



LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Texto de las conferencias dadas en la Universidad de Oviedo
los días 31 de agosto, 1 y 2 de septiembre de 1944

POR

JAIME GUASP DELGADO

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Madrid

1.—La invitación recibida para tomar parte en el Curso de Verano organizado por esta Universidad me ha producido una vivísima satisfacción verdaderamente difícil de agradecer en los términos que yo desearía hacerlo. Porque no se trata sólo de la honrosa distinción que cualquier ofrecimiento de este tipo lleva siempre consigo: esto ya sería, desde luego, un motivo de gratitud muy considerable; ocurre además que la invitación se ha hecho en este caso a un especialista de derecho procesal para hablar donde desde hace largo tiempo resonaron y siguen resonando hoy las palabras de mayor autoridad en el ámbito de aquella disciplina. Cuando recuerdo que esta Universidad de Oviedo fué la cuna científica del creador del nuevo derecho procesal español, de mi insigne y llorado maestro, Francisco Beceña, cuyo elogio por mí en esta oca-

sión no podría ser sino un vano recuerdo del magnífico estudio que de él hizo recientemente José María Serrano; cuando pienso además que de la Facultad de Derecho de esta Universidad forman parte actualmente el propio José María Serrano y Valentín Silva Melero, no puedo reprimir un movimiento de temor en este instante y de imaginar que me hallo en situación análoga a la del extranjero que, en la antigüedad clásica, quisiera enseñar Filosofía en Atenas o Jurisprudencia en Roma. Pero sé que vuestra benevolencia habrá de disculpar el empeño, como en casos análogos y de este modo me atrevo a esbozar un tema, cuyo interés intrínseco disculpará la torpeza que pueda haber en la exposición.

2.—Cuajado como está el derecho procesal civil de materias plenas de sugestión teórica y de trascendencia práctica, quizá no haya ninguna dentro de él que encierre tales caracteres en más alto grado que las cuestiones referentes a la prueba. De otras instituciones podría decirse metafóricamente que son la médula, el cerebro o el corazón del derecho procesal, de la prueba habría que decir entonces, siguiendo la metáfora, que encierra su sistema respiratorio: un buen régimen de prueba es lo único, en efecto, que puede garantizar el contacto del proceso con el mundo exterior que lo circunda, con el conjunto de verdades que de un modo u otro han de ser recogidas por el proceso para que éste desempeñe eficazmente su misión.

Y, no obstante esta innegable y formidable importancia, el derecho procesal español o, mejor si se quiere, la ciencia del derecho procesal español se resiente todavía de la falta de un estudio o serie de estudios monográficos sobre el tema que puedan aclarar las cuestiones específicas que plantea nuestro derecho positivo. No es sólo que se eche de menos un ensayo de conjunto como el realizado por HEUSLER y, sobre todo, por CARNELUTTI es que también una obra parcial de cierta significación falta por completo entre nosotros y así continúa perdurando la influencia de obras estimables, desde luego, pero de concepción demasiado anticuada: como las de BENTHAM, RICCI, BONNIER y LESSONA por no

citar las dedicadas exclusivamente al proceso penal como las de ELLERO o MITTERMAIER.

Sería evidentemente pretencioso tratar de colmar ahora tales lagunas anunciando que tal era mi propósito: nada más lejos de la realidad. Pero sí quisiera que la deficiencia apuntada contribuyese a demostrar cómo la construcción de nuestras ideas en torno al derecho de la prueba ha de verificarse *in toto*, desarrollando las líneas o principios generales del mismo antes de examinar en detalle los puntos concretos que la materia encierra. Este examen concreto queda, desde luego, eliminado de mi tarea: únicamente abordaré cuestiones esenciales, con un desarrollo a grandes rasgos tal como lo impone la limitación de tiempo y mi encendido deseo de no fatigar vuestra atención.

Como es lógico, la construcción de las ideas generales que se buscan ha de comenzar por indagar el *concepto mismo* de la institución que se analiza, es decir, de la *prueba*. Naturalmente, puesto que se trata de una institución enclavada como todas las jurídicas no en el reino de la naturaleza sino en el de la cultura, dicho concepto ha de venir por fuerza referido no a nociones de causalidad sino de sentido, especialmente a la función que la prueba desempeña; lo que debemos preguntarnos ahora es, por tanto: ¿qué función realiza la prueba dentro del proceso civil?

Esta pregunta puede ser contestada desde un doble punto de vista absolutamente antagónico sin que la dualidad suela ser formulada expresamente aunque late en el fondo de todas las exposiciones desarrolladas a este respecto. Según una *orientación* que pudiéramos llamar sustantiva o *material* la prueba no puede proponerse sino la confirmación de la existencia de los hechos aportados al proceso y que tienen relevancia para éste: la prueba no es, pues, sino la demostración de la existencia de un hecho o de la verdad de una afirmación, definición típica, aunque defectuosa porque sus dos términos podrían ser reconducidos a uno y porque hablar de demostración para aclarar lo que es la prueba apenas si resulta más que un cambio de palabras con un dudoso valor explicativo.

Ahora bien, frente a esta concepción material se alza la *dirección* que pudiéramos llamar *formal* según la cual la prueba está desligada, teórica y prácticamente, de todo intento de confirmación de la realidad material de los hechos: la prueba no puede proponerse ni se propone, desde luego, más que fijar formalmente tales hechos, ordenar el uso de determinados procedimientos que sirven para obtener legalmente tal resultado aunque materialmente lo consigan o no. Y de este antagonismo no puede ligeramente afirmarse que corresponde en su segunda posición a un estudio doctrinal menos avanzado que la primera: ha sido CARNELUTTI en su obra fundamental *La prova civile* quien ha revalorizado la tesis formalista dando lugar con ello a un renacimiento en el estudio de instituciones jurídicas que parecían ya definitivamente superadas como la prueba legal a la que FURNO ha dedicado recientemente una monografía.

Si se quisiera, como parece inevitable, tratar de resolver el choque doctrinal de ambas concepciones parece lógico que han de examinarse los fundamentos principales en que una y otra se asientan. La base primera de la posición sustantiva parece inatacable en su íntima esencia: puesto que en el proceso necesita ser reconocida, para la justicia de la decisión, la realidad de un determinado acaecimiento de la vida, la prueba llena la insustituíble función de proporcionar ese conocimiento: los hechos necesitan ser apreciados tal como ellos son, tal como figuran extraprocesalmente porque, de lo contrario, se incorporaría una ficción o un sistema de ficciones al proceso, grave riesgo que debe ser cuidadosamente evitado. Pero frente a este argumento esencial, la posición formalista hace ver la imposibilidad de que procesalmente se satisfaga la necesidad de la prueba sustantiva: puesto que el hecho no puede ser incorporado al proceso en su íntima esencia tal como es, sino valiéndose de mecanismos artificiales que lo representen o lo indiquen, vale más confesar francamente este carácter artificial del sistema y hacer del resultado formal, que es el único que una prueba

recogida por la ley puede conseguir, la nota verdaderamente definidora de la institución.

Pero la posición formalista, verdaderamente interesante en su concepción crítica de la doctrina opuesta, lleva las cosas demasiado lejos al instalar en lugar de la consideración realista de los hechos, unas puras formas lógicas que tienen todo el aspecto de resucitar aquella verdad formal de tan nefasta memoria en el campo del proceso. En otro lugar he intentado demostrar que la realidad objetiva de los hechos no debía ser sustituida en el proceso sino por otra realidad no menos indiscutible: esta realidad no podía ser otra que la *convicción psicológica del Juzgador*, noción mucho más amplia que la de un estricto razonamiento lógico objetivo. El régimen de la prueba ha de ser definido en función de la producción de esta convicción psicológica del Juez y si bien es cierto que en los derechos positivos existen todavía en abundancia catalogados como pruebas determinados mecanismos de producción de resultados meramente lógico formales, ello puede explicarse como un residuo histórico de viejas concepciones en trance de continua superación.

3.—La consideración de la prueba como aquel conjunto de operaciones que tratan de obtener la convicción psicológica del Juzgador respecto a un dato procesal determinado, no solamente proporciona una primera idea general sobre el concepto de la prueba, sino que permite que nos adentremos con paso relativamente firme en el problema de la *naturaleza jurídica* de esta institución. También aquí se nos plantea inicialmente una dualidad fundamental, según que en la prueba y en las normas que la regulan quiera verse una materia propia de los cuerpos de derecho sustantivo o un tema perteneciente de modo estricto al derecho procesal: los dos términos son yuxtapuestos, pero no superados, por quienes descubren en la prueba un aspecto material y un aspecto formal: posición en la que se encuentran, desde luego, la mayor parte de los cuerpos legales de los países latinos como el nuestro que divide la materia entre el Código civil y la ley de Enjuicia-

miento, aunque luego el reparto de preceptos entre ellos no se haga con un criterio absolutamente uniforme e irreprochable.

El concepto dado de prueba anteriormente nos permite adivinar sin esfuerzo que en la pugna teórica entre concepciones extraprocesales y concepciones procesales de la prueba, nos decidimos de modo rotundo y categórico por las segundas. Si la prueba es una operación destinada a producir la convicción psicológica de un Juzgador, la existencia de éste será presupuesto indispensable de aquélla: sin Juez, o lo que es lo mismo, sin proceso, no hay prueba.

Pero, ¿cómo es posible frente a una deducción del carácter procesal de la prueba obtenida de modo tan evidente que continúen manteniéndose las vacilaciones iniciales sobre la naturaleza de la prueba? Debe notarse, en efecto, que aunque no se acepte la idea de la convicción psicológica, las restantes doctrinas sobre la prueba incluyen todas ellas o suelen incluir un elemento procesal en el concepto, que debía bastar a este respecto para llegar, en el problema de la naturaleza, a una conclusión idéntica a la que aquí se propugna. Las razones expuestas recientemente por los autores del nuevo Código procesal italiano que mantiene a este respecto la clásica división de materias, no resultan del todo convincentes: se dice que la prueba, a pesar de ser procesal, opera extraprocesalmente como ocurre con un fusil cargado que es un arma, aun antes y sin necesidad de que se dispare, pero este razonamiento no sirve para justificar el erróneo emplazamiento o «sedes materiae» en el Código civil: también una sentencia opera o puede operar extraprocesalmente (recordemos los llamados efectos reflejos o secundarios, *Nebenwirkungen*, de la sentencia) y a nadie se le ha ocurrido discutir por ello su innegable calidad procesal.

La razón de esta regulación material de los problemas probatorios no debe buscarse, a mi juicio, en una posible eficacia extraprocesal de la institución. Se halla, más bien, en el hecho de que el mundo del derecho material, es decir, por lo que ahora nos interesa, el mundo del derecho civil, conoce determinadas instituciones que también se designan con el nombre de prueba, pero que

no tienen en realidad identidad de esencia respecto a la prueba procesal. Es decir, y esta es la tesis que me propongo desarrollar brevemente a continuación, *que hay en realidad dos clases de prueba*: la prueba civil o, más ampliamente, la prueba material y la prueba procesal y que no se trata ciertamente de dos aspectos distintos de la misma institución, sino de dos instituciones radicalmente diversas a las que sólo algún detalle o detalles comunes, pero secundarios ha prestado una misma denominación. Por el contrario, dentro del campo procesal, el concepto de la prueba es único: no tiene, pues, razón a mi juicio, FLORIAN cuando postula la existencia de dos tipos de prueba para el proceso civil y el proceso penal respectivamente.

La diferencia más importante que corre entre la prueba civil y la prueba procesal se descubre en la distinta función que una y otra realizan. Sabemos ya que la función de la prueba procesal es producir la convicción psicológica del Juzgador en un sentido determinado con respecto a un dato o conjunto de datos procesales. Esta no puede ser, evidentemente, la función de la prueba extraprocesal ya que no sería lógico hablar en ella de Juzgador ni de datos procesales: ¿cómo puede, pues, descubrirse en ella la nota esencial que la caracterice?

Para saberlo hay que pensar que la vida normal del derecho, el mundo de las relaciones jurídicas regidas por el derecho material, necesita servirse también, como instrumento, de determinadas instituciones destinadas a producir, dentro de él, sin necesidad de pensar para nada en un proceso, la creencia sobre la existencia de determinado acaecimiento de la vida real: el recibo que el acreedor entrega al deudor es, desde luego, un arma-prueba-procesal, pero es también, independientemente de esto, un arma jurídico material en cuanto que servirá la inmensa mayoría de las veces para convencer de la existencia del pago cuando ésta, extraprocesalmente, se discute: el recibo sirve, pues, tanto fuera como dentro del proceso, en realidad, sirve mucho más fuera que dentro del proceso. Lo mismo puede decirse, entre otra infinidad de casos, de



la confesión extrajudicial la cual tiene un valor procesal muy relativo,—artículo 1.239 del Código civil—y en cambio un valor grandísimo en el mundo del derecho material.

Por consiguiente, existen determinadas instituciones dedicadas a producir en el desarrollo normal de las relaciones jurídicas, la creencia en la producción de ciertos acaecimientos interesantes para ello. Aquí no puede hablarse, desde luego, de convicción psicológica porque ésta viene referida siempre a una persona determinada como el juzgador: más bien hay que hablar de convicciones o creencias de tipo objetivo, aptas para satisfacer las exigencias del tráfico jurídico que se estructura también de un modo objetivo e impersonal. Cuando no hace mucho, NUÑEZ LAGOS, en una conferencia publicada en la Academia Matritense del Notariado, hablaba de la forma notarial del documento como de una legitimación para el tráfico jurídico apuntaba sin duda a esta verdad que ahora estamos ya en aptitud de formular como una consecuencia particular de lo ya señalado: que el documento notarial no se agota en la simple función probatoria procesal sino que tiene, aparte además de un posible destino constitutivo de relaciones jurídicas, una función probatoria material dirigida a facilitar la posición de sus titulares en la vida normal o realización pacífica del derecho.

4.—La concepción dualista de la prueba es fecunda en resultados teóricos y prácticos al separar los problemas procesales de otros que venían siempre mezclados con ellos pero que se referían a un orden distinto de cuestiones y la aclaración comienza con aquellas nociones generales como las de *medios, fuentes y elementos* de prueba que no han recibido siempre de la doctrina, no digamos que tampoco del derecho positivo, una aclaración que evite todo equívoco.

