

**REPENSANDO LOS PACTOS PROCESALES PROBATORIOS DESDE LAS
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO¹⁻²**

***RETHINKING THE PROBATORY'S PROCEDURAL COVENANTS FROM THE
CONSTITUTIONAL GUARANTEES OF THE PROCESS***

Joan Picó I Junoy

Catedrático de Derecho Procesal. Universitat Pompeu Fabra.
Barcelona, España. E-mail: joan.pico@upf.edu

RESUMEN: El trabajo analiza los pactos procesales en materia probatoria, a la luz de las garantías constitucionales del proceso, del ordenamiento jurídico español. Con este fin, enfatiza el derecho fundamental a la prueba, los pactos sobre la iniciativa de la prueba, los medios y la carga de la prueba, así como el análisis de la imposibilidad de pactos sobre la valoración.

PALABRAS-CLAVE: Pactos procesales probatorios; garantías constitucionales; derecho fundamental a la prueba.

ABSTRACT: The paper analyzes the probatory's procedural covenants, in the light of the constitutional guarantees of the process, in spanish legal system. To do this, it emphasizes the fundamental right of the proof, the covenants on the initiative of the proof, the means and the burden of proof, as well as the analysis of the impossibility of covenants on the proof's valuation.

KEY WORDS: Probatory's procedural covenants; constitutional guarantees of the process; fundamental right of the proof.

¹ Artigo recebido em 28/08/2019, sob dispensa de revisão.

² Este trabajo se enmarca en el Grupo de Investigación Reconocido y Consolidado "Evidence Law" (2017 SGR 1205) financiado por la AGAUR; y en el proyecto I+D "Hacia una nueva regulación de la pericia pericial" (DER2016-7549-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, teniendo ambos como investigador principal a Joan Picó i Junoy.

1. Introdução

En muy pocos años estamos asistiendo a un creciente fenómeno de privatización del proceso civil, que ha cristalizado, por ejemplo, en los negocios o pactos procesales. Y como buena muestra de ello, el nuevo Código Procesal Civil brasileño, aprobado por la Ley 13.105, de 16 de marzo de 2015, con carácter general, establece en su art. 190: “Versando el proceso sobre derechos disponibles, es lícito a las partes plenamente capaces pactar cambios en el procedimiento para ajustarlo a las especificidades de la causa y acordar sobre sus cargas, poderes, facultades y deberes procesales, antes o durante el proceso. Párrafo único. De oficio o a instancia de parte, el juez controlará la validez de los pactos previstos en este artículo, y negará su aplicación solamente en los casos de nulidad o inserción abusiva en contrato de adhesión o en aquel otro en el que cualquiera parte se encuentre en manifiesta situación de vulnerabilidad”³.

De esta forma, se pretende luchar contra la ineficacia del proceso y, muy especialmente, su lentitud. Se considera que la autonomía de la voluntad es el mejor instrumento para una rápida obtención de la tutela judicial requerida.

Sin embargo, creo que debemos reflexionar sobre este fenómeno en clave de garantía constitucional del justiciable y pensando en el objetivo final de lograr la mejor justicia posible en la resolución judicial de los conflictos.

En España, entre otros ordenamientos, el derecho a probar ha adquirido el rango de fundamental en su sistema constitucional, lo que, como indicaré seguidamente, tiene una repercusión directa en el tema de los pactos procesales probatorios. Ello no significa que no sean posible, pues todos aquellos que potencien o favorezcan la actividad probatoria deben ser bienvenidos. Solo deberemos repensar la validez de los que limiten dicha actividad, esto es, reduzcan la capacidad de enjuiciamiento que pueda tener el juez sobre los hechos conflictivos respecto de los cuales se requiere su tutela.

³ Al respecto, vid. BARREIROS, L. M. S.: *Convenções processuais e poder público*, edit. JusPODIVM, Salvador, 2017; CABRAL, A. P.: *Convenções processuais*. 2ª ed., edit. JusPODIVM, Salvador, 2018; CABRAL, A. P., y NOGUEIRA, P. H. (coords.): *Negócios processuais*. 3ª ed., edit. JusPODIVM, Salvador, 2017; CORDEIRO, A.C.: *Negócios jurídicos processuais no novo CPC: das consequências do seu descumprimento*, Edit. Juruá, Curitiba, 2017; GODINHO, R.: *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*, Edit. Revista do Tribunais, São Paulo, 2015; y los diversos estudios publicados en la obra *Convenções processuais*, coord. Pedro Henrique Nogueira y Renzo Cavani, edit. Racuel, Lima, 2015.

