

# TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

## La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil

Rafael SARAZA JIMENA

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil contiene una amplia regulación de la prueba, que supone una innovación considerable en muchos aspectos respecto de la regulación de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Aunque existen dos capítulos dedicados expresamente a la prueba (que son los capítulos V y VI del título I del libro II de la ley, denominados respectivamente "de la prueba: disposiciones generales" y "de los medios de prueba y de las presunciones"), existen disposiciones importantes sobre prueba dispersas a lo largo de toda la ley. Asimismo, no se ha procedido a una derogación total de los preceptos sobre la prueba contenidos en el Código Civil. En el nº 1º del apartado 2 de la Disposición derogatoria única de la Ley de Enjuiciamiento Civil se derogan, entre otros, los artículos 1214, 1215, 1226 y 1231 a 1253 del Código Civil, pero quedan subsistentes algunos preceptos de este capítulo, que regulan el valor probatorio de los documentos públicos y privados.

Las líneas generales de la nueva regulación son en general positivas en lo que respecta a la concentración de la actividad probatoria en un juicio o vista y al carácter oral de las pruebas de interrogatorio de partes (la antigua prueba de confesión) y de testigos. Pero la regulación de los detalles se hace en muchas ocasiones de un modo complicado (hay veces que parece necesario un croquis para no perderse) y que, en la práctica, hace muy difícil (o en ocasiones, como ocurre con el juicio verbal, imposible) la realización de dichas pruebas en un solo acto. Además, existen muchas contradicciones o lisa y llanamente errores, fruto quizás de la profunda transformación que el proyecto sufrió en su tramitación parlamentaria.

### LA CARGA DE LA PRUEBA

Con carácter previo a examinar la regulación de la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, es interesante analizar someramente la regulación que en ésta se hace de la carga de la prueba.

La institución de la carga de la prueba no tiene por finalidad determinar quien debe probar, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba. La prohibición de una sentencia de *non liquet* que se establece en los artículos 11.3º de la Ley Orgá-

nica del Poder Judicial y 1.7º del Código Civil, al establecer el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba. No se trata, por tanto, de establecer a priori qué hechos deben ser probados por cada parte, pues una vez alegados y probados unos determinados hechos, el principio de adquisición procesal hace que el juez deba partir de tales hechos para dictar la sentencia, siendo indiferente qué parte los haya alegado y probado, sino de establecer las consecuencias de la falta de prueba de los hechos relevantes.

Es por ello que el precepto que la regula no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298) sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quien ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso.

El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula la carga de la prueba, sustituyendo al antiguo y escueto artículo 1214 del Código Civil. En el nuevo precepto legal se contienen algunos de los principios establecidos por la jurisprudencia sobre este particular. Así, junto a los tradicionales principios que imponen al actor la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado la de los hechos impeditivos, extintivos o enervatorios de la acción formulada en su contra, introduce como principio informador a tener en cuenta el de la disponibilidad y facilidad de la prueba para cada una de las partes en litigio: la parte que tenga a su disposición la fuente de la prueba de un determinado hecho será quien deba acreditar el hecho en cuestión, pues lo contrario sería exigir a la parte más alejada de la fuente de la prueba una *probatio diabólica*, lo cual le provocaría una indefensión no acorde con las exigencias del artículo 24 de la Constitución.

Se contienen normas específicas para los procesos sobre competencia desleal y publicidad ilícita, y se excepciona la aplicación de los criterios establecidos con carácter general en dicho precepto para el caso de que una disposición legal establezca criterios especiales.

## ANTICIPACION Y ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA

Se regulan en la Sección 4ª del Capítulo V dedicado a las disposiciones generales en materia de prueba, pero se trata de figuras diferentes. Mientras que la anticipación de la prueba consiste en practicar la prueba antes del momento procesal previsto para tal menester (el juicio, en el juicio ordinario, y la vista, en el juicio verbal), el aseguramiento de la prueba supone garantizar que la prueba pueda practicarse en el citado momento procesal.

La práctica de prueba anticipada puede solicitarse previamente a la iniciación de cualquier proceso, por quien pretenda incoarlo, o por cualquiera de las partes durante el curso del mismo, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto. Se solicitará del tribunal que se considere competente para el asunto principal, debiendo éste vigilar de oficio su jurisdicción y competencia objetiva, así como la territorial que se fundase en normas imperativas, y si el proceso estuviera ya iniciado, se solicitará del tribunal que esté conociendo del asunto, de acuerdo con el artículo 293.

La solicitud se realizará conforme a lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil para cada medio de prueba, exponiendo las razones en que se apoye la petición, y si el tribunal estimare fundada la petición, accederá a ella, acordando su práctica para antes del juicio o la vista (art. 294), práctica que debe realizarse de forma contradictoria, para lo cual, si se solicita antes del inicio del proceso, deberá designarse la persona que se proponga demandar, a fin de que se les cite para que puedan intervenir en la práctica de la prueba según lo previsto por la Ley para cada medio de prueba, intervención que también podrán tener cuando la prueba anticipada se solicite iniciado ya el proceso. Cuando la prueba anticipada se practique antes del inicio del proceso, no se le otorgará valor probatorio si la demanda no se interpusiere en el plazo de dos meses desde que la prueba anticipada se practicó, salvo fuerza mayor u otra causa de análoga entidad. Asimismo, la prueba practicada anticipadamente podrá realizarse de nuevo si, en el momento de proposición de la prueba, fuera posible llevarla a cabo y alguna de las partes así lo solicitara. En tal caso, el tribunal admitirá que se practique la prueba de que se trate y valorará según las reglas de la sana crítica tanto la realizada anticipadamente como la efectuada con posterioridad (art. 295). La prueba practicada anticipadamente quedará bajo la custodia del Secretario.

En cuanto al aseguramiento de la prueba, prevé el artículo 297 que antes de la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo o cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo, podrá pedir del tribunal la adopción de medidas de aseguramiento útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido

proponerla. No prevé la ley concretas medidas de aseguramiento, limitándose a prever que consistirán en las disposiciones que, a juicio del tribunal, permitan conservar cosas o situaciones o hacer constar fehacientemente su realidad y características, pudiendo también dirigirse mandatos de hacer o no hacer, bajo apercibimiento de proceder, en caso de infringirlos, por desobediencia a la autoridad, pudiendo ser las propuestas por el solicitante u otra distinta que con la misma finalidad estime preferible el tribunal. En cuanto a la jurisdicción y a la competencia para el aseguramiento de la prueba, se estará a lo dispuesto sobre prueba anticipada.

Los requisitos para la adopción de tales medidas se prevén en el artículo 298, y son:

1.º Que la prueba que se pretende asegurar sea posible, pertinente y útil al tiempo de proponer su aseguramiento.

2.º Que haya razones para temer que, de no adoptarse las medidas de aseguramiento, puede resultar imposible en el futuro la práctica de dicha prueba.

3.º Que la medida de aseguramiento pueda reputarse conducente y llevarse a cabo dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros. Cuando la ley, al referirse a una diligencia de prueba, habla de que sea "conducente", sin añadir conducente a qué, se viene refiriendo a fructífera o apropiada para surtir efectos probatorios (así sucede por ejemplo en el artículo 435.2).

Podrá exigirse por el tribunal una garantía de los daños y perjuicios que la medida pueda irrogar y también podrá el tribunal acordar en lugar de la medida de aseguramiento, la aceptación del ofrecimiento que haga la persona que habría de soportar la medida de prestar, en dinero efectivo, aval a primer requerimiento u otro medio similar, caución bastante para responder de la práctica de la prueba cuyo aseguramiento se pretenda. Sorprende que pueda dejarse sin efecto el aseguramiento de una prueba por la prestación de una contracautela, pues la misma no va a poder solucionar la pérdida de la fuente de la prueba que pueda tener lugar por la no adopción de la medida de aseguramiento.

Cierta trascendencia probatoria puede atribuirse en ocasiones a determinadas diligencias preliminares, reguladas en los artículos 256 a 263. Así, prevé expresamente el artículo 261.1 que si la persona citada y requerida para la práctica de la concreta diligencia preliminar solicitada no atendiese el requerimiento ni formulase oposición, si se hubiere pedido declaración sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación del citado, se podrán tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formularle y los hechos correspondientes se considerarán admitidos a efectos del juicio posterior, y si se hubiera pedido por un socio o comunero la exhibición de documentos contables, se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante. Por tanto, al tener tales hechos la consideración de admitidos a efectos del juicio posterior,

entendiendo que no procederá admitir prueba sobre los mismos.

## ¿CUANDO Y COMO HA DE PROPONERSE LA PRUEBA?

En primer lugar, no en todo procedimiento ha de practicarse prueba. Si las partes estuvieran conformes sobre los hechos, por haberlos admitido el demandado en la contestación a la demanda, expresa o tácitamente (art. 405.2) o por mostrar las partes su conformidad sobre todos los hechos controvertidos en la audiencia previa del juicio ordinario (art. 428.1) o en la vista del juicio verbal (art. 443.4) y su discrepancia quedase reducida a cuestiones jurídicas, no habrá actividad probatoria y habrá de procederse seguidamente a dictar sentencia, lo que en el caso del juicio ordinario se prevé en el artículo 428.3º y en el juicio verbal en el artículo 443.4º.

En caso de que exista discrepancia sobre los hechos, deberá procederse a la proposición y admisión de prueba (art. 429.1 para el juicio ordinario y 443.4 para el juicio verbal). No prevé la ley un trámite expreso de "recibimiento a prueba", como venía haciendo tradicionalmente la normativa procesal, y por tanto entiendo que las partes no precisan solicitar el recibimiento del juicio a prueba como requisito para que se abra una fase probatoria. La dinámica establecida por la nueva ley implica que si existen hechos controvertidos se procede inmediatamente a la proposición y admisión (o inadmisión) de los medios de prueba, mientras que si hay conformidad sobre los hechos, como se ha dicho, no hay prueba. Por tanto, en la audiencia previa o en la vista del juicio verbal habrá de quedar claro si existen hechos controvertidos y, por tanto, necesitados de prueba.

Con carácter general, el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil otorga la iniciativa probatoria exclusivamente a las partes, si bien se prevé, en el artículo 429.1º para el juicio ordinario y en el 443.4º *in fine* para el juicio verbal, que 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. Se trata de una modulación del otorgamiento exclusivo a las partes de la potestad de proponer pruebas, que utilizado inteligentemente puede evitar que los litigios se fallen no por lo probado, sino por lo dejado de probar, lo cual, en mi opinión, supone frecuentemente un fracaso del proceso.

Asimismo el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley, según el último inciso del artículo 282 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciendo el segundo inciso del artículo 752.1º que en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas es-time pertinentes.

En lo que se refiere al momento de proponer las pruebas, la regla general es que en el juicio ordinario las pruebas se propondrán en la audiencia previa al juicio, y deberán las partes indicar qué testigos y peritos se comprometen a presentar en el juicio y cuáles, por el contrario, han de ser citados por el tribunal, así como qué declaraciones e interrogatorios consideran que han de realizarse a través del auxilio judicial (art. 429.1 y 5). En el juicio verbal, la proposición se hace en el acto de la vista (443.4).

Con carácter general, el artículo 284 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que la proposición de los distintos medios de prueba se hará expresándolos con separación. Se consignará, asimismo, el domicilio o residencia de las personas que hayan de ser citadas, en su caso, para la práctica de cada medio de prueba, si bien en el juicio ordinario, si las partes no dispusieren de algunos datos relativos a dichas personas al proponer la prueba, podrán aportarlos al tribunal dentro de los cinco días siguientes. Aunque la nueva ley no lo dice expresamente, habida cuenta del acto procesal en que tiene lugar la proposición de prueba, la audiencia en el juicio ordinario y el juicio en el verbal, la proposición de prueba ha de hacerse oralmente.

Ahora bien, la proposición de prueba documental y pericial tiene importantes especialidades en lo relativo al momento y el modo en que los documentos y los dictámenes de los peritos han de ser presentados o la designación judicial de perito ha de ser propuesta, especialidades que se examinarán al estudiar cada uno de estos medios de prueba.

## ADMISION DE LA PRUEBA

Para determinar cuándo procede admitir la prueba propuesta por las partes, hay que saber qué ha de constituir el objeto de la prueba. Los dos primeros números del artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen como objeto de la prueba los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso y la costumbre (salvo que las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público), y el Derecho extranjero (en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación).

Por el contrario, añaden los números 3º y 4º de dicho precepto que están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes, y que no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

En consecuencia de lo anterior, no es procedente la admisión de pruebas en los siguientes casos:

1º) Cuando se trate de hechos (o la existencia y contenido de la costumbre) sobre los que exista plena conformidad de las partes, en materias de su disposición (art. 281.2 y 3, *contrario sensu*). Excepción a este principio es lo previsto para los procesos sobre estado civil en el artículo 752: la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad, por lo que podrá admitirse, e incluso acordarse de oficio, prueba sobre hechos admitidos.

2º) Cuando sea impertinente por versar sobre hechos que no guarden relación con el objeto del proceso (art. 283.1 en relación al 281.1), lo que puede hacerse extensivo a aquellos hechos que, aun guardando relación con el objeto del proceso, son irrelevantes para la resolución que haya de adoptarse, por no ser tomados en consideración por la norma jurídica que regula la relación jurídica en juego.

3º) Cuando sea inútil, por tratarse de una prueba que según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso pueda contribuir a esclarecer los hechos controvertidos (283.2).

4º) Cuando la prueba propuesta consista en una actividad prohibida por la ley (art. 283.3).

Relacionado con este último inciso está la cuestión de la prueba ilícita. El artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. El artículo 287 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil regula cómo plantear y resolver esta cuestión en el proceso civil, al prever que cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba, oyendo a las partes y, en su caso, practicando las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud. Parece razonable que la resolución que se dicte revista forma de Auto, por aplicación del artículo 206.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que la misma implica la admisión o inadmisión de la prueba (según se la considere o no ilícita), y contra la misma sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.

La admisión o inadmisión de la prueba se hace mediante resolución que, conforme al artículo 206.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de revestir la forma de Auto. Dado que la admisión o inadmisión de prueba ha de realizarse en el acto de la audiencia previa en el juicio ordinario (art. 429) y de la

vista en el juicio verbal (art. 443 en relación al 446), dicha resolución ha de dictarse oralmente, lo que conforme al artículo 210.1 implica que se pronunciará oralmente en el mismo acto, documentándose éste con expresión del “fallo” (al tratarse de un auto se trataría más bien de la parte dispositiva) y motivación sucinta de la resolución.

