



universidad
de león

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2016/2017

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PRUEBA TESTIFICAL: RÉGIMEN LEGAL Y ASPECTOS PROCEDIMENTALES

(Legal analysis of the testimonial
evidence: the regulations and the
procedural aspects)

Realizado por la alumna D^a Cristina Álvarez Sánchez

Tutorizado por la Profesora D^a Eva Isabel Sanjurjo Ríos

ÍNDICE.

ÍNDICE.	1
RESUMEN	4
PALABRAS CLAVE.	4
ABSTRACT.	4
KEY WORDS	4
OBJETO	5
METODOLOGÍA	6
CAPÍTULO PRIMERO. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA	7
1. Concepto y contenido	7
2. Objeto	8
3. Régimen legal.	12
CAPÍTULO SEGUNDO. PARTICULARIDADES EN RELACIÓN CON LA PRUEBA TESTIFICAL.	13
1. Concepto y características.	13
1.1. El concepto legal y doctrinal de la prueba de testigos. Su evolución histórica.	13
1.2. Características.....	16
1.3. Naturaleza jurídica de la prueba testifical.	16
2. Objeto o realidades sobre las que recae la prueba testifical.	18
3. Régimen legal.	21
4. Distinción con figuras afines.	23
4.1. Prueba testifical versus prueba pericial.....	23
4. 2. Especial consideración del testigo-perito.....	27
4.2.1. Concepto y naturaleza jurídica.	27
4.2.2. Régimen legal.	28
4.2.3. Características.	29
4.2.4. El investigador privado y su consideración como testigo-perito.	31
CAPÍTULO TERCERO. EL ELEMENTO PERSONAL DE LA PRUEBA TESTIFICAL: EL TESTIGO.	33
1. Concepto y tipos	33

2. Capacidad para testificar e inhabilidades.....	37
3. Derechos y deberes de los testigos.	40
3.1. Derechos: El derecho a solicitar una indemnización.....	40
3.2. Deberes.....	41
3.2.1. Deber de comparecer.	42
3.2.2. Deber de jurar o prometer decir la verdad.....	43
3.2.3. Deber de declarar.....	46
4. El control de la imparcialidad de los testigos: el sistema de tachas.	47
4.1. Concepto y regulación legal.	47
4.2. Sujetos.....	49
4.3. Objeto y causas.....	50
4.4. Procedimiento.....	52
4.4.1. Momento procesal para alegar la tacha y forma.	52
4.4.2. Alegación, práctica de prueba de la tacha y valoración.	53
CAPÍTULO CUARTO. EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO DE LA PRUEBA TESTIFICAL.	54
1. La proposición de la testifical en los distintos tipos de procedimientos declarativos ordinarios.	54
1.1. En el juicio ordinario.	55
1.2. En el juicio verbal.....	56
1.3. Limitación al número de testigos.....	57
2. La admisibilidad de la prueba testifical: criterios y momento de admisión e inadmisión.	61
3. La práctica de la prueba: el interrogatorio del testigo.	64
3.1. La citación del testigo.....	64
3.2. Momento para la práctica de la prueba.	66
3.2.1. Momento ordinario.	66
3.2.2. Momento extraordinario.....	66
a) La testifical como prueba anticipada.....	66
a) La testifical como diligencia final.....	69
b) La testifical practicada conjuntamente con la prueba de reconocimiento judicial.	70
3.3. Aspectos formales del interrogatorio.....	70
3.3.1. Los principios rectores de la prueba testifical. Forma y lugar ordinarios de realización de ésta.	70

a) El principio de oralidad.	70
b) El principio de inmediación.	71
c) El principio de publicidad.	71
d) El principio de unidad de acto.	72
3.3.2. Forma extraordinaria.	72
a) El interrogatorio escrito de personas jurídicas (art. 381 LEC).	72
b) La declaración domiciliaria del testigo (art. 364 LEC).	73
c) La declaración del testigo mediante auxilio judicial.	74
d) La declaración del testigo mediante videoconferencia.	75
3.4. Desarrollo del interrogatorio e impugnación de preguntas.	77
3.4.1. Deber de guardar secreto.	77
3.4.2. Contenido.	78
a) Juramento y promesa de decir verdad.	78
b) Formulación de las preguntas generales de la ley.	79
c) Realización de las preguntas específicas. Orden y forma de las preguntas. ..	80
d) Impugnación de preguntas.	83
3.4.3. Incomunicación de los testigos.	84
3.4.4. Careo de testigos o interrogatorio cruzado.	85
CAPÍTULO QUINTO. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL.	87
1. Valoración de la prueba en general.	87
1.1. Sistema tasado de valoración de la prueba.	88
1.2. Sistema de libre valoración de la prueba.	89
2. La valoración de la prueba en el interrogatorio de testigos.	91
a. Credibilidad de la declaración testifical.	92
b. Criterios técnicos de la valoración del testigo.	93
c. Aportaciones de la Psicología del Testimonio.	94
CONCLUSIONES.	97
BIBLIOGRAFÍA.	101
ANEXO JURISPRUDENCIAL.	108

RESUMEN.

Desde que el ser humano tiene la pretensión de hacer justicia, desde el nacimiento del proceso, las partes se han valido del interrogatorio de testigos como un medio de prueba. Sin embargo, a pesar de la constante evolución en la proposición, admisión y práctica de la prueba testifical, esta sigue encarnando dificultades para los jueces y Tribunales llegado el momento de realizar su valoración. En el presente trabajo, se estudia este medio probatorio en su conjunto, partiendo de su conceptualización y la figura del testigo, el análisis de su procedimiento probatorio y finalizando con los criterios de su valoración, centrándonos en la dificultad de obtener la certeza de los hechos a través de las declaraciones testificales.

PALABRAS CLAVE.

Proceso, interrogatorio, testigos, prueba, procedimiento, valoración.

ABSTRACT.

Since people have the request to do justice, since the existence of the proceedings, the parts have used questioning of the witnesses as evidence. Nevertheless, in spite of the constant evolution in the nature, admission and the taking of any proof offered, the witness evidence continues to be difficult for judges and magistrates during the evidence appraisal. The aim of this paper is to study the testimonial evidence as a whole, starting by its context, the form of the witness, the evidentiary procedure and, finally, the difficulty of the proof in order to provide the legal certainty about the facts through the witnesses' testimony.

KEY WORDS

Proceedings, questioning, witness, proof, procedure, evidence appraisal.

OBJETO.

El objetivo principal que persigue este trabajo es alcanzar una visión pormenorizada sobre la trascendente prueba testifical en el proceso civil.

En el primer capítulo, realizaremos una serie de consideraciones sobre la prueba en su conjunto, a fin de situar al lector y aproximarle a lo que, posteriormente, será el objeto central de nuestro estudio.

En el segundo capítulo, estableceremos ya de una forma más concreta las particularidades en relación con la prueba testifical, diferenciándola de otras figuras afines, como la prueba pericial.

Sentadas las bases de lo relativo a este medio de prueba, pasaremos a analizar su fuente: el testigo. Para ello, en el tercer capítulo, abordaremos el estudio de esta figura, de sus derechos y deberes y, posteriormente, desarrollaremos el incidente procesal de la tacha como mecanismo previsto para garantizar la imparcialidad del testigo.

En el cuarto capítulo, que podría ser el central de este trabajo, pretendemos aproximar al lector al procedimiento probatorio de la prueba testifical. Así, en primer lugar, nos referiremos a la proposición de este medio en los distintos procedimientos declarativos ordinarios, a su admisibilidad y a su práctica, mostrando especial atención en el interrogatorio, el tiempo, modo y forma de desarrollarse este. Además, haremos mención al careo de testigos y las formas de impugnación de las preguntas.

En el quinto capítulo de nuestra investigación, aproximaremos al lector a los distintos sistemas de valoración de la prueba con carácter general. Posteriormente, nos centraremos en el sistema de libre valoración que rige en la testifical, añadiendo unas últimas referencias a los criterios técnicos que debe seguir el juzgador al valorar la prueba y unas breves aportaciones sobre Psicología del Testimonio.

En definitiva, tratamos de ofrecer un análisis jurídico de cada aspecto procesal relevante de la prueba testifical, teniendo en cuenta los estudios doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema y llamando la atención sobre aquellos puntos con los que mostramos discrepancia, planteando posibles soluciones.

METODOLOGÍA.

Los métodos de investigación utilizados para la realización de este trabajo se han basado en los siguientes puntos:

En primer lugar, hemos procedido a elegir el tema entre la multiplicidad existente en el ámbito del Derecho Procesal, decantándonos por la prueba testifical en el proceso civil, debido a que, siendo ésta uno de los medios de prueba más antiguos, sigue teniendo una vital trascendencia y estando muy presente en la actualidad.

En segundo lugar, hemos realizado un índice con cinco capítulos: previamente, nos hemos referido a una serie de consideraciones generales sobre la prueba, para posteriormente, adentrarnos en el concepto de prueba testifical, en la figura del testigo y el concreto desarrollo de la prueba testifical (proposición, admisión, práctica). Finalmente, nos hemos centrado en la valoración de la prueba y en las reglas de la “sana crítica” que rigen en relación con este medio probatorio.

En tercer lugar, debemos señalar las diversas consultas realizadas a fuentes normativas. Así como la investigación y búsqueda de manuales teóricos, tratados, monografías, comentarios a la LEC y arts. publicados en revistas sobre el tema objeto de nuestro estudio.

Recogida una parte de la información, hemos completado la materia a través de la jurisprudencia de los distintos órganos jurisdiccionales de nuestro país. Para ello, hemos realizado una búsqueda de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales a fin de esclarecer la normativa y contrastar las diversas opiniones doctrinales. En cuanto al medio utilizado para realizar dichas consultas ha sido, fundamentalmente, Aranzadi.

Por último, debemos señalar, que este trabajo ha sido supervisado en cada fase por una tutora especializada en Derecho Procesal, quien, mostrando toda su atención, ha efectuado las correcciones pertinentes, y sin quien este trabajo no hubiera podido realizarse.

