acreditación de un hecho pueda ser plenamente ajustada a derecho por hacerse en ella una correcta aplicación de las reglas sobre reparto de la carga de la prueba, una resolución de tal tipo no satisface intelectualmente al juez —ni creo que responda al valor justicia del art. 1 de la Constitución— cuando la falta de justificación del hecho relevante tan sólo se debe a que no se han agotado todas las posibilidades probatorias. El pre-legislador parte en esta materia de una desconfianza hacia el juez que, sin embargo, no se manifiesta en otros aspectos, como en la atribución al juez de la facultad de recibir el pleito a prueba por la mera circunstancia de constatar la inexistencia de conformidad sobre los hechos (art. 327 del borrador de anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil). Lo que, por otro lado, permite que se produzca la situación de que el Juez acuerde abrir la fase probatoria por entender que existe la controversia sobre los hechos y que, sin embargo, las partes no propongan prueba, por lo que ninguna podría practicarse, quedando obligado el juez a dictar sentencia aun a sabiendas de que puede resultar injusta por un déficit probatorio que no ha podido remediar al carecer de instrumentos legales para ello.

INVESTIGACION DE OFICIO Y REPARTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Puede argumentarse que la atribución de facultades al juez en materia de prueba produce el efecto de diluir las reglas sobre reparto de la carga de la prueba incluidas, a partir de la promulgación de la nueva ley, en lo que será su artículo 216, ya que el artículo 1214 del Código Civil queda derogado.

Sin embargo, y como apunta Le Bars⁷ en la expresión “carga de la prueba” pueden distinguirse dos significados: en una primera acepción consiste en la carga positiva de suministrar la prueba, en un segundo sentido equivale a “riesgo de la prueba”.

⁶ Obra citada, pág. 24.

⁷ Le Bars T., “Le défaut de Base Légale en Droit Judiciaire Privé”, Ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence”, Paris 1997, págs. 248 a 251.

La carga de suministrar la prueba de un hecho puede ser compartida por la parte y por el juez pero, en cambio, la parte sí sufre, ella sola, el riesgo de la prueba, de manera que si resultan infructuosos sus esfuerzos y, en su caso, los del magistrado, encaminados a constatar un hecho, en la sentencia deberán desestimarse sus pretensiones.

Por ello, la atribución de facultades al juez en materia probatoria en nada afecta a la carga de la prueba si entendemos ésta como "riesgo procesal de la prueba", significado que parece que es el acogido en el artículo 211 del borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil al indicarse en su párrafo primero que las normas sobre reparto de la carga de la prueba se aplican cuando "al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión".

LA INTERVENCION DEL JUEZ EN LA GESTION DE LA PRUEBA

Pero, ocurre siempre con ocasión de una reforma legal, sobre todo cuando ha sido, como la presente, largamente esperada, que no sólo se somete a examen crítico lo que efectivamente contiene el texto sino también lo que le falta, es decir, lo que, aprovechando la misma oportunidad, se hubiera podido recoger en él.

Ya se apuntó más arriba que se echaba de menos en la regulación de la prueba en el borrador de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil la atribución al juez de algunas funciones relativas a la gestión de la práctica de la prueba, atribuciones que se corresponderían al modelo del juez-conciliador.

En efecto, la realidad demuestra que en ocasiones la fase probatoria se complica con testigos que se reiteran, con duplicidad de documentos que una y otra parte litigante solicitan, con dificultades materiales para la cumplimentación de los despachos librados por el juez, con negativas de los peritos designados a desempeñar el cargo para el que han sido nombrados, etc. Para solventar estos y otros problemas quizás sería conveniente que el juez tuviese la facultad de convocar, en cualquier momento, a los letrados de las partes, con la finalidad de celebrar una comparecencia informal, en la que se pudiera llegar a acuerdos que facilitarían la práctica de las diligencias de prueba acordadas, en la que las partes y el juez se pudiesen manifestar con entera libertad, sin sujeción a formalismos, y de la que se tomaría nota en los autos sólo si se hubiese llegado a algún tipo de acuerdo.

CONCLUSION

La regulación de la prueba en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil confiere al juez un papel pasivo por la eliminación práctica de su iniciativa en esta materia. El diseño del proceso probatorio responde al modelo del juez-arbitro (en la tipología de François Ost) con olvido de las funciones que en la Constitución se atribuyen a los titulares del poder judicial en orden a conseguir la efectividad de los derechos fundamentales, singularmente el de igualdad real entre las partes, y de las posibilidades de conciliación que pueden ser útiles para la gestión concreta de la práctica de las diligencias de prueba.