El artículo 285.2 establece que contra la resolución sobre la admisión de pruebas sólo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia. Y aunque este precepto, al estar en las disposiciones generales sobre prueba, sería en principio aplicable a todo tipo de juicios, el artículo 446 contiene una regla específica para los juicios verbales, al prever que contra las resoluciones del tribunal sobre inadmisión de pruebas o sobre admisión de las que se denunciaron como obtenidas con violación de derechos fundamentales, las partes podrán formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia. Se trata de reglas especiales que excluyen la aplicación de lo dispuesto en el artículo 210.2º de que fuera del caso en que todas las personas presentes en el juicio expresaran su decisión de no recurrir y el tribunal declarara la firmeza de la resolución, el plazo para recurrir comenzará a contar desde la notificación de la resolución debidamente redactada.

Hay, pues, un cambio importante en el régimen de recursos en materia de prueba respecto de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que sólo cabe recurso contra la inadmisión de la prueba. En la regulación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en los juicios ordinarios cabe además recurso contra la resolución que admita la prueba, cualquiera que sean las circunstancias que rodeen esta admisión, mientras que en el juicio verbal no cabe recurso contra las resoluciones dictadas en materia de prueba y sólo cabe formular protesta respecto de la resolución de inadmisión, o de admisión de prueba cuando se haya denunciado como obtenida con violación de derechos fundamentales. Que en el caso del juicio ordinario cabe recurso y en el del juicio verbal sólo cabe protesta queda confirmado por lo previsto en el artículo 460.2.1º, relativo a la prueba en segunda instancia, que exige como requisito para la admisión de esta prueba haber sido recurrida en reposición la resolución denegatoria o haber formulado la oportuna protesta en la vista, pues la “vista” es la que tiene lugar en el juicio verbal.

#### **REGLAS GENERALES SOBRE EL MODO DE PRACTICARSE LA PRUEBA. CONCENTRACION E INMEDIACION**

Quizás algunos de los preceptos que muestran de modo más claro el sentido de la nueva regulación de la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se encuentran fuera de los capítulos destinados expresamente a la prueba. Así, en el artículo 169.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular los casos en que procede el auxilio judicial, se prevé que

el interrogatorio de las partes, la declaración de los testigos y la ratificación de los peritos se realizará en la sede del Juzgado o Tribunal que esté conociendo del asunto de que se trate, aunque el domicilio de las personas mencionadas se encuentre fuera de la circunscripción judicial correspondiente, y que la práctica de las pruebas por exhorto sólo podrá acordarse de modo excepcional, por motivos que hagan imposible o muy gravosa la comparecencia de esas personas ante el Juzgado. Esta previsión aconseja ser riguroso en la aplicación de las normas reguladoras de la competencia territorial y evitar en lo posible el alejamiento del pleito respecto de lo que podría considerarse su "fuero natural", por cuanto que ello hace más difícil la comparecencia de partes, testigos y peritos en el Juzgado en el que se sigue el litigio.

Por otra parte, el artículo 194 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en su punto 1º que en los asuntos que deban fallarse después de la celebración de una vista o juicio, la redacción y firma de la resolución, en los tribunales unipersonales, o la deliberación y votación, en los tribunales colegiados, se realizarán, respectivamente, por el juez o por los magistrados que hayan asistido a la vista o juicio, aunque después de ésta hubieran dejado aquéllos de ejercer sus funciones en el tribunal que conozca del asunto.

Teniendo en cuenta que conforme a la regulación contenida en los artículos 433 y 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la prueba ha de practicarse en el acto del juicio, en el juicio ordinario, y en la vista, en el juicio verbal, quiere ello decir que en todo caso la sentencia ha de ser dictada por el juez que celebre dicho juicio o vista de prueba. Ello supone que el juez, salvo en lo relativo a las pruebas practicadas excepcionalmente por exhorto, ha de dictar sentencia formando su convicción sobre lo visto y oído en las pruebas de interrogatorio de partes y testigos, periciales, reconocimiento judicial, no sobre el reflejo documental de los medios de prueba, como ocurría hasta ahora en el caso de que el juez que dictara la sentencia no fuera el que había practicado la prueba (bien porque llegó al Juzgado cuando la prueba había sido ya practicada, bien porque no se respetó la exigencia de intermediación judicial).

Relacionando estos preceptos con el artículo 137 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige la presencia del juez en las declaraciones de las partes y testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas de los peritos, así como la crítica oral de su dictamen, y cualquier otro acto de prueba que deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente, con el artículo 290, que prevé la práctica de las pruebas en unidad de acto, salvo las que excepcionalmente, por no poderse practicar en el juicio, hayan de practicarse con antelación a éste, y con los preceptos que regulan la práctica de los concretos medios de prueba regulados por la nueva ley, especialmente los que prevén la práctica de los interrogatorios de las partes, testigos y peritos de forma oral, en el acto de la vista o juicio, sin interrogatorios escritos, se llega a la conclusión de que las líneas

directrices de la nueva ley en lo que se refiere a la práctica de la prueba es que la prueba se practique de un modo concentrado, con una utilización ágil de la oralidad, y a presencia inmediata del juez.

Como excepción al principio de unidad de acto, se prevé en los artículos 290 y 429.4º la posibilidad excepcional de práctica de la prueba antes del juicio o vista; y asimismo, en el artículo 169.4, la posibilidad también excepcional de practicar pruebas por vía de auxilio judicial. También se practicarán pruebas sin observar el principio de unidad de acto cuando hayan de practicarse fuera del local del juzgado o tribunal, como es el caso de los interrogatorios domiciliarios de la parte (art. 311) o del testigo (art. 364) o el reconocimiento judicial de lugares o cosas inmuebles.

En este sentido, quienes siempre hemos considerado inadmisibles la vieja corruptela de que las pruebas las "pasen" los funcionarios y hemos considerado que la función de juzgar no es sólo la de poner sentencias, sino también la de celebrar los juicios y vistas y practicar las pruebas, hemos de congratularnos de que sean éstas las premisas fundamentales de la ley. El problema estriba en que, analizando la regulación de diversos detalles concretos de la actividad probatoria, se comprueba que no siempre se adapta a las exigencias de estas premisas fundamentales, y se introducen obstáculos que, una vez entre en vigor la ley, se verá hasta que punto dificultan la práctica de la prueba del modo concentrado y oral que inicialmente se prevé. Quizás el hecho de que el proyecto de ley que entró en las Cortes diseñara un proceso disgregado y más formalista, con una forma de practicar la prueba mucho más parecida a la de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (que hacía prever la pervivencia de las corruptelas y disfunciones actuales, especialmente la falta de intermediación judicial), y en la tramitación parlamentaria sufriera importantes modificaciones, haya provocado, de un lado, la existencia de contradicciones fruto de no haberse hecho una opción clara y decidida por un modelo completamente nuevo de juicio civil más parecido al de la jurisdicción social o al abreviado de los juzgados de lo contencioso-administrativo, y de otro, que por simple despiste no se hayan eliminado o modificado normas cuya redacción encaja con el modelo de proceso civil del proyecto de ley, pero no con el de la ley aprobada por las Cortes tras la tramitación parlamentaria. Ha de recordarse en este punto que fueron admitidas un gran número de enmiendas a los diversos grupos parlamentarios, tanto a los que prestaban apoyo parlamentario al gobierno (minoría catalana) como a los situados en la oposición (PSOE y IU).

Con carácter general se prevé en los artículos 289 y siguientes, en relación al artículo 138, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que las pruebas se practicarán contradictoriamente en vista pública, o con publicidad y documentación similares si no se llevasen a efecto en la sede del tribunal (art. 289.1º), en unidad de acto, debiendo practicarse con antelación al juicio o a la vista las pruebas que no sea posible llevar a cabo en el juicio o vista

(art. 290), y debiendo ser citadas las partes con una antelación de al menos 48 horas a la práctica de las pruebas que hayan de celebrarse fuera del juicio o vista (art. 291).

Los juicios o vistas se documentarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen (art. 147) o, si no fuere posible, sólo del sonido (art. 187), junto con acta breve levantada por el Secretario (art. 146). Es importante que la redacción de este acta a medida que se va desarrollando el juicio o la vista no ralentice su desarrollo, como hasta ahora viene sucediendo, a diferencia de lo que ocurre con los juicios de la jurisdicción social o penal.

Será inexcusable la presencia judicial en el interrogatorio de las partes y de testigos, en el reconocimiento de lugares, objetos o personas, en la reproducción de palabras, sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos, así como en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales, mientras que se llevarán a cabo ante el secretario Judicial la presentación de documentos originales o copias auténticas, la aportación de otros medios o instrumentos probatorios, el reconocimiento de la autenticidad de un documento privado, la formación de cuerpos de escritura para el cotejo de letras y la mera ratificación de la autoría de dictamen pericial. Pero el tribunal habrá de examinar por sí mismo la prueba documental, los informes y dictámenes escritos y cualesquiera otros medios o instrumentos que se aportaren (art. 289.2º y 3º, que desarrollan lo dispuesto en el art. 137).

Conforme al artículo 292 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los testigos y los peritos citados tendrán el deber de comparecer en el juicio o vista, bajo sanción de multa de treinta mil a cien mil pesetas. Al tiempo de imponer la multa, el tribunal requerirá al multado para que comparezca cuando se le cite de nuevo, bajo apercibimiento de proceder contra él por desobediencia a la autoridad. Cuando, sin mediar previa excusa, un testigo o perito no compareciere al juicio o vista, el tribunal, oyendo a las partes que hubiesen comparecido, decidirá si la audiencia ha de suspenderse o debe continuar. Si quien no compareciere fuera un litigante que hubiese sido citado para responder a interrogatorio, además de imponerle la multa prevista para los testigos, el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que el litigante hubiera intervenido personalmente y que le sean perjudiciales.

## LOS DISTINTOS MEDIOS DE PRUEBA

El artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil enumera los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio: 1º) Interrogatorio de las partes. 2º) Documentos públicos. 3º) Documentos privados. 4º) Dictamen de peritos. 5º) Reconocimiento judicial. 6) Interrogatorio de testigos. Se trata, pues, de los medios de prueba hasta ahora regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien la añeja "confesión" de las partes se denomina ahora "interrogatorio" de las partes.

También se prevé como medio de prueba soportes audiovisuales y archivos informáticos, lo que hasta ahora el Tribunal Supremo venía admitiendo como prueba documental necesitada del cumplimiento del reconocimiento judicial.

Deja abierta la ley la posibilidad de otros posibles medios de prueba en el último apartado del artículo 299 ("...cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo [a través del cual] pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes."), dejando al tribunal que adopte las medidas que resulten necesarias para la práctica de dicha prueba. El artículo 300 prevé el orden de práctica de las pruebas, que puede ser cambiado de oficio o a instancia de parte, si bien si alguna de las pruebas admitidas no pudiera practicarse en la audiencia, continuará ésta para la práctica de las restantes, por el orden que proceda.

## EL INTERROGATORIO DE LAS PARTES

En la regulación de la antigua prueba de "confesión" se observan cambios importantes. Deja de tener una denominación con connotaciones extraprocesales y pasa a denominarse interrogatorio de parte. Desaparece el juramento, y desaparece la modalidad de confesión bajo juramento decisorio que tenía un valor de prueba tasada. Pero la diferencia fundamental del interrogatorio de las partes previsto en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil con la prueba de confesión judicial de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil es que en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil el interrogatorio se formula oralmente en el acto del juicio o de la vista. Ha de destacarse que esta nota de la oralidad, que también caracteriza a la prueba testifical, ha de suponer un cambio importante en el modo de practicarse las pruebas. Al igual que un informativo radiofónico no equivale a que el locutor lea el periódico a través de la radio, un interrogatorio oral no supone simplemente que el abogado se limite a leer las preguntas a la parte contraria o al testigo. Ha de tratarse de interrogatorios ágiles, en los que las preguntas se vayan formulando atendidos los hechos que se vayan poniendo de manifiesto por la parte o el testigo.

Dicha prueba habrá de proponerse en la audiencia del juicio ordinario (art. 429) y en la vista del juicio verbal (443.4), en el trámite de proposición de prueba previsto en ambos procesos, no siendo ya posible lo previsto en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 579) en el sentido de que la prueba de confesión puede proponerse hasta el mismo momento de citación del juicio para sentencia y no solamente en el concreto trámite de proposición de prueba.

En la audiencia previa del juicio ordinario se acordará si la prueba de interrogatorio de la parte se va a celebrar en el juicio, o si ha de practicarse por auxilio judicial, cuando así lo hayan señalado las partes y el tribunal así lo haya acordado por concurrir las extraordinarias circunstancias del artículo 169 Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 429.5, segundo párrafo). Aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé

que no es necesaria la citación de las partes que, por sí o por medio de su procurador, hayan comparecido a la audiencia previa (art. 429.6), entiendo que se trata de una previsión genérica respecto del acto del juicio, pero no respecto de la prueba de interrogatorio de la parte, pues si tal prueba se ha propuesto, entiendo que ha de citársele expresamente para tal prueba, con el correspondiente apercibimiento, pues el artículo 304, párrafo 2º, prevé que en la citación se apercibirá al interesado que, en caso de incomparecencia injustificada, se podrán considerar reconocidos los hechos, si bien si la parte está personada mediante procurador dicha citación podrá hacerse a través del procurador (art. 153 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En el juicio verbal, aunque las partes estén representadas por procurador, es indispensable su asistencia al juicio por si la otra parte solicitara la práctica de la prueba de interrogatorio de esa parte, hasta el punto de que en la citación se hará a las partes la prevención de que si no asistieren y se propusiere y admitiere su declaración, podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el artículo 304 (art. 440.1, segundo párrafo).

Efectivamente, el párrafo 1º del artículo 304 prevé que si la parte citada para el interrogatorio no compareciere al juicio, el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial, además de imponerle la multa a que se refiere el apartado cuarto del artículo 292 de la Ley. Se trata de la llamada *facta confessio* que se recogía en el artículo 593 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil. Tanto en la antigua como en la nueva Ley no se impone que en todo caso se consideren reconocidos los hechos perjudiciales para la parte, sino que se prevé como una posibilidad. Habrá que ser especialmente cuidadoso cuando son varios los demandados y la *facta confessio* de uno de ellos más que perjudicarle a él, perjudique a otros codemandados (por ejemplo, en caso de incomparecencia del deudor principal que sea insolvente, respecto de su fiador que es solvente).