En mi modesta opinión, el conjunto de las garantías constitucionales del proceso son innegociables, por lo que no pueden ser objeto de negociación privada por las partes⁴⁻⁵. Este auge de los pactos privados se sustenta, entre otros, en la idea completamente abandonada de que el proceso civil es un negocio particular. Ciertamente, las concepciones privatistas del proceso como negocio particular o relación jurídica privada se encuentran desde hace tiempo superadas, a favor de una visión “publicista” o “social” del proceso, que lo concibe como el instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Si bien es cierto que lo discutido en el proceso civil tiene, por regla general, un carácter disponible o privado, ello no comporta que tales características puedan igualmente predicarse del proceso, pues el modo de desarrollarse el mismo no pertenece a los litigantes sino al Estado, único titular de la función jurisdiccional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de esta función. Por ello, es incorrecto el símil que alguna doctrina procesal efectúa entre un hospital público y un proceso, indicando que deben construirse antes que pensando en los médicos o los jueces, en los intereses de los enfermos o justiciables⁶. En mi opinión, este símil no es correcto porque lo importante en ambos casos no son tanto los sujetos que intervienen (los enfermos o los litigantes) sino la función asignada al hospital y al proceso. Así, en ambos casos, debe darse protagonismo tanto al médico como al juez, pues el hospital tiene por función ofrecer la mejor asistencia sanitaria al enfermo, y ello lo realiza el médico; y el proceso tiene por función obtener la resolución más justa posible de los conflictos intersubjetivos, y ello lo

⁴ Así me pronuncié en mi libro *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª edición, edit. J. Mª. Bosch editor, Barcelona, 2012, pp. 34-35. Y en la misma línea, AGUILAR DE LUQUE (*Los límites de los derechos fundamentales*, en “Revista del Centro de Estudios Constitucionales”, núm. 14, enero-abril, 1993, p. 33), al analizar los límites de los derechos fundamentales, sostiene que «por más que los derechos fundamentales puedan ser asimilados a la noción de derechos subjetivos [...] es innegable que gozan de particularidades respecto a éstos, particularidades que no pueden ser desdeñadas. No se trata tan sólo de su posición e importancia como expresión del superior orden objetivo de valores del ordenamiento, sino que su régimen jurídico cuenta con elementos particulares (así, como más conocido, su irrenunciabilidad». Y, de igual modo, vid. LÓPEZ AGUILAR, J.F.: *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 121; y ALFARO AGUILA-REAL, J.: *Autonomía privada y derechos fundamentales*, en “Anuario de Derecho Civil”, I/1993, pp. 96 y ss.

⁵ Una manifestación legal de la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales la encontramos en el art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, según el cual: «El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta Ley será nula» (la cursiva es nuestra). El derecho fundamental a la prueba, en la medida en que tiene su ámbito de aplicación dentro de un proceso judicial, no precisa ser desarrollado mediante Ley Orgánica, así como tampoco precisa de un mecanismo especial de tutela judicial mediante un procedimiento preferente y sumario (vid. PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, ob. cit., pp. 40 a 44).

⁶ Así, vid. CIPRIANI, F.: *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, en “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 2002, núm. 4, p.1244.

realiza el juez, por lo que debe tener la máxima libertad posible para cumplir su función, y ello resulta bastante incompatible con los pactos procesales privados. Dicho en otros términos, si el hospital es el lugar donde los ciudadanos acuden para curar sus enfermedades, y a nadie se le ocurriría pensar que no son los médicos los que deben indicar las pruebas a que debe someterse el paciente y el tratamiento a seguir, el proceso es el lugar donde los litigantes acuden para solucionar sus conflictos, por lo que si se quiere que éstos se resuelvan de la forma más justa posible, debe dársele al juez los medios y poderes necesarios para alcanzar tal fin, no condicionando su actividad a los pactos privados de las partes⁷.