Comenzando por el concepto mismo de los *medios de prueba* y refiriendo inicialmente esta noción a la de instrumentos a través de los cuales se realiza la función probatoria observamos que la discusión en torno a la conveniencia de señalar legalmente tales me-

dios o dejarlos indeterminados no puede recibir una solución uniforme sino diferente según que se trate de prueba procesal o de prueba civil. Si se trata de prueba procesal, por la misma naturaleza del fin perseguido: una convicción psicológica personal, toda fijación legal de medio de prueba resulta más que inoportuna, en realidad estéril: por el contrario, en la prueba material, puesto que se trata de obtener un grado objetivo de creencia en determinados acaecimientos, la fijación legal de los medios de prueba tiene un alto valor en cuanto indica a las partes de qué instrumentos deberán valerse para afirmar su posición en la relación jurídica de que se trate. De nada sirve p. e. que diga la ley que un documento público hace prueba plena en juicio puesto que en el juicio, si contra la veracidad del documento se produce una simple prueba de testigos, el Juzgador decidirá en definitiva a cuál otorga su preferencia. Por el contrario, cuando extraprocesalmente, dice la ley que el documento público hace prueba plena, legitima de tal modo su contenido que el interesado sabe que puede perfectamente atenerse a él prescindiendo de cualquier eventual impugnación que en el mundo del proceso quepa imaginar.

Algo análogo cabe decir de lo que se refiere a las *fuentes de prueba*, esto es de aquellas operaciones a través de las cuales se obtiene el resultado que la prueba persigue. Las diversas categorías propuestas en este apartado: percepción, representación, indicación, deducción, no tienen sentido en realidad, sino aplicadas a la prueba material, no a la prueba procesal. Pues en el proceso es indiferente que un documento represente o no su contenido: el mismo régimen se aplica, como luego veremos, a todos los objetos, según su índole, que en el proceso figuran. Que un objeto represente—documento—o indique—contraseña—podrá tener relevancia para el mundo del derecho material, pero no del derecho procesal. Lo mismo puede decirse de la percepción frente a la deducción: toda prueba procesal lleva consigo una y otra: el reconocimiento judicial, la llamada prueba directa por antonomasia, encierra en realidad tanta deducción como puede haber en las presun-

ciones. Al examinar el Juez los árboles plantados en cierto terreno, ¿no tiene que deducir todavía otra serie de hechos para llegar a una aplicación correcta del artículo 591 del Código civil?

Y los *elementos de prueba* son también diversos en el derecho material y en el derecho procesal, limitados o posiblemente limitados en aquél, ilimitados al menos en cuanto a su conveniencia teórica en éstos. Ciertamente las categorías generales en que tales elementos se agrupan son las mismas en una y otra institución: personas, cosas, actos, pero su distribución y régimen varían sensiblemente en la prueba procesal y en la prueba civil. Para la prueba civil, la declaración perjudicial en los libros del comerciante puede tener el valor de una confesión, para la prueba procesal esto tiene el valor y está sometido a las reglas que se establecen respecto a los documentos.

5.—Como fácilmente se comprende, las distintas categorías de la prueba material y la prueba procesal están sometidas a un régimen diverso también en lo que toca a la *naturaleza de las normas* por las que una y otra se rigen: mientras que las normas de la prueba material pertenecen al derecho privado, al civil o mercantil en lo que ahora nos interesa, las normas de la prueba procesal pertenecen a esta misma rama jurídica y participan de los caracteres que ésta asume. Por esta razón, las normas de la prueba material no son predominantemente de derecho absoluto, sino de derecho dispositivo, y admiten las convenciones tan excelentemente estudiadas en fecha reciente por MARINONI; no rige en ellas la *lex fori*, sino la *lex causae*; son generalmente retroactivas; por el contrario, las normas sobre la prueba procesal, excluyen ordinariamente toda convención *inter partes*, están sujetas a la *lex fori*, y operan, como la mayoría de las normas procesales, retroactivamente.

6.—La distinción entre prueba material y prueba procesal no debe considerarse ciertamente como un *retroceso en el desarrollo doctrinal* de la institución sino como una tentativa de reducir a sus justos términos la discusión excesivamente enturbiada por concepciones demasiado civilistas o demasiado procesalistas. En otros te-

rrenos vemos que la justa reivindicación procesal de categorías absorbidas por el derecho privado no ha llevado a una negación de la materia de éste, sino a una delimitación entre uno y otro; la acción se ha configurado v. g., como un derecho público subjetivo autónomo sin negar por ello la existencia del derecho privado subjetivo. El reducir la prueba a una institución de derecho material es fruto del error que considera toda manifestación procesa como un accesorio o derivado de la norma material; el reducir la prueba a una institución procesal es asimismo fruto del error que no ve derecho más que en aquellas materias que pueden exigirse coactivamente por aplicación de la fuerza material del Estado.

7.—Veamos cuáles son las consecuencias de aplicar a la teoría de los *sujetos de la prueba* las consideraciones generales antes apuntadas. De acuerdo con lo que establece la doctrina acerca de los sujetos procesales deberemos distinguir aquí un sujeto activo, un sujeto pasivo y un destinatario de la prueba.

El *sujeto activo* es aquél, no de quien procede el acto probatorio, sino a quien ha de imputarse jurídicamente el mismo, es decir, el causante de tal actividad; así, el sujeto activo de la prueba testifical no es el testigo sino la parte que lo presenta. De acuerdo con los principios generales que rigen en materia de actividad instructoria procesal, deben considerarse normalmente como sujetos activos de la prueba a las partes. Pero decimos normalmente y no exclusivamente para evitar que se crea que el Juez no puede ser nunca sujeto activo de la prueba; esto ocurre, con ciertas limitaciones que deberían desaparecer a nuestro juicio, en todos los derechos positivos incluso en el nuestro donde las llamadas diligencias para mejor proveer ofrecen un típico ejemplo de este fenómeno. Resulta erróneo y en el fondo se trata de una pura sustitución de términos, el calificar a esta actividad, no como probatoria, sino como de investigación según SCHONKE quiere.

Pero al decir que el sujeto activo de la prueba lo constituyen normalmente las partes, no hemos agotado ni con mucho las dificultades del problema porque habrá que saber todavía a cuál de

las partes le corresponde promover en cada caso el acto de prueba. Si se preguntase simplemente: ¿cuál de las dos partes tiene derecho a probar?, la respuesta sería evidentemente sencilla: cualquiera de las partes tiene tal derecho. Pero éste es uno de los casos en que interesa más que determinar la titularidad de un derecho, las consecuencias que su no ejercicio produce, es decir, este es uno de los casos en que interesa más que el derecho en sí la carga que lleva, como todos aneja, y el estudio de esta *carga de la prueba* constituye uno de los temas más trabajados por la ciencia procesal, más difícil de exponer sucintamente y más lejano todavía de llegar a una conclusión unánime o casi unánime que resulte satisfactoria.

Quizá el planteamiento inicial que tradicionalmente se ha venido dando a este problema constituye la principal dificultad para obtener en él ideas claras. Suele preguntarse: ¿a cargo de quien corre el resultado de la prueba?, de la prueba, en general, como un bloque indiferenciado, y, como es lógico, no puede obtenerse aquí una solución exacta porque no cabe eliminar a ninguna de las partes de la consiguiente responsabilidad. Por el contrario, trazando dentro de la noción genérica de la prueba distintas divisiones en atención a su contenido, se empiezan a utilizar en este punto orientaciones más eficaces.

Se ve, en efecto, con toda claridad que el principio que quisiera atribuir a alguna de las partes, v. g., al actor, toda la carga de la prueba, como la máxima clásica «*actore non probante, reus absolvitur*» tiene que sufrir a continuación una serie de distinciones y aclaraciones tales que desvirtúan grandemente su alcance inicial. Es preciso, pues, renunciar a un principio general así formulado y estudiar el contenido de la prueba para deducir de este contenido las conclusiones que ahora nos interesa obtener.

Ahora bien, al trazar estas distinciones puede seguirse una doble vía que no vacilamos en calificar, a la primera de errónea, y a la segunda de acertada. Según el primero de estos caminos hay que distinguir en el contenido u objeto de la prueba, es decir, en

los datos procesales a probar, según su calidad, según su naturaleza absoluta o intrínseca; por el contrario, a tenor del segundo de aquellos dos caminos hay que distinguir en los datos procesales, según su posición, según su naturaleza extrínseca o relativa con respecto a las partes, naturalmente.

El estudio de las calidades objetivas de los datos aparece, en efecto, impotente para ofrecer una guía segura en materia de carga de la prueba. Ya la doctrina del derecho común había formulado una regla objetiva de este tipo al eliminar de la prueba los datos negativos: «*negativa bon sunt probanda*». Pero la regla prácticamente se revela como carente de valor: fijémonos en nuestro derecho positivo, donde, en materia de beneficio de pobreza, se exige al actor la prueba de unas circunstancias típicamente negativas. Ahora bien, lo mismo que puede decirse de este aforismo cabe sostener de todos los que se apoyan en la calidad objetiva de los datos. Cuando WACH, en el acabado artículo que sobre la carga de la prueba publicó, hace la crítica de los principios generales elaborados por la doctrina del derecho común, tiene perfecta razón: pero ya no la tiene, cuando para sustituir a las máximas rechazadas, propone otra, a su vez, fundada en la calidad objetiva de los datos, esto es, la máxima que distingue entre circunstancias constitutivas, impeditivas y extintivas. Porque ¿cómo determinar en muchos casos dudosos si una circunstancia pertenece a una y otra categoría si no es entregándose a una peligrosa y sutil interpretación literal de la norma? Por ello, el criterio de WACH, a pesar de la enorme difusión que ha tenido, debido sobre todo a haberlo recogido el propio CHIOVENDA, resulta vacilante en la práctica precisamente en aquellos casos en que más se necesitaba una segura aclaración.

De ahí que debamos darnos cuenta de la conveniencia de abandonar la orientación seguida por estos autores, es decir, el estudio de la calidad objetiva de los datos procesales para emprender el examen de la posición de estos mismos datos, es decir, de la relación en que se hallan con los sujetos procesales. Para esto debe-

mos pensar que la prueba, con toda su importancia, no es la primera, sino la segunda de las operaciones instructorias que se realizan en todo proceso: a la prueba precede siempre la alegación, esto es, la introducción en el proceso de aquellos datos de cuya existencia quiere la parte alegante convencer al Juez. Pues bien, no parece dudoso que puede afirmarse que soporta el riesgo de que el Juez no crea tales datos, la parte que los alegó. Y si se dijera que esto era simplemente trasladar la dificultad, porque aún habría que saber quien soporta la carga de la alegación, fácil sería contestar que alega o debe—en sentido de carga y no de obligación—alegar los datos, la parte que tiene interés en que formen parte del proceso, esto es, la parte a quien favorecen. La determinación de a quien favorecen realmente se cuidan ya de hacerla las propias partes mediante su recíproca actividad.

No distinta, sino sustancialmente idéntica a la apuntada, es sin duda la opinión de ROSENBERG cuando apoya toda su construcción sobre carga de la prueba en la llamada teoría de la norma favorable: cada parte prueba o ha de probar el supuesto de hecho de la norma que le favorece; como se ve, también aquí se coloca el centro de gravedad del principio en la posición del dato y no en su calidad, porque el que un dato favorezca o no a una parte es algo que depende, no de la naturaleza absoluta del mismo, sino de su relativa posición en el proceso de que se trate.

Ahora bien, cuando hablamos de norma favorable o dato favorable debemos operar con mucha cautela para no confundir aquí problemas del derecho material con problemas del derecho procesal. La ventaja o desventaja de que aquí se trata, el favor o perjuicio a que se alude, son estrictamente el hecho de ganar o perder el proceso, dicho más técnicamente, el hecho de que el Juez actúe o se niegue a actuar la pretensión procesal. Las ulteriores consecuencias favorables o desfavorables que la parte pueda todavía obtener o sufrir no interesan ya a la teoría de la prueba procesal por lo mismo que se producen fuera del mundo del proceso.

Naturalmente, es imposible negar que en último término se ha-

ce necesario acudir a una interpretación de la norma o normas de que se trate para saber cuáles son los datos que, comprendidos en su supuesto de hecho, debe alegar la parte a quien interese su aplicación. Pero siempre será más fácil construir simplemente este supuesto específico, a la manera de ROSENBERG, que no trazar en él las categorías de hechos constitutivos, impositivos o extintivos a la manera de WACH.

Si se quiere, por tanto, encerrar en una última fórmula la solución más aceptable, a mi juicio, de este grave problema de la carga de la prueba diríamos que consiste, como todas las cargas jurídicas, en el resultado perjudicial que se produce por el no ejercicio de un derecho, que dicho resultado perjudicial lo constituye aquí el que un determinado dato no pueda formar parte de la decisión judicial o, en términos más estrictamente probatorios, que el Juez no se convenza de la verdad de un determinado dato procesal, y, por lo tanto, que el perjuicio es para la parte a quien la constancia de tal dato interesa. Bastará con pensar ahora qué efectos produce en la decisión la aceptación o denegación de la existencia de un dato para que se pueda saber inmediatamente qué parte soporta la carga de la prueba. De esto se deduce sin dificultad que consideraremos errónea y mal construida la dualidad entre carga material y carga formal de la prueba: sólo la primera responde, pese a su inexacta denominación, al verdadero concepto de carga procesal de la prueba; la carga formal no es equiparable a ella como una segunda categoría afín: alude simplemente a la molestia o trabajo que supone el probar para la parte a quien esto interesa: acepción de carga tomada en un sentido amplio y vulgar como fácilmente se comprende: si a esto se añade que la idea sólo es concebible en un proceso dominado por el principio dispositivo y que el principio dispositivo es incompatible con una regulación congruente y estrictamente procesal de la actividad probatoria, no hay inconveniente en añadir que también desde un punto de vista *ex lege ferenda*, es una noción llamada a desaparecer.

Una vez aclarado el problema fundamental del sujeto activo de

la prueba, la determinación del sujeto pasivo y del destinatario de la misma no ofrece dificultades. El sujeto pasivo es la parte contraria a aquella que realiza la prueba; el destinatario es siempre el Juez: *Judici fit probatio*; otra diferencia de importancia con la prueba de derecho material en la que el sujeto pasivo es también el otro o los otros titulares de la relación jurídica en cuestión, pero el destinatario no aparece determinado personalmente sino de un modo impersonal y objetivo, puesto que la prueba se dirige tan sólo a legitimar la posición de una persona en el tráfico jurídico. En cierto modo, la fijación del sujeto pasivo y del destinatario de la prueba procesal tiene importancia por cuanto la aplicación de los principios de inmediación y publicidad, estrictamente vigentes en materia probatoria, obligan a que la prueba sea dirigida inmediatamente al destinatario y se practique en presencia del sujeto pasivo de la misma; esta es la clave para comprender el sentido de los artículos 254 y 670 de la ley de Enjuiciamiento civil.

8.—Pero la teoría general de la prueba no puede desligar en absoluto el problema de quien (o frente a quien o para quien) se prueba, del problema de qué es lo que se prueba, de qué es lo que debe ser probado, en otros términos, el problema del sujeto y el del *objeto de la prueba*. En efecto, hemos dicho ya que cada parte prueba en principio, los datos alegados por ella, pero todavía cabe preguntarse: ¿qué datos son estos? ¿existe una absoluta correlación entre el objeto o la carga de la alegación y el objeto o la carga de la prueba?

Desde luego la respuesta ha de ser negativa, como una observación aun muy superficial permite poner de relieve. Sin embargo, dejando a un lado todo lo que se refiere a la teoría de la alegación que es materia que excede con mucho de nuestro tema, podemos retener como punto de partida, que ha de recibir ulteriores e importantes depuraciones, la idea de una coincidencia inicial entre alegación y prueba, de tal modo que puede decirse que el objeto de la prueba lo constituyen, en principio, los datos que han sido objeto de alegación por los sujetos procesales. Obsérvese que de-

cidos datos, en un sentido análogo al que GENY da a su conocido término «*donnée*» y no hechos como es acaso más corriente, para incluir aquellas hipótesis, raras desde luego, pero posibles, en que un dato, no fráctico, sino normativo, puede ser incluido en el tema de la prueba. Y la coincidencia inicial propuesta entre alegación y prueba permite que los casos en que tal coincidencia no existe, es decir, aquellos casos en virtud de los cuales se afirma, con razón, que falla la correlación absoluta entre carga de la alegación y carga de la prueba, sean considerados como excepciones a una regla general.

De las grandes categorías en que se divide el material instructorio recogido en un proceso, las normas jurídicas y los hechos, es frecuente afirmar que sólo los segundos son objeto de la prueba, no los primeros. Y la afirmación es exacta siempre que la tesis se mantenga con cierta cautela sin llegar a conclusiones absolutas que sería difícil mantener luego.

Debemos notar en primer término que cuando se dice que las *normas jurídicas* no son objeto de prueba, que no forman parte del *tema probandum* en un proceso determinado, se está pensando únicamente en la carga y no en el derecho a la prueba que tiene, sin embargo también, una evidente realidad. Se piensa, en efecto, que el hecho de que una norma jurídica quede sin probar no constituye un perjuicio para la parte a quien dicha norma favorece, puesto que el Juez está obligado a conocerla. Esto es cierto, pero ¿dice algo en contra de la facultad que tiene la parte, si quiere, a convencer al Juez de la existencia y el sentido de la norma de que se trate, facultad cuyo ejercicio está lejos de carecer de todo interés puesto que, no obstante su aptitud teórica, el Juez no conoce la realidad ni el alcance de tales normas jurídicas sean las que sean?

Evidentemente, no. Y se dirá acaso que este interés queda suficientemente protegido con la simple alegación de la norma de que se trate, pero esto muchas veces no basta; hay, en realidad, dentro de todo proceso verdaderas actividades encaminadas a obtener no ya que el Juez conozca (alegación) sino que se convenza (prueba)

de la existencia o del sentido de una norma determinada. Lo que ocurre es que este escondido mecanismo probatorio de las normas de derecho reviste una estructura y se ajusta a unas reglas absolutamente diferentes de la prueba estricta o sobre hechos por lo que sin duda resulta, teórica y prácticamente, más conveniente, no fundir ambas actividades en un sistema común; así, es posible que el informe de un Abogado comprenda, en parte, una verdadera prueba de tipo pericial sobre normas jurídicas, pero querer identificar técnicamente esta prueba con la pericial ordinaria no llevaría a ningún resultado positivo y sí sólo, por el contrario, a confusiones inconvenientes.

Por otra parte, en cuanto a la prueba de las normas jurídicas, no será apenas necesario recordar que existen determinadas categorías que sí son, excepcionalmente, objeto necesario del tema probatorio, especialmente, como se sabe, la costumbre, el derecho extranjero y la prescripción autónoma. No podemos entrar ahora en el análisis y la justificación de cada una de estas excepciones y tampoco podemos hacer, en este momento, una crítica de la dirección de nuestro derecho positivo al modo de la hecha por ALCALA-ZAMORA sobre la prueba del derecho consuetudinario, proponiendo, por ejemplo, que las categorías apuntadas queden exentas de la carga de la prueba aunque no de la carga de la alegación; únicamente se citan estos casos para corroborar la tesis expuesta que coincide, desde luego, con la doctrina dominante, que en materia de normas jurídicas la exención de la carga es la regla y la necesidad de la prueba la excepción.

Precisamente el principio inverso es el que domina en materia de hechos de acuerdo con la doctrina imperante también; la necesidad de la prueba es la regla, la exención de la misma la excepción. La primera de estas prescripciones no ofrece dificultad alguna; todos aquellos datos de hecho que constituyen el supuesto (TATBESTAND) de las normas a aplicar, forman el tema de la prueba en el proceso correspondiente. Pero la determinación de los casos excepcionales no es tan fácil de cubrir en una breve fórmula; en efec-

to, la doctrina se ha limitado hasta ahora a enumerar fragmentariamente tales excepciones sin intentar no ya una explicación unitaria, lo que es probablemente imposible, sino un ensayo de sistematización. Ahora bien, los casos excepcionales pueden ser explicados todos diciendo que son aquellos hechos que, debiendo formar parte, normalmente, del tema de la prueba en un proceso determinado (por constituir elementos del supuesto de hecho de las normas, de cuya aplicación se trate), quedan excluidos de esta categoría por razones diversas que pueden ordenarse en tres grandes grupos: razones respecto al sujeto, razones referentes al objeto, y razones referentes a la actividad a que el dato se refiere.

Por razones referentes al sujeto están excluidos del *tema probandum*, no obstante su teórico encuadramiento en él, los datos prácticos que ambas partes reconocen unánimemente; esto es, los datos alegados por una parte y admitidos por la otra. La figura jurídico procesal de la *admisión* se enlaza así con la teoría de la instrucción procesal y su discutida y difícil distinción respecto a la confesión judicial no es sino un reflejo de la distinción o división que existe entre las dos grandes actividades de tipo instructorio que se dan en el proceso: la alegación y la prueba; la admisión, en efecto, es una alegación de determinado contenido, la confesión es, como luego veremos, un medio de prueba determinado. Cuando GOMEZ ORBANEJA en su inteligente tesis doctoral sobre la confesión judicial anticipada crítica el mecanismo del artículo 549 de nuestra Ley de Enjuiciamiento olvida, sin embargo, el emplazamiento sistemático fundamental del problema; es cierto que el artículo 549 habla erróneamente de confesión en vez de admisión, pero el error no está en haber omitido en este caso las formas, arcaicas, de nuestro régimen confesorio en general sino en confundir una operación de la técnica probatoria con otra de una fase procesal anterior; más allá de esta equivocación no hay, a nuestro juicio, confusión sustancial alguna en el precepto citado.

Por razones referentes al objeto quedan igualmente fuera del tema de la prueba determinados datos de hecho que, si tuvieran

que ser justificados por la parte, obligarían a ésta a un esfuerzo desproporcionado y en muchas ocasiones acaso absolutamente ineficaz; de este modo, determinadas circunstancias, en atención a su naturaleza objetiva, y en esto se halla la esencia de la presente excepción, son dispensadas por la ley de formar parte del tema, siendo sustituidas o no por otras circunstancias conexas a la primera y de prueba más sencilla. Así como la excepción subjetiva recibe el nombre específico de admisión, así la excepción objetiva recibe también una denominación estricta técnico-jurídica; la de *presunción*, bien entendido que aquí se habla de las presunciones *juris* (no de las *hominis*, que son un verdadero medio de prueba como luego se verá). La presunción es, por lo tanto, una auténtica excepción a la regla general sobre objeto de la prueba; cuando HEDEMANN en su conocida obra sobre presunciones, divide las explicaciones a ellas referentes en teorías que afirman ser un caso excepcional de las normas sobre sujeto (carga) de la prueba y teorías que defienden ser un caso especial de las normas sobre apreciación de la prueba, da un cuadro completo de las doctrinas formuladas hasta la fecha, pero no agota todas las posibilidades en la materia; omite precisamente el enlace de la teoría de la presunción con la teoría del objeto de la prueba que es precisamente, a mi juicio, la clave más exacta para comprender aquella figura: ¿qué duda cabe, en efecto, de que cuando el Código civil dice en su artículo 108 que se presumen legítimos los hijos nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución, no hace sino sustituir la prueba del dato que, en principio, debería ser probado: la concepción, por otras circunstancias exteriores apreciables: el matrimonio, la fecha del nacimiento?

Finalmente, por razones que no son ya subjetivas ni objetivas sino de la actividad que el conocimiento del dato supone constituyen una excepción a la regla general antes apuntada, aquellos hechos cuyo conocimiento es de tal intensidad que no se necesita con respecto a los mismos un acto especial de convencimiento

del Juez: nos referimos, como fácilmente puede adivinarse, a los *hechos notorios*. La notoriedad de un hecho no consiste, en efecto, ni en una calidad subjetiva ni en una calidad objetiva del dato mismo sino en un grado especial del conocimiento que ha provocado en sus distintos destinatarios: un hecho puede tener mayor importancia que otro y sin embargo, no revestir como el segundo una índole notoria. Difícil como es de explicar la esencia de la notoriedad aunque los trabajos de LANGENBECK y de CALAMANDREI, sobre todo, se hayan esforzado en aclarar este punto no es difícil sin embargo afirmar que el sentido de la conocida regla «*notoria non eget probatione*» es, precisamente, la de constituir un tipo especial de excepción a la regla según la cual han de ser probadas todas las circunstancias que constituyen el supuesto de hecho de las normas a aplicar. Y esta norma de la exención de la carga de la prueba de los hechos notorios la creemos también válida para nuestro derecho positivo a pesar del silencio que sobre ella guarda nuestro derecho positivo y a pesar de que cierto sector doctrinal, representado sobre todo por PRIETO CASTRO, se esfuerce en defender la tesis contraria.

No quedaría completa todavía esta ligerísima indicación sobre las líneas generales del objeto de la prueba si se olvidara mencionar que entre las categorías de las normas jurídicas y la de los hechos existen todavía *otros grupos de nociones* que deben ser manejados por el juzgador y cuya significación a este respecto es extraordinariamente dudosa.

En primer término encontramos aquí determinadas normas jurídicas que por razones diversas, de tiempo o de espacio, no pueden ser consideradas al nivel de las restantes fuentes de derecho que vinculan al Juzgador: nos referimos especialmente al derecho histórico o al derecho extranjero; no, naturalmente, cuando hayan de ser objeto de una aplicación directa como el derecho romano en Cataluña o el derecho de Inglaterra para decidir sobre la capacidad jurídica de un inglés, si no cuando sirven simplemente de indicación supletoria o de fuente indirecta para el Juez. En segun-

do lugar hallamos también determinados criterios normativos que no son jurídicos pero que son o pueden ser importantes o hasta decisivos en un proceso determinado: así las reglas de la experiencia o sana crítica, los llamados *standards* jurídicos, los imperativos de la equidad. En tercer término, podrían mencionarse todavía determinados elementos desprovistos de toda significación normativa, esto es, con un simple valor lógico como el derecho científico.

En todos estos casos, la necesidad de la prueba para la parte de las correspondientes indicaciones, es por lo menos, muy dudosa. Algunas de ellas, por su propia naturaleza parece que quedan sustraídas, desde luego, a una actividad de tipo probatorio, como ocurre con la equidad. De todas cabe afirmar a mi juicio que la actividad de la parte con respecto a ella puede limitarse a una mera alegación: cierto que en nuestro derecho positivo el objeto de la prueba se extiende a límites muy amplios, como desconfianza sin duda respecto a la aptitud en este punto del órgano jurisdiccional, pero no es menos cierto que tal tendencia parece debe ser *ex iure condendo*, restringida y que por ello a falta de una declaración positiva en sentido contrario conviene afirmar también en este punto una sana iniciativa judicial.

9.—Los *actos de prueba* que en un proceso se desarrollan pueden descomponerse para su análisis conceptual, como cualquier otro acto del proceso, en tres grandes dimensiones: la del lugar, la del tiempo y la de la forma en que el acto se desenvuelve. Aunque de importancia desigual cada una de estas tres dimensiones, conviene hacer una aclaración sobre todas ellas que complete en este punto la teoría general que venimos exponiendo.

Respecto al *lugar* no parece que haya inconveniente en afirmar en principio que, cuando ello es posible, el acto de prueba se practica en el mismo lugar en que se realizan ordinariamente todos los restantes actos de la prueba, es decir, en el mismo lugar (circunscripción, sede y local) del órgano jurisdiccional ante quien el proceso se desenvuelve. No es frecuente encontrar en los sistemas de derecho positivo una indicación expresa en este sentido por lo

mismo que la teoría general del lugar de los actos procesales ha sido extraordinariamente discutida por la legislación y por la doctrina, pero cabe deducir el principio sin dificultad de aquellas normas que constituyen como una exigencia normal del sistema probatorio la inmediatividad de los actos respecto del órgano jurisdiccional: así, entre otros, del art. 254 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Pero esta regla según la cual los actos de prueba han de practicarse en el mismo lugar del órgano jurisdiccional, conoce importantes excepciones que se fundan en la inconveniencia o imposibilidad muchas veces de sujetar el acto probatorio a este requisito. En tales hipótesis, naturalmente, la ley no omite la práctica del acto sino que dispensa del presupuesto del lugar, lo que da origen a consecuencias diversas según el sitio donde la prueba se realiza entonces, ya venga practicada fuera del lugar del órgano pero dentro de su circunscripción, fuera de la circunscripción del órgano pero dentro del territorio nacional o fuera, finalmente, del territorio nacional. Ninguno de estos casos ofrece, sin embargo, dificultades a la teoría: en el primer supuesto el órgano jurisdiccional se trasladará al lugar en cuestión o bien dará la comisión correspondiente al Juez del mismo, en las otras dos hipótesis entrarán en juego igualmente las normas genéricas sobre auxilio judicial interno y auxilio judicial internacional.

Por lo que toca al *tiempo* de la prueba, prescindiendo ahora del problema de los días y horas hábiles que no descubre en este punto faceta particular alguna, observamos que el criterio preclusivo seguido con carácter dominante por nuestro derecho positivo hace que en la misma mayoría de nuestros procedimientos civiles exista un período más o menos largo de tiempo destinado específicamente a la práctica de los actos probatorios correspondientes: este período de tiempo suele denominarse erróneamente «término»: término probatorio, por la confusión que de las nociones de término y plazo ha hecho el legislador. En la mayor parte de los procedimientos civiles españoles, excluyendo aquellos

que se inspiran en el principio de la concentración como los juicios verbales, existe, pues, un plazo determinado para la realización de estas actividades probatorias, unas veces dividido y otras no, en dos períodos menores de proposición y práctica respectivamente.