De acuerdo con el artículo 301 Ley de Enjuiciamiento Civil, puede pedirse el interrogatorio no sólo del litigante contrario, sino también del colitigante con el que existe en el proceso oposición o conflicto de intereses, resolviéndose así expresamente una cuestión sobre la que existía diversidad de pareceres. Cuando la parte legitimada, actuante en el juicio, no sea el sujeto de la relación jurídica controvertida o el titular del derecho en cuya virtud se acciona, se podrá solicitar el interrogatorio de dicho sujeto o titular, como es el caso, por ejemplo, de aquellos colegios profesionales que accionan en representación de sus colegiados exigiendo el pago de los honorarios devengados por la actuación de tales profesionales.

En cuanto al modo de practicarse la prueba, los artículos 302 y siguientes prevén que las preguntas del interrogatorio se formularán oralmente en sentido afirmativo, y con la debida claridad y precisión.

No habrán de incluir valoraciones ni calificaciones, y si éstas se incorporaren se tendrán por no realizadas. Personalmente entiendo que esta prohibición de valoraciones y calificaciones se refiere especialmente a valoraciones y calificaciones jurídicas, pero no las usuales cuando han de averiguarse unos hechos (si se circulaba a mucha o poca velocidad, si el lugar del accidente estaba suficientemente iluminado, si el vehículo alquilado dio muchos problemas, etc.). El tribunal, resolviendo en su caso las impugnaciones que la parte contraria pueda realizar, decidirá sobre la admisibilidad de las preguntas en el mismo acto en que se lleve a cabo el interrogatorio (arts. 302 y 303).

La parte interrogada (que no deberá comunicarse previamente con las demás, art. 310) responderá por sí misma, sin valerse de ningún borrador de respuestas; aunque podrá consultar documentos y notas o apuntes convenientes para auxiliar a la memoria, en sentido afirmativo o negativo, y, de no ser ello posible, de forma precisa y concreta, agregando en todo caso las explicaciones pertinentes (art. 305). Si se negare a contestar o las respuestas fuesen evasivas o inconcluyentes, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieren las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial (art. 307).

Una vez respondidas las preguntas formuladas por el abogado de quien solicitó la prueba, los abogados de las demás partes y el del propio interrogado podrán, por este orden, formular al declarante nuevas preguntas que reputen conducentes para determinar los hechos (si bien no pueden volver a preguntarle sobre los mismos hechos por los que ya se les haya preguntado, art. 314, debiendo entenderse esta previsión legal como una prohibición de preguntas reiterativas, en mi opinión), pudiendo también el tribunal interrogar a las partes con la finalidad de obtener aclaraciones. Cuando no sea preceptiva la intervención de abogado, las partes, sin interrumpirse ni atravesarse la palabra, podrán hacerse recíprocamente preguntas y observaciones (art. 306).

Al regular la prueba testifical, el artículo 373 prevé que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar que, en razón de sus respectivas declaraciones, cuando existan contradicciones entre las mismas, se celebre careo entre las partes y alguno o algunos testigos, además de entre los testigos entre sí.

Cuando alguna pregunta se refiera a hechos que no sean personales del declarante, éste habrá de responder según sus conocimientos, dando razón del origen de éstos, pero podrá proponer que conteste también a la pregunta un tercero que tenga conocimiento personal de los hechos, por sus relaciones con el asunto, aceptando las consecuencias de la declaración, sustitución que, para ser admisible, deberá ser aceptada por la parte que hubiese propuesto la prueba, y en caso de no producirse tal aceptación, el declarante podrá solicitar que la per-



sona mencionada sea interrogada en calidad de testigo (art. 308). Para el caso de que se admita la declaración de dicha tercera persona, bien como modalidad de la prueba de interrogatorio de parte, bien como testigo, y la misma no se encuentre en el Juzgado en el momento de celebrarse la prueba en el juicio ordinario, parece que la única posibilidad es que se acuerde como diligencia final del artículo 435.

En el caso del juicio ordinario, si la parte es una persona jurídica o una entidad sin personalidad jurídica (vg, una comunidad de propietarios), si su representante en juicio (entiendo que se refiere a su actual representante en el momento de celebrarse el juicio) no hubiera intervenido en los hechos controvertidos en el proceso, habrá de alegarlo en la audiencia previa al juicio, y facilitar la identidad de la persona que intervino en nombre de la persona jurídica o entidad interrogada, para que sea citada al juicio. Si manifiesta desconocerlo, se considerará como respuesta evasiva o resistencia a declarar, a efectos de considerarse reconocidos como ciertos los hechos sobre los que hubiera de contestar dicha parte. Puede solicitarse que la persona identificada sea citada en calidad de testigo si ya no formara parte de la persona jurídica o ente sin personalidad (art. 309.1º y 3º).

Ahora bien, si en el desarrollo de la prueba del interrogatorio resultare que alguna pregunta se refiere a hechos en que no hubiese intervenido el representante de la persona jurídica o ente sin personalidad, habrá, no obstante, de responder según sus conocimientos, dando razón de su origen y habrá de identificar a la persona que, en nombre de la parte, hubiere intervenido en aquellos hechos y si manifiesta que desconoce quien intervino en los hechos, se considerará tal manifestación como respuesta evasiva o resistencia a declarar, en los términos antes indicados. El tribunal citará a dicha persona para ser interrogada fuera del juicio como diligencia final, conforme a lo dispuesto en la regla segunda del apartado 1 del artículo 435.3 (309.2 y 3º).

Se trata de dos supuestos distintos relativos a una misma situación. En el primer caso, se sabe desde un principio que el representante de la persona jurídica o ente sin personalidad no ha intervenido en los hechos controvertidos (por ejemplo, el consejero delegado de una aseguradora, que no ha intervenido en la tramitación de un siniestro). El abogado de la aseguradora debe ir preparado al acto de la audiencia previa en el juicio ordinario, sabiendo quien intervino en los hechos enjuiciados en nombre de la persona jurídica o entidad (el empleado que tramitó el siniestro), pues en caso contrario la manifestación de desconocimiento sobre ese extremo puede dar lugar a una *ficta confessio*. En el segundo caso, en un principio no hay problema para que el representante de la entidad sea interrogado, pues intervino en los hechos, pero a lo largo del interrogatorio se le hacen preguntas sobre determinados aspectos de la cuestión en los que no intervino personalmente, caso en el que habrá de facilitar la identidad de la persona que intervino a nombre de la entidad para que pueda ser interrogada.

Los artículos 311 a 313 regulan el interrogatorio domiciliario, cuando la parte no pueda comparecer en la sede del tribunal por enfermedad u otras circunstancias especiales, pudiendo concurrir junto con el juez y el secretario las demás partes y sus abogados, salvo que las circunstancias lo hicieren imposible o sumamente inconveniente, caso en el cual se practicará por el juez y el secretario en base a un pliego de preguntas presentado previamente, y levantándose por el secretario acta suficientemente circunstanciada, lo que también tendrá lugar cuando haya de realizarse por vía de auxilio judicial

Cuando sea parte en el pleito el Estado, una Comunidad Autónoma, una Entidad local u otro organismo público, la previsión que actualmente se contenía en el artículo 595 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, es sustituida por el artículo 315 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual se les remitirá, sin esperar al juicio o a la vista, el cuestionario de preguntas presentado por la parte proponente y declarado pertinente, para que sea respondido por escrito y entregada la respuesta al tribunal antes de la fecha señalada para aquellos actos. Ello implica que la parte que desee proponer esta prueba en un pleito seguido contra un organismo oficial ha de llevar preparado el cuestionario de preguntas al acto de la audiencia previa en el juicio ordinario, que es cuando ha de proponerse y admitirse esta prueba, a fin de remitirlas y que sean contestadas antes del acto del juicio. Leídas en el acto del juicio o en la vista las respuestas escritas, se entenderán con la representación procesal de la parte que las hubiera remitido las preguntas complementarias que el tribunal estime pertinentes y útiles, y si dicha representación justificase cumplidamente no poder ofrecer las respuestas que se requieran, se procederá a remitir nuevo interrogatorio por escrito como diligencia final, siendo de aplicación a esta modalidad de declaración lo relativo a la negativa a declarar, respuestas evasivas o inconcluyentes, y los apercebimientos a realizar en tal caso.

## LA PRUEBA DOCUMENTAL

La prueba documental tiene especial importancia en el proceso civil por cuanto que, como afirma Montero Aroca, mientras que el proceso penal puede considerarse el reino del testigo, el proceso civil es el reino del documento. Aunque en ciertos casos esta afirmación se justificaría por la ausencia del juez en la práctica de las pruebas de confesión y testifical, que priva a éstas de gran parte de su eficacia probatoria, es cierto que en buena parte de los pleitos civiles la prueba documental tiene una gran importancia.

Como se ha dicho anteriormente, la prueba de documentos presenta ciertas especialidades respecto del resto de las pruebas en lo relativo al momento y modo en que ha de proponerse, es decir, en que han de presentarse los documentos.

La regulación de esta materia no se contiene únicamente en las secciones destinadas a la prueba



de documentos públicos y privados. También en el capítulo III del título I, sobre disposiciones generales a los procesos declarativos, del libro II se contienen normas que regulan cómo y cuándo han de ser presentados los documentos, y también los dictámenes periciales.

En dicho capítulo III del título I del libro II, artículos 264 y siguientes, se prevé (art. 265) la obligación de acompañar a la demanda o contestación los documentos fundamentales, tanto sean los tradicionales documentos escritos como los medios e instrumentos que recogen información en soportes no escritos, tales como disquetes de ordenador, grabaciones audiovisuales, etc., previstas en el artículo 299.2, certificaciones y notas registrales, dictámenes periciales y los informes de detectives. Si las partes no pudieran disponer de los documentos o certificaciones registrales podrán designar el archivo en que se encuentren, sin que pueda admitirse cuando se trate de un archivo público del que la parte hubiera podido obtener copia fehaciente, y admitiéndose que el actor presente en la audiencia del juicio ordinario los documentos, dictámenes e informes antes citados si su relevancia sólo se pone de manifiesto a la vista de la contestación a la demanda.

En los juicios verbales, los documentos y dictámenes de la parte demandada se aportan en el acto de la vista (art. 265.4). El hecho de que este apartado sólo autorice al demandado a presentar los documentos en la vista del juicio verbal, y el hecho de que en el artículo 264, que regula el momento de aportación del poder notarial, los documentos acreditativos de la representación que el litigante se atribuya y los documentos o dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa a efectos de competencia y procedimiento, se prevea que los mismos han de presentarse "con la demanda, la contestación o, en su caso, al comparecer a la vista de juicio verbal", mientras que en el artículo 265, que regula, como hemos visto, la aportación de documentos en que las partes funden su derecho, dictámenes periciales y demás documentos e informes con valor probatorio respecto de la cuestión controvertida, se prevea que los mismos han de acompañarse "a toda demanda o contestación", pero no sin añadir el inciso contenido en el artículo 264 respecto de la posibilidad de presentarlos "al comparecer a la vista de juicio verbal", muestra bien a las claras que el demandante habrá de aportar los documentos con la demanda también en el juicio verbal, a diferencia de lo que sucedía con la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los artículos 269 a 272 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regulan la preclusión del momento procesal oportuno para la presentación de los documentos en el proceso. Se trata de la materia que hoy regulan los artículos 506 a 510 de la todavía vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

La regla general se contiene en el primero de los citados preceptos: si con la demanda, la contestación o, en su caso, en la audiencia previa al juicio, no se presentara alguno de los documentos, medios, instrumentos, dictámenes o informes que, se-

gún la Ley, han de aportarse en esos momentos o no se designara el lugar en que el documento se encuentre, caso de no disponerse de él, ya no podrá la parte presentar el documento posteriormente.

Las excepciones a esa regla se contienen en el artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé la procedencia de admitir los documentos, medios e instrumentos relativos al fondo del asunto presentados después de la demanda, la contestación o, cuando proceda, de la audiencia previa al juicio, en los siguientes casos: 1º) Ser de fecha posterior a esos momentos procesales, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad. 2º) Aun siendo de fecha anterior a esos momentos, cuando la parte justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia. 3º) Tratarse de los documentos o dictámenes que la parte no pudo obtener con anterioridad por causa no imputable a ella y respecto de los que hizo la respectiva designación de archivo, respecto del documento, o anuncio de presentación, respecto del dictamen.

Las demás partes podrán alegar, en el juicio o en la vista, la improcedencia de tomar en consideración esos documentos o dictámenes si consideran que no concurren las circunstancias que justifican su presentación tardía, resolviendo el juez en el acto y pudiendo imponer una multa si entiende que ha existido ánimo dilatorio o mala fe procesal en la presentación del documento.

En todo caso, el artículo 271 Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que, sin perjuicio de lo que pudiera acordarse como diligencia final (lo que hoy sería una diligencia para mejor proveer), no pueden presentarse documentos ni dictámenes después de la vista o juicio, salvo si se trata de sentencias o resoluciones judiciales o administrativas dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular conclusiones y que pudieran tener trascendencia para la resolución que hubiera de dictarse en primera instancia o en cualquier recurso, que pueden presentarse incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia, dándose traslado a las demás partes para que, en un plazo común de cinco días, puedan alegar y pedir lo que estimen conveniente, con suspensión del plazo para dictar sentencia, resolviéndose sobre la admisión y alcance del documento en la misma sentencia.