CAPÍTULO PRIMERO. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA.

1. Concepto y contenido.

En primer lugar, antes de adentrarnos en el estudio de la prueba testifical, conviene realizar una serie de consideraciones generales sobre la prueba en su conjunto¹.

Aunque en general puede hablarse de que existen dos clases de prueba, una material o extraprocesal (que produce sus efectos en el campo de las relaciones jurídicas civiles en general) y otra procesal (que se produce sólo en el proceso), nos referiremos únicamente a la segunda, ya que pretendemos estudiar la prueba testifical, que se desarrolla en el proceso².

La LEC elude el concepto de prueba procesal, pero existen numerosas definiciones doctrinales sobre ello. Así, hay quien incluye en la definición de prueba la función de “fijar hechos”³, quien le atribuye la función de “convencer al juez”⁴, quien le otorga la función de “dar certeza respecto de afirmaciones de hechos de las partes”⁵ y quien da una definición de carácter mixto⁶.

Para nuestro estudio, nos centraremos en una definición de prueba de carácter mixto y, en particular, la que da ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, que afirma que es “la

¹ La trascendencia de la prueba ya fue advertida por BENTHAM, quien afirmó que la prueba es algo mágico que tiene el proceso: un hacer reaparecer presente aquello que ha pasado, un hacer tornar inmediato aquello que ha desaparecido en su inmediatez, un hacer representar vivos sentimientos que se han consumido y en general más singular todavía, hacer tornar integra una situación que se ha descompuesto. En suma, que el proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas. BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las Pruebas Judiciales*, tomo I. Buenos Aires, 1971. Pág. 10.

² MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Madrid, 2007. Pág. 22.

³ La prueba es la fijación formal de hechos controvertidos. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires, 2000. Págs. 44 y 91.

⁴ La prueba es verificación –de afirmaciones- utilizando fuentes que se llevan al proceso por determinados medios- aportadas aquéllas por los litigantes y dispuestas éstos por el juez- con las garantías jurídicas establecidas adquiridas para el proceso para llegar el juez a una convicción libre. SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba*. Buenos Aires, 1947. Pág. 33 y 34; la prueba es la actividad para convencer al juez de la verdad o falsedad de una afirmación. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Perú, 2007. Pág. 111.

⁵ La prueba es la actividad procesal en la que, mediante la práctica de los diferentes medios de prueba, se pueden alcanzar resultados probatorios a los efectos de acreditar los hechos que se conforman. GARBERÍ LLOBREGAT, José / BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe. *La prueba civil*. Valencia, 2004. Pág. 28.

⁶ La prueba es aquella actividad que desarrollan las partes con el tribunal para que éste adquiriera el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica o para fijarlos como ciertos a los efectos de un proceso. PIETRO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo. *Derecho procesal Civil*. Madrid, 2000. Pág. 285.

actividad procesal desarrollada por el órgano judicial destinada a formar la convicción en el juez acerca de una certeza, positiva o negativa, de los hechos alegados por cada una de las partes”⁷.

Extraído su concepto, se nos plantea la siguiente duda acerca de su contenido: ¿la prueba consiste en averiguar o en verificar? Pues bien, gran parte del sector doctrinal se inclina por lo segundo. Así, SENTÍS MELENDO señala que la prueba “no consiste en averiguar sino en verificar”⁸. En este sentido, también se pronuncia MONTERO AROCA que afirma que la actividad probatoria no es investigadora, sino verificadora de las afirmaciones de hecho de las partes”⁹ y MUÑOZ SABATÉ, quien sostiene que “la investigación no es prueba” y que “la prueba es verificación de una afirmación”¹⁰.

Concluiremos, por tanto, que la función del juez en relación con la prueba no es averiguar los hechos sometidos a controversia, sino verificar los aportados por las partes para reconstruir la pequeña historia del proceso. Averiguar los hechos y aportarlos al proceso es carga de las partes, verificar los ya aportados al proceso será deber del juez¹¹.

2. Objeto.

La siguiente cuestión a examinar es el objeto de la prueba. Es decir, aquello que da respuesta a la pregunta: “¿qué debe probarse?”.

En principio, la respuesta no plantearía gran dificultad: se deben probar hechos. Así lo han afirmado autores como STEIN¹² y GARCIMARTÍN MONTERO¹³, pero han ido matizado su postura, afirmando que no solo son hechos.

⁷ ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Ana Belén, *La prueba testifical por videoconferencia*, en: BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo (coord.), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, Granada, 2008. Pág. 355

⁸ La prueba no consiste en averiguar, porque averiguar significa tender, ir, caminar, hacia algo, en este caso la verdad; mientras que verificar se refiere a hacer o presentar como verdad, como cierto. SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba*. Pág.12.

⁹ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el Proceso Civil...*op.cit. Pág.38.

¹⁰ MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Fundamentos de la prueba judicial: LEC 1/2000...*op.cit. Págs.41 y 85.

¹¹ ABEL LLUCH, Xavier, *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil* en: ABEL LLUCH, Xavier / PICÓ I JUNOY, Joan. *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona, 2007. Pág. 20.

¹² Así, STEIN afirma que son objeto de prueba los hechos, pero el juez solo se enfrenta directamente con estos en la inspección ocular. En todos los demás casos, se le presentan como afirmaciones de las partes”. STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Madrid, 1990. Pág. 10.

¹³ GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *El objeto de la Prueba en el Proceso Civil*. Barcelona, 1997. Pág. 49.

Otros autores mantienen una posición contradictoria. Así, SERRA DOMÍNGUEZ apunta que “no son hechos, sino afirmaciones¹⁴ que sobre los hechos efectúan las partes”¹⁵ y TARUFFO opina que son “enunciados sobre hechos”¹⁶.

También, hay quien ha adoptado una posición intermedia. En este sentido, citaremos a MONTERO AROCA, según el cual la respuesta dependerá del concepto que tengamos por objeto de la prueba. De este modo, si se le da a “objeto de la prueba” una definición en abstracto y sin atender a un proceso concreto, el objeto serán en principio los hechos, entendidos en sentido general. Por contra, cuando se hace referencia a un proceso concreto la respuesta será que el objeto de la prueba son las afirmaciones de las partes relativas a los hechos¹⁷.

En nuestro estudio, nos posicionamos a favor de la última de las definiciones (el objeto de la prueba son las afirmaciones de las partes relativas a los hechos, entendidos en su sentido más amplio¹⁸), ya que, el concepto de prueba que utilizamos aquí, como afirmamos anteriormente, es el de prueba procesal.

Alcanzada esta conclusión sobre lo que constituye el objeto de la prueba, cabe realizar dos matizaciones:

¹⁴ En este sentido ya se había pronunciado CARNELUTTI, que establecía que el objeto de la prueba eran las afirmaciones de las partes en relación con los hechos, observando que las afirmaciones no se conocen pero se comprueban, mientras que los hechos no se comprueban, sino que se conocen. Fue este autor quien inició la discusión doctrinal, que aún no ha tenido su fin y en la que son normales posturas intermedias. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil...* op. cit. Págs. 67 y ss.

¹⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona, 1969. Págs. 355-366.

¹⁶ TARUFFO, Michelle, *La prueba de los hechos*, (traducción Jordi Ferrer Beltrán). Madrid, 2002. Págs. 113-119.

¹⁷ MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el Proceso Civil...* op.cit. Pág.39.

¹⁸ Con la palabra “hechos” se hace referencia a todo lo que por el derecho material puede establecerse como contenido del supuesto fáctico de una consecuencia. En palabras de ROSENBERG son hechos los acontecimientos y circunstancias concretas determinados en el espacio y en el tiempo, pasados y presentes, del mundo exterior y de la vida anímica humana, que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico. ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil...* op.cit. Pág. 209 y ss.

Por otra parte, DEVIS ECHANDÍA comprende dentro del término hechos: “1. Todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, los hechos y los actos humanos, involuntarios o voluntarios, individuales o colectivos, sus circunstancias en tiempo lugar y modo. 2. Todos los hechos de la naturaleza, es decir, aquellos en los que interviene la voluntad humana. 3. Las cosas o los objetos materiales y los lugares, es decir, cualquier aspecto de la realidad humana. 4. La propia persona humana, en cuanto realidad material, puede ser objeto de prueba, tanto en lo que se refiere a su misma existencia como a sus condiciones físicas y mentales, sus aptitudes y cualidades. 5. Lo estados psíquicos o internos del hombre.” DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires, 2988. Pág. 150-168.

-Las normas jurídicas (básicamente, el derecho extranjero y el derecho consuetudinario) merecen un tratamiento específico¹⁹.

-No todos los hechos se prueban, sino únicamente los hechos controvertidos²⁰, de forma que el legislador impone al demandado la carga procesal de pronunciarse sobre ellos. Aquí, cabe hacer especial referencia al hecho presunto, que puede definirse como un hecho de difícil o imposible comprobación o, simplemente, no comprobado, del cual se deriva la consecuencia jurídica de una norma. En este punto, como señala ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, hay que tener en cuenta la difícil cuestión del grado de certeza que el juzgador tiene que alcanzar para entender ese hecho como probado²¹.

La LEC determina el objeto de prueba en el art. 281.1 y 2. En su primer apartado, incluye una cláusula general y en el segundo una cláusula particular, referida al derecho extranjero y al derecho consuetudinario. Por otra parte, en los apartados 4 y 5 del mismo precepto establece una dispensa absoluta de prueba en relación con los

¹⁹ ABEL LLUCH afirma que el derecho extranjero estará sometido a la carga de alegación, de modo que, tanto las partes, cuanto el juez, tienen facultades de investigación, discutiéndose en la doctrina si la intervención judicial tiene carácter subsidiario respecto de la carga probatoria de las partes o simplemente principal, sin olvidar un sector, hoy minoritario que afirma la existencia de un deber judicial de investigación en el derecho extranjero. FERRER CORTINES, Oscar, *La carga de la prueba en el derecho extranjero*, en: ABEL LLUCH, Xavier. *Objeto y carga de la prueba civil...* op.cit. Pág. 256; En cuanto al derecho consuetudinario, partimos de lo que establece la LEC en su art. 281.2, según el cual la prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuvieren conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. Ahora bien, autores como DÍAZ FUENTES, consideran, partiendo del precepto anterior, que en el aspecto procesal la costumbre es considerada como un hecho y como tal, objeto de prueba, regido por el principio *da mihi factum*, puesto que no se acoge al aforismo *iuria novit curia*. DÍAZ FUENTES, Antonio. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, 2012. Pág.27.