2. El derecho constitucional a la prueba como fundamental del sistema probatorio y sus repercusiones procesales

El art. 24 de la Constitución española (CE) recoge toda una serie de garantías procesales otorgándoles el carácter de derechos fundamentales, por lo que se configuran, de este modo, en el punto de referencia de todo el ordenamiento procesal. El derecho a la prueba aparece en el apartado segundo de dicho precepto, en los términos siguientes: "Asimismo, todos tienen derecho a [...] utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa".

En consecuencia, toda regulación procesal debe tener en cuenta este reconocimiento constitucional del derecho a la prueba. Y para el estudio de este derecho, como analizamos más profundamente en otro lugar⁸, es necesario atender a la distinción efectuada por el Tribunal Constitucional (TC) español sobre el doble carácter o función, objetivo y subjetivo, de los derechos fundamentales:

a) En primer lugar, debemos destacar su vertiente objetiva, en cuanto que se conforman como garantías esenciales de nuestro conjunto normativo, como figuras que

⁷ Ya en este sentido me pronuncié en mi trabajo *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, publicado en "Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional", Universidad de Lima, 2003, nota 29, pág. 62, y en la "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", Rubinzal-Culzoni, 2004, n° 4, pág. 265 –y versión italiana *Il diritto processuale tra garantismo ed efficacia: un dibattito mal impostato*, en "Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia", T.I, Giuffrè, Milano, 2005, nota 32, pág. 225-.. Igualmente crítico con la comparación de Cipriani se muestra OTEIZA en su estudio *Autonomía de la voluntad, cooperación e igualdad en el proceso civil*, en "Derecho y Proceso. Libro en Homenaje al Profesor Francisco Ramos Méndez", edit. Atelier, Barcelona, 2018 (en prensa).

⁸ PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, edit. J.Mª. Bosch editor, Barcelona, 1996, pp.195 a 198.

resumen "un valor asumido en el sistema de una comunidad", insertándose "con fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico";

b) Y en segundo lugar, poseen una vertiente subjetiva, en la medida en que atribuyen a una persona el poder de ejercitarlos (derecho), así como de reclamar su debida protección.

En este sentido, por ejemplo, la sentencia del TC (STC) 51/1985, de 10 de abril (f.j. 9º), indica: "El apartado segundo del art. 24 de la Constitución, al enumerar los que grosso modo pueden denominarse derechos constitucionales de contenido procesal, menciona de manera concreta el derecho de todos «a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa». Como todos los derechos fundamentales establecidos entre los arts. 14 y 29, presenta éste una doble línea de proyección de su eficacia, pues es un parámetro para fijar la legitimidad constitucional de las Leyes y es un derecho (y una norma) directamente ejercitable (aplicable) por el particular".

Por ello, dada la vertiente objetiva del derecho a la prueba estamos en presencia de una norma fundamental del ordenamiento constitucional, por lo que su aplicación no es disponible por los particulares, lo que conlleva que todo pacto que suponga una limitación del derecho a la prueba deba reputarse nulo. En este sentido, la STC 19/1985, de 13 de febrero, en su f.j. 3º, ya indicó que "el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto". Y, de igual modo, la STS de 5 de noviembre de 1982 destacó la irrenunciabilidad de los medios probatorios, afirmando en su f.j. 1º que "la única referencia en sentido prohibitivo de su operancia lo es respecto a la prueba testifical, a lo que es de añadir que, por imperativo de lo ordenado en el art. 1244 de nuestro citado código, tal prueba será admisible en todos los casos en que no se halle expresamente prohibida, precepto inderogable por voluntad de los particulares y que, por ende, hace incidir el convenio que desconociéndolo estipulen en la categoría de los "contrarios a las leyes" que el art. 1255 del repetido cuerpo legal establece como valladar a la libertad de pacto".

En conclusión, entiendo que solo aquellos pactos que favorezcan la actividad probatoria pueden ser admitidos⁹. Seguidamente, pasa a analizar las hipótesis de posibles – o imposibles- pactos privados probatorios.

3. Pactos sobre iniciativa probatoria

La mayor o menor iniciativa probatoria *ex officio iudicis* es un tema que ha originado muchísima literatura y un debate doctrinal muy encontrado¹⁰. Pero, en todo caso, aquellos ordenamientos que permiten al juez dicha iniciativa, esta claro que no puede negarse por vía convencional de las partes debido al carácter imperativo de las normas procesales; como tampoco debería admitirse que en aquellos ordenamientos que impiden la iniciativa probatoria del juez se facultara a las partes para permitirle dicha iniciativa probatoria. Por todo ello, por ejemplo, en un proceso de divorcio, un acuerdo entre las partes negando al juez la posibilidad de acordar la audiencia de uno de sus hijos menores, sería nulo por disponer de una norma imperativa (los arts. 752.1.II y 770.4ª.II LEC).

