

# LA GARANTÍA DE LA PRUEBA DE LA CAUSA PETENDI: PERTINENCIA Y CARGA PROBATORIA

Antonio María Lorca Navarrete\*

Guipúzcoa, País Vasco

## ABSTRACT

The autonomy of the prove is approached in the in force procedural law  
Spanish civil

## RESUMEN

Se lleva a cabo un estudio acerca del tratamiento de la garantía de la prueba en la  
vigente ley procesal civil española

\* \* \*

Si nos situamos en la estela de la práctica judicial -lo que en realidad *se hace* en los tribunales- no nos ha de pillar desprevenidos que el titular de un derecho lesionado, cuando demanda tutela judicial efectiva mediante el ejercicio de una determinada pretensión, ha de *justificar la causa* por la que pretensiona. O sea, que su *causa de pedir [causa petendi]* ha de *quedar probada*. La *prueba* de la *causa petendi* aboca al órgano jurisdiccional, de modo inesquivable, a un pronunciamiento *explícito y efectivo* acerca de la *causa petendi* probada. Por eso y ya de entrada nada más, mantengo el abolengo de la siguiente idea: la *prueba* de la *causa petendi* es *garantía* del mentado abocamiento. Por lo que me gratifica reconocer que el *garantismo* también afecta a la *garantía* de la prueba de la *causa petendi* (2007, *El proceso “con todas,*)

Vale. Pero, al propio tiempo y de un modo un tanto sugestivo, se puede aludir a que la *res iudicata* debe comprender lo *deducido* y el *deducendo* de la *causa petendi* de conformidad con determinados *medios probatorios* establecidos por nuestro ordenamiento procesal. La consecuencia es simple: *la carga de exhaustividad del pronunciamiento que pone término a la instancia procesal supone quedar afectado, solo y exclusivamente, por la garantía de la prueba de la causa petendi*. Esa afección surge en la Constitución a través del reconocimiento de un “*derecho a la prueba*” entre los indicados en el artículo 24 de la Constitución. Y mírese por donde que nos topamos con otra conclusión *garantista*: *existe una lectura constitucional del “derecho a la prueba” de la que que-*

---

El Dr. Antonio María Lorca Navarrete es Catedrático de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de San Sebastián (España). E-mail: [alorca@sc.ehu.es](mailto:alorca@sc.ehu.es)

La referencia a la LEC lo son al Código Procesal Civil español. Asimismo, las indicaciones a la Constitución contenidas en el presente trabajo aluden a la Constitución española, como asimismo, la abreviatura CC alude al Código Civil español.

dé ya prendido y prendado en el año 2000 (2000, *Tratado de Derecho procesal civil*, pag. 527).

No es precisa vista de lince para darse cuenta que el *derecho a la prueba* se encuentra sancionado por nuestra vigente Constitución. El artículo 24.2. de la Constitución señala que “*todos* tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba *pertinentes* para su *defensa*”. Las aclaraciones son, pues, obligadas. Allá voy.

Y a lo que voy. El pronunciamiento constitucional es indubitado y afecta *sin exclusión* a “*todos*”. El “*todos*” a que alude la Constitución se *vincula* con el ejercicio de un derecho de aplicación *directa* y de no mera formulación programática. Además, y si se observa bien, el ejercicio de ese *derecho* por “*todos*” posee una doble proyección. De un lado, *formal o instrumental*, que implica el uso de los *medios de prueba* que regula nuestro ordenamiento procesal *sin exclusión*. Pero, también proyecta una vertiente *sustantiva o debida* al carácter *pertinente* de aquel uso en orden a un ámbito netamente *garantista*, como es la *realización de una actividad de defensa*.

Detengámonos en esta última hipótesis. Una oportuna precisión se ve venir. Es ésta. A través del artículo 24.2. de la Constitución, el *derecho a la prueba* ha dejado de ser conceptualmente un ámbito estructuralmente *adjetivo* de ejercicio de la función jurisdiccional y *pasa a ser ante todo una formulación de contenido y origen constitucional y garantista*. La consecuencia de tal premisa es *importante*, pues la *negación del derecho a la prueba sería inconstitucional*. Por tanto, el ejercicio de ese derecho es *garantía* del ejercicio *efectivo* de la función jurisdiccional en orden a que no se produzca indefensión.

Si se acepta este pronunciamiento, que yo presumo correcto, convendría proponer una nueva lectura -para mí inédita- de la *garantía* de la prueba de la *causa petendi*.

Señalaré, de partida, que -pienso para mí- que la *pertinencia* del medio de prueba como *garantía* para su utilización -del medio de prueba, se entiende- se halla *constitucionalizado* en el artículo 24.2. de la Constitución. Esa *constitucionalización* de la *pertinencia probatoria* se justifica como *garantía (garantismo)* para que la parte pueda plantear “*su defensa*”. Por eso, la diada *pertinencia-defensa de la parte* es determinante para comprender aquella *constitucionalización* de la *pertinencia*, por cuanto es *garantía* para la “*defensa*” de la parte.

Pero no solo eso, ya que esa *garantía* no es solo *sustantiva* o vinculada al derecho de defensa, sino también *funcional* por cuanto que es el órgano jurisdiccional *quien debe pronunciarse* sobre la *pertinencia* que sanciona la Constitución, ya que ese pronunciamiento (el del órgano jurisdiccional) es *garantía* de actuación para la parte. La puesta en práctica de esa *garantía obliga* al órgano jurisdiccional a pronunciarse *expresamente* sobre la admisión o denegación de la prueba que se ha propuesto.

Bien. Que me parezca adecuado lo indicado renglones antes se debe a alguna razón, por supuesto. Hémos aquí con ella. La *garantía sustantiva de la defensa* [de parte], así como la *garantía del órgano jurisdiccional* en su pronunciamiento hacen posible la *constitucionalización de la pertinencia probatoria*, en orden a hacer posible la *garantía a utilizar los medios de prueba pertinentes* (art. 24.2. de la Constitución). Lo que me lleva de la mano para exigir -exigencia para mí igualmente inédita- una *constitucionalización de la pertinencia probatoria*.

Y ahí va la puntilla. La *pertinencia del medio probatorio*, *sin dejar de ser uno de los elementos que configuran la decisión sobre la admisión de la prueba, ha pasado a ser una garantía de base constitucional*. Y mírese por dónde que, como tal *garantía*, solo actúa, según el artículo 24.2. de la Constitución, cuando se produce *indefensión -constitucional-*.

Y detrás de todo esto se ubica, entonces, la *pertinencia probática* que se erige así en el concepto *clave* para la puesta en práctica de la *garantía* de la prueba de la *causa petendi* en demanda de tutela judicial efectiva. La razón es preciso buscarla en que lo *pertinente* es lo *adecuado con la acreditación de la causa petendi*. Y lo *adecuado con la acreditación de la causa petendi, por ser pertinente, individualiza*, no tanto -aunque también- la carga de probar -el denominado *onus probandi-*, sino que, ante todo, cubre un cometido especial en orden a la protección del interés de la sociedad en la justicia de los fallos que se contienen en las sentencias.

O, dicho de otro modo, la *pertinencia* de los medios probatorios alude a la *relación* que esos medios probatorios guardan con lo que es objeto del debate procesal y, por tanto, expresa -se entiende la *pertinencia-* la *capacidad* de los medios probatorios utilizados para formar la *definitiva convicción* del órgano jurisdiccional.

De ahí se seguiría la importancia de que el medio probatorio que utilice la parte en la instancia procesal no sea cualquier medio probatorio, sino *solo y exclusivamente* el *pertinente* para que, de ese modo, tenga proyección *garantista* en la sentencia, lo que ha supuesto -como particular novedad- que, en la vigente LEC, *pueda el propio órgano jurisdiccional intervenir en la delimitación de la pertinencia del medio probático conjuntamente con las partes* (art. 429.1. LEC) (2006, *Estudio jurisprudencial*).

Pero, al propio tiempo, no nos pilla desprevenidos que en su acepción más clásica, la *pertinencia probatoria* se vincula con la *actividad* de la parte personada en relación con la proposición y posterior práctica de la prueba. O sea, con la *carga de la prueba*.

Vale. *Mediante la carga de la prueba la parte puede facultativamente intervenir en la pertinencia del medio probatorio con el fin de acreditar [evidenciar] los hechos que le permitan obtener una resolución judicial favorable acerca de la cuestión de fondo planteada mediante el ámbito funcional de la jurisdicción que proyecta el proceso [el proceso de la función jurisdiccional]*.

Y a estas alturas me invade otra conclusión que no se me resiste. Es la siguiente: la *carga de la prueba* ha asumido –también– con el artículo 24 de la Constitución una formulación que *escapa* a su estricta conceptualización procesal.

No tengo ningún reparo en admitir que, al igual que la *pertinencia probática*, la doctrina de la *carga de la prueba* ha superado su “estricta” conceptualización procesal para acceder al ámbito del *garantismo constitucional* (1989, *El problema*, pag. 19) por cuanto *no se puede negar la declaración jurisdiccional de un derecho cuando a la carga de probar de la parte le asista tanto la preterición de la indefensión* (art. 24.1. de la Constitución), *como el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes* (art. 24.2. de la Constitución).

A la luz de lo que llevo expuesto diré que el derecho a la carga de la prueba no es una cláusula constitucional indeterminada *pues, sin el reconocimiento de un derecho a la carga de la prueba, se vulnera el ámbito de la tutela judicial efectiva*.

Y a lo que voy. Sin el *reconocimiento constitucional* del derecho a la carga de la prueba sería imposible lograr la tutela judicial efectiva, por cuanto la *carga de probar* es *esencial* para acceder a la misma -a la prueba, se entiende-.

Sugiero, además, como andanada, que la “*carga*” de probar es *consustancial* con una actividad *rogada* de la parte en el ámbito funcional de la jurisdicción.

O sea, que *el hecho necesitado de prueba tiene que ser probado por la parte cuya prueba le interese* para que el mismo, una vez probado, pueda pasar a la sentencia que pone término al enjuiciamiento en justicia de la instancia procesal. De ese modo la parte asume una “*carga*” en el sentido más primigenio del término que se identifica con el *onus-ere latino* (= carga) para converger así en el “*onus probandi*” de la parte actora con el fin de postular una asignación “*modélica*” y *clásica* de la carga de la prueba *superadora y derogatoria* del modelo de carga probatoria contenido en el artículo 1214 CC sumamente imperfecto y desafortunado.

La realidad legislativa es, entonces, bastante menos desconcertante. El artículo 217 LEC es determinante en tal sentido. Según el artículo 217 LEC la *carga de la prueba* va a ser *esencial* para que el órgano jurisdiccional proceda a pronunciar sentencia “o resolución semejante” ya que si el órgano jurisdiccional considera *dudosos* hechos que sean relevantes para su pronunciamiento “desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, *según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones*” (art. 217.1. LEC).

De ahí se colige que la *carga de la prueba* no actúa tan solo como indicativa del hecho incierto necesitado de prueba cuanto mejor aún *concreta* las reglas decisivas *que orientan* la actividad probatoria de las partes. Veámoslo más en concreto. En la exposición de motivos de la LEC se indica, en tal sentido, que

“las normas de *carga de la prueba*, aunque solo se aplican judicialmente cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso, *constituyen reglas de decisiva orientación para actividad de las partes*”.

Trayendo el asunto al terreno que conviene explorar nos topamos con una rotundidad que acogota: si nos fijamos bien, la *carga de la prueba* no es una construcción metodológica abstracta frente al hecho incierto sino reglas que han de *concretar* la actividad de las partes en relación con la prueba. La *carga de la prueba* asume, de ese modo, una indudable *vertiente positiva concretada* en la actividad *que han de desplegar* las partes en relación con el hecho incierto necesitado de prueba *por contra de la negativa que, tan solo, permite abstraer e individualizar el hecho incierto necesitado de prueba con el único fin de determinar las consecuencias de la falta de prueba*.

De ahí que llamaré la atención sobre la siguiente cuestión: *la carga de la prueba no solo determina negativamente las consecuencias de la falta de la prueba cuanto mejor aún permite actuar en positivo mediante la concreción de la actividad que han de desplegar las partes en relación con el hecho incierto necesitado de prueba*.

A la vista de estos datos, la LEC no solo actúa *en positivo concretando* la actividad que ha de desplegar la parte en relación con el hecho incierto necesitado de prueba a través del artículo 217.1. LEC cuanto también *procede a establecer el modo en que se ha de distribuir la carga de la prueba* (art. 217.2. y 3. LEC) por lo que, finalmente, en un único precepto legal no solo se acredita la *interdependencia* que siempre ha existido entre *carga de la prueba* y su *distribución* sino que, además, *se concreta en positivo el tipo de actividad que ha de desarrollar la parte en relación con la carga de la prueba quedando superada la consustancial ineficacia operativa del derogado artículo 1214 CC*.

Y en orden a *despejar el “hecho dudoso”* se establece por la LEC [legalmente] la *carga de probar* del actor y demandado reconviniente y del demandado y reconvenido en el modo en que desea que se asuma la carga de probar [*distribución de la carga de la prueba*]. Así, pues, entenderé con la LEC que “corresponde al actor y al demandado reconviniente *la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición*” (art. 217.2. LEC); incumbiendo “al demandado y al actor reconvenido *la carga de probar los hechos que, conforme a las normas, que les sean aplicables impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos*” (art. 217.3. LEC) de los que *ordinariamente* se desprenda, según las normas jurídicas a los hechos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la contestación de la demanda y de la reconvenición.

Así pues, el *modo* en que, según la LEC, se despeja el “hecho dudoso” es *legal*. Lo establece la LEC y sus indicaciones, en tal sentido, son *siempre de aplicación salvo que una disposición legal expresa “no distribuya con criterios*

*especiales la carga de probar los hechos relevantes” (art. 217.5. LEC). Además, la LEC ha atribuido a la carga de la prueba un tratamiento metodológico integral que se manifiesta no ya tan solo en la concreción del hecho necesitado de prueba, cuanto mejor aún, permite ubicar a cada parte en su estrategia particular respecto de la posición que ha podido adoptar en relación con la carga de probar los hechos.*

En tal sentido, es determinante el artículo 433.2. LEC, relativo a las conclusiones orales en el juicio del juicio oral y que permite que, “practicadas las pruebas, las partes (...) podrán, asimismo, alegar lo que resulte de la carga de la prueba sobre los hechos que reputen dudosos”. La carga de la prueba actúa, pues, integrando el ámbito funcional de la jurisdicción a través del proceso. Y en esa integración es importante el artículo 433.2. LEC. Pero, repárese en que esa integración no es rígida en el artículo 217 LEC. Muy al contrario, es flexible. Y mírese por qué.

La LEC no se cierra a que, para la aplicación de su normativa sobre la carga de la prueba, el órgano jurisdiccional “deba(era) tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio” (art. 217.6. LEC) lo que, sin duda, abre la carga de la prueba a un ámbito de sustantividad justificado en la disponibilidad probatoria y en la facilidad probatoria de la parte. Esa apertura pretende, por lo demás, evitar la llamada “probatio diabólica”.

De cualquier modo, se decida lo que se decida al respecto, hay otro fenómeno. La disponibilidad y facilidad probatoria de la parte es determinante para postular una sustantividad de la carga probatoria inatendida en la LEC de 1881 al permitir que la carga de la prueba opere de modo diverso a las reglas probáticas que la LEC de 1881 establecía.

Y, para que así suceda, la LEC acude a dos conceptos como son, de un lado, el de disponibilidad probatoria entendida como la carga probatoria que puede ser usada o utilizada por la parte libremente; y, de otro, alude a la facilidad probatoria entendida, asimismo, como la ocasión propicia para la parte para hacer operativa la carga de la prueba. A través de la denominada disponibilidad y facilidad probatoria, a que alude el artículo 217.6. LEC, la carga de probar proyecta en la LEC una indudable sustantividad material de una actividad exclusiva de parte respecto de aquellos hechos que, necesitados de prueba, deben pasar a la sentencia “o resolución semejante” (art. 217.1. LEC).

Por eso, la disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.6. LEC) de acreditar unos hechos mediante la actividad probatoria que despliega la parte depende de la natural inclinación sustantiva de la misma que, justificada en la ley, la jurisprudencia o en pactos entre las partes, sea determinante para la modificación o exoneración de la carga de la prueba en el modo que la LEC indica.

No es de extrañar que, lejos de la formal conceptualización de la carga de la prueba adjetivizada con el atributo de orden público y, por lo tanto, de derecho ne-

cesario que *imposibilitaría* la alteración convencional de la carga probatoria, es preciso ahondar en su *sustantividad que permita, por el contrario, esa alteración convencional*.

Los *principios de disponibilidad y facilidad probatoria* sancionados y establecidos en el artículo 217.6. LEC obligan a *revisar* las tradicionales posturas doctrinales tendentes a cercenar ambos principios y, por tanto, a *no restringir* la alteración de la carga de la prueba. Es una *garantía* de la prueba de la *causa pendendi*.

Nada menos.

### **Bibliografía consultada**

A. M<sup>a</sup> Lorca Navarrete. *El problema de la Administración de justicia en España*. Publicaciones del Instituto Vasco de Derecho Procesal. Bilbao 1989. “Esta edición ha sido posible gracias a la subvención recibida por el Instituto Vasco de Derecho Procesal del Departamento de Presidencia, Justicia y Desarrollo Autónomo del Gobierno Vasco”

A. M<sup>a</sup>. Lorca Navarrete. *Tratado de Derecho procesal civil. Parte general. El nuevo proceso civil*. Ed. Dykinson 2000

A. M<sup>a</sup>. Lorca Navarrete. *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia probatoria*. Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal y Dijusa. San Sebastián 2006

A. M<sup>a</sup>. Lorca Navarrete. *El proceso “con todas las garantías”*(art. 24.2 de la Constitución), en el Diario LA LEY , año XXVIII. Número 6803. Viernes, 19 de octubre de 2007