Por último, tradicionalmente, la jurisprudencia, con referencia a la costumbre (STS, Sala de lo Civil, nº 1035/1994 de 16 de noviembre de 1994, F.J. 2º [RJ 1994\8837] y al derecho extranjero (STS de 5 de marzo de 2002 [RJ 2002,4085] y STS, Sala de lo Civil, nº 178/2002 de 5 marzo, F.J.2º [RJ 2002\4085]), ha partido de concederles la condición de hechos a los efectos de su prueba.

²⁰ CARNELUTTI incluye dentro de los hechos controvertidos “A) los hechos no afirmados por ninguna de las partes, y que no deben ser tenidos en cuenta por el juez (no son objeto de prueba); b) Los hechos afirmados por todas las partes, que deben ser tenidos en cuenta por el juez (tampoco serán objeto de prueba); c) hechos controvertidos que son hechos afirmados pero no admitidos, que comprende el silencio y la declaración de no saber; d) hechos discutidos, que son hechos negados de contrario” CARNELUTTI, Francesco. *La prueba Civil*. Buenos Aires, 2000. Pág.15.

²¹ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Granada, 2007. Pág. 29; ORTELLS RAMOS, Manuel (dir.) / JUAN SÁNCHEZ, Ricardo / BONET NAVARRO, José / BELLIDO PENADES, Rafael / CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés / MARTÍN PASTOR, José (cols.). *Derecho procesal civil*. Navarra, 2000. Pág. 384.

hechos sobre los que exista conformidad y una dispensa relativa en relación con los hechos notorios²².

Si nos adentramos en los hechos que sí requieren de prueba debemos preguntarnos qué instrumentos o qué medios de prueba tenemos para tratar de lograr esa convicción del órgano jurisdiccional. Y antes de analizarlos, debemos elaborar una distinción entre las fuentes de prueba y los medios de prueba.

Las fuentes de prueba son los instrumentos que deben averiguar las partes para acreditar sus afirmaciones de hecho y son, por definición, ilimitadas²³. Constituyen un concepto extrajurídico, una realidad anterior al proceso que corresponde a las partes. Por tanto, se incluirían dentro de fuente de prueba: la parte, el testigo, el documento, la cosa que ha de ser examinada y el conocimiento técnico del perito.

Por otra parte, los medios de prueba son los instrumentos de los que se sirve el juez para verificar las afirmaciones fácticas de las partes. Constituyen un concepto jurídico que solo existe en el proceso, en cuanto que nace de él y se desarrolla en él y que corresponde al juez. Se incluyen aquí, los enumerados en nuestro derecho positivo y en concreto, en el art. 299.1 LEC: Interrogatorio de las partes, documentos públicos, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos.

Después de esta enumeración (que sería la “clásica”) se ha añadido en el párrafo 2, que “también se admitirán los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir las palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables y de otra clase”.

La redacción de este precepto ha sido objeto de diversas críticas doctrinales, entre las que destacaremos a MONTERO AROCA, que afirma que el legislador reitera

²² La distinción entre dispensa absoluta y relativa proviene de ABEL LLUCH por cuanto entiende que no es lo mismo “estar exento de prueba”, como se predica en relación con los hechos admitidos, que “no ser necesario probar”, como se predica de los hechos notorios. En otras palabras, establece el autor que sobre los hechos admitidos no cabe prueba, de tal forma que si se llegase a proponer, el juez debería inadmitirla. Mientras que sobre los hechos notorios, aun no siendo necesario, sí que puede haber prueba. ABEL LLUCH, Xavier, *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*, en: ABEL LLUCH, Xavier / PICÓ I JUNOY, Joan. *Objeto y carga de la prueba civil...* op. cit. Pág. 24. SANJURJO RÍOS señala que están excluidos de prueba los hechos admitidos, los hechos notorios y los favorecidos por una presunción legal. SANJURJO RÍOS, Eva Isabel. *El procedimiento probatorio en el ámbito del juicio verbal*. Madrid, 2010. Pág. 48-69.

²³ ABEL LLUCH, Xavier, *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*, en: ABEL LLUCH, Xavier / PICÓ I JUNOY, Joan. *Objeto y carga de la prueba civil...* op. cit. Pág. 24.

inútilmente, pues los medios de reproducción de la palabra y del sonido son los mismos y que puede llevar a confusión hablar primero de “medios de prueba” y posteriormente de “medios de reproducción”, pues los primeros son una actividad procesal –medio de prueba- y los segundos una cosa física –fuente de prueba-²⁴.

Por otra parte, en la doctrina española se han mantenido tradicionalmente dos posturas sobre si este precepto constituye un *numerus clausus*²⁵ o *apertus*²⁶, pero actualmente el debate ha quedado solventado a través de la distinción entre fuentes y medios de prueba, de tal forma que existe un acuerdo en que las fuentes de prueba constituyen un *numerus apertus* (ya que pueden aparecer nuevos instrumentos en virtud del desarrollo de la ciencia, quedando otros obsoletos) y los medios de prueba son un *numerus clausus*, porque solo se deben permitir las actividades procesales previstas en la Ley, teniendo en cuenta el principio de legalidad del art. 1 LEC. Ahora bien, parece que en la LEC tampoco se ha aclarado totalmente esta distinción, ya que el art. 299.3 LEC prevé que se pueden incluir otros medios de prueba, cuando en realidad se referiría a una admisión general de todas las fuentes de prueba posibles²⁷.

3. Régimen legal.

Conviene hacer una mención al régimen legal de la prueba, sin olvidarnos de que ésta tiene dimensión constitucional, plasmada en el art. 24 CE, ya que se trata de un derecho de rango fundamental, que tiene la persona “a utilizar los medios pertinentes para su defensa” y que “garantiza a quien está inmerso en un conflicto, que se dilucida

²⁴ MONTERO AROCA, Juan. “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”. *La prueba*. 2000, nº 7. Pág.44.

²⁵ Solo estos siete medios y no otros son los que pueden emplearse, conteniéndose en las enumeraciones legales todos los medios de prueba. MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, 1882. Pág. 196.

²⁶ GUASP estimaba que la enumeración legal no agotaba todas las especies imaginables de medios de prueba, pues no existía categoría lógica de instrumentos probatorios que no pudieran encuadrarse en alguna de las figuras que se mencionaban en las leyes, o bien que los avances técnicos podían incluirse en cualquiera de los medios de prueba previstos legalmente. GUASP DELGADO, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, tomo II. Madrid, 2003. Pág. 341; En el mismo sentido se pronunció PICÓ I JUNOY, afirmando que el art. 24.2 CE consagra el principio de libertad de prueba, por lo que las partes tienen derecho a que se admita o practique cualquier prueba, esté o no prevista en la ley, siempre que sirva para acreditar los hechos controvertidos. PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso Civil*. Madrid, 1996. Pág. 178.

²⁷ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el Proceso Civil...*op.cit. Pág. 155.

jurisdiccionalmente la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que esté autorizada por el ordenamiento”²⁸.

La LEC contiene una amplia regulación de la prueba, en cuanto que recoge una serie de disposiciones generales y los medios de prueba, respectivamente, en los Capítulos V y VI del Libro II.

El Capítulo V se divide en cuatro secciones relativas al objeto, necesidad e iniciativa de la prueba (arts. 281 a 283), a la proposición y admisión (arts. 284 a 288), a otras disposiciones generales sobre la práctica de la prueba (arts. 289 a 292), y a la anticipación y aseguramiento de la prueba (arts. 293 a 298).

El Capítulo VI se divide en nueve secciones en las que se estudian los distintos medios de prueba y su práctica (arts. 299 y 300), el interrogatorio de las partes (arts. 301 a 316), la documental pública y privada (arts. 317 a 334), el dictamen de peritos (arts. 335 a 352), el reconocimiento judicial (arts. 353 a 359), el interrogatorio de testigos (arts. 360 a 381), los modernos medios de prueba (arts. 382 a 384) y las presunciones legales y judiciales (arts. 385 y 386).

Además, existen otras normas probatorias dispersas a lo largo de la Ley que han de ser tenidas en consideración, entre las que podemos citar el art. 137 relativo a la intermediación judicial en el procedimiento probatorio; los arts. 217 y 218, que regulan, la carga de la prueba y la motivación de la sentencia respecto de la valoración de la prueba; el art. 235 sobre la prueba en la reconstrucción de los autos, etc.

CAPÍTULO SEGUNDO. PARTICULARIDADES EN RELACIÓN CON LA PRUEBA TESTIFICAL.

1. Concepto y características.

1.1. El concepto legal y doctrinal de la prueba de testigos. Su evolución histórica.

A diferencia de la definición de prueba (en sentido general) que tiene carácter doctrinal, el concepto de prueba testifical sí se puede obtener a través de la LEC. Centrándonos en el art. 299.1.6º podemos definir la prueba testifical o el interrogatorio de los testigos como un medio de prueba de carácter personal que implica a un tercero

²⁸ DÍAZ FUENTES, Antonio. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, 2012. Pág.23

(las pruebas personales consisten en una versión de los que son parte en el proceso o de un tercero)²⁹.