La presentación de documentos en momentos posteriores a los permitidos por la Ley, según los distintos casos y circunstancias, supone que el tribunal lo inadmitirá y mandará devolverlo a quien lo hubiere presentado mediante providencia contra la que no cabe recurso, según prevé el artículo 272 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Además de esta regulación general, el artículo 266 prevé los documentos que han de acompañar a la demanda en casos especiales, concretamente en el caso de demandas de responsabilidad civil contra jueces y magistrados, de alimentos, de retracto y de otorgamiento de la posesión de los bienes adquiridos por sucesión hereditaria. No se trata de un *numerus clausus*, pues el último apartado del precepto prevé que la propia Ley de Enjuiciamiento Civil u

otra Ley pueda exigir expresamente la presentación de ciertos documentos para la admisión de la demanda. La no presentación de estos documentos trae consigo, de acuerdo con el artículo 269.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la no admisión de la demanda. Otros supuestos similares al del artículo 266 son aquellos que regulan los documentos a acompañar con la demanda que inicia el proceso de ejecución (art. 550 en relación al 517, regulador de los títulos ejecutivos), el proceso monitorio (art. 812) y el juicio cambiario (art. 819). Se trata no tanto de la regulación de la prueba documental, sino de verdaderos requisitos de procedibilidad para que pueda darse curso al procedimiento, pues mientras que en estos casos parece evidente que no puede admitirse a trámite la demanda o solicitud si tales documentos no se acompañan, en el caso del artículo 265 la demanda sí será admitida a trámite, pero precluye la posibilidad de presentar los documentos que estén en el caso de dicho precepto y respecto de los que no concurren las excepciones que permiten su aportación posterior, por lo que si el hecho en que se basa la petición no puede acreditarse por otros medios probatorios, la petición formulada en la demanda habrá de ser desestimada en la sentencia.

Junto a la anterior regulación, el capítulo IV del título I del libro II, artículos 273 a 280 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regula junto a la presentación de copias de los escritos, la de las copias de los documentos, con la importante novedad de que serán los propios procuradores los que, cuando todas las partes estuvieran representadas por procurador, deberán trasladar a las restantes partes las copias de los escritos y documentos que vaya a presentar al tribunal, mediante la entrega de las copias en el servicio de recepción de notificaciones organizado por el Colegio de Procuradores con carácter previo a la presentación del escrito y del documento original ante el propio Juzgado o Tribunal, previsto en el artículo 276 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ha de ponerse de relieve que en la prueba documental, si no se impugna su autenticidad por la parte contraria a la que los presenta, no existe una actividad probatoria distinta de la simple presentación. Por ello, en el juicio ordinario, si la única prueba en un proceso es una prueba documental no impugnada, el proceso tiene prueba pero no juicio, pues se procederá a dictar sentencia tras la audiencia preliminar, sin celebrar juicio (art. 429.8).

## LOS DOCUMENTOS PUBLICOS

La Sección 2ª del Capítulo VI del Título I del Libro II de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil regula la prueba documental pública, si bien no han sido derogados todos los preceptos que el Código Civil contenía relativa a la prueba de documentos, los preceptos de la sección denominada “de los documentos públicos”, artículos 1216 a 1224, e incluso algunos preceptos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se remiten expresamente a alguno de estos artículos Código Civil.

Comienza la sección señalando qué documentos se consideran públicos “a efectos de prueba en el proceso”, y que, conforme al artículo 317, son los siguientes:

1.º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los secretarios judiciales.

2.º Los autorizados por Notario con arreglo a derecho.

3.º Los intervenidos por corredores de comercio colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho.

4.º Las certificaciones que expidan los registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales.

5.º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.

6.º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades.

Basta presentar copia simple del documento público, que tendrán el mismo valor que si se aportara el original o copia autorizada si no es impugnado (arts. 267 y 318). De impugnarse la autenticidad de la copia simple, podrá llevarse a los autos original, copia o certificación que reúna los requisitos necesarios para que surta efectos probatorios, debiendo entenderse que si no hubiera impugnación la copia simple del documento surtirá por sí sola efectos probatorios bastantes.

Si lo que se impugna es la autenticidad de la copia, certificación o testimonio fehaciente, se cotejarán con su original, y si es la póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, se comprobarán con los asientos de su libro registro, lo que se llevará a cabo por el secretario judicial, siendo los gastos, si resultarán ser auténticos, de cuenta del impugnante, que podrá ser multado si se apreciara temeridad en su impugnación (art. 320). En el juicio ordinario, es en el trámite de la audiencia previa del juicio ordinario cuando las partes han de pronunciarse sobre los documentos aportados de contrario, manifestando si los admite o impugna o reconoce o si, en su caso, propone prueba acerca de su autenticidad (art. 427.1).

Conforme al artículo 319.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la fuerza probatoria de los documentos públicos enumerados en el artículo 317, es la de hacer prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella. Aunque pudiera pensarse que la redacción de este precepto plantea algunas dudas si se le compara con el artículo 1218 del Código Civil, que no ha sido derogado, entiendo que dado que la fe pública notarial alcanza en la esfera de los hechos la exactitud de lo que el notario ve, oye o per-

cibe por sus sentidos (art. 1.º del Reglamento Notarial), ha de considerarse subsistente la doctrina jurisprudencial de que el contenido intrínseco del documento sigue fuera de la garantía de la fe pública (Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de septiembre y 31 de octubre de 1991, 12 de febrero de 1992, 4 de mayo de 1995, 11 de julio de 1996 y 5 y 7 de marzo de 1997, entre otras).

## LOS DOCUMENTOS PRIVADOS

Pocos son los preceptos que la Ley de Enjuiciamiento Civil dedica expresamente a la prueba de documentos privados. Pero ha de recordarse que los arts. 1225 y 1227 a 1230 del Código Civil, que regulan estos documentos y cuya regulación no parece a veces concordar con las nuevas previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no han sido derogados.

El artículo 324 define los documentos privados por exclusión: se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en la clasificación de documentos públicos del artículo 317.

Deberán presentarse en original o mediante copia autenticada por fedatario público y unirse a autos el original o la copia autenticada, o testimoniarse en autos, pero si sólo se poseyera copia simple del documento privado, surtirá los mismos efectos que el original si no fuera impugnada por las demás partes. Si el original del documento privado se encontrara en un expediente, protocolo, archivo o registro público, se presentará copia auténtica o se designará el archivo, protocolo o registro (art. 325, que se remite al 268).

El documento privado no impugnado hace prueba plena. Cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto, siendo los gastos, gastos y derechos que se originen de cuenta del impugnante si resultaran finalmente ser auténticos, pudiendo también multarse al impugnante en el caso de impugnación temeraria (art. 326.2 y 3). Si lo impugnado fueran las copias reprográficas de documentos, dibujos, fotografías, planos, etc., se procederá por el secretario a su cotejo con el original (art. 334).

Ha de recordarse que no han sido derogados los artículos 1225 y 1227 a 1230 del Código Civil, que contienen numerosas reglas al respecto.

El último párrafo del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece una regla de valoración conforme a la sana crítica del documento privado, al prever que, en el caso de si del cotejo u otro medio de prueba propuesto al efecto, no se pudiese deducir la autenticidad del documento privado, o cuando no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica. Sobre este extremo ha de recordarse la reiterada doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de que "esta Sala tiene declarado reiteradamente que la falta de reconocimiento de un documento privado

no le priva íntegramente del valor probatorio que el artículo 1225 del Código Civil le asigna, pudiendo ser tomado en consideración, ponderando el grado de credibilidad que pueda merecer en las circunstancias del debate, o complementado con otros elementos de prueba, pues la posición contraria supondría tanto como dejar al arbitrio de una parte la eficacia probatoria de un documento (Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de enero y 11 de mayo de 1987, 25 de marzo de 1988, etc.)" (Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1990; en el mismo sentido, S de 18 de noviembre de 1991); "...según tiene declarado esta Sala en SS de 6 de junio de 1982, 12 de junio de 1986 y 9 de julio de 1988, un documento privado puede tenerse por eficaz en juicio cuando se corrobore con otras pruebas practicadas, a pesar de lo expresado en aquel precepto (el art. 1.227 del Código Civil), dado que éste sólo es aplicable cuando el hecho a que se refiere únicamente puede tener demostración por el propio documento, pero no cuando existen otras pruebas que acreditan su realidad..." (Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1990); "...nada impide dar relevancia a un documento privado no reconocido conjugando su valor con el resto de la prueba —SS de 16 de julio de 1982 y 27 de junio de 1981—" (Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1991); "...la falta de reconocimiento o adveración de un documento privado no le priva en absoluto de valor y puede ser tomado en consideración, ponderando su grado de credibilidad atendidas las circunstancias del debate..." (Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 11 de octubre de 1991). Esta doctrina cobra quizás especial importancia en un tipo de proceso como el diseñado por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que la concentración de trámites (especialmente en el juicio verbal) puede hacer que frente a una inesperada impugnación de autenticidad del documento, la parte que lo presenta no pueda lograr la adveración o el cotejo del documento. En tales casos cobra especial importancia valorar y ponderar si esa impugnación de autenticidad tiene un fundamento razonable o si se trata de una simple "fórmula de estilo", carente de una concreta explicación (el porqué se impugna ese concreto documento), y que ha de ser desechada.

En lo que se refiere a los libros de los comerciantes, el artículo 327 se remite a lo dispuesto en las leyes mercantiles (arts. 31 y siguientes del Código de Comercio), si bien se añade que, de manera motivada, y con carácter excepcional, el tribunal podrá reclamar que se presenten ante él los libros o su soporte informático, siempre que se especifiquen los asientos que deben ser examinados, al contrario de lo previsto en el Código de Comercio, conforme al cual el examen de tales libros siempre se hará en el establecimiento del empresario. Se echa de menos una regulación más detallada de esta prueba, en relación también con la prueba pericial contable, pues el Código de Comercio contiene muy escasas reglas, y se trata de una prueba que cada vez se emplea más y que cada vez es más compleja, co-

mo más compleja es la actividad empresarial y comercial.

## **DISPOSICIONES COMUNES A LA PRUEBA DE DOCUMENTOS PUBLICOS Y PRIVADOS**

Se contienen en la Sección 4ª de este Capítulo VI, artículos 328 y siguientes.

Los artículos 328 y 329 regulan el deber de exhibición de documentos entre las partes y lo hacen teniendo en cuenta la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional sobre la materia y, en definitiva, los criterios derivados de los principios de buena fe y lealtad procesal que rigen en el moderno Derecho Procesal.

Hasta ahora ha estado muy extendida la idea de que la carga de la prueba, que supone que perjudicará a cada parte la falta de acreditación de los hechos en que se basa su posición en el proceso, supone que cada parte tiene que "buscarse la vida" por su cuenta, y que la parte contraria no tiene por qué colaborar en la aportación al proceso de pruebas que interesen a la parte contraria. Ya se sabe, "al enemigo, ni agua".

Esta postura fue ya expresamente desautorizada por el Tribunal Constitucional en varias resoluciones. En relación a los supuestos en los que la prueba se encuentre a disposición de la parte contraria a aquélla a la que interesa la práctica de tal prueba, ha declarado el Tribunal Constitucional, en la STC 7/1994, de 17 de enero, lo siguiente:

"...cuando las fuentes de la prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 C.E.) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Asimismo, nuestra jurisprudencia afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al artículo 24 CE, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses pertinentes para su defensa (STC 98/1987, FJ 3º y 14/1992, FJ 2º). Sin que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie le es lícito beneficiarse de la propia torpeza (STC 227/1991, FJ 3º)".

Si bien la sentencia en que se hizo tal declaración resuelve un recurso de amparo relacionado con un proceso de filiación, no puede entenderse que tal doctrina sea exclusivamente aplicable a los procesos en los que se ventilan cuestiones de estado civil u otras en las que exista un interés público que haya de tutelarse de oficio, sino que por el contrario las citas de otras sentencias que realiza el Tribunal Constitucional muestra bien a las claras que tal doctrina es aplicable con carácter general a todos los procesos civiles e incluso de otra índole (la STC 14/1992 hacía un examen exhaustivo del juicio ejecutivo basado en pólizas mercantiles, pues resolvía

la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del artículo 1435 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y las otras dos sentencias versan sobre recursos de amparo interpuestos en relación a sendos procesos laborales). En similares términos se ha pronunciado también la Sala 1ª del Tribunal Supremo, cuya sentencia de 2 de diciembre de 1996 ha venido a afirmar que en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda en el actor, desplazándola hacia la parte que se halle en mejor posición probatorio por su libertad de acceso a los medios de prueba.

Esta doctrina tiene ya plasmación legal en los citados artículos 328 y 329 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a los cuales cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a su disposición, acompañando copia simple del documento y, de no ser posible, se indicará en los términos más exactos posibles el contenido de aquél. En caso de negativa injustificada a dicha exhibición, el tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado, salvo que opte por formular requerimiento para que los documentos cuya exhibición se solicitó sean aportados al proceso, cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y lo alegado para fundamentarlas. Lo que no regula la ley es que ocurrirá si, habiendo optado el tribunal por la segunda de las posibilidades, la parte requerida se siguiera negando a la exhibición del documento. Quizás fuera uno de los casos en los que procedería imponer a la parte la multa prevista en el apartado 3º del artículo 247 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil para el caso de transgresión de la buena fe procesal por alguna de las partes.

Aparte de ese deber de colaboración de las partes en la aportación de los documentos, también se imponen para los terceros concretos deberes de colaboración en lo referente a la exhibición de documentos en su poder, siendo una concreción del deber de los ciudadanos de colaborar con los jueces y tribunales que impone el artículo 118 de la Constitución y 17.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Cuando se trata de terceros que tienen la condición de particulares, el artículo 330 contiene un régimen similar al artículo 603 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil: tras oír al tercero, el tribunal le requerirá la exhibición del documento si entiende que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia.

Cuando el tercero es una entidad oficial o una empresa que realice servicios públicos, prevé el artículo 332 que no podrá negarse a expedir las certificaciones y testimonios que sean solicitados por los tribunales ni oponerse a exhibir los documentos que

obren en sus dependencias y archivos, excepto cuando se trate de documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto, caso en el que se dirigirá al tribunal exposición razonada sobre dicho carácter. En esta materia habrá que ser especialmente cuidadoso con la legislación de protección de datos personales a la hora de solicitar datos de estos organismos o empresas. Asimismo, mientras no se reforme el contenido del artículo 113 de la Ley General Tributaria o el Tribunal Constitucional, al resolver las cuestiones de inconstitucionalidad que hace ya varios años han sido presentadas respecto de dicho precepto, declare su inconstitucionalidad o realice una interpretación integrativa del precepto, seguirá existiendo en la práctica una imposibilidad de obtener documentos de la Agencia Tributaria para que sirvan de prueba en el proceso, salvo en procesos en que estén en juego los intereses de menores o incapacitados.

