

XIII. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA PRUEBA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

1. INTRODUCCIÓN

Sin duda una de las materias esenciales en la regulación de cualquier proceso es la probatoria, es decir, la acreditación de las afirmaciones que han realizado las partes en el primer momento del procedimiento, y que son el sustento, junto con los fundamentos jurídicos, de las posturas procesales de cada una de ellas y de las pretensiones que hacen valer. Cuando a través de la prueba se logra verificar lo expuesto o afirmado por alguno de los litigantes, y se consigue así el convencimiento del Juez acerca de una determinada realidad fáctica, se estará en disposición de obtener una sentencia que, partiendo de ese presupuesto de hechos probados de acuerdo con las normas procesales, dé la razón a la parte cuya postura procesal se sustenta en tales hechos.

Por razones históricas, esencialmente por la solución mantenida en la codificación francesa, la LEC de 1881 regula la actividad probatoria de modo fragmentario, pues acoge en su articulado esencialmente lo que afecta al procedimiento probatorio, dejando para el Código Civil lo relativo al valor y eficacia de los distintos medios de prueba y a la carga de la prueba, dentro de la prueba de las obligaciones. El Anteproyecto de LEC de 1998, reparando este error, pues no sólo las obligaciones precisan de prueba, acaba con la dualidad de regulaciones y procede a derogar los correspondientes preceptos del Código Civil (arts. 1214 a 1253).

De todos modos, la propuesta ministerial parece valorar en poco la materia de prueba o considerar que se introducen escasas novedades normativas, por cuanto si bien el número de preceptos dedicados a ella es con-

siderable, en la E. de M. se despachan sus redactores con un par de reducidos párrafos.

En general, puede decirse que la regulación de la prueba en el Anteproyecto de LEC aporta importantes innovaciones que no aparecen suficientemente ponderadas, y supone naturalmente un avance respecto de la situación presente; sin embargo, no todas las novedades merecen una valoración similar, pues junto con avances notables se aprecian decisiones de eficacia más que dudosa.

En una primera aproximación destaca una terminología poco cuidada en esta regulación y, sobre todo, que se mantiene en el texto proyectado la dispersión normativa de la que nuestra centenaria LEC hace gala continuamente. Comienza el texto haciendo referencia a la prueba a la hora de regular la intermediación y la publicidad (arts. 136 y 137); bastantes artículos después se refiere el texto proyectado a la carga de la prueba dentro de los requisitos de la sentencia (art. 216); más adelante regula la aportación de documentos probatorios y el momento y la forma de su presentación (arts. 267 y 269 a 275), luego, en el capítulo II del Libro II, relativo al juicio ordinario, dedica la sección 5.^a precisamente a la prueba (arts. 327 a 435), no sin antes contemplar el recibimiento a prueba (art. 325); por último, las normas «ordinarias» de prueba finalizan con la regulación de las conocidas diligencias para mejor proveer (ahora llamadas diligencias finales) (arts. 439 a 441).

Pero no se acaban ahí las disposiciones en materia probatoria; de un lado, es preciso señalar que, amén de disposiciones sobre plazo probatorio al hilo de la regulación de incidentes (*v. gr.*, recusación), el Anteproyecto contiene disposiciones sobre prueba dentro del otro proceso ordinario y de los procesos especiales. En los preceptos sobre los juicios verbales se realiza una remisión poco clara a las normas de prueba del juicio ordinario, ordenando que se practiquen de acuerdo a éstas «en cuanto no sea incompatible con sus trámites» (art. 451.3); por consiguiente, se deja al criterio judicial determinar si las normas llegan a ser incompatibles y cuál habría de ser entonces el procedimiento probatorio a seguir, o si el Juez y las partes deben «inventar» caso a caso el modo de realizar las pruebas. También en los procedimientos especiales hallamos normas singulares respecto de la prueba derivadas de los objetos litigiosos que en ellos se ventilan, que habrá ocasión de analizar más adelante.

Al propio tiempo, se advierten algunas reiteraciones, como cuando se ordena que las pruebas se practiquen en audiencia pública (arts. 137, 338 y 347), que, sin embargo, no ponen en entredicho la virtualidad del texto, que parece ser exigente en el respeto por el principio de intermediación, aun-

que llega a desatender la presencia del fedatario público en la ejecución de los medios de prueba (art. 338).