Por otra parte, en cuanto a las definiciones de prueba testifical dadas por la doctrina, podemos señalar a GARBERÍ LLOBREGAT, quien afirma que es la declaración en el proceso, bajo la intermediación judicial, de personas que, no ostentando la condición formal de partes procesales, tienen noticia o conocen de algún modo, directa o indirectamente, los hechos jurídicamente relevantes que conforman el objeto del pleito, a las cuales se llama a comparecer y a declarar en el momento procesal oportuno cuando sepan sobre los hechos controvertidos con el fin de proporcionar al juzgador nuevos elementos en orden a formar su convicción sobre la existencia y realidad de los mismos³⁰. O también a la aportada por ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, quien la define como la afirmación o explicación que da el llamado testigo sobre unos hechos ajenos que él conoció, sobre unos hechos que él realizó personalmente, sobre unos hechos que él pudo llegar a conocer, que pudo oír durante una determinada situación y en un determinado momento y demás conocimientos que pueda poseer y sea relevantes para la pretensión de las partes³¹. Otros autores establecen que se trata de un acto dirigido a verter en el proceso un hecho pasado, a través de la declaración de un testigo³².

Dada la definición, es interesante señalar en qué momento apareció este medio probatorio:

GORPHE afirma que desde que existen los hombres y desde que tienen la pretensión de hacer justicia, se han valido del testimonio como del más fácil y más común de los medios de prueba³³. Se trata, por tanto, de un medio probatorio ya existente desde el antiguo Derecho Romano³⁴, que ha pasado de ser el más común y

²⁹ DE PAULA PÉREZ, Alfonso. *La prueba de los testigos en el proceso civil español*. Madrid, 1968. Págs. 5-7.

³⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Los medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Barcelona, 2009. Pág. 114.

³¹ ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Ana Belén, *La prueba testifical por videoconferencia*, en: BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo (coord.). *Hacia un verdadero espacio judicial europeo...* op.cit. Pág. 355

³² ORTELLS RAMOS, Manuel (dir.) / JUAN SÁNCHEZ, Ricardo / BONET NAVARRO, José / BELLIDO PENADES, Rafael / CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés / MARTÍN PASTOR, José (cols.). *Derecho procesal civil...* op. cit. Pág. 411.

³³ GORPHE, François. *La crítica del testimonio*. Madrid, 2003. Pág. 9.

³⁴ DE PAULA PÉREZ reconoce que en el Derecho Romano y aun teniendo en consideración los distintos tipos de procesos, según las diferentes épocas, se observa, en general, poco valor al testimonio, por la

principal³⁵ a alcanzar un plano muy secundario, tanto en su admisibilidad como en su valor intrínseco. De esta guisa, en la Edad Media se decía que el testimonio de dos o tres personas era suficiente y que los testigos primaban sobre los escritos, algo que no está presente en la actualidad.

Según DE PAULA PÉREZ³⁶, la prueba testifical ha evolucionado, pues, de tal modo que su verdadera significación fluctuó entre la categoría que le otorgaba su condición de única utilizable y la posposición que se observa en los sistemas modernos, apareciendo en nuestra LEC en último lugar, por ser éste el que le corresponde en orden a su importancia³⁷. Se ha llegado a limitar esta prueba de tal modo que, en ocasiones, con ser la única de que podría disponerse, no llega a ser utilizable. Cabe añadir que esta infravaloración de la testifical no solo se ha observado en los legisladores modernos, sino que ya en los tiempos primitivos, aunque era la más común, existía cierto recelo hacia ella. Claro ejemplo de ello es la Ordenanza de Moulins de 1566³⁸, dictada como consecuencia de las resoluciones de Carlos VIII, Luis XII, Francisco I de Francia.

A modo de opinión personal, parece que la decadencia de esta prueba ha sido consecuencia de la dificultad que estriba obtener una certeza absoluta sobre los hechos acaecidos a través de unas declaraciones dadas por el testigo que, en muchos casos, pueden ser falsas. Además, teniendo en cuenta que el tiempo transcurrido desde que el testigo percibió el hecho, especialmente si lo ha descrito en repetidas ocasiones, se

desconfianza que inspiraba. Además, ya se exigía la pluralidad de testigos conforme a la regla consagrada en el principio *testis unus, testis nullus*. DE PAULA PÉREZ, Alfonso. *La prueba de los testigos en el proceso civil español...* op.cit. Pág. 10.

³⁵ BARRIO y MIER afirma que en el primitivo derecho español, la prueba testifical debió ser la única admitida, aunque quizá en algunas ocasiones, se usase el juramento. BARRIO Y MIER, Matías. *Historia general del Derecho español*, tomo I. Madrid, 1968. Pág. 139 y 140.

³⁶ DE PAULA PÉREZ, Alfonso. *La prueba de los testigos en el proceso civil español...* op.cit. Pág. 5-7.

³⁷ Esta subestimación de la prueba testifical ha sido consecuencia, en parte, del desarrollo de la escritura, tal y como afirmó MONTESQUIEU con su frase “un documento es un testigo que difícilmente se corrompe.” MONTESQUIEU, Charles-Louis. *El Espíritu de las Leyes*, (traducción de GARCÍA DEL MAZO, Siro). Madrid, 1906. Pág. 349

³⁸ CHIOVENDA afirma que Este autor afirma que las razones de dicha Ordenanza han sido las complicaciones derivadas de las acusaciones de la frecuente falsedad de los testigos y del mismo procedimiento del examen, a pesar de que ella aduce como único motivo de la reforma la multiplicación de los hechos sujetos a la prueba testifical y los reproches al respecto, de los cuales derivan múltiples inconvenientes y la involución de los procesos (“multiplication de faits sujets à preuve de temoins et reproches d’iceux, dont adviennent plusièrs inconveniens et involutions de procès”). CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de Derecho procesal civil*, (traducción española de SENTIS MELENDO, Santiago), tomo I y tomo II. Buenos Aires, 1949. Págs. 397 y 304.

puede haber deformado de modo que las declaraciones de los diferentes testigos se pueden contradecir en lo fundamental.

1.2. Características.

Pasando a analizar ahora las características de este medio probatorio, siguiendo a CUCARELLA GALIANA³⁹, destacaremos las siguientes:

Se trata de un medio probatorio que exige la presencia y declaración oral del testigo ante el juez. Las declaraciones prestadas por el testigo fuera del proceso y en presencia de una persona que no sea juez, no son prueba testifical. De igual modo, tampoco son prueba testifical los testigos instrumentales que deben intervenir en determinados actos jurídicos como requisito de validez de los mismos⁴⁰.

El testigo ha de ser tercero respecto a los sujetos del proceso. Es decir, no puede ser ni juez, ni parte en el proceso que declara.

La declaración del testigo debe referirse a hechos pasados de los que haya tenido conocimiento directo (por haberlos presenciado) o indirecto (porque se los han contado).

La actividad probatoria, por tanto, se lleva a cabo mediante el testimonio. El testimonio existe cuando alguien, que no sea ni actual ni virtualmente parte del proceso o de la causa, exponga en forma narrativa y con finalidad informativa, hechos o circunstancias que declare conocer de *visu et auditu* (de vista y de oído) y que pueden suministrar directamente o también indirectamente elementos de convicción respecto de lo que constituye tema de prueba.

1.3. Naturaleza jurídica de la prueba testifical.

Es medio de prueba, entendiendo éste como un concepto jurídico que solo existe en el proceso, en cuanto que nace de él y se desarrolla en él. Ahora bien, así como la prueba testifical *strictu sensu* es un medio de prueba, el testigo y su conocimiento de los

³⁹ ORTELLS RAMOS, Manuel (dir.) / JUAN SÁNCHEZ, Ricardo / BONET NAVARRO, José / BELLIDO PENADES, Rafael / CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés / MARTÍN PASTOR, José (cols.). *Derecho procesal civil...* op.cit. Pág. 412.

⁴⁰ LEC, Arts. 681-685 CC en relación con los testamentos; CC, art. 57, en relación con la celebración del matrimonio.

hechos son fuente de prueba, ya que preexisten al proceso y existen aunque posteriormente no haya un proceso⁴¹.

Para DEVIS ECHANDÍA la naturaleza jurídica del testimonio de terceros es la siguiente⁴²:

Se trata de un acto jurídico conscientemente ejecutado. Es un medio de prueba judicial, que tiene carácter procesal, porque a través de él una persona informa a un juez sobre lo que sabe de ciertos hechos; siempre se dirige al juez y forma parte de un proceso o de diligencias procesales previas, sin que sea inconveniente que provenga de personas ajenas al proceso. Por añadidura, se trata de una prueba indirecta, representativa e histórica⁴³.

Igualmente, debemos discernir entre las declaraciones de ciencia y las declaraciones de verdad y englobar a la prueba testifical en una de ellas. Las primeras, persiguen determinados efectos jurídicos. A la inversa, las segundas son actos puramente declarativos. El autor citado anteriormente, considera a la prueba testifical como una declaración de ciencia, ya que aunque tiene efectos declarativos y no jurídicos, no excluye la existencia de errores y de falsedades y son frecuentes los casos en que el testigo no corresponde a la verdad, sin que por ello deje de ser testimonio. Por tanto, no se puede considerar declaración de verdad. Así las cosas, una gran mayoría de autores están de acuerdo en que se trata de una declaración de ciencia⁴⁴. De igual

⁴¹ No vamos a ahondar más en este tema, puesto que ya se expuso en las primeras páginas cuando nos referimos al concepto y objeto de la prueba en general y distinguimos entre las fuentes y los medios de prueba. *Capítulo I. Consideraciones generales sobre la prueba. 2. Objeto.*

⁴² DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II...op.cit. Pág. 36.

⁴³ Es indirecta en el sentido de que el juez llega al conocimiento de esta prueba de manera mediata, a través del testimonio y no directamente en forma inmediata por su propia percepción, porque él percibe únicamente el testimonio; Es representativa, en sentido en que el juez debe encontrar en la declaración la representación de un hecho. Como afirmó COUTURE “el testimonio es una prueba por representación, mediante un relato; Es histórica, porque con ella se reconstruye o reproducen hechos pasados o que todavía subsisten, pero cuya existencia data desde antes de producirse el testimonio y representa una experiencia del sujeto que declara. COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de derecho procesal civil*, tomo II. Buenos Aires, 1949. Pág. 189.