## LA PRUEBA PERICIAL

Algunas de las novedades más importantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de prueba son las introducidas en lo que la ley denomina "dictámenes de peritos", que, teniendo en cuenta la prohibición legal de dejar a ejecución de sentencia la determinación de las cantidades a pagar por el demandado (art. 219), adquiere una especial trascendencia. Procede tal prueba "cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos" (art. 335), y no se reduce solamente al informe pericial elaborado en el periodo probatorio por el perito designado judicialmente, como ocurre ahora, sino que también se otorga valor de prueba pericial a los dictámenes periciales que en la antigua ley tenían difícil encaje y cuyo valor probatorio era objeto de polémica doctrinal y jurisprudencial. No obstante, la regulación deja mucho que desear en cuanto a claridad y sencillez, quizás porque no ha existido una integración adecuada entre lo previsto inicialmente en el proyecto de ley remitido a las Cortes, en el que la prueba pericial se reducía a los dictámenes presentados por las partes, y las enmiendas introducidas a lo largo de la tramitación a fin de que también sea prueba pericial la realizada por un perito designado judicialmente en el proceso.

En lo que respecta al momento y modo de proponer la prueba pericial, puede diferenciarse, de un lado, lo relativo a la presentación de dictámenes periciales, y de otro, la solicitud de emisión de un informe pericial por un perito nombrado en el proceso.

Comenzando por la primera modalidad de prueba pericial, la ley, reiterando en buena parte lo previsto al regular presentación de documentos, prevé que los dictámenes periciales habrán de ser aportados con la demanda o con la contestación (art. 336.1). Excepcionalmente, siempre que hayan sido previamente anunciados, podrán aportarlos posteriormente bien porque se justifique la imposibilidad de

disponer de ellos antes de presentar tales escritos de alegaciones, aportándolos en cuanto dispongan de ellos y siempre antes de la audiencia previa o de la vista (art. 337), bien por ser necesarios para contrarrestar las alegaciones del demandado en la contestación o surgir su necesidad de las alegaciones o pretensiones complementarias admitidas en la audiencia del juicio ordinario, en cuyo caso deberán aportarse con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio o la vista (art. 338).

Los dictámenes se formularán por escrito, acompañados, en su caso, de los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito sobre lo que haya sido objeto de la pericia o, al menos, dando sobre ellos las indicaciones suficientes, y pudiendo acompañarse al dictamen los documentos que se estimen adecuados para su más acertada valoración (art. 336.2). En cualquier caso, al aportarse el dictamen, la parte indicará si considera necesaria la presencia, en el juicio o vista, del perito autor del mismo, expresando si deberá exponer o explicar el dictamen o responder a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación o intervenir de cualquier otra forma útil para entender y valorar el dictamen en relación con lo que sea objeto del pleito, lo que también podrá acordar el juez de oficio (arts. 337.2 y 338.2).

Ahora bien, es posible que los dictámenes periciales aportados por las partes no precisen siquiera ser sometidos a contradicción a presencia de sus autores, pues el art. 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que si la única prueba propuesta en la audiencia previa del juicio ordinario fueran los documentos aportados al proceso y no impugnados, o informes periciales respecto de los que no se ha solicitado la presencia de peritos en el juicio para la ratificación de su informe, se dictará sentencia seguidamente sin convocar a las partes a juicio.

Cuando la parte fuera titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, no tendrá que aportar con la demanda o la contestación el dictamen pericial, sino simplemente anunciarlo, a los efectos de que se proceda a la designación judicial de perito, conforme a lo previsto en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (art. 339.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), cargo que deberá recaer, según prevé el art. 6.6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (modificado por la Disposición Adicional 15ª de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil) en el personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas y, excepcionalmente, si lo anterior no fuera posible, peritos designados por el sistema de "lista corrida" entre los técnicos privados que correspondan.

Aquí enlazamos con la segunda modalidad de prueba pericial, y a este respecto prevé el artículo 339.2 que también el demandante o demandado que no sean titulares de este derecho de asistencia jurídica gratuita pueden solicitar en sus respectivos escritos iniciales que se proceda a la designación judicial del perito. No puede solicitarse con posterioridad a la demanda o a la contestación la designa-

ción judicial de un perito salvo en relación a cuestiones suscitadas con posterioridad a la demanda (es decir, en la contestación a la demanda o en las alegaciones complementarias de la audiencia previa).

La designación judicial de perito deberá realizarse en el plazo de cinco días desde la presentación de la contestación a la demanda, con independencia de quien haya solicitado dicha designación. Cuando ambas partes la hubiesen pedido inicialmente, el tribunal podrá designar, si aquéllas se muestran conformes, un único perito que emita el informe solicitado.

En el juicio ordinario, si, a consecuencia de las alegaciones o pretensiones complementarias permitidas en la audiencia, las partes solicitasen en la audiencia la designación por el tribunal de un perito que dictamine, lo acordará éste así, siempre que, además de considerar pertinente y útil el dictamen, ambas partes se muestren conformes en el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen del perito que el tribunal nombre (art. 339.3 en relación a 427.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El problema en este caso, como también ocurre con el supuesto de existencia de un único perito sobre una materia (último inciso del art. 341.2) es que prácticamente se deja la posibilidad de realización de la prueba a la buena voluntad de la parte que no esté interesada en la práctica de la prueba pericial y que por tanto no la ha propuesto, lo que quizás pueda dar lugar a supuestos de indefensión cuando una parte se vea privada de la posibilidad de practicar prueba pericial para acreditar los hechos en que basa su pretensión procesal por la negativa de la parte contraria a que se practique la prueba (o a que se practique por el único perito práctico que exista en una determinada materia). Entiendo que en todo caso ha de primar el artículo 24 de la Constitución en esta cuestión, debiendo evitarse la indefensión de una parte en caso de negativa injustificada o no razonable de la parte contraria a que la prueba se practique: o bien tal negativa injustificada ha de valorarse en contra de quien la mantuvo, o bien ha de acordarse la práctica de la prueba pese a la misma.

La designación judicial de perito (un solo perito titular por cada materia, art. 339.6) deberá realizarse en el plazo de cinco días desde la presentación de la contestación a la demanda, con independencia de quien haya solicitado dicha designación. Son dos los sistemas de designación de perito. En primer lugar, el artículo 339.4 prevé que si las partes que solicitasen la designación de un perito por el tribunal estuviesen además de acuerdo en que el dictamen sea emitido por una determinada persona o entidad, así lo acordará el tribunal. Aunque no se prevé si la designación se hará por simple providencia o en una comparecencia, la previsión de posible conformidad de las partes sobre que sea un único perito quien realice los informes solicitados por ambas partes (art. 339.2) y asimismo la posibilidad de acuerdo en designar la determinada persona o entidad que haya de realizar la pericia (art. 339.4) puede hacer necesaria que la designación de perito en estos casos en que ambas partes proponen la

práctica de prueba pericial se haga en comparecencia, o en todo caso, dar un trámite de audiencia para que las partes manifiesten si existe tal conformidad. Lo más práctico, me parece, será realizar dicho nombramiento en el acto de la audiencia previa, por cuanto que en la misma se fijarán definitivamente los términos en que ha de practicarse la prueba pericial, y las partes pueden ponerse de acuerdo sobre la designación de un determinado perito para que realice todos los dictámenes periciales solicitados sobre una misma materia, aunque no pueda cumplirse a rajatabla el plazo de 5 días para la designación.

Fuera del caso anteriormente previsto, cuando la solicitud de designación de perito proceda de una sola de las partes o cuando, procediendo de ambas, no exista acuerdo en la designación de un determinado perito, se recurrirá al sistema de "lista corrida" del artículo 341 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: de la lista que cada mes de enero deberá solicitarse a los distintos colegios profesionales o entidades análogas, academias e instituciones culturales y científicas, se hará una primera designación de cada lista que se efectuará por sorteo realizado en presencia del secretario judicial, y a partir de ella se efectuarán las siguientes designaciones por orden correlativo. Ahora bien, cuando haya de designarse perito a persona sin título oficial, práctica o entendida en la materia, previa citación de las partes, se realizará la designación por el procedimiento establecido en el apartado anterior, usándose para ello una lista de personas que cada año se solicitará de sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas, y que deberá estar integrada por al menos cinco de aquellas personas. Si, por razón de la singularidad de la materia de dictamen, únicamente se dispusiera del nombre de una persona entendida o práctica, se recabará de las partes su consentimiento y sólo si todas lo otorgan se designará perito a esa persona (ya se ha comentado los problemas de la negativa injustificada de una de las partes).

Como excepción a lo anterior, la designación de perito se hará directamente de oficio por el juez, sin necesidad de instancia de parte, en procesos de filiación, incapacidad o matrimoniales (art. 339.5), debiendo recordarse que la prueba pericial médica en los procesos sobre capacidad de las personas, indispensable para decidir sobre la incapacitación (art. 759.1) y la prueba pericial biológica para la investigación de la paternidad y la maternidad en los juicios sobre filiación (art. 767.2), están entre las pruebas que el tribunal puede decretar de oficio, sin perjuicio de las que soliciten las partes y el Ministerio Fiscal.

¿Qué requisitos han de reunir los peritos para poder ser designados judicialmente? Conforme al artículo 340, los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias. Sin embargo, cuando se trata de los peritos designados por la parte para emitir un dictamen que será aportado por



la parte al proceso, la ley no exige que posean una determinada titulación, pues el artículo 335.1 habla simplemente de aportar el dictamen de peritos "que posean los conocimientos correspondientes". De todos modos, parece obvio que para que esa prueba tenga relevancia probatoria habrá de justificarse de algún modo por qué el perito tiene esos conocimientos, y el artículo 343.5 prevé como tacha las circunstancias que haga desmerecer el concepto profesional del perito.

Podrá asimismo solicitarse dictamen de academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia, o de las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello, en cuyo caso la institución a la que se encargue el dictamen expresará a la mayor brevedad qué persona o personas se encargarán directamente de prepararlo, que habrán de jurar o prometer el cargo (art. 340.2 y 3).

Comunicada al perito su designación, en el plazo de cinco días manifestará si acepta el cargo. En caso afirmativo, se efectuará el nombramiento y el perito hará, en la forma en que se disponga, la manifestación bajo juramento o promesa de actuación imparcial que ordena el apartado 2 del artículo 335. Si el perito designado adujere justa causa que le impidiera la aceptación, y el tribunal la considerare suficiente, será sustituido por el siguiente de la lista, y así sucesivamente, hasta que se pudiere efectuar el nombramiento.

Cuando la emisión del dictamen requiera algún reconocimiento de lugares, objetos o personas o la realización de operaciones análogas si alguna de las partes solicita estar presente y el tribunal lo admitiera, ordenará al perito que dé aviso directamente a las partes, con antelación de al menos cuarenta y ocho horas, del día, hora y lugar en que aquellas operaciones se llevarán a cabo, conforme al artículo 345.

Conforme al artículo 346 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el perito que el tribunal designe (no el que haya realizado el dictamen aportado por la parte) emitirá por escrito su dictamen, que hará llegar al tribunal en el plazo que se le haya señalado (y ratificará su autoría ante el Secretario, conforme al art. 289.3). De dicho dictamen se dará traslado a las partes por si consideran necesario que el perito concurra al juicio o a la vista a los efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas. El tribunal podrá acordar, en todo caso, que considera necesaria la presencia del perito en el juicio o la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado.

La nueva ley aborda el problema de la retribución del perito designado judicialmente, cuestión que en la actual ley carecía de regulación y que provoca reiterados problemas en la práctica. El dictamen del perito designado judicialmente será a costa de quien lo haya pedido, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas, y que cuando se designe un solo perito para emitir el dictamen solicitado por ambas partes, el abono de los honorarios del perito corresponderá realizarlo a ambos litigantes por partes iguales, sin perjuicio de lo que pudie-

re acordarse en materia de costas (art. 339.2). El perito designado podrá solicitar, en los tres días siguientes a su nombramiento, la provisión de fondos que considere necesaria, que será a cuenta de la liquidación final. El tribunal ordenará a la parte o partes que hubiesen propuesto la prueba pericial y no tuviesen derecho a la asistencia jurídica gratuita, que procedan a abonar la cantidad que fije en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones en el plazo de cinco días, y de no hacerlo, el perito quedará eximido de emitir el dictamen, sin que pueda procederse a una nueva designación. Cuando el perito designado lo hubiese sido de común acuerdo, y uno de los litigantes no realizare la parte de la consignación que le correspondiere, se ofrecerá al otro litigante la posibilidad de completar la cantidad que faltare, indicando en tal caso los puntos sobre los que deba pronunciarse el dictamen, o de recuperar la cantidad depositada (art. 342.3). Esta regulación puede paliar los problemas que suelen presentarse sobre quién y cuándo paga al perito, pero ha de ser aplicada con prudencia para evitar que solicitudes de provisión de fondos desorbitadas dejen a la parte sin posibilidad de practicar la prueba pericial. No puede reducirse la práctica de esta pericia a la regla de quien puede pagar una fuerte cantidad tendrá su pericia, y quien no pueda, no la tendrá.

La regulación contenida fundamentalmente en los artículos 342, 346 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil plantea serios problemas respecto a la posibilidad real de practicar la prueba pericial por perito designado judicialmente en los términos previstos en la ley. En el juicio ordinario, si conforme a lo dispuesto en el artículo 429.2 el juicio donde se practicará la prueba ha de señalarse en el plazo máximo de un mes a partir de la celebración de la audiencia, es prácticamente imposible que dentro de ese plazo se proceda a citar al perito, que éste acepte, que pida provisión de fondos, que se preste la misma, que se fije plazo para emitir el informe, que se emita, que se dé vista a las partes por si consideran necesario que el perito comparezca en el juicio, que las partes pidan en su caso la comparecencia del perito y que se le cite a éste, todo ello en el plazo de un mes, y habida cuenta de los plazos que el artículo 342 da al perito para que decida si acepta, para que pueda pedir provisión de fondos, para que esa provisión sea realizada, etc. Desde luego, cobra especial importancia que las listas de peritos facilitadas por los colegios profesionales y entidades similares estén actualizadas, que sus integrantes estén de verdad dispuestos a actuar como peritos y que estén completas en cuanto a domicilio, teléfono, así como indicación de la especialidad del perito en aquellas profesiones con diversas especializaciones. Los problemas que se plantean en el juicio verbal son aún mayores, como se verá.

