

NUEVO PROCESO CIVIL ESPAÑOL: SOBRE ALGUNAS DE LAS MÁS POSITIVAS CONSECUENCIAS DE LA APUESTA POR UN MODELO PROCESAL ORAL, CONCENTRADO Y SIN INTERMEDIARIOS

DIEGO PALOMO VÉLEZ*

RESUMEN: *En este trabajo se aborda el estudio de algunas de las principales consecuencias que ha acarreado en el nuevo sistema procesal civil español la asunción por parte de la LEC 1/2000 de un modelo de justicia civil sostenido efectivamente en las reglas de la oralidad, concentración e intermediación real. Destaca entre ellas especialmente la revalorización de la actividad probatoria, pero también la interesante reformulación de las antiguas diligencias para mejor proveer y la nueva configuración legal de la ejecución provisional de la sentencia. Este autor cree que el conocimiento del nuevo modelo español, un modelo razonable y bastante exitoso, puede aportar mucho en las futuras decisiones legislativas que a propósito de nuestra reforma procesal civil se deban adoptar.*

PALABRAS CLAVE: Proceso civil – Justicia civil – LEC 1/2000 – Oralidad – Reforma procesal.

NEW CIVIL PROCEEDING IN SPAIN: SOME OF THE MOST POSITIVE CONSEQUENCES OF THE SHIFT TO AN ORAL PROCEDURAL MODEL, CONCENTRATED AND WITHOUT MEDIATORS

ABSTRACT: *This article is the study of some of the main consequences to the new Spanish civil procedural system brought by the assumption by the LEC 1/2000 of a civil justice model effectively sustained in the rules of orality, concentration, and real immediacy. Especially highlighted among them is the revaluation of the probative activity, but also the interesting reformulation of the old judicial procedures to better provide and the new legal configuration of the provisional remedy of the sentence. This author believes that knowledge of the new*

* Profesor asistente de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Talca. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: dpalomo@utalca.cl.

Fecha de recepción: 22 de marzo de 2007.

Fecha de aprobación: 29 de mayo de 2007.

Spanish model –a reasonable and quite successful model– can highly contribute in future legislative decisions that must be adopted due to our new civil procedural reform.

KEY WORDS: Civil proceedings – Civil Justice – LEC 1/2000 – Orality – Procedural Reform.

SUMARIO: I. Marco de nuestro estudio: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. II. La estructura de los nuevos procesos declarativos ordinarios: Una aproximación panorámica. III. Primera consecuencia: Revalorización de la actividad probatoria. 1) Consideraciones básicas sobre la importancia y finalidad de la prueba civil. 2) La desmejorada situación de la prueba durante el derogado régimen de la LECA: Un procedimiento desesperadamente escrito como fundamental culpable. 3) Recuperación de la trascendencia y seriedad de la prueba por la LEC 1/2000. IV. Segunda consecuencia: Las diligencias finales en la LEC. 1) De las antiguas diligencias para mejor proveer y su reformulación. 2) Articulación de las diligencias finales. V. Tercera consecuencia: Una nueva configuración legal para la ejecución provisional de la sentencia como una apuesta real hacia la potenciación de la primera instancia en busca de la efectividad de la tutela jurisdiccional. 1) Relación existente entre la nueva estructura del proceso civil y la decidida apuesta del legislador hacia la eficacia de un sistema de ejecución provisional de las sentencias. 2) El sistema de ejecución provisional en la LEC: Las claves del cambio. VI Cierre. Bibliografía consultada.

I. MARCO DE NUESTRO ESTUDIO: LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La aprobación y posterior entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), ha supuesto una serie de importantes cambios en el proceso civil español, gobernado desde 1881 –y sin mayores modificaciones sustanciales– por una normativa que hundió sus raíces más profundas en las mismísimas Partidas.

Tanto la evolución experimentada por la sociedad española a lo largo del siglo XX, como el desempeño deficitario de la justicia civil evidenciaron la necesidad de materializar una serie de cambios a través de la aprobación de una nueva normativa procesal. El derecho a una tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24 de la Constitución española de 1978, así lo exigía.

Lo expresa así la propia Exposición de Motivos de la LEC:

“Esta nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se inspira y se dirige en su totalidad al interés de los justiciables, lo que es tanto como decir al interés de todos los sujetos jurídicos y, por consiguiente, de la sociedad entera. Sin ignorar la experiencia, los puntos de vista y las propuestas de

todos los profesionales protagonistas de la justicia civil, esta Ley mira, sin embargo, ante todo y sobre todo, a quienes demandan o pueden demandar tutela jurisdiccional, en verdad efectiva, para sus derechos e intereses legítimos”.

“Con perspectiva histórica y cultural, se ha de reconocer el incalculable valor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1881. Pero con esa misma perspectiva, que incluye el sentido de realidad, ha de reconocerse, no ya el agotamiento del método de las reformas parciales para mejorar la impartición de justicia en el orden jurisdiccional civil, sino la necesidad de una Ley nueva para procurar acoger y vertebrar, con radical innovación, los planteamientos expresados en los apartados anteriores.

La experiencia jurídica de más de un siglo debe ser aprovechada, pero se necesita un Código procesal civil nuevo que supere la situación originada por la prolija complejidad de la Ley antigua y sus innumerables retoques y disposiciones extravagantes. Es necesaria, sobre todo, una nueva Ley que afronte y dé respuesta a numerosos problemas de imposible o muy difícil resolución con la Ley del siglo pasado. Pero, sobre todo, es necesaria una Ley de Enjuiciamiento Civil nueva que, respetando principios, reglas y criterios de perenne valor, acogidos en las leyes procesales de otros países de nuestra misma área cultural, exprese y materialice, con autenticidad, el profundo cambio de mentalidad que entraña el compromiso por la efectividad de la tutela judicial, también en órdenes jurisdiccionales distintos al civil, puesto que esta Ley está llamada a ser ley procesal supletoria y común”.

Pues bien, uno de estos importantes cambios se sitúa en el muchas veces subestimado plano de las formas procesales, esto es, en la dimensión propia del procedimiento. Nos referimos, en concreto, a la introducción por parte del legislador español de mayores grados de oralidad en un proceso civil que tradicionalmente dio la espalda a esta forma del procedimiento.

Este es el punto de partida de las líneas que siguen, en donde a partir del reconocimiento del acierto de la apuesta española por la implementación de un nuevo modelo procesal civil sustentado fundamentalmente en la técnica de las audiencias y por lo tanto, construido sobre las reglas de la oralidad, concentración e inmediatez, se analizan algunas de las principales consecuencias que a juicio de quien escribe han derivado —para bien de los españoles— del nuevo sistema.

II. LA ESTRUCTURA DE LOS NUEVOS PROCESOS DECLARATIVOS ORDINARIOS: UNA APROXIMACIÓN PANORÁMICA

Previo a abordar el estudio propuesto, estimamos incuestionable la utilidad de pasar revista general a la estructura de los juicios ordinarios

que contempla la nueva LEC (juicio ordinario y juicio verbal). Ello permitirá al lector formarse una idea general de la entidad y calado de la reforma.

Una primera consideración salta a la vista tras la revisión del articulado que regula estos procesos y es que conservando la clásica estructura lógica del proceso de declaración (solo se agrega la audiencia previa, tratándose del juicio ordinario), el legislador español ha dispuesto de las distintas piezas con *racionalidad*, intentando obtener el mejor provecho de ellas, sin amarres teóricos apriorísticos y simplistas y sin pasar por alto las posibilidades reales que se tenían.

“La ley diseña los procesos declarativos de modo que la inmediación, la publicidad y la oralidad hayan de ser efectivas. En los juicios verbales, por la trascendencia de la vista; en el ordinario, porque tras la demanda y contestación, los hitos procedimentales más sobresalientes son la audiencia previa al juicio y el juicio mismo, ambos con la inexcusable presencia del juzgador”.

Pues bien, advirtiendo que se trata solo de una mirada general, debemos decir que la estructura formal del juicio ordinario que recoge la LEC combina oralidad y escritura, satisfaciendo —dicho sea de paso— el mandato contenido en el art. 120.2 de la Constitución española¹.

Muy sintéticamente, el juicio se inicia por un trámite de alegaciones escritas y se desarrolla en audiencias sucesivas orales, la audiencia previa y el juicio, donde se practica la prueba. Termina con una sentencia escrita.

Tanto la demanda como su contestación son escritas, siguen siendo escritas. Tras estas alegaciones iniciales escritas, a las cuales se pueden agregar eventualmente otras (léase la declinatoria y la demanda reconvenicional, que también son escritas) se contempla una primera audiencia o comparecencia destinada a preparar la vista del juicio². En esta audiencia previa se intenta inicialmente un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso y, si tal acuerdo no se logra, se resuelven las posibles cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales, se determinan con precisión las pretensiones de las partes y el ámbito de la controversia, se intenta nuevamente un acuerdo entre los litigantes y, en caso de no alcanzarse y de existir hechos controvertidos, se proponen y admiten las pruebas pertinentes. En la vista principal, el juicio, se materializa la práctica de la prueba, con destacados grados de oralidad, inmediación y concentración. También se formulan las conclusiones sobre la práctica de

¹ “El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”. Art. 120.2 CE.

² Acertadamente se ha subrayado que la estructura del juicio ordinario huye tanto de la extremosidad de la oralidad absoluta como de una vista no suficientemente preparada. DE LA OLIVA SANTOS, A. “Sobre la Ley (...)”. *Op. cit.*, p. 131.

la prueba, finalizando con informes sobre aspectos jurídicos. De todas las actuaciones públicas y orales quedará constancia mediante instrumentos aptos para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, sin perjuicio de las actas necesarias. Tras ello, y sin perjuicio de la posibilidad de las diligencias finales, se finaliza con la fase decisoria, donde la sentencia sigue siendo escrita.

Respecto al juicio verbal el modelo es más sencillo. Se inicia por una demanda escrita, sucinta, con inmediata citación para la vista. En efecto, tras la demanda se convoca al juicio en el que oral y concentradamente se lleva a efecto tanto la contestación de la demanda como la práctica de las pruebas. La vista del juicio se celebra ante el juez de la causa. En ella las partes formulan y delimitan el objeto del juicio, afinando o presentando sus alegaciones según corresponda, y practican las pruebas. Una vez practicadas se da por terminada la vista y procede la dictación del fallo.

Cabe destacar que se trata de un diseño más simple y acusadamente más oral y concentrado. Y es perfectamente lógico que así sea según tendremos la oportunidad de explicar:

Se advierte por la misma Exposición de Motivos:

“Solo es conveniente acudir a la máxima concentración de actos para asuntos litigiosos desprovistos de complejidad o que reclamen una tutela con singular rapidez. En otros casos, la opción legislativa prudente es el juicio ordinario, con su audiencia previa dirigida a depurar el proceso y a fijar el objeto del debate”.

Tratándose del juicio verbal, la opción del legislador por la efectividad de la tutela judicial es aún más evidente. La celeridad en la respuesta judicial se entiende un valor en sí mismo y por ello se persigue aún a costa de otros valores, consecuencia de lo cual es la restricción que sufre la reconvencción, la limitación de la acumulación de acciones, la contemplación de una contestación oral y el descarte de las denominadas diligencias finales, entre otras demostraciones en este sentido. Los riesgos de una demora en la respuesta judicial son evitados.

III. PRIMERA CONSECUENCIA: REVALORIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Desde la perspectiva de las consecuencias de la apuesta del legislador español por un modelo sostenido en las reglas de la oralidad, concentración e intermediación es el tema de la prueba y los procedimientos probatorios el que, junto con la audiencia previa, más novedades y consecuencias genera en el desarrollo del nuevo proceso civil ordinario español.

La vinculación entre la prueba y las formas procesales, concretamente con la oralidad y sus reglas conexas, nunca ha pasado desapercibida ni

sido ignorada, al contrario, se ha reconocido en ella un verdadero pilar desde el cual el proceso civil puede ofrecer sus mejores aportaciones a la resolución más acertada y justa del pleito³. Esta es la razón por la cual pasamos a analizar lo relacionado con las modificaciones introducidas en esta materia, explicando las razones para los cambios implementados, pero también las perspectivas que a partir de ellos se abrieron para la actividad de la prueba. Es en su nueva regulación formal donde se aprecia con mayor contundencia y claridad la ruptura experimentada con el modelo derogado. Veremos en las líneas que siguen un claro ejemplo del por qué la LEC es considerada el acontecimiento jurídico más importante en la España del siglo XX.

1) Consideraciones básicas sobre la importancia y finalidad de la prueba civil

Entender adecuadamente la profundidad o importancia de un cambio formal puede en ocasiones exigir un detenimiento previo en cuestiones más de fondo que permiten dimensionar en su justa medida la trascendencia de la modificación procesal introducida. Es lo que precisamente ocurre tratándose de la prueba y los procedimientos probatorios.

En efecto, si bien las consideraciones que cruzan este estudio están identificadas fundamentalmente por la problemática que ofrecen las "formas procesales", concretamente la oralidad, la escritura y sus respectivas formas conexas, abordar correctamente el tratamiento que la nueva normativa procesal concede a la prueba y los procedimientos probatorios nos exige detenernos, aunque sea con una profundidad y extensión considerablemente menores a la de estudios dedicados a esta temática, en una de las principales cuestiones que han marcado la discusión.

La cuestión principal a la que apuntamos aquí no es otra que la importancia y finalidad de la prueba en el marco de un proceso civil.

En la dirección señalada lo primero que debe hacerse es reconocer y destacar la relevancia claramente fundamental que posee la actividad de la prueba en relación con los procesos en general y no solamente tratándose de los procesos civiles que acaparan nuestro interés. Debemos hacerlo de entrada, aunque resulte una perogrullada. Estamos convencidos que se trata de consideraciones que servirán al momento de valorar las modificaciones formales introducidas en relación con la prueba y los procedimientos probatorios.

Insistimos, no estamos diciendo nada nuevo. De hecho, es un lugar hartamente común de la enseñanza del Derecho la explicación de que es per-

³ Véase: CHIOVENDA, G. "L'oralità e (...)". *Op. cit.*

fectamente posible que se den algunos casos en que se pueda tener la razón, empero si no se logra demostrar, no se alcance, por mucho que así se desee, un resultado procesalmente favorable.

Bien es sabido que a través del proceso se pretende la aplicación o realización de una norma sustantiva en un caso concreto. Pues bien, ello solo será posible gracias a una actividad añadida a las afirmaciones iniciales aportadas por las partes. No basta solo con las afirmaciones realizadas por las partes a los efectos de proporcionar a quien debe juzgar el instrumento que este requiere para la emisión de su sentencia. Es necesaria una actividad que vaya más allá de las afirmaciones de las partes, una actividad procesal posterior dirigida precisamente a confirmarlas o contrastarlas, otorgando al juzgador el sostén que necesita para sentenciar el asunto en uno u otro sentido. Esta actividad no es otra que la prueba, verdadero eje sobre el cual gira todo proceso judicial, incluido desde luego el proceso civil. Dicho en otros términos: El juez debe resolver los asuntos de acuerdo con lo alegado y *probado*. El Derecho que debe aplicar debe estar en función de los hechos que le proporcionan las partes a través de la prueba.

Ahora centrémonos en las particularidades de la prueba en el proceso civil. Por cierto, no se trata de una actividad procesal sustancialmente diversa o distinta. La prueba es básicamente lo mismo en todos los procesos, por lo que la relevancia de la que hemos venido insistiendo se mantiene intacta. Con todo, existen ciertas diferencias que piden anotación.

¿Qué es la prueba en un proceso civil? ¿Qué concreta actividad la configura? Preferimos aquí un concepto comprensivo de todas las posibilidades que puede ofrecer la realidad actual del proceso español, por tanto, técnicamente infranqueable. En este sentido, la prueba "civil" la entendemos como la actividad procesal desarrollada por las partes —con el Tribunal— mediante la cual se pretende o persigue que el juez adquiera el *convencimiento* sobre la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica o bien para *la fijación* como ciertos a los efectos de un proceso⁴.

Esta conceptualización es especialmente útil, a la vez que esquivada los errores en los cuales han incurrido otros intentos. Y la razón de su utilidad salta a la vista: De un lado recoge lo que es la tendencia más expandida y consolidada en la actualidad en relación con la finalidad que debe asignarse a la prueba, cual es el perseguir obtener el convencimiento psicológico del juez, y del otro, no olvida ni omite que aún subsisten en el Derecho procesal civil español criterios legales de valoración para algunos medios de prueba, que imponen que en la sentencia consten como

⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A.; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Derecho Procesal (...)*. *Op. cit.*, p. 287.

ciertos unos hechos aunque el juez no haya alcanzado el convencimiento psicológico sobre los mismos.

Una precisión. Cuando decimos que la prueba es la actividad procesal a través de la cual se persigue que el juzgador adquiriera la convicción o el convencimiento sobre la verdad o realidad de un hecho afirmado, no estamos diciendo que la demostración o averiguación de la verdad de ese hecho constituya la finalidad que tenga asignada la prueba en el escenario del proceso civil. Los tiempos en que *la verdad* pretendía ser la finalidad de la prueba civil han sido superados por el pragmatismo⁵, principalmente por las dificultades que apareja la naturaleza del proceso civil, fundamentalmente ajena al principio de oficialidad que, a diferencia de lo que acontece en la sede procesal penal, condiciona y limita al juez respecto a sus reales posibilidades para dar con la verdad histórica o material, ofreciendo el inconveniente de su imposibilidad práctica. Muy bien conocidos son los esfuerzos de la doctrina en la dirección contraria, especialmente en Carnelutti, por ofrecer un concepto de prueba desligado totalmente de referencias a la verdad o realidad de los hechos⁶.

Bien se sabe que la historia de la construcción dogmática del concepto de prueba civil ha estado cruzada e influenciada desde dos frentes de análisis que siendo legítimos en principio, no lograron, a nuestro parecer, dar explicación convincente y suficiente del fenómeno de la prueba en el proceso civil. Un frente –el sustantivo, también llamado material– que gozando de un sólido punto de partida, peca de irrealismo y franca imposibilidad de realización práctica por las conocidas limitaciones de acceso a la verdad histórica que existen en el proceso civil; el otro –calificado como formal– ha pretendido agotar la explicación de todas las funciones asignadas a la prueba en la fijación de los hechos controvertidos por las partes, aislando de esta forma al proceso de la realidad, en consecuencia olvidando que en el fin de la prueba siempre debe estar el acercarse lo más posible a la realidad de los hechos.

El acento debe ponerse en el logro de otra “realidad”, más subjetiva, pero alcanzable y realizable: La convicción psicológica del juez, respecto de la verdad o certeza de los hechos afirmados por las partes. La finalidad de la prueba civil no radica en la verdad histórica o en la realidad ma-

⁵ Véase sobre este punto: SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios (...)*. *Op. cit.*, p. 356. También: GUASP, J.; ARAGONESES, P. *Derecho Procesal (...)*. *Op. cit.*, p. 349. Ahora, en particular sobre la relación existente entre el proceso socialista y el papel activo del juez en la búsqueda de la verdad material véase: CAPPELLETTI, M. *La oralidad (...)*. *Op. cit.*, pp. 29-30 y 72-74.

⁶ Allí su famoso concepto de prueba como fijación formal de los hechos controvertidos: “La institución jurídica de la prueba civil está constituida por el conjunto de normas jurídicas que regulan el procedimiento de fijación formal de los hechos controvertidos”. CARNELUTTI, F. *La prueba civil*. Buenos Aires, Ed. Arayú, Traducción 2ª edición italiana por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, p. 44.

terial de los hechos afirmados, tampoco en la pura fijación formal de los hechos controvertidos, sino en la obtención de la convicción subjetiva que el juzgador logre formarse una vez practicadas las pruebas. Es por tanto la verdad un concepto que puede utilizarse al hablar de la prueba en el proceso civil, pero siempre en el sentido reseñado, sin excesos, con sentido de la realidad y con prudencia.

Ha señalado el profesor De la Oliva Santos: "El uso del término *verdad* debe imponer un saludable respeto. Y no porque no exista la verdad ni existan verdades, ni porque se niegue la posibilidad de conocer una y otras, sino, simplemente, porque su conocimiento es arduo y porque, en nuestra Administración de Justicia y en materia civil (por lo menos), no se exige la adquisición de una certeza o de un convencimiento de la verdad de unos hechos *beyond any reasonable doubt*, "más allá de toda duda razonable", expresiva formulación angloamericana que la literatura y el cine han popularizado. En este sentido, cabría admitir que se entienda por *verdad*, a los efectos de los procesos civiles ordinarios, "una tan alta probabilidad que excluya la aceptación de lo contrario" de lo tenido inicialmente por probable (Lent). En otros términos, será suficiente estar *moralmente* convencido de la verdad de un hecho o tener certeza, positiva o negativa, de la afirmación de un hecho"⁷.

Vale decir, en el proceso civil, el convencimiento del juzgador sobre la verdad o certeza de los hechos o afirmaciones fácticas aportadas por las partes litigantes se debe materializar necesariamente en el marco formal de posibilidades y claras limitaciones que le son consustanciales atendida su propia naturaleza. La convicción del juez se debe de lograr, no sin complejidades, a partir de ellas.

Aún así, la importancia de la actividad probatoria es innegable y decisiva en el desenlace del proceso civil. Es la convicción psicológica del juez sobre la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica lo que está en juego. O, en su caso, su fijación como ciertos a los efectos de un proceso. Además, si bien no es exigible que la verdad material coincida con la que arroje la práctica de la prueba en el proceso civil, tampoco puede decirse que esta clase de procesos debe renunciar a ella. De hecho, creemos que lo más natural y lo más normal es que todavía tratándose del proceso civil deba tenderse hacia ella, aunque en ocasiones no se alcance en todo o en parte. Nada impide que en el proceso civil se tienda a ella, claro está, consciente de sus limitaciones.

Somos del parecer que las regulaciones de los procedimientos probatorios dicen bastante respecto al interés que se tiene con la resolución más acertada y justa de los asuntos, que sabemos pasa por el mayor

⁷ DE LA OLIVA SANTOS, A.; FERNÁNDEZ, M. *Derecho (...). Op. cit.*, p. 307.

acercamiento posible con la realidad fáctica introducida por las partes. Ningún proceso, ni siquiera el proceso civil, puede renunciar a que las resoluciones que se dicten sean lo más acertadas y justas que se pueda. Las limitaciones características de la naturaleza del proceso civil siempre estarán presentes, actuando y en cierta forma maniatando las posibilidades para la aprehensión efectiva de la verdad material. Con todo, estimamos que esas limitaciones –siempre existentes y vigentes– deben de alguna manera y en algún grado intentar “contrapesarse” con una regulación probatoria que tienda a la facilitación de las cosas. Las estará facilitando cuando en esa regulación formal del procedimiento probatorio se opte por respetar (en el mayor grado posible) las reglas procesales que permitan al juzgador, el fundamental destinatario de la actividad de la prueba, un contacto inmediato, directo y frontal con los medios probatorios.

Lo que es igual, la regulación de la práctica probatoria será facilitadora cuando los procedimientos probatorios que se establezcan permitan acercarse en el mayor grado posible a la realidad de los hechos controvertidos aportados. El proceso civil, bien se ha destacado, a pesar de las limitaciones existentes, no puede bien entenderse totalmente aislado o desapegado de la realidad. Es en esta señalada perspectiva bajo la cual juzgaremos y analizaremos la nueva regulación probatoria contenida en la LEC, la que –adelantamos– consideramos realiza importantes esfuerzos en esta señalada dirección al apostar fundamentalmente por la oralidad y sus formas conexas en lo que a la prueba y los procedimientos probatorios se refiere.

2) La desmejorada situación de la prueba durante el derogado régimen de la LECA⁸: Un procedimiento desesperadamente escrito como fundamental culpable

La característica clara, profunda y decididamente escrita que identificara al proceso civil bajo la vigencia de la anterior normativa procesal civil pasó una cuenta importante a la actividad probatoria en general. Decimos esto pues en gran medida es en esta señalada “cuenta” en donde puede encontrarse uno de los motivos más influyentes en la necesidad de buscar otra alternativa formal para el atrasado proceso civil español. La actividad probatoria había caído bajo la LECA en una dinámica de serio desprestigio y descrédito. De ella no la lograron sacar ni las reformas procesales parciales introducidas.

⁸ Ley de Enjuiciamiento Civil antigua.

2.1. *Incompatibilidad de la extremosidad de la forma escrita con la actividad probatoria*

La verdad, todo indicaba que debía ser así. El mal funcionamiento de esta crucial actividad del proceso era en cierto modo inevitable. El destino de la actividad probatoria bajo un sistema tan escrito era predecible. Insistimos: La oralidad y sus formas, la intermediación, la concentración y la publicidad general, se presentan como especialmente apropiadas para sacar el mejor provecho a la actividad probatoria. Por esta razón, y planteado en sentido contrario, los problemas que significó para la prueba la vigencia desesperante, prácticamente absoluta, de la escritura y sus reglas asociadas en el proceso civil prototípico, no debieron constituir sorpresa. Las señaladas ventajas de la oralidad respecto a la actividad probatoria no podían en este escenario formal ser más que una utopía. Así, los problemas experimentados no fueron más que una natural respuesta a los estímulos provenientes del modelo del viejo proceso ordinario basado en el derecho común, el *solemnis ordo iudiciarius* y, especialmente, el brocardo jurídico "*quod non est in actis, non est in mundo*", de aplicación irrestricta en este proceso.

Es que la forma escrita no es una buena compañera formal cuando hablamos de la prueba. No se trata solo de una apreciación formulada desde la teoría; la aplicación práctica de la anterior LEC demostró la plena efectividad y justeza de la misma. Y no es una buena compañera, sencillamente, porque un proceso civil tan marcadamente escrito apunta en la dirección contraria a la más razonable, conveniente y útil tratándose de la actividad probatoria. Veamos.

2.2. *Manifestaciones de esta incompatibilidad*

De entrada, en un sistema escrito se tiende a la desconcentración procesal. La dispersión de los actos ocupa el lugar de la concentración. Efectivamente, de forma muy general, la práctica de las pruebas se materializa en audiencias distantes unas de otras y distantes todas de la sentencia. Existe dispersión en la actividad probatoria. La fase probatoria se alarga, situación que a su vez prolonga la duración del proceso, con lo que se fortalece uno de los principales males del proceso civil: Su lentitud.