⁴⁴ Para CARNELUTTI la declaración testifical sí persigue un efecto jurídico: determinar la actitud del juez, sin que esto sea un elemento, sino una consecuencia del acto. Así, si estuviésemos ante una declaración de “verdad”, se limitaría a representar lo verdadero o lo que se narra, mientras que las de “ciencia” persiguen obtener efectos jurídicos autónomos, o que derivan de la propia declaración y no del hecho eventualmente declarado. En este sentido, la declaración testifical se dirige a fijar el hecho declarado; de forma que sí persigue otro fin ya no es declaración testimonial, por ello concluye en que se trata de una declaración de ciencia. CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, tomo III. Buenos Aires, 1959. Pág.212;

manera, nosotros opinamos que sí es una declaración de ciencia, pero en contra de la opinión de DEVIS ECHANDÍA, no se trata de un acto puramente declarativo, ya que sí que persigue determinados efectos jurídicos, en concreto, determinar la actitud del juez. La finalidad de este medio probatorio no es obtener la simple percepción o la realidad del hecho, sino más bien de representar ese hecho.

2. Objeto o realidades sobre las que recae la prueba testifical.

En cuanto de la prueba testifical, debemos partir de lo dispuesto en el art 360 LEC:

“Las partes podrán solicitar que declaren como testigos las personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio.”

El interrogatorio de testigos ha de recaer, por tanto, sobre los hechos controvertidos relativos a lo que constituya el objeto del juicio, o que guarden relación con el mismo, pues solo los medios de prueba que reúnan la referida condición pueden ser calificados como medios probatorios pertinentes⁴⁵.

De la misma manera, GARBERÍ LLOBREGAT alude que las declaraciones de los testigos, han de estar referidas necesariamente a datos o circunstancias fácticas controvertidas que, por conformar los temas y cuestiones debatidos en el pleito, deberán ser tenidos en cuenta por el órgano judicial a la hora de emitir su pronunciamiento

GUASP afirma que se trata de una prueba procesal y personal, proveniente de terceros, que consiste en una declaración de ciencia sobre datos no procesales para el declarante en el momento de la observación, cuyo fin es influir en el convencimiento del juez, por tener significación probatoria. GUASP DELGADO, Jaime. *Derecho procesal civil...* op.cit. Pág. 375 - 377 y 380;

LIEBMAN, lo considera como una narración de hechos pasados, para hacerlos conocer de otra persona, sin más fin que el de comunicar ese conocimiento, pero afirma que es una declaración de ciencia. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di diritto processuale civile*, tomo I... op. cit. Pág.161;

SILVA MELERO trata a la prueba testifical como una fuente de prueba con eficacia representativa, que consiste en una declaración de conocimiento a título de verdad, pero lo considera como una declaración de ciencia, teniendo en cuenta que el testigo no siempre corresponde a esa verdad. SILVA MELERO, Valentín. *La prueba procesal*. Madrid, 1963. Pág. 212.

Para DELLEPIANE, la naturaleza jurídica es idéntica a la de la prueba de confesión, y se trata de una prueba histórica, reconstructiva de un hecho pasado; luego lo considera igualmente como una declaración de ciencia. DELLEPIANE, Antonio. *Nueva teoría general de la prueba*. Bogotá, 1962. Pág. 151 y 164.

⁴⁵ Es necesario mencionar aquí el art. 24.2. CE, ya que se ha constitucionalizado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa como un derecho fundamental, ejercitable en cualquier tipo de proceso e inseparable del derecho mismo de defensa. Para que un medio probatorio pueda ser admitido debe ser pertinente.

Autores como PICÓ i JUNOY razonan que existe la pertinencia siempre que la prueba propuesta tenga relación con el objeto del proceso y con lo que constituye *thema decidendi* para el Tribunal, y exprese además la capacidad para influir en la convicción del órgano decisor en orden a fijar los hechos de posible trascendencia para el fallo. PICÓ i JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso...*op.cit. Pág. 177.

final⁴⁶. Así, la mención de la Ley a “hechos relativos a lo que sea objeto del juicio” puede incluso resultar superflua, dado que solo los hechos controvertidos son objeto del juicio, pues los hechos sobre los que existe conformidad están exentos de prueba (art. 281.3 LEC), salvo en los procesos no dispositivos (art. 752.2.).

La segunda duda a resolver es si son prueba testifical solo los hechos percibidos o también los realizados por el propio testigo o deducidos de sus percepciones. Existe una amplia gama de posturas doctrinales sobre ello⁴⁷. Pero el sector mayoritario parece estar de acuerdo en que, tanto los hechos percibidos, como los deducidos, sus juicios u opiniones, incluyendo su calificación jurídica y los realizados por el declarante pueden ser objeto del testimonio de terceros⁴⁸.

Consideramos correcta esta última interpretación y, así, podríamos ejemplificar con el testimonio de una persona que ha intervenido en una pelea o con el de un hijo en un proceso de familia. En el primero de los casos, el testigo interviene en los hechos y en el segundo, el hijo debe declarar sobre hechos a cuyas consecuencias jurídicas sí se ve vinculado. Ambas declaraciones sobre hechos⁴⁹ pueden ser prueba testifical⁵⁰.

⁴⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Los medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil...* op.cit. Pág. 114-115.

⁴⁷ En sus inicios, autores como ALSINA se posicionaron a favor de que el objeto del testimonio eran los hechos de terceros o no personales del testigo y que el testigo debían declarar sobre hechos a cuyas consecuencias jurídicas no se hallase vinculado. ALSINA, Hugo. *Tratado de derecho procesal*, tomo II. Buenos Aires, 1942. Pág. 309;

Posteriormente, otros como CARNELUTTI, afirmaron que no es correcto decir que objeto del testimonio sean únicamente los hechos percibidos. No es requisito necesario, porque el testigo puede narrar hechos realizados por él, así como hechos deducidos de sus propias percepciones y que ofrece a la apreciación del juez, como parte de su testimonio, en cuyo caso, objeto del testimonio es el hecho deducido. Además, se incluyen en el objeto del testimonio los hechos percibidos o deducidos a merced a aptitudes o a preparación técnica. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil...* op.cit. Pág. 129-130, 186-187.

⁴⁸ Véase MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil...* op. cit. Pág. 403.

⁴⁹ Hasta este punto, hemos hablado de “hechos” en sentido amplio. Para concretar a qué nos referimos exactamente, debemos recordar lo que entiende DEVIS ECHANDÍA dentro de este concepto. Así, señala este autor que son conductas humanas, hechos de la naturaleza, cosas u objetos materiales y aspectos de la realidad material, la persona física humana, estados o hechos síquicos o internos del hombre, los animales y los juicios sobre tales hechos tenga el testigo, incluyendo los jurídicos. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II...op. cit. Pág. 68.

⁵⁰ A mayor abundamiento, podemos hacer una comparativa con el derecho italiano, citando a autores como SCARDACCIONE, que recuerda que la jurisprudencia italiana acepta que los testigos pueden emitir juicios sobre las cualidades o atributos morales de una persona con quien se han mantenido frecuentes relaciones, como acerca de su educación, su temperamento, su afición a los litigios, etc. Es decir, hechos deducidos. SCARDACCIONE, *Le prove*. Torino, 1965. Pág. 213-214.

Todo lo anterior nada tiene que ver con los límites del objeto, sino más bien con la idoneidad del testimonio y su pertinencia. Esto lo único que va a hacer es determinar su eficacia jurídica o valor probatorio.

Así, si tratamos los límites del objeto, podemos tener en consideración las afirmaciones de DEVIS ECHANDÍA. Según este autor, no es cierto que objeto del testimonio sean únicamente los hechos relevantes o que interesen al proceso; si los narrados por el testigo de nada sirven al juez, su declaración no deja de ser testimonio. Tampoco importa que el hecho esté ya suficientemente probado por otros medios o por testimonios ya recibidos, o que goce de notoriedad o de cosa juzgada o que no necesite prueba por otras causas, puesto esto afecta únicamente a la utilidad de la prueba y su admisión⁵¹.

Para MONTERO AROCA, no hay limitaciones al objeto de la prueba testifical⁵², salvo la prevista en el art 51.1. Código de Comercio, que establece que la prueba de testigos no será por sí sola bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1500 pesetas. Aunque hay autores que consideran que esto no es una limitación al objeto, sino una regla de valoración⁵³.

En distintos términos, también ha sido discutido si existen otro tipo de límites relacionados con el tiempo y el espacio y, concretamente, si deben ser únicamente objeto de prueba testifical los hechos pasados o también los presentes⁵⁴.

Para nuestro estudio, seguiremos la opinión de DEVIS ECHANDÍA, según el cual, si nos referimos a límites espaciales, no podemos usar el término “hecho presente”, porque parece intrascendente que el hecho objeto de la prueba testifical se encuentre en el lugar donde se rinde o no (imaginemos una prueba testifical relativa a los daños causados en un bien inmueble o una que verse sobre la delimitación de un

⁵¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II...op.cit. Pág. 70.

⁵² La LEC 1881 sí establecía limitaciones. El art. 637 preveía que sobre los hechos probados por confesión judicial, no se permitía para corroborarlos prueba de testigos a ninguna de las partes. En el art 1552 LEC tampoco se permitía en el procedimiento de apremio en negocios de comercio para probar la excepción, así como tampoco en el art. 1579 referente al juicio de desahucio por falta de pago.

⁵³ ORTELLS RAMOS, Manuel (dir.) / JUAN SÁNCHEZ, Ricardo / BONET NAVARRO, José / BELLIDO PENADES, Rafael / CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés / MARTÍN PASTOR, José (cols.). *Derecho procesal civil...*op.cit. Pág. 424.

⁵⁴ CARNELUTTI consideró que el testimonio es un acto humano dirigido a representar un hecho no presente, es decir, acaecido antes del acto mismo. Con esto el autor elimina el límite de que el testimonio versa sobre hechos anteriores al proceso. El problema es dilucidar a que se refiere con “hecho no presente”. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil...* op.cit. Nota 214. Pág. 243.

terreno). A diferencia, si nos referimos a límites temporales, sí que podemos usar dicho término y decir que los hechos presentes no pueden ser objeto de prueba, solo los “hechos pasados” o anteriores al procesos y los transitorios o permanentes⁵⁵.

A modo de ejemplo, como hecho pasado podemos citar una declaración de un testigo sobre un accidente de tráfico, como hecho transitorio o permanente podemos hablar de una prueba testifical sobre un litigio relativo a una delimitación de un terreno mediante mojones.

3. Régimen legal.

En primer lugar, interesa precisar que, en la actualidad, la prueba testifical se recoge en la LEC, concretamente en el art 299.1.6ª LEC y al margen de este, se extiende en la totalidad de la Sección 7ª (art 360 a 381) del Capítulo V del Título I de su Libro II.

Esta Ley ha producido cambios respecto a la normativa anterior, por lo que creemos importante reseñar sus novedades, pese a que se irán desglosando a lo largo de nuestro trabajo. Para ello, hemos seguido, entre otros, a GÓMEZ COLOMER⁵⁶:

Lo primero que podemos señalar en cuanto a su regulación es que desaparecen las contradicciones existentes entre la LEC 1881 (art 637 a 666) y el CC (art 1244 a 1248), que eran las dos normas que regulaban dicho medio probatorio⁵⁷.

En segundo lugar, en cuanto a la testifical como medio de prueba: la nueva LEC ha reforzado la contradicción y la inmediación en su práctica. En cuanto a las limitaciones al objeto de la prueba, nada dice la ley sobre ello, en cambio, la legislación derogada establecía algunos como eran los hechos probados por confesión judicial o supuestos específicos como el juicio de desahucio por falta de pago, tal y como ya hicimos mención anteriormente.

En tercer lugar, en relación con la figura del testigo, se ha introducido en el art. 380.1 LEC el interrogatorio de los autores de informes sobre hechos relevantes, si los mismos no hubieran sido reconocidos como ciertos por las partes a quienes pudiesen

⁵⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II...op.cit. Pág.67.

⁵⁶ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *La prueba testifical en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: sus principales novedades respecto de la legislación anterior*, en: MONTERO AROCA, Juan. *La prueba. Cuadernos de Derecho Judicial*, C.G.P.J., 2000, nº 7. Págs. 246-278.

⁵⁷Esto también ha supuesto la desaparición de la discusión doctrinal sobre si la naturaleza jurídica de la prueba testifical es procesal, material o ecléctica. Debate que se puede observar en DE PAULA PÉREZ, Alfonso. *La prueba de los testigos en el proceso civil español...* op.cit. Págs. 15-20.

perjudicar⁵⁸ y en el art. 381 LEC se permiten las respuestas escritas a cargo de personas jurídico-privadas y las entidades públicas, cuando no se pueda individualizar en personas físicas determinadas; asimismo, se mejora la regulación del testigo-perito⁵⁹; se modifica el régimen de incapacidades e inhabilidades y de tachas⁶⁰. Entre los derechos del testigo en el art. 375 se regula expresamente el pago, pero no se incluye como gasto exento en caso de gozar la parte del beneficio de asistencia jurídica gratuita, lo que ha llevado a críticas. En cuanto a los deberes, existe la obligación de comparecer, incluso aunque la persona viva fuera del partido judicial.

En cuarto lugar, en relación con la práctica de la prueba: se lleva a cabo de forma oral y cruzada, se regula el objeto de las preguntas y la fijación de los requisitos de admisibilidad en el art. 368, ha desaparecido el escrito de preguntas y de repreguntas como consecuencia de esa forma oral prevista en el art. 368 LEC, salvo los casos de interrogatorio por exhorto o domiciliario. Solo queda como prueba testifical de valoración legal el caso del art 51 CdC⁶¹, ya citado anteriormente.

En quinto lugar, en relación con el procedimiento: desaparece la lista de testigos. El límite de testigos se reduce de 6 a 3 con cargo a costas, pudiendo el juez dejar escuchar a los restantes. Las facultades materiales de dirección del proceso del juez son limitadas, pues solo puede solicitar aclaraciones o adiciones (art 372.2). Se prevé el careo (art 373). No se prevé expresamente que el testigo pueda oír, o en su caso leer, por sí mismo la declaración que ha efectuado.

⁵⁸ SARAZA JIMENA hace una crítica al propio art. 380, estableciendo que cuando el legislador se refiere a informes sobre hechos relevantes y señala el art. 265.1.4º (informes periciales), en realidad, hace una remisión al art. 265.1.5º, que es el que se refiere a informes elaborados por profesionales de la investigación privada. Ello es así, dado que en relación a los autores de dictámenes periciales los arts. 335 y ss., que regulan la prueba pericial, se refieren a su intervención en juicio como peritos. SARAZA JIMENA, Rafael. *La prueba en la nueva ley de enjuiciamiento civil*. 2000. Pág. 74.

⁵⁹ Son los arts. 370.4 y 380.2 de la LEC los que mejoran esta figura.

⁶⁰ El art. 377.2 LEC admite la tacha del testigo por la parte que lo ha propuesto para evitar que le pueda perjudicar irremediabilmente su declaración. El art. 379.1. LEC excluye la testifical como prueba para justificar la alegación de la tacha.

⁶¹ Art. 51 Código de Comercio es una manifestación de la prueba legal tasada, pues prohíbe que en la sentencia se conceda valor alguno a la prueba testifical si ha sido la única practicada.

4. Distinción con figuras afines.

4.1. Prueba testifical versus prueba pericial.

Debido a las similitudes que presenta la prueba pericial con la prueba testifical consideramos importante establecer una diferenciación entre estos dos medios probatorios.

Comenzaremos, por tanto, definiendo la prueba pericial como la actividad procesal desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente cualificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de las gentes⁶².

Igual que la prueba testifical, se trata de una actividad de carácter procesal llevada a cabo por persona distinta a las partes. En este caso el tercero no es un testigo, sino un perito. Este último, es aquella persona con unos especiales conocimientos en materias relativas al arte, ciencia, técnica o práctica, siendo por ello que su razón o conocimiento tiene una especial relevancia frente a los que no tienen dicha pericia, dado que al ser un experto podrá facilitar unos datos, explicaciones, razones o argumentos que expliquen unos hechos, presentes, pasados o futuros, que de otra forma no podrían tenerse⁶³.

Partiendo de esta definición, ya se puede observar una de las diferencias que presentan estos dos medios probatorios⁶⁴: en la testifical se exponen hechos y en la prueba pericial se expresan juicios o se formulan principios de la experiencia. Ahora bien, eso no significa que el testigo no formule sus propios juicios, sino que en el

⁶² DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II...op.cit. Pág.287.

⁶³ GUTIÉRREZ MUÑOZ, Sonia. *La prueba pericial en el proceso civil*. Barcelona, 2009. Pág. 3; Otros autores lo definen como sujeto ajeno al proceso, poseedor de un conocimiento especializado y encargado, bien a instancia de parte, bien por designación judicial, de emitir un dictamen pericial. ABEL LUCH, Xavier / PICÓ I JUNOY, Joan. *La prueba pericial*. Barcelona, 2009. Pág. 125.

⁶⁴ A modo de curiosidad, cabe añadir que en el sistema jurídico de los países anglosajones no existen diferencias apreciables entre las declaraciones del perito y del testigo, porque se parte de una única forma de interrogarlos y se reconoce que toda declaración presupone una serie de juicios y valoraciones, existiendo solo diferencias en el sentido de calidad y número de valoraciones, que son mayores en el perito. MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el Proceso Civil...* op. cit. Pág. 359.

testimonio prevalece el elemento del hecho, mientras que en la peritación adquiere posición preeminente el factor del juicio⁶⁵.

La siguiente diferencia gira entorno a la finalidad del juicio llevado a cabo por el testigo o perito: si no es más que un medio para representar un hecho, hay testimonio; si, por el contrario, las declaraciones llevan consigo una apreciación técnica, artística o científica existe pericia⁶⁶.

Por otra parte, autores como ALSINA y ALZAMORA VALDEZ expresaron que la declaración del testigo constituye, simplemente, su conocimiento sobre los hechos, mientras que el segundo tiene por objeto ilustrar al juez⁶⁷. A nuestro modo de ver, aunque es cierto que el testigo no trata de informar al juez sobre unos conocimientos específicos (como puede ser una peritación de un terreno, solar o edificio), sí que trata de ilustrar sobre determinados hechos, por lo que entendemos que ésta no es una diferencia muy notable.

Una vez analizado este medio probatorio, es conveniente exponer las divergencias entre las dos fuentes de prueba que lo constituyen: el testigo y el perito.

Según CUCARELLA GALIANA, la fundamental diferencia entre el perito y el testigo es que el primero es llamado al proceso en cuanto conocedor de una ciencia o

⁶⁵ En este sentido se pronuncia SILVA MELERO, que añade que el testigo recibe las impresiones de los sentidos sin prevención y sin selección, mientras que el perito está obligado a una valoración de los hechos o medios de prueba. Aunque pueden existir testigos técnicos y que no solo narren sus propias percepciones, sino que en muchos casos aventuran también verdaderos juicios. SILVA MELERO, Valentín. *La prueba procesal...* op.cit. Pág. 213; CARNELUTTI señala que el testigo no solo se limita a narrar hechos y el perito formular apreciaciones o juicios, pues aquel emite necesariamente juicios en torno a los hechos percibidos para poder representarlos en su narración y éste puede narrar hechos percibidos o deducidos por él; ni se trata de una diferencia en el sentido de la cualidad de los juicios, de forma que los del testigo deban ser comunes y los del perito técnicos, pues existirán testigos técnicos, que describan el hecho técnicamente. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires, 1955. Págs. 81-82.

⁶⁶ Según ROCHA, al testigo se le pide memoria de los hechos y al perito la ciencia y la técnica para apreciarlos, aunque es difícil separar la noción de mero hecho del concepto de puro juicio y que la narración del testigo envuelve siempre la necesidad de un juicio. Así, añade el ejemplo de un negocio jurídico que el testigo calificará o bien como compraventa o como arrendamiento, pero en cambio, no opinará sobre los efectos jurídicos de dicho contrato. ROCHA, Antonio. *De la prueba en derecho*. Bogotá, 1967. Págs. 321-322

⁶⁷ ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires, 1942. Pág. 351; ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho procesal civil*. Lima, 1966. Pág. 195.

técnica, mientras el testigo lo es en cuanto poseedor de un conocimiento subjetivo acerca de un determinado dato⁶⁸.

MONTERO AROCA⁶⁹ añade otra serie de diferencias, entre ellas, destacaremos las que siguen:

En primer lugar, el perito puede ser una persona jurídica o corporación; el testigo debe ser siempre persona física, sin perjuicio del art. 381 LEC, que se refiere a las respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades públicas, cuando no quepa o sea innecesario individualizar en personas físicas determinadas el conocimiento que se interesa. A pesar de las opiniones de una parte de la doctrina⁷⁰, desde nuestro punto de vista, el art. 381 LEC no debería encuadrarse dentro de los preceptos relativos a la prueba testifical, puesto que no se trata de un medio de prueba personal. Un ejemplo, sería el caso de una factura en la que solo figura el sello de la empresa. En ese caso, podrá solicitarse, para preguntar sobre la misma, la vía del informe por lo que se asimila más a una prueba documental *sui generis*, que a una declaración testifical⁷¹.

En segundo lugar, en lo relativo al carácter fungible de estas dos figuras, existe también una diferenciación, el testigo no se elige, sino que viene determinado por su relación histórica con los hechos sobre los que declara; el perito es elegido por las partes entre las personas que tienen los conocimientos técnicos adecuados (puede ser elegido por las partes o designado judicialmente). Por ello, suele decirse que el testigo es infungible y el perito es fungible⁷². A esto mismo se refieren otros autores, como

⁶⁸ ORTELLS RAMOS, Manuel (dir.) / JUAN SÁNCHEZ, Ricardo / BONET NAVARRO, José / BELLIDO PENADES, Rafael / CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés / MARTÍN PASTOR, José (cols.). *Derecho procesal civil...* op.cit. Pág. 384.

⁶⁹ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil...* op.cit. Págs. 359 a 361;

DÍAZ FUENTES considera que las personas jurídicas y entidades públicas también pueden ser propuestas como testigos y, cuando lo sean, su modalidad de declaración será escrita. Para el autor, sí tendrá la consideración de prueba testifical, pese a evacuarse por escrito. DÍAZ FUENTES, Antonio. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, 2012. Pág. 374.

⁷¹ Según MONTERO AROCA no puede ser testigo una persona jurídica, porque la utilidad de éste reside en la aptitud para obtener percepciones sensoriales. Además, señala que la inclusión del art. 381 LEC entre los preceptos de la prueba testifical es un grave error legal, pues no puede tratarse de prueba testifical, ya que no se individualiza en personas físicas, sino en jurídicas y entidades públicas, que no pueden ver como es lógico, ni presenciar ningún hecho. Ahora bien, señala el autor que si una persona física que forme parte de esas personas jurídicas declara para aclarar o complementar lo expuesto de forma escrita, en esos casos, sí que se trataría de prueba testifical (art. 381.3 LEC). MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Navarra, 2007. Pág. 359.

⁷² Del mismo modo lo señala ABEL LLUCH, que diferencia entre la fungibilidad del perito, puesto que puede emitir el dictamen pericial cualquier persona que posea los conocimientos especializados sobre la materia objeto de pericia; y la infungibilidad del testigo, porque ha tenido conocimiento personal de los

CARNELUTTI y DEVIS ECHANDÍA, cuando afirman que el testigo es llamado al proceso sin que medie encargo del juez al respecto (porque se supone que conoce los hechos sobre los que se le va a interrogar) y el perito, en cambio, se pone procesalmente en contacto con los hechos mediante un encargo específico del juez⁷³.

La tercera diferencia está en conexión con las anteriores y se refiere a los conocimientos: los del testigo vienen determinados únicamente por la posibilidad de percibir por los sentidos, de recordar esas percepciones y exponerlas después y los del perito han de ser necesariamente conocimientos científicos, artísticos o prácticos⁷⁴.

En cuarto lugar, en relación con las declaraciones: el testigo declara sobre unos hechos, aportando al proceso su percepción individual de los mismos; mientras que el perito analiza los hechos y aporta máximas de la experiencia para que los valore el juzgador⁷⁵. Imaginemos un testigo que declara sobre el precio que sabe que se cobra en un determinado lugar por un objeto, con ello representa el conocimiento obtenido gracias a sus percepciones sobre tal hecho, pero no le corresponde hacer un cálculo sobre lo que puede ser su valor, pues para ello se necesitaría un dictamen de peritos⁷⁶.

Además, el testigo puede conceptuar únicamente sobre hechos conocidos antes de declarar y el perito puede hacerlo sobre hechos futuros o que ocurran en el momento de rendir su dictamen.

hechos controvertidos, tal y como establece el art. 360 LEC. ABEL LLUCH, Xavier. *La prueba pericial*. Barcelona, 2009. Pág.47.

⁷³ Esta idea la inició CARNELUTTI y, a su vez, le siguieron otros autores como HEGLER y STEIN, para quienes el testigo declara en virtud de una especial e individual relación histórica de la persona con el hecho narrado. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil...*op.cit. Págs. 76 y 88.

Aquí, conviene señalar, como hace DEVIS ECHANDÍA, que el perito puede haber estado en relación histórica previa con el hecho, por haberlo conocido antes, sin que por esto quede impedido para dictaminar como tal, ya que lo importante es que es llamado no por su conocimiento previo, sino por su capacidad técnica para estudiarlo y emitir un juicio crítico o de valor con posterioridad; de la misma forma que el testigo puede declarar sobre hechos procesales, ocurridos durante el transcurso del proceso. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II...op.cit. Pág. 143; Por otra parte, en este punto, destacamos la ilustrativa frase del autor francés HÉLIE, que señaló que “es el delito quien crea los testigos; los peritos, en cambio, están elegidos por el juez”. Cita de SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal...*op.cit. Pág. 213.

⁷⁴ Por ello, se dice que los conocimientos del perito son transferibles, mientras que los del testigo son siempre intransferibles, porque tuvo un conocimiento personal –directo o indirecto- de los hechos. ABEL LLUCH, Xabier / PICÓ I JUNOY, Joan. *La prueba pericial...*op.cit. Pág. 47-48.

⁷⁵ El testigo se limita a declarar lo que sabe de los hechos objeto de la prueba en el momento de comparecer ante el juez; el perito, en cambio, conceptúa o dictamina sobre hechos que puede no conocer en el momento de recibir el encargo del juez, y si los conoce debe estudiarlos de nuevo para deducir sus conclusiones. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II...op. cit. Pág. 143

⁷⁶DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo II...op. cit. Pág. 147

Por otra parte, si nos centramos en el deber y forma de la declaración también encontraremos disparidades: la persona que ha tenido conocimiento de los hechos está obligada a actuar como testigo, pudiendo exigirse coactivamente el cumplimiento de la obligación; el perito puede aceptar o no el cargo, inscribiéndose en las listas oportunas (art 341 LEC).

En relación con la forma en la que se lleva a cabo esta actividad, las respuestas de los testigos a las preguntas que se les formulan en relación con los hechos se llevan a cabo de forma oral y los peritos elaboran posteriormente un informe escrito.

Centrándonos en las garantías de imparcialidad: el testigo solo puede ser tachado y el perito, además, puede ser recusado.

Por último, en cuanto a la remuneración: el testigo solo tiene derecho a una indemnización por los gastos y perjuicios que le ocasione prestar la declaración (art. 375 LEC) y el perito cobra por su trabajo unos honorarios (art. 241.1.1º LEC).

4. 2. Especial consideración del testigo-perito.

4.2.1. Concepto y naturaleza jurídica.

En nuestra regulación debido a esas similitudes y diferencias entre el testigo y el perito existe una figura propia: el testigo-perito. Para PEITEADO MARISCAL, el testigo-perito es un testigo, es decir, una persona física que conoce directamente o por referencia los hechos controvertidos, y que, además, posee conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio⁷⁷.

Se configura como un testigo cualificado por sus conocimientos⁷⁸, cuya declaración accede al proceso a través de un interrogatorio oral, como es propio de la prueba testifical y no de un dictamen escrito, como es característico de la prueba pericial⁷⁹. Jurisprudencialmente, se ha determinado el testigo-perito como aquella persona que siendo testigo de los hechos que se pretenden acreditar en autos posee

⁷⁷ PEITEADO MARISCAL, Pilar, *El interrogatorio de testigos* en: ARAGONESES MARTINEZ, Sara / CUBILLO LÓPEZ, Ignacio / HINOJOSA SEGOVIA, Rafael / TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*. Madrid, 2004. Pág. 77.

⁷⁸ Otros autores lo definen como el tercero que presencia los hechos antes y con independencia del proceso, pero para su valoración utiliza conocimientos científicos. RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, *Pruebas de confesión, testimonio y pericia. Otros medios*, en: AGUSTÍ JULIÁ, Jordi. *La prueba en el proceso laboral. Cuadernos de Derecho Judicial*, 1998, nº 22. Pág. 75

⁷⁹ ABEL LLUCH, Xabier / PICÓ I JUNOY, Joan, *La prueba pericial...* op.cit. Pág. 55.

conocimientos científicos, artísticos o prácticos sobre la materia; es antes que nada testigo, si bien este testigo que presencia los hechos está dotado de esos conocimientos que le permiten valorar los hechos sobre los que declara, pero sobre los hechos que él ha tomado conocimiento antes y fuera del proceso a diferencia de lo que sucede con el perito que ha tenido conocimiento de los hechos en el proceso⁸⁰.

Es así una figura intermedia entre el testigo, mero conocedor del hecho y del perito, que lo conoce con fundamento en su preparación técnica⁸¹.

Ahora bien, ¿qué naturaleza jurídica tiene esta figura?: la mayor parte de la doctrina afirma que su naturaleza es testifical, si se quiere *sui generis*, en cuanto el declarante puede adornar su declaración con unos conocimientos especializados. Así, esta naturaleza jurídica de testigo, se puede justificar dado que la figura se regula en el art 370.4. LEC, por lo que se configura como una variante de la prueba testifical⁸².

4.2.2. Régimen legal.

Es la LEC la que introduce esta figura, definiéndola, como dijimos anteriormente, en el art 370.4 LEC:

“Cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el Juez admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos.”

No es este el único precepto que se refiere al testigo-perito. Del mismo modo se recoge en el art 380.2 LEC, que se refiere al interrogatorio de testigos sobre hechos que consten en un informe escrito con valoraciones periciales:

“2.ª El autor del informe, una vez acreditada su habilitación profesional, habrá de reconocerlo y ratificarse en su contenido, antes de que se le formulen las preguntas pertinentes.”

⁸⁰ SAP Pontevedra, Sección 6ª, nº 135/2006 de 1 de marzo de 2006, F.J. 1º, (JUR 2006\203468).

⁸¹ Así, tiene esta consideración el albañil que reparó los daños objeto de reclamación (SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, nº 131/2006 de 8 de mayo de 2006, F.J. 2º [JUR 2006\17471]), el que emitió el presupuesto de valoración de daños (SAP Granada, Sección 4ª, de 17 de febrero de 2006, F.J. 1º [JUR 2006\161187]) o la psicóloga conocedora de la situación por el seguimiento de la relación familiar (SAP Pontevedra, Sección 3ª, nº 93/2006 de 24 de febrero de 2006, F.J. 2º [JUR 2006\104709]).

⁸² DÍAZ FUENTES, Antonio. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, 2012. Pág.371.

Por otro lado, también es testigo-perito la figura aludida en el art. 353.2 y 354 LEC, cuando señala, refiriéndose al reconocimiento judicial, que *“la parte que lo solicite indicará si pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia.”*

Por tanto, la percepción que produce toda esta regulación es que el legislador está pensando en dos tipos de testigos-peritos:

El absolutamente casual: en cuyo caso, es posible que sus conocimientos técnicos solo se manifiesten en sus respuestas a las preguntas generales de la ley o a las preguntas que se formulen durante el interrogatorio. En el momento en el que se adviertan esos conocimientos el tribunal lo expresará para que desaparezca la prohibición del art 368.2 LEC, que señala que *“se inadmitirán las preguntas que no se refieran a los conocimientos propios de un testigo según el artículo 360”*. En este supuesto, el desenvolvimiento de la tacha conforme a las normas de la prueba testifical no es posible, y hay que recurrir a las normas previstas para las tachas en la prueba pericial, que permiten tachar hasta que el juicio o la vista finalicen.

El que presencia o conoce los hechos precisamente a causa de sus conocimientos técnicos: los conocimientos técnicos de este segundo tipo de testigo-perito son ya conocidos por el tribunal en la audiencia previa, o en el momento correspondiente de la vista en el juicio verbal. En este último caso, la tacha específica de los peritos puede proponerse en el tiempo previsto en el art. 378 LEC⁸³.

4.2.3. Características.

Para determinar las características de esta figura, podemos servirnos de las mismas notas que diferencian el testigo del perito:

En cuanto a su condición; el testigo-perito debe ser persona física.

Si prestamos atención al carácter fungible o no del mismo, el testigo-perito es insustituible, ya que tuvo un conocimiento personal de los hechos, por ello podemos afirmar que se trata de una figura subjetivamente infungible. Ahora bien, sus

⁸³ LEC, Art. 378: “Las tachas se habrán de formular desde el momento en que se admita la prueba testifical hasta que comience el juicio o la vista, sin perjuicio de la obligación que tienen los testigos de reconocer cualquier causa de tacha al ser interrogados conforme a lo dispuesto en el artículo 367 de esta Ley, en cuyo caso se podrá actuar conforme a lo que señala el apartado 2 de dicho artículo”.

conocimientos son objetivamente fungibles, ya que los puede poseer cualquier otro técnico de la misma rama del saber humano.

Por otro lado, en relación con esos conocimientos que tiene, el testigo-perito no es llamado por tener un conocimiento especializado, sino por haber presenciado los hechos. En relación con esto, afirma STEIN que la nota definitoria del testigo-perito es que el conocimiento técnico le capacitaba ya en el momento de la percepción para la elaboración de ésta⁸⁴.

Si ponemos el foco en las declaraciones, el testigo-perito declara sobre unos hechos, pero a su vez los analiza y aporta sus máximas de experiencia. Igualmente, deberá prestar juramento, conforme a lo que dispone el art. 365 LEC y responder a las preguntas generales de la Ley, según se determina en el art. 367 LEC, siendo preguntado sobre hechos, dada su condición de testigo, pero además podrá agregar manifestaciones, con relación a esos hechos, derivadas de sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos.

Centrándonos ahora en las garantías de imparcialidad: la parcialidad del testigo-perito solo se pone de manifiesto mediante tacha. En su actuación como testigo podrá ser tachado por las causas previstas en el art. 377 LEC, pero en cuanto actúe como perito, puede también ser tachado por las causas previstas en el art. 343 LEC, conforme a lo determinado en el art. 370.4. LEC. La problemática surge en cuanto al procedimiento para hacer valer la tacha, pues no es el mismo tratándose de un perito (deberá realizarse en la audiencia previa en el juicio ordinario y en el juicio verbal no puede efectuarse después del juicio o vista) que de un testigo (deberá realizarse antes del juicio o la vista). Algunos autores se inclinan por aplicar el procedimiento previsto para las tachas de los testigos⁸⁵, otros diferencian si el testigo-perito es casual o conoce los hechos a causa de sus conocimientos técnicos. En el primero de los casos, se seguiría el procedimiento previsto para las tachas de los testigos y, en el segundo, para las tachas de los peritos.

Por último, si nos referimos a la remuneración, el testigo-perito exclusivamente puede percibir una indemnización por los gastos y perjuicios derivados de su

⁸⁴ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*, tomo II. Madrid, 2001. Pág. 58.

⁸⁵ GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. “La regulación de la prueba en la LEC: cuestiones prácticas”. *Tribunales de Justicia*, 2003, nº1. Pág. 32.

declaración. Cuestión que, a nuestro juicio, parece lógica, ya que no llevan a cabo ninguna función más allá del hecho de responder a las preguntas que se les formulan, por lo que no les correspondería ninguna retribución, a diferencia del perito, que lleva a cabo funciones de investigación, tasación de objetos, valoración de daños y determina el importe de las indemnizaciones.

4.2.4. El investigador privado y su consideración como testigo-perito.

Una parte de la jurisprudencia y de la doctrina discuten sobre la consideración que se debe dar al investigador privado de los artículos 265.1.5º y 380⁸⁶LEC.

Este investigador privado es quien realiza la prueba de informes, considerada como documento en cuanto a la forma y tiempo de su aportación.

Su autor interviene en el proceso en calidad de testigo y así lo dice expresamente el art. 380 LEC⁸⁷, pero esta figura tiene también notas que le hacen asimilarse a un perito. Por ello, algunos autores, como PEITEADO MARISCAL, entienden que debe considerarse al menos como testigo-perito con fundamento a lo siguiente⁸⁸:

El investigador privado es buscado expresamente para que esté en el proceso, igual que se busca a un perito. Así, la prueba de informes es una prueba preconstituida, pensando normalmente en un proceso, cosa que no suele ocurrir con la prueba testifical.

Las respuestas del investigador durante el interrogatorio están relacionadas con un trabajo que previamente ha preparado. En este sentido, el investigador se parece también mucho más al perito, que responde a las cuestiones de las partes sobre su informe. De hecho, el art. 380.1.3º impide que el interrogatorio del investigador se refiera a hechos distintos de los consignados en el informe.

El investigador privado tiene una connotación netamente profesional, como el perito y a diferencia del testigo. Esto se observa en el art. 380.1.2ª LEC, que exige que el investigador acredite antes de proceder al interrogatorio, su habilitación profesional,

⁸⁶ Reiteramos, como todos los textos que contienen esta norma, que el art. 380 LEC tiene una errata y remite al art. 265.4º LEC cuando en realidad se refiere al art. 265.1.5º LEC.

⁸⁷ LEC, Art. 380: “[...] si se hubiesen aportado a los autos informes sobre hechos y éstos no hubiesen sido reconocidos como ciertos por todas las partes a quienes pudieren perjudicar, se interrogará como testigos a los autores de los informes, en la forma prevenida en esta Ley [...]”.

⁸⁸ PEITEADO MARISCAL, Pilar, *El interrogatorio de testigos* en: ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara / CUBILLO LÓPEZ, Ignacio / HINOJOSA SEGOVIA, Rafael / PEITEADO MARISCAL, Pilar / TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil...* op.cit. Pág. 77.

dada por el Ministerio del Interior como detective privado. Igualmente, percibe una retribución por su trabajo, independientemente de su declaración en el proceso, de la misma manera que un perito.

Mientras que el testigo puede ser cualquier persona, no cualquier sujeto puede aportar al proceso un informe escrito de las características de los previstos en el art 265.1.5º.

En otra dirección, hay quienes consideran que se trata de un tercer género con relación a la prueba pericial y testifical⁸⁹ o que, según el caso se tratará de un tipo de prueba u otra. Así, SEGOVIA ARROYO considera que si el informe sólo traslada por escrito lo que el detective vio o escuchó, resulta difícil atribuir a tal informe la cualidad de dictamen pericial. En cambio, si el informe del detective contiene consideraciones técnicas sobre el asunto y materia por él investigados y tales apreciaciones técnicas se apoyan en conocimientos, el mencionado informe podría ser considerado dictamen pericial⁹⁰.

La jurisprudencia entiende que se trata de una prueba testifical que debe ser ratificada en el acto