2. MEDIOS DE PRUEBA

En la enumeración de los medios de prueba que se contiene en el apartado 1 del artículo 351 del Anteproyecto pareciera que los autores plantean el mantenimiento de la actual normativa, de modo que sólo cambiaría la denominación de la prueba de confesión (con los problemas tradicionales de su indiferenciación con la prueba por juramento) y se mantendrían los medios de prueba actuales: documentos públicos, documentos privados, confesión, testigos, reconocimiento judicial y peritos. Sin embargo, esta primera impresión se desvanece de inmediato.

En primer lugar, en el siguiente apartado 2 del propio artículo 351 se reconoce expresamente como medio de prueba los de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, como uno más de los que el texto regula y al que dedica los artículos 432 y 433. Ciertamente era ya tiempo de que el legislador reconociera y reglara una actividad que sirve cotidianamente para acreditar circunstancias de hecho con gran fidelidad y con mecanismos que se conocen y manejan de forma generalizada, pero que no habían tenido entrada en las disposiciones procesales. No se trata, como pudiera parecer, de otra cosa sino de un medio de prueba más, que debería figurar como número 7.º de la enumeración del artículo 351.1.

En segundo lugar, se termina la tradicional polémica sobre el carácter taxativo o abierto de los medios de prueba, surgida precisamente con los medios de reproducción del sonido y de la imagen: el apartado 3 del artículo 351 del texto proyectado se pronuncia de un modo claro por la última alternativa, y dispone que son admisibles cualesquiera otros medios, aunque no estuvieran comprendidos en la enumeración anterior, a través de los cuales pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes para el proceso.

En tercer lugar, debe destacarse que se alude en el texto, dentro de la prueba de reconocimiento judicial, al reconocimiento de personas (art. 403.1), actuación carente hasta la fecha de regulación, pero que reviste una gran importancia tanto en el proceso civil (piénsese en el reconocimiento de presuntos incapaces, o en reclamaciones por daños corporales, donde puede ser necesario que la autoridad judicial aprecie por sí misma su alcance) como por la aplicabilidad supletoria de las normas procesales civiles en otros órdenes jurisdiccionales (singularmente el social). Sin embargo, el Anteproyecto pasa como de puntillas por este medio de prueba y no

da pruebas de la sensibilidad exigible en este punto, ya que coloca al reconocimiento de personas después del reconocimiento de lugares y objetos, y no le dedica norma alguna que de forma específica regule las particularidades de este reconocimiento sobre todo por lo que hace a la preservación de la intimidad de la persona reconocida.

3. PROCEDIMIENTO PROBATORIO

En lo que hace al procedimiento probatorio en general, y tras reiterar la celebración en audiencia pública y la exigencia de la intervención judicial, garantizando la inmediación, sólo pueden destacarse tres extremos de interés: la regulación de la prueba ilícita, el plazo extraordinario de prueba y las sanciones por inejecución de la prueba.

a) La prueba ilícita fue objeto de especial consideración en la LOPJ en 1985, a raíz de la STC de 29 de noviembre de 1984, disponiendo su artículo 11.1 que en todo tipo de procedimiento «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». Esta disposición general sobre la prueba pretende ser llevada al proceso civil en el Anteproyecto, que modifica en cierta medida su alcance y pretende extender el régimen de nulidades a las diferentes infracciones de derechos y no sólo de derechos y libertades fundamentales.

El sistema que introduce el texto es exigir en todo caso la celebración de una audiencia sobre la ilicitud de la prueba, pero es de advertir que se traslada los efectos de la apreciación de la ilicitud no al momento de la valoración del medio probatorio, sino al momento de la admisión de la prueba. Así, pues, cuando el Juez entienda que la prueba consiste o incorpora una actividad prohibida por la ley, o hay elementos que permiten dudar de la lícita obtención u origen de una prueba, deberá repelerla, teniendo la consideración de prueba inadmitida.