Pero además, la situación de que la actividad probatoria tuviera lugar bajo un escenario profundamente escrito y añadidamente tan desconcentrado demostró ser una fuente de importantes dificultades y, sobre todo, de permanente *desaliento* para el concurso efectivo de la presencia judicial en esta trascendente actividad a pesar de la previsión de normas que así lo imponían expresamente. El modelo escrito no incentivó la presencia del juez en la práctica probatoria. Lo contrario en realidad, el

sistema lo que hizo fue facilitar la extensión de la corruptela consistente en delegar en funcionarios de la Secretaría estas tareas que por Ley solo correspondían al juez. Se instaló en el juez español un sentimiento de inutilidad⁹ respecto a la inmediación, la práctica de pruebas careció de concentración y tuvo lugar en un momento procesal muy distante de aquel en que se pronunciaba la sentencia. Todo aquello que representaba la inmediación era, en el modelo escrito anterior, de difícil o inútil cumplimiento. La delegación, la mediación y la validación de referencias escritas ajenas agregadas al expediente surgieron como la alternativa ofrecida desde la práctica forense. En consecuencia, bajo la vigencia de la antigua normativa el mandato legal y la práctica transitaron por caminos separados, situación aceptada como algo coherente con la estructura escrita y desconcentrada del sistema.

El dominio estructural de la escritura hace surgir en los jueces el convencimiento de la inutilidad o inoportunidad del contacto directo del juzgador con los elementos que componen la causa, ya que todos sus resultados deberán ser consignados (por terceros) en actas y serán estas las únicas que deberán utilizarse para pronunciar la decisión. El juez delegaba la práctica de la prueba en el personal auxiliar tomando conocimiento de ella posteriormente por la transcripción escrita que dicho personal había realizado en las actas.

El juez español fue asumiendo distancia en todo lo relativo a la práctica probatoria; fue consolidándose en una sin duda mucho más cómoda situación meramente expectante, en la cual la figura principal "Su Señoría" generalmente brilló por su ausencia¹⁰. Se postergó a la actividad más trascendente del proceso, al eje central de su estructura. Se levantó una muralla a las ya complicadas posibilidades de la verdad en el proceso civil. El juez español, en otras palabras, tuvo que resignarse escarbando entre los numerosos escritos acumulados en el expediente y en las disgregadas actas que recogían las pruebas rendidas ante otros sujetos delegados. Se acostumbró a sentenciar solo leyendo el expediente.

⁹ Ya tempranamente, según lo reflejan los comentarios realizados desde la mejor doctrina. Véase: PRIETO CASTRO, L. "Precisiones sobre la escritura y la oralidad en el Derecho procesal español". En: PRIETO CASTRO, L. 1950, *Estudios y comentarios para la teoría y práctica procesal civil*, Madrid, Ed. Reus, pp. 75 y ss. Al respecto puede verse también: CAPPELLETTI, M. *La oralidad y (...)*. *Op. cit.*, p. 36.

¹⁰ La "visibilidad" del juez civil (como tercero imparcial llamado a resolver el conflicto que enfrenta a las partes) estuvo muy debilitada bajo el régimen de la LECA. Salvo en lo relativo a la práctica de ciertas pruebas, el juicio entero, desde la demanda hasta la sentencia, podía transcurrir en primera instancia sin que las partes, ni siquiera sus procuradores o defensores, se enfrenten en ningún momento con el juzgador, ni este por consiguiente los vea ni escuche. GÓMEZ MARTÍNEZ, C. "La grabación del sonido y de la imagen en los juicios civiles. Del juez lector al juez espectador". *Revista Jueces para la Democracia*, N° 48, noviembre/2003, pp. 83-84.

También debemos decir que el sistema de valoración de la prueba no contribuyó a comprometer más al juez, invitándolo a descansar en verdades puramente formales. Al postergarse el juicio fáctico o de hecho, al postergarse la prueba de las afirmaciones fácticas realizadas por las partes, se terminó despotenciando la actividad de valoración de la prueba como actividad judicial que consigue el convencimiento o lo rechaza.

Prácticamente el juicio podía transcurrir en primera instancia sin que las partes, ni siquiera sus abogados, se enfrentaran en ningún momento con el juzgador ni este los viera ni escuchara. Así las cosas, el juez terminó reduciendo su actividad prácticamente a dictar las sentencias (modelo de juez sentenciador), que se convirtió en el momento en el cual el juez, tras la lectura del expediente, adquirió el conocimiento del proceso. De ordinario se culpó de esta situación al exceso de carga de trabajo de los Tribunales, también se responsabilizó a la tradicional pasividad de la Magistratura, pero lo cierto es que el culpable de estos problemas debe buscarse en la estructura del sistema escrito que hace inviable una compaginación con la intermediación judicial¹¹. Derechamente, resulta evidente que el anterior fue un sistema que potenció la ausencia del juez.

La estructura escrita y dispersa del antiguo proceso se convirtió en un obstáculo insalvable o insuperable para el cumplimiento práctico y real de aquellas normas que contemplaban la presencia judicial en la práctica de las pruebas. Pero a ella se sumaba otro factor tanto o más delicado que el reseñado: Era perfectamente posible la sustitución de juez estando pendiente la substanciación del juicio, por lo que era igualmente posible (más aún si se recuerdan los tiempos que se tomaba la Justicia Civil bajo el régimen de la LECA) que las pruebas cuya práctica fuese presenciada por un juez, acabara siendo valorada o apreciada por otro. Se atentaba contra la intermediación en todos sus sentidos, tanto en la exigencia de presencia judicial (sentido amplio) como en la exigencia de que el juez que fallará fuese el mismo que haya presenciado la práctica de las pruebas.

¹¹ A propósito de estos problemas se dijo: "La intermediación depende de la oralidad. En un procedimiento escrito la intermediación es prácticamente imposible. De ahí que el juez español no tenga interés en presenciar las pruebas. En ocasiones se ha achacado al exceso de trabajo la ausencia del juez de la práctica de las pruebas, y sin negar que ello sea en parte cierto, creemos que también obedece esa ausencia a un sentimiento de inutilidad. En efecto, si puede ocurrir que él no llegue a dictar sentencia, si no conoce los hechos porque hasta aquel momento no ha tenido necesidad (ni tiempo) de leer la demanda y la contestación, si cuando llegue la hora de dictar sentencia habrá olvidado la declaración del testigo o la actitud de la parte en la confesión, ¿de qué sirve su presencia? La única razón que puede aducirse es la de dar al acto solemnidad, e incluso evitar las inadmisiones de preguntas o posiciones por parte del personal subalterno de la Secretaría, pero nada más". MONTERO AROCA, J. *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*. Ed. Civitas, Madrid, 1982, p. 96.

Pero la verdad, incluso no dándose esta sustitución, a pesar de haber presenciado y participado el juez en la práctica probatoria, siempre terminaba fallando en atención a lo que constaba en los papeles y actas, pues el modelo escrito así lo exigía atendido el excesivo tiempo que transcurría entre la disgregada práctica probatoria y la dictación de la sentencia que derivaba en la desaparición de la memoria del juzgador de lo visto y oído directamente. Por el inconveniente diseño que imponía la estructura procesal escrita resultaba prácticamente imposible que los jueces pudieran dictar la sentencia con el recuerdo cercano de la prueba rendida. Todo transcurría muy lentamente, plagado de incidencias, en los tiempos que requería el proceso escrito, de forma tal que cuando la causa llegaba al estado de dictarse la sentencia, el juzgador que, prescindiendo de intermediarios, sí se había dado el trabajo y tomado el tiempo de presenciar la práctica de las pruebas debía fallar entretanto varios casos, por lo cual muchas veces olvidaba lo presenciado y escuchado directamente, quedando siempre constreñido a la constancia escrita que de la actuación se levantaba.

2.3. *Accesoriedad de la oralidad en el marco de un modelo escrito y encorsetamiento formal de las pruebas personales*

Característica indiscutible de un sistema escrito es que toda actuación oral que pueda existir sea puramente accesoría. En este sentido, el juez dictaba la sentencia basándose en los actos realizados por escrito o en la documentación de los actos que se hayan llevado a efecto en forma oral. La forma de hacer el proceso fue la forma escrita. Esta regla fue indiscutible bajo el régimen de la LECA. Ni la contestación de palabra de la parte (en la absolucón de posiciones) o la del testigo logra alterar la conclusión de la naturaleza profundamente escrita de los procedimientos probatorios, "encuadrado en una serie de actos rigurosamente escritos"¹² que eran los que mandaban: El pliego de posiciones y el interrogatorio de preguntas y repreguntas. De la escritura entonces, no se llegaron a salvar ni las pruebas orales por excelencia¹³.

Así las cosas, no puede extrañar el exceso de rigor formalista que identificara al procedimiento probatorio, condicionando el mejor prove-

¹² GUASP, J. *Estudios (...)*. *Op. cit.*, p. 408.

¹³ Así lo ha destacado la doctrina: "El peso de la tradición de la forma escrita en nuestro proceso civil ha supuesto siempre un lastre para la efectiva implantación de la oralidad. Resulta significativo que en el diseño de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 ningún medio de prueba, ni siquiera la confesión o la testifical, las pruebas orales por excelencia por consistir en una declaración verbal efectuada ante el juez, podían prescindir de la escritura. La confesión se hacía con base en el 'pliego de posiciones' y la testifical requería la previa redacción y aprobación del capítulo de preguntas y repreguntas". GÓMEZ MARTÍNEZ, C. "La grabación (...)". *Op. cit.*, p. 81.

chamiento y repercusión de la práctica de las pruebas, especialmente de las pruebas personales las cuales mantuvieron una trascendencia claramente menores frente a las demás, y con distancia respecto de la prueba documental. El proceso español exageró —muy desequilibradamente— aquella conocida máxima que señala a estos procesos como el reino del documento¹⁴, en gran medida, por el inmovilizante *encorsetamiento formal* al que se sometió a las pruebas personales, encorsetamiento proveniente del dominio de la escritura y que terminó por coartar las posibilidades de acción de las partes, del juez y de estas pruebas. A ello se sumaba el hecho de que rara vez el juez estaba efectivamente presente en la práctica de dichas pruebas. Asimismo, los límites de la transcripción escrita contenida en las actas recogidas por los funcionarios terminaron reflejándose al momento de la formación de la convicción judicial¹⁵ y valoración de las pruebas¹⁶. El resultado fue francamente malo, escasamente ilustrador para el juez, convirtiendo la práctica probatoria en una serie de actuaciones rituales, en exceso encorsetadas y excesivamente aleatoria en su resultado¹⁷, en definitiva, una actividad bastante poco seria que terminó afectando la justicia de la resolución final.

¹⁴ Al contrario de lo que sucede en el proceso penal, reino de la prueba testimonial. No estamos negando que existan razones (bien conocidas por todos) para que en el proceso civil la prueba por excelencia sea la documental. Lo que ocurre es que una regulación excesivamente formal, sumado a una práctica judicial decepcionante, plagada de corrup-telas, terminaron por postergar la importancia de las demás pruebas hasta un punto no saludable.

¹⁵ "La mediación, como es sabido, genera y generó defectos en la integridad del convencimiento judicial, especialmente en las pruebas personales, dado el alejamiento o el desconocimiento mismo de la fuente; igualmente merma de la eficacia en tanto los interrogatorios quedaban sujetos a unos pliegos rígidos y cerrados nunca ampliados por la inasistencia judicial a los mismos". ASENCIO MELLADO, J. "Disposiciones generales (...)". *Op. cit.*, p. 208. Véase también: BORRAJO INIESTA, I. "La ineficacia de los testigos (...)". *Op. cit.*, pp. 935 y ss.

¹⁶ La inmediatez, se ha señalado, constituye un presupuesto de la valoración de la prueba. VILLALAIN RUIZ, E. "¿Inmediatez procesal (...)?". *Op. cit.*, p. 410. Por ejemplo, el sistema formal escrito presente en el procedimiento probatorio de la LECA no brindó entrada a las posibilidades del denominado *lenguaje no verbal*, que quedaba fuera de la transcripción escrita. Los silencios, el grado de firmeza en las respuestas, el grado de convicción demostrado por el tono de la voz o por la actitud de quien contesta, no pudieron tener prácticamente ninguna cabida "gracias" a la escritura dominante. Véase: GÓMEZ MARTÍNEZ, C. "La grabación (...)". *Op. cit.*, p. 82.

¹⁷ DE LA OLIVA SANTOS, A.; FERNÁNDEZ, M. *Derecho Procesal (...)*. *Op. cit.*, p. 308. Agrega: "En resumen, que, a falta de una actividad probatoria seria, que permite y aun exige o comporta inevitablemente una valoración igualmente seria de la prueba, la certeza, positiva o negativa, o la duda sobre los hechos, se forman según impresiones precipitadas y subjetivísimas y, con excesiva frecuencia, por *prejuicios* en los que no falta cierto *maniqueísmo* (los sujetos procesales de este tipo son *buenos*, los del otro, *malos*) o cierto *voluntarismo* (se tiende a tener por cierta la versión de la parte a la que se quiere favorecer, aunque esta voluntad no sea reflexiva y, por tanto, no se incurra en estricta prevaricación)".

3) Recuperación de la trascendencia y seriedad de la prueba por la LEC 1/2000

La regla formal de la escritura, tan rigurosa en el modelo procesal de la LECA, demostró su clara inadecuación respecto a la prueba. La reacción del legislador procesal español no sorprende, menos cuando lo que se persigue es la consolidación de un sistema procesal que se sostiene predominantemente en la regla de la oralidad. Estimamos que la forma oral que predomina en general en el diseño del proceso ordinario y en particular en lo que liga con la práctica de la prueba en la LEC constituye el *punto angular* desde el cual el legislador apuesta por un mejoramiento de la situación en la cual se encontraba tan trascendente actividad procesal.

En efecto, a través de la forma oral se ha logrado incorporar al proceso civil valores poco apreciados o abandonados a su propia suerte en el modelo derogado como lo son la espontaneidad, la simplicidad formal, la inmediatez judicial real, y la concentración probatoria, muy importantes en esta fase del proceso, rentabilizando así las actuaciones probatorias realizadas con mejores resultados en lo que es el objetivo de todo proceso, cual es, resolver el conflicto o controversia que enfrenta las partes.

Aunque sin llevar estas reglas formales hasta las últimas consecuencias, la nueva normativa procesal civil corta con la principal fuente de problemas, la relación entre la escritura y la prueba, dando paso a un modelo formal donde efectivamente predomina la regla oral, desvinculándose más criticados defectos presentes en los viejos esquemas propios del proceso común contenidos en el juicio de mayor cuantía regulado por la Ley procesal civil de 1881.

3.1. *Medios de prueba: Tránsito hacia la consolidación de una apertura legal como primer paso*

Relacionado a la seriedad y trascendencia que la actividad probatoria merece y también al paralizante ritualismo y formalismo característicos del modelo escrito establecido en la Ley procesal anterior, encontramos en primer lugar la cuestión relativa a la existencia de listados o enumeraciones de medios de prueba. En efecto, de la mano con el modelo que recogía, la LECA consagró un listado cerrado de medios de pruebas que las partes, con el juez, podían utilizar para lograr acreditar, a los efectos del proceso, las afirmaciones fácticas realizadas. De su lado, el CC también consagraba una lista que, con pequeñas variaciones (añadía una referencia a las presunciones no presente en la lista de la LECA), señalaba los medios de prueba admisibles.

Los problemas se hicieron evidentes con la evolución de la tecnología que puso a disposición de las partes y del proceso a los llamados “moder-

nos medios de prueba”, provocando que se debatiera en relación con el carácter *cerrado o abierto* que debían tener dichos listados legales.

Para el profesor Montero Aroca esta discusión se origina en el extendido error de no distinguir entre lo que son las fuentes de los medios de prueba que arranca de la constatación de que en el proceso se realiza una actividad de verificación, y de que para que esta sea posible tiene que existir algo con lo que verificar, pues ese algo no puede crearse desde la nada en el proceso, tiene que preexistir al mismo. El medio de prueba es actividad, es una actuación procesal por la que una fuente se introduce en el proceso. El señalado error habría derivado en esfuerzos inútiles para hacer que la Ley dijera lo que no podía decir y para evitar que dijera lo que nunca pretendió decir, también en una crítica injustificada e inútil de las listas cerradas de medios probatorios. Las fuentes de prueba, que se corresponden necesariamente a una realidad anterior al proceso, por lo tanto extraña al mismo, no son jurídicamente limitadas. Bajo este predicamento no cabrían problemas en esta materia, por tanto no se resentiría la seriedad que debe tener la actividad probatoria, que siempre debe tratar de acercarse lo más posible a la realidad fáctica afirmada por las partes.

Sin embargo, este planteamiento sustentado en la adecuada distinción entre las fuentes y medios de prueba parte de una base sin la cual el modelo de listados cerrados termina demostrando su clara incompatibilidad con los fines asignados a la prueba: la regulación legal de los medios de prueba debía ser lo suficientemente “amplia y general”. Si la regulación de un medio de prueba se había hecho legalmente pensando en una única fuente de prueba, era lógico que se manifestaran dificultades procedimentales para concretar la incorporación al proceso de las nuevas fuentes. En otros términos, si la LECA se decidió por una lista cerrada de medios de prueba y a mayor abundamiento los sometió a una ordenación procedimental demasiado estricta no puede extrañar a nadie que algunas fuentes de prueba no lograran encaje en las previsiones normativas y, por lo mismo, no pudieran ser aportadas al proceso.

Tras la aprobación de la CE la solución del problema se vinculó a los contenidos del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2), una garantía constitucional del proceso. Pues bien, la doctrina, con buen criterio, se decantó por una interpretación *aperturista* de los listados legales, a través de incorporarlos al proceso por la vía de su asimilación *analógica* al medio de prueba que, estando previsto, fuera el más adecuado procesalmente¹⁸. La constitucionalización del derecho a

¹⁸ Se decía que no podía atribuirse al legislador un propósito de cerrar el paso a cualesquiera otros modos o maneras de inducir una certeza fáctica en el ánimo del juzgador. Ya parecía claro que los autores de la LECA y del CC estimaron que recogían en dichas enumeraciones todos los medios de prueba imaginables. DE LA OLIVA SANTOS, A.; FERNÁNDEZ, M. *Derecho (...)*. *Op. cit.*, p. 318. Véase también: GUASP, J. *Estudios (...)*. *Op. cit.*, p. 410.

la prueba exigía lecturas suficientemente amplias de las normas, a pesar de que ciertas interpretaciones resultaran algo forzadas.

Con todo, en el terreno jurisprudencial el criterio de resolución no siempre supo transitar por las flexibles coordenadas interpretativas asentadas desde la doctrina¹⁹, y no faltaron pronunciamientos judiciales, emanados desde el propio TS, que cerraron el paso a la entrada al proceso a aquellas actividades probatorias que no encajaban claramente en alguna de las enumeraciones.

Esta clase de pronunciamientos judiciales fue objeto de una fuerte crítica por parte de la doctrina que la entendió como un ejemplo del predominio de interpretaciones *ritualistas o hiperformalistas* propias de la LECA las cuales, amparadas en la dificultad del encuadre procedimental en determinados casos e incentivadas por una regulación procesal probatoria obsoleta, no contribuyeron a superar los problemas que surgían a propósito de los avances experimentados por la tecnología y la ciencia. El diseño formal profundamente escrito incentivó no otra cosa que un desprecio por la seriedad e importancia que la actividad de la prueba debía tener. Así las cosas, las soluciones planteadas desde la mejor doctrina no siempre encontraron adecuada recepción en las decisiones de los tribunales²⁰; la solución definitiva a las evidentes lagunas jurídicas se hizo cada vez más acuciante.

La LEC, asumiendo la responsabilidad de la tarea de ser consecuente con la importancia que posee la actividad probatoria, y en consonancia con el diseño predominantemente oral establecido, recoge una *apertura legal* de los medios de prueba, cerrando la puerta a los formalismos en la interpretación de la regulación procesal de los medios de prueba. De esta manera, la LEC consigue alinearse con la doctrina moderna, despejando así uno de los ripios formalistas más caracterizantes del modelo escrito derogado.

La Exposición de Motivos ya destaca la apertura legal a la realidad de cuanto pudiera resultar conducente para fundar un juicio de certeza sobre las alegaciones fácticas, apertura que se estima –con razón– incompatible con la idea de un número determinado y cerrado de medios de

¹⁹ Aunque sí existieron algunos ejemplos dignos de destacar. En la STS de 24 de febrero de 1956 se sostuvo que un modelo de cerradura tenía naturaleza documental, precisándose que “como documento debe conceptuarse no solo aquello que consta por escrito, sino cualquier otra cosa que sirva para ilustrar o comprender algo”. Véase especialmente: MONTERO AROCA, J. *La prueba (...)*. *Op. cit.*, p. 111.

²⁰ Por ejemplo, se llegó a negar a las cintas magnetofónicas la naturaleza de medio de prueba (STS de 30 de noviembre de 1981) fundando esta negativa no solo en su no inclusión en el listado de medios de prueba sino que señalando que dichos objetos *no eran del todo fiables* en cuanto a la verdad de lo que en ellos estaba grabado. Bien se destacó por la doctrina que esta “fundamentación” autorizaba para prescindir también de la prueba testimonial o documental privada. El desatino estaba a la vista.

prueba. Asimismo, y con la finalidad de evitar los problemas evidenciados durante la vigencia de la Ley derogada, se estima obligado el reconocimiento expreso de los instrumentos que permiten recoger y reproducir palabras, sonidos e imágenes o datos, cifras y operaciones matemáticas, sin necesidad de forzar la noción de prueba documental para incluir en ella lo que se aporte al proceso con fines de la fijación de la certeza de hechos, que no sea subsumible en las nociones de los restantes medios de prueba.

Primero que todo, el art. 299.1 recoge los medios de prueba tradicionales, pero la variación en la terminología utilizada ya brinda –de entrada– algunas luces respecto del cambio experimentado en la manera de entender y practicar determinadas pruebas.

Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son: a) Interrogatorio de las partes; b) Documentos públicos; c) Documentos privados; d) Dictamen de peritos; e) Reconocimiento judicial; y f) Interrogatorio de testigos.

Las presunciones si bien no se incluyen en este listado (a semejanza de lo que la LECA hizo), y no se consideran como un verdadero medio de prueba (el Capítulo VI del Título I del Libro II se rotula “De los medios de prueba y las presunciones” lo que destaca la diferencia existente), se enmarcan dentro de los mecanismos previstos para la fijación de los hechos, y son contempladas en los arts. 385 y 386 referidos a las presunciones legales y judiciales.

De su lado, y como una clara consecuencia de que el documento continúa siendo considerado y regulado por el legislador partiendo de la base de que la forma de su representación es la escritura, el apartado 2º del artículo, con la finalidad de evitar los variados problemas de encaje acaecidos bajo la vigencia de la LECA, permite expresamente la incorporación al proceso tanto de medios de reproducción de la palabra, sonido e imagen, como de los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso. En efecto, autoriza la LEC la utilización en el proceso civil de medios y soportes *técnicos* para la reproducción y archivo de imágenes, sonidos y datos, lo que se traduce en la previsión de dos nuevos medios que no figuraban ni en la relación contenida en la LECA ni en el CC.

Se termina de abrir la puerta del proceso civil en el apartado 3º. Y lo hace *a cualquier otro medio no expresamente previsto*, bastando que a través suyo pueda lograrse certeza sobre hechos relevantes. Ahora bien, previene la Ley la necesidad de que se solicite su práctica a instancia de parte, y que el juez, si estima su procedencia, adopte las medidas que en cada caso resulten necesarias. Cabe reconocer, sin embargo, que la LEC no derrocha claridad en este punto, puesto que tras abrir la puerta del proceso a cualquier otro medio no previsto no establece el cauce para materializar

su entrada al proceso. Evidentemente, de admitirse como prueba, deberán respetarse las reglas básicas de contradicción procesal, también aquellas que siendo propias de los medios típicos puedan ser aplicables y la parte que pueda resultar perjudicada por ese medio podrá exigir la presencia judicial.

Se recoge expresamente la posibilidad de que las partes puedan encontrarse con medios que permitiendo obtener la certeza sobre hechos procesalmente relevantes y siendo similares a los medios de prueba previstos por la Ley, sin embargo presenten ciertas diferencias que hagan difícil y hasta inconveniente ceñirse con rigurosidad a la regulación especialmente prevista para ellos. En consecuencia, de esta manera pretende el legislador terminar con los rigorismos que acompañaron la interpretación jurisprudencial en ciertos casos.

3.2. *Proposición y admisión oral y concentrada de los medios de prueba*

a) *Diagnóstico de la situación antes de la LEC 1/2000*

Los esfuerzos desplegados por el legislador en dirección de obtener mayor seriedad en lo que liga con la actividad probatoria se constatan también, con particular claridad, en la regulación relativa a la actividad de proposición y admisión de los medios probatorios, verdaderos actos desencadenantes de la actividad probatoria.

De hecho, prevista entre las muy relevantes finalidades asignadas a la audiencia previa (lo reconoce el art. 429), se trata de una actividad procesal que se nutre –con bastante éxito real– de las ventajas que proporciona el contacto directo, frontal e inmediato existente entre el juez y las partes (más bien los abogados de las partes) posibilitado por una efectiva asunción de la oralidad en el nuevo diseño del proceso.

La regla escrita, destacadamente lo que se vincula con la generalizada mediación y estructural disgregación procesal que caracterizó al modelo de la LECA repercutió muy negativamente en esta importante materia. Atentó contra la suerte de la actividad probatoria ya desde su comienzo, debilitando sus bases.

En efecto, la escritura y mediación del viejo régimen *mecanizaron* una actividad que por ello no obtuvo casi nunca el grado de atención y seriedad que los operadores, especialmente los jueces, debieron de poner en ella. Los escritos que planteaban las solicitudes de recibimiento del proceso a prueba o la misma proposición de las distintas pruebas, también las respectivas resoluciones que se dictaron por los jueces bajo el modelo procesal derogado, en el terreno práctico, contribuyeron más a la acumulación de papeles que al adecuado y necesario perfilamiento de la actividad probatoria. A su vez, y otorgando

otra justificación a la mecanización que aludimos, la disgregación de estas actuaciones procesales, lo que es igual, la ausencia de concentración procesal en ellas, solo logró sumar escollos, dificultando todavía más la certera valoración judicial de las solicitudes planteadas por las partes.

Escritura, dispersión procesal y mediación judicial fue la desafortunada combinación que terminó llevando a esta actividad al puro ritualismo carente de un fondo suficientemente serio y responsable. Los jueces no contaban (tampoco sus funcionarios delegados), agotada recién la fase de alegaciones iniciales de las partes, con una efectiva información que les permitiera zanjar con acierto y algún grado de seguridad las cuestiones relativas a la proposición y admisión de las pruebas. Y no contaban con esa información en gran medida porque el modelo escrito llevó a los jueces a desatender la fase preliminar del proceso, concentrándose prácticamente en la tarea final de sentenciar, de ordinario apremiante por los elevados y angustiantes niveles de retraso que congestionaban al sistema. Además, se contemplaban como algo dado el recurso a las diligencias para mejor proveer que permitían completar el material fáctico del juicio, con lo que se asumía que los errores u omisiones que pudieran producirse por esta señalada falta de atención e información inicial serían posteriormente subsanadas a través del señalado mecanismo.

Envueltos por la inmovilizante estructura de un modelo profundamente escrito que no incentivaba un acercamiento temprano del juzgador con la causa, antes al contrario, que estimulaba una entrada en escena tardía por parte de los jueces, lamentablemente fue costumbre que la admisión de las pruebas fuese despachada con ligereza, automatismo y, desde luego, careciendo de un conocimiento adecuado del objeto del proceso que permitiera al juzgador discernir la correspondencia de los mismos al *thema probandi*.

La proposición probatoria se despachó entonces, generalmente, “a ciegas”, sin un adecuado grado de conocimiento efectivo y real del asunto que permitiera al juez valorar la pertinencia de las pruebas propuestas. En este escenario los jueces —la mayoría de ellos— derechamente optaron pecar por exceso, por lo que de ordinario hicieron lugar a prácticamente todas las pruebas propuestas por las partes. Tal irregular situación real fue evidentemente fomentada por el carácter irrecurrible de la resolución que las admitía, lo que derivó —demasiado generalmente— en la práctica de unas pruebas ya sea impertinentes, ya sea inútiles, generándose con ello confusión y complicación para las partes, a la vez de un importante despilfarro de esfuerzos y, especialmente, una importante pérdida de tiempo para todos en un modelo de proceso que ya se encontraba sumido en una dinámica de profunda dilación y tardanza.

b) Las ventajas y posibilidades del contacto directo del juez con el caso

Esta criticable situación generada y hasta fomentada desde los vicios asociados a un modelo procesal tan escrito como el que imperó en España hasta hace poco afortunadamente cambia de manera notable con la nueva normativa. La más racional estructura formal del juicio ordinario, diseñada sobre la técnica del modelo de "proceso por audiencias", esto es, sobre la oralidad, la intermediación judicial efectiva y la concentración procesal como reglas formales predominantes, proporciona las herramientas al juez para evitar la reproducción de estos problemas. Ya no existen excusas disponibles para el juez español para no involucrarse en el desarrollo del proceso desde sus inicios. El desarrollo de la audiencia previa al juicio facilita notablemente la consecución de mejores resultados en estos extremos con un juez que se encuentra "a pie de obra", gobernando efectivamente (de verdad) y desde su inicio las distintas actuaciones que marcan el desarrollo del juicio.

Entre los cambios debe destacarse que en el nuevo modelo se termina con la petición de recibimiento del pleito a prueba y también con la resolución que así debía disponerlo. La desaparición de estos actos se entiende perfectamente, pues encontraban justificación solo en el marco de un proceso escrito. En la LEC, como vimos al analizar la audiencia previa, el legislador hace depender la existencia del último contenido asignado a ella (la proposición y admisión de pruebas) al fracaso del acuerdo entre las partes (lo que es el segundo intento de conciliación previsto por la Ley) y la mantención de la disconformidad respecto a los hechos. Presentes estos elementos, sin más trámites, corresponde la proposición y la eventual admisión de los concretos medios de prueba, ahora en los términos de la LEC. En otras palabras, la iniciación y desencadenamiento de la actividad probatoria no precisa ni petición concreta de las partes ni tampoco de una resolución del Tribunal que así lo disponga, siendo tanto la proposición como la admisión de la prueba los actos que vienen a culminar la importante actividad concentrada prevista por la Ley para la audiencia previa.

Sin duda, la faceta más trascendental del cambio que analizamos viene dado por el diseño formal *oral y concentrado* de la fase preliminar al juicio que permite que los jueces (antes claramente distanciados de estos menesteres) adquieran un temprano y acabado conocimiento de lo que constituye el objeto preciso del pleito, con lo que la actividad de proposición y admisión de la prueba deja de ser considerada una actuación meramente ritual o burocrática que pueda evacuarse a la ligera. Este conocimiento efectivo del caso permite al juzgador resolver con mayor rigor y acierto las propuestas formuladas por las partes.

En este mayor conocimiento y mayor rigor resulta fundamental el que en el desarrollo de la audiencia previa al juicio se contemple la

fijación precisa del objeto procesal y los extremos sobre los que exista controversia entre las partes justamente antes de la proposición y admisión de la prueba. Se ha diseñado una audiencia previa al juicio en donde se concentran muy relevantes actuaciones de cuyo resultado depende la dirección y contenido que materialicen las otras. Es el caso de la relación existente entre las dos actuaciones referidas, de la cual la actividad probatoria obtiene dividendos que se traducen en una mayor y mejor planificación de las pruebas que conforme a los criterios legales de pertinencia y utilidad deben admitirse y consecuentemente practicarse.

Asimismo, la oralidad y la concentración procesal (“unidad de acto”) que se prevén por la Ley para la materialización de estas actuaciones termina aportando un elemento de gran utilidad, completamente ausente en el sistema escrito: La *flexibilidad*, en este caso, del proceso de propuesta y admisión de las distintas pruebas del juicio. En efecto, del modelo que privilegió la acumulación de papeles, la rigidez y la proliferación de formalismos sacramentales, se pasa a otro cuya estructura más flexible facilita tanto al juez como a las partes brindar efectivamente a la actividad probatoria la relevancia que efectivamente posee.

El mayor conocimiento de los términos del pleito que la audiencia previa al juicio acumula en el juez, le permite discriminar y rechazar aquellas pruebas propuestas que a la luz de los antecedentes existentes resulten impertinentes o inútiles. Se quiere que la actividad ligada a la prueba se aborde con la seriedad que exige su relevancia. De allí la dirección y participación activa impuesta al juez, quien debe saber aprovechar las considerables ventajas que proporciona el diálogo oral y en unidad de acto, formulando allí todas las preguntas que estime necesarias cuando la admisibilidad de algún medio probatorio la considere en principio discutible u oscura.

3.3. Una práctica probatoria renovada: Oralidad, inmediación judicial, concentración y publicidad como pilares

La nueva regulación de la práctica de los medios de prueba refleja también la mayor seriedad e importancia que se reconoce a la actividad probatoria. Obviamente también a la que se viene a asignar a la tarea forense. En efecto, esta nueva regulación procesal, como lo hemos venido señalando, se sostiene en un diseño, una estructura y en unas coordenadas formales claramente diversas a las que defendió el modelo anterior. La oralidad, la concentración, la inmediación y la publicidad general toman la palabra para “resucitar” la fase más importante del proceso.

Es en razón de los importantes cambios implementados en la fase probatoria que el nuevo proceso civil verdaderamente recoge un modelo formal oral (con mayor rigor, predominantemente oral), donde la acredi-

tación del material fáctico aportado se produce oral y concentradamente, con la intermediación efectiva del juez y con general publicidad.

Son estas coordinadas formales realmente presentes en la fase de prueba las que bastan para identificar al sistema procesal civil español actual, sin perjuicio de reconocer que la regulación de la audiencia previa al juicio ha contribuido decisivamente en la rápida consolidación del notable cambio procesal implementado.

a) La oralidad en la actividad probatoria

La oralidad se instala efectivamente en la actividad de la prueba. Téngase a la vista aquí lo dispuesto tanto por el art. 120.2 CE como por el art. 229.1 LOPJ, normas que consagran la necesidad de que los procedimientos sean predominantemente orales. Pues bien, la nueva regulación de la fase probatoria recogida por la LEC 1/2000 cumple satisfactoriamente con este requerimiento constitucional y legal. En el nuevo modelo procesal civil esta actividad se lleva a cabo, predominantemente, mediante la palabra hablada.

Este desarrollo oral queda en especial evidencia tratándose de la práctica de las pruebas personales, donde la intervención en el proceso se realiza, por regla general, sin recurrir a la escritura. En efecto, tanto en el interrogatorio de las partes y testigos, como en la prueba de peritos (en caso que deban exponer su informe y someterse a examen contradictorio de las partes) la opción del legislador está representada por la oralidad del diálogo que, digámoslo de entrada, supera la mera apariencia que podía representar el carácter verbal de las contestaciones que se realizaban a los escritos que contenían los pliegos de posiciones o las preguntas, actuaciones procesales todas entroncadas en un sistema formal rigurosamente escrito. Debe ser oral la forma de expresión de las partes, del juez y de los sujetos de prueba en los medios personales: No son admisibles escritos o pliegos preparatorios para los interrogatorios, cuestión sobre la cual la LEC, como producto legislativo final, resulta mucho más decidida y rupturista con el modelo escrito que su anteproyecto²¹.

²¹ En el anteproyecto de LEC se contemplaba solamente la desaparición de los escritos de repreguntas, pero sobrevivían los escritos o pliegos de preguntas iniciales. La razón de esta mantención se explicó en los siguientes términos: "La razón por la que puede explicarse la supervivencia de los pliegos de preguntas no es otra que la de intentar dotar, aunque pueda parecer paradójico, de mayor agilidad al proceso, pues siempre resultará más sencillo para el letrado o la parte intervinientes llevar a cabo un interrogatorio que se trae ya preparado —sin perjuicio de que después se puedan, según las respuestas que el interrogado dé a las preguntas iniciales, formular nuevas cuestiones— que improvisarlo en el momento o que resulte interrumpido constantemente por las protestas de la contraparte o por las objeciones del juez". Véase: BANACLOCHE PALAO, J. "El Libro Blanco de la Justicia y el Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento Civil", Revista *La Ley*, N° 2, 1998, p. 1892.

Las ventajas de la forma oral en el campo de la actividad probatoria no pueden desconocerse. A su través, el proceso civil se libera y desmarca de una de las peores lacras derivadas del carácter totalmente escrito del procedimiento recogido en la normativa anterior, el excesivo y en gran medida innecesario formalismo, que atentó, por ejemplo, contra la eficacia de los interrogatorios sujetos a unos pliegos rígidos, añadidamente cerrados, y muy rara vez ampliados por la crónica inasistencia judicial.

Recuérdese el brocardo *quod non est in actis non est in mundo*, convertido en verdadero sello identificador del pasado modelo procesal. La oralidad que ahora se logra imponer constituye la evidente opción del legislador por las ventajas y posibilidades que viene a aportar la mayor flexibilidad y espontaneidad en el diálogo y procedimiento probatorio. Ejemplos del notable cambio recogido por la nueva LEC son sus arts. 302, 305 y 306, tratándose del interrogatorio de las partes, y los arts. 368, 370, y 372, en el caso de la prueba de testigos, donde se consagra el carácter verbal de la interrogación, de la contestación como también de la posible petición de aclaraciones o precisiones por parte del juez, actuaciones todas que deben registrarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen posibilitando su carácter real y descartando simulaciones (art. 147). Lo propio puede señalarse respecto a la intervención oral de los peritos en el acto del juicio (art. 347).

Con todo, que la opción por la oralidad sea una realidad que se pueda distinguir claramente (más aún si recurrimos a la comparación con la situación anterior), ha sabido el legislador no cometer el error de consagrar normativamente purismos doctrinarios y en consecuencia ha contemplado las excepciones necesarias donde se sigue recurriendo a la forma escrita, sin que por ellas pueda alguno objetar el carácter efectivamente oral del modelo procesal instaurado. En efecto, cabe destacar el verdadero acierto legislativo de que la desaparición del excesivo protagonismo de escritura se haya materializado sin negar la existencia de casos en donde la lógica o la experiencia aconsejan seguir apoyándose en ella. No se sustituyó un extremismo formal por otro. La oralidad, con prudente y realista criterio, no ha sido llevada hasta las últimas consecuencias. No tenemos mayores dudas en cuanto a que el no haber procedido de esta manera hubiese significado el privilegiar planteamientos doctrinarios ya demostradamente fracasados en el terreno de la realidad práctica y, por lo mismo, poner en serio riesgo la efectiva practicabilidad del nuevo modelo procesal y consecuentemente la imagen de una Justicia española, ya bastante perjudicada y debilitada.

El legislador estimó la necesidad de la consagración de algunas excepciones a la oralidad, incluso tratándose de medios personales, establecidas muy fundamentalmente con el propósito de facilitar la practicabilidad del modelo en casos en donde la lógica y la experiencia práctica aconsejaban mantener la posibilidad de recurrir a la escritura. Ejemplos

se encuentran en el interrogatorio de las partes, por regla oral, pero que puede materializarse por escrito en el interrogatorio realizado en el domicilio del interrogado (art. 311.2), en aquel interrogatorio que se realiza por auxilio o cooperación judicial (art. 313.2) o cuando la parte a interrogar esté constituida por el Estado, alguna Comunidad Autónoma, una Entidad Local o algún otro organismo público (art. 315). También se prevén excepciones a la regla de la oralidad en el interrogatorio de testigos que puede verificarse por escrito en el caso de declaración domiciliaria (art. 364) o en el caso que tengan que informar personas jurídicas y entidades públicas (art. 381).

b) La realidad de la intermediación judicial en la práctica probatoria

(b.a.) De la inaplicación a la realidad: potenciamiento de la figura del juez

Con respecto a la intermediación judicial se da una situación distinta a lo acontecido con la oralidad, clara “debutante” en el diseño del proceso civil. De hecho, la intermediación judicial no es una debutante en el terreno normativo, puesto que distintas normas contenidas en la LECA ya consagraban la exigencia de presencia del juez en la práctica de la prueba.

Su “debut”, siguiendo la idea antes señalada, se verifica en el terreno de la realidad aplicativa de las distintas normas que la consagran. En efecto, al magro resultado efectivo de las normas de la LECA ya nos hemos referido en reiteradas ocasiones. La delegación de la actividad probatoria en otros funcionarios del Tribunal y el recurso del juez a la lectura de referencias de experiencias ajenas fue la regla más general. En un sistema que tendía a la desconcentración y dispersión procesal, también de las actuaciones probatorias, la intermediación en la práctica probatoria solió no tener un correlato efectivo en la realidad práctica con todas las consecuencias que ello significó.

La intermediación judicial, en cuyas notables ventajas coincide casi toda la doctrina, aparece muy fortalecida gracias la nueva estructura procesal oral y concentrada. Se puede decir que esta estructura ha producido el milagro de una práctica de la prueba con efectiva presencia y participación del juez, donde la delegación de esta trascendental actividad en otros funcionarios ya no tiene espacio. De hecho, es la propia estructura del modelo la que fuerza la presencia efectiva, directa y real del juzgador en la práctica de las pruebas²², cuestión que bajo el sistema

²² Con acierto se ha señalado: “Al ser orales y concentradas las actuaciones procesales, la intermediación resulta prácticamente insoslayable: el miembro o miembros del tribunal han de estar presentes y pueden escuchar las alegaciones y presenciar e intervenir personalmente en la práctica de las pruebas”. DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ,

anterior era prácticamente una excepción de muy poco común verificación. Se impone el contacto e intervención directos e inmediatos del juez respecto a la actividad probatoria, ya exigido con carácter general por el art. 229.2 LOPJ, como una medida básica para garantizar la justicia y acierto de la actividad jurisdiccional decisoria²³, todo ello en congruencia con el sistema de valoración probatoria libre que se consolida con carácter general. Claramente, la LEC potencia la figura del juzgador, imponiendo la cercanía entre el juez y el proceso, abandonando el paradigma del juez sentenciador "invisible" durante el trayecto procesal, generalmente ausente de la actividad de recepción de las pruebas, potenciamiento que se refuerza al acercar la práctica probatoria y el momento de la dictación de la sentencia.

(b.b.) Manifestaciones del cambio en el rol que se asigna al juez durante la práctica de las pruebas

Ya la Exposición de Motivos destaca el especial énfasis que la nueva LEC pone en esta materia, vale decir, en la presencia efectiva del juez en los actos de prueba, cuya infracción es sancionada con nulidad radical. La vincula con la necesidad de estructurar procesalmente el trabajo jurisdiccional de modo tal que cada asunto sea mejor seguido y conocido por el tribunal, especialmente lo que se vincula con la práctica y valoración de las pruebas, posibilitando el cambio de la imagen de una Justicia lejana, aparentemente situada al final de trámites excesivos y dilatados, en los que resultaba difícil percibir el interés y el esfuerzo de los Juzgados y Tribunales y de quienes los integran.

Así aparece refrendado por la norma del art. 289.2 que, ubicada entre las disposiciones generales sobre la práctica de las pruebas, califica de inexcusable la presencia del juez en el interrogatorio de las partes, en el interrogatorio de los testigos, en el reconocimiento de lugares, objetos o personas, en la reproducción de palabras, sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos, así también en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes por parte de los peritos. La misma exigencia se reitera en el art. 137 de la propia LEC (ubicada en los requisitos de las actuaciones judiciales) que estableciendo el imperativo de los jueces y miembros del Tribunal que estén conociendo del asunto de presenciar las declaraciones tanto de las partes como de los testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de

I. *Derecho Procesal (...)*. *Op. cit.*, p. 82. En similar dirección se ha dicho: "Oralidad e intermediación no son principios distintos, sino que se presentan formando parte de un conjunto inescindible". MONTERO AROCA, J. *Los principios (...)*. *Op. cit.*, p. 182.

²³ DE LA OLIVA SANTOS, A.; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Derecho Procesal (...)*. *Op. cit.*, p. 82.

su dictamen y cualquier otro acto de prueba practicado de forma contradictoria y pública, además consagra que la infracción (la falta de presencia judicial) determinará la *nulidad de pleno derecho* de las correspondientes actuaciones. La opción por este tipo de sanción, la más severa posible, es otra clara señal de la importancia que el legislador da a la efectiva y verdadera presencia e intermediación judicial, y de su propósito de terminar en serio con una práctica judicial demasiado "contaminada" por una profunda y extendida delegación para la cual no se preveía ninguna consecuencia ni para la validez de los actos así realizados ni para la responsabilidad del juez.

(b.c.) Algunas dudas iniciales y los retos que implican estos cambios para los jueces

Frente a esta regulación la mayor incógnita era evidente y se relacionaba con la real posibilidad de cumplirla sin antes abordar una necesaria reforma orgánica que aumentara los recursos humanos y materiales, fundamentalmente el aumento de los órganos jurisdiccionales.

Si bien es cierto que este deber de intermediación judicial se viene cumpliendo rigurosamente en la práctica, al igual que acontece con las reglas de la oralidad y concentración, la reconocida y denunciada insuficiencia de órganos jurisdiccionales afecta en ocasiones las posibilidades de la efectiva disminución de los tiempos de respuesta, al menos en la proporción y significación que cabría exigir a un modelo procesal predominantemente oral como el consagrado²⁴.

Con todo, no caben dudas de que el nuevo diseño del proceso sostenido en la implicación inicial y permanente del juez con la causa, sin intermediarios, constituye un importante reto para los jueces al imponerles un profundo cambio de mentalidad y de arraigados hábitos, viéndose forzados a abandonar su tradicional distancia generada y fomentada por un modelo escrito multiplicador de la delegación y de la dispersión, cuyo paradigma estaba en el juez sentenciador, posibilitan-

²⁴ La Exposición de Motivos destaca la necesidad de lograr un acortamiento del tiempo necesario para una definitiva determinación de lo jurídico en los casos concretos. Y la verdad, este acortamiento se ha materializado. Los asuntos se resuelven con mayor rapidez, en gran medida por la concentración de la práctica de la prueba en un solo acto junto con el hecho de que el juez tiende a dictar sentencia con mayor prontitud pues la ha presenciado directamente. Véase: FUNDACIÓN ANTONIO CARRETERO, "Informe sobre un año de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil". Revista *Jueces para la Democracia*, N° 44, julio 2002, p. 68; CGPJ (Servicio de Inspección), "Informe sobre la incidencia (...)". *Op. cit.*, p. 41. Con todo, existe cierto consenso en que los resultados en estos extremos pueden y deben mejorarse, especialmente en aquellos escenarios jurisdiccionales más complejos como los que ofrecen los llamados Juzgados Mixtos. Eso se logrará solamente a través de reformas orgánicas.

do de esta manera un encuentro que se asumía o muy difícil o claramente inútil e infructuoso en un modelo formal como el consagrado en la legislación derogada, vale decir, entre la intermediación judicial efectiva y el proceso civil. Evidentemente, tal como lo expresa la propia Exposición de Motivos, este notable cambio de mentalidad y hábitos en los jueces se debe enmarcar en el también profundo cambio de enfoque que entraña el compromiso por la efectividad de la tutela judicial que hace suyo el legislador.

Se consagra un juez razonablemente protagonista y "director", con importantes facultades procesales como el control de preguntas o la formulación de preguntas para obtener aclaraciones o ampliar la información recibida de los intervinientes, un juez de verdad implicado en el curso del proceso, presente y no ausente, especialmente en la recepción probatoria, la que preside sin intermediarios.

(b.d.) Huida de los excesos en esta materia

Con todo, el fortalecimiento por la LEC a la intermediación judicial entendida como presencia efectiva del juzgador en la práctica de las pruebas no constituyó un obstáculo para que se contemplara la necesidad de reconocer excepciones a esta regla formal. La regla de la presencia judicial no se lleva hasta sus extremos, sino se asume con conveniente razonabilidad.

De allí que se entienda perfectamente que el art. 289.3 disponga que la presentación de documentos originales o copias auténticas, también 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 ratificación de la autoría de un dictamen pericial deban llevarse a cabo ante el secretario judicial sin que sea necesaria la presencia judicial en audiencia pública como lo indica la regla²⁵. Es evidente, y así lo recoge la misma Ley, es el juez quien habrá de examinar por sí mismo la prueba documental, los informes y dictámenes escritos y cualesquiera otros medios o instrumentos probatorios que se aportaren.

²⁵ La intermediación judicial no se predica de ciertos medios o instrumentos de prueba (prueba documental, informes y dictámenes escritos), justamente porque debido a su naturaleza esos medios o instrumentos no se conciben sino para su examen directo e inmediato. Además, "se trata de objetos inanimados que, en sí mismos, no comportan elementos subjetivos de los que pueda depender su valor probatorio, de modo que para la determinación más certera de ese valor hayan de ser examinados por el juzgador o juzgadores en audiencia pública". DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J. *Derecho Procesal (...). Op. cit.*, p. 76.

(b.e.) La intermediación en su sentido estricto: resguardos

Pero aún más, afina también la LEC la regulación de la regla de la intermediación judicial en su versión más estricta, esto es, aquella que exige que sea el mismo juez que presenció personalmente la práctica de la prueba quien dicte la sentencia. Por lo demás, la exigencia de contacto directo e inmediato entre el juzgador y las pruebas encuentra su justificación en que su certeza sobre los hechos deba formarse sobre lo visto y oído, no sobre el reflejo documental de los medios de prueba, de modo que la consecuencia es que el juez que ha presenciado la prueba necesariamente ha de ser el mismo que dicte la sentencia²⁶. Esta vertiente de la regulación procesal constituye un paso muy relevante para el proceso civil español, que bajo la vigencia de la LECA permitió que fuera uno el juez que recepcionara las pruebas y otro el que fallara.

El art. 194.1 pone término a tan criticada situación que vaciaba de contenido a la regla de la intermediación, y lo hace disponiendo 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 esta hubieran dejado de ejercer sus funciones en el tribunal que conozca del asunto en cuestión. Considerando que conforme a la regulación contenida en el art. 433 la prueba se debe practicar en el acto del juicio, lo señalado por esta norma significa que siempre la sentencia habrá de ser dictada por el juez que haya celebrado dicho juicio. Lo que es lo mismo, el juez, debe dictar sentencia formando su convicción sobre lo visto y oído directa e inmediatamente.

Los jueces deben fallar los asuntos a cuya vista asistieron (lo dispone también el art. 254 LOPJ), no constituyendo óbice para ello ni su traslado ni su jubilación. Siendo ellos quienes presenciaron personalmente la práctica de las pruebas, deben ser ellos quienes fallen el pleito aprovechando el contacto directo con los medios probatorios de las partes. Solo se exceptúan en esta regla general los casos en que el juez o magistrado que ha presenciado y dirigido personalmente la recepción de la prueba, posteriormente pierde la condición de tal, es suspendido de su cargo, accede a cargo público o profesión incompatible con el ejercicio de la función jurisdiccional, o es pasado a la situación de excedencia voluntaria para presentarse como candidatos a cargos electos popularmente (art. 194.2).

²⁶ Véase: MONTERO AROCA, J. *Los principios (...)*. *Op. cit.*, p. 181. No hay intermediación si la ley permite que un juez presencie la prueba y otro dicte sentencia, pues entonces este último solo puede formar su certeza con la constancia documental de la prueba practicada.

Tan seria es la configuración de la regla de la intermediación judicial en su sentido más estricto que en aquellos casos donde después del acto del juicio se imposibilitare el juez que haya asistido a él y no pudiera dictar la sentencia ni siquiera con la asistencia del secretario judicial, deberá celebrarse una *nueva vista* ahora dirigida por el juez que sustituya al que sufrió el impedimento (art. 200). Idéntica solución, la necesidad de repetir el juicio, prevé la Ley para el caso de ocurrencia de los casos contemplados en el art. 194.2. Resulta evidente que la repetición del juicio no constituirá una buena noticia para las partes desde el momento en que significará un retardo en el proceso y una imprevista elevación de los costos del litigio, empero se coincide en destacar el carácter indisponible de la intermediación. La sanción es la nulidad radical (que se debe aplicar por analogía a los casos de violación de la intermediación en su sentido estricto: Art. 4.1 CC en relación con el art. 137. 3 LEC), no la mera anulabilidad, de allí que las partes no puedan disponer de la exigencia de la intermediación judicial.

(b.f.) La nueva regulación del auxilio judicial como manifestación de la apuesta por el reforzamiento de la intermediación judicial

También en tema de intermediación judicial y verificando el reforzamiento que la estructura procesal oral y concentrada ha supuesto para su aplicación efectiva y real, es necesario realizar un apunte específico en relación con el campo de acción que se reserva en el nuevo modelo procesal a la figura del auxilio judicial, especialmente en relación con los actos de prueba que ahora analizamos.

En efecto, conociendo los serios problemas que bajo el modelo escrito y desconcentrado de la normativa anterior aparejó la mediación judicial a los efectos de una acertada y justa realización del Derecho y particularmente su dañina influencia en materia probatoria, el legislador estaba obligado a tomar una decisión en lo que respecta al auxilio judicial tan extendido y recurrido en el modelo anterior²⁷.

Como la apuesta por la oralidad, la concentración probatoria y la intermediación judicial efectiva se entendió tributaria de mayor seriedad

²⁷ Expresivamente se ha señalado: "Con la vieja LEC de 1881, y con su legislación complementaria, la intermediación era papel mojado, una simple ficción, porque cualquier medio de prueba decía practicarse por medio de auxilio judicial, siempre que la parte o el testigo tuvieran su domicilio fuera de la localidad sede del juzgado. Esto era algo aberrante y que desanimaba a los jueces que querían que se respetara la intermediación, porque tras la celebración de un juicio incompleto, en ocasiones un juicio ridículo, porque había quedado limitado a la simple admisión de la prueba, luego era preciso esperar a que se recibieran los exhortos de prueba debidamente cumplimentados por otros jueces distantes unas decenas de kilómetros, lo que suponía una espera superior incluso a los dos meses". GARNICA MARTÍN, J. "Un año de nueva Ley (...)". *Op. cit.*, p. 55.

que la ofrecida en experiencias anteriores, se valoró necesario regular las distintas instituciones del proceso respetando la realidad de las nuevas coordenadas formales, esto es, en armonía con ellas. Pues bien, al claro reforzamiento de la intermediación judicial en el nuevo modelo no hace excepción la regulación del auxilio judicial que si bien no desaparece (la realidad práctica impedía su desaparición), queda notablemente disminuido o acotado. La nueva regulación que de ella se efectúa no admite dudas respecto a la clara intención por parte del legislador de reducir las posibilidades de este mecanismo tratándose de la actividad probatoria.

La norma del art. 169.4 introduce la mayor novedad de la LEC en esta materia. Impone novedosas condiciones, que vienen a demostrar el cambio estructural que significa el nuevo modelo, que asigna centralidad e importancia efectiva tanto a la actividad de la prueba como a la labor que debe realizar el juzgador, ahora presente y partícipe a través de una serie de poderes que se le confieren siempre teniendo a la vista la tarea de valoración y apreciación probatoria que debe efectuar al dictar la sentencia. El auxilio o cooperación judicial en materia probatoria adquiere con la LEC un carácter excepcional, privilegiándose la recepción de la prueba por parte del juez que va a dictar la sentencia, vale decir, la intermediación en sentido estricto. Y se entiende perfectamente que sea así, de allí que disponga que el interrogatorio de las partes, la declaración de los testigos y la ratificación de los peritos se deba realizar en la sede del Juzgado o Tribunal que esté conociendo del asunto, aun cuando el domicilio de estas personas se encuentre fuera de la circunscripción judicial correspondiente. Es esta la regla general actualmente vigente, y aspira claramente a preservar la intermediación.

Aún más, esta norma debe ponerse en relación con la del art. 129 que, referida al lugar de las actuaciones del Tribunal (por regla la sede judicial, salvo para actuaciones que por su naturaleza deban practicarse en otro lugar, por ejemplo el reconocimiento judicial de un lugar o inmueble), para el caso de actuaciones que no puedan practicarse dentro de la sede permite recurrir al auxilio judicial el que procederá restringidamente, vale decir, solo cuando el juzgador no considere (arts. 169.2 y 129.2) el hacer uso de la facultad de desplazarse fuera del territorio de su circunscripción jurisdiccional para la práctica de actuaciones ya sea cuando fuere necesario o conveniente para la buena administración de justicia o, derechamente, para la práctica de actuaciones de prueba (art. 129.3). Este artículo debe relacionarse a su vez con el art. 275 LOPJ que faculta a los jueces para practicar diligencias probatorias fuera de su sede y del territorio de su jurisdicción siempre que esté justificado por razones de economía procesal la cual se presentaría, por ejemplo, cuando las circunscripciones afectadas se encuentran próximas o cercanas, siendo más desde luego mucho más lento recurrir al desarrollo y desenlace del auxilio judicial.

En definitiva, la nueva estructura procesal marca el campo de acción de la figura del auxilio judicial, restringiéndolo en beneficio de la inmediación que sale fortalecida. Se privilegia el hecho que las pruebas se practiquen ante el juez que va a dictar el fallo. Si para ello es necesario, conveniente y posible que los intervinientes (partes, testigos o peritos) deban trasladarse a la sede del Tribunal, deberá procederse así. Si es necesario, conveniente y útil para la economía procesal que el propio juez se desplace fuera de su territorio jurisdiccional, así deberá hacerse.

Con todo, hemos venido insistiendo que la LEC esquivaba los extremos formales, reñidos con la practicabilidad de un sistema, de allí que la intermediación judicial no se quiera llevar hasta las últimas consecuencias, y pueda recurrirse a la cooperación judicial cuando no sea posible recurrir a las vías de acción favorecedoras del contacto directo y frontal entre el juez y los distintos intervinientes que contempla el legislador. En esta misma dirección se dispone por la Ley que cuando por razón de la distancia, la dificultad del desplazamiento, circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito, o cualquier otra causa de análogas características resulte imposible o bien muy gravosa la comparecencia de dichas personas citadas en la sede del Juzgado o Tribunal, se podrá solicitar el auxilio judicial para la práctica de los actos de prueba en los cuales estén involucrados. Los arts. 313 y 364 de la LEC, referidos respectivamente al interrogatorio domiciliario de partes y testigos a realizar fuera de la circunscripción del Juzgado o Tribunal, desarrollan también la previsión general del art. 169.4.

(b.g.) Precisión respecto al nuevo rol que se reconoce a los jueces: no es razonable ni conveniente que al órgano jurisdiccional incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados

Un último inciso en punto al reforzamiento de la intermediación judicial en el modelo predominantemente oral y concentrado recogido por la LEC se vincula con la cuestión del carácter o naturaleza que deben tener los poderes o facultades del juez civil en materia de prueba.

Primero que todo, la solución de la LEC a la "invisibilidad" y distancia del juez civil español se ha buscado en la implementación de un profundo cambio en el diseño estructural del proceso civil donde la oralidad y sus reglas, vale decir, la concentración procesal, la intermediación judicial y la publicidad toman la palabra, reservando la regla escrita solo para aquellas actuaciones procesales que la requieren. En efecto, la opción por un modelo oral se sostiene en unas coordenadas formales claramente diversas a las que identificaron al modelo procesal civil español. Desde luego, la prueba del material fáctico aportado por las partes se produce oral y concentradamente, con la intermediación efectiva del juez y con general publicidad. La intermediación judicial aparece claramente fortaleci-

da en la estructura actual. Genera el “milagro” de una práctica probatoria con efectiva presencia del juez, donde se puso fin a la intermediación.

El nuevo modelo procesal civil viene a satisfacer la necesidad de estructurar el trabajo jurisdiccional mucho más racionalmente, donde cada asunto es mejor seguido y conocido por el tribunal, muy especialmente en lo que liga con la práctica y valoración probatoria, cambiando así (como lo expresa la Exposición de Motivos) la imagen de una Justicia lejana y distante. La asunción efectiva de un modelo procesal oral aparejó un nuevo modelo de juez civil que asume una posición más cercana con la causa, las partes y especialmente con la práctica de las pruebas, que abandona el tradicional rol de juez lector para transformarse en un juez visible, director, presente y partícipe.

Con todo, conviene no caer en extremos que alteren los verdaderos principios en los cuales se sustenta un sistema procesal civil, esto es, el principio dispositivo y su corolario, el principio de aportación de parte, principios que identifican al proceso civil español, y que derivan de la naturaleza eminentemente particular o individual de los derechos en juego, lo que explica que el proceso civil se construya reconociendo a las partes un papel muy importante. De hecho, de las partes depende la existencia del proceso, como también la determinación de su objeto, que queda configurado según sea lo que quiera hacer valer el actor y lo que quiera hacer valer el sujeto pasivo. Lo propio en cuanto a los resultados del proceso, los que dependen en gran medida de la mayor o menor diligencia que en el ejercicio de las distintas oportunidades de actuación procesal previstas por la Ley tengan los litigantes, especialmente lo que liga con la aportación al proceso de los elementos de hecho y los medios de prueba.

En este escenario es razonable y, desde luego, conveniente que la Ley confíe a los sujetos procesales la tarea de alegar y probar los hechos que les interesen, debiendo el juez juzgar según las alegaciones y pruebas aportadas por las partes, sin que esté habilitado para introducir por sí mismo hechos nuevos de carácter fundamental ni para realizar o intervenir, por regla general, en más actividad probatoria que la solicitada por las partes del juicio. Estamos convencidos que rectamente entendidos estos principios (sin caer en excesos) deben mantenerse en un modelo formal oral, y así ha acontecido en la nueva experiencia procesal española (arts. 216 y 282 principalmente). Insistimos, como regla, estos procesos persiguen la tutela de derechos e intereses de determinados sujetos jurídicos, a los cuales corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto, y en donde las cargas procesales atribuidas a ellos y su lógica diligencia para obtener la tutela solicitada debe configurar, con razonabilidad y especialmente con practicabilidad, el trabajo del Tribunal. Claramente, no es razonable ni conveniente que al órgano jurisdiccional le corresponda o incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados.

Lo expresa así la Exposición de Motivos: “De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar o comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho (...). Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela. Justamente para afrontar esas cargas sin indefensión con las debidas garantías, se impone a las partes, excepto en casos de singular simplicidad, estar asistidas de abogado”.

La mantención de los señalados principios no se opone al papel más activo del juez civil dentro del procedimiento como venimos señalando. Dicho de otra forma, no se opone a un aumento de los poderes o facultades *procedimentales* del juez (también denominados facultades de dirección formal del procedimiento). Ahora, una cosa muy distinta sería que dicho aumento de poderes estuviese referido a aquellos elementos que pueden servir para determinar el contenido del fallo, como sería el poder aportar hechos o acordar medios de prueba de oficio, facultades de dirección material del proceso que derechamente atacarían la imparcialidad y neutralidad que debe mantener el juzgador para asegurar una contienda con igualdad de armas.

Debemos reconocer sin embargo, que esta no es opinión unánime en la doctrina procesal. En efecto, existen posiciones de autores que han instado por mayores grados de intervención del juez apoyadas en una ideología publicista nacida con F. Klein²⁸ y la Ordenanza Procesal Civil (ZPO) austríaca de 1895, consolidada en el curso del siglo XX como el fenómeno de la socialización del proceso civil que pretende ser la reacción frente a una demonizada concepción adversarial del proceso. Desde estas posiciones, principalmente se ha puesto en tela de juicio el principio de aportación de parte, en lo referido al reparto de facultades materiales de

²⁸ Klein veía en el proceso un fenómeno patológico de la sociedad que debe eliminarse del modo más rápido posible. Lo analizó como una necesidad social, de allí que exigiera una rápida remoción del proceso. Llegó a sostener que las partes debían colaborar diligentemente con el juez en la búsqueda de cómo realmente habían ocurrido los hechos, con el apercibimiento de que si así no lo hacían el juez se convertiría en investigador de los hechos. Aspiraba a terminar con las sentencias que, contrastadas con la realidad de los hechos, resultarían injustas o defectuosas. Apuesta por el aumento de los poderes del juez, a través de los cuales pueda completar el proceso con lo que haga falta, vale decir, pudiendo acordar cuantos medios de prueba estime oportunos. Todo ello, al servicio no solo de los derechos de las partes, sino principalmente de los valores e intereses de la sociedad. Véanse: MONTERO AROCA, J. *Los principios políticos (...)*. *Op. cit.*, pp. 54 y 69.

dirección del proceso entre el juez y las partes y al incremento de facultades probatorias al órgano jurisdiccional a través de la cual se pretende el establecimiento de la verdad material o histórica, indicándose que si bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos, no lo son respecto del proceso mismo y su desarrollo, al concebirse este no solo como un instrumento dirigido a la tutela judicial de derechos privados, sino además como función pública del Estado. Se habla de la "función social" del proceso civil. En lo que nos interesa, esta idea socializadora del proceso postula limitar el alcance del principio de aportación de parte, redistribuyendo las facultades mediante la atribución al juez de mayor libertad en el esclarecimiento de la verdad material o histórica, mayores iniciativas probatorias y la consecuente posibilidad de utilizar todos los medios de prueba sin tener en cuenta las proposiciones de prueba.

Pues bien, esta cuestión constituye un muy buen ejemplo de los mitos y utopías que se han intentado asociar a la idea de la introducción de la oralidad en los procesos civiles, de los cuales —con buen criterio— ha rehuído el legislador español. En efecto, el fenómeno de la socialización del proceso civil se traduce en excesos doctrinarios que, confundiendo lo que son las facultades o poderes materiales y las facultades procesales de dirección del proceso, ya parten de un mito, la búsqueda de la verdad material o real en el marco de un proceso civil. Nos remitimos a lo dicho al referirnos a la importancia y finalidad de la prueba civil: Los tiempos en que la verdad material pretendía ser el fin del proceso civil han sido superados por el pragmatismo, principalmente por las dificultades que apareja la naturaleza del proceso civil que objetivamente limita al juez respecto a sus posibilidades para dar con la verdad material.

Creemos que las posiciones adscritas o inspiradas en el señalado fenómeno de la socialización del proceso civil pecan de irrealismo. Lo que se persigue con la prueba civil no es otra cosa que la convicción psicológica del juzgador, respecto de la verdad o certeza de los hechos afirmados por las partes. La finalidad de la prueba civil no radica en la verdad histórica o en la realidad material de los hechos afirmados por ellas, sino en la obtención de la convicción subjetiva que el juez del caso logre formarse una vez practicadas las pruebas.

Aún así, la importancia de la actividad probatoria es innegable y decisiva en el desenlace del proceso civil. Si bien no es exigible que la verdad material coincida con la que arroje la práctica de la prueba en el proceso civil, tampoco puede decirse que esta clase de procesos deba renunciar a acercarse lo más posible a la realidad fáctica que ha sido aportada por las partes. Las regulaciones de los procedimientos probatorios dirán bastante respecto al real interés que se tiene con las posibilidades de una resolución más acertada y justa de los asuntos. En lo que liga con el modelo vigente: Una regulación de la práctica de la prueba

que tienda a la facilitación del contacto inmediato del juez, el fundamental destinatario de la prueba, con los medios de prueba. El saber combinar la oralidad del procedimiento, la concentración y la intermediación judicial efectiva produce sustanciales ventajas en las complicadas posibilidades de descubrimiento de la relación jurídico material envuelta en el proceso civil, permitiendo al juzgador realizar preguntas y pedir explicaciones, poder apreciar los signos externos de las partes, testigos y peritos, todo en orden a la obtención de la plenitud del material de hecho en el proceso y asegurar la obligación de veracidad de las partes.

Es decir, el proceso civil, a pesar de las innegables limitaciones que existen, no puede entenderse desapegado de la realidad, y su concreta regulación debe traducirse en un instrumento adecuado para el correcto y eficaz ejercicio de la función jurisdiccional. Pero de reconocer esto a predicar la necesidad de reconocer un aumento de los poderes o facultades del juez en materia de iniciativa probatoria hay un trecho que, creemos, no era aconsejable recorrer²⁹. Nuestras razones se apoyan en la realidad práctica y en la razonabilidad. No resultaría nada razonable, tampoco sencillo que tuviesen que ser los jueces quienes debiesen ocuparse también de comprobar la certeza de las afirmaciones fácticas formuladas por las partes. Pero además, resultan bastante paradójicas aquellas posiciones que instan por mayores poderes judiciales en materia de iniciativa probatoria cuando la Administración de Justicia en todo el mundo, con todo los apoyos del Estado, con mucha dificultad logra afrontar los ilícitos más graves, esto es, los ilícitos penales. Además, no sobra señalarlo, estas posiciones chocan con la tendencia mundial que apunta a la progresiva reducción de los poderes del juez penal, fundada precisamente en la reconocida necesidad de mantener su imparcialidad. Vale decir, y póngase atención en la contradicción existente, por un lado se sostienen estas posiciones que abogan por un aumento de los poderes del juzgador civil, aplicador del Derecho privado (donde predomina la autonomía de la voluntad en la conformación de las relaciones jurídicas materiales), y por el otro, está la realidad de la clara tendencia a la disminución de los poderes del juez penal, aplicador del Derecho penal que sí afecta al interés general.

Pues bien, además de afectarse la imparcialidad del juzgador y la igualdad de las partes favoreciendo a una de ellas en perjuicio de la otra, gravar a los Tribunales con esta responsabilidad de investigación

²⁹ Insistimos, una cosa es aumentar los poderes del juez respecto del proceso (facultades procesales de dirección), y otra aumentar los poderes en relación con el contenido del proceso (facultades materiales) donde puede llegar a influir en el contenido de la sentencia, pues aquí se afecta la existencia de los derechos subjetivos reconocidos en la norma material. Véase: MONTERO AROCA, J. *Los principios políticos (...)*. *Op. cit.*, p. 72.

sería algo poco razonable. Cabe insistir, aun a riesgo de ser algo majaderos. La experiencia práctica ha demostrado que son las propias partes las que se encuentran en mejores condiciones que nadie para lograr un resultado de certeza sobre los hechos relevantes para la decisión jurisdiccional que se requiera en cada caso. Allí, desde luego, debe encontrarse la lógica explicación a que los sistemas procesales civiles no se basen en el principio de investigación de oficio de los hechos. De allí también la lógica en que sean las partes los protagonistas de la iniciativa y del esfuerzo probatorio.

A pesar de ello, algunos siguen pensando ingenuamente que cada juez tiene a su cargo solo un caso y pretenden que el legislador procesal regule los procedimientos de acuerdo a este ingenuo pensamiento. Olvidan o ignoran que los jueces, en la práctica forense bajo la vigencia de la LECA, demostraron ser claramente reacios a utilizar las facultades de dirección que ya poseían, también relativas a la práctica de las pruebas. Se pretendía pasar de un juez que ni siquiera asistía a la práctica de las pruebas a un juez que, con mayores poderes probatorios, se alzara en verdadero investigador de la verdad material.

El legislador español tomó otro camino, más razonable y practicable. Estimó necesario y útil avanzar en el terreno procedimental, arbitrar los mecanismos necesarios para que el proceso civil resulte un instrumento eficaz, contemplar los elementos procesales que evitaran la mala fe, el fraude y el ánimo dilatorio, pero no asumió utopías procesales tan impracticables como atentatorias de la imparcialidad o neutralidad judicial. En cambio, apostó por el efectivo y directo contacto entre el juez y el material probatorio, por lo que la mantención de los principios de dispositivo y de aportación de parte no implicó que el juez español quedara obligado a presenciar la práctica de las pruebas como una persona inerte, desprovista de toda intervención o facultad directiva; al contrario se aseguraron al juez amplias posibilidades de dirección procesal a través de las cuales debe instar por el resultado final más certero y justo atendidos los concretos elementos de hecho y de derecho aportados por las partes.

c) Concentración de la actividad probatoria

Junto a la oralidad y la intermediación judicial real en el diálogo probatorio, la opción formal de la LEC viene dada por la concentración de la actividad probatoria en un único acto (aunque conste de varias sesiones) y en la sede del tribunal, que se plantea como la solución más razonable frente a la tradicional y perjudicial práctica dispersa de pruebas del anterior modelo. La concentración aparece inexorablemente conectada con la oralidad impuesta para las actuaciones de práctica de la prueba, convirtiéndose en una "compañera de viaje" de la oralidad muy impor-

tante, tanto que para algunos autores se alza como la verdadera clave formal que termina dando el carácter a un procedimiento oral³⁰. La Exposición de Motivos se refiere a ella como una novedad capital.

Las ventajas de la regla de la concentración probatoria no se ocultan a nadie. En primer lugar, favorece y posibilita la aplicación efectiva de la oralidad en esta fase del proceso. Con su previsión se pretende que las actuaciones probatorias orales verificadas en el acto del juicio, su desarrollo y resultados, permanezcan en la memoria del juez a la hora de dictar sentencia, cuestión que se vería muy dificultada o imposibilitada si junto con la regla de la oralidad no se hubiese recogido también la exigencia de concentración en la práctica de las pruebas.

Favorece y posibilita también la inmediación judicial efectiva y real. Con ella se impone la práctica probatoria concentrada y la proximidad de la misma con el momento de dictar sentencia que permita obtener los mayores provechos del contacto directo, frontal y concentrado del juzgador con las partes y sus medios de prueba, facilitando la valoración judicial, todo lo cual refuerza la gran importancia de esta actividad, bastante desatendida antes, entre otras razones, por la perjudicial disgregación que caracterizó al sistema escrito. La concentración probatoria posibilita la inmediación judicial efectiva, como hemos sostenido, mero espejismo normativo bajo la LECA, desafortunada titular de una estructura procesal favorecedora de la delegación y la mediación de la actividad probatoria.

En consonancia con tan importantes propósitos el legislador español ha consagrado algunas reglas que pretenden evitar que la concentración quede en una pura declaración de buenas intenciones. Primero, se establece la necesidad de repetir el juicio cuando este se hubiere paralizado por más de veinte días (art. 193.3). Se trata de una norma de aplicación general a las distintas vistas, por tanto aplicable al acto del juicio. Contemplándose las causas que pueden llevar a la interrupción de la audiencia, ya iniciada esta, se previene que deberá reanudarse una vez desaparecida la causa que motivó la paralización. Pues bien, si la audiencia del juicio no puede ser reanudada dentro de los veinte días siguientes a la interrupción de la misma deberá procederse a la celebración de nueva vista, concretamente a la celebración de un nuevo juicio³¹. Enemiga de

³⁰ Pilar del modelo oral chiovendano: "Dire oralità è quanto dire concentrazione". Véase: CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal (...)*. *Op. cit.*, p. 140. A juicio del llamado "apóstol" de la oralidad, la concentración procesal constituía la más señalada característica exterior del proceso oral. Véase también: MONTERO AROCA, J. *Los principios (...)*. *Op. cit.*, p. 177.

³¹ Huelga destacar los evidentes problemas que acarrea la necesidad de celebrar nuevo juicio. Por ello, no deben escatimarse esfuerzos para evitar la aplicación de esta norma. Por ejemplo, la habilitación de días y horas inhábiles.

los tiempos muertos, exige la Ley que el señalamiento para esta nueva vista se realice para la fecha más inmediata posible.

A la anterior norma deben agregarse al menos dos. Una, la del art. 288, sanciona con multa de dinero al litigante por cuya causa no se ejecutare temporáneamente una prueba admitida, salvo que acredite falta de culpa o desistiese de practicar dicha prueba, si él la hubiese propuesto. La otra, el art. 292 establece la obligatoriedad de comparecer a la audiencia de los testigos y los peritos, consagrando también una sanción pecuniaria.

Dispone el art. 290 de la LEC que todas las pruebas se practicasen en unidad de acto, consagrando la regla de la concentración probatoria que se ha destacado. Con todo, consciente el legislador de que esta regla no puede llevarse hasta extremos que la hagan inaplicable en la práctica, comprometiendo la seriedad del modelo y la imagen de esta nueva Justicia civil, contempla la alternativa de la práctica de pruebas que no se lleve a cabo en el acto del juicio, de pruebas practicadas separadamente, en todo caso con la garantía plena de la presencia judicial. La razón: No ser posible llevar a cabo su práctica en el acto del juicio. En tales casos, tales pruebas deberán practicarse antes del acto del juicio. Desde luego, una adecuada interpretación de esta normativa a lo menos exige que la imposibilidad sea verdadera, conservándose la excepcionalidad que se asigna al recurso a esta alternativa procesal. La clara apuesta del nuevo modelo procesal civil está en una práctica probatoria concentrada con presencia efectiva del juzgador que facilite la labor de valoración y apreciación de las pruebas. Por lo mismo, aquellos casos que justifiquen o exijan modificar esta conveniente conjunción procesal deben ser asumidos siempre desde el prisma de excepcionalidad apuntado por el legislador³². Cuando así corresponda proceder, se señalará por el Tribunal, mediante providencia, el día y la hora en que se practicarán los respectivos actos de prueba que no sea posible llevar a cabo en el juicio, todo ello con al menos cinco días de antelación. Si además, también de modo excepcional, la prueba no será practicada en la sede del Tribunal, se deberá determinar y notificar el lugar de que se trate.

También existen determinadas pruebas, ya sea en parte, ya sea en su totalidad, se practican antes (por lo tanto fuera) del acto del juicio³³. Es el caso de la aportación de documentos, de los medios e instrumentos que

³² El profesor Ortells Ramos coincide en que el ejercicio de la potestad concedida por el art. 290 debe acordarse de modo excepcional. Con todo, con buen criterio interpretativo estima que la excepcionalidad exigida por la norma debe entenderse que concurre también si con la práctica en un momento anterior al juicio se evita una posterior interrupción de este o se posibilita un señalamiento del juicio en la fecha en que puede ser practicada, sin riesgo de suspensión, la mayor parte de la prueba admitida.

³³ Incluso con anterioridad al momento de proposición de las pruebas. La LEC sigue el criterio de *desvelamiento inicial* de ciertos medios de prueba con el objeto de poner en

incorporan imágenes, palabras, sonidos y datos relevantes para el proceso, de los dictámenes periciales y de los informes que han sido elaborados por profesionales de la investigación privada (art. 265). A su turno, algunos actos del procedimiento de práctica tampoco se realizan en el acto del juicio: El reconocimiento o impugnación del documento o copia aportada (art. 289.3), el cotejo de la copia con el original (art. 320.3), la formación del cuerpo de escritura para cotejo de letras y la ratificación de la autoría del dictamen pericial (art. 289.3)³⁴. La prueba de reconocimiento judicial, por su naturaleza, con frecuencia deberá practicarse fuera del acto del juicio, por ejemplo si lo es de lugares o de inmuebles (arts. 353 y ss.).

En conclusión, reconociendo la sensatez, prudencia y necesidad de las excepciones consagradas, debemos saber ver en la concentración probatoria una pieza formal clave para el éxito del nuevo modelo predominantemente oral. De su buen hacer depende gran parte de la suerte que tenga la efectiva oralidad y el propio reforzamiento de la intermediación judicial. Los resultados prácticos demuestran el éxito de esta relación, evidenciándose también una importante reducción de la duración del proceso (aún mejorable a nuestro juicio) producto de la concentración de las actuaciones en actos orales que deriva en una mayor proximidad entre la práctica de las pruebas y la dictación de la sentencia y en un efectivo menor recurso a las diligencias finales.

d) Publicidad general

El último pilar sobre el cual se sostiene la apuesta oral española en punto a la práctica probatoria está constituida por la garantía de publicidad que encuentra en el modelo oral una plataforma donde expresar su verdadero significado, claramente condicionado entre las coordenadas impuestas por el profundo predominio de la escritura. Las posibilidades de la publicidad general, esto es, aquella que va más allá de las exigencias del principio de contradicción o audiencia vinculadas a la prohibición de indefensión de las partes y se logra extender y asegurar al público, a la generalidad de la ciudadanía, eran mínimas.

La publicidad general (externa) no se constituye en una compañera “natural” de la estructura procesal escrita. Más bien ambas transitan por

conocimiento del demandado, desde un inicio, el medio de prueba de mayor utilidad de los que el actor dispone, para que aquel valore si le conviene plantear oposición (caso en el cual empezar a preparar su prueba) o, por el contrario, valorar la posibilidad del allanamiento o la transacción.

³⁴ En el acto del juicio se practicará la declaración personal como testigo del investigador privado (art. 380), la exposición del dictamen pericial y el examen contradictorio del perito, si es admisible (art. 347), y la audición y visión de los medios audiovisuales (arts. 383 y 300.1.5º). Véase: ORTELLS RAMOS, M. *Derecho Procesal (...). Op. cit.*, p. 391.

caminos separados y hasta opuestos, cuestión que por lo demás quedó bastante en evidencia durante la vigencia del régimen procesal de la LECA. No obstante haberse contemplado en dicha Ley normas legales que establecieron el carácter público de las actuaciones orales, el problema para la efectividad o realidad de la publicidad general siempre derivó de la imposibilidad de compaginarla con el sistema escrito.

Nuevamente estamos en presencia de un problema que se desapega de la posible falta de normas legales que consagraran determinada regulación y que entronca de lleno con las deficiencias propias de la estructura formal propia del modelo procesal anterior. Si la admisión de los terceros a presenciar las actuaciones del proceso en general y las probatorias en particular constituyó una cuenta abiertamente pendiente del proceso civil español lo fue por la estructura escrita del mismo.

Pues bien, el notable cambio introducido en la estructura formal del proceso civil ha posibilitado dar cumplimiento efectivo a las exigencias constitucionales también en sede procesal civil. Es que la publicidad de las más importantes actuaciones procesales, entre las que se cuenta la práctica de las pruebas, constituía una garantía muy debilitada. Con la estructura predominantemente oral recogida por la LEC la situación experimenta un giro positivo notable al consagrarse la publicidad de las actuaciones orales en general (art. 138) y de las actuaciones de prueba en particular (art. 289.1). Se abren las puertas de la Justicia Civil española a todo aquel que quiera enterarse de su variado quehacer, lo que incluye a los medios de comunicación social. Se hace efectivamente posible el tan postergado control social, al mismo tiempo que se introduce mayores grados de transparencia objetiva en el modelo procesal civil.

En definitiva, es la nueva estructura formal sostenida en la oralidad y sus reglas asociadas la que permite contar con un proceso civil efectivamente público que vaya de la mano tanto de exigencias constitucionales como de los mandatos provenientes de los pactos internacionales.

3.4. La valoración de las pruebas en el modelo procesal recogido por la LEC

- a) Un sistema de valoración libre reforzado, sobre todo mucho más coherente con el modelo formal en que se enmarca*

Otra de las “señales” que vienen a consolidar la ruta adoptada por el cambio formal introducido por la nueva LEC se encuentra en el sistema de valoración de las pruebas. En efecto, la opción del legislador español ha estado dirigida a consagrar un sistema de valoración de las pruebas si bien “mixto” lo más coherente posible con la nueva estructura oral, concentrada y propiciadora del contacto directo entre el juez, las partes y sus respectivos medios de prueba, donde cabe destacar que ello se ha hecho

sin caer en los excesos doctrinarios pretendidamente puristas (hacia el sistema de libre valoración) que se pudieran querer amparar bajo la excusa de imponerle la introducción de la oralidad en el modelo procesal civil.

A nuestro juicio, de la mano del cambio estructural formal, a partir de la LEC sostenido en la oralidad, concentración e inmediación en la proposición y práctica de las pruebas, se logra consolidar (dándole efectivo sentido) e incluso intensificar el componente (mayoritario) de valoración libre del sistema, de dificultosa existencia efectiva (real) durante el anterior régimen profundamente escrito, disgregado y mediatizado³⁵, componente de libertad de valoración que pasa a predominar con mucha mayor claridad, y sobre todo, con mayor naturalidad, manteniéndose así el modelo procesal español (ahora sin las dificultades propias de la estructura formal del modelo de la LECA) dentro de lo que marca la ruta procesal del resto de los países occidentales³⁶.

Chiovenda dejó para la posteridad, entre otras varias desde luego, una frase célebre: "La libertà del convincimento, che pure fu un progresso non trascurabile nella storia del rinnovamento del pensiero umano l'aver proclamato como caposaldo del processo penal e civile, vuole l'aria e la luce dell'udienza. Nei laberinti del processo scritto essa si corrompe y muore"³⁷.

Destacaba Chiovenda con ella el estrechísimo vínculo entre las formas del procedimiento y la función de la prueba, incidiendo muy especialmente en el nexo entre la oralidad y la inmediación judicial. Concretamente, la oralidad entendida como la "inmediación" en la relación entre el juez que debe dictar sentencia y los elementos de los cuales debe extraer su convicción (personas, objetos y lugares), como la condición indispensable para la actuación del principio de la libre convicción del

³⁵ La prueba de testigos (art. 659), de reconocimiento judicial, y de peritos (art. 632) debían ser valoradas de acuerdo a las reglas de la sana crítica ya bajo la LECA. Pero en un modelo sostenido en la práctica forense en la mediación judicial, tales previsiones debían entenderse con cuidado: ¡¡sin pretender lanzar cohetes!!, ni mucho menos.

³⁶ Señala DE LA OLIVA SANTOS que hoy se estima preferible otorgar libertad valorativa a los jueces, en el convencimiento de que los riesgos de esa libertad son menores que sus ventajas y, sobre todo, preferible a un dificultísimo catálogo legal de tarifas de valor de la prueba. Véase en: DE LA OLIVA SANTOS, A.; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Derecho Procesal (...)*. *Op. cit.*, pp. 305; DE LA OLIVA SANTOS, A.; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. *Derecho (...)*. *Op. cit.*, t. II., p. 328.

³⁷ CHIOVENDA, G. "L'oralità e la (...)". *Op. cit.*, p. 32. En español la frase citada dice: "La libertad de convicción, que fue no obstante un progreso no descuidable en la historia de la renovación del pensamiento humano habiendo sido proclamada como fundamento del proceso penal y civil, quiere el aire y la luz de la audiencia. En los laberintos del proceso escrito la misma se corrompe y muere". Véase también: DENTI, V. *Estudios de Derecho (...)*. *Op. cit.*, pp. 251-253; DENTI, V. "L'oralità nelle riforme (...)". *Op. cit.*, pp. 438-439; CAPPELLETTI, M. *La oralidad y (...)*. *Op. cit.*, p. 78 (cita N° 192), y pp. 87-95.

juzgador en oposición al sistema de la prueba legal. El mismo juez que debe dictar la sentencia deberá escuchar las respuestas de las partes, las deposiciones de los testigos, las explicaciones de los peritos, examinará los objetos, visitará los lugares, entrando así en contacto inmediato con las fuentes de su convencimiento. Mientras, en el proceso escrito, el juez dicta la sentencia conocerá todo lo anterior a través de las actas a cargo de un delegado, careciendo del contacto directo, de la observación³⁸. La oralidad, concluye Chiovenda, es para el principio de libre convicción, como el aire que se necesita para respirar.

Con el abiertamente declarado propósito de lograr en el proceso civil, más concretamente en la regulación procesal de la angular actividad probatoria, mayores grados de claridad y sobre todo de flexibilidad (reclamada con mucha insistencia desde una rebelde jurisprudencia, que bajo este pretexto en no pocas ocasiones abusó de la "fórmula" de la apreciación conjunta de las pruebas) y, por cierto, con la clarísima pretensión de sacar efectivo provecho a las ventajas de un proceso civil diseñado con seriedad (en serio) sobre las reglas de la oralidad y la concentración probatoria, donde la intermediación judicial ya no es pura letra muerta, se opta (aunque la nueva estructura formal implica el paso decisivo) por el fortalecimiento de la valoración libre mediante la eliminación de algunas de las manifestaciones injustificadas del sistema de valoración legal con la actual regulación de los medios de prueba. Es que Chiovenda tenía razón al destacar la estrecha relación existente entre la oralidad (intermediación judicial) y el principio de la libre convicción, pero su planteamiento al carecer de "matices" y mantener en el polo "opuesto" al sistema de valoración legal de las pruebas en alguna medida le demonizó sin justicia ni razón³⁹.

La "modernidad procesal" por la que tanto se han rasgado las vestiduras no exige cortar con todo lo que, a primera vista, pueda sonar u oler a un proceso escrito, como erradamente se pretendió por algunos destacados autores. Existen reglas de valoración "legal" de pruebas cuyo man-

³⁸ Se preguntaba el maestro italiano: "Come potrà dirsi infatti che sia libero nella valutazione della prova il giudice che deve giudicare della attendibilità d'un teste senza averlo visto e sentito, ma solo leggendo il verbale della sua deposizione? Il giudice che deve confrontare fra loro le dichiarazioni delle parti senza averle personalmente intese? Il giudice che deve formarsi un'idea della situazione dei luoghi a cui si riferisce la controversia senza averli visitati, ma solo leggendone la descrizione fattane da un terzo? (...)". CHIOVENDA, G. "L'oralità e la (...)". *Op. cit.*, p. 17.

³⁹ En una dirección similar fueron las apreciaciones de Cappelletti que, salvo en lo referido a las pruebas preconstituidas (donde admitía la prueba legal), sostuvo que las reglas de prueba legal encuentran justificación solo a la luz de un proceso dominado por la escritura y de un sistema de pensamiento contrapuesto al que puede considerarse moderno, apoyado sobre esquematismos apriorísticos y formalísticos, más bien que sobre la directa y concreta observación de los datos. CAPPELLETTI, M. *La oralidad y (...)*. *Op. cit.*, p. 91.

tenimiento o supervivencia encuentra razonable justificación, ¡incluso!, en el marco de un modelo de enjuiciamiento predominantemente oral como el modelo procesal civil actual español recogido por la LEC.

En consecuencia, la valoración libre de las pruebas se fortalece en la LEC tanto a través de la eliminación de las rigideces legales que aparecían como injustificadas incluso bajo la vigencia de la LECA, claramente incompatibles con el modelo procesal instaurado, como mediante la asunción de un modelo formal que, a diferencia del derogado, facilita, da sentido, y hasta potencia la adecuada reflexión judicial valorativa a la luz de unas pruebas rendidas, por regla general, con presencia e intervención efectiva del juez. Todo lo contrario a lo acontecido en la práctica bajo la vigencia del régimen derogado.

Bien señala Ortells Ramos que la forma escrita (que imperó en el modelo de la LECA) conduce a la mediación y por lo tanto excluye el contacto directo entre el juez y los sujetos del proceso (o al menos hace perder su virtualidad a la inmediatez que se hubiera observado en la práctica de las pruebas, porque los datos obtenidos de la inmediatez judicial se pierden como consecuencia de la dispersión y ausencia de concentración) y, aunque no puede afirmarse que implique necesariamente un sistema de valoración legal, sí que es cierto que *dificulta* el correcto funcionamiento de un sistema de libre valoración, especialmente tratándose de los medios de prueba personales⁴⁰. La oralidad (realizable, matiza acertadamente), en cambio, respecto a la práctica de los medios de prueba, se concreta en la inmediatez entre los medios de prueba y el juez que ha de dictar la sentencia, y por lo mismo se valora y relaciona con el establecimiento de las condiciones necesarias para aplicar *correctamente* un sistema de libre valoración de la prueba⁴¹.

Y mejor todavía, esto se ha concretado esquivando los maniqueísmos que tanto abundan en estos temas. No se plantea aquí (ni tampoco en otro lugar) la cuestión del predominio de la libre valoración como una conquista con la cual se pretenda demostrar, en cuanto tal, el progreso o avance del proceso civil español tras la aprobación de la LEC.

De hecho, si bien se reconocen las ventajas de un sistema fundado en la libertad valorativa, nada hay en la LEC que demonice al sistema de

⁴⁰ El contacto directo entre el juez y los medios de prueba personales, léase por ejemplo, los testigos, cede paso a la resignación del juez a examinar las declaraciones de estos a través de las actas levantadas por un tercero, lo que, a no dudarlo, afecta la valoración que el juzgador pueda hacer de aquella prueba.

⁴¹ Denunciaba Almagro Nosete, hace más de veinte años, que como una clara consecuencia de la inexistencia de inmediatez judicial en la recepción de las pruebas se materializaba el pleno divorcio entre práctica y apreciación de la prueba, conforme al principio de convicción libre o de sana crítica frente al sistema de prueba tasada. A su juicio no cabía mayor incongruencia.

prueba legal. Y es que, en principio, se deben estimar como legítimas tanto la valoración libre como la apreciación legal de las pruebas⁴². Ambas se sostienen en las máximas de la experiencia, elementos básicos en esta actividad de la valoración, claro está que en un caso impuestas y aseguradas por expresa disposición de la Ley, en el otro, señaladas como el camino o el método a través del cual deberá el juzgador apreciar las pruebas. Más aún, la positivación de tales reglas de valoración se ha producido, en varios casos, como un notorio avance frente a repetidos errores valorativos de unos jueces dejados “en libertad de valoración”⁴³.

El acento del análisis de esta cuestión debe ponerse en otro lugar (en otra perspectiva si se prefiere), concretamente en la sana *retroalimentación* que estimamos genera la señalada opción del legislador por fortalecer y reforzar el sistema de valoración libre en relación con el restante diseño formal del nuevo proceso, habiéndose logrado configurar un modelo en el cual las distintas piezas formales que le integran están dispuestas de tal modo que permiten mucho más fácilmente concebir y materializar una actividad probatoria que, tomada ahora en serio, posibilita a los distintos operadores del mismo, especialmente al juez (principal destinatario de la actividad de prueba) extraer mejores frutos que los obtenidos bajo el régimen procesal anteriormente vigente.

b) *La regla de la valoración libre y la justificación de las reglas legales que aún perviven*

La regla general en la regulación procesal civil española: Lo dicho, la libertad en la valoración de la mayoría de las pruebas. El predominio continúa siendo en la LEC para la *valoración libre* de las pruebas, pero de manera mucho más contundente, clara y natural que bajo la LECA.

Su carácter general y predominante se debiera desprender ya de la norma del art. 218.2 LEC, que establece que la apreciación de los ele-

⁴² Así bien lo destacaba, entre otros, Cortés Domínguez: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. “La eficacia del proceso de declaración”. En: RAMOS MÉNDEZ, F. *Para un proceso (...)*. *Op. cit.*, pp. 134-135; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. “La Constitución española (...)”. En: VV.AA. *Principios constitucionales en el proceso civil*. *Op. cit.*, p. 154. En contra de estas consideraciones, rechazando el sistema de prueba legal y abogando por un sistema de valoración libre puro, véase: GUASP, J. *Estudios (...)*. *Op. cit.*, pp. 425-430; GUASP, J. 1988. *Derecho Procesal Civil I*; GUASP, J., ARAGONESES, P. *Derecho Procesal (...)*. *Op. cit.*, p. 369. Madrid, Ed. Instituto de Estudios Políticos, pp. 338-339. Para Guasp (seguido por Aragoneses en la actualidad) la prueba tasada era “un monstruo jurídico que debe estudiarse no en la fisiología sino en la teratología del Derecho”, puesto que, destinadas en esencia todas las operaciones probatorias a convencer al juez de la existencia o bien la inexistencia de un dato procesal determinado, en el momento de llegar a la obtención del resultado de las mismas se prescinde de tal convicción y se sustituye por un imperativo legal. En definitiva, el fenómeno de la prueba legal constituiría una anomalía jurídica.

⁴³ DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Derecho Procesal (...)*. *Op. cit.*, p. 305.

mentos fácticos del proceso (expresada en la motivación de las sentencias) debe siempre ajustarse a las *reglas de la lógica y la razón*, pero además es refrendada mediante diversas normas referidas a la valoración particular de algunos medios de prueba donde se reitera que la apreciación de las pruebas por el juzgador será libre aplicando las *reglas de la sana crítica*. En esta señalada dirección encontramos el art. 348, referido a la prueba de peritos⁴⁴; el art. 376, que respecto de las declaraciones de testigos consagra algo similar; y también los arts. 382.3 y 384.3 en relación con los medios de prueba consistentes en soportes de reproducción de la imagen y el sonido y los instrumentos de archivo y reproducción de datos.

En el caso de la prueba de reconocimiento judicial (arts. 353 a 359) la Ley nada señala respecto de la valoración de la misma. Como ha puesto de relieve la mejor doctrina, la valoración es libre también en este caso, a pesar de que más de alguno pudiera dudar si en este caso existe una concreción de prueba legal⁴⁵. De la Oliva Santos, que no tiene dudas que se trate de una prueba de valoración libre, explica que el juez deberá practicar el examen o inspección, prestando debida atención a los mayo-

⁴⁴ Como correctamente se ha destacado, el juzgador no está vinculado por el dictamen pericial, cualquiera sea el valor científico o técnico del mismo, lo que no es un contrasentido como alguno pudiera pensar, pues a pesar de que, en principio, el perito aporta al juez un conocimiento del cual este carece, lo que valora el juez no es el resultado de la pericia (al menos de modo directo) sino que la autoridad del perito, el método empleado y la coherencia lógica de la argumentación (antes, el art. 632 de la LECA era más explícito e indicaba que la prueba pericial se debía valorar por los jueces según las reglas de la sana crítica y "sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos). Por tanto, el juez debe examinar la fundamentación lógica y científica del dictamen, y si existen varios informes (recuérdese que se admite la posibilidad de dictámenes de peritos de parte y de peritos de designación judicial), debe valorar sus posibles contradicciones (situación de compleja solución si se hubiese optado por la prueba de peritos como prueba de valoración legal), y el modo y resultado de la señalada valoración debe integrarse en la fundamentación de la sentencia, lo que adquiere aún mayor sentido si el Tribunal no sigue los criterios del dictamen pericial, caso en el que deberá el juez *justificar razonadamente* su separación de la conclusión aportada por el perito: LORCA NAVARRETE, A. *Tratado de Derecho (...)*. Op. cit., p. 739. Por lo tanto, a pesar que el dictamen pericial puede aportar conocimientos de los que el juez carece, puede ser desatendido por este, razonadamente. Se parte de la base de que el juez no solo posee buenos conocimientos jurídicos sino que experiencia y personalidad maduras que le posibilitan actuar con prudencia y sentido crítico, lo que le impedirá aceptar, "a la primera de cambio", cualquier opinión que le haga llegar un perito, menos cuando la realidad práctica muestra que en muchos casos quienes dictaminan son profesionales de cualificación mediana o incluso deficiente. Así, véase la opinión de DE LA OLIVA SANTOS, A. en: DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Derecho Procesal (...)*. Op. cit., p. 367; DE LA OLIVA SANTOS, A. y otros. *Comentarios (...)*. Op. cit., p. 605.

⁴⁵ Como anota, entre otros, Montero Aroca, es indudable que el juez estará ineludiblemente a aquello que ha percibido por sus sentidos, sin poder sustraerse de ello. Se podría hablar incluso de un medio de prueba legal o de un caso que se encuentra al margen de la distinción entre prueba legal o prueba libre. Véase: MONTERO AROCA, J. *La prueba (...)*. Op. cit., p. 349.

res detalles posibles, pues es esto lo que permite una adecuada valoración. No se oculta la especial naturaleza de esta prueba (directa) que sitúa al juez en contacto directo con la persona, cosa o lugar a examinar o inspeccionar. Pues bien, para que lo directamente percibido en el examen o inspección no se "diluya" de la memoria del juez por el tiempo que transcurra entre aquel y la dictación de la sentencia, el juez procurará que se documente adecuadamente lo percibido mediante una acta detallada y por medios técnicos de constancia (arts. 358 y 359) que también servirán para la eventual segunda instancia. Finalmente, señala el profesor De la Oliva Santos, confirmando que se trata de una valoración libre, el juez deberá ponderar y valorar adecuadamente sus propias percepciones para lo cual tendrá que contrastarlas, cuando corresponda, con el conocimiento proveniente desde otros medios de prueba.

Sabemos que al decir que la valoración de la prueba sea libre no estamos diciendo que dicha valoración sea arbitraria, caprichosa o irracional. Las "reglas de la sana crítica", las *máximas de la experiencia*⁴⁶, se alzan como el camino a seguir en la valoración de la prueba rendida, que deben servir para su crítica o depuración. Son normas empíricas sostenidas en la razón, la madurez, el buen sentido lógico y el sano juicio. Se trata de una valoración razonada, motivada y responsable⁴⁷. En un sistema de valoración libre como el establecido por la LEC es el Tribunal el que determina las máximas de la experiencia a aplicar, generalmente por tenerlas el juez adquiridas gracias a su experiencia de vida, humana y cultural. No vienen impuestas ni decididas ya por la Ley. De allí que bajo este señalado sistema el juzgador se haga con un mayor protagonismo que, sin embargo, insistimos, no puede ni debe entenderse como una especie de *patente de corso* para desapegarse arbitrariamente de las exigencias propias de una resolución debidamente razonada y motivada (art. 218.2). El juez tiene, en todos los supuestos posibles en que resulta razonable, clara libertad para utilizar las máximas de la experiencia que estime más convenientes para aplicar a la valoración de la prueba.

El legislador solamente ha previsto reglas legales de valoración para la prueba documental (de ello dan cuenta los arts. 319 y 326: valor

⁴⁶ Según F. Stein, en una definición ya clásica, las máximas de la experiencia son "definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientemente de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos". STEIN, F. 1973. *El conocimiento privado del juez*. Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, Traducción y notas de Andrés de la Oliva Santos, p. 30.

⁴⁷ De hecho, el juez debe precisar (hacer constar) en la sentencia las máximas de la experiencia utilizadas, desde las que ha llegado a su conclusión probatoria. MONTERO AROCA, J. *Los principios (...)*. *Op. cit.*, pp. 134-136; MONTERO AROCA, J. *La prueba (...)*. *Op. cit.*, p. 427.

probatorio de los documentos públicos y privados de los que no se impugne su autenticidad) y, limitadamente, también para la prueba de interrogatorio de partes (art. 316.1: reconocimiento de hechos perjudiciales)⁴⁸.

No deben sorprender ni indisponer estas excepciones a la libre valoración de la prueba. La pertinencia y justificación de estas reglas de valoración legal se encuentra a nuestro juicio fuera de discusión, al menos desde la perspectiva de su razonabilidad, y así lo da a entender la propia Exposición de Motivos de la LEC.

Respecto del medio de prueba de interrogatorio de parte se señala:

“En cuanto a la valoración de la declaración de las partes, es del todo lógico seguir teniendo en consideración, a efecto de la fijación de los hechos, el dato de que los reconozca como ciertos la parte que ha intervenido en ellos y para la que resultan perjudiciales. Pero, en cambio, no razonable imponer legalmente, en todo caso, un valor probatorio pleno a tal reconocimiento o confesión. Como en las últimas décadas ha venido afirmando la jurisprudencia y justificando la mejor doctrina, ha de establecerse la valoración libre, teniendo en cuenta las otras pruebas que se practiquen”. En efecto, se dispone por el art. 316.1: “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”. Pero dispuesto ello, a reglón seguido, el apartado 2 de dicho artículo imperativamente expresa: “En todo lo demás, los tribunales valorarán las declaraciones de las partes y de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 301 según las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos 304 y 307” (que, como se destacó en su momento, establecen la consecuencia de la “admisión tácita de hechos” si la parte citada para prestar declaración no asume las cargas de comparecer y de contestar claramente).

Es sencillo descubrir que la máxima de la experiencia en la cual se basa la regla de valoración legal que se contempla a propósito de este medio de prueba es aquella que señala que, por lógica, nadie va a declarar en contra de sí mismo cuando los hechos sean falsos o, lo que es lo mismo, lógicamente nadie va a mentir si con ello se perjudica. Pero

⁴⁸ En este último caso se habla más de una valoración legalmente guiada que de valoración legal de la prueba de interrogatorio de parte (o si bien existe una norma de valoración legal, esta está configurada con matices), puesto que el juez no está vinculado a tener por ciertos determinados hechos declarados por la parte, pero se le impone por la Ley motivar su apreciación divergente. En la motivación deberá figurar la valoración de aquellas pruebas que han llevado al Tribunal a considerar desvirtuado el valor probatorio del interrogatorio de la parte en el que se reconozcan hechos en los que dicha parte ha intervenido personalmente y que le son desfavorables.

también se puede encontrar fundamento en el principio de aportación de parte, en donde como se sabe la *admisión de los hechos* justifica que se les exima de prueba.

Respecto de la fuerza probatoria de los documentos, tanto públicos como privados *no impugnados en su autenticidad*, cabe estar a lo dispuesto, como dijimos arriba, en los arts. 319 y 326 que recogen las reglas legales que el juez debe aplicar en su valoración. Se equipara el valor del documento privado que no ha sido impugnado por la parte a quien perjudique con el valor asignado al documento público (art. 326.1), que según se prevé hace *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 federatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella (art. 319.1).

Expresa al respecto la Exposición de Motivos de la LEC:

“Esta Ley se ocupa de los documentos, dentro de los preceptos sobre la prueba, a los solos efectos de la formación del juicio jurisdiccional sobre los hechos, aunque, obviamente, esta eficacia haya de ejercer una notable influencia indirecta en el tráfico jurídico. Los documentos públicos, desde el punto de vista procesal civil, han sido siempre y deben seguir siendo aquellos a los que cabe y conviene atribuir una clara y determinada fuerza a la hora del referido juicio fáctico. Documentos privados, en cambio, son los que, en sí mismos, no gozan de esa fuerza fundamentadora de la certeza procesal y, por ello, salvo que su autenticidad sea reconocida por los sujetos a quienes puedan perjudicar, quedan sujetos a la valoración libre o conforme a las reglas de la sana crítica”.

Aquí las máximas de la experiencia aplicables son también evidentes y se sustentan, en los documentos públicos, en que la *seguridad del tráfico jurídico* impone la necesidad de otorgar la fe pública a determinados funcionarios en el ejercicio de sus funciones⁴⁹⁻⁵⁰. Respecto de los docu-

⁴⁹ La propia Exposición de Motivos agrega: “La específica fuerza probatoria de los documentos públicos deriva de la confianza depositada en la intervención de distintos fedatarios legalmente autorizados o habilitados”.