Ahora bien, el principio preclusivo que es uno de los caracteres más acusados de todo proceso con preocupaciones formalistas, especialmente de todo proceso escrito, pues como SEÑI ha dicho, la preclusión es el precio que paga la escritura para obtener una cierta rapidez, conoce siempre numerosas excepciones que desvirtúan su rigidez orgánica y que contribuyen a hacer más factible un sistema que sin aquellas llevaría en realidad a consecuencias intolerables. En materia de prueba tales excepciones son particularmente numerosas precisamente porque en este punto se hacen más necesarias las concesiones a las exigencias de cada caso concreto olvidando algo el rigor de las puras formas que podría dar aquí un resultado ficticio. En efecto, si observamos el sistema legal en cuanto a tiempo de prueba en el procedimiento más solemne de nuestro derecho, en el juicio de mayor cuantía, observamos que en él hay, sí, una prescripción genérica, rígida en apariencia, sobre períodos de prueba: la del art. 553 de la ley de Enjuiciamiento civil, pero que luego se encuentran abundantísimos preceptos particulares, en casi todos los medios de prueba que regula la ley, donde se desvirtúa aquella norma general.

Así, por lo que toca a la confesión, se descubre que, aparte de la posibilidad de obtener declaración jurada como una de las diligencias preliminares de que trata el art. 497, existe una notable ampliación a la regla preclusiva sobre el tiempo de la prueba desde el momento que la ley permite realizar este medio no ya hasta que se cierre el período de prueba, sino después de cerrado, hasta la citación para sentencia en primera instancia. También en materia de prueba testifical, el rigor aparente de la norma preclusiva es suavizado, en los casos más graves, por el permiso de proceder a la práctica anticipada del correspondiente interrogatorio. Y no habrá que

decir que en cuanto a las presunciones *hominis*, otro de los medios de prueba de que el Juzgado se puede valer, su propia naturaleza las exime de la necesidad de ser efectuadas en ningún período de tiempo determinado.

Pero la excepción más significativa e importante la encontramos en materia de prueba documental: aquí no es solo que la práctica de la prueba puede verificarse fuera del plazo probatorio normal, es que tiene que realizarse, forzosamente, en principio, fuera de dicho plazo: los documentos, en efecto, no se presentan una vez abierta la prueba sino mucho antes, al presentar la demanda y la contestación, por lo menos en cuanto a los documentos que deben considerarse como fundamentales; y cuando la ley admite alguna excepción a este nuevo y contradictorio principio no limita el tiempo de presentación al de prueba sino que lo extiende, como en el caso de la confesión, hasta la citación para la sentencia en primera instancia. No es este el momento de pararse a examinar los inconvenientes concretos que origina el sistema legal ni podemos detenernos aquí en analizar hasta qué punto las exigencias de la buena fé en el proceso hubieran quedado satisfechas con una mera indicación o anuncio de las pruebas de que la parte pretende hacer uso sin necesidad de una plena exhibición de las mismas *in limine litis*: para nuestro propósito basta con subrayar ahora cómo el ejemplo de la prueba documental, corroborado por los que anteriormente se expusieron, demuestra hasta qué punto hay que guardarse de caer en una aplicación rigurosa y literal del principio preclusivo en materia de prueba.

En lo que respecta a la *forma* de los actos de prueba existen también particularidades de interés que la teoría general no puede por menos de tener en cuenta. No, naturalmente, cuando la prueba consiste en una manifestación (conducta física, acto real), p. e. la lectura de un documento, puesto que entonces las reglas sobre la práctica hay que deducirlas de la vida real como en cualquier otro caso, sino en lo que toca a las declaraciones, esto es, las exte-

riorizaciones de un determinado pensamiento o voluntad.

Las reglas formales sobre declaraciones probatorias comienzan ya en lo que respecta a la producción de las mismas, esto es a aquel acto por el que dichas declaraciones se expresan. En efecto, existen dentro del derecho probatorio normas específicas encaminadas a ordenar el modo de dicha producción, esto es el lenguaje en que deben ser realizadas, no sólo en cuanto a la elección entre lenguaje oral y lenguaje escrito sino también en cuanto a la determinación de cual de los lenguajes o idiomas que históricamente existen es el que en la prueba se debe utilizar.

Lógicamente la primera de estas dos cuestiones es resuelta de manera diversa según sea el criterio que en materia de oralidad y escritura adopte el derecho de que se trate. En un ordenamiento que como el nuestro está dominado, con raras excepciones, por el principio de la escritura, no tiene nada de particular que a este tipo de lenguaje se acuda preferentemente para la producción de las declaraciones probatorias y esto no queda desvirtuado por el hecho de que alguna de ellas, por ejemplo la declaración de la parte al absolver posiciones o del testigo al contestar a un pliego de preguntas se haga de palabra porque la índole de la contestación no altera la naturaleza total del sistema encuadrado en una serie de actos rigurosamente escritos que son los que dan precisamente la pauta del acto: así, el pliego de posiciones y el interrogatorio de preguntas. Esta apariencia oral de una actividad que en el fondo nada tiene de tal fué lo que indujo a error a WYNESS MILLAR sobre la naturaleza de nuestro proceso civil, como BECEÑA hizo notar y se apresuró a reconocer el propio profesor norteamericano.

También en cuanto al idioma se encuentra aquí una aplicación de normas más generales que lo determinan, pero es interesante hacer notar que la conclusión de que entre nosotros es preceptivo el español o castellano, fácil conclusión, por otra parte, se induce precisamente de los preceptos formulados en materia probatoria; el del artículo 601 sobre la necesidad de traducir todo docu-

mento que no sea el castellano y el artículo 657 sobre la necesidad, igualmente, de examinar por medio de intérprete al testigo que no entienda o no hable el idioma español.

Pero no solo la producción de las declaraciones probatorias, también la recepción de las mismas está sujeta a delicadas reglas de forma que aquí conviene siquiera brevemente enunciar; para ello debe recordarse que la recepción de un acto es la puesta en contacto del mismo con algún elemento subjetivo, objetivo o de actividad que el legislador quiere aproximar a aquél.

Un contacto entre el acto en cuestión y determinados elementos personales o subjetivos se tiene cuando es aplicado el principio de la inmediación o de la inmediatividad subjetiva o el principio de la publicidad. En efecto, por el primero se exige que el acto se practique en presencia de un destinatario, por el segundo se exige que el acto se practique en presencia de aquellos terceros (público) que quieran asistir a él. Una y otra exigencia encuentran plena aplicación, acaso su más estricta aplicación, en materia de prueba; cuando la ley de Enjuiciamiento civil dice que los Jueces recibirán por sí las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba enuncia, si bien con una fórmula imperfecta, el requisito de la inmediatividad; cuando dice que toda diligencia de prueba se practicará en audiencia pública recoge evidentemente el presupuesto formal de la publicidad.

El contacto entre el acto procesal (el acto probatorio, por lo que ahora nos interesa) y una circunstancia o elemento objetivo se tiene en aquellos casos en que la ley permite y ordena la proximidad física entre el autor del acto y alguna cosa, mueble o inmueble; así cuando permite que el testigo consulte cuentas, libros o papeles o cuando ordena que la prueba pericial o la prueba testifical se practique en el mismo sitio en que se realizó el reconocimiento judicial. Este presupuesto formal puede denominarse, de inmediación objetiva, pero no debe confundirse con el otro principio de la inmediación objetiva con el que algunos autores, GOLDSCHMIDT entre ellos, dan a entender la necesidad de servir-

se de aquellos medios probatorios que sean más afines o estén más en relación con el tema de la prueba.

Finalmente, el contacto entre el acto de la prueba y otra distinta actividad puede dar lugar a otro requisito de forma cuando se exige por la ley que preceda, acompañe o siga a la prueba misma alguna otra actividad. En el primer caso tendríamos la existencia de un presupuesto probatorio en sentido estricto, en el segundo una aplicación del principio de la concentración, en el tercero el juego de una auténtica condición. Ninguno de estos requisitos funciona sin embargo como requisito de orden general en nuestro derecho positivo; el primero y el tercero (el presupuesto y la condición) porque, por su misma naturaleza, no pueden recibir evidentemente una aplicación general; el segundo, porque no suele tampoco ser adoptado por aquellos sistemas que, como el nuestro se guían por la escritura y por la preclusión; en efecto, la preclusión no solo opera sobre la prueba en general, sino sobre cada uno de los actos en que ésta se descompone en particular obligando o permitiendo su separación recíproca en acciones diversas que muestran una discontinuidad temporal.

10.—Con esto se han esbozado ya de modo suficiente las primeras líneas de la teoría general de la prueba para que pueda entrarse en uno de los apartados más interesantes de ésta; el de los medios en virtud de los cuales la prueba se realiza.

Entendemos por *medio de prueba* todo aquel elemento que sirve de una manera u otra para convencer al Juez de la existencia o inexistencia de un determinado dato procesal. El medio es, pues, sea cual sea la naturaleza del mismo, un instrumento, algo que se maneja para contribuir a obtener la finalidad específica de la prueba procesal. Si una persona sirve para lograrlo, dicha persona no será en tal aspecto sujeto sino medio de la prueba, si una cosa se utiliza a este propósito será asimismo medio y no objeto de la prueba. Del medio de prueba se diferencia igualmente la fuente de la prueba que puede definirse como aquella operación en virtud de la cual es utilizado el instrumento probatorio; así, en la prueba docu-

mental, el medio es el documento, la fuente, la percepción del mismo que, mediante su lectura, realiza el Juez.

De este concepto amplio de los medios de prueba se deduce la gran variedad de elementos que entran en esta categoría y que es preciso completar y ordenar si quiere conocerse más perfectamente su naturaleza. Es preciso, pues, dar una enunciación sistemática de tales medios y a tal exigencia no ha permanecido en realidad insensible ningún derecho positivo. Pero debemos afirmar apresuradamente que tal enunciación no puede o mejor dicho no debe revestir un sentido limitativo, sino simplemente indicativo; en otras palabras que los tipos de medios de prueba son meras categorías lógicas y no entidades jurídicas en el sentido de que sólo algunas vengan reconocidas por el derecho. Del concepto de la prueba procesal se desprende inequívocamente el error de aquellos sistemas que hacen de la enumeración legal de los medios de prueba un criterio de «*numerus clausus*» con respecto a las mismas. Por la misma razón debe abandonarse también la idea, que es propia del derecho material y no del derecho procesal, de la preferencia probatoria de unos medios de prueba sobre los otros; dependiendo o debiendo depender la eficacia probatoria de un instrumento del grado de convicción que logre provocar en el órgano jurisdiccional, resultaría ilógico someter este resultado absolutamente personal y subjetivo a unas normas de pretendida objetividad.

Para la debida clasificación sistemática de los medios de prueba que en un proceso cabe emplear, debe utilizarse, desde luego, un punto de partida extraordinariamente amplio, que permita acoger en el desarrollo ulterior cualquier tipo de elemento aún no previsto expresamente; esta es la única garantía, en efecto, de que la clasificación conservará su validez aunque nuevos descubrimientos técnicos se incorporen a la lista de los hoy conocidos sin hacer que vacile toda la teoría como ha ocurrido con el cine y la radio v. g. respecto de las clásicas categorías probatorias hasta hoy manejadas. Basta esto para afirmar, desde luego, que los criterios enumerativos del derecho vigente, entre nosotros, del artículo 1.215 del

Código civil y del artículo 578 de la ley de Enjuiciamiento civil adolecen de una grave insuficiencia que el intérprete tiene forzosamente que remediar.

El punto de partida lógico y no empírico que se busca puede, a mi juicio, apoyarse en la fundamental tricotomía: personas, cosas y actos, que tan relevante papel juega en el mundo del proceso y hacer de ella la clave inicial de toda la teoría de los medios de prueba.

En efecto, un instrumento probatorio esencial encuentra el Juzgador en personas o a través de personas, sean sujetos del proceso o no, es decir, sean partes o terceros. En primer término, pueden utilizarse aquí las partes mismas obteniendo de ellas declaraciones y manifestaciones de voluntad mediante su interrogatorio y mediante el análisis de su conducta: la importancia de este medio de prueba queda puesta de relieve haciendo notar la extraordinaria significación del juramento y de la confesión en cualquier sistema probatorio. En segundo lugar, son enormemente utilizables e incluso indispensables en el proceso las declaraciones y manifestaciones de los terceros, bien sea de terceros que se pusieron en contacto con los datos procesales antes que éstos adquirieran tal calidad (testigos) o después (peritos), es decir, prescindiendo o no de esta calidad en el momento de su observación. Todos estos tipos de prueba en los que el medio lo constituye una persona pueden recibir sin dificultad el nombre, hoy ya extendido en la doctrina, de *prueba personal*.

Pero además de las personas ocupan un importísimo papel dentro de la escala de los medios de prueba, las cosas, es decir, todos aquellos objetos del mundo exterior que aparecen al hombre como desligados de su propia personalidad o de la de cualquier otro sujeto. A través de cosas se obtienen procesalmente pruebas de la mayor significación, bien sea a través de cosas muebles (documentos) bien a través de cosas inmuebles (sitios que son examinados mediante un reconocimiento judicial o inspección ocular). Lo mismo que la prueba de personas se denomina prueba personal, la prue-

ba por objetos, cuya división fundamental reconozco haber formulado con un criterio un poco sorprendente, pero que más tarde trataré de justificar, puede recibir sin dificultad el nombre de *prueba real*.

Finalmente, los acaecimientos o actos (en sentido amplio) conocidos por el Juez pueden ser también utilizados como medio de prueba cuando su existencia o inexistencia sirve para convencer de la del dato procesal que se intenta probar. Este tipo de prueba que abarca, como fácilmente se comprende, todas las presunciones *hominis*, ha sido a veces llamada, sobre todo en la doctrina extranjera, prueba crítica, a veces, sobre todo en la doctrina nacional, prueba indirecta. Pero ni una ni otra terminología que se formulan frente a los nombres que deliberadamente no he querido emplear de prueba histórica y prueba directa, resulta satisfactoria: con la expresión prueba crítica parece querer colocarse la esencia de esta prueba en la actividad de deducción que realiza el Juez, con la locución prueba indirecta parece afirmarse que las otras son un medio de demostración más inmediato. Ni una ni otra conclusión resulta admisible sin embargo: deducción y rodeo dialéctico hay en todos los tipos de prueba, y muchas veces contribuye en mucho mayor medida una presunción judicial a formar el convencimiento del Juzgado que no la lectura de un documento o la declaración de un testigo.

Por ello, a falta de una denominación absolutamente clara como la de los grupos anteriores es preferible hablar aquí simplemente de *prueba por presunción*.

Este es, pues, a mi juicio, el esquema fundamental de los medios de prueba que en un proceso cabe emplear. Ahora bien, limitada la exposición a las líneas generales que quedan trazadas no se habría desvelado con absoluta nitidez el pensamiento básico que ha imperado en este sistema y que consiste en el manejo de nociones que sean idóneas respecto a la prueba procesal, eliminando aquellas que, tomadas de la prueba material, podrían enturbiar la teoría. Por ello es necesario, aún a trueque del sacrificio de tiempo, explicar cada uno de estos medios de prueba; como compensación a ello;

el hilo de la exposición nos permitirá asomarnos ahora a algunas de las cuestiones más sugestivas de las que encierra todo el derecho probatorio.