Merece resaltarse la preceptiva audiencia sobre la licitud de la prueba «sospechosa», lo que proporciona una importante garantía de contradicción, de tal modo que pueda el Juez contar con las alegaciones de las partes a la hora de ponderar esta circunstancia. El Anteproyecto viene a exigir un pronunciamiento específico acerca de la licitud de los medios de prueba «sospechosos», previo a la sentencia y separado de ella, que ha de realizarse en todo caso, bien se haya denunciado la ilicitud por una parte procesal (art. 332.3), o bien se haya apreciado de oficio por el Juez la duda sobre el particular (art. 333.1).

Este sistema debe ser favorablemente acogido por dos razones: en pri-

mer lugar, porque sitúa en su justo momento los efectos que debe producir la prueba ilícita que haya sido traída al proceso; en puridad, no es que la prueba no deba surtir efecto, sino que más precisamente debe ser rechazada y expulsada del procedimiento, es decir, debe ser considerada inadmisibile. En segundo lugar, porque garantiza el pronunciamiento de las partes sobre la licitud del concreto medio probatorio, tanto a los efectos de la decisión del Juez de instancia como para fundamentar las impugnaciones que puedan intentarse contra la sentencia definitiva; hasta el presente, aunque el rechazo del valor probatorio de la prueba ilícita estuviera suficientemente razonado en la sentencia, el ataque en apelación del pronunciamiento judicial llegaba a resultar extremadamente difícil.

b) Por lo que hace al período extraordinario de prueba, se fija en dos meses y se establece sólo para el caso en que toda o la mayor parte de la prueba haya de practicarse fuera del lugar en donde se esté sustanciando el proceso y se pida por la parte a quien interese (art. 335). La previsión de este período extraordinario de prueba tiene, a mi modo de ver, la ventaja de eliminar las previsiones en razón de la lejanía del punto en donde la prueba se había de realizar, pero presenta un doble grave inconveniente: por una parte, olvida la distinción entre las diligencias que han de practicarse en España y las que han de serlo en el extranjero, y utiliza un criterio puramente cuantitativo para su concesión.

Parece importante introducir la distinción entre las diligencias de prueba que se han de realizar a través del auxilio judicial interno, de aquellas otras que precisan recabar el auxilio judicial internacional. En efecto, mientras que las primeras no precisan de la intervención de órganos interpuestos ni otros requisitos para expedir los exhortos (art. 166.2), para cursar las comisiones rogatorias, pueden aparecer dificultades mucho mayores, desde la traducción de la petición de auxilio, hasta la necesaria intermediación de órganos administrativos, lo que en buena lógica puede hacer ilusorio el plazo previsto en el texto.

Por otra parte, tampoco resulta satisfactorio el criterio que parece con- tenerse en el Anteproyecto, otorgando o no el plazo extraordinario en función de razones puramente cuantitativas («toda o la mayor parte de la prueba»); es preciso ponderar más bien la relevancia o trascendencia que puedan tener para el resultado del proceso el o los medios probatorios que hubieran de practicarse fuera de la circunscripción del Juzgado.

c) Por último, el Anteproyecto introduce como novedad la imposición de sanciones pecuniarias a los litigantes por la falta de ejecución de los medios de prueba que hubieren propuesto y fueran admitidos, salvo que la parte acredite falta de culpa (inversión de la carga de la prueba) o desis-

tiese de la práctica probatoria antes del vencimiento del plazo (art. 337), estableciendo una diferencia en la cuantía máxima de la sanción pecuniaria según se trate de inejecución en el período ordinario o su hubiera concedido el período extraordinario de prueba (mínimo de 10.000 y máximo de 100.000 o de 200.000 pesetas). Es una medida plausible, ya que supone arbitrar mecanismos que garanticen la probidad y lealtad procesales, impidiendo los abusos de derechos que para dilatar la tramitación permiten las leyes de procedimiento.

4. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

En lo que se refiere a la valoración de la prueba, destaca sobre todas las cosas que el Anteproyecto mantenga la consideración de medios probatorios de valoración legal o tasada tanto respecto de la prueba de interrogatorio de las partes como de la prueba documental.