⁵⁰ Ya M. Cappelletti (entre otros: también E. Couture) destacaba que la valoración legal de la prueba preconstituida (donde se comprende la prueba documental) despliega –todavía más– su benéfica eficacia (de certeza) antes y fuera del proceso que en el proceso mismo. Así, señaló que los criterios legales en la valoración de la prueba preconstituida se justifican, precisamente, porque mediante los mismos los sujetos de las relaciones sustanciales pueden prever cuál será el resultado de un eventual proceso, y pueden así precaverse contra los inciertos *sidera litium*; lo que significa, agregaba, que pueden preconstituir, dentro de determinados límites, una garantía de seguridad de sus relaciones. En consecuencia, en este caso la prueba legal tendría más bien el carácter de un fenómeno preprocesal o sustancial que de un fenómeno propiamente procesal: CAPPELLETTI, M. *La oralidad y (...)*. *Op. cit.*, p. 89.

mentos privados auténticos, la máxima de experiencia recogida por la Ley nos señala que quien firma o hace un documento acepta, al menos en la generalidad de los casos, su contenido.

Todos los demás supuestos, por ejemplo, la valoración del interrogatorio de parte sobre hechos no personales o bien hechos no desfavorables (art. 316.2) o la valoración de un documento privado impugnado (art. 326.2) y, desde luego, los demás medios de prueba, deben ser valorados libremente por el juez en los términos que hemos observado, aplicando las reglas de la sana crítica⁵¹.

Este sistema de valoración predominantemente según las reglas de la sana crítica se alza como el “colofón” natural para un nuevo modelo formal que viene a conceder más y mejor atención real a toda la actividad de la prueba y su procedimiento. En este sentido, insistimos en ello, se trata de una regulación que se realiza que debe relacionarse con el fortalecimiento y reforzamiento que experimenta la *inmediación judicial* en la proposición y práctica de las pruebas (especialmente en las pruebas personales) de la mano de la introducción de un predominio (efectivo) de la oralidad en el proceso civil, muy especialmente en el acto del juicio. Debe relacionarse con la concentración procesal y probatoria que también se impone por muy saludable regla, sin la cual –vale enfatizarlo– las ventajas y virtudes predicables de la efectiva intermediación judicial en relación con la recepción de la prueba quedarían en poco o nada. Vale decir, la apuesta por el predominio de la dicha valoración libre según las reglas de la sana crítica debe valorarse como estrechamente ligada con la configuración formal recogida por la LEC.

En consecuencia, no se puede señalar que no haya habido cambios en el sistema de valoración. Los hubo, primero, tendientes a despejar rigideces legales ya injustificadas. Pero además, y con todavía mayor importancia, el sistema se refuerza tras el fortalecimiento de la fuente de su energía, tras la reforma de la fase procesal que nutre al juez, con mayor intensidad, con el material fáctico del proceso y que lo acerca más a la realidad de lo acontecido gracias al contacto (verdaderamente) directo con las partes, testigos, peritos y demás medios probatorios. Claramente se favorecen las condiciones del denominado juicio de hecho o juicio fáctico. De esta forma, estimamos que la valoración libre de las pruebas

⁵¹ En efecto, según dispone la Ley (art. 326.2 LEC) cuando a pesar de la prueba propuesta para probar la autenticidad del documento aportado, o bien cuando no se hubiere propuesto por el aportante del documento prueba alguna con tal finalidad, el juez valorará conforme a las reglas de la sana crítica. De lo dicho se deduce que la impugnación de la autenticidad del documento, ni tampoco el hecho de que el aportante del mismo no haya podido probar su autenticidad, lleva al juez necesariamente a la determinación de la falta de autenticidad. El juez deberá valorar de acuerdo a las reglas de la sana crítica las distintas circunstancias que presenta el documento y de la impugnación.

deja de ser en la nueva LEC un elemento “extraño” al sistema (como sostenemos ocurría en el modelo procesal escrito, delegado, disperso y excesivamente formalista amparado por la LECA), para fundirse armónicamente en conjunción con las nuevas directrices formales que configuran la estructura procesal.

3.5. *Sistema de documentación de las actuaciones de prueba: Importancia de la grabación del juicio en la efectiva aplicación de las nuevas coordenadas formales sostenidas en la oralidad*

Las actuaciones orales en comparencias o vistas (el acto del juicio es una de ellas) deben documentarse en la forma prevista en el arts. 187.1 y 147 de la LEC, vale decir, se trata de actuaciones que deben registrarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o, si no fuere posible, solo del sonido, sin perjuicio del acta que deba levantarse en los términos señalados por el art. 146.2 en donde se consigne solamente los datos relativos al tiempo y lugar de la celebración, las peticiones y propuestas de las partes y las resoluciones que adopte el Tribunal, así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte. Empero, si los medios de documentación señalados no pudieren ser utilizados por cualquier causa, el juicio se documentará por medio de acta completa realizada por el Secretario Judicial con todo detalle y extensión. El Tribunal, si lo considera oportuno, puede ordenar unir a los autos una transcripción escrita de lo registrado en los soportes correspondientes.

Sin perjuicio de apuntar aquí la existencia de problemas iniciales en punto a la adquisición y provisión de estos sistemas de grabación y reproducción, y de reconocer las diferencias que existen entre los Tribunales españoles en cuanto al concreto mecanismo técnico de que se dispone, nos parece importante destacar que gran parte de la responsabilidad de que las normas referidas a la oralidad, a la intermediación, a la concentración probatoria y a la publicidad sean efectivamente cumplidas corresponde al sistema de documentación que se exige tratándose de las actuaciones probatorias orales.

Tal cual acontece a propósito de la audiencia previa al juicio, la exigencia de la grabación del juicio se ha convertido en un complemento técnico de crucial importancia e influencia para el buen funcionamiento del nuevo modelo procesal civil. La rotunda y plena asunción de las nuevas coordenadas formales propias de la oralidad ha encontrado en sistema de registro o documentación un verdadero aliado sin el cual hubiese sido bastante incierta la cabal aplicación práctica de toda la normativa. Los arraigados vicios provenientes de una estructura y cultura escrita del proceso civil ya habían demostrado su capacidad para enterrar cualquier intento de oralización.

La exigencia de grabación del acto del juicio da clara cuenta de la opción del legislador por un avance procesal que sea serio y seguro, que impida la reproducción de aquellas tendencias de la práctica del foro que impidieron progresar en el terreno de los hechos. Las reformas introducidas al antiguo proceso quedaron en el puro papel, sin aplicación real. En el modelo actual las normas legales referidas a las formas procesales son estrictamente cumplidas por todos los operadores. Existe consenso en reconocer que el sistema de documentación ha contribuido decisivamente en la configuración de esta auspiciosa realidad.

Bien se ha dicho que la grabación del acto del juicio implica el definitivo freno y descarte de estas prácticas situadas fuera de la legalidad establecida. Con la grabación se posibilita transparentar todo aquello que acontece en la audiencia, impidiéndose con ello el recurso a los "apoyos" escritos, a las *instructas* o a las tradicionales "actas ad hoc". Siempre están allí están las cámaras que registran lo que verdaderamente acontece en la audiencia, forzando la realidad de la oralidad que se introduce. Además, como a lo grabado debe remitirse el juzgador para fundar su decisión, las partes ya no sienten la necesidad de tener que complementar sus exposiciones orales con la aportación de minutas escritas. La oralidad pasa a tener un sentido propio, una función en sí misma, convenientemente resguardada por las seguridades que brinda la grabación.

A lo anterior se debe agregar la posibilidad que surge junto con la grabación de la vista, antes obviamente inexistente, referida a la valoración del lenguaje no verbal. La actitud, el mayor o menor grado de convicción, y la firmeza o inseguridad de la parte o del testigo al responder a las preguntas son datos de los cuales queda ahora constancia a los que el juez puede y debe recurrir al momento de valorar las distintas pruebas. Con ello, junto con reforzarse el material al cual el juzgador deberá echar mano al apreciar y valorar las pruebas, se limita el abuso del subjetivismo a través del control en apelación que permite su constancia en la grabación.

La grabación del acto del juicio asegura también el cumplimiento de la regla de concentración, tanto en su versión temporal como en su versión espacial, esto es, aquella referida al lugar de celebración de la misma. La concentración probatoria que recoge, por regla, la LEC se asegura con la grabación de las actuaciones de prueba. Se corta con el pasado de dispersión probatoria que permitía celebrar actuaciones de prueba en varios lugares del Tribunal (ya que no siempre era el juez quien presidía su práctica) y en distintas audiencias, distanciadas unas de otras. Se recupera la sala de vistas como el lugar natural para desarrollar esta actividad y se concentra su tiempo de recepción, de cuya verificación se encarga el registro visual realizado a través de la íntegra grabación de la misma. A mayor abundamiento, al ser concentrada la práctica de las pruebas, su documentación comparte dicha característica facilitando el

trabajo del juzgador que ya no debe agotarse en “escarbar” en un expediente en busca de escritos probatorios, actas y documentos dispersos.

El freno a las “corruptelas” propias de una práctica forense mal acostumbrada a las comodidades de un sistema procesal escrito en que se ha constituido la grabación del acto del juicio también ha demostrado absoluta efectividad en lo que se relaciona con la regla de la inmediación que, según hemos dicho, se refuerza notablemente con la estructura del nuevo modelo. No obstante sancionarse con nulidad de pleno derecho la violación de la normativa ligada a la inmediación judicial, la grabación de la audiencia aparece como el definitivo elemento que posibilita que el cumplimiento de estas normas goce de toda la realidad que actualmente goza. No cabe la delegación y se impone con buen criterio la presencia efectiva y verdadera del juzgador del caso en la práctica de las pruebas, salvo, claro está, en los excepcionales casos analizados. Normativa legal y práctica caminan juntas, armónicamente, fructífera relación siempre registrada a través de las cámaras.

Finalmente, de alguna forma el cumplimiento de las normas que apuntan a asegurar la publicidad general en el proceso también se ve favorecida por el sistema de registro en grabación que recoge la LEC. En efecto, junto con forzar la efectiva reunión de todos los actores procesales en el acto del juicio, haciéndolos por fin verdaderamente visibles al público general, haciendo visibles sus actuaciones, el registro de la audiencia sirve también para su utilización posterior difundiendo lo acontecido.

IV. SEGUNDA CONSECUENCIA: LAS DILIGENCIAS FINALES EN LA LEC

1) De las antiguas diligencias para mejor proveer y su reformulación

1.1. *Antecedentes*

Hemos señalado y explicado que la regulación de los procesos civiles por la nueva LEC se identifica por una configuración formal marcada por una razonable introducción combinada de la oralidad, la concentración y la inmediación judicial efectiva que se sostiene en el convencimiento de la necesidad de conferir la mayor seriedad a la actividad más importante del proceso, la prueba. En esta dirección, además de la preparación efectiva que supone la audiencia previa al juicio, el proceso ordinario encuentra en la LEC un eje central sólido sobre el cual apoyar sus principales virtudes, cual es el acto del juicio, en donde con unidad de acto, el juez, las partes y medios de prueba admitidos se reúnen frente a frente, ahora sin unos intermediarios, sin la acumulación innecesaria de papeles y sin

dilaciones propias de la disgregación y dispersión procesal y probatoria, dando vida a un proceso civil “en serio” que se toma las pruebas, valga la redundancia, con mucha seriedad.

Se deja atrás la interminable “trampa de papeles” propia de la estructura de la LECA, la dispersión que le era consustancial y la (en la práctica) frustrada efectividad del querido contacto directo entre el juez y las partes y sus medios de prueba, en fin, se deja atrás el descuido de la prueba, que “obligó” a que, bajo los años de vigencia de la antigua y derogada Ley muchos de los actos de prueba se debieran dejar para el final, ya terminado el juicio, ya citadas las partes para oír la sentencia, precisamente en el plazo previsto para la dictación de la sentencia (como se ha dicho con razón: para salvar los papeles de la Justicia), recurriendo a las medidas para mejor resolver reguladas entre los arts. 340 y 342 LECA. De allí que el plazo para dictar la sentencia se convirtiera en muchos casos en el momento en que los jueces buscaban paliar las consecuencias de su ausencia en la práctica de las pruebas.

No es nuestro propósito el realizar ahora un análisis de las derogadas diligencias para mejor resolver españolas, ni lo haremos. Pero una mejor comprensión de las razones que han llevado al legislador español a optar en la LEC por un muy contundente rediseño restrictivo de las diligencias probatorias posteriores a la terminación del acto del juicio aconseja a lo menos apuntar los principales problemas que marcaron la hoja de ruta de las antiguas diligencias.

1.2. *Apreciación crítica de las diligencias para mejor proveer*

En primer lugar, debemos señalar que las diligencias para mejor resolver, que los jueces podían acordar de oficio, sin instancia de parte⁵², significaron una “imprecisa intromisión” de estos en la determinación de las pruebas que habían de ser practicadas en el proceso en donde, rigiendo el principio de aportación de parte, era solo responsabilidad de las partes: Una verdadera puerta abierta a los poderes oficiales del juez en la actividad probatoria.

Cuando los jueces hacían uso de las diligencias para mejor proveer, en realidad lo que llevaban a cabo era una prueba que pudo y debió haber sido solicitada por alguno de los litigantes y que, además, una vez practicada, podía favorecer la postura procesal de alguno de ellos. Aunque

⁵² La iniciativa para ordenar estas diligencias para mejor proveer correspondía exclusivamente, como ocurre en Chile con las medidas para mejor resolver, al órgano jurisdiccional: RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento (...)*. *Op. cit.*, T. I., p. 460. De hecho, diversas sentencias destacan que tales diligencias no estaban sometidas al impulso procesal de parte y que, no obstante su petición por ellas, no venía el órgano jurisdiccional ni en primera ni en segunda instancia a dar respuesta a tal pretensión.

evidentemente, como es conocido, parte de la doctrina vio en las diligencias para mejor proveer la herramienta “ideal” para poder corregir lo que consideraban una exagerada concepción de los principios dispositivo y de la aportación de parte y acercar al modelo español a las “modernas tendencias procesales” (las “ideas más avanzadas”) en materia probatoria que concordarían en entregar al juzgador una mayor cantidad de poderes en orden al mejor y más auténtico conocimiento de los hechos que le permitan la búsqueda de la verdad material o histórica, esto es, la adecuación de la sentencia a la realidad fáctica, sentenciando adecuadamente la contienda sometida a su decisión.

Otros autores, como el profesor De la Oliva Santos, sostuvieron que las diligencias para mejor resolver no debían suponer, en sí mismas, alteración de la virtualidad de los principios de aportación de parte y dispositivo, en cuya virtud, solo a las partes corresponde alegar los hechos relevantes y proponer la prueba e intervenir diligentemente en su práctica. En consecuencia, las diligencias para mejor proveer únicamente debía utilizarse para adquirir certeza (o intentarlo) acerca de los hechos alegados que, pese a haberse comportado diligentemente la parte gravada con la carga de probarlos, permaneciesen dudosos⁵³. Pero, como reconoce el propio De la Oliva Santos, ni la letra de la LECA aseguraba que estas diligencias para mejor resolver se llevasen a cabo en esas condiciones ni la práctica guardó, en general, relación alguna con principio o regla más o menos discutible⁵⁴.

Y en segundo lugar, más allá del debate que estas diligencias para mejor resolver generaban en el terreno de las facultades materiales que

⁵³ En sentido similar se distinguía por Montero Aroca que si la parte había intentado probar el hecho afirmado por ella y, a pesar de haber desplegado la diligencia que le era exigible, no había conseguido, bien que un medio de prueba llegara a practicarse, bien que el mismo contribuyera eficazmente a proporcionar certeza, era admisible que el juez acordara una diligencia para mejor proveer, por medio de la que se tendía a completar lo que la parte no pudo hacer. Al contrario, si la parte había afirmado unos hechos y luego no había intentado su prueba o si en ese intento no había existido la diligencia exigible, no cabía acordar una diligencia para mejor proveer porque la misma supondría que el juzgador estaba convirtiéndose en subsanador de la negligencia de la parte y actuando en perjuicio de la contraria. Las diligencias para mejor resolver no podían ser entendidas en el sentido de desconocer todo lo relativo a la carga de la prueba, supliendo el juez la inactividad o negligencia de una de las partes que no había hecho todo aquello que el sistema procesal le permitía para llegar a probar sus afirmaciones de hechos, desconociendo el principio de igualdad de las partes en el proceso (todo lo que el juzgador haga en beneficio de una parte, lo hace en perjuicio de la otra, a la cual puede ponerse en situación de indefensión). MONTERO AROCA, J. *La prueba (...)*. *Op. cit.*, pp. 390-391. Contrario a la concepción restrictiva hacia las diligencias, además de los autores citados en el número anterior, y entre otros: RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento (...)*. *Op. cit.*, T. I., pp. 458-460.

⁵⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Derecho Procesal (...)*. *Op. cit.*, p. 392; DE LA OLIVA SANTOS, A. y otros. *Comentarios (...)*. *Op. cit.*, p. 735.

correspondía conferir al juez en los procesos civiles con objeto disponible, lo cierto es que la *praxis* aplicativa de las mismas dejó muchísimo que desear. Con distancia de los que asumimos bien intencionados propósitos de algunos autores respecto a que con las diligencias para mejor resolver se podrían y deberían obtener sentencias “más justas”, la realidad aplicativa que en no escasas ocasiones mostraron los Tribunales se vinculó más con una *praxis* claramente viciosa que con el ejercicio serio y adecuado de esta facultad. En efecto, aparte del abuso de la fórmula “no por ahora, sin perjuicio de lo que se resuelva para mejor resolver”⁵⁵, los jueces (no todos ellos por cierto) no pudieron o bien no quisieron escapar a su dañina *utilización dilatoria* con el solo objetivo de aprovechar la suspensión del plazo para dictar sentencia para descargarse (desahogarse) de la obligación de dictarla hasta el punto que en el foro se las llamó diligencias para “mejor dilatar”.

1.3. *Fundamento de la reformulación de las diligencias en la LEC*

Pues bien, la nueva estructura formal del proceso ordinario, levantada razonablemente (sin excesos) sobre unos pilares bastante distintos a los propios de la LECA, no podía ser ya compatible con un instituto procesal como el de las diligencias para mejor proveer. En la Exposición de Motivos se explica.

La Ley suprime, se dice en la Exposición de Motivos, las denominadas “diligencias para mejor proveer”, sustituyéndolas por unas diligencias finales, con presupuestos distintos de los de aquellas.

La razón principal para este cambio –se puntualiza– es la necesaria coherencia con la ya referida inspiración fundamental que, como regla, debe presidir el inicio, desarrollo y desenlace de los procesos civiles. Además, y ponga el lector especial atención en esta segunda justificación de la supresión de las diligencias para mejor proveer del modelo procesal civil (pues liga estrechamente con nuestro análisis de los cambios en esta materia), es conveniente *cuanto refuerce la importancia del acto del juicio*, restringiendo la actividad previa a la sentencia a aquello que sea estrictamente necesario.

Por tanto, sigue la justificación de la Exposición, como diligencias finales solo serán admisibles las diligencias de pruebas, debidamente propuestas y admitidas, que no se hubieren podido practicar por causas

⁵⁵ Con esta clase de resolución no se admitía ni se denegaba la prueba propuesta, sino que difería su decisión a un momento posterior, cual era la unión de los ramos de prueba, en el que el juez o silenciaba cualquier resolución sobre la admisión o inadmisión de la prueba en su día propuesta, o mediante una providencia, irrecurrible, estimaba innecesaria la diligencia de prueba en su día propuesta. Véase: ABEL LLUCH, X. *Iniciativa (...)*. *Op. cit.* p. 266.

que hayan sido ajenas a la parte que las hubiera interesado. La Ley considera improcedente llevar a cabo nada de cuanto se hubiera podido proponer y no se hubiere propuesto, así como cualquier actividad del Tribunal que, con merma de la igualitaria contienda entre las partes, supla su falta de diligencia y cuidado. Las excepciones a esta regla han sido meditaciones detenidamente y responden a criterios de equidad, sin que supongan ocasión injustificada para desordenar la estructura procesal o menoscabar la igualdad de la contradicción⁵⁶.

Es patente y clara entonces la intención del legislador procesal español de articular un instituto que sea congruente y compatible con el nuevo modelo, que no siga poniendo en riesgo la seriedad de la prueba y la centralidad consagrada para el acto del juicio (eje del nuevo modelo de juicio ordinario), sin perjuicio de la declarada opción por una regulación coherente en el terreno del respeto a los principios dispositivo (justicia rogada) y de aportación de parte que gobiernan al proceso civil español, inspiración fundamental del proceso.

2) Articulación de las diligencias finales

2.1. *La constatación fundamental*

La LEC, tomando distancia de los riesgos y problemas que implicaron las diligencias para mejor proveer reguladas en la derogada LECA prevé para las diligencias finales una configuración fundamentalmente distinta que, a partir de su carácter restrictivo y, se puede decir, hasta excepcional, es más coherente con la estructura oral y concentrada del juicio ordinario y demás reglas formales que le sirven de sustento. En efecto, luego de la configuración de una estructura procesal ante todo más razonable que la derogada, que apuesta con seriedad por el contacto efectivo, inmediato y concentrado entre el juez, partes y medios de prueba, el legislador no se mostró dispuesto a “tirarlo todo por la borda” con un instituto procesal que siguiera sirviendo para “amparar” el desorden probatorio como aconteció con las diligencias para mejor proveer.

El cambio normativo materializado va más allá de ser un mero cambio de nombre. De hecho, se trata de un cambio normativo derechamente

⁵⁶ Abel Lluch resume bien las razones que justifican la sustitución de las diligencias para mejor proveer por las diligencias finales: Coherencia con el principio de aportación de parte, reserva de un momento procesal específico para la práctica de la prueba, concentración de la práctica de la prueba en un solo acto, posibilidad de valoración de toda la prueba practicada en unidad de acto, reducción de la actividad previa a la sentencia, vigencia de la regla de la oralidad, preservar la igualdad de las partes, riesgos de la intervención judicial, prohibición de suplir por el juez la inactividad de las partes. ABEL LLUCH, X. “Las diligencias finales (...)”. *Op. cit.*, p. 1736.

sustancial: Ya se encarga de destacar la propia Exposición de Motivos, como acabamos de anotar, que las diligencias finales se sustentan en unos *presupuestos distintos* a los de las diligencias para mejor proveer.

Con clara razón se ha dicho por Lorca Navarrete que las diligencias para mejor proveer eran la respuesta lógica del sistema de enjuiciamiento que la LEC de 1881 implantó, sistema que como hemos destacado se justificó en un modelo de juez del que al final solo interesaba que “pusiera” (dictara) sentencia.

Al respecto agrega Lorca Navarrete, dando cuenta de la muy lamentable realidad que imponía la estructura formal propia de la LEC de 1881: “De ahí que en el trance de ubicarse en ese crucial momento de dictar sentencia, la LEC, que prácticamente hasta ese instante había permitido que el juez fuera inerte a la actividad de disposición de las partes, le facilitaba al juez su labor y cometido permitiéndole mejor proveer para poder pronunciar su sentencia. Esa facilitación se justificaba en un enjuiciamiento que, en muy pocas ocasiones contactaba con las partes por ser muy deficitario en actuaciones procesales orales, públicas e inmediatas; lo que finalmente permitía un tipo de enjuiciamiento esencialmente burocrático y de despacho en el que las diligencias para mejor proveer eran troncales para suplir el déficit que venía arrastrando un enjuiciamiento del que disponían las partes pero que, al propio tiempo, ubicaba al órgano jurisdiccional y partes de espaldas”⁵⁷.

Bajo la vigente estructural procesal ya no se justifica la pervivencia de un instituto como el de las diligencias para mejor proveer. De allí que la regulación de las diligencias finales tome una distancia clara de la que recogió la LECA para las antiguas diligencias para mejor proveer, hasta el punto de que creemos que no puede señalarse, con un real conocimiento de la nueva normativa, de que se trata del mismo instituto procesal pero con distinto nombre. Son institutos bien distintos, que si bien es cierto que “conectan” en elementos (la oportunidad para acordarlas; la suspensión del plazo para dictar la sentencia como consecuencia inmediata de su acuerdo; su naturaleza probatoria; su carácter facultativo; y la intervención preceptiva de las partes tanto durante como tras su práctica), se diferencian en un punto derechamente fundamental y esencial: a diferencia de lo que ocurría con las diligencias para mejor proveer de la LECA por las que se atribuía al juez facultad de acordar “prueba de oficio”, mediante las diligencias finales de la LEC lo que se da a las partes es otra oportunidad *excepcional* para intentar la acreditación de sus afirmaciones fácticas cuando, no obstante haber desplegado *toda la diligencia exigible* en el período probatorio, proponiendo en forma oportuna sus medios de prueba, finalmente no ha podido practicarlos por causas a ellas

⁵⁷ LORCA NAVARRETE, A. *Tratado de Derecho (...)*. Op. cit., p. 955.

ajenas (o le ha sido imposible siquiera proponerlos en el momento ordinario, como es el caso de hechos nuevos o de nueva noticia).

Ya antes de la aprobación de la LEC, a la luz del contenido del Anteproyecto, se señalaba que las diligencias finales venían a cambiar el sentido de las diligencias para mejor proveer de la LEC de 1881, configurándose ya no como una imprecisa puerta abierta a los poderes oficiales del juzgador, sino como *la última excepción* a la preclusión de la prueba de los hechos en la primera instancia (solo cuando la parte hubiese propuesto los medios de prueba correspondientes y hubiese sido diligente para su práctica), evitando de este modo que la cuestión de hecho acabe por ser resuelta mediante la aplicación de las reglas de la carga de la prueba.

2.2. *La regla general y la excepción en punto a la configuración legal de las diligencias finales*

La regulación de la LEC distingue dos categorías de diligencias finales. La doctrina más autorizada alude a ellas como diligencias ordinarias (art. 435.1) y diligencias finales excepcionales o extraordinarias (art. 435.2)⁵⁸, con lo que se persigue destacar el carácter general de unas (dentro del modelo que consagra la nueva configuración legal) respecto del carácter excepcional y restrictivo de las otras. Lo que las distingue es que las primeras, vale decir, las diligencias finales ordinarias, solamente pueden ser acordadas *a instancia de parte*, mientras que las segundas, las diligencias finales extraordinarias, mucho más restrictivas en su procedencia, por su especial naturaleza y contenido que analizaremos luego, pueden acordarse también de oficio por el Tribunal (sin perjuicio de proceder también a instancia de parte).

La doctrina ha coincidido en reconocer en este cambio un verdadero giro copernicano en la configuración de las diligencias finales con respecto de las diligencias para mejor proveer. Se señala como indiscutible la potenciación de la iniciativa probatoria a instancia de parte, de la mano del reforzamiento del principio de aportación de parte, lo que se plasma con claridad en el hecho de que la adopción de diligencias finales a instancia de parte se ha convertido en la regla general, debilitándose (disminuyendo) consecuentemente la iniciativa probatoria de oficio.

Respecto de las diligencias finales ordinarias dispone el art. 435.1 LEC que *solo a instancia de parte*⁵⁹ podrá el Tribunal acordar, mediante

⁵⁸ MONTERO AROCA, J. *La prueba (...)*. *Op. cit.*, p. 392. Aunque, como hemos puesto de relieve, ambas categorías de diligencias finales son excepcionales, y de ese modo debe ser interpretada su aplicación.

⁵⁹ Al tratarse de "crisis probatorias", dice Asencio Mellado, que afectan a la iniciativa de partes, se entiende que la norma limite su aplicación, precisamente, a la voluntad de las mismas partes que, normalmente, se supeditarán al resultado derivado de las efectivamente

auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba (cualesquiera de las que prevé el legislador), empero para cuya procedencia es preciso cubrir alguno de los supuestos (reglas) que contempla la Ley, a saber:

a) La primera de las “reglas” que se recogen por la norma, que en realidad más que un supuesto específico que autoriza acordar una diligencia final es la fiel consagración de la regla general de procedencia para las diligencias finales bajo la LEC, ya fija con claridad la diferencia existente entre este instituto y las diligencias para mejor proveer. Dispone el legislador lo que sigue: No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del Tribunal a que se refiere el artículo 429.1, norma que recoge la polémica facultad del juez de manifestar a las partes la insuficiencia de las pruebas propuestas por ellas. Con la LEC las consecuencias de la falta de prueba las debe pagar quien debió probar y no lo hizo, y se descarta rotundamente “premiar” la falta de diligencia de la parte que debió probar sus afirmaciones y no lo hizo por causas a ella imputables (incluso tras la indicación que pueda llegar a efectuar el Tribunal de la mano de lo dispuesto en el señalado art. 429.1)⁶⁰.

b) Bajo este escenario ya delimitado entran a operar los dos supuestos que “cubiertos” habilitan para que la petición de la diligencia final pueda ser válidamente admitida por el órgano jurisdiccional. El primero de los supuestos que recoge el legislador es cuando, por causas *ajenas* a la parte que la hubiese propuesto, *no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas*. Vale decir, la parte ha propuesto el medio de prueba en el momento procesal adecuado, este ha sido admitido por el órgano jurisdiccional por ser pertinente, útil y lícito (art. 283), y a pesar de ello no ha podido practicarse por causas ajenas a la parte, esto es, inimputables a ella. La causa puede estar atribuida a la otra parte, a un tercero o al propio órgano jurisdiccional⁶¹.

Es debido a que la causa de la no práctica de la prueba admitida no está en la parte que la propuso, que el legislador otorga a esta parte una nueva oportunidad para intentar su práctica, una oportunidad excepcional por donde se la mire, pero que se justifica configurar en la primera

ejecutadas. Se trata, se explica, de una norma radicalmente opuesta al anterior art. 340 de la LECA, asentada sobre principios no equivalentes siquiera sea por el hecho de que este último precepto en caso alguno permitía la petición de diligencias para mejor resolver por las partes, aunque en las mismas radicara el interés y con ello se consiguiera verificar la subsidiariedad de las diligencias para mejor proveer. En este sentido, y porque la concesión a la iniciativa de las partes va a suponer un más elevado grado de excepcionalidad, debe valorarse positivamente esta norma.

⁶⁰ MONTERO AROCA, J. *La prueba (...)*. *Op. cit.*, p. 394.

⁶¹ MONTERO AROCA, J. *La prueba (...)*. *Op. cit.*, p. 394.

instancia sin derivar a la segunda, a pesar de algunas voces críticas, por el interés del legislador procesal de fortalecer el enjuiciamiento realizado en la primera instancia. Hubiese sido tal vez procesalmente más “pulcro” el prescindir de las diligencias finales, pero hubiese constituido una opción poco coherente con el declarado propósito legislativo de potenciar el juicio de primera instancia. Congruentemente, dentro de los medios de prueba que pueden proponerse y practicarse en la segunda instancia se comprende en la regla del art. 460.2.2ª LEC el tratarse de pruebas propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiera solicitado, no hubieren podido ser practicadas, ni siquiera como diligencias finales.

c) El art. 435.1.3ª recoge el segundo supuesto que habilita, dentro del marco que impone la regla general anteriormente anotada, para plantear –con posibilidades de admisión por el órgano jurisdiccional– una diligencia final. Se dispone que también se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieren a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286.

Vale decir, lo que en este segundo supuesto recoge la Ley es la razonable oportunidad de interesar la prueba respecto de unos hechos que hayan ocurrido o hayan sido conocidos recién tras la práctica de la prueba en el acto del juicio y antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar la sentencia. Ya nos hemos referido en este trabajo a la alegación de esta clase de hechos aludiendo a la forma oral o escrita de la misma dependiendo del momento en que se verifica. Así decíamos, basándonos en lo dispuesto por los arts. 286, 426.4 y 433.1.II, que esta alegación debe ser oral si se puede hacer en la audiencia previa o en el acto del juicio, y por escrito (que se denomina escrito de ampliación de hechos) en los demás casos. Pues bien, el indicado art. 286 señala que la alegación de hechos nuevos o de nueva noticia puede materializarse *hasta antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia*, lo que puede derivar en que ya no exista tiempo en el juicio para proponer la prueba y practicarla. De allí que el legislador haya previsto que se admitan y practiquen las pruebas (pertinentes y útiles desde luego) que se refieran a estos hechos alegados en estas circunstancias especiales.

A la regla general que establece la necesidad de la previa instancia de parte en las diligencias finales escapa, parcialmente y acompañada de una serie de condiciones que la configuran (convenientemente) de manera restrictiva⁶², la facultad *excepcional* del Tribunal de acordar *de oficio* (aun-

⁶² Se ha dicho que si el criterio es restrictivo con las diligencias finales ordinarias, la situación se extrema ante estas otras diligencias que el legislador antecede de la palabra “excepcionalmente”. MONTERO AROCA, J. *La prueba (...)*. *Op. cit.*, p. 395. Se trata de evitar lo que, bajo el amparo de la normativa de la LECA, constituyó un empleo abusivo de las diligencias para mejor proveer.

que ello no es óbice a la posible instancia de parte, establecida como la regla general en materia de diligencias finales, pero remarcada en este lugar), que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados por las partes⁶³, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes⁶⁴ a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes⁶⁵, y siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre los hechos (art. 435.2).

Son las llamadas diligencias finales excepcionales o extraordinarias. Pues bien, su carácter derechamente excepcional salta a la vista no solamente por los varios requisitos que deben reunirse y cumplirse para que sea admisible la vía probatoria del art. 435.2, sino también por la *motivación reforzada* que se exige al auto que acuerde la práctica de las diligencias en este caso: Habrá de expresar detalladamente las circunstancias que en su momento hicieron que fracasara la prueba, su desaparición y los motivos del Tribunal para creer que con las nuevas actuaciones se podrá adquirir certeza sobre aquellos hechos.

Bien se ha dicho al respecto por alguien declaradamente partidario de conferir mayores facultades probatorias a los jueces y, por lo tanto, contrario a la restricción que experimenta la iniciativa probatoria de oficio en la LEC, especialmente en la regulación de las diligencias finales excepcionales: "El adverbio detalladamente, que modaliza la necesidad de la motivación de las diligencias finales extraordinarias (...), permite entrever un rechazo a la motivación sucinta o genérica, así como una advertencia al juzgador para que razone de manera suficiente y convincente la concurrencia de los requisitos legales. Subraya nuevamente la excepcionalidad de las diligencias finales extraordinarias y, en particular, de la iniciativa probatoria de oficio. A su vez, en el adverbio detalladamente puede advertirse un correctivo a una práctica judicial muy extendida, vigente la LEC de 1881, de acordar las diligencias (...) sin argumentación de los motivos ni de las diligencias acordadas, bastando el clásico, escueto y consabido argumento del mejor proveer"⁶⁶.

⁶³ Son solo las partes las que, en exclusiva y en el momento procesal oportuno, deben aportar los hechos al proceso. No admite el legislador que por la vía excepcional de las diligencias finales de oficio del art. 435.2 el juzgador pueda introducir hechos al proceso o bien modificar los hechos alegados por las partes.

⁶⁴ Se habla de frustración de una prueba practicada en el juicio, que no ha alcanzado el resultado apetecido: acreditar hechos jurídicamente relevantes en el proceso.

⁶⁵ Se trata de un requisito derechamente fundamental para la procedencia de estas diligencias finales, que entronca bien con la configuración de este instituto, respetuosa de los principios de aportación de parte y de igualdad de armas.

⁶⁶ ABEL LLUCH, X. *Iniciativa probatoria (...)*. *Op. cit.*, p. 307. Debemos precisar que este autor, tras realizar estas afirmaciones, que suscribimos enteramente pues corresponden a la realidad, señala que el debilitamiento de la iniciativa judicial de oficio para la adopción de diligencias finales merece un juicio desfavorable.

Efectivamente, el legislador español ha decidido, por fin, poner punto y final a los abusos cometidos, en el mejor de los casos, en pos de una difusa “meta justiciera”⁶⁷, incorporando importantes distorsiones a los principios que razonablemente gobiernan el proceso civil, además de afectar la debida igualdad de armas que debe mantenerse entre las partes y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas⁶⁸.

Concurriendo los rigurosos requisitos legales, procederá como diligencia final la *reiteración* (se practiquen de nuevo pruebas, señala la Ley) de uno o más de los medios de prueba practicados⁶⁹. A pesar de opiniones que indican que no debe limitarse la aplicación de la norma del art. 435.2 LEC a la reiteración de pruebas ya practicadas (pudiendo acordarse la práctica de medios de prueba no propuestos ni practicados), lo cierto es que el legislador ha dejado muy clara la situación cuando ha impuesto como uno de los requisitos de procedencia de esta categoría de diligencia final que los actos de prueba anteriores (por lo tanto, ya existentes) no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias que ya están desaparecidas.

El art. 309.2 LEC contempla un supuesto especial de diligencia final que se impone al Tribunal (atendiendo a razones de dificultades de orden práctico) en el caso del interrogatorio de personas jurídicas o entidades sin personalidad cuando alguna pregunta se refiere a hechos en que no hubiese intervenido personalmente el representante, sin embargo identifica a quien sí tuvo dicha participación en los hechos. En tal caso, dispone la citada norma, el Tribunal citará a la persona para ser interrogada fuera del juicio como diligencia final, conforme a lo dispuesto en el art. 435.12^a, lo que resulta plenamente correcto si se considera que se trata de un medio de prueba propuesto, admitido, pero no practicado por causas ajenas a la parte que lo propuso.

⁶⁷ Expresión que tomó de Alvarado Velloso, un autor que defiende la efectividad del proceso civil como mecanismo de tutela, pero con el convencimiento, que compartimos, de que tal efectividad no debe significar el menoscabo de las garantías propias del *debido proceso*: ALVARADO VELLOSO, A. 2005. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, pp. 21-33.

⁶⁸ En efecto, para el profesor Montero Aroca la fundamentación reforzada del auto se tiene que referir a esas circunstancias y a esos motivos y es así evidente el intento del legislador de poner fin, no solamente a las “diligencias para mejor dilatar”, vale decir, a la corruptela de acordar diligencias para mejor proveer sin verdadero objeto probatorio, sino también a las facultades pretendidamente discrecionales del juez. De todas maneras, apunta, no está muy claro por qué se atribuye al juzgador la posibilidad de acordar de oficio estas diligencias excepcionales cuando hubiera debido exigirse la petición de parte. MONTERO AROCA, J. *La prueba (...)*. *Op. cit.*, p. 396.

⁶⁹ El precepto no permite ordenar la práctica de una prueba nueva, sino practicar de nuevo una prueba ya practicada, cuyos resultados no fueron satisfactorios por concurrir circunstancias ajenas a la voluntad de las partes. Por ello, apunta Banacloche Palao, no es posible acordar una tercera prueba pericial dirimente como diligencia final, ya que no se ajusta a los presupuestos que se exigen por la Ley para ordenar la diligencia.

También la norma del art. 315.2 contiene una previsión específica. En los casos en que la parte a interrogar sea el Estado, una Comunidad Autónoma, una Entidad local u otro organismo público se prevé el envío de una lista con las preguntas para que sean respondidas por escrito y entregadas al Tribunal antes del acto del juicio o vista. Pues bien, dicho esto, se previene que en el juicio (o en la vista) se procederá a leer tales respuestas y se entenderán con la representación procesal de la señalada parte las preguntas complementarias que se estimen pertinentes y útiles por el Tribunal. Si dicha representación justifica cumplidamente no poder ofrecer las respuestas que se requieran, deberá procederse a la remisión de un nuevo interrogatorio por escrito como diligencia final.

2.3. Algunas distorsiones que acarrearán estas diligencias finales en el modelo procesal oral y concentrado de la LEC

Lo primero que cabe decir en relación con las “distorsiones” formales que introduce la existencia de las diligencias finales en el nuevo modelo procesal civil es que, a pesar de su configuración normativa convenientemente restrictiva y, en consecuencia, muy distante de la configuración de las antiguas diligencias para mejor proveer, resulta innegable que con la introducción de las diligencias finales la regla de la concentración no resulta totalmente favorecida. En efecto, el propósito de que el juez dicte la sentencia tras las pruebas practicadas en su presencia en el acto del juicio y tras las conclusiones de los abogados de las partes sufre una importante distorsión. La regla de la concentración de la proposición probatoria en la audiencia previa al juicio y de la práctica probatoria en el acto del juicio cede en favor de las finalidades de las diligencias finales: es el “precio” que en el terreno formal debe pagarse, si se quiere fortalecer el enjuiciamiento de primera instancia. A nuestro juicio no se trata de un precio demasiado alto.

Pero también la regla de la oralidad que como hemos podido destacar en este trabajo gobierna la actividad de la prueba en el nuevo modelo procesal tanto en la proposición como en la práctica misma de las pruebas, ha resultado afectada por la configuración legal de las señaladas diligencias. Así ocurre con la proposición y la admisión de las mismas que, *salvo* que la solicitud se formule en el acto del juicio en el momento de exponer las conclusiones de forma oral, tendrán que encauzarse *de modo escrito*, una vez terminado el juicio, dentro del plazo para dictar sentencia. Evidentemente, en los hechos, la “opción” entre la solicitud oral y escrita a que aludimos liga fundamentalmente con las diligencias probatorias finales a instancia de parte, puesto que en las diligencias finales que sean acordadas de oficio por el Tribunal lo más común será que esta iniciativa se realice a través del auto (reforzadamente) motivado dentro del plazo para dictar sentencia, una vez analizado el material probatorio por parte

del juez y evaluada la conveniencia de acordar como diligencia final la reiteración de la práctica de determinadas actuaciones de prueba que no hubiesen resultado conducentes en los términos que específicamente el art. 435.2 señala.

En lo referido a la práctica de las diligencias finales admitidas, la LEC dispone en el art. 436.1 que se llevarán a cabo dentro del plazo de veinte días, *en la forma establecida en esta Ley para las pruebas de su clase*. Vale decir, la Ley se remite a la regulación que realiza respecto de cada una de las pruebas, la que resulta aplicable a las actuaciones de prueba que se practiquen como diligencias finales. Evidentemente, en el caso de admitirse por el órgano jurisdiccional dos o más actos de prueba como diligencias finales, su práctica deberá ser llevada a efecto con respeto a la regla de la concentración de las pruebas que ha consagrado el legislador (art. 290). Ni qué decir tampoco respecto a la necesidad de la observancia irrestricta de la regla de inmediación judicial que no deja de regir tratándose de las diligencias de prueba finales.

Fuera de la intervención de las partes en la práctica de las diligencias finales (que se da por sobreentendida al remitirse el legislador a la regulación de la forma de práctica de cada medio de prueba), la Ley permite a las partes que una vez que finalice la práctica de las actuaciones probatorias en que consisten las diligencias finales que hayan sido admitidas (o bien acordadas de oficio) por el Tribunal, puedan dentro de quinto día formular las conclusiones respecto de los resultados arrojados por la práctica de ellas. Pues bien, estas conclusiones, a diferencia de lo que acontece con las conclusiones con que las partes cierran su intervención en el acto del juicio (practicadas las pruebas admitidas), se deben formular *por escrito*, en el que se resumirán y valorarán los resultados arrojados por las actuaciones de prueba desarrolladas “a título” de diligencias finales. No llegamos a entender la razón del cambio del criterio del legislador tratándose de las conclusiones valorativas a los resultados de las diligencias finales.

Como correctamente se ha destacado por parte de la doctrina española⁷⁰, este cambio en el criterio formal no trata solo de un asunto de triunfo o derrota de la oralidad o la escritura como regla formal a emplear, sino que lo más importante es que con la incorporación de este trámite de conclusiones escrito se agrega, sin ninguna necesidad, un factor que distancia la práctica de las pruebas del momento de la dictación de la sentencia.

⁷⁰ Véase especialmente: LORCA NAVARRETE, A. *Tratado de Derecho (...)*. Op. cit., p. 962.

V. TERCERA CONSECUENCIA: UNA NUEVA CONFIGURACIÓN LEGAL PARA LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA COMO UNA APUESTA REAL HACIA LA POTENCIACIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA EN BUSCA DE LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JURISDICCIONAL

1) Relación existente entre la nueva estructura del proceso civil y la decidida apuesta del legislador hacia la eficacia de un sistema de ejecución provisional de las sentencias

Estimamos necesario, por último, hacer referencia en este recuento de positivas consecuencias de la nueva apuesta procesal civil española a las importantes modificaciones que experimenta en la LEC la regulación de la ejecución provisional de las sentencias.

La explicación es sencilla. Estando destinada la nueva regulación de la ejecución provisional, en lo fundamental, a potenciar el enjuiciamiento realizado en primera instancia (a revalorizar la eficacia de las sentencias dictadas en dicha instancia), es coherente y necesario, analizar los cambios introducidos en la materia.

Hecha esta precisión, y para establecer la relación que existe entre la nueva estructura procesal civil y la nueva regulación de la ejecución provisional de las sentencias que se traduce en una decidida apuesta del legislador por unas sentencias en principio inmediatamente efectivas⁷¹, creemos conveniente partir desde una simple constatación, sobre la cual la mayoría podrá estar de acuerdo, cual es que a una mayor profundización del contacto inmediato real y efectivo entre el juez y los distintos medios de prueba aportados por las partes, menor será la probabilidad de éxito del recurso de apelación que eventualmente se intente en contra de la sentencia. Esta constatación, ratificada por la experiencia, debe ser un elemento de razonabilidad en el análisis que se haga del nuevo sistema español.

Dicho esto, teniendo presente los esfuerzos del legislador peninsular para configurar con seriedad y sentido de realidad un proceso civil estructurado sobre la base de la regla de la oralidad, posibilitadora de inmediación judicial y de concentración procesal efectivas, un proceso en donde la actividad probatoria es una actividad que se desarrolla con la seriedad que reclama su importancia, cabe preguntarse si hubiese sido una opción razonable y coherente con el cambio estructural que recoge la LEC con-

⁷¹ Así se adelanta en la Exposición de Motivos de la LEC: Con esta Ley (los Juzgados de primera instancia, base en todos los sentidos de la Justicia civil) habrán de dictar sentencias en principio inmediatamente efectivas por la vía de la ejecución provisional; y no sentencias en principio platónicas, en principio inefectivas, en las que siempre gravite —neutralizando lo resuelto— una apelación y una segunda instancia como acontecimientos que se dan por sentados.

tinuar con un sistema de ejecución provisional destinado –o condenado (por sus limitaciones fundadas en la desconfianza en la Justicia de los Juzgados de Primera Instancia)– a ser aplicado solo en contados casos y por los más poderosos económicamente.

Parece claro que la respuesta es negativa. No hubiese sido razonable que tras estructurar un proceso que confía en sus protagonistas y les atribuye mayor responsabilidad se hubiese optado por dejar las cosas tal y como estaban. Los esfuerzos desplegados por el legislador en la configuración de un nuevo proceso civil debían traducirse, dejando a un lado los injustificados temores que algunos autores han llegado a manifestar, en un “sustancial incremento de la eficacia de la primera instancia”. Ello es evidente consecuencia de la declarada confianza en la misma, respecto de la cual, se advierte enfáticamente en la Exposición de Motivos, no es admisible atribuir muchos errores a los órganos jurisdiccionales de primera instancia, puesto que está en evidente contradicción con la realidad de las sentencias confirmatorias en segunda instancia⁷².

Confianza que no debe sorprender a nadie. En efecto, si bien es tras la LEC donde esta confianza adquiere mayor relevancia y realidad, bajo la vigencia de la LECA, con todas las conocidas dificultades estructurales para un efectivo contacto frontal entre el juzgador y los distintos medios de pruebas, ni las estadísticas disponibles (así se destaca en la Exposición de Motivos) ni la realidad conocida por la experiencia acumulada por muchos profesionales –jueces, magistrados, abogados, profesores de Derecho, etc.– justificaban la sistemática, radical y generalizada desconfianza en la Justicia de primera instancia. Todavía menos se entendía y entiende esta desconfianza (aparente temor) de algunos frente a la ejecución provisional cuando paralelamente se planteaba fortalecer las medidas cautelares hasta en algunas ocasiones llegar a sostener el carácter autónomo de las mismas. Acaso se olvida que mientras en las medidas cautelares solo se dispone de un “aroma de buen derecho”, en el caso de la ejecución provisional lo que existe es ya una sentencia!!, una resolución judicial obtenida tras un proceso llevado a cabo con todas las garantías⁷³. De allí

⁷² Por lo demás, se agrega acertadamente, una Ley como esta debe elaborarse sobre la base de un serio quehacer judicial, en todas las instancias y en los recursos extraordinarios. De ninguna manera puede sustentarse aceptando como punto de partida una supuesta o real falta de calidad en dicho quehacer, defecto que, en todo caso, ninguna Ley podría remediar.

⁷³ “En la ejecución provisional hay, como base de la decisión judicial en sí misma ejecutable, un juicio en el que se dice el Derecho en el caso concreto, al que ha precedido una entera serie o sucesión de actos preparatorios de ese juicio. En las medidas cautelares, que, por definición, se adoptan cuando ese juicio no se ha pronunciado y cuando no ha acabado –o cuando ni siquiera ha comenzado– la referida serie o sucesión de hechos, nunca hay algo más que un *aroma de buen Derecho*”. DE LA OLIVA SANTOS, A. “Sobre los criterios inspiradores (...)”. *Op. cit.*, p. 373; DE LA OLIVA SANTOS, A. “Sobre la Ley 1/2000 (...)”. *Op. cit.*, p. 135.

que en la Exposición de Motivos se señale que ante este cambio radical que implica la nueva regulación de la ejecución provisional y fijándose en la oposición a la misma, es derechamente conveniente caer en cuenta de que la decisión del órgano jurisdiccional sobre dicha oposición no es más difícil que la que entraña resolver sobre la petición de medidas cautelares. Por ello se concluye que los factores contrapuestos que han de ponderarse ante la eventual oposición a la ejecución provisional no son de mayor dificultad que los que deben tomarse en consideración cuando se piden unas medidas cautelares. Se trata de instituciones, ambas, que, aun siendo distintas, entrañan riesgos de error parejos y que pueden y hasta deben asumirse en aras de la efectividad de la tutela judicial y la necesaria protección del crédito. La ejecución forzosa provisional no es, por supuesto, ninguna medida cautelar y supone, de ordinario, efectos de más fuerza e intensidad que los propios de las medidas cautelares⁷⁴. Empero en un caso, además de una razonable oposición, existe una sentencia precedida de un proceso con todas las garantías y, en el otro, solo el *fumus boni iuris*.

Como bien se observa en la dicha Exposición de Motivos, si no se hiciera mucho más efectiva y se responsabilizara más a la Justicia de primera instancia, apenas cabría algo distinto de una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en cuestiones de detalle, aunque fuesen muchas e importantes. Como dice De la Oliva Santos, cabía y, desde luego, cabe una posición contraria (legítima si no se intenta disfrazar) al cambio relativo a la ejecución provisional, empero esa posición “era y es, objetivamente, la opción por no innovar, por dejar las cosas sustancialmente como en la LEC de 1881, por una Ley de Enjuiciamiento Civil quizá *remozada*, pero no *nueva*”⁷⁵.

Vale decir, el cambio que introducido en la materia es derechamente radical (sustancial). Es una de las principales innovaciones introducidas por la LEC que, como bien se destaca en la Exposición de Motivos, se debe traducir en un *cambio de mentalidad*⁷⁶. El calado del cambio se destaca por la doctrina que compara la nueva regulación de la eje-

⁷⁴ Bien se ha puntualizado al respecto: “En la ejecución provisional hay elementos similares a los que cabe descubrir en las medidas cautelares, pero en estas nunca hay algo esencial en la ejecución provisional: una resolución judicial susceptible de ejecución forzosa”. Véase: DE LA OLIVA SANTOS, A. “Sobre los criterios inspiradores (...)”. *Op. cit.*, p. 373.

⁷⁵ A lo que agrega que la real novedad de la Ley no responde a un *a priori* de ruptura con la LEC de 1881, sino al convencimiento de que entre los cambios que se consideran necesarios los hay sustanciales y radicales: DE LA OLIVA SANTOS, A. “Sobre los criterios inspiradores (...)”. *Op. cit.*, p. 374; DE LA OLIVA SANTOS, A. “Sobre la Ley 1/2000 (...)”. *Op. cit.*, p. 135.

⁷⁶ Con esta innovación —se expresa en la Exposición de Motivos— la presente Ley aspira a un cambio de mentalidad en los pactos y en los pleitos. En los pactos, para acordarlos con ánimo de cumplirlos; y en los pleitos, se agrega, para afrontarlos con la perspectiva de

cución provisional con la que contenía la LECA bajo la cual las sentencias de primera instancia no dejaron de ser, en la inmensa mayoría de los casos, solo un "paso inicial" carente de eficacia práctica fundamentalmente por el carácter restrictivo que se impuso a su respecto de la mano de la exigencia de una caución al solicitante de la ejecución provisional.

Mediante el nuevo sistema el legislador español se ha comprometido con una tutela eficaz generalizando la ejecutabilidad inmediata de las sentencias sin necesidad de tener que esperar que alcancen firmeza, lo que sin embargo no proviene de un "mandato constitucional" que tenga origen en el derecho del art. 24.1 de la CE, concretamente en el derecho a la tutela judicial efectiva. Este derecho fundamental si bien comprende (así lo ha sostenido el TC español⁷⁷) el derecho a la ejecutabilidad de las sentencias "firmes", no alcanza a las sentencias que no son firmes, las que pueden ser permitidas o no por el legislador, según la *opción de política legislativa* que decida adoptar⁷⁸. Pero claro, no cabe negar que la ejecución provisional favorece el derecho a la tutela judicial efectiva, de eso no hay dudas⁷⁹.