11.—Comenzando por la prueba personal que consiste en utilizar las declaraciones y manifestaciones de las partes, observamos que la primera necesidad que parece salir aquí al paso de toda tesis general es la de unificar y aclarar los diversos conceptos que la doctrina y el derecho positivo vienen manejando: interrogatorio, posiciones, juramento, confesión, etc.: probablemente un examen atento de estos términos nos revelará que cada uno de ellos alude a aspectos distintos del mismo tipo de prueba que analizamos. Si pensamos, en efecto, en el nombre de *interrogatorio de las partes*, comprobamos que éste es el caso que alude más de cerca a la esencia de la prueba, que consiste en obtener la declaración de las partes sobre ciertos datos procesales, para lograr lo cual se les pregunta o interroga: no diferente de esta acepción es la usada por nuestro derecho de *prueba de posiciones*, puesto que la posición es el modo especial de plantear una pregunta, conservada en nuestra legislación por puras razones históricas que aquí sería impropio examinar. En cuanto a la denominación de *juramento* parece a primera vista que alude a una significación formal de la prueba en cuestión: la modalidad solemne, y en nuestro derecho preferentemente religiosa, de la declaración probatoria que la parte presta. Pero si esto fuera así no se comprendería el por qué de la denominación antonomástica de juramento aplicada a la declaración de las partes porque disposiciones juradas se obtienen también en otros tipos de prueba, particularmente en la prueba de testigos. La verdad es que el concepto de juramento en este caso como el de *confesión*, aquí más apropiado, no responde a una idea del fondo o de la forma de esta prueba sino a una especial índole de sus efectos: la confesión es el resultado que el interrogatorio de la parte produce cuando se declara un hecho perjudicial a la parte misma, el juramento es el pleno resultado probatorio que el interrogatorio de la parte produce sea favorable o perjudicial su contenido y se llama

así porque la parte contraria se somete a tal resultado en virtud del juramento (decisorio en nuestro derecho, juramento sin más en los restantes) que el interrogado presta. La confusión que aquí padece nuestro ordenamiento jurídico no está, pues, en haber acercado dos instituciones dispares: confesión y juramento pues estos dos tipos son afines, sino en emplear en los mismos pasajes legales el término juramento con dos significaciones distintas: en el juramento decisorio aludiendo a un peculiar y amplio efecto de la interrogación; en el juramento indecisorio refiriéndose simplemente a la forma jurada de la declaración de la parte.

La teoría de la prueba por interrogatorio de las partes o si se quiere, a pesar de la limitación de este término, de la prueba por confesión está naturalmente dominada, como la de los restantes medios de prueba, por consideraciones estrictas de índole procesal. Su naturaleza jurídica no ha de buscarse, pues, en remisiones más o menos acertadas hechas a otras ramas del ordenamiento jurídico; no es particularmente la confesión un negocio jurídico que vincule a la voluntad de las partes la producción de un efecto jurídico determinado. Por otra parte, dentro del campo procesal no es la confesión, como ningún otro medio de prueba, un instrumento para la fijación formal de los hechos pues la prueba procesal, como antes traté de demostrar, no se propone nunca este resultado y sí solo el de obtener la convicción psicológica del Juzgador.

No desvirtúan esta tesis los preceptos aislados que en cualquier ordenamiento jurídico se pueden encontrar, y que desde luego en el nuestro se hallan, sobre regulación de los presupuestos y de los efectos de la confesión mediante fórmulas que parecen dar la razón a los sostenedores de la tesis contraria. Así, en materia de presupuestos la ley puede decir que es necesaria para confesar la capacidad que el derecho sustantivo exige para obligarse, pero esto no puede traducirse en modo alguno en que la confesión equivalga a una obligación o a un contrato: como muy bien afirma CHIOVENDA, la ley ha podido tomar perfectamente esta precaución por los resultados de hecho que la confesión produce, pero

sin desconocer por ello su auténtica y única índole de medio procesal de prueba. Y en cuanto a los resultados, la ley puede también afirmar que la confesión hace prueba plena contra su autor y el juramento a favor y en contra de su autor; esto no puede significar más que una reminiscencia histórica de prueba legal o tasada que acerca indebidamente la confesión a instrumento de fijación formal de los hechos, pero que va y ha de ir paulatinamente desapareciendo como en buena parte ha ocurrido entre nosotros por obra de la conocida jurisprudencia restrictiva del Tribunal Supremo.

Quiere ello decir, desde luego, que la confesión pierde actualmente el valor trascendental como *probatio probantissima* que durante largo tiempo ha venido asumiendo y mucho más ocurre esto con el juramento que de su primitiva función decisoria ha pasado a ocupar una meramente probatoria como ALLORIO ha demostrado hasta la saciedad trazando la historia ideal de la institución en la monografía que a la misma dedica. Y esta consideración procesal estricta influye en el planteamiento de todos los numerosos y atormentados problemas que tales figuras suscitan; incluyendo los que se refieren a las famosas notas de la indivisibilidad y de la irrevocabilidad de la confesión en las que ahora, por falta absoluta de tiempo, no podemos detenernos.

Pero no se deben cerrar las consideraciones referentes a la prueba personal que los partes proporcionan sin hacer ver que existe al lado de sus declaraciones (interrogatorio, juramento, confesión) la que consiste en manifestaciones de las mismas, es decir en la apreciación de la conducta que ellas observan durante el proceso. Al contrario de lo que suele normalmente acontecer aquí la evolución legislativa ha ido más aprisa que la doctrinal y no es difícil encontrar en ordenamientos procesales extranjeros recientes la norma que autoriza al Juez a deducir de la conducta de los litigantes conclusiones relacionadas con el fundamento de sus respectivas alegaciones, es decir, la utilización de tal conducta como un auténtico medio de prueba. La ciencia y la legislación clásicas

sólo conocían una manifestación, importante, desde luego, de este fenómeno; el silencio de las partes (o sus respuestas evasivas). Por una notoria insuficiencia de las categorías técnicas empleadas, tal supuesto venía tratado como un caso especial de la confesión, utilizando el tosco remedio de la ficción, verdadero salvavidas de las concepciones jurídicas rudimentarias; así, en efecto, el silencio (y las respuestas evasivas) se calificaban como una confesión fingida (o tácita) y esta *ficta confessio* ocupaba un papel importante en la teoría general de la prueba que ahora se analiza. Un examen más atento del problema descubre, no solo la poca fuerza de esta figura, sino también la limitación de la hipótesis contemplada; y con la construcción de la conducta (manifestaciones frente a declaraciones) de las partes como medio de prueba se abre a la teoría y a la práctica de la prueba un espléndido conjunto de horizontes nuevos.

12.—Naturalmente, las declaraciones y manifestaciones de las partes no agotan los tipos de prueba personal de que, en principio, cabe hacer uso en un juicio; el Juez puede convencerse mediante las noticias que recibe, no ya de las partes, sino de los terceros. Ahora bien, la observación de la realidad en lo que afecta a este problema, descubre que la prueba personal de (o por) terceros no la integra una sola institución como en el caso del interrogatorio (juramente, confesión), de las partes, sino dos figuras distintas: el *testimonio* y la *pericia*, cuya recíproca discriminación no es, en absoluto, fácil de hacer.

En efecto, una apreciación vulgar del problema descartaría toda cuestión inmediatamente en este punto alegando el distinto material que testigos y peritos aportan al proceso; el primero, hechos de la experiencia común; el segundo, hechos de una experiencia técnica para cuya observación y apreciación son necesarios conocimientos especiales. Pero este criterio, no obstante la coincidencia que podría descubrirse con el que maneja nuestro derecho positivo, resultaría a la larga impotente para explicar numerosos casos en que el testigo conoció (pudo conocer) gracias a la técnica espe-

cial que poseía (caso del médico que examina al herido que encuentra abandonado) y la distinción ha de desecharse como todas aquéllas, más imperfectas todavía, que se fijan en la condición pasada o presente del dato a examinar, en la fungibilidad (sustituibilidad) o no de testigos o peritos, en la circunstancia de que sea casual o no su conocimiento, en que una verse sobre hechos y otra sobre juicios, en que el resultado pertenezca a la premisa mayor o menor del silogismo judicial, etc.

La verdad es que si quiere distinguirse con relativa seguridad entre estos dos tipos de prueba hay que renunciar, a mi juicio, a todo criterio que se fije en la calidad general, desligada del proceso, del sujeto, del objeto o de la actividad que en este proceso se desarrolle. Pues lo único que diferencia realmente el testimonio de la pericia es la posición del dato que en una y otra se manejan dentro del proceso de que se trate; en el testigo la observación no es una operación procesal, sino extraprocesal (por lo menos, para el testigo mismo); por el contrario, en la pericia la observación del dato es una operación procesal, el dato tiene una índole procesal para la persona (perito) que lo aporta. Siguiendo este camino de la naturaleza procesal o extraprocesal del dato en uno y otro caso, se explican suficientemente los caracteres accesorios de una y otra prueba que a veces han inducido a error sobre su naturaleza: se explica que el perito sea la inmensa mayoría de las veces un conocedor de una técnica especial porque los datos comunes procesales pueden ser observados por el Juez personalmente, se explica que se haya calificado a veces al perito como un auxiliar del Juez, puesto que siempre recibe un encargo de éste para proceder a la práctica de la observación que ha de realizar.

Utilizando la línea general del criterio distintivo defendido no hay inconveniente en considerar al *testigo* como aquella persona que, sin ser parte, emite declaraciones sobre datos que no eran procesales (para el testigo) en el momento de su observación; la condición de que no sea parte diferencia suficientemente el testi-

monio de la prueba por interrogatorio de las partes, la condición de que el dato no sea procesal diferencia suficientemente también el testimonio de la pericia; no habría dificultad conceptual, a nuestro juicio, en fundir en una sola estas dos últimas instituciones, para lo que acaso pudiera ofrecer sugerencias interesantes el derecho angloamericano, en vez de unificar conceptualmente confesión y testimonio como más recientemente se ha propuesto.

Así planteada la figura del testigo y la naturaleza de la prueba testifical no es difícil averiguar el por qué de la menor trascendencia de este tipo de prueba en el proceso civil y en el proceso penal, puesto que la cuidada elaboración del conocimiento de los datos es mucho más frecuente en el primero que en el segundo y por ello abundan más en él las pruebas preconstituídas que las pruebas simples hasta el punto de haberse podido decir con razón que el proceso civil es el reino del documento, mientras que el procesal penal es el reino del testigo. Por este mayor empleo del testimonio en el proceso penal se han producido respecto a éste casi todas las interesantes aportaciones doctrinales en materia de crítica experimental del testimonio, de la que GORPHE ofrece un buen resumen aunque hoy ya algo anticuado, y que sería también conveniente que se trasplantara al campo del proceso civil.

A pesar de esta relativamente escasa importancia del testimonio dentro del proceso civil, nuestro derecho positivo ofrece aquí una de las aplicaciones casi únicas que en él se hace de una de las instituciones más importantes y al mismo tiempo más abandonadas por la doctrina y por la ley, dentro del derecho positivo: la *prueba secundaria* o *prueba de segundo grado*. El entrar ahora en este problema contraría en cierto modo mi propósito de dejar a un lado todo lo que se refiere a cuestiones de detalle de la prueba pero siento la tentación de hacerlo así para llamar la atención sobre un punto que generalmente no suele ser puesto de relieve por la teoría no obstante su real trascendencia práctica. Llamo prueba secundaria o prueba de segundo grado a aquella que tiene por objeto convencer al Juez de la verdad o de la falsedad de otra prueba practicada en

el mismo proceso anteriormente: el que sea una operación destinada a formar la convicción judicial explica que se la llame prueba, el que verse sobre el valor que se le haya de dar a otra prueba practicada con anterioridad, justifica que se la denomine de segundo grado o secundaria siendo la de primer grado o primaria la prueba que constituye el objeto de la segunda demostración. Así aclarado el concepto, no parece difícil su comprensión: si yo presento un documento en juicio para demostrar que mi adversario me debe cierta cantidad, produzco una prueba primaria cuyo objeto es la verdad de la deuda, si mi adversario presenta testigos para demostrar, no que la deuda no existe, sino que el documento es falso, practica una prueba secundaria cuyo objeto no es el mismo que el de la anterior sino la falsedad de mi prueba. Y esta distinción entre dos categorías de prueba distintas explica muchos criterios de la práctica que sin tal explicación resultarían ilógicos: explica, por ejemplo, cómo ha podido decir el Tribunal Supremo con razón que la prueba documental puede ser atacada y destruída mediante cualquier otra clase de prueba a pesar de la plena fuerza probatoria que a aquélla reconoce la ley.

La singularidad de nuestro derecho positivo a que antes se aludió, en materia de prueba de segundo grado (no habrá que decir que la denominación es en sí absolutamente desconocida para nuestra legislación) es la siguiente: lógicamente, la prueba de segundo grado tiene mucha mayor importancia en aquellos tipos probatorios que tienen reconocida una determinada eficacia que no en aquellos que son de libre apreciación: tiene mucha más importancia saber cómo se puede destruir un arma cuyo valor se impone a Juez y partes que no un arma cuyos efectos dependen del libre convencimiento judicial. Pues bien, en materia de documentos (prueba legal respecto a determinadas circunstancias en nuestro derecho, como se sabe) la ley guarda absoluto silencio respecto a toda posible prueba secundaria planteando graves dudas en cuanto al régimen que se debe seguir para solicitar y declarar la falsedad civil y no penal de un documento cuando esta falsedad afec-

ta no a la condición extrínseca del mismo, única hipótesis contemplada por nuestra doctrina y derecho tradicionales sino cuando se refiere a su intrínseca falta de veracidad, a la falsedad de su contenido. Por el contrario, en materia de prueba testifical, el legislador se ha preocupado del problema no obstante su menor significación y ordena, aún sin darle este nombre, una verdadera prueba secundaria o de segundo grado con respecto a la prueba testifical: esta prueba, como ya habéis adivinado, es la denominada con el nombre ciertamente impropio, de tachas de los testigos. A la luz de esta distinción, la discutida diferencia entre incapacidades y tachas parece clara: la incapacidad impide ser testigo, la tacha debilita o quiere debilitar la convicción que en el ánimo del Juez haya producido la declaración testifical: en definitiva, la incapacidad es cuestión que afecta a los presupuestos, la tacha, como todos los casos de prueba secundaria, a los efectos de la prueba testifical.

13.—Tampoco es difícil a base de las nociones manejadas cuando se propuso la distinción entre perito y testigo dar una idea, con pretensiones de exactitud, de la naturaleza de la *prueba pericial*. Perito es, en efecto, la persona que, sin ser parte, emite declaraciones sobre datos que habían adquirido ya índole procesal en el momento de su observación. El que no se trate de una parte explica la diferencia fundamental que existe entre pericia y confesión, el que los datos sean procesales explica la diferencia que existe entre el perito y el testigo.

De esto se deduce, sin dificultad, que el perito o, si se quiere, sus declaraciones, constituyen un auténtico medio de prueba perfectamente equiparable en teoría a los restantes medios que el derecho probatorio reconoce. Esta tesis se aleja, desde luego, de la concepción que últimamente parece abrirse más camino y que hace del perito, no un medio de prueba, sino un auxiliar del Juez. Pero la innovación propuesta tiene, a mi juicio, más importancia aparente que real. Ya parece, en principio, defectuosamente trazada la antítesis inicial entre medio de prueba y auxiliar del Juez;

puesto que la prueba procesal tiene como misión esencial la de la formación de la convicción judicial y esta operación contribuye a hacer posible la intervención definitiva del Juez, esto es, la justa decisión del litigio, es evidente que todos los medios de prueba son instrumentos de ayuda del Juez, todas las personas que intervienen en la prueba verdaderos auxiliares del mismo. Ahora bien, lo que quiere hacerse al calificar al perito como un auxiliar del Juez, no es una aplicación intranscendente de esta idea amplia o vulgar del auxilio, sino poner de relieve cómo las operaciones de la prueba pericial proceden de un específico encargo judicial: el perito obra para servir al Juez en una comisión que éste le confía. Pero en realidad, esta idea no es, sino la captación desde un ángulo poco importante de la idea esencial que inspira a la institución de la pericia: la idea de que ésta versa sobre datos procesales, idea de la que surge, como consecuencia que la puesta en contacto del dato y el perito se hace mediante un acto procesal y a través de la intervención judicial. Ahora bien, si esto bastase para negar al perito verdadero carácter de prueba, *a fortiori* habría de hacerse lo mismo con otros tipos en que el sujeto que procede a la práctica de la operación probatoria tiene un carácter oficial aún más marcado; piénsese, por ejemplo, en el reconocimiento judicial o inspección ocular, donde es el propio Juez el que verifica las operaciones que han de llevarle al convencimiento de la verdad o falsedad de un dato procesal determinado. Cuando los defensores de la opinión contraria a la que aquí se mantiene, CARNELUTTI, sobre todo, entre ellos, hace ver la diferencia que corre entre testigo y perito, diciendo que al testigo se le examina y que el perito examina él, dice algo que sólo es exacto a medias, porque lo cierto es que el perito, después de examinar él, es examinado por el Juez (no importa aquí, como es lógico, la forma en que declare) de manera análoga a la del testigo; la diferencia en este aspecto está más bien en que mientras que la observación que hace el testigo no constituye un acto procesal, la observación que hace el perito sí lo es. Más esto lo que justifica, precisamente es la distinción esencial

entre uno y otro que ya ha sido apuntada; que el testimonio recae sobre datos que no eran procesales en el momento de su observación, al paso que la pericia recae sobre datos procesales y que se examinan, precisamente en función de esta índole procesal.

De aquí se deduce que la nueva figura del consultor o asesor técnico que algunos ordenamientos jurídicos recientes recogen, tiene bastante poco nuevo que decirnos sobre su esencia procesal. El hecho de que una rama de nuestro derecho procesal, la del trabajo, aluda expresamente a tal figura explica no obstante la floración de estudios a que puede dar lugar: ya contamos en este punto con un ensayo de MARTÍNEZ BERNAL y es presumible que no tardarán mucho en seguirle diversos trabajos sobre el mismo tema. Pero la realidad es que entre asesor o consultor técnico y perito no hay diferencia ninguna de función: podrá haberla de estructura si la asesoría es organizada de modo que se conciba como una reunión de auxiliares directos y específicos del Juez pero esto no variará en nada el planteamiento del problema. Para convencerse de ello basta recordar como antes de la aparición de estos flamantes asesores técnicos, en determinadas ocasiones se había dado a ciertos tipos de pericia una organización análoga: recuérdese el Cuerpo de Médicos forenses o de Arquitectos forenses donde la dedicación organizada y permanente a una función auxiliar de la Justicia no había impedido nunca que las operaciones practicadas por unos y otros se consideraran siempre como integrantes de una verdadera prueba pericial.

Esto no quiere decir naturalmente que las normas clásicas sobre pericia no puedan ser innovadas y mejoradas; antes, al contrario: hay en toda esta materia, dentro de nuestra ley de Enjuiciamiento civil, sensibles defectos, en los que la necesidad de un urgente remedio no puede ser desconocida. Sin embargo, esto no ha de equivaler nunca al desplazamiento total de una figura cuya calificación tradicional como medio de prueba no ha encontrado todavía razones en contrario suficientes a cambiar en este punto el criterio sistemático de un modo radical.

14.—Puesto que la dualidad partes y terceros, dentro del proceso y una vez excluido el órgano judicial, no reconoce ningún *tertium genus* que dé lugar al nacimiento de nuevas categorías, los tipos de la confesión, por un lado, y del testimonio y la pericia, por otro, agotan la división de la prueba personal, primero de los términos de clasificación que antes se propuso de los medios probatorios. Pudiera objetarse contra aquella exclusión del Juez que, donde quiera que se admita la introducción en el proceso de la ciencia privada del mismo, habrá que hacer frente a una nueva manifestación de prueba personal que no encaja en ninguna de las expuestas anteriormente. La conclusión sería, no obstante, errónea: la admisión de la ciencia privada del Juez, que nosotros, desde luego defendemos, es un problema que afecta a la iniciativa, no a los medios de la prueba. Recuérdese, en nuestro derecho, el expresivo ejemplo de las diligencias para mejor proveer; en ellas se autoriza al Juez a ordenar de oficio distintos medios probatorios, pero él no se convierte nunca en tal medio de prueba. Y en cuanto a la máxima «*ubi veritas aliter apparire non possit, iudex removetur ad officium iudicandi propter necessitatem officii testimoniandi*», es muy dudoso que se refiera a una simultaneidad entre la función del Juez y la testifical y no a una cesación en la función de Juez para asumir el papel de testigo.

15.—Agotados, pues, los medios probatorios que pueden considerarse como manifestaciones de la prueba personal, debe pasarse a examinar ahora aquéllos que, por referirse a un objeto como instrumento probatorio, se denominan supuestos de *prueba real*. En principio están incluidos aquí todos los objetos o cosas imaginables con una función probatoria; un problema ciertamente grave plantea a este respecto el cuerpo humano que no puede considerarse en absoluto como cosa ni como persona; en la duda, preferible es inclinarse a concederle un trato procesal especial, cuyas líneas generales, sin embargo, no podemos, a pesar de su gran interés, detenernos a trazar.

Ahora bien, con el estudio de la prueba real entramos en una

zona del derecho probatorio donde el procedimiento tiene que operar con el máximo cuidado porque de antiguo se ha producido aquí una infiltración de nociones de la prueba material que es preciso eliminar con la mayor cautela. En efecto, si preguntamos a lo que puede considerarse doctrina dominante por el panorama que presenta en materia de prueba real, observaremos que nos ofrece el campo cubierto casi en su totalidad por una institución de la máxima importancia, desde luego, cuya ciencia es preciso descubrir: el *documento*.

El documento, según esta misma doctrina, se ha desnivelado ya de otra noción en la que estuvo largo tiempo unido; la de la escritura; el documento no es ya solo un objeto escrito y esta conclusión era inevitable desde el momento en que la fotografía y el gramófono han venido a ocupar parte de las posiciones que antes ocupaba solamente la escritura. Pero en cambio el documento ha venido a sufrir doctrinalmente otra importante limitación; la de su pretendido carácter representativo. Se dice, en efecto, que documento es el objeto que representa (esto es, reproduce o refleja) su contenido; el objeto que no representa ni refleja su contenido, pero que lo indica sería llamado contraseña y fuera de estos dos tipos, sobre todo del primero, puesto que el segundo es en realidad una creación reciente, en la concepción que se le da, de la técnica italiana (recuérdese, sobre todo, la aportación en este sentido de INVREA), no habría manifestaciones importantes de la prueba real.

Pero si pensamos, puesta la mente en los problemas singulares del proceso, veremos que toda esta constitución de la función representativa del documento no es sino una teoría del derecho material que para el proceso no juega ni puede jugar ningún papel. Pero el que un objeto represente su contenido o lo indique o no haga ninguna de estas dos cosas solo puede afectar al mundo de las relaciones jurídicas materiales, no al mundo de lo procesal. La contraseña no recibe ni es susceptible de recibir un trato procesal distinto al del documento representativo: es cierto que en la decisión judicial podrá convencer acaso más el segundo que la primera

pero esto no es ni puede ser un efecto jurídico sino un efecto psicológico que el derecho somete a valoración legal sólo por un defectuoso conocimiento de su verdadera función en este punto. El proceso tiene que ocuparse de cómo han de ser tratados dentro de él los objetos que las partes aducen como prueba y la verdad es que aquí casi ninguno o ningún derecho procesal positivo se fija en el carácter representativo o indicador, o ninguna de las dos cosas, de tales objetos. Naturalmente, esto no quiere decir que la nota de la representación o de la indicación carezca de importancia y de sentido: la tiene, por el contrario y grande, para el derecho material, lo que se demuestra sin dificultad pensando en la distinción que la teoría de la representación propone de los documentos (objetos representativos) en documentos dispositivos y documentos testimoniales: evidentemente la disposición es un negocio jurídico extraprocesal, que no afecta al desarrollo del proceso y en cuanto al documento testimonial ha de referirse desde luego a una categoría extraprocesal también porque, desde el punto de vista del proceso, un documento testimonial es una *contradictio in terminis*: el documento es un tipo de prueba real, el testimonio un tipo de prueba personal: las reglas que se aplican a uno y otro difieren extraordinariamente y no son susceptibles de una identificación o unificación.

Si, por lo tanto, el carácter representativo es inidóneo para calificar decisivamente la esencia del documento en su aspecto procesal, es decir, el concepto procesal del documento ¿qué otras notas debemos recoger para construir satisfactoriamente su definición? Dicho en términos semejantes aunque distintos ¿qué es lo que el derecho procesal entiende o debe entender por prueba documental? La respuesta solo puede hallarse investigando los objetos o grupos de objetos a que las normas de la prueba documental son susceptibles de aplicarse. Y haciéndolo así observamos, no sin cierta sorpresa, que los preceptos sobre la prueba documental son aplicables a toda clase de objetos que tengan, real o pretendidamente, una función probatoria, con una sola limitación: la de que estos ob-

jetos sean por su índole, susceptibles de ser llevados ante la presencia judicial. Supongamos, en efecto, que las partes discuten sobre la falsedad, civil naturalmente para no desplazar el objeto de nuestras investigaciones, de una letra de cambio girada entre las mismas: la letra no representa, como es lógico, ni indica dicha falsedad: no obstante; es indudable que la parte que quiera utilizarla como prueba ha de sujetarse a las reglas sobre documentos en cuanto a proposición y examen de la prueba misma. Supongamos, en un segundo ejemplo, que para obtener la aplicación del art. 742 del Código civil utilice una parte cierto testamento cerrado en que aparecen raspadas las firmas que lo autorizan (la llamada por la doctrina revocación real que mejor pudiera calificarse de manifestación, frente a la declaración revocatoria); el empleo de dicho testamento como medio de prueba procesal habrá de hacerse asimismo dándole el trato de un documento a los efectos procesales. Lo mismo podría decirse de cualquier otro objeto que pueda ser llevado ante el Juez y que sirva como prueba: no hay para ellos más régimen de utilización que el que la prueba documental constituye.

Ahora bien, el hecho de que se defina procesalmente el documento como cualquier objeto con función probatoria que pueda ser llevado a la presencia del Juez, quiere decir que la nota distintiva de lo documental está colocada en un terreno mucho más superficial, aunque, a mi juicio, mucho más exacto de lo que se ha venido proponiendo hasta ahora: el documento será, en efecto, cualquier objeto mueble que pueda ser utilizado como prueba. No hay inconveniente en seguir afirmando que dentro de esta categoría de objetos, los escritos preconstruidos son los que tienen una mayor importancia práctica y lo mismo cabe decir de aquellos que tienen una función representativa. Pero la indudable diferencia de fondo que separa estos diversos tipos no pertenece ni se refleja en el ámbito del proceso sino que queda reducida al mundo del derecho material teniéndose en cuenta, en el proceso naturalmente, en el momento de la decisión que es cuando la valoración de las situaciones jurídicas materiales se hace indispensable. Y, dicho sea tam-

bién de paso, la construcción procesal del documento no afecta tampoco a otras distinciones clásicas que de los mismos puede proponerse: por ejemplo, la división de los mismos en públicos o privados puesto que ésta es una diferenciación que afecta a la procedencia jurídica de los efectos probatorios y es útil conservarla como aplicable a cualquiera de estos, aunque siga conservando su misma trascendencia en lo que respecta a los escritos.

16.—Pero no es dudoso que, habiendo definido la prueba documental como aquella que se realiza a través de objetos susceptibles de ser trasladados de lugar, es decir, a través de cosas muebles, queda un hueco en la teoría si no se aclara qué tipo de prueba es la que originan los objetos no susceptibles de tal traslado, es decir, las cosas inmuebles cuya genérica aptitud probatoria no puede ser negada. En efecto, podemos preguntarnos qué clase de prueba es la que acoge estos casos de utilización de bienes inmuebles. Y lo que precisamente constituye una demostración de la exactitud de la tesis antes expuesta es que encaja aquí perfectamente un medio de prueba del que hasta ahora no se había propuesto, a mi juicio, una explicación satisfactoria: me refiero al llamado *reconocimiento judicial*, o inspección ocular.

Comienza ya la esencia de este tipo de prueba por enmascararse tras una denominación de una evidente ambigüedad. Porque hablar de reconocimiento judicial o de inspección ocular en realidad no quiere decir nada: haciendo equivalentes las expresiones reconocimiento, inspección, examen, etc., y cualquiera que sea el sentido que se les dé, no es difícil convencerse de que un reconocimiento, un examen o una inspección por el Juez se practican en toda clase de pruebas, tanto al leer un documento como al interrogar un testigo: ¿en qué se diferenciaría, pues, este reconocimiento genérico del reconocimiento específico como medio de prueba aislado? La doctrina trató de superar esta dificultad creando para el reconocimiento judicial la categoría de la prueba directa y oponiéndola a la prueba indirecta que vendría integrada por la histórica (real y personal) y la crítica, es decir, por la confesión, el testimonio, la peri-

cia (en su caso), la documental y las presunciones: la diferencia entre prueba directa y prueba indirecta estaría en que en la primera el hecho a probar y el hecho que prueba se identifican mientras que en la segunda existe separación entre ambas categorías. Sin embargo, examinada atentamente esta distinción, debe evidentemente rechazarse porque emplea para la clasificación de las pruebas no, como hasta aquí, el criterio de los instrumentos (medios) sino el de las fuentes de prueba: enfrenta percepción (prueba directa) con deducción (prueba indirecta) olvidando que el problema de la clasificación de la prueba estaba hasta ahora planteado en muy distinto terreno.

Pero sobre todo, es censurable la categoría de la prueba directa aplicada al reconocimiento judicial porque no es cierto que en este tipo de prueba desarrolle el Juez una actividad mental sustancialmente diferente de la que lleva a cabo en otros medios de prueba. Supongamos que una parte quiere demostrar judicialmente su derecho de propiedad sobre una finca determinada y trata de utilizar para ello la exhibición de los hitos o mojones que confinan el terreno: naturalmente, para conseguir que el Juez examine los hitos propondrá la práctica de la prueba de reconocimiento judicial y ésta será, en efecto, la que debe llevarse a cabo: ahora bien, la exhibición de los hitos y su percepción (hecho que prueba) no se identifica naturalmente con la exhibición ni la percepción del derecho de propiedad o si quiere de los hechos que integran éste (hecho a probar): no se ve qué diferencia esencial puede haber entre el examen de los linderos y el examen de un documento en que se describe la extensión jurídica de la finca: no hay por consiguiente, en cuanto a la actitud del Juez diferencia fundamental alguna entre una y otra hipótesis. Supongamos inversamente ahora que una parte quiere demostrar judicialmente la falsedad de un documento, por ejemplo, de un recibo y exhibe éste ante el Juez con todas las huellas extrínsecas de la falsedad en el mismo: aquí el hecho a probar y el hecho que prueba son uno y el mismo:

la falsificación; sin embargo esto no será evidentemente un caso de inspección judicial sino de prueba documental.

Por consiguiente si el reconocimiento no actúa siempre como prueba directa y si hay casos de prueba indirecta fuera del mismo, resulta evidente que la explicación propuesta de aquella institución no proporciona un resultado satisfactorio. El tipo de la prueba directa o indirecta debe permanecer en el terreno que lógicamente le corresponde: el de las fuentes y no el de los medios de prueba y esto aún admitiendo la inicial y discutible diferencia entre percepción y deducción.

Así pues, no es en este ámbito donde debemos buscar la esencia de la prueba de inspección y su específica naturaleza. Después de todo lo dicho anteriormente fácilmente se comprende que no quede sino un camino posible para llegar a la meta buscada: la identificación de la prueba de inspección ocular con aquella prueba real que, a diferencia de los documentos, utiliza objetos que no son susceptibles de ser llevados a la presencia del Juez, esto es, inmuebles; será típicamente la hipótesis que como ejemplo suele aducirse siempre en esta ocasión: el examen de una finca o de un terreno.

Planteado así el problema, comprendemos por qué algunos ordenamientos positivos denominan a este tipo de prueba acceso judicial. El acceso indica precisamente la llegada o entrada en algún lugar en el que primitivamente no se estaba, lo que ocurre precisamente en los supuestos de reconocimiento judicial donde, ante la imposibilidad de que el objeto se traslade al lugar del juicio, es el órgano jurisdiccional el que debe acudir a él.

En nuestro derecho positivo encontramos una curiosa y desde luego inconsciente confirmación de la tesis que acaba de exponerse sobre la naturaleza del reconocimiento judicial: por ello y dada la novedad de la doctrina que propugnamos, nos detenemos, contra lo hecho en otras ocasiones, a hacer un breve recuerdo de sus preceptos. De los cuatro artículos que la ley de Enjuiciamiento civil dedica a esta prueba en tres de ellos se hace una inequívoca alusión a la naturaleza inmueble del objeto que se examina como prue-

ba. En el primero de tales artículos se habla, en efecto, del examen de un «sitio»: no hay que aclarar que con esta equívoca palabra se refiere la ley naturalmente a un inmueble, a algo que está y ni se mueve ni puede moverse. En el segundo de aquellos preceptos se habla más explícitamente todavía de «terreno»: también una locución que no deja lugar a dudas sobre la índole del examen que el Juez verifica. Finalmente, en la cuarta de las disposiciones citadas se emplea la expresión «lugar» que tiene innegablemente un sentido análogo al de los anteriores. Sitio, terreno y lugar aplicados a la prueba de reconocimiento judicial demuestran, sin dejar espacio a graves dudas, que la naturaleza inmueble del objeto probatorio constituye un elemento esencial de la definición de este medio de prueba.

El reconocimiento judicial es, pues, aquel medio de prueba real en que, a diferencia de los documentos, se utilizan objetos o cosas inmuebles para formar la convicción del Juez sobre un dato procesal determinado. Indudablemente esto no resuelve todos los problemas que aquí se plantean: sólo brinda una orientación inicial que puede servir para aclararlo. Comenzando por el ambiguo nombre de este tipo de prueba para el que será preciso esperar que alguien con dotes felices terminológicas proponga una denominación mejor, y siguiendo a la necesidad de fijar si las categorías jurídico materiales de bienes muebles o inmuebles son aplicables al derecho del proceso, cuestión en la que un resultado negativo no sería nada sorprendente, son muchos los puntos que en éste como en los restantes sectores del derecho probatorio están necesitando una urgente aclaración. Pero no es éste el momento de brindarla: debemos aquí limitarnos a señalar que la prueba documental y la prueba de inspección, con la diferencia recíproca que queda apuntada, agotan la importante categoría de la prueba procesal real.

17.—Cierran el cuadro de los medios probatorios, entendidos del modo que hasta ahora venimos haciendo, aquellos en que el instrumento que las partes o el Juez utilizan no es un sujeto ni un objeto sino un acaecimiento, esto es, una determinada modificación de la realidad, la cual tiene sujeto y objeto desde luego pero apare-

ce exteriormente desligada de ellos como un *quid* sustancial y autónomo que el lenguaje designa, según los casos, con el nombre de hecho o acto. Un acaecimiento puede utilizarse en efecto para inferir de su realidad, la realidad de otra circunstancia que tiene relevancia procesal, enlazando ambas mediante una operación o serie de operaciones lógicas que puede designarse unitariamente con el nombre de deducción. Ya se indicó anteriormente que debían incluirse, a mi juicio, en esta categoría de pruebas las *presunciones*: naturalmente las presunciones *hominis* o judiciales puesto que las presunciones legales o *juris* no pertenecen al problema de los medios de prueba, sino como antes he intentado demostrar, al del objeto de la prueba misma.

La presunción consistirá, pues, fundamentalmente, en la utilización con fines probatorios de un acaecimiento que es naturalmente diverso del acaecimiento que dicha presunción trata de corroborar. El hecho de que exista una conexión no inmediata entre el punto de partida de la actividad judicial y su resultado, explica que este tipo de prueba se designe, no en la doctrina extranjera sino en la nuestra, como una prueba de índole o carácter indirecto. Pero ya antes se hizo notar y esto es perfectamente aplicable al presente caso que las categorías de directo e indirecto en la materia que nos ocupa no se refieren al medio sino a la fuente de prueba: por ello, no sólo es discutible la utilidad de colocar en primer plano los conceptos de la percepción, la representación o la deducción judiciales sino que, aún aceptando su idoneidad, ha de relegarse su estudio a otro punto diferente del examen de los distintos tipos probatorios.

La importancia esencial del concepto de la presunción como medio de prueba (presunción *hominis*) no se halla, por lo tanto, en la especial naturaleza de la actividad que en ella desarrolla el Juez sino en el especial instrumento que emplea dicha actividad. Dicho en otras palabras, al calificar la presunción como una deducción a través de un acaecimiento, el centro de gravedad lo colocamos en el acaecimiento, no en la deducción. Lo que distingue a la presun-

ción de los restantes medios probatorios está en que en ella no figura, como medio, un sujeto ni un objeto sino una modificación de la realidad: hecho o acto. Naturalmente, el que este hecho o acto sea conocido mediante otras pruebas diversas, personales a reales, no modifica en este punto el planteamiento del problema. Si el acaecimiento A sirve para demostrar el acaecimiento B, nos hallamos en presencia de una verdadera presunción: nada importa que a su vez el acaecimiento A sea probado mediante confesión, testigos o documentos; recuérdese el concepto de la prueba secundaria o de segundo grado.

Ahora bien, pudiera objetarse frente a esta construcción de la presunción *hominis* si no es cierto que en numerosas ocasiones el enlace se establece no entre un acaecimiento y otro, sino entre un sujeto o un objeto y el acaecimiento que quiere ser probado. Evidentemente, así ocurre pero esto será un caso que deberá encuadrarse como es lógico entre las pruebas personales y reales ya señaladas. Tal encuadramiento nos permite llegar a conclusiones firmes en cierto modo acerca de la denominada *prueba de indicios* dentro del proceso civil.

Por prueba de indicios a este respecto, podemos entender tres cosas diferentes y según este diverso entendimiento así llegaremos a resultados distintos en cuanto a la naturaleza jurídico procesal de la misma. Puede afirmarse, en primer término, que prueba de indicio es toda aquella en la que el Juez se convence de la existencia de un dato procesal determinado a base del conocimiento de otros datos que solo tienen con él una conexión mediata, más o menos superficial. En este caso, es evidente que el problema, tal como acabamos de afirmar, no se plantea en el terreno de los medios probatorios sino en el de las fuentes de prueba: el indicio será, según los casos, un tipo de prueba personal, de prueba real, o de prueba por acaecimientos, pero siempre se tratará de prueba indirecta, en la que la distinción entre el hecho a probar y el hecho que prueba aparece fuertemente acentuada. Para evitar este desplazamiento del concepto de la prueba de indicios y para calificarla como un

(o parte de un) auténtico medio probatorio no hay más remedio que renunciar a esta indiferenciación de su instrumento y decir que el indicio ha de configurarse como un especial sujeto u objeto (cosa) o acaecimiento que, con una pretendida misión probatoria, se hacen valer: rechazada por notoriamente inadecuada la primera de estas dos soluciones, no quedaría sino la identificación del indicio con un objeto o un acaecimiento: en el primer caso, habría una coincidencia con la prueba documental o la de reconocimiento judicial; en el segundo, con la prueba de presunciones. La configuración del indicio como un especial objeto probatorio que, a diferencia del documento que representa su contenido, meramente lo señala o lo indica (este sería el sentido de la contraseña a diferencia de la pura huella o residuo), respondería al sentido etimológico del termino pero no a su significado jurídico procesal ya que, como hemos tratado de demostrar anteriormente, la representación y la indicación son normas que juegan en el campo del derecho probatorio material, no del procesal. De este modo se desconoce, en realidad, la sustantividad de la prueba de indicios y viene a quedar como un equívoco sinónimo en la mayor parte de los casos, de la prueba de presunciones y ésta, finalmente, afirma así la característica esencial del instrumento probatorio que la integra que no es un sujeto ni un objeto sino un acto: de esta idea se encuentra una feliz intuición en nuestro derecho positivo al afirmar el art. 1.253 del Código civil la existencia de un enlace entre un hecho (el hecho demostrado) y otro (el hecho que se trata de deducir).

18.—Pero la teoría general de la prueba no queda satisfecha, ni siquiera reducida como ahora hacemos a sus principios generales, sin que se cierre el cuadro de sus problemas con alguna alusión a las cuestiones que suscita la *apreciación de la prueba* misma. Esta apreciación de la prueba equivale a la indicación de los efectos que ésta ha producido, a la determinación de su eficacia, naturalmente de su eficacia inmediata o directa puesto que de otros efectos secundarios o reflejos de las operaciones probatorias no es necesario hablar aquí. La identificación propuesta entre apreciación y eficacia

(directa) de la prueba explica el lugar que este problema ocupa en la sistemática del derecho probatorio: es precisamente el último (en el plan) de tales problemas puesto que los efectos son la última (en el plan) de las categorías científicas que nosotros manejamos: diversamente, en el caso de utilizar la conocida distinción entre función y estructura porque entonces la eficacia viene a insertarse en unión de la noción del fin, en el primero de estos apartados.

La discriminación verificada al principio de estas lecciones entre el concepto de la prueba material y el concepto de la prueba procesal nos permite rehusar decididamente ya desde un principio, para la apreciación procesal de la prueba, teorías y conclusiones que sólo resultan aceptables fuera del mundo del proceso. En efecto, en la prueba material destinada a una función típicamente impersonal y objetiva, las reglas objetivas de determinación de la eficacia son, desde luego, comprensibles e, incluso, si se quiere, necesarias: se trata de legitimar a los titulares indeterminados que puedan aparecer en el tráfico jurídico y es indudablemente una garantía la de fijar de un modo general y previo, tal como las normas jurídicas pueden hacerlo, la posición de tales titulares y así se explica que la posesión del recibo asegure (extraprocesalmente) al deudor y a los terceros interesados, el hecho del pago o que la escritura notarial de transmisión de una finca legitime irrefragablemente al adquirente en el ámbito, tan extenso, de las relaciones jurídicas de derecho material. Incluso en nuestro propio derecho positivo, tan ajeno a la tesis que venimos desarrollando, se encuentran interesantes atisbos de esta concepción: así el art. 53 del Código civil dice que los matrimonios contraídos después de la vigencia del Código se probarán solo por certificación del acta del Registro civil, pero cuando se suscite contienda ante los Tribunales será admisible toda especie de prueba: aquí se ve claramente que un mismo dato, según su calidad procesal o no, es sometido a un distinto régimen probatorio, limitado en el ámbito material, ilimitado en el procesal: si no hubiera una apreciación extraprocesal de la prueba

susceptible de ser regida, en principio, por normas distintas de las procesales ¿qué sentido podría darse al precepto citado?

Por consiguiente, la apreciación procesal de la prueba, la determinación de su eficacia directa es un problema conceptualmente diverso al de la apreciación extraprocesal de la prueba misma. Ahora bien, en materia de prueba procesal y por lo que respecta a este tema, no es posible perder de vista la función esencial que a todas las operaciones de este tipo se ha asignado. Dicha función es, como se recordará, la de la producción de la convicción psicológica del Juzgador en torno a la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado. Apreciar la prueba procesal, no puede querer decir, por tanto, sino expresar el resultado psicológico de las operaciones probatorias: es la exteriorización de la convicción del Juez tal como ésta surge en él al finalizar los actos de prueba. Por ello, conviene ponerse en guardia contra el empleo de verbos que como este de «apreciar» aluden a un deliberado manejo por el Juez del material probatorio: en realidad en cuanto al fondo de la prueba (no naturalmente en cuanto al trámite, en cuanto a la ordenación de la prueba misma donde los poderes del órgano jurisdiccional deben afirmarse como en las restantes actividades de gobierno del proceso) conviene y está de acuerdo con el concepto de la prueba misma que el Juez desempeñe más bien una función pasiva: en realidad el Juez no forma o no debe formar su convicción, ésta ha de condensarse espontáneamente en él, provocada del modo más directo posible por la recepción de los diversos actos probatorios. No debe ignorarse, desde luego, que el concepto de la convicción psicológica no es tan simple que quede reducido a un puro y además absurdo complejo sentimental: de la convicción psicológica forman parte, como factores del más alto interés, razonamientos e incluso típicos actos de voluntad, debiendo entenderse, por lo tanto, que cuando aquí se niega que el resultado de la prueba consista en una mera argumentación o serie de argumentaciones de tipo lógico quiere decirse que el resultado total no pertenece al mundo de la lógica estricta aunque uno—y acaso el más importante de sus

factores—sean operaciones de esta índole. Por ello se afirma que, en cuanto a la integración de tales factores, la función del Juez es principalmente no activa: primero, cree una cosa, después resuelve activamente sobre esta creencia, no para modificarla sino para expresarla o declararla simplemente. Apreciación procesal de la prueba quiere decir o debe querer decir por ello tan solo reconocimiento de los resultados psicológicos que la prueba ha producido en el Juzgador.

