

## LA DENOMINADA INSUFICIENCIA PROBATORIA EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

### The so-called lack of sufficient evidence by parties in the Spanish Civil Proceedings

Antonio María Lorca Navarrete\*

Universidad del País Vasco

Recepción: 9/5/2016

Aceptación: 2/10/2016

#### Resumen

El autor, tras afirmar que la denominada insuficiencia probatoria que regula la vigente ley de enjuiciamiento civil española no es prueba de oficio, concluye que lo decisivo es que la práctica de la prueba sea efectiva según las exigencias constitucionales. Efectividad que ha de implicar el respeto pleno de las garantías procesales que han de ser tenidas en cuenta en su práctica accediéndose, sin desmedro de otros menesteres que pueda asumir la prueba, a su función más sobresaliente como es la de su constitucionalización.

**Palabras clave:** Proceso; prueba; insuficiencia probatoria; prueba de oficio.

#### Abstract

The author, after affirming that the so-called lack of sufficient evidence that regulates the existing law of the Spanish civil procedure claims that there is no evidence to be submitted, concludes that the decisive thing is that the practice of the proof is effective according to the constitutional requirements. Effectiveness which must contain full respect for the procedural guarantees that has to be taken into account in its practice, without damaging any other requirement that the test may take, to its most outstanding function, such as its constitutionalist.

**Keywords:** Process; proof; probationary insufficiency; lack of sufficient.

---

\* Doctor por la Universidad de Granada. Director de la *Revista Vasca de Derecho procesal y Arbitraje*. Presidente de la Corte Vasca de Arbitraje. Profesor en la Universidad del País Vasco.

## I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PRUEBA

De entre los diversos menesteres que tanto las partes como el tribunal llevan a cabo en el proceso civil, el más importante, **con mucho** sobre los demás, es el que surge en torno a la **prueba** entendida como<sup>1</sup> razón, argumento, instrumento u otro medio con el que se pretende mostrar y hacer patente la **verdad** o **falsedad** de algo. Al punto que la **verdad** o **falsedad**, que se «pretende mostrar» mediante la prueba, aumentaría la eficacia mayéutica del **contradictorio** de las partes.

Al respecto, conviene destacar que, por lo común, la garantía procesal del contradictorio y la prueba de la **verdad** o **falsedad** de los hechos que la conforman, modelan un dúo inseparable, al punto de que la prueba sería impracticable sin la existencia del contradictorio.

Y ciertamente, en una confrontación «en corto» aumenta el valor heurístico de la prueba en orden a **verificar la verdad** o **falsedad** de las alegaciones formuladas por las partes en el proceso civil a través del contradictorio. De modo que con la prueba no se renunciaría a la búsqueda de la **verdad** o **falsedad**; que se perseguiría mejor *à mon avis* rechazando que la prueba sea un fin en sí misma ora de las partes ora del tribunal y **sí** un medio para **verificar la verdad** o **falsedad**<sup>2</sup> de las alegaciones que conforman el contradictorio.

De modo que, entonces, la **verificación** surgiría como el elemento indiscutido e indiscutible que caracterizaría a la prueba **con independencia** de que la misma lo sea de la **verdad** o **falsedad**<sup>3</sup> o simplemente de los **hechos**<sup>4 5</sup> que integran el contradictorio.

O sea, y según la vulgata procesalista, la prueba no iría asociada a la implacable búsqueda de la **verdad** o **falsedad**<sup>6</sup> y sí a la **verificación** de los **hechos**<sup>7 8</sup> que se integran en el contradictorio.

1 Definición que exhibe el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Recuperado de <http://dle.rae.es/>

2 SENTÍS, Santiago. *La prueba*. Buenos Aires: Ejea, 1947, pp. 12, 55 y 76.

3 *Ibidem*, pp. 12, 55 y 76.

4 MONTERO, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 3.ª ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 38.

5 MUÑOZ, Luis. *Fundamentos de prueba judicial LEC 1/2000*. Barcelona: Bosch, 2001, pp. 41 y 85.

6 SENTÍS, Santiago. Ob. cit., pp. 12, 55 y 76.

7 MONTERO, Juan. Ob. cit., 2002, p. 38.

8 MUÑOZ, Luis. Ob. cit., pp. 41 y 85.

Pero, aunque a grandes rasgos pueda convenirse con lo dicho, no estaría de más realizar dos breves consideraciones que me vienen pintiparadas para el fin que deseo alcanzar. La primera concierne a que en estricta observancia de lo que proclama y aclama la exposición de motivos de la vigente ley de enjuiciamiento civil española (en adelante, LEC) respecto a que «**justicia civil efectiva** significa, por **consustancial** al concepto de **justicia, plenitud de garantías procesales**», **habría que concluir** que la «**justicia procesal**» —y, no otra— es la que **confluye únicamente** en la **plenitud de garantías procesales**.

La segunda apreciación atañe a que sería preciso **ubicar** el polo de raciocinio de la **verificación** tanto de la **verdad** o **falsedad**<sup>9</sup> como de los **hechos**<sup>10 11</sup> que se integran en el contradictorio, en la «**justicia procesal**» con el fin de que, a través de ella (y, no—insisto— de otro «tipo de justicia»), se pueda lograr la **efectividad** de **tutela judicial** básicamente ordenada a alcanzar un **proceso civil justo** que permita **plenitud de garantías procesales** mediante el **derecho de todos** «a utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa» (art. 24.2 de la *Constitución* española)<sup>12</sup>.

De ahí que de seguido interese **no tanto** —sin desmedro de su importancia— que exista verificación ya sea de la **verdad** o **falsedad**<sup>13</sup>, ya de los **hechos**<sup>14 15</sup>, como que esa verificación **se lleve a cabo** con arreglo a la **única justicia** de la que **se responsabiliza** la prueba al interior del «alma» del proceso civil, consistente en que, de conformidad con lo que proclama y aclama la exposición de motivos de la LEC, la **verificación** ya de la **verdad** o **falsedad**<sup>16</sup> ya de los **hechos**<sup>17 18</sup> sea **efectiva; efectividad** que ha de implicar la máxima coherencia con el **respeto pleno** —a «**plenitud**» alude la exposición de motivos de la vigente ley de enjuiciamiento civil española— **de las**

9 SENTÍS, Santiago. Ob. cit., pp. 12, 55 y 76.

10 MONTERO, Juan. Ob. cit., 2002, p. 38.

11 MUÑOZ, Luis. Ob. cit., pp. 41 y 85.

12 LORCA Antonio. Litigación civil. Spanish civil litigation. Instituto Vasco de Derecho Procesal/ Universidad del País Vasco. 2016, p. 77.

13 SENTÍS, Santiago. Ob. cit., pp. 12, 55 y 76.

14 MONTERO, Juan. Ob. cit., 2002, p. 38.

15 MUÑOZ, Luis. Ob. cit., pp. 41 y 85.

16 SENTÍS, Santiago. Ob. cit., pp. 12, 55 y 76.

17 MONTERO, Juan. Ob. cit., 2002, p. 38.

18 MUÑOZ, Luis. Ob. cit., pp. 41 y 85.

**garantías procesales**<sup>19</sup> accediéndose, sin desmedro de los usuales menesteres que asume la prueba, a su función **más sobresaliente** como es la de su constitucionalización<sup>20 21</sup>. Y el lector puede preguntarse: ¿A cuento de qué viene todo esto? Ya lo veremos.

## II. INSUFICIENCIA PROBATORIA, CARGA DE LA PRUEBA Y ADQUISICIÓN PROCESAL

Sin prueba resulta inconcebible un proceso civil. De ahí que no haya sido poco el interés que suele suscitar a la vulgata procesalista. A lo que se une que la mucha atención de la que es objeto, padece —como no podía ser de otro modo— del sesgo de la **parcialidad**. Es decir, se contempla la prueba desde la parcialidad de las partes. Y ahora **también** con ocasión de la vigencia de la LEC a partir de 2000, desde la **supuesta parcialidad** del tribunal como si éste estuviera en el proceso **no ya** para arbitrar una **contienda** (artículo 248.1 LEC) que ni le va ni le viene y **sí** para involucrarse en la misma.

Por eso, no puede pasar desapercibida la pretensión que aspira a **enfatar** el cometido propedéutico de la prueba en tanto que con su estudio es posible adentrarse en el entendimiento del «**todo**» proceso civil. O sea, que la prueba no sólo comprometería la actividad de las partes y del tribunal cuanto también los menesteres que los unos —las partes en el proceso civil— y los otros —el tribunal— puedan desplegar con fin de actuar las reglas de la **carga de la prueba** con las que solo estos últimos —el tribunal— puedan, **a su vez y con arreglo a ellas**, pronunciar sentencia.

La razón hay que hallarla en lo que ahora interesa, en que mediante la **carga de la prueba** el tribunal puede, **eventualmente**, al tiempo que indica a la parte el «**hecho o hechos que, a su juicio**, podrían verse afectados por la **insuficiencia probatoria**» (artículo 429.1 de la LEC), intervenir en la **necesidad** del medio probatorio con el fin de «**señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente**» (artículo 429.1 de la LEC). Todo lo cual precisa de algunas aclaraciones subsiguientes.

19 LORCA, Antonio. «La constitucionalización del proceso». En *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Cuaderno 1. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal/Universidad del País Vasco. 2017, p. 85.

20 LORCA, Antonio. *Litigación civil. Spanish civil litigation*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal. 2016, p. 77.

21 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2017, p. 91.

La primera, concierne a que parece surgir como afirmación indiscutida la relativa a que tanto los unos —las partes en el proceso civil— como los otros —el tribunal— harían factible la **operatividad** de las reglas de la **carga de la prueba**.

La segunda atañe a que, si **eventualmente** el tribunal puede **intervenir** en la **necesidad** del medio probatorio con el fin de «**señalar también la prueba o pruebas** cuya práctica considere **conveniente**» (artículo 429.1 de la LEC), ha de convenirse con similar carácter de incontestable, que ha de moverse **dentro** de unos márgenes **fácticos** que suponen que lo que se ha de asumir como carga de probar son los hechos **que se hayan alegado** en el momento procesal oportuno por lo que no se podrá intentar probar datos fácticos que **no** hayan sido objeto del proceso civil.

Por lo mismo, si la carga de la prueba **se vincula** con la carga de probar **hechos**, en nada sobran las indicaciones del ponente Alavés Tapia<sup>22</sup> que ha intentado —y lo ha logrado— validar la nitidez de los **márgenes fácticos** en los que se «mueve» la doctrina de la carga de la prueba apremiándonos a interiorizar que «si ponemos en relación (...) la norma —es el art. 217.3 LEC— con los (...) preceptos —son los arts. 405 y 412 LEC—, (...) no [se] podrá intentar probar datos fácticos **que no hayan sido objeto del proceso**».

Dimensión ésta de la carga de la prueba que implica que, **en ningún caso**<sup>23</sup>, el tribunal asume un compromiso en la composición del proceso **de justificación fáctica**. El tribunal, **en modo alguno**, podrá introducirse en la prueba cuando surja **extrarradio** de las fuentes probatorias que consten ya indicadas en el proceso sin que, en ningún caso, pueda introducir hechos no alegados por las partes en orden a la insuficiencia probatoria de la parte para cuando<sup>24</sup> la ley se lo permita.

Ahora bien, con ser necesario advertir el modelo de compromiso que asume el tribunal en los supuestos de insuficiencia probatoria de la parte, se ha de insistir en que es un **compromiso** respetuoso con las **garantías procesales de audiencia y contradicción** por lo que viene a cuento insistir en que

22 LORCA, Antonio. Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. En *Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas a partir de la entrada en vigor de la ley de enjuiciamiento civil 1/2000*. Año 2004, vol. IV. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2014, p. 523.

23 LORCA, Antonio. *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia probatoria*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal/Dijusa Libros jurídicos, 2006, p. 16.

24 *Ibidem*, p. 16.

ha de implicar la máxima coherencia con el **respeto pleno** —a «**plenitud**» alude la exposición de motivos de la vigente ley de enjuiciamiento civil española— **de las garantías procesales**<sup>25</sup> accediéndose, sin desmedro de los usuales menesteres que asume la prueba, a la función **más sobresaliente** de ese **modelo de compromiso** como es el de su **constitucionalización**<sup>26 27</sup> sin perjuicio de lo que añadiré más adelante.

La tercera aclaración se refiere a que si la doctrina de la carga de la prueba o «*onus probandi*», tiene como finalidad prioritaria e inmediata **determinar** en el momento en que el tribunal pronuncie sentencia, sobre **cuál** de las partes ha de proyectarse, en su caso, la **insuficiencia probatoria** como para desestimar «las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la **carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten sus pretensiones** (artículo 217.1 de la LEC), habrá que convenir en que la **finalidad** de las reglas de la carga de la prueba **en caso de insuficiencia probatoria de la parte**, no sería la de **imponer** al tribunal **un deber** de advertir a la parte acerca **de cómo** ha de actuar, sino la de **informar** a las partes sobre las pautas que ha de seguir para **suplir** la insuficiencia probatoria de un hecho relevante a la hora de pronunciar **su** sentencia (artículo 429.1 de la LEC).

Y, en vista de ello, y si el fin último de la insuficiencia probatoria es **informar** a las partes sobre las pautas que ha de seguir para **suplirla**, es **indiferente**, en principio, a **cuál** de las partes pueda **beneficiar** en el sentido que le otorgó Chiovenda pues cumplido por parte del tribunal ese fin último que pretende perseguir la insuficiencia probatoria en torno a **eliminar** los hechos dudosos que pudieran hacer incursionarse en la sentencia que pronuncie (artículo 217.1 de la LEC), sería **irrelevante** cuál sea la parte que haya asumido la carga de probarlos a causa de una insuficiencia probatoria **siempre** que el tribunal pueda con base en ellos pronunciar sentencia. Es lo que a partir de Chiovenda se asume como la doctrina de la «adquisición procesal»<sup>28</sup>.

25 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2017, p. 85.

26 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2016, p. 77.

27 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2017, p. 91.

28 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. de la 3.ª ed. italiana por Casais y Santaló con notas de Alfredo Salvador Bosque. Madrid: Reus, 1977, pp. 215 y 216.

### III. INSUFICIENCIA PROBATORIA NO ES LO MISMO QUE PRUEBA DE OFICIO

En la vulgata procesalista española **no** es habitual encontrar referencias detalladas a la prueba de oficio, si por la misma hay que entender la prueba que «se practica judicialmente **sin** instancia de parte»<sup>29</sup>. Es como si la prueba de oficio fuera *contra natura*. Que así se piense se justifica en que la LEC lo que sí regula, **como principio general**, es la **carga de la prueba de la parte**<sup>30</sup> (artículo 282 de la LEC), pues parece que la ley de enjuiciamiento civil española no desea que pase como desapercibido que **lo común** va a consistir en que el derecho a la prueba origine su práctica **a instancia de parte** mediante la **carga de la prueba**<sup>31</sup>.

Pero, parejamente, la ponente vizcaína Castresana<sup>32</sup> acredita que «**sin perjuicio** del principio de aportación de parte sobre la actividad probatoria (art. 282 de la LECn), [la LEC] encomienda al órgano decisor **un papel más activo**, que se aprecia con mayor intensidad en el **reforzamiento de la función directiva del juez en materia probatoria** en los procesos especiales regulados en el Libro IV de la LECn, en concreto, en el art. 752.1.2<sup>a</sup> de las Disposiciones Generales, y en los procesos sobre filiación, es precepto capital el art. 767 de la LECn, que se haya distribuido en cuatro apartados que hacen referencia a: 1º El control sobre la admisibilidad de la demanda. 2º El principio de libre investigación de la paternidad y maternidad, 3º Los hechos o presunciones de las que el órgano judicial puede declarar la filiación, y 4º Las consecuencias de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad».

En ese contexto y en el modelo de litigación civil que acoge la LEC, **se han reforzado**, de entre los diversos menesteres que asume el tribunal, sus facultades respecto a la iniciativa probatoria, aunque el carácter **exceptuado** de la mentada facultad solo surge de los supuestos en que **la ley la contemple** (art. 282 LEC).

Ahí se aprecia enseguida que la LEC ha querido **garantizar el compromiso**<sup>33</sup> del tribunal en la composición del proceso propugnado por el Estado social

29 Definición que exhibe el DRAE. Recuperado de <http://dle.rae.es/>

30 GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936, p. 82.

31 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2016, p. 77.

32 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2014, p. 453.

33 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2006, p. 15.

y de derecho en el que **no** sería posible configurarlo [al tribunal] como un sujeto interviniente en el proceso civil sin iniciativa probatoria de ningún tipo.

Por lo mismo, no está de más incidir en que para la LEC no es ni razonable ni asequible<sup>34</sup> (más bien resultaría imposible) que fuese el Estado, a través de los más diversos tribunales con sus variados menesteres, el que se ocupe —**con la correlativa responsabilidad**— de proceder a probar los hechos necesitados de prueba.

Porque a la vista de esa **responsabilidad del Estado**, la capacidad de **suplir** la insuficiencia probatoria de un hecho relevante en el momento de pronunciar sentencia (artículo 429.1 de la LEC), **no es** equiparable a la admisibilidad de la prueba de oficio. Ya que, si así se sostuviera, no sorprendería la contingencia de la previsible **irresponsabilidad** en que podría incurrir un tribunal y a la postre el Estado por error judicial o un anormal funcionamiento de la justicia justificado en un **inhabitual** comportamiento de **oficio** del tribunal<sup>35</sup>.

Ni la puesta en práctica de la denominada insuficiencia probatoria posee la refulgencia que es posible atribuir a la prueba de oficio, **ni de oficio actúa el tribunal**, pues aun cuando el tribunal en los casos de insuficiencia probatoria puede «señalar **también** la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente» (artículo 429.1 de la LEC)<sup>36</sup>, ese mismo tribunal **no puede actuar de oficio** y, por tanto, **sin** instancia de parte por cuanto **tiene que ceñirse** «a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos —o sea, del proceso—». A lo que se une que **no es** el tribunal quien completa o modifica **sus** proposiciones de prueba sino más exactamente

34 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2016, p. 78.

35 El artículo 121 de la *Constitución* española establece que «los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley». Y la ley orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) regula los cauces para solicitar del Estado indemnización por anormal funcionamiento de la Administración de justicia y por error judicial (artículos 292 y ss. de la LOPJ).

36 El artículo 524.1 de la LEC establece: «cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso al que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal».

son las partes —y, no el tribunal— las que «podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal».

Luego, no es lo mismo prueba de oficio que insuficiencia probatoria.

Y pese a tan rutilante afirmación, la vulgata procesalista **no ha sido** excesivamente indulgente con el modelo de insuficiencia probatoria que regula LEC. De ahí que pidan parrafada propia las cavilaciones por las que han transitado quienes **no** se han mostrado misericordiosos con el modelo de insuficiencia probatoria que regula la LEC.

En esa concreta aireación ambiental es preciso citar a Vázquez<sup>37</sup> para el que la insuficiencia probatoria de la parte se muestra como un monumental estorbo, ya que «el juez sólo puede advertir la necesidad probatoria cuando tiene que pronunciar su fallo, no antes». Por su parte, De la Oliva<sup>38</sup> advierte que la insuficiencia probatoria de la parte exige que el tribunal incurra en prejuicios. En similares términos se pronuncia Tapia<sup>39</sup>. Montero,<sup>40</sup> no sin cierta vehemencia, atribuye a la insuficiencia probatoria de la parte el mito del juez que debe buscar la llamada verdad material, mito que está inmerso en la más rancia concepción —dice el mentado— autoritaria del Estado, concepción que puede incluso ser calificada de totalitaria.

Y la jurisprudencia no se queda a la zaga<sup>41</sup>. Según la ponente guipuzcoano Ruíz<sup>42</sup>, la intervención del tribunal en los supuestos de insuficiencia probatoria de las partes «carece de precedente en nuestro Derecho». Para la ponente alavesa Pérez<sup>43</sup> es una «**innovación** en el proceso civil». Para el ponente vizcaíno Roselló<sup>44</sup> se «regula por primera vez la iniciativa probatoria **de oficio** en el proceso civil» por lo que es un «**precepto innovador**» [el artículo 429.1 LEC], pero —dice, en cambio— de «**ambigua dicción**».

37 VÁZQUEZ, José. «Las iniciativas probatorias del juez y la nueva ley de enjuiciamiento civil». En *Derecho en la facultad. Cuarenta años de la nueva Facultad de Derecho de Barcelona*. Madrid: Universidad de Barcelona/Marcial Pons. 2001, p. 392.

38 DE LA OLIVA, Andrés. *El proceso de declaración en Derecho procesal civil*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S. A., 2001, p. 278.

39 TAPIA, Isabel. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, vol. I. Pamplona: Aranzadi, 2001, p. 1461.

40 MONTERO, Juan. «Procedimiento probatorio (La grandeza de la sumisión a la ley procesal)». En *Cuadernos de Derecho Judicial* n.º VII, 2000, pp. 288 y 289.

41 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2006, p. 27.

42 *Idem*.

43 *Idem*.

44 *Idem*.

Y no es precisamente la duda la que le asalta al ponente alavés Poncela<sup>45</sup> al calificar la intervención del tribunal de «**protagonista principal** de la misma» debido a las «importantes funciones **resolutorias y directivas** del juez».

Para el ponente alavés Blanco<sup>46</sup> se trata de una «**admonición**» que, «dada la naturaleza del proceso civil, tiene que referirse forzosamente a supuestos que a *limine litis* sean **manifiestamente inviables con la prueba ofrecida**».

Pero, conjuntamente con esos testimonios sumamente **críticos** respecto de la intervención del tribunal en los supuestos de insuficiencia probatoria de las partes, tampoco le pasa desapercibido al ponente guipuzcoano Mayo<sup>47</sup> que es «**extraña [o] y aún perturbador[a]**». Por su parte, el ponente vizcaíno Salcedo<sup>48</sup> alude al «**no fácil** encaje en un sistema procesal basado en la iniciativa de las partes y en la posición del juzgador como director **neutral** del desarrollo del proceso». El ponente vizcaíno Ruíz-Rico<sup>49</sup>, con prestancia jurisprudencial, advierte que «puede aparecer **anómalo** en el sistema que instaura la nueva LEC **respetuosa sobremanera** con el principio de contradicción e **incentivadora** del concepto de juez imparcial». De ahí que la interpretación que deba adoptarse es la «*restrictiva* en el sentido de que la actuación judicial **no desborde** su posición de imparcialidad tratando de salvar las carencias probatorias de las partes». También para el ponente vizcaíno Nicolás Manzanares<sup>50</sup> el guion pergeñado «ha de interpretarse **restrictivamente**, de manera que la actuación judicial **no desborde** la posición de imparcialidad del juez tratando de salvar las carencias probatorias de las partes».

En resumidas cuentas: la intervención del tribunal en los supuestos de insuficiencia probatoria de las partes comienza por ser, en su peregrinaje jurisprudencial, **preterida** por su «**ambigua dicción**», en opinión del ponente vizcaíno Roselló<sup>51</sup>; porque tiene que referirse **forzosamente** a supuestos que «sean **manifiestamente inviables con la prueba ofrecida**», según el ponente alavés Blanco<sup>52</sup>; porque es «**extraño y aún perturbador**», según

45 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2006, p. 27.

46 *Ibidem*, p. 27.

47 *Ibidem*, p. 28.

48 *Ibidem*, p. 28.

49 *Ibidem*, p. 28.

50 *Ibidem*, p. 28.

51 *Ibidem*, p. 28.

52 *Ibidem*, p. 28.

el ponente guipuzcoano Mayo<sup>53</sup>; porque es una «norma de no fácil encaje en un sistema procesal basado en la iniciativa de las partes y en la posición del juzgador como director neutral del desarrollo del proceso», según el ponente alavés Salcedo<sup>54</sup>.

### III. UBICACIÓN DEL MODELO DE INSUFICIENCIA PROBATORIA EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

Como el modelo de insuficiencia probatoria que regula LEC no nace carente de nido de ahí que, de momento, pida parrafada propia la cuestión relativa a la **ubicación** de ese modelo; pero para abundar en una realidad histórica innegable surgida a partir de la LEC de 2000 y que ha contribuido a cimentar la privilegiada relación epistemológica que la **prueba** mantiene con un proceso civil **oral** como el que surge a raíz de su entrada en vigor.

Que así haya sucedido se debe a la anuencia constitucional española, según la cual «el procedimiento será predominantemente **oral**...» (artículos 120.2 de la Constitución y 229.1 de la ley orgánica del Poder Judicial) que evidencia el abolengo que desea ostentar la oralidad como **hegemónica** en la norma constitucional.

De ahí se sigue que no extrañe que el mismo aire de familia constitucional, parece respirar —creo— la vigente ley de enjuiciamiento civil española. Basten las expresivas palabras de su exposición de motivos: «la ley [es la ley de enjuiciamiento civil] 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 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».

De lo dicho se infiere que ambos procesos civiles declarativos —que, por lo demás, son los **únicos** que con tal carácter se regulan en la LEC—, **no** son garantía de compartimentos estancos en los que la omnipresencia de los principios de preclusión y eventualidad tributarios, a su vez, del principio de la escritura fomentaban un modelo muy peculiar de multiprocedimentalismo de amplia proyección operativa en la anterior ley de enjuiciamiento civil de 1881.

<sup>53</sup> LORCA, Antonio. Ob. cit., 2006, p. 28.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 28.

La conclusión es inmediata: el proceso civil declarativo ordinario y verbal de la vigente ley de enjuiciamiento civil se ha rendido [o, se debiera rendir]<sup>55</sup> finalmente a la **oralidad** impuesta por el artículo 120.2 de la *Constitución*.

Aunque no es una oralidad complaciente, ni una oralidad pontificada para distinguirla «de algunas modas doctrinarias, cuya aplicación a ultranza ha constituido un fracaso», o una oralidad que ha preterido «las preferencias que parecen más fundadas y realistas», o que «ponga en peligro la seriedad de la tarea forense», como parece postular De la Oliva<sup>56</sup>.

Y como nada queda a salvo de la crítica (afortunadamente), también se han opuesto algunas objeciones más. Así, se ha dicho, también por De la Oliva<sup>57</sup>, que «en la clásica pugna entre oralidad y escritura no se entregó — al juicio ordinario de la ley de enjuiciamiento civil, se entiende— a la «moda» de la oralidad a ultranza, aunque ese «moda», como tal, persistiese aún en algunos ambientes jurídicos de este país».

No estorba pues —siquiera a modo de apéndice— dedicar unas líneas a unos pocos adjetivos que han servido para calificar al proceso civil —declarativo— que inaugura la vigente LEC. A este último respecto y para subrayar lo que vengo indicando creo que no existe mejor mensaje que el que sigue: la garantía constitucional de tutela judicial efectiva **oral** a la que finalmente **se rinde** el proceso civil —declarativo (ordinario y verbal)—, **no debe ser** conceptuada por las generaciones futuras como un acto de claudicación. **Ni tampoco** debe ser conceptuada como un peligro para «la seriedad de la tarea forense», ni el reclamo a la oralidad ha preterido «las preferencias que parecen más fundadas y realistas», ni, en fin, la oralidad que adopta el proceso civil —declarativo— es la mejor porque exista otra propia de «algunas modas doctrinarias, cuya aplicación a ultranza ha constituido un fracaso».

Y prosigo con una afirmación que no deseo dejar desamparada<sup>58</sup>: No es ese el mensaje que debe dar la ley de enjuiciamiento civil a las generaciones futuras. Muy al contrario, la **oralidad** del proceso civil —declarativo— no es una **oralidad complejada** por la escritura a la que parece pedir permiso

55 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2006, p. 275.

56 DE LA OLIVA, Andrés. «Sobre los criterios inspiradores del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998». En *Revista de Derecho Procesal*, 1999, pp. 369 y 370.

57 DE LA OLIVA, Andrés. «Verificación de los criterios esenciales de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, al año de su entrada en vigor». En *Poder Judicial* n.º 64/2001, 2001, p. 155.

58 LORCA, Antonio. Ob. cit., p. 276.

porque represente [la escritura] la «seriedad de la tarea forense». No es una oralidad que serpentea y repta pretendiendo fomentar el equívoco y la disfunción. No es la oralidad que surge a hurtadillas con el permiso de no se sabe quién. Es, **simplemente, la oralidad**. Es la **oralidad** que no desea poner en peligro nada. La **oralidad** que no es conservadora, sino que es ruptura porque así lo exige la Constitución española. La oralidad que no tiene complejos ni desea ser catalogada de «moda doctrinaria». Es, en fin, una **oralidad** que no precisa ser pontificada. Es la **oralidad** que responde al compromiso constitucional<sup>59</sup>.

Tras el anterior introito, creo que ya se está en mejor posición para aprehender la **ubicación** de la insuficiencia probatoria en el proceso civil español. Y a tal fin, distinguiré entre el proceso declarativo **ordinario** y el proceso declarativo **verbal**.

A. En el proceso declarativo **ordinario** y tras la fase de alegaciones de las partes (esencialmente, demanda, contestación y, en su caso, reconvencción), se abre la denominada por mí<sup>60</sup> fase **intermedia** de audiencia previa de las partes con una indudable finalidad sanadora de las impurezas alegatorias y procesales que traigan causa de la fase de alegaciones de las partes. En ese tránsito intermedio camino del juicio, es el momento que, a su término, las partes procedan a **proponer** la prueba que ha de practicarse en el juicio siempre que no exista conformidad sobre los hechos (art. 429.1 LEC).

Y, en la LEC, la proposición de la prueba al término de la fase intermedia de audiencia previa de las partes es —aunque resulte redundante afirmarlo— una actividad **de parte**. En el modelo de litigación civil que acoge la LEC, esa es la regla o principio general.

No obstante, esa regla o principio general **cede** en los supuestos en que el tribunal considere que la prueba propuesta pueda resultar —ruego la atención del lector— «**insuficiente**» para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. En esos casos, el tribunal **interviene** en la prueba propuesta por las partes. Su **intervención** se escenifica<sup>61</sup> poniendo de manifiesto a las partes que la prueba que han propuesto es insuficiente para el **esclarecimiento** de los hechos controvertidos y procediendo a

59 LORCA, Antonio. Ob. cit., p. 276.

60 *Ibidem*, p. 307 y ss.

61 *Ibidem*, p. 325.

**indicar** el hecho o hechos que, «a su juicio» —dice la LEC: art. 429.1 LEC— podrían quedar **afectados** por la insuficiencia probatoria.

Al actuar de ese modo, la LEC le **permite** también al tribunal que «**ciñéndose** a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos —o sea, del proceso instado—» **pueda proponer** además «la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente» (art. 429.1 LEC).

Y la LEC no se queda ahí, ya que a mayor abundamiento sugiere que las partes puedan «**completar o modificar** sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal». A lo que se une, como colofón, que «las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba **a la vista** de lo manifestado por el tribunal» (art. 429.1 LEC). Bueno, ante tanta metralla normativa, conviene no darse prisa.

Por lo pronto, lo indicado hasta aquí **no posee ningún tipo de antecedentes** en la LEC. Es un modelo de proposición de prueba totalmente inédito, ¿por qué? Descubramos el motivo.

Los parámetros tradicionales existentes en materia probatoria aplicados por la LEC de 1881, enseñaban que correspondía a las partes el cometido de indicar y probar los hechos sobre los cuales el Tribunal acorde con sus menesteres, debía dictar sentencia (*da mihi factum, dado tibi ius*). El proceso civil, al menos el que tradicionalmente se enseñaba al amparo de la LEC de 1881, se caracterizaba por el principio dispositivo en virtud del cual, tanto los hechos necesitados de prueba como la proposición de la prueba de los hechos, era un cometido **reservado únicamente** a las partes.

Ahora, con la vigente LEC, ese modelo probatorio tradicional **ha cambiado** sustancialmente. Es cierto que, ahora como antes, el tribunal **no puede** resolver sobre hechos que **no hayan** sido aportados por las partes. Pero<sup>62</sup> **sí** que puede hurgar sobre los hechos aportados por las partes y **sí** que puede, igualmente, intervenir mediante su capacidad de resolución personal en la prueba del hecho al que ha procedido a analizar porque «podría(n) verse afectado(s) por la insuficiencia probatoria» de las partes (art. 429.1 LEC). Y no solo eso, sino que, además, la LEC permite que el tribunal sea el **centro**<sup>63</sup> de la actividad probatoria.

62 *Ibidem*, p. 326.

63 *Ibidem*, p. 326.

Según la LEC, los términos se invierten. El tribunal **no** complementa la actividad probatoria de las partes cuanto más bien las partes **pasarían a complementar** la actividad probatoria del tribunal. En definitiva, el *iudex iudicet secundum allegata et probata partium* saltaría por los aires. Ya no serviría<sup>64</sup>.

Con la vigente LEC, se perfila, por tanto, un nuevo modelo que puede ser conceptualizado<sup>65</sup> como un modelo **intervenido de instrucción probatoria complementaria de las partes**, en el que el tribunal se encuentra **a medio camino** entre un tribunal que «advierte» a las partes de su insuficiencia probatoria y el tribunal que solo y exclusivamente ha sido proyectado para poner sentencias.

Además, el nuevo modelo de probatoria en la medida en que es **intervenido por el tribunal**, le va a obligar **a trabajar**; lo que supone **excluir** el modelo de «juez pasivo» que postulaba la LEC de 1881 y adoptar un nuevo modelo de tribunal.

Pues bien, lo indicado hasta aquí no posee **ningún tipo de antecedentes** en la vigente LEC. Es un modelo de proposición de prueba totalmente inédito que regula, por primera vez, un **modelo de iniciativa** probatoria del tribunal, pero que **no se contempla como prueba de «de oficio»** con arreglo a la tesis antepuesta renglones antes. O sea, **ni** la puesta en práctica de la denominada insuficiencia probatoria posee la refulgencia que es posible atribuir a la prueba de oficio **ni de oficio actúa el tribunal**, pues, y aun cuando el tribunal en los casos de insuficiencia probatoria puede «señalar **también** la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente» (artículo 429.1 de la LEC), ese mismo tribunal **no puede actuar de oficio** y, por tanto, **sin** instancia de parte por cuanto **tiene que ceñirse** «a los elementos probatorios cuya existencia **resulte** de los autos —o sea, del proceso—». A lo que se une que **no es** el tribunal quien completa o modifica **sus** proposiciones de prueba **sino más exactamente son las partes** —y, no el tribunal— las que «podrán completar o modificar **sus** proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal». Luego, **no es** lo mismo prueba de oficio que insuficiencia probatoria.

---

64 *Ibidem*, p. 326.

65 *Ibidem*, p. 326.

B. En el proceso declarativo **verbal** se asumen las **mismas conclusiones**, pero con la diferencia consistente en que la insuficiencia probatoria la aprecia el tribunal en la propia **vista** —no existe juicio propiamente dicho— en la que se opera bajo los dictados de la garantía procesal de la **inmediación** procediéndose a **concentrar** [*Konzentrationmaxime*] la proposición y admisión de la prueba de la fase intermedia del proceso declarativo verbal en la mismísima **vista** del proceso declarativo verbal en el que no existe juicio propiamente dicho. Con semejante opción, se agiliza rotundamente ese trámite al no depender su operatividad de plazo procesal alguno para que se haga efectivo (artículo 433 de la LEC).

#### IV. CONCLUSIÓN

En la estela de lo dicho hasta aquí, no debe sorprender que se concluya que **no es** lo mismo prueba de oficio que insuficiencia probatoria. Pero, paradójicamente y en lo tocante a su **práctica**, viene a cuento decir —como **ya anuncié** en los albores de este trabajo— que no interesa **tanto** que mediante la prueba exista verificación ya de la **verdad** o **falsedad**<sup>66</sup> ya de los **hechos**<sup>67 68</sup>, sino que esa verificación **se lleve a cabo** con arreglo a la **única justicia** de la que **se responsabiliza** la prueba al interior del «alma» del proceso civil, consistente en que, de conformidad con lo que proclama y aclama la exposición de motivos de la LEC, la **verificación** ya sea de la **verdad** o **falsedad**<sup>69</sup> ya de los **hechos**<sup>70 71</sup> lo sea **efectiva; efectividad** que ha de implicar —y reitero de nuevo la atención del paciente lector— la máxima coherencia con el **respeto pleno** —a «**plenitud**» alude la exposición de motivos de la vigente ley de enjuiciamiento civil española— **de las garantías procesales**<sup>72</sup> que han de ser tenidas en cuenta **en su práctica** ya lo sea en el **juicio** —proceso declarativo ordinario— ya nos situemos en la **vista** —proceso declarativo verbal— accediéndose, sin desmedro de otros menesteres que pueda asumir la prueba, a su función o cometido **más sobresaliente** como es la de su **constitucionalización**<sup>73 74</sup>.

66 SENTÍS, Santiago. Ob. cit., pp. 12, 55 y 76.

67 MONTERO, Juan. Ob. cit., 2002, p. 38.

68 MUÑOZ, Luis. Ob. cit., pp. 41 y 85.

69 SENTÍS, Santiago. Ob. cit., p. 12, 55 y 76.

70 MONTERO, Juan. Ob. cit., 2002, p. 38.

71 MUÑOZ, Luis. Ob. cit., pp. 41 y 85.

72 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2017, p. 85.

73 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2016, p. 77.

74 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2017, p. 91.

Por lo mismo, ningún rédito qué obtener ora de la prueba a instancia de parte ora de la denominada insuficiencia probatoria si, como ha quedado indicado, lo que importa es su **práctica** a través de los postulados de su **constitucionalización con respeto pleno** —a «plenitud» alude la exposición de motivos de la vigente ley de enjuiciamiento civil española— **de las garantías procesales**<sup>75</sup> que han de ser tenidas en cuenta en la ya aludida **práctica** por ser, a mayor abundamiento, la **única justicia** de la que **se responsabiliza**<sup>76 77</sup> la prueba al interior del «alma» del proceso civil.

---

75 LORCA, Antonio. Ob. cit., 2017, p. 85.

76 LORCA, Antonio. Ob. cit., p. 77.

77 LORCA, Antonio. Ob. cit., p. 91.