Opción de política legislativa que debe ser configurada a partir del reconocimiento de que no existe un derecho constitucional al recurso, a la doble instancia ni, aun existiendo esta, a que los recursos se regulen por el legislador necesariamente con efecto suspensivo. El derecho a los

asumir seriamente sus resultados en un horizonte mucho más próximo que el que es hoy habitual. En definitiva, el cambio de mentalidad que se exige se traduce en "pensar en las sentencias de primera instancia como sentencias en principio eficaces y no en principio ineficaces": DE LA OLIVA SANTOS, A. "Sobre la Ley (...)". *Op. cit.*, p. 135.

77 El derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, pueda ante los mismos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni tampoco se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo, fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido. Lo contrario es convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan a favor de alguna de las partes en meras declaraciones de intenciones.

78 Al no predeterminar nada al respecto la Constitución, tan constitucional sería no permitir en ningún caso la ejecución provisional como decidir permitirla con la mayor amplitud posible. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. en: DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J. *Derecho Procesal (...)*. *Op. cit.*, p. 362. Véase también: CÁMARA RUIZ, J. en: ORTELLS RAMOS, M. *Derecho Procesal (...)*. *Op. cit.*, p. 955, en donde se cita ejemplos de jurisprudencia del TC que así lo subraya: Por todas, STC 80/1990, de 26 de abril.

79 Se ha dicho en este sentido: "La efectividad de la tutela judicial no puede desconocer que la sentencia, aunque no sea firme, es un pronunciamiento judicial con todas las garantías y con vocación de permanencia, al que no puede privarse de toda eficacia porque contra el mismo se haya preparado un recurso (...)". MONTERO AROCA, J. en: MONTERO AROCA, J. y otros. *Derecho Jurisdiccional (...)*. *Op. cit.*, p. 548.

recursos no forma parte necesariamente del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. De modo tal que no hay imposiciones para el legislador, que debe decidir en base a opciones políticas: Solo en la medida que las leyes establezcan y dispongan un sistema de recursos contra las resoluciones judiciales, el acceso a ellos forma parte del señalado derecho a la tutela judicial efectiva.

El legislador se compromete firmemente con la idea de que las sentencias de primera instancia sean inmediatamente ejecutables, con lo que da fiel concreción a *dos criterios inspiradores* de la nueva normativa (lo ha destacado la doctrina más citada): Por un lado, un declarado propósito de acortar el *horizonte temporal* para que el justiciable reciba una respuesta *eficaz* a sus demandas de tutela, y por el otro, estrechamente relacionado, el muy firme convencimiento de que no cabe tutela judicial verdaderamente efectiva sin concretar un *sustancial incremento de la eficacia de la primera instancia*⁸⁰.

Se asume el riesgo que implica esta opción tan decidida por la efectividad inmediata de las sentencias de primera instancia (al eliminarse, como vemos en el siguiente punto, la exigencia de caución, existe el peligro de que quien se haya beneficiado de ejecución provisional no sea luego capaz de devolver lo que haya percibido, si se revoca la sentencia), pero se valora como un riesgo menor que se debe correr para lograr tener una Justicia civil realmente eficaz, sin perjuicio de que no se remite a un proceso declarativo para la compensación económica en caso de revocación de lo provisionalmente ejecutado, sino al procedimiento de apremio, ante el mismo Tribunal que tramitó o está tramitando la ejecución forzosa provisional.

Como simple constatación de la razonabilidad del cambio en el sistema de ejecución provisional de las sentencias, además de lo dicho recién, bastaría con echar un mero vistazo a la inmediata ejecutabilidad de que gozan los actos y resoluciones de la Administración⁸¹. Si bien se mira, se precisa en la Exposición de Motivos (que como se puede verificar se explyaba bastante respecto de esta modificación, lo que ya muestra su

⁸⁰ DE LA OLIVA SANTOS, A. "Sobre los criterios inspiradores (...)". *Op. cit.*, p. 363; DE LA OLIVA SANTOS, A. "Sobre la Ley 1/2000 (...)". *Op. cit.*, p. 130; DE LA OLIVA SANTOS, A. "Verificación de los (...)". *Op. cit.*, pp. 23-24.

⁸¹ Ramos Méndez señalaba, comentando el sistema de ejecución provisional de la LECA, para dar cuenta de la necesidad de "invertir el signo" de la extrema cautela en cuanto a la ejecutividad provisional de los pronunciamientos jurisdiccionales: "Parece mentira que solo se reconozca el privilegio de la ejecutividad inmediata a las resoluciones de la Administración. Es inconcebible que una resolución judicial, obtenida después de un juicio contradictorio con todas las garantías suscite recelos. (...) Debe ir imponiéndose la filosofía de que las resoluciones judiciales hay que cumplirlas de inmediato, sin perjuicio de los ulteriores controles. Esta opinión puede revisarse en: RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento (...)*. *Op. cit.*, t. II, p. 609.

enorme relevancia para la totalidad del nuevo modelo procesal civil), las sentencias de primera instancia no recaen con menos garantías sustanciales y procedimentales de ajustarse a Derecho que las que constituye el procedimiento administrativo, en cuyo seno se dictan autos y resoluciones de las Administraciones Públicas, previstas como inmediatamente ejecutables, salvo la suspensión cautelar que se pida (y, por cierto, obtenga) a la Jurisdicción. La sentencia de primera instancia merece, como mínimo, la misma presunción de acierto que los actos y resoluciones administrativas.

2) El sistema de ejecución provisional en la LEC: Las claves del cambio

2.1. *Antecedentes de la institución procesal*

Para comprender realmente el calibre de la apuesta del legislador en esta materia conviene tener muy presente los estrechos márgenes que sirvieron de horizonte a la ejecución provisional de las sentencias antes de la actual LEC. Es evidente que la restricción con la cual se configuró el sistema de ejecución provisional está directamente relacionada con la concepción imperante hasta la aprobación de la LEC de un modelo procesal civil amarrado por la regla escrita, por la gran dispersión procesal, por la endémica falta de contacto efectivo entre el juzgador, las partes y los medios de prueba, por las estructurales dilaciones y los tiempos muertos, por el recurso de apelación y la segunda instancia que se daban casi por sentados (sin perder de vista la casación), y en fin, por la errada concepción de un proceso civil que se debía resignar a cumplir sus objetivos sin real eficacia, sin tomársela en serio, al conformarse con ofrecer a los justiciables un horizonte temporal muy lejano (de varios años muchas veces) para recibir su respuesta con una real transformación de las cosas⁸².

En relación con los antecedentes legislativos que posee el sistema de enjuiciamiento provisional que la LEC consagra se pueden distinguir dos etapas que muestran la desconfianza que ha tenido el legislador en la materia.

⁸² La evaluación contenida en el Libro Blanco de la Justicia califica el panorama de sombrío, con un alto nivel de dilación en donde no solo se superan el plazo legal, sino que el plazo razonable: CGPJ. *Libro blanco (...)*. *Op. cit.*, pp. 157-160. También sobre el problema de la duración del proceso civil español antes de la nueva LEC, véase: MONTERO AROCA, J. "La duración del proceso declarativo (...)". *Op. cit.*, pp. 819-853; ALBACAR LÓPEZ, J. L. "La durata e il costo del processo nell'ordinamento spagnolo". *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, 1983, pp. 1094 y ss.

a) La primera vez que se habla de ejecución provisional por el legislador español es en la LEC de 1855, y se hace circunscribiendo su aplicación al recurso de casación, demostrando desde un inicio la desconfianza hacia este instituto al permitirla solo en los casos en que junto con existir plena conformidad entre las sentencias de primera y segunda instancia, prestara el solicitante fianza.

La LEC de 1881 hace suya la reforma introducida por la Ley de 22 de abril de 1878, en la cual ya se desecha el requisito de plena conformidad entre ambas sentencias. Con todo, la exigencia de prestar fianza bastante a satisfacción del Tribunal se mantiene incólume.

b) Con la reforma a la LECA de 1984⁸³ se creyó dar un relevante giro a la desconfianza instalada desde un inicio respecto a la ejecución provisional. Se amplió en ella el campo de aplicación de la ejecución provisional a las sentencias de primera instancia recurridas de apelación. Con ello se pretendía dar nuevos aires a la ejecución provisional, despojándola del carácter restrictivo con el cual vio la luz en la legislación procesal española.

Sin embargo, sin perjuicio de reconocer avances en la materia, lo cierto es que las pretensiones de desatar a la ejecución provisional de las sentencias de su carácter tan restrictivo no fueron satisfechas. Fundamentalmente, pero no solo, por la exigencia en todo caso de constituir fianza de responder de lo percibido, más daños y perjuicios y costas. Con ello se dejó la ejecución provisional de las sentencias en manos de quienes disponían de recursos económicos líquidos, razón por la que su aplicación en la *praxis* se redujo contados casos.

Sobre esta fianza se quejaba fuerte y con razón el profesor Ramos Méndez: "(...) la fianza habría que considerarla extraña al régimen de la ejecución provisional o habría que invertir claramente su sentido. Resulta absolutamente anómalo que la parte favorecida por la ejecución provisional sea la que tiene que prestar una fianza. Ha vencido y, aun por encima, tiene que pagar, si quiere ejecutar. Por fuerza, hay algo que no cuadra. La parte que debiera prestar fianza para evitar la ejecución provisional debería ser aquella cuyas pretensiones han sucumbido por el momento. (...) El ejecutante que la solicita debe, al pedirlo, ofrecer la constitución de una fianza y, tan pronto el Tribunal le indica su importe, depositarla a paso ligero: ¡en tres días, a partir del aviso de pasar por caja! Y se viene interpretando que el plazo es de los que obligan a un régimen marcial. (...) Definitivamente, habrá que convenir que el régimen de la ejecución provisional no favorece precisamente a las partes más débiles económicamente, ni al litigante victorioso que se las prometía felices"⁸⁴.

⁸³ Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁸⁴ RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento (...). Op. cit.*, p. 611.

2.2. La ejecución provisional en la LEC

a) El fortalecimiento de la impartición de la Justicia Civil en primera instancia como horizonte del legislador

La experiencia previa acumulada respecto a la aplicación práctica de la ejecución provisional fue claramente discreta y aún más discriminatoria como acabamos de destacar. La regulación existente se mostró insuficiente e ineficaz.

Teniendo evidentemente presente la situación anterior, que no configuró un escenario favorable hacia una verdadera eficacia inmediata de las sentencias de primera instancia que fueran recurridas de apelación, el legislador de la LEC 1/2000, comprometido como dijimos anteriormente con el fortalecimiento de la impartición de la Justicia Civil en dicha instancia (ahora no maniatada por los vicios ligados a la escritura y sustentada en la oralidad, la concentración y la real intermediación judicial), y declaradamente confiado en la labor de los Juzgados de Primera instancia, configura un sistema de ejecución provisional que rompe con fuerza con los moldes previos. El cambio que se introduce es de tal envergadura que obliga a pensar en adelante en las sentencias dictadas en primera instancia (recurridas) como inmediatamente ejecutables, esto es, en principio ¡¡eficaces!!

Se trata de un nuevo sistema favorecedor de la parte vencedora⁸⁵ la cual tras la LEC ve, por fin, como el horizonte temporal de una respuesta con una capacidad de producir la transformación real en las cosas sustancialmente se reduce dejando atrás las limitaciones antes previstas que solo dejaban clara la desconfianza del legislador hacia este instituto.

El legislador junto con justificar este trascendental cambio en lo dicho (la declarada, decidida y contundente opción por la efectividad de las sentencias de primera instancia), también alude expresamente a la necesidad de disminución de los recursos interpuestos con un ánimo puramente dilatorio. Con indudable acierto se ha dicho que un sistema procesal avanzado debe arbitrar medios para evitar que el deudor condenado pueda llegar a utilizar los recursos con un único fin dilatorio, alar-

⁸⁵ Ya bajo la vigencia de la LECA se argumentaba lo siguiente que merece la pena recordarse: La simple realidad de una sentencia definitiva favorable, aunque sea una sentencia no firme, otorga a la posición del acreedor vencedor una *especial fortaleza*: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A. en: DE LA OLIVA SANTOS, A.; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A. *Derecho Procesal (...)*. *Op. cit.*, t. III, pp. 138-139. Ahora, con la LEC ya en vigor, la doctrina destaca que se establece la ejecución provisional en términos muy amplios, y se le concibe bajo el principio *favor creditoris*: Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. En: Véase: DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J. *Derecho Procesal (...)*. *Op. cit.*, p. 364.

gando innecesariamente el proceso y, por lo mismo, retrasando la ejecución, disponiendo del tiempo de la segunda instancia y de un eventual recurso extraordinario para lograr eludir su responsabilidad. Lo que en España se llama un uso de los recursos con ánimo torticero⁸⁶.

En lo que respecta a la regulación propiamente tal del nuevo sistema de ejecución provisional nos interesa especialmente centrar el análisis en torno a dos cuestiones que demuestran a nuestro juicio claramente la seriedad y sobre todo la coherencia de la nueva regulación con el propósito del legislador en esta materia que, insistimos, liga estrechamente con el cambio de rumbo formal que experimenta la nueva Justicia Civil, al punto que sin la ejecución provisional de las sentencias, como bien se ha destacado, hubiese “bastado” con modificaciones a la antigua LEC en cuestiones de detalle (aunque fuesen muchas e importantes). Pero como hemos venido insistiendo, más allá de los errores o contradicciones que pueda tener la nueva normativa, la nueva LEC española es un compromiso con una Justicia Civil en serio, por lo que impone un radical cambio de mentalidad y ha buscado, tomando opciones nada sencillas, no defraudar el interés de los justiciables.

b) Una ejecución provisional sin necesidad de fianza ni caución

En el sistema de la LEC la ejecución provisional es viable sin necesidad de prestar fianza ni caución, lo que constituye, a no dudarlo, la reforma más fuerte. El sistema es mucho más “valiente” y “rompedor” de lo que muchos planteaban; incluso en el Libro Blanco no se llegaba a tanto.

El legislador es consciente del riesgo o peligro que existe al introducir un cambio de esta naturaleza (que el beneficiado por la ejecución provisional luego no sea capaz de devolver lo percibido en caso de revocación de la sentencia), sin embargo lo asume porque estime que es soportable atendido el fin perseguido y mínimo por los resguardos que se encarga de implementar⁸⁷ que hacen que los beneficios de configurar la ejecución provisional en estos amplios términos sean mucho mayores que sus posibles inconvenientes. Antes hemos aludido al efecto discriminatorio que impuso la exigencia de caución, dejándola solo al alcance de quienes disponían de recursos económicos líquidos, a lo que se debe agregar el desviado empleo del tiempo de la tramitación de los recursos

⁸⁶ En relación con la apelación, la principal preocupación que subyace en el Libro Blanco de la Justicia es la existencia de numerosos recursos presentados únicamente con carácter dilatorio, lo que distorsiona el normal funcionamiento de los Tribunales de apelación: BANACLOCHE PALAO, J. “El Libro Blanco (...)”. *Op. cit.*, p. 1890.

⁸⁷ El riesgo que posee toda ejecución provisional es que la sentencia no firme provisionalmente ejecutada sea revocada por el Tribunal que conoce del recurso.

en la articulación de formas de evitar que el vencedor viera efectivamente satisfecho su crédito.

Bajo la LEC para llevar a cabo la ejecución provisional de una *sentencia de condena* ya no es necesario prestar fianza alguna. Claramente se señala por la Ley que quien haya obtenido un pronunciamiento en su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia (o en segunda: pero de este caso no nos ocupamos) podrá, *sin simultánea prestación de caución*, pedir y obtener su ejecución provisional conforme a lo que se ocupa de regular entre los arts. 527 y 534 (art. 526). Basta con solicitarla al juez que dictó la sentencia en primera instancia mediante una solicitud escrita (art. 524.1), que debe cumplir con lo dispuesto por el art. 549 que se refiere al contenido de la demanda ejecutiva.

c) *Una ejecución provisional ope legis con oposición limitada*

A lo anteriormente dicho se debe sumar, entendemos que también con el propósito de destrabar al máximo la aplicación de la ejecución provisional de las sentencias, el hecho de que en el sistema que se recoge por la LEC el despacho de la ejecución provisional debe realizarse por el juez en todo caso, sin que se le reconozca por el legislador potestades en la materia. De allí que se diga que el título de la ejecución provisional lo crea la Ley, que es una ejecución *ope legis*, a diferencia del régimen que se recogía en la LECA. La valoración que debe hacer el juez ante la solicitud de ejecución provisional (para concederla o no) se limita a verificar si se trata o no de una sentencia provisionalmente ejecutable o, lo que es lo mismo, que la sentencia que se solicita ejecutar provisionalmente no sea de aquellas respecto de las cuales el legislador ha excluido este instituto procesal lo que muestra claramente el cambio de criterio del legislador en esta materia. No le corresponde al juzgador pronunciamiento alguno respecto a las posibilidades (económicas o de otra índole, que pueda ofrecer el solicitante) y la conveniencia de la ejecución provisional que ha sido solicitada⁸⁸. En consecuencia, coherente con las finalidades perseguidas se ha descartado por el legislador la fórmula de la ejecución provisional *ope iudicis*⁸⁹.

En efecto, según dispone el art. 527.3 “solicitada la ejecución provisional, el Tribunal la despachará”, salvo –naturalmente– que la solici-

⁸⁸ Como ocurre, por ejemplo, en otros ordenamientos como el francés o alemán: ARMENTA DEU, T. *La ejecución (...)*. *Op. cit.*, pp. 95-97 y 103.

⁸⁹ La otra opción que se tenía por el legislador. Se ha preferido que el carácter provisionalmente ejecutable de una sentencia de condena derive directamente de la Ley, sin que el Tribunal tenga que atribuirlo aplicando unos criterios generales. Véase: Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. En: DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J. *Derecho Procesal (...)*. *Op. cit.*, pp. 363 y 370; MONTERO AROCA, J. y otros. *Derecho Jurisdiccional (...)*. *Op. cit.*, pp. 550 y 556.

tud diga relación con una sentencia de aquellas comprendidas en el art. 525 LEC (sentencias que no pueden ser provisionalmente ejecutables) o que la sentencia no contuviere a favor del solicitante un pronunciamiento de condena. Es más, contra el auto que despache la ejecución provisional no se da recurso (sin perjuicio de la oposición) que sí procede (apelación) contra el auto que la deniegue. El signo es muy claro: el legislador ha buscado que la ejecución provisional se imponga en la realidad en beneficio de la efectividad de la tutela judicial. Para ello, la configuración del sistema se hace previendo una serie de normas concretas que la favorecen.

Otro tanto sucede con la eventual oposición del ejecutado. De entrada, la ejecución (en su caso) se debe despachar sin oír previamente al ejecutado. Este será notificado del auto sin citación ni emplazamiento. Es el ejecutado quien tiene la carga de oponerse a la ejecución provisional solicitada, solo una vez que esta haya sido despachada por el juez (art. 528.1) y dentro del plazo de los cinco días siguientes al de la notificación del auto despachador de la ejecución o las actuaciones ejecutivas concretas a las que se oponga (art. 529.1). Del escrito de oposición (y de los documentos acompañados) se debe dar traslado al ejecutante y a quienes estuvieren personados en la ejecución provisoria, para que expresen y acrediten (dentro del plazo de cinco días), lo que estimen conveniente.

Pues bien, y más allá de los detalles, resta destacar (en la misma dirección que ha justificado el análisis del nuevo régimen de la ejecución provisional) que la oposición del ejecutado *solo* podrá fundarse en los motivos legalmente establecidos, de modo que la especie de compensación legal frente a la eliminación de la caución y el carácter *ope legis* de la ejecución provisional no es ilimitada ni compromete el buen resultado de la apuesta del legislador en esta materia.

VI. CIERRE

Terminando estas líneas solamente nos gustaría resaltar la enorme importancia que posee el estudio de la experiencia española de reforma constituida normativamente por la LEC 1/2000.

Como habrá podido constatar el lector la situación de la justicia civil española antes de la entrada en vigor de la mencionada legislación se asemejaba muchísimo a la actual situación que padecemos en nuestro país. En este sentido, y sin pretender importar soluciones idénticas, sí resulta de utilidad conocer primero y valorar después, las principales consecuencias que para el proceso civil español acarreó la apuesta por un modelo procesal sustentado en la oralidad, la concentración y las inmediación judicial real y efectiva.

Pues bien, a juicio de quien escribe y esperamos haberlo demostrado suficientemente, entre estas consecuencias ocupan un lugar más que des-

tacado la revalorización de la actividad probatoria (claramente en decadencia en el régimen procesal anterior), la reformulación de las antiguas diligencias para mejor proveer (similares a nuestras medidas para mejor resolver) y la nueva configuración legal de la ejecución provisional de las sentencias que se traduce en un claro correlato del mayor protagonismo que se asigna por el legislador español al enjuiciamiento realizado en primera instancia.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA SOBRE LA REFORMA AL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

- ABEL LLUCH, X. “Las diligencias finales de oficio del artículo 435.2 LEC”. *La Ley*, N° 5, 2003.
- ————. 2005. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*. Barcelona, Ed. Bosch.
- ALVARADO VELLOSO, A. 2005. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.
- ARAGONESES ALONSO, P. “Panorama de los procesos civiles en el ordenamiento español”. *Revista de Derecho Procesal*, N° 2, 2000.
- ARMENTA DEU, T. 2000. *La ejecución provisional*. Madrid, Ed. La Ley.
- BANACLOCHE PALAO, J. “El Libro Blanco de la Justicia y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”. *La Ley*, N° 2, 1998.
- ————. “Las líneas generales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. *Revista Tribunales de Justicia*, N° 1, 2000.
- BERZOSA FRANCOS, M. V. “La oralidad. Principios procesales en la nueva LEC”. *Iuris*, N° 42, 2000.
- BORRAJO INIESTA, I. “La ineficacia de los testigos en los procesos civiles”. *Revista Tribunales de Justicia*, N° 10, 1998.
- CAPPELLETTI, M. 1962. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milano, Ed. Giuffrè.
- ————. 1972. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires, EJEA, Traducción de Santis Melendo.
- CARRERAS LLANSANA, J. “El Derecho procesal como arte”. En: CARRERAS LLANSANA, J.; FENECH NAVARRO, M. 1962 *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona.
- CGPJ (Servicio de Inspección). “Informe sobre la incidencia de la aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. *Revista Tribunales de Justicia*, N° 12, 2001.
- ————. *Libro Blanco de la Justicia*. Madrid, 1997.
- CIPRIANI, F. “Autoritarismo e garantismo nel processo civile”. *Rivista Diritto Processuale*, N° 1, 1994.
- CHIOVENDA, G. “L'oralità e la prova”. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I, 1924.

- DAMIÁN MORENO, J. “Estructura y principios del proceso ordinario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N° 2, 2000.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. “Sobre la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: Criterios inspiradores e innovaciones principales”. *Revista Tribunales de Justicia*, N° 2, 2000.
- ————. “Verificación de los criterios esenciales de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en sus primeros meses de vigencia”. En: GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.) 2003. *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGA TORRES, J.; BANACLOCHE PALAO, J. 2001. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, Ed. Civitas.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. 1997. *Derecho Procesal Civil*. Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Tomos I y II.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J. 2003. *Derecho Procesal. Introducción*. Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª edición.
- DE LAS HERAS GARCÍA, M. “Consideraciones relativas al principio de inmediación en la LEC/2000”. *Revista del Poder Judicial*, N° 65, 2002.
- DE PAULA PÉREZ, A. “La prueba de testigos en el proceso civil español”. Madrid, Ed. Reus, 1968.
- ETXEBERRÍA GURIDI, E. 2003. *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.
- FUNDACIÓN ANTONIO CARRETERO. “Informe sobre un año de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. *Revista Jueces para la Democracia*, N° 44, 2002.
- GARNICA MARTÍN, J. “Un año de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: Valoración de los procesos declarativos desde la perspectiva de un Juez de primera instancia”. En: PICÓ I JUNOY, J. (Dir.) 2002. *La aplicación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Barcelona, Ed. Bosch.
- GUIMARAES RIBEIRO, D. “Audiencia preliminar y oralidad en el Derecho brasileño”. *Justicia*, N° 2-4, 2001.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. “La socialización del proceso”. En: VVAA. 1983. *Constitución, derecho y proceso. Estudios en memoria de los profesores Vicente Herce Quemada y Angel Duque Barragues*. Zaragoza, Institución Fernando El Católico, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.
- HINOJOSA SEGOVIA, R. “La nueva LEC española”. *Revista de Derecho Procesal*, N° 2, 2000.
- LORCA NAVARRETE, A. M. “La regulación de las diligencias finales del juicio ordinario en la nueva LEC”. *La Ley*, N° 5050, 2000.

- _____ . 2000. *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General: El nuevo proceso civil*. Madrid, Ed. Dykinson.
- MARTÍN OSTOS, J. L. "En torno a las diligencias finales". En: GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.). 2003. *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.
- MONTERO AROCA, J. 2001. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.
- _____ . (Dir.). 2000. *La prueba*. Madrid, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial.
- _____ . "Defensa del liberalismo contra el autoritarismo en el proceso civil (las bases ideológicas de la nueva LEC)". En: Gómez Colomer, J. L. (Coord.). 2003. *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.
- _____ . "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española, los poderes del Juez y la oralidad". *Revista de Derecho Procesal*, N° 1-3, 2001.
- ORTELLS RAMOS, M. "Verso un nuovo processo civile in Spagna: L'Anteproyecto di legge sul processo civile del 1997". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N° 3, 1999.
- PICARDI, N. "Riflessioni critiche in tema di orality e scrittura". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N° 1, 1973.
- PICÓ I JUNOY, J. (Dir.). 2002. *La aplicación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Barcelona, Ed. Bosch.
- _____ . "Análisis crítico de la situación actual de la justicia civil". *Justicia*, N° 3-4, 1999.
- _____ . "Diligencias para mejor proveer en el proceso civil: Entre el ser y el deber ser". *Justicia*, N° 3-4, 1998.
- _____ . "El derecho a la prueba en el proceso civil y su nueva configuración legal". En: VVAA. 2004. *Libro Homenaje al profesor Dr. D. Eduardo Font Serra*. Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos. Tomo I.
- _____ . "El Derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado". *La Ley*, N° 3, 2003.
- RAMOS MÉNDEZ, F. (Dir.). 1982. *Para un proceso civil eficaz*. Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona.
- _____ . 2000. *Guía para una transición ordenada a la LEC*. Barcelona, Ed. Bosch.
- STEIN, F. 1973. *El conocimiento privado del juez*. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, Traducción del profesor Andrés de la Oliva Santos.
- VARELA CASTRO, L., "Inmediación judicial: Agonía de una fundamental garantía". *Revista Justicia*, N° 1, 1987.