Esta es sin duda una tesis que, a pesar de su claridad, está aún muy lejos de obtener una adhesión general. Cambia demasiado todo el juego de nociones que hasta ahora venía manejándose en la prueba para que se pueda ser optimista acerca de su inmediata aceptación. Sin embargo, pienso que es esta la única concepción que satisface a las exigencias de la realidad. Porque la idea de la convicción psicológica como noción opuesta al razonamiento lógico objetivo no es una expresión desarraigada de todo contacto con la vida: es algo impuesto por la propia observación empírica del proceso. La convicción psicológica del Juzgador no es algo ideado tan solo teóricamente: existe con fuerza avasalladora en la realidad. El ordenamiento jurídico podrá desconocerla, deformarla, martirizarla si se permite esta expresión, pero no podrá hacer que no exista sino a lo sumo fingir que la ignora.

En efecto, la existencia real de tal convicción psicológica viene impuesta por toda la función y la estructura de la prueba la cual no va dirigida a destinatarios indeterminados sino encaminada a una recepción absolutamente individualizada y personal. Esta recepción, concebida subjetivamente, no puede desligarse en la realidad de todos los caracteres esenciales que tal subjetividad le impone: es una operación concreta no abstracta, matizada, acompañada y determinada por el hecho insoslayable que en ella imprime la estricta calidad personal de quien la recibe. El resultado de la prueba procesal no puede ser por ello una fórmula objetiva sino una actitud individualizada: es una creencia, fenómeno que escapa a la lógica pura en su dimensión fundamental. Y por ello, una

de dos: o se sacrifica el sentido intrínseco de la prueba procesal de actos dirigidos no a todos sino a uno (el Juez) o se reconoce el carácter personal de la prueba y la irremediable calidad psicológica de su resultado. Es cierto que, cuando el órgano de la Jurisdicción no tiene carácter unipersonal sino colegiado, la individualización de los resultados probatorios se atenúa porque es preciso llegar a una expresión común que absorba las convicciones particulares, pero este mecanismo artificial de la apreciación en tal caso es una consecuencia inevitable de la colegialidad del órgano: también en otras actividades procesales no probatorias es preciso recurrir, en semejante supuesto, a artificios análogos; así cuando se trata de obtener la voluntad del órgano es preciso sustituir la real voluntad individual de los Magistrados, por una ficticia voluntad colectiva acudiendo al insustituible artificio de la votación.

La consecuencia fundamental que se deduce de la defendida esencia de la eficacia directa de la prueba es sin duda la tesis de la *inidoneidad genérica de las normas de derecho* para ordenar tal eficacia, dicho en otros términos la inconveniencia de todos los preceptos jurídicos sobre apreciación de la prueba. Pues siendo la norma jurídica esencialmente un imperativo, va dirigida exclusivamente a inclinar en cierto sentido la voluntad de un sujeto pero no es apta por naturaleza para imponerse frente a otras actitudes de la personalidad, entre ellas, las creencias. Ordenar que el Juez crea una cosa es, evidentemente, una fórmula que carece de sentido: cuando la ley hace esto quiere decir, desde luego, que el Juez prescindiendo de cual sea su creencia, ha de actuar en una cierta dirección. Esto demuestra hasta qué punto contradicen las normas sobre la apreciación de la prueba, la función de la prueba misma y hasta qué punto el fenómeno de la prueba tasada es un monstruo jurídico que debe estudiarse no en la fisiología sino en la teratología del derecho: puesto que, destinadas por esencia todas las operaciones probatorias a convencer al Juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado, en el momento de llegar a la obten-

ción del resultado de tales operaciones se prescinde de tal convicción y se sustituye por un imperativo legal.

Naturalmente, la vida tiene siempre más fuerza que todos los esquemas lógicos que la pura razón puede concebir y frecuentemente, incluso en derechos positivos que como el nuestro conservan abundantes y lamentables residuos de la prueba tasada como luego veremos, arbitra procedimientos más o menos imaginarios para soslayar las insatisfactorias consecuencias del sistema legal. Recuérdese entre tales expedientes el característico de la apreciación conjunta de la prueba, una de las construcciones jurisprudenciales que más afinadamente han devuelto al mecanismo probatorio el radical sentido psicológico que originariamente tiene. Es cierto que la apreciación conjunta de la prueba ha suscitado contra ella un potentísimo movimiento de la práctica forense que amenaza, en la próxima renovación de nuestras leyes procesales, con llegar a su extirpación, pero esto se debe a la incomprensión de la estructura propia del recurso de casación que se quiere abrir a los hechos en forma más o menos disimulada. Lo único que reprochamos nosotros al criterio de la apreciación conjunta, es su carácter clandestino, por así decirlo, su innegable heterodoxia respecto a las normas, censurables pero válidas a fuer de vigentes, de nuestro derecho positivo, en materia de apreciación de pruebas; una vez que dichas normas desaparezcan, la idea de la apreciación conjunta implícita o explícitamente será sin más reconocida.

Prueba libre en cuanto a su apreciación es, pues, la última y acaso la más importante de las exigencias que lleva consigo la concepción estrictamente procesal del instituto probatorio. Prueba libre quiere decir naturalmente prueba desligada, en cuanto a su eficacia inmediata, de toda norma jurídica: el reconocimiento de la inidoneidad del ordenamiento jurídico para determinar la convicción psicológica del Juzgador.

El sistema de la prueba libre se opone así al de la prueba tasada sin que entre ellos exista la posibilidad de una concepción intermedia o ecléctica. Frecuentemente se propone, no obstante, una so-

lución mixta de este tipo cuando se habla, al lado del criterio de la prueba tasada y del de la libre convicción judicial, del de la persuasión racional del que serían, por ejemplo, una manifestación aquellos preceptos de nuestra ley de Enjuiciamiento civil, en que se vincula la apreciación de la prueba a las reglas de la sana crítica. No es difícil, demostrar, sin embargo, que esta categoría o cualquier otra que en su lugar quiera proponerse no sirve para resolver el problema. Porque nosotros lo tenemos planteado en un ámbito estrictamente jurídico y, en este terreno no hay más que dos soluciones posibles: sumisión o desvinculación a las reglas de derecho. Si el ordenamiento jurídico dice con respecto a una prueba determinada: «apréciese conforme a las reglas de la sana crítica», esto puede llevar prácticamente a dos resultados distintos: a que la jurisprudencia, ya que no la ley, vaya formulando paulatinamente el cuerpo de normas de la experiencia aplicables con lo cual tales normas se convierten en preceptos jurídicos y hacen de la prueba, una prueba tasada, o a que la jurisprudencia considere la fórmula legal no como un mandato sino como una indicación con lo cual la prueba sigue siendo libre y la alusión a las reglas de sana crítica, teórica aunque no prácticamente estéril. Acertadamente, en nuestra opinión, éste último es el criterio seguido por nuestro Tribunal Supremo; recuérdese cómo el artículo 1.248 del Código civil sobre limitación de la prueba de testigos ha sido convertido, en virtud de una reiterada jurisprudencia, en una mera indicación, admonición o recomendación a los Tribunales perdiendo el carácter de mandato que tiene toda auténtica prescripción jurídica.

El sistema de la prueba libre es, pues, un ideal legislativo del derecho probatorio al que cada ordenamiento se acerca más o menos en la medida que su propio progreso técnico permite. Si quisiéramos indagar el estado de nuestra legislación a este respecto tendríamos que entrar forzosamente en un análisis detallado de sus preceptos que chocaría con toda la orientación que venimos dando a la materia y con el esfuerzo de reducirla a sus líneas o principios fundamentales. Pero, dejando a un lado este importante

análisis de detalle, cabe que expongamos algunas consideraciones, muy breves, desde luego, sobre cada medio de prueba que termine el conjunto de las consideraciones esenciales a este respecto.

19.—En lo que toca a la prueba personal, encontramos, como sin duda se recordará, tres tipos de prueba: el interrogatorio (juramento, confesión), de las partes, la declaración de los testigos, la prueba pericial.

Ya la *confesión* plantea en nuestro derecho alguna dificultad, más de la práctica que de la teoría, a la solución del problema de su apreciación. En principio el criterio del derecho positivo parece claro; en materia de interrogatorio de las partes, la declaración prestada bajo juramento decisorio hace prueba plena cualquiera que sea su resultado, la declaración prestada bajo juramento indecisorio sólo en aquello que perjudique al declarante, es decir, sólo en cuanto se haya producido una estricta confesión; esto quiere decir que el interrogatorio de las partes es, en ciertos casos, una prueba tasada, puesto que la expresión «prueba plena» no puede querer decir sino que su positiva eficacia directa está reconocida por el ordenamiento jurídico. Pero no obstante esta claridad de la formulación teórica, la práctica jurisprudencial ha dicho, con acierto en el fondo, aunque con una despreocupación por los textos vigentes notable en extremo, que la confesión no es en modo alguno una prueba privilegiada frente a las demás y en esta dirección que trata de dotar al interrogatorio de las partes de aquella libertad en la apreciación de que originariamente carece se orienta sin duda una inspiración más progresiva y de acuerdo con el ideal de apreciación libre de la prueba antes señalada.

20.—En cuanto a la *prueba testifical*, ésta puede considerarse ya hoy definitivamente como una de las que más han conseguido desligarse de los residuos de tasación que tradicionalmente la sofocaban; la prueba testifical es, como unánimemente se reconoce, de libre apreciación. Sin duda nuestro derecho positivo limita teóricamente esta libertad mediante la famosa referencia a las reglas de la sana crítica a que antes se aludió y acaso en el pensamiento de los

legisladores esta referencia estuvo más cerca de ser una fórmula sintética de tasación, enunciada en blanco por así decirlo, que otra cosa cualquiera. No obstante, la ulterior evolución jurisprudencial no ha seguido este criterio y de los dos caminos que ante ella se abrían: la composición de una serie de reglas críticas que se impusieran lentamente como cualesquiera otras directivas jurisprudenciales y la atenuación del valor de tales reglas hasta convertirlas en meras indicaciones desprovistas de todo sentido de vinculación, este segundo es el que decididamente se ha seguido.

22.—Algo semejante, por no decir idéntico, puede decirse de la *prueba pericial*. También aquí hay una declaración genérica de la libertad de apreciación por parte de los órganos jurisdiccionales. También se encuentra la invocación de las reglas de la sana crítica como limitación, en principio, de dicha libertad. También, finalmente, la jurisprudencia ha rehusado la atribución a dichas reglas del carácter de preceptos jurídicos verdaderos que los Tribunales tuvieran forzosamente que reconocer. Y en cuanto a aquellos casos en que el dictamen de los peritos aparece con una fuerza vinculatoria superior a la normal, por ejemplo, en materia de seguros, debería pensarse que se trata de un fenómeno de pura prueba legal material, hecha para vivir fuera del campo del proceso y no en el terreno de éste, pero la imposibilidad de trasplantar tal concepción al mundo de nuestro derecho positivo, hay que reconocer forzosamente que es éste uno de los supuestos de prueba procesal tasada que aún se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico; las numerosas dificultades a que su aplicación da lugar en la práctica constituye un nuevo argumento contra la inconveniencia del criterio seguido.

23.—En el ámbito de la *prueba real*, volvemos a encontrar algunas interesantes manifestaciones de la limitación a la apreciación libre de la prueba. En efecto, en materia de *documentos* se afirma su plena eficacia probatoria, restringida, naturalmente, lo que no siempre se tiene en cuenta, a determinados sujetos, esto es, a determinadas personas y a determinados objetos, esto es, a determinados

datos. Incidentalmente cabe decir que esta plena eficacia probatoria es la que origina la autenticidad del documento mismo; autenticidad no quiere decir, en efecto, que el autor real sea el mismo autor aparente del documento, ni que el documento dé fé de sí mismo, sino tan sólo y simplemente que su eficacia probatoria se imponga, por ministerio de la ley, al destinatario de la prueba. Los inconvenientes de la tasación de la prueba son subsanados prácticamente aquí, no sólo mediante la utilización de la apreciación conjunta de la prueba, sino mediante una sabia aplicación de la teoría de la prueba secundaria, la cual ha permitido afirmar al Tribunal Supremo que una prueba documental, aún con plena eficacia probatoria, pueda ser desvirtuada y destruída mediante cualquier otro tipo de prueba, lo cual devuelve la libertad de apreciación al órgano jurisdiccional casi por completo. Menos dificultades surgen aún en lo que toca al *reconocimiento judicial*: las dudas planteadas al comienzo de la ley sobre su pretendida eficacia plena han quedado desvanecidas ulteriormente en sentido negativo.

24.—Finalmente, en lo que toca a las *presunciones* podemos llegar también a una solución favorable a la libre apreciación. La sumisión que impone en principio el derecho positivo a las reglas del criterio humano, se ha resuelto, por la jurisprudencia, del mismo modo que la sumisión a las reglas de la sana crítica con una afirmación de la indeterminación de estas reglas que devuelve al órgano jurisdiccional su facultad absoluta de valoración de la prueba.

25.—Con esto quedan, no desarrolladas, pero sí esbozadas, las líneas esenciales de una teoría general de la prueba en el proceso civil español. La imperfección de la exposición, que espero sabréis disculparme, confío que no habrá borrado del todo el interés intrínseco de la materia en las que las preocupaciones de la teoría y de la práctica confluyen de un modo más marcado acaso que en ningún otro punto del ordenamiento jurídico procesal. Debo insistir de nuevo, al final de estas lecciones, en el escaso cultivo que los temas de la prueba han recibido entre nosotros; si las palabras que he pronunciado pueden contribuir, próxima o remotamente, a un



acrecentamiento de este cultivo será éste un inmerecido fruto de mi modesto esfuerzo y de vuestra benévola atención.

Oviedo, 1 de septiembre de 1944.