En efecto, el artículo 367 del texto proyectado dispone que se considerarán ciertos los hechos que la parte haya reconocido como tales cuando se trate de hechos personales y perjudiciales y salvo que resulten contradichos por el resultado de las demás pruebas. Tal y como aparece en el Anteproyecto la norma permite interpretaciones que pueden llegar a ser muy desiguales, pues, de un lado, parece consagrar el interrogatorio de las partes como medio de prueba de valoración tasada, en la medida en que exige que se consideren ciertos los hechos reconocidos; pero, de otro lado, parece que desaparece cualquier idea de medio probatorio privilegiado, ya que el resultado que ofrezca podría ser desvirtuado por cualquier prueba, sea ésta libre o tasada, en contraposición con la inteligencia actual del valor de los medios de prueba legales.

Al propio tiempo, el artículo 370, conforme en la actualidad establece el Código Civil, dispone que los documentos públicos harán prueba plena del hecho o estado que documenten, de la fecha y de las personas intervinientes. Por su parte, en relación con los documentos privados, se ordena que hagan prueba plena cuando sea reconocida o admitida su autenticidad por todas las partes a quienes perjudiquen (art. 377).

El mantenimiento de estos criterios de valoración legal puede considerarse de dudosa eficacia, ya que ha sido contestado con frecuencia por la doctrina jurisprudencial que, con olvido de las normas legales, viene reconociendo el fácil expediente de la valoración conjunta de la prueba, con el consiguiente resultado de una ausencia casi absoluta de motivación probatoria y de la exigible individualización de cada una de las pruebas que se han practicado en el proceso. Negado con reiteración por el Tribunal

Supremo y por la práctica judicial el valor privilegiado de cualquiera de los medios probatorios e inclinada buena parte de la doctrina por introducir en el proceso civil el principio de libre valoración de la prueba, parece difícil, si no se introducen en el Anteproyecto las oportunas prevenciones que puedan tener estas normas, efectividad alguna.

En otro orden de ideas, llama la atención el cambio radical en la concepción de un medio de prueba de gran importancia en el proceso civil: la prueba pericial, que pasa de ser un informe proporcionando al Juez sus conocimientos científicos, artísticos o prácticos sobre determinados hechos, emitido por una persona esencialmente imparcial, a convertirse en un informe de parte, o encargado por la parte a quien interese. Como se comprenderá, aun cuando ello no es objeto de particular atención en estas páginas, la modificación es sustancial y puede ser una fuente de graves desigualdades entre litigantes poderosos, que pueden aportar informes de peritos más cualificados y litigantes más débiles que no tendrán capacidad para hacer frente a los honorarios de tan acreditados peritos. En cualquier caso, se aprecia una norma de difícil inteligencia en la actual regulación del dictamen pericial, que permite la designación judicial cuando la prueba derive de alegaciones o pretensiones complementarias derivadas de la comparecencia (art. 390); en tales casos, se procede a la designación «cuando ambas partes se muestren conformes con el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen del perito que el Tribunal nombre». En verdad que no se entiende bien a qué se refiere el texto cuando alude a la aceptación del dictamen por ambas partes, ni qué valor tendrá tal aceptación; no se sabe si se pretende que dicha aceptación vincule al Juez; si va a impedir a las partes pedir explicaciones al perito o formular objeciones al dictamen; si la declaración no les permite realizar propuestas de rectificación...

5. INTERROGATORIO DE LAS PARTES

La regulación en el Anteproyecto de uno de los medios de prueba más importante del proceso civil, como es la antigua prueba de confesión, merece del intérprete una especial atención, máxime cuando la práctica forense y la actual configuración de las relaciones sociales en muy buena medida había desvirtuado este medio probatorio.

La primera novedad es el cambio de denominación, superando la confusión histórica de nuestros textos legales entre la prueba de juramento y la prueba de confesión: desaparece la primera y se denomina la segunda prueba de interrogatorio de las partes, que parece más adecuado.

Otra novedad que debe ser acogida con satisfacción es la regulación

del interrogatorio de las personas jurídicas, que, como se sabe, era fuente de no pocos abusos; ello era debido a la fungibilidad de la representación de las personas jurídicas, de quienes debían responder en su nombre, de modo que con sólo cambiar la designación se dejaba sin efecto la prueba, porque las posiciones de la confesión habían de ser respondidas por quien hubiera tenido participación personal en los hechos, pudiéndose negar a responder en otro caso. En el Anteproyecto se salvan con acierto las situaciones descritas y en el artículo 360 se contiene la regulación del interrogatorio de personas jurídicas.