En todo caso, las dificultades existentes para la práctica de la prueba pericial por perito designado judicialmente parecen indicar que el sistema "normal" de práctica de la prueba será el de dictámenes aportados por las partes, con citación en su caso del perito en el juicio para pedirle explicaciones,



aclaraciones, etc., y que el sistema hasta ahora vigente, de perito designado judicialmente, será en el régimen de la nueva ley "excepcional".

Como especialidad de la prueba pericial, los artículos 349 y siguientes regulan el cotejo de letras para el caso de que se cuestione la autenticidad de un documento privado o de documento público que carezca de matriz y de copias fehacientes y no pueda ser reconocido por quien lo expidió o autorizó, regulándose expresamente lo relativo al documento indubitado o el cuerpo de escritura con que debe hacerse el cotejo.

En los peritos concurre un deber de imparcialidad. Si se trata de peritos designados judicialmente, deben abstenerse si concurren en ellos las causas legalmente previstas (art. 100.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y si no lo hicieran, pueden ser recusados (art. 343.1 en relación al 124 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en que se prevén las causas de recusación añadidas a las ya previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Tratándose de peritos designados por las partes para realizar un dictamen que aportarán al juicio, no pueden ser recusados pero sí ser objeto de tacha cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias previstas en el artículo 343.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que habrán de ser formuladas lo más tarde en la vista, en el caso del juicio verbal, y en la audiencia previa al juicio, en el caso del juicio ordinario.

## LA PRUEBA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL

El artículo 353 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que el reconocimiento judicial se acordará cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona.

Dicha prueba ha de proponerse en el juicio ordinario en el trámite de la audiencia previa, y en ese momento deberá señalarse su práctica para el mismo momento del juicio en el que se celebren las demás pruebas, si es posible realizarlo en la misma sede del tribunal por versar sobre cosas o personas que puedan ser llevadas a la sede judicial (art. 300.4) o para un momento anterior al juicio, señalándose con al menos cinco días de antelación, si hubiera de realizarse fuera de la sede judicial (art. 429.4, 290 y 353.3). En el caso del juicio verbal, su proposición ha de realizarse en la misma vista, practicándose seguidamente caso de que fuera posible realizarlo en el Juzgado, o debiendo interrumpirse la vista para practicar la diligencia de prueba fuera del Juzgado si la vista no tuviera más que una sesión o no pudiera verificarse entre una y otra sesión (art. 193.1.2).

La parte que lo solicite habrá de expresar los extremos principales a que quiere que el reconocimiento se refiera (sin perjuicio de la amplitud que el tribunal estime que ha de tener el reconocimiento, para evitar que la parte pretenda que el juez sólo "se fije" en los aspectos que a ella le interesen y no haga constar las demás circunstancias que en el

reconocimiento se observen) e indicará si pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia, y la otra parte podrá, antes de la realización del reconocimiento judicial, proponer otros extremos que le interesen y asimismo deberá manifestar si asistirá con persona técnica o práctica en la materia (art. 353.2).

El tribunal podrá acordar cualesquiera medidas que sean necesarias para lograr la efectividad del reconocimiento, incluida la de ordenar la entrada en el lugar que deba reconocerse o en que se halle el objeto o la persona que se deba reconocer (art. 354.1), para lo cual parece evidente que habrá de dictar Auto motivado previa audiencia del titular del domicilio donde haya de practicarse el reconocimiento, por exigencia del art 18.2º de la Constitución.

Las partes, sus procuradores y abogados podrán concurrir al reconocimiento judicial y hacer al tribunal, de palabra, las observaciones que estimen oportunas, pudiendo también el tribunal oír las observaciones o declaraciones de las personas técnicas o prácticas que acompañen a las partes, recibiendoles previamente juramento o promesa de decir verdad (art. 354.2 y 3).

Además del reconocimiento de lugares o cosas, que hasta ahora ha sido el objeto tradicional del reconocimiento judicial, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil prevé el de personas, en la que en todo caso se garantizará el respeto de la dignidad e intimidad de la persona (art. 353 en relación al 355). Este último precepto prevé que el reconocimiento judicial de una persona se practicará a través de un interrogatorio realizado por el tribunal, que se adaptará a las necesidades de cada caso concreto. En dicho interrogatorio, que podrá practicarse, si las circunstancias lo aconsejaren, a puerta cerrada o fuera de la sede del tribunal, podrán intervenir las partes siempre que el tribunal no lo considere perturbador para el buen fin de la diligencia. Parece que el legislador en este precepto está tomando en consideración principalmente lo que podría denominarse examen o reconocimiento psiquiátrico, debiendo recordarse que el artículo 759 establece como prueba preceptiva en los procesos de incapacitación el "examen" del incapaz, y el artículo 763 exige también como requisito para autorizar el internamiento involuntario de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí mismo la previa "audiencia" de tal persona. Pero puede haber casos de reconocimientos judiciales de personas en que no sea necesario ese interrogatorio, como es el caso de reconocimientos meramente corporales (vg, de cicatrices causantes de deformidad estética).

Los artículos 356 y 357 permiten que se practiquen en de modo concurrente la prueba de reconocimiento judicial con el reconocimiento pericial y el interrogatorio de testigos o de la parte contraria, cuando ello pudiera contribuir a la claridad de la declaración de estas personas.

Aparte de la previsión de levantamiento de acta por el secretario judicial (art. 358), prevé el art. 359 que se deje constancia del reconocimiento mediante medios de grabación de imagen y sonido, lo

que puede acarrear problemas prácticos en cuanto a la existencia de tales medios técnicos en los Juzgados (que parece lógico que consistan en cámaras de vídeo) y de personal apto para manejarlo adecuadamente.

## LA PRUEBA TESTIFICAL

En el interrogatorio de testigos ("personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio", conforme al art. 360) se han producido, al igual que en el interrogatorio de la parte, cambios importantes, sobre todo la potenciación de la oralidad, con eliminación de los farragosos interrogatorios de preguntas y repreguntas.

Pueden ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos. Los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente (art. 361).

La proposición de esta prueba ha de hacerse, en el juicio ordinario, en el acto de la audiencia previa, debiendo indicar la parte que la proponga qué testigos se compromete a presentar en el juicio y cuáles han de ser citados por el tribunal, en cuyo caso la parte proponente ha de facilitar el domicilio o residencia de las personas que hayan de ser citadas, si bien se les da un plazo de cinco días para subsanar la falta de aportación de algunos datos relativos a estas personas; y debe indicar también la parte proponente qué interrogatorios de testigos considera que han de practicarse por auxilio judicial, lo cual sólo se acordará excepcionalmente cuando por razón de la distancia, dificultad del desplazamiento, circunstancias personales del testigo o cualquier otra causa análoga, hiciese imposible o muy gravosa su comparecencia en la sede del Juzgado, caso éste en el que se dará a las partes el plazo de tres días a efectos de que presenten, cuando fuere preciso, una lista de preguntas, teniendo siempre presente que la falta de cumplimentación de tales exhortos no suspenderá el acto del juicio (art. 429.5º en relación al 169.4 y 284, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En el juicio verbal la prueba se propone en el propio acto de la vista (art. 443.4), debiendo tenerse en cuenta que tanto actor como demandado deberán indicar, en el plazo de tres días desde que sean citados al juicio, las personas que por no poderlas presentar ellos mismos, han de ser citadas por el tribunal para que declaren en calidad de testigos (art. 440.1, párrafo 3º). Pese a la dicción literal del precepto, parece que no hay problema alguno para que el actor lo indique en la demanda.

Al proponer la prueba de testigos, se expresará su identidad, con indicación, en cuanto sea posible, del nombre y apellidos de cada uno, su profesión y su domicilio o residencia, aunque también podrá hacerse la designación del testigo expresando el cargo que ostentare o cualesquiera otras circuns-

tancias de identificación, así como el lugar en que pueda ser citado (art. 362).

Los testigos tienen el deber de comparecer, bajo sanción de multa de 30.000 a 100.000 pesetas y pena de desobediencia a la autoridad si citado de nuevo no compareciera (art. 292.1 y 2). Aunque el apartado 3 de dicho artículo prevé que en caso de incomparecencia injustificada del testigo o perito, el tribunal decidirá si la audiencia ha de suspenderse o debe continuar, entiendo que no se trata propiamente de una causa de suspensión de la vista, cuestión ésta regulada en el art. 188 y que supone que la vista o el juicio ni siquiera empieza a celebrarse, sino de interrupción de la vista, pues así lo prevé expresamente el artículo 193.1.4º, que exige que se considere imprescindible la declaración del testigo o el informe del perito para que proceda la interrupción, caso éste en que se celebrarán el resto de las pruebas y la vista habrá de reanudarse dentro de los siguientes 20 días, pues de no ser posible ha de celebrarse nueva vista.

Las partes pueden proponer cuantos testigos estimen conveniente, pero los gastos de los que excedan de tres por cada hecho discutido serán en todo caso de cuenta de la parte que los haya presentado, teniendo en cuenta que cuando el tribunal hubiere escuchado el testimonio de al menos tres testigos con relación a un hecho discutido, podrá obviar las declaraciones testificales que faltaren, referentes a ese mismo hecho, si considerare que con las emitidas ya ha quedado suficientemente ilustrado (art. 363). El artículo 364 prevé la declaración domiciliaria del testigo que por enfermedad u otro motivo de imposibilidad o extraordinaria dificultad, el tribunal considerare que no puede comparecer en la sede de aquél, podrá tomarse declaración en su domicilio bien directamente, bien a través de auxilio judicial, y si se entendiera que las partes y sus abogados no pueden comparecer, se les autorizará a que presenten interrogatorio escrito.

Comenzará el interrogatorio de los testigos con el juramento o promesa de decir verdad (salvo los testigos menores de 14 años), con la conminación de las penas establecidas para el delito de falso testimonio (art. 365), declarando separada y sucesivamente, y sin comunicarse entre sí ni asistir a las declaraciones de los otros (art. 366).

La ley destierra (salvo los casos vistos antes de interrogatorio por exhorto o domiciliario) las listas escritas de preguntas y repreguntas, al establecer (art. 368) que las preguntas que se planteen al testigo deberán formularse oralmente, en sentido afirmativo, y con la debida claridad y precisión. La previsión de que se formulen "en sentido afirmativo" no implica que deba recurrirse al formalismo de "diga ser cierto", sino, entiendo, que no se formule en un sentido negativo que dificulte saber si al contestar positiva o negativamente está afirmando o negando lo que se le ha preguntado. No habrán de incluir valoraciones ni calificaciones, admitiendo el tribunal las que puedan resultar conducentes a la averiguación de hechos y circunstancias controvertidos, que guarden relación con el objeto del juicio, e inadmitiendo las que no se refieran a los conocimientos

propios de un testigo según el artículo 360 (es decir, en las que no se pida la noticia de hechos). Las partes distintas de quien haya formulado la pregunta podrán impugnar su admisión. La parte que se muestre disconforme con la inadmisión de preguntas podrá manifestarlo así y pedir que conste en acta su protesta (art. 369).

Comenzará el interrogatorio con las preguntas "generales de la ley" que detalla el art. 367 (datos de identidad y si tiene relación con las partes o sus defensores o ha sido condenado por falso testimonio), y seguirá su declaración contestando a las preguntas que le formulen las partes (se entiende que sus abogados, si estuvieran asistidas por abogado), comenzando por aquella que le propuso, y el tribunal podrá también interrogar al testigo para obtener aclaraciones y adiciones. El testigo responderá por sí mismo, de palabra, sin valerse de ningún borrador de respuestas. Cuando la pregunta se refiera a cuentas, libros o documentos, se permitirá que los consulte antes de responder, debiendo el testigo expresar la razón de ciencia de lo que diga (arts. 370 y 372).

Una excepción a la prohibición de hacer valoraciones o calificaciones en la prueba testifical es la del "testigo-perito" del artículo 370.4, que prevé que cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos. En cuanto a dichas manifestaciones, las partes podrán hacer notar al tribunal la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de tacha relacionadas en el artículo 343 de la Ley, que regula las tachas de los peritos.

Cuando los testigos incurran en graves contradicciones, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar que se sometan a un careo, pudiendo también acordarse de que se celebre careo entre las partes y alguno o algunos testigos (art. 373).

Otros preceptos relativos a la prueba testifical son los que regulan los testigos con deber de guardar secreto, por su estado o profesión o por pertenecer los hechos por los que se le pregunta a materia legalmente declarada como reservada (art. 371), la documentación de las declaraciones testificales en soporte audiovisual complementado por acta (art. 374), a las indemnizaciones a que tienen derecho los testigos por los gastos y perjuicios que la comparecencia les haya originado (art. 375), indemnizaciones previstas quizás para compensar la obligación, bajo sanción de multa, que tienen los peritos de comparecer en juicio, y que tienen la consideración de gastos del proceso y que cada parte habrá de ir abonando a medida que se vayan produciendo, pero que son posteriormente incluibles en la tasación de costas si hubiere condena en costas (art. 241.4 y 242), y a la valoración de esta prueba (art. 376).

Sobre las tachas de los testigos versan los artículos 377 y siguientes, que regulan las circunstancias en que puede basarse la tacha del testigo, el tiempo en que pueden formularse (desde la admi-

sión de la prueba hasta el comienzo del juicio o vista) y la prueba que puede proponerse para sustentarla (se exceptúa la prueba testifical), así como su valoración en el momento de valorar la prueba.

El artículo 380 prevé el interrogatorio de los autores de los informes sobre hechos relevantes, si los mismos no hubieran sido reconocidos como ciertos por las partes a quienes pudieran perjudicar, sin que sea posible la tacha del testigo por razón de interés en el asunto, permitiéndose la manifestaciones basadas en conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos si los informes contuvieran valoraciones de este tipo. El precepto se refiere a los informes del número 4º del apartado 1 del artículo 265, que regula en realidad los dictámenes periciales, mientras que es el número siguiente, el 5º, el que se refiere a informes elaborados por profesionales de la investigación privada sobre hechos relevantes. Dado que en relación a los autores de los dictámenes periciales los artículos 335 y siguientes, que regulan la prueba pericial, se refieren a su intervención en el juicio como peritos, parece que nos encontramos ante una errata de la ley (no corregida en la corrección de errores publicada en el BOE de 14 de abril de 2000) y que debe entenderse referida al nº 5 del apartado 1 del artículo 265.

El artículo 381 regula una modalidad probatoria que, aunque usada frecuentemente en la práctica diaria, carecía de regulación legal en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trata de las respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades públicas, cuando no proceda individualizar en personas físicas determinadas el conocimiento de lo que para el proceso interese, a oficios remitidos por el Juzgado interesando alguna información. Hecha la proposición, las demás partes podrán solicitar adiciones, rectificaciones o complementos, y la contestación escrita deberá ser hecha llegar al tribunal en los diez días anteriores al juicio o a la vista, bajo apercibimiento en caso contrario de multa de 25.000 a 100.000 ptas y de proceder contra el responsable por desobediencia a la autoridad, para dar traslado a las partes. El tribunal, de oficio o a instancia de parte, a la vista de las respuestas escritas o de su omisión o negativa, podrá disponer que sea citada al juicio o a la vista la persona o personas físicas cuyo testimonio pueda resultar pertinente o útil para aclarar o completar la declaración de la persona jurídica. También podrá admitir cualquier prueba pertinente y útil que se proponga para contradecir tal declaración.

#### **REPRODUCCION DE LA PALABRA, EL SONIDO Y LA IMAGEN E INSTRUMENTOS PARA ARCHIVAR, CONOCER O REPRODUCIR DATOS**

La Sección 8ª regula los medios de prueba basados en tecnologías más modernas que la simple plasmación de la escritura en un papel, y que en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil no estaban previstos, por la simple razón de que no existían, si bien la jurisprudencia ya los había admitido (vg, la

Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992 admitía la aportación de vídeos al proceso, considerando los mismos como prueba documental, al igual que las cintas de casete, fotografías, etc., entendiéndose que dichos instrumentos exigen la adverbación y certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad que encuentra cauce procesal adecuado mediante el reconocimiento judicial). Su régimen de aportación al proceso es el mismo que el de los documentos y dictámenes periciales.

El artículo 382 prevé como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Pueden incluirse entre estos medios las cintas de audio y vídeo, filmaciones en CD o DVD y cualquier otro soporte capaz de almacenar sonidos e imágenes. Al proponer esta prueba, la parte podrá acompañar en su caso, transcripción escrita de las palabras que resulten relevantes y podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido. El tribunal las valorará según las reglas de la sana crítica.

De la reproducción de estos instrumentos se levantará la oportuna acta con los datos más relevantes y las justificaciones y dictámenes aportados o las pruebas practicadas, pudiendo acordar el tribunal que se realice una transcripción literal, de ser necesario (art. 383).

Por último, el artículo 384 se refiere a los soportes informáticos o similares, que serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga, pudiendo también aportarse los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes al respecto, documentándose en autos del modo más apropiado a la naturaleza del instrumento.

## LA VALORACION DE LA PRUEBA

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil establece un sistema mixto de valoración de la prueba. Junto a la existencia de una serie de reglas legales de valoración de la prueba aplicables a determinados medios probatorios o en determinados casos, en los que el valor de la prueba viene fijado apriorísticamente en la ley, pues es el legislador quien ha positivizado unas máximas de experiencia, de modo que exista una gran seguridad jurídica en cuanto a la valoración del resultado de la prueba, existen otros casos en los que la valoración de la prueba se realiza por el juez conforme a criterios de sana crítica, en los que por tanto son máximas de experiencia del propio juez las que determinan la valoración de la prueba, de tal modo que es el juez quien tiene que precisar (y explicitar en la fundamentación de la

sentencia) las máximas de experiencia utilizadas para valorar la prueba.

Son casos de reglas legales de valoración de la prueba los de los artículos 319 a 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1218 a 1221 (salvo los dos últimos párrafos de este precepto) del Código Civil, cuya vigencia subsiste, relativos a los documentos públicos, que prevén, para el caso de documentos públicos cuya autenticidad se admita o se pruebe, el valor de prueba plena respecto de determinados extremos, como ya se vio.

En lo relativo a la prueba de interrogatorio de las partes, ha desaparecido el valor de prueba plena que el artículo 580 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil otorgaba a la confesión bajo juramento decisorio, que carecía de trascendencia práctica. Ahora, prevé el artículo 316 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a la prueba de interrogatorio de parte que si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial. Aunque pudiera parecer que se trata de una prueba de valor tasado, el hecho de que haya de valorarse si el resultado de la prueba de interrogatorio de parte no es contradicho por el resultado de las demás pruebas, implica en la práctica una eliminación de cualquier carácter tasado en el valor de esta prueba. Prevé el citado artículo 316 que, en todo lo demás, los tribunales valorarán estas declaraciones de las partes según las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos 304 y 307 respecto a la admisión tácita de los hechos que puede suponer la incomparecencia injustificada o la negativa a declarar, las respuestas evasivas o las inconcluyentes. Ha desaparecido la previsión legal de indivisibilidad de la prueba de confesión contra el que la hace, salvo cuando se refiera a hechos diferentes, o cuando una parte de la confesión esté probada por otros medios o cuando en algún extremo sea contraria a la naturaleza o las leyes, al haberse derogado el artículo 1233 del Código Civil, que lo establecía, si bien dicha previsión, aún no positivizada, parece que en la mayoría de los casos no es más que plasmación de los criterios de sana crítica que ha de imperar en la valoración de esta prueba conforme al citado artículo 316 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Todos los demás medios de prueba se valoran conforme a las reglas de la sana crítica (art. 348 para el dictamen pericial y 376 para los testigos, explicitando este último precepto criterios lógicos como son la toma en consideración de su razón de ciencia, las circunstancias que en ellos concurren y las tachas formuladas).

Ni que decir tiene que la valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica no equivale ni mucho menos a valoración arbitraria de la prueba o a la aplicación discrecional de la voluntad del juez que se esconde en ocasiones tras la fórmula de la "valoración en conciencia" de la prueba. Es necesario que el juez explicita en la sentencia de un modo

razonable, atendiendo a la complejidad de la actividad probatoria, la valoración que ha hecho del material probatorio para llegar a la conclusión a la que haya llegado respecto de lo que ha de considerarse probado y lo que no, sin acudir de modo injustificado a la fórmula de la "valoración conjunta de la prueba", huérfana de precisiones complementarias, como modo de eludir una motivación fáctica de la sentencia. Pues mientras que en los casos de prueba tasada o, lo que es lo mismo, de reglas legales de valoración de la prueba, es el legislador quien positiviza las máximas de experiencia que hacen que deba otorgarse a algunas pruebas un determinado valor, en los casos de valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica es el juez quien tiene que aplicar sus propias máximas de experiencia, que deberá explicitar en la sentencia, explicando por qué no creyó a un testigo que había declarado de modo terminante a favor de la tesis de una de las partes, o por qué no da excesivo valor a un dictamen pericial, por poner dos ejemplos.

### **PRUEBA SOBRE HECHOS NUEVOS O DE NUEVA NOTICIA**

Como excepción a los principios relativos a la preclusión del trámite de proposición de prueba, el artículo 286, al que se remite asimismo el artículo 426.4º, relativo al juicio ordinario, permite la posibilidad de que tras los escritos de alegaciones y siempre antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia (lo que ocurre tras el acto del juicio, en el juicio ordinario, y tras la vista, en el verbal) las partes puedan alegar hechos ocurridos o conocidos con posterioridad a dicho trámite de alegaciones, bien mediante un escrito de ampliación de hechos, bien mediante alegación en el acto del juicio o vista. Desde mi punto de vista, tales hechos nuevos o de nueva noticia no pueden tener una trascendencia tal que supongan una alteración del objeto del proceso, pues en tal caso se infringiría la prohibición de cambio del objeto del proceso (*mutatio libelli*) contenida en el artículo 412 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Debe tratarse, pues, de hechos de una trascendencia secundaria o complementaria respecto de los que constituyen el objeto fundamental del proceso.

Si la otra parte no lo reconociera como cierto, podrá proponerse y se practicará la prueba pertinente y útil cuando fuere posible por el estado de las actuaciones. En otro caso, en el juicio ordinario, se podrá practicar como diligencias finales.

Entiendo que la previsión de que sólo se practicarán las pruebas que fueran posibles por el estado de las actuaciones implican que, salvo en el caso del juicio ordinario, en el que se podrán practicar como diligencias finales, en el caso del juicio verbal la alegación por el actor en la vista de hechos nuevos o de nueva noticia (puesto que el demandado contesta a la demanda en la vista) no es causa suficiente para la interrupción de la vista cuando pretenda esa interrupción para poder practicar prueba al respecto, pudiendo practicarse sobre esos he-

chos solamente la prueba que fuera posible practicar en la vista.

### **LAS DILIGENCIAS FINALES**

A diferencia de las diligencias para mejor proveer de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil no se prevé la posibilidad de practicar diligencias de prueba con posterioridad al juicio o vista en cualquier tipo de proceso, sino que solamente se prevé esta posibilidad en el juicio ordinario, y exclusivamente en la primera instancia.

En principio se prevé en el artículo 435 que solamente pueden acordarse a instancia de parte, en el caso de que por causas ajenas a la parte que las hubiese propuesto no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas o bien se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, sin que puedan acordarse aquellas pruebas que, habiendo podido proponerse en tiempo y forma, no lo hubieran sido. Sin embargo, también puede acordarse de oficio, además de a instancia de parte, la prueba ya practicada si su reiteración permitirá adquirir la certeza probatoria que no se consiguió al practicarla en su momento por circunstancias ajenas a la voluntad y diligencia de la parte que hayan desaparecido al tiempo de volver a acordarlas. Personalmente se me ocurre como un supuesto en que procedería acordar de oficio una diligencia final del reconocimiento judicial de unos vicios ruinógenos consistentes en filtraciones de agua cuando se practicó en un periodo de sequía, sin poderse apreciar si entraba el agua, en caso de que haya sobrevenido un periodo de lluvias.

Las diligencias finales habrán de practicarse en un plazo de 20 días y una vez practicadas las partes podrán comentarlas en el plazo de 5 días (art. 436).

### **LA PRUEBA EN LA EJECUCION**

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil configura la ejecución, tanto de títulos judiciales o arbitrales (sentencias, laudos arbitrales, resoluciones que aprueben u homologuen transacciones judiciales, autos ejecutivos de la ley del automóvil) como extrajudiciales (escrituras públicas, pólizas de contratos mercantiles, etc., ver art. 517) como un auténtico proceso más que como una fase del procedimiento. Se prevé que la ejecución se inicie mediante demanda (art. 549) a la que ha de acompañarse el título ejecutivo y, en ciertos casos, otros documentos (art. 550) y para el caso de que se formule oposición por el ejecutado se prevén trámites de alegaciones y prueba (art. 556 y siguientes), que tendrán lugar mediante la presentación del correspondiente escrito de oposición, acompañado de la documentación oportuna, y en el caso de oposición por motivos de fondo, es posible la celebración de una vista como la del juicio verbal (art. 560).

Varios preceptos de los dedicados a la ejecución contienen previsiones en torno a la necesidad de que los motivos de ejecución sean justificados documentalmente, y en ocasiones mediante documentos públicos. Así, el artículo 556.1º, al regular la oposición a la ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales, prevé que si la oposición se basa en el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, habrá de justificarse documentalmente. Este precepto prevé también que si se opusieran pactos o transacciones que se hubieren convenido para evitar la ejecución, es requisito ineludible que los mismos consten en documento público.

En lo que respecta a la ejecución de títulos no judiciales ni arbitrales, el artículo 557 prevé varios motivos para la oposición a la misma por motivos de fondo y les exige ciertos requisitos en cuanto a su acreditación. Así, el pago ha de ser acreditado documentalmente, la compensación de crédito líquido ha de resultar de documento que tenga fuerza ejecutiva, la quita, espera o pacto o promesa de no pedir ha de constar documentalmente y la transacción ha de constar en documento público.

Al preverse en el artículo 560 la posibilidad de celebrarse vista con arreglo a lo previsto para el juicio verbal, parece posible articular en la misma prueba distinta de la documental antes prevista. Pero entiendo que, en el caso del ejecutado, dicha prueba ha de ser complementaria de los documentos exigidos en cada caso para acreditar distintos motivos de oposición, y no puede sustituir la falta del documento, en ciertos casos documento público o de fuerza ejecutiva, necesario para formular el motivo de oposición.

Por último, llama la atención que mientras que en el caso de la tercería de dominio el artículo 595.3 exige para la admisión a trámite de la tercería un principio de prueba "por escrito", en el caso de la tercería de mejor derecho se exige únicamente un principio de prueba del crédito en el artículo 614.1.

## **PROBLEMAS DE LA PRUEBA EN EL JUICIO VERBAL**

Creo que algunos de los problemas más importantes que van a plantearse en materia de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil lo van a ser en relación al juicio verbal. La previsión de que en este tipo de proceso la prueba ha de proponerse y practicarse seguidamente en la vista (art. 443.4º) no es concordante con numerosas previsiones contenidas en las disposiciones generales sobre prueba y en la regulación de los distintos medios de prueba que hacen los capítulos V y VI del título I del libro II, a los que expresamente se remite el artículo 445 para los juicios verbales, que prevén una regulación de la prueba incompatible con su proposición y práctica en un solo acto.

Algunos ejemplos son:

1. No se entiende cómo el artículo 290 prevé que las pruebas que no sea posible llevar a cabo en la vista habrán de ser señaladas con al menos cinco días de antelación y practicada en todo caso antes

de la vista, cuando la proposición de esa prueba ha de realizarse en la vista.

2. Asimismo, si una tercera persona que tenga conocimiento personal de los hechos por sus relaciones con el asunto ha de contestar al interrogatorio de la parte contraria o como testigo, por haberse preguntado a la parte por hechos que no son personales, tal como prevé el artículo 308, si dicha persona no se encuentra en el juzgado en el momento de celebración de la vista, y dado que no hay diligencias finales, no se sabe cómo podría declarar.

3. Tampoco se entiende cómo, según el artículo 315, las preguntas formuladas por escrito para los organismos públicos han de ser respondidas por escrito antes de la fecha prevista para la vista, cuando dicha prueba ha tenido que ser propuesta en la vista.

4. No es posible tampoco lo previsto en el artículo 337 en el sentido de que la parte demandada aporte el dictamen antes de la vista si no ha podido aportarlo con la contestación y solicite si desea que el perito autor del dictamen comparezca en la vista, por cuanto que la contestación a la demanda se produce en la misma vista, y la aportación del dictamen también.

5. Igualmente es absurda la previsión del artículo 338 de que los dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda sean aportados con al menos cinco días de antelación a la celebración de la vista, por lo ya dicho de que la demanda se contesta en dicha vista.

6. También plantea problemas la previsión del artículo 339 sobre la designación judicial de un perito en el acto de la vista, en el juicio verbal, pues dada la unidad de acto entre proposición y práctica de la prueba en la vista del juicio verbal, una proposición de designación judicial de perito en el acto de la vista, además de lo improbable de que ambas partes se muestren de acuerdo en el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen del perito, como exige el precepto, no se sabe muy bien cómo se cita al perito, cuándo acepta, cuándo emite el dictamen.

7. Otro tanto ocurre con la previsión del artículo 346 de que el perito designado judicialmente emita su dictamen antes de la vista para que se dé traslado del dictamen a las partes y puedan estas solicitar la concurrencia del perito a la vista para pedirle aclaraciones o explicaciones, dado que la designación ha de hacerse justamente en la vista.

8. La previsión contenida en el artículo 378 de que las tachas de los testigos han de formularse "desde el momento en que se admita la prueba testifical hasta que comience el juicio o vista" es también absurda, pues la admisión de la prueba es justamente en la vista.

9. También el artículo 381, al prever que las respuestas escritas a cargo de personas jurídicas o entidades públicas, han de ser realizadas "en los diez días anteriores al juicio o a la vista" y que a la vista de la respuesta escrita, o de la negativa u omisión de ésta, pueda acordarse la citación a juicio de la persona o personas físicas cuyo testimonio pueda resultar pertinente y útil para aclarar o com-

pletar la respuesta escrita de la persona jurídica o entidad, choca con el problema de que dicha prueba sólo puede ser solicitada, en el juicio verbal, en la vista.

Seguramente estos preceptos responden a un descuido en la tramitación parlamentaria, en la que desapareció la previsión de un tipo de juicio verbal con contestación escrita aplicable a numerosos supuestos. Los casos, tales como los artículos 337 y 338, en que la ley prevé actuaciones entre la contestación a la demanda y la vista del juicio verbal, sólo podrán ser de aplicación en el caso excepcional del juicio verbal sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, con contestación escrita, del artículo 753. En los demás casos, dado que en el juicio verbal no son posibles las diligencias finales, la única solución para practicar pruebas propuestas en el acto de la vista y que no pueden practicarse en el acto sería, si se consideran imprescindibles para no causar indefensión a la parte que las propuso, la interrupción de la vista, encajando el supuesto en lo previsto en el artículo 193.1.2º o 3º, debiendo recordarse que conforme al artículo 193.3 la vista debe reanudarse dentro de los veinte días siguientes a su interrupción, pues en caso contrario debe celebrarse una nueva vista.

Pueden producirse problemas con las partes que residan en un lugar distante del partido judicial y que no asistan personalmente al acto de la vista. Conforme al párrafo 2º del artículo 440.1, si se propusiere y admitiere su declaración, se podrían considerar admitidos los hechos del interrogatorio conforme al artículo 304. Pero también es cierto que el artículo 169.4 autoriza practicar el interrogatorio de las partes por exhorto cuando razones de distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancias personales de la parte o cualquier otra causa de análogas características haga imposible o muy gravosa su comparecencia. El problema reside en que la parte que no vaya a la vista del juicio verbal se enfrenta a la posibilidad de que el juez considere que no concurre la excepcionalidad exigida por el artículo 169.4º y que por tanto no está justificada la práctica del interrogatorio de la parte por exhorto, caso en que una interpretación un tanto laxa del artículo 193.1.2º podría permitir una interrupción de la vista por un plazo máximo de 20 días. Creo que se trata de un supuesto en que hay que actuar con cautela, evitando utilidades abusivas de lo previsto en el artículo 304 respecto a considerar reconocidos los hechos del interrogatorio por la parte incomparecida cuando concurren circunstancias excepcionales, pero evitando también que la sola circunstancia de no vivir la parte en el partido judicial justifique su inasistencia, sobre todo cuando no la distancia entre su domicilio o centro de trabajo y el juzgado no sea excesiva (por ejemplo, juzgados de grandes ciudades en relación a su zona metropolitana).

Por otra parte, la extraña previsión del párrafo 3º del apartado 1 del artículo 440 en el sentido de que en el plazo de los tres días siguientes a la recepción de la citación las partes "deben indicar las personas que por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el tribunal a la vista para que

*declaren en calidad de partes"* (sic), puesto en relación con el deber genérico buena fe que impone el artículo 247 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, podría llevar a pensar que en juicios verbales en los que alguna parte resida en un lugar considerablemente alejado del juzgado y en los que a priori no se desprenda de un modo claro la necesidad de practicar dicha prueba de interrogatorio de esa parte, la parte contraria deberá indicar en el plazo de los tres días desde la citación que el tribunal debe citar a la parte contraria para la práctica de la prueba del interrogatorio de la parte, citando en tal caso el juzgado a la referida parte.

Ahora bien, las características del juicio verbal, concretamente la unidad de acto (contestación a la demanda y proposición y práctica de la prueba en la vista) y la excepcionalidad de los supuestos de interrupción del juicio, supuestos en los que encajan bastante forzosamente la interrupción para la práctica de pruebas propuestas en la vista, implican que en este juicio todas las pruebas que se propongan han de poder practicarse en el acto del juicio y que solamente procederá la interrupción del juicio en los excepcionales casos en los que, de no interrumpirse, se podría provocar una verdadera indefensión del litigante, por no tener otro medio de probar los hechos de su interés.

Por ejemplo, en la prueba pericial, en el juicio verbal habrá de recurrirse al sistema de dictamen pericial escrito aportado con demanda o contestación, y llevarse al juicio al perito (como por otra parte se hace en lo social y en los juicios abreviados en los juzgados contencioso-administrativos); y solamente podrá admitirse la interrupción del juicio para la práctica de una prueba pericial por un perito designado judicialmente en los excepcionales casos, difíciles de prever a priori, en los que no sea realmente posible a la parte practicar la prueba mediante la aportación de dictámenes periciales.

## LA PRUEBA EN LOS PROCESOS ESPECIALES

Entre las disposiciones generales de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, que se tramitan como juicios verbales pero con contestación escrita, el artículo 752 establece que sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes. También como excepción a los principios dispositivo y de aportación de parte, que determinan que en los procesos sobre derechos sobre los que las partes no tienen poder de disposición la prueba ha de versar solamente sobre los hechos no admitidos por ambas partes, se prevé para estos procesos especiales que la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Tampoco estará el tribunal vinculado en estos procesos a las disposiciones de la Ley en materia de fuerza probatoria del



interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos, por lo cual no rigen en estos procesos especiales los principios legales de valoración de la prueba y sí solamente los de libre valoración judicial. Personalmente me parece absurdo esta no vinculación, puesto que en ciertos casos el valor legal de la prueba (por ejemplo, fecha e identidad de los intervinientes y realidad del acto de haberse hecho determinadas declaraciones ante el notario, en los documentos públicos notariales) está plena y absolutamente justificado en todo tipo de procesos, y en los demás existen suficientes elementos de valoración conforme a criterios de sana crítica que dan suficiente flexibilidad al juez para evitar abusos en esta materia.

Respecto del proceso de incapacitación, el artículo 759 prevé como pruebas preceptivas en este tipo de procedimiento la audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz, audiencia que deberá extenderse a la cuestión del nombramiento del tutor o curador, el examen personal de éste por parte del juez y los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación a la declaración de incapacidad pretendida en la demanda, sin que pueda decidirse sobre la incapacitación sin ese previo dictamen pericial. Estas pruebas han de practicarse necesariamente en segunda instancia si la sentencia fuera apelada, lo que deberá ordenarse de oficio por el tribunal que conozca la apelación.

Las mismas pruebas han de practicarse de oficio, tanto en primera como en segunda instancia, en los procesos sobre reintegración de la capacidad o modificación del alcance de la incapacitación previstos en el artículo 761.

El artículo 767 establece las especialidades probatorias de los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad. Junto con la exigencia de un principio de prueba como requisito de admisibilidad de las demandas sobre determinación o impugnación de la filiación, se prevé que será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. Aunque no haya prueba directa podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo. Asimismo se prevé que la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios.

En cuanto a los procesos matrimoniales y de menores, el artículo 770.4º prevé que las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días. Durante este plazo, el tribunal podrá acordar de oficio las pruebas 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, así como las que se refieran a he-

chos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados. Cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años.

El artículo 771.3º prevé que en la comparecencia que ha de celebrarse para la adopción de las medidas provisionales se practicará la prueba que las partes y el Ministerio Fiscal propongan y no sea inútil o impertinente, así como la que el tribunal acuerde de oficio, y la que no pueda practicarse en la comparecencia se practicará, en unidad de acto, dentro de los diez días siguientes.

El 774 prevé que para la adopción de las medidas definitivas que hayan de adoptarse, en caso de acuerdo, podrán las partes proponer en la vista del juicio las pruebas que consideren convenientes para justificar su procedencia, y, a falta de acuerdo entre las partes, se practicará, también en la vista del juicio, la prueba útil y pertinente que los cónyuges o el Ministerio Fiscal propongan y la que el tribunal acuerde de oficio sobre los hechos relevantes para la decisión a tomar.

Por último, el artículo 777, al regular el procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo, prevé que con el escrito inicial del procedimiento deben acompañarse una serie de documentos (certificación de matrimonio y de nacimiento de los hijos, documentos en que funden su derecho a obtener la separación o el divorcio) y en dicho escrito se propondrán las pruebas de los hechos relevantes que no pudieran ser probados documentalente, y durante un plazo de diez días, con posterioridad a la ratificación del escrito, además de completarse en su caso la documentación aportada, se practicará la prueba propuesta y la que el tribunal, de oficio, considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias exigidas en cada caso por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar el convenio regulador presentado.

## LA PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA

Los artículos 460 y 464 regulan la prueba en la segunda instancia, al conocer la Audiencia Provincial del recurso de apelación. El primero de dichos preceptos prevé que podrán acompañarse al escrito de interposición los documentos que se encuentren en alguno de los casos previstos en el artículo 270 (los que permiten la aportación de documentos después de la demanda o de la contestación) y que no hayan podido aportarse en la primera instancia. En el escrito de interposición se podrá pedir, además, la práctica en segunda instancia de las pruebas siguientes: 1ª. Las que hubieren sido indebidamente denegadas en la primera instancia, siempre que se hubiere intentado la reposición de la resolución denegatoria o se hubiere formulado la oportuna protesta en la vista. 2ª. Las propuestas admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiere solicitado, no hubieren podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales. 3ª. Las que se refieran a hechos de relevan-

cia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o antes de dicho término siempre que, en este último caso, la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad.

Asimismo, el demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no le sea imputable, se hubiere personado en los autos después del momento establecido para proponer la prueba en la primera instancia podrá pedir en la segunda que se practique toda la que convenga a su derecho.

Por su parte, el artículo 464 prevé que recibidos los autos por el tribunal que haya de resolver sobre la apelación, si se hubiesen aportado nuevos documentos o propuesto prueba, se acordará lo que proceda sobre su admisión en el plazo de diez días. Si hubiere de practicarse prueba, en la misma resolución en que se admita se señalará día para la vista, que se celebrará, dentro del mes siguiente, con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

### **BREVE VALORACION FINAL**

Lo expuesto anteriormente provoca, en mi opinión, una cierta perplejidad en cuanto a la valoración de las novedades de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Por un lado, la concentración de trámites y la oralidad que caracterizan fases fundamentales del proceso, y en concreto los actos en los que se propone y practica la prueba, han de valorarse positivamente. Se da cumplimiento al mandato constitucional de que el proceso sea predominantemente oral, y las novedades del texto legal habrían de enterrar el modelo de proceso disgregado de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil. Asimismo, habrían de obligar a la presencia del juez en los actos fundamentales del proceso civil, algo que en la actualidad no sucede a menudo, y su participación activa en la consecución de un proceso más ágil. Estos cambios suponen una mejor prestación de la tutela judicial efectiva que exige el artículo 24 de la Constitución, puesto que, como ponen de manifiesto Borrajo Iniesta, Díez-Picazo Giménez

y Fernández Farreres en su obra "El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo" (Civitas, 1995), "en la actualidad, el principal foco de vulneraciones del artículo 24 de la Constitución se encuentra en las propias leyes procesales vigentes, no en la actuación de los órganos judiciales, que se ven obligados a sustanciar procesos y recursos en un marco normativo que prefiere la escritura a las vistas orales (y que no ofrece medios para elaborar actas, elemento esencial), la concatenación inabarcable de trámites a la concentración (con la consiguiente multiplicación de citaciones y notificaciones) y que multiplica los procedimientos especiales y las complicaciones procesales hasta impedir cualquier gestión racional de la carga de asuntos".

Pero se han regulado algunos aspectos de la prueba (valga como botón de muestra la regulación de la prueba pericial) de un modo muy complicado e incompatible en buena medida con esa finalidad de concentración y agilidad, o bien de un modo que en ocasiones hace imposible la práctica de la prueba (como se ha puesto de relieve al comentar el juicio verbal), introduciendo fuertes dosis de inseguridad jurídica que no pueden deparar nada bueno. Los mismos autores arriba citados indicaban en su obra que "el artículo 24.1 C.E. puede resultar incompatible con una excesiva complejidad del ordenamiento procesal (STC 30/1984, f.j. 3)"

Ello, junto con el modo en que se han regulado otros aspectos del proceso, como sucede con ciertos trámites de la ejecución o del recurso de apelación, en los que se introducen innecesariamente dilaciones (añadían dichos autores que "... la ley procesal debe siempre, al configurar sus instituciones, efectuar una ponderación adecuada del derecho fundamental a no padecer dilaciones indebidas"), posibilidades de oposición excesivas y formalismos inútiles (como la necesidad de que el trámite de ejecución se inicie por una nueva demanda a la que el ejecutado puede oponerse con un doble trámite para resolver la oposición, según se deba a motivos formales o de fondo), hace que el logro de las finalidades de celeridad y agilidad queridas por el legislador sea realmente incierto.