Sin embargo, si podría admitirse que en aquellos ordenamientos que impiden la iniciativa probatoria del juez se facultara a las partes para permitirle dicha iniciativa probatoria, pues ello maximizaría la eficacia del derecho fundamental a la prueba.

En todo caso, parece extraño -y en cierto grado incongruente- que un ordenamiento prevea los pactos procesales probatorios y, a la vez, una amplia iniciativa probatoria, como sucede con el ya mencionado caso brasileño: el art. 190 CPC establece dichos pactos y su art. 370 la facultad del juez de ordenar prueba de oficio¹¹. ¿En qué quedarán dichos pactos si el juez puede ordenar, igualmente, aquellas pruebas que no quisieron las partes que se practicasen?

⁹ A igual conclusión llega MUÑOZ SABATÉ utilizando el símil del juez como historiador, indicando: “Ciertamente la función historicadora del proceso, ya de por sí excesivamente gravada con unos formalismos que a veces impiden llegar a la llamada verdad material, repele que se añadan nuevas reglas convencionales. Pero opino que esta repulsión sólo es legítima cuando tales cortapisas juegan en contra, es decir, cuando por medio de ellas se pretende tasar la prueba, bien sea en su estadio de admisibilidad, bien en el de su valoración [...] resulta imposible de admitir que en virtud de un pacto entre las partes, se mediatice el rol historicador del juez. Eso sería tanto como exigirle a un historiador que averiguase determinado acaecimiento histórico sirviéndose de los documentos depositados en tal archivo y prohibiéndole que lo hiciera manejando otros documentos o huellas. ¿Qué historiador se prestaría a desempeñar tan menguado papel?” (*Las cláusulas procesales en la contratación privada*, edit. Bosch, Barcelona, 1988, pp. 63-64 –de igual modo, vid. sus pp. 27-28).

¹⁰ Cfr., con carácter general, mi trabajo *El juez y la prueba*, edit. J.Mª. Bosch, Barcelona, 2007.

¹¹ En concreto, esta norma establece que “Corresponde al juez, de oficio o a instancia de parte, determinar las pruebas necesarias para el enjuiciamiento de los hechos”.

4. Pactos sobre medios de prueba

Íntimamente relacionado con el punto anterior encontramos los pactos referentes a los singulares medios de prueba: debemos preguntarnos aquí si las partes pueden establecer que, en caso de litigio sobre la relación contractual, no se podrá requerir la aportación de determinados documentos (o renunciar a cualquier otro medio de prueba). En mi visión del problema, y partiendo de la mencionada doble vertiente del derecho fundamental a la prueba, con carácter previo al litigio, su aspecto objetivo conlleva a dicho pacto deba considerarse nulo por contravenir dicha garantía constitucional –que es del todo indisponible por las partes-. Sin embargo, una vez iniciado el proceso, el aspecto subjetivo de este derecho hace que las partes sean libres de no solicitar la aportación de los citados documentos, siendo la renuncia al ejercicio procesal de dicho derecho totalmente válido (ello no excluye, como es obvio, que si se permite la iniciativa probatoria del juez civil, éste pueda ordenar la aportación de dicho documento)¹².

Más conflictivo se plantea la posibilidad de pactar aspectos de los medios de prueba de manera diferente a lo previsto en la LEC. En mi modesta opinión, debido a la configuración legal de este derecho a la prueba -reconocida en numerosas sentencias del TC¹³- si dicho pacto atenta a la Ley no será válido (por ejemplo, aquel que admita la validez de la una prueba ilícita -infringiendo los arts. 247 LEC y 11.1 LOPJ-, o la posibilidad de aportar documentos fundamentales en cualquier momento del proceso –en contra del art. LEC-, etc). Pero si no la contradice –como, por ejemplo, sería la posibilidad de interrogar en juicio a la propia parte- sería válido el pacto procesal¹⁴.

Finalmente, en este punto, me parece muy interesante el interrogante que plantea MUÑOZ SABATÉ: ¿puede pactarse en un contrato quien será perito –de parte o de

¹² En este punto, es necesario saber diferenciar con nitidez la renuncia al contenido del derecho de la renuncia al ejercicio del derecho (expuesto en el segundo epígrafe de este trabajo): lo primero será nulo -debido al aspecto objetivo del derecho fundamental a la prueba-, y lo segundo no -dado el aspecto subjetivo de este derecho-.

¹³ De entre las más recientes, vid. la STC139/2017, de 13 de noviembre (f.j. 2º); y en doctrina mis trabajos *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 13 a 38; y *Las garantías constitucionales del proceso*, ob. cit., pp. 177 a 186.

¹⁴ Respecto de la viabilidad de este medio probatorio, vid. FRANCO ARIAS, J.: *¿Es posible el interrogatorio de la propia parte?*, en “JUSTICIA”, núm. 1-2, 2011, pp. 59 a 66; TORRES PINDADO, D.: *Aspectos subjetivos en el interrogatorio de parte*, en “Aspectos prácticos de la prueba civil”, dir. X. Abel y J. Picó, J.Mª. Bosch editor, Barcelona, 2006, pp. 283 a 286; y PICÓ JUNOY, J.: *Comentario al art. 301 LEC*, en “Práctica Procesal Civil”, T.V, coord. J. Corbal, P. Izquierdo, y J. Picó, edit. Bosch, Barcelona, 2014, pp. 3876-3877.

designación judicial- en caso de originarse un litigio sobre el cumplimiento de dicho contractual? En función de lo que ya he indicado al inicio de este punto, la respuesta deberá ser negativa, por cuanto el aspecto objetivo del derecho fundamental a la prueba hace inviable cualquier límite a la libertad de elección del perito una vez surja el litigio. En consecuencia, iniciado el litigio, no habrá inconveniente alguno en que en el ejercicio (subjetivo) de este derecho fundamental las partes si puedan ponerse de acuerdo sobre qué perito deberá realizar el dictamen pericial¹⁵.

5. Pactos sobre carga de la prueba

Como es sabido, las reglas de la carga de la prueba puede configurarse de dos modos distintos: (a) como “reglas de conducta o de iniciativa” destinadas a las partes; o (b) como “reglas de juicio” dirigidas al juez. En España se ha impuesto esta segunda configuración de la carga de la prueba, por cuanto el art. 217.1 LEC establece que: “Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión [...]” y seguidamente expone las reglas de juicio que debe aplicar el juez para imputar a las partes las consecuencias negativas de no haberse probado en el proceso los citados hechos dudosos¹⁶.

En función de lo antedicho, como es obvio, las reglas de juicio que integran la carga de la prueba, al ir dirigidas al juez, se encuentran fueran del ámbito de disponibilidad de las partes¹⁷. En este sentido, por ejemplo, la STS de 8 de junio de 1988 destaca: “La doctrina de la carga de la prueba pretende identificar al litigante en quien redundarán los

¹⁵ Y, de hecho, así se prevé en el art. 339.4 LEC, destacando que “si las partes que solicitasen la designación de un perito por el tribunal estuviesen además de acuerdo en que el dictamen sea emitido por una determinada persona o entidad, así lo acordará el tribunal”.

¹⁶ De manera clara y rotunda, la reciente STS 484/2018, de 11 de septiembre, en su f.j. 5º afirma: “[...] la carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia non liquet (literalmente “no está claro”) que se establece en los arts. 11.3º LOPJ y 1.7º CC, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba. Esa es la razón por la que el precepto que la regula, el art. 217 LEC, no se encuentre entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298), sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuándo han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso”. Al respecto, me remito a las consideraciones que efectué en mi trabajo *El juez y la prueba*, ob. cit., pp. 107 a 110.

¹⁷ De igual modo, vid. ABEL LLUCH, X., *Derecho Probatorio*, edit. J.Mª. Bosch, Barcelona, 2012, p. 401.

efectos perjudiciales cuando un hecho no resulte justificado; esto es, será aplicable en el supuesto de deficiencia probatoria, pues para que el Juez pueda fallar conforme a las exigencias de los artículos 361 de la Ley Procesal Civil [de 1981] y 1.7 del Código Civil, el ordenamiento le ofrece un instrumento lógico para indicarle, en los casos de incerteza fáctica, si la sentencia ha de ser absolutoria o condenatoria; en la ciencia del derecho, este instrumento se denomina “regla de juicio” y, en el proceso civil, se encuentra en el citado artículo 1214 [del Código Civil, esto es, el vigente art. 217 LEC] (...) sin que, de otro lado, dicho mecanismo esté al alcance de la voluntad de las partes, las cuales no impedirán su utilización en las situaciones de incertidumbre, ni tienen resortes para modificar su estructura”.

En consecuencia, al encontrarnos ante reglas indisponibles por las partes, cualquier pacto que altere el contenido del art. 217 LEC será nulo. Así, por ejemplo, el que indicase que una de las partes del contrato deberá probar un determinado hecho, para que el juez pueda darlo por cierto, sería inválido por contrario al art. 217 LEC. Y aquel en el que se pactase que, en caso de litigio, el comprador deberá probar los hechos A, B y C y el demandado los hechos D, E y F también lo sería por el mismo motivo¹⁸. En cambio, las partes si pueden acordar quien se encuentra en mejor situación, y le es más fácil, acceder a determinadas pruebas (por ejemplo, porque se las queda en su posesión)¹⁹⁻²⁰. Esta es la solución a la que ha llegado Brasil, donde como he indicado, han tenido plena acogida los contratos procesales: así, el nuevo CPC establece: “Art. 373. La carga de la prueba incumbe: [...] § 3º La distribución diversa de la carga de la prueba también puede ocurrir por convención de las partes, salvo cuando: I. recaiga sobre derecho no disponible de la parte; II. haga excesivamente difícil a una parte el ejercicio del derecho. § 4 El convenio de que trata el artículo 3 puede celebrarse antes o durante el procedimiento”.

De igual modo, está fuera de la disponibilidad de las partes fijar la concreta dosis de prueba para acreditar un hecho: así, por ejemplo, el pacto que establezca que para dar por probado un hecho será suficiente con la declaración de dos testigos, o para acreditar la vigencia del derecho extranjero no serán válidas las fotocopias o informaciones logradas

¹⁸ Salvo, como es obvio, que el contenido de tales pactos coincidiese con lo previsto en el citado art.217 LEC.

¹⁹ En este sentido, por ejemplo, MUÑOZ SABATE, Ll.: *Fundamentos de Prueba Judicial*, edit. J. M^a. Bosch editor, Barcelona, 2001, pp. 190-191; idem, *Las cláusulas procesales ...*, ob. cit., p. 65.

²⁰ Aunque este pacto no vinculará al juez, por lo que podrá resolver atendiendo a lo que considere oportuno sobre cual de las dos partes le era más fácil probar un determinado hecho.

por Internet, etc, etc. Todos estos pactos probatorios, en la medida en que inciden en la actividad enjuiciadora del juez, no son válidos ya que las partes no pueden disponer sobre poderes o facultades de terceros.

Y ello nos lleva, finalmente, a los pactos sobre valoración de la prueba

6. Pactos sobre valoración de la prueba

Las normas de valoración probatoria van destinadas al juez, por lo que el margen de actuación de las partes, sobre este particular, es nula, pues no es posible disponer de algo que no se tiene²¹. Así, por ejemplo, el pacto privado de las partes que permitiera la valoración judicial de una prueba ilícita sería inválido por contravenir los arts. 247 LEC y 11.1 LOPJ. O aquel que hiciese un listado de documentos de imposible valoración judicial, o el que indicase que la declaración de determinadas personas tendrán más -o menos- valor probatorio, tampoco serían válidos por vulnerar los arts. 326 o 376 LEC, respectivamente.

7. Reflexión final

En definitiva, si bien es cierto que los contratos o negocios procesales están en auge en el derecho comparado, en las normativas más recientes que los han previsto –como la brasileña-, en materia probatoria tienen un alcance muy limitado, pues tienen por objeto permitirle al juez la máxima actividad probatoria o facilitarle su enjuiciamiento de los hechos (*ad exemplum*, respecto al *onus probandi*). Y es lógico que tengan ese alcance limitado porque, en última instancia, no debemos olvidar que la prueba es la actividad dirigida al juez para que pueda formarse su justo enjuiciamiento de los hechos litigiosos, por lo que todo lo que sea limitar dicha actividad no solo afectará a las partes, sino también a la concreta función jurisdiccional del juez.

Y acabo como empecé, con el erróneo símil entre el médico y el juez: si el médico debe ser libre para determinar los medios de diagnóstico que estime necesarios para identificar la concreta patología a tratar y valorar sus resultados, así como también debe serlo para elegir la mejor terapia –por lo que no debe estar vinculado en ningún caso por la

²¹ Con igual claridad se pronuncia MUÑOZ SABATÉ, para quien “los pactos sobre valoración de la prueba, su rechazo debe ser rotundo en la medida en que esta actividad forma parte sustancial del juicio jurisdiccional” (*Las cláusulas procesales...*, ob. cit., p. 73).

opinión o preferencia del paciente-; el juez, que tiene el deber de resolver el conflicto ante él planteado por las partes de la forma más justa posible (arts. 1 y 24.2 CE), también debería disponer de la máxima actividad probatoria posible para realizar eficazmente su función, esto es, resolverlo de la forma más justa posible. En consecuencia, el médico y el juez, que deben tratar una determinada patología o conflicto, respectivamente, para hacerlo deben tener la libertad para identificar y ordenar los medios de diagnóstico o pruebas que crean oportunas, y valorar sus resultados como estimen conveniente para determinar correctamente la mejor terapia (el médico) o aplicar la debida norma jurídica que resuelva el conflicto litigioso (el juez).

REFERENCIAS:

- ABEL LLUCH, X., *Derecho Probatorio*, edit. J.M^a. Bosch, Barcelona, 2012.
- AGUILAR DE LUQUE. *Los límites de los derechos fundamentales*, en “Revista del Centro de Estudios Constitucionales”, núm. 14, enero-abril, 1993, p. 9-34.
- ALFARO AGUILA-REAL, J.: *Autonomía privada y derechos fundamentales*, en “Anuario de Derecho Civil”, I/1993, 57-122.
- BARREIROS, L. M. S.: *Convenções processuais e poder público*, edit. JusPODIVM, Salvador, 2017.
- CABRAL, A. P. *Convenções processuais*. 2^a ed., edit. JusPODIVM, Salvador, 2018.
- _____; NOGUEIRA, P. H. (coords.): *Negócios processuais*. 3^a ed., edit. JusPODIVM, Salvador, 2017.
- CIPRIANI, F. *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, en “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 2002, núm. 4, p. 1.245-1.261.
- CORDEIRO, A.C.: *Negócios jurídicos processuais no novo CPC: das consequências do seu descumprimento*, Edit. Juruá, Curitiba, 2017.
- FRANCO ARIAS, J.: *¿Es posible el interrogatorio de la propia parte?*, en “JUSTICIA”, núm. 1-2, 2011, p. 59-66.
- GODINHO, R.: *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*, Edit. Revista do Tribunais, São Paulo, 2015.
- LÓPEZ AGUILAR, J.F.: *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

MUÑOZ SABATE, LI.: *Fundamentos de Prueba Judicial*, edit. J. M^a. Bosch editor, Barcelona, 2001.

_____. *Las cláusulas procesales en la contratación privada*, edit. Bosch, Barcelona, 1988.

NOGUEIRA, P.H.; CAVANI, R. *Convenciones procesales*, edit. Racuel, Lima, 2015.

OTEIZA, E. *Autonomía de la voluntad, cooperación e igualdad en el proceso civil*, en “Derecho y Proceso. Libro en Homenaje al Profesor Francisco Ramos Méndez”, edit. Atelier, Barcelona, 2018 (en prensa).

PICÓ JUNOY, J.: *Comentario al art. 301 LEC*, en “Práctica Procesal Civil”, T.V, coord. J. Corbal, P. Izquierdo, y J. Picó, edit. Bosch, Barcelona, 2014.

_____. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, edit. J.M^a. Bosch editor, Barcelona, 1996.

_____. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*”, en “Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional”, Universidad de Lima, 2003.

_____. *El juez y la prueba*, edit. J.M^a. Bosch, Barcelona, 2007.

_____. *Las garantías constitucionales del proceso*, 2^a edición, edit. J. M^a. Bosch editor, Barcelona, 2012.

TORRES PINDADO, D.: Aspectos subjetivos en el interrogatorio de parte, en “Aspectos prácticos de la prueba civil”, dir. X. Abel y J.Picó, J.M^a. Bosch editor, Barcelona, 2006.