Con todo, se advierte una primera dificultad general en la regulación de la prueba de interrogatorio de las partes, y es que parece exigirse la comparecencia obligatoria de los litigantes en el lugar donde se esté siguiendo el juicio para ser interrogados bajo la intermediación del Juez encargado de dictar sentencia. Así parece desprenderse de lo dispuesto en el artículo 364, según el cual la parte será examinada por vía judicial cuando residiera fuera de la demarcación judicial y se encontrase enferma o no pudiera comparecer sin grave incomodidad en la sede del Tribunal, a diferencia de lo que ocurre con los testigos, para quienes se prevé la declaración en su lugar de residencia (art. 417); por consiguiente, el principio es el de acudir a la sede del Tribunal sentenciador y la excepción la declaración en el lugar del domicilio del litigante.

Esta plausible previsión normativa se antoja prácticamente irrealizable salvo cuando se trate de objetos litigiosos que tengan para las partes una enorme importancia, pues la grave incomodidad o la imposibilidad física de acudir ante el Tribunal (como puede suceder con los representantes de las personas jurídicas, que se verían obligados a continuos desplazamientos por el territorio nacional), va a resultar ampliamente utilizada en la práctica forense, dejando en práctica letra muerta la saludable intención del legislador.

Por lo demás, el procedimiento de la prueba de interrogatorio de las partes resulta en muy buena medida continuista, pues las exigencias del pliego de posiciones se reitera prácticamente en el artículo 353 de la norma proyectada; ahora han de presentarse las preguntas del interrogatorio por escrito, con claridad y precisión y en pliego cerrado. En el acto de recibirle declaración a la parte se procederá a la apertura del pliego y a la declaración de admisibilidad de las preguntas, que podrá ser impugnada por el interrogado o por su abogado (art. 354). También se mantienen las facultades que la vigente LEC (art. 682) concede tanto al Juez como a la parte que propuso la prueba para plantear aclaraciones o formular preguntas complementarias, recogiendo el Anteproyecto expresamente el interrogatorio cruzado de las partes (art. 357).

6. INTERROGATORIO DE TESTIGOS

Tampoco presenta grandes novedades la regulación de la prueba de testigos en el Anteproyecto. No obstante, se procede a señalar algunas cuestiones que aparecen como las más relevantes en el texto propuesto, por su innovación o por la trascendencia de la norma.

En primer lugar, desaparecen las inhabilidades para ser testigo que recoge el Código civil y se establece la idoneidad de todas las personas para prestar declaración siempre que posean el discernimiento para conocer el alcance de su actuación (art. 410).

En lo que se refiere al procedimiento probatorio se observa un acentuado formalismo en la regulación y no se entiende bien el resultado que puede producir la previsión del texto proyectado, además de contener alguna norma poco comprensible, como la que dispone que no conste en acta la respuesta a una pregunta que hubiera sido inadmitida (art. 415.3), salvo que se entienda que se hubiera podido formular en el momento del interrogatorio, cuando se proceda a la ampliación (art. 424).

En efecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 413, la parte que proponga la prueba debe presentar la relación de preguntas en pliego cerrado al momento de la proposición, y lo propio habrán de hacer las otras partes, en pliego cerrado, si pretenden formular preguntas al mismo testigo (art. 414). La presentación de las preguntas en pliego cerrado puede generar dificultades de gran importancia: por una parte, las partes que no lo propusieron van a desconocer el contenido del interrogatorio y los pliegos de preguntas que puedan formular, a su vez, no guardarán conexión alguna con las planteadas en el interrogatorio del litigante que propuso al testigo.

Por otra parte, lo que es más grave, los interrogatorios han de ser depurados en lo que a la admisibilidad de las preguntas se refiere, en el mismo acto en que los testigos van a ser examinados, de modo que cabría considerar el caso en que fueran rechazadas todas las preguntas que pretendieran las partes formularle al testigo, con lo que su comparecencia habría resultado perfectamente infructuosa.

7. LA PRUEBA EN LOS PROCESOS ESPECIALES

Finalmente, deben hacerse algunas consideraciones acerca de las especialidades probatorias contenidas en el Anteproyecto en relación con los procesos especiales. En los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio se establecen ciertas singularidades en el régimen de prueba que conviene destacar.

De un lado, y dentro de las disposiciones generales para todos estos procesos, se faculta al Tribunal para ordenar de oficio la práctica de cuantas pruebas estime pertinentes, tanto en la primera como en la segunda instancia (art. 752.2), sin que resulten de aplicación en ellos las normas legales de valoración de la prueba, sea en relación con el interrogatorio de las partes, sea en relación con los documentos (art. 752.3).

En los procesos sobre capacidad de las personas, que comprende tanto la incapacitación como la reintegración de la capacidad, el órgano jurisdiccional viene obligado a ordenar de oficio determinadas diligencias probatorias: la audiencia de los parientes más próximos, el examen del presunto incapaz y el dictamen médico (arts. 759.1 y 761.3).

Cabe señalar en la regulación proyectada dos extremos: que estos medios probatorios no tienen por qué acordarse de oficio si las partes hubieran pedido su práctica, en cuyo caso el Juez podrá tener en la ejecución de la prueba la intervención que la Ley le señala; pero sobre todo, que abre una segunda instancia plena, ya que ordena al Tribunal de apelación que practique por sí mismo, con independencia de la impugnación, estos medios de prueba. Esta última disposición parece exceder de lo razonable si la apelación no pretende la revocación de la sentencia de instancia por cuestiones de fondo, especialmente de valoración de la prueba practicada, y se constriñe a cuestiones procesales o a otras apreciaciones de derecho.

Sin especialidades probatorias dignas de relieve en los procesos matrimoniales, en donde el Anteproyecto se ha limitado prácticamente a transcribir las disposiciones adicionales de la Ley 7/1981, debe finalmente aludirse a los procesos de filiación. En estos procesos se reconoce la investigación de la paternidad de modo expreso, y mediante todo tipo de pruebas, incluidas las biológicas (art. 767.2).

Sin embargo, no resulta tan clara, por los problemas interpretativos que puede generar, la norma del artículo 767.4, según la cual «la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al Tribunal declarar al filiación reclamada, siempre que la evidencia sobre la paternidad o maternidad no pueda obtenerse a través de otros medios probatorios». Así, pues, parece que puede suplirse la falta de toda prueba sobre la paternidad o maternidad por la negativa injustificada a someterse precisamente a la prueba biológica.

Este precepto parece introducir en nuestro ordenamiento una inversión probatoria no del todo justificada. En efecto, por un lado, no se determina con la mínima precisión el alcance del principio de prueba de los hechos en que se funda la demanda sobre determinación de la filiación que es pre-

ciso aportar con la demanda (art. 767.1). Pero, por otro lado, lo que es más importante, la norma sería confusa y redundante: confusa porque naturalmente la acreditación de la paternidad o maternidad siempre puede obtenerse mediante las pruebas biológicas, y además podrá verificarse o no por otros medios; sin embargo, esta última alternativa escapa normalmente al conocimiento judicial, que sólo podrá saber de la posibilidad de utilizar otros medios probatorios en razón de información suministrada en el proceso por las partes. Podría también resultar redundante porque si la evidencia se puede obtener por otros medios, y se logra, la prueba biológica sería superflua; y si esas otras pruebas resultan infructuosas o no se pueden practicar por causa no imputable al demandante no tiene mucha justificación hacer tabla rasa de las biológicas.

En resumen, de acuerdo con el tenor literal del precepto, una mera ausencia del demandado para reconocer la paternidad o maternidad pueden determinar la declaración de la filiación, sólo con que el demandante aduzca que no puede acreditarla por más medios que las pruebas biológicas y aquél no compareciera para someterse a ellas, solución que se antoja va mucho más allá de unos parámetros de razonabilidad y proporcionalidad de la respuesta legal a la falta de colaboración con la administración de justicia y de protección de derechos tan relevantes como la filiación, singularmente porque suele instarse en favor de menores.

Prof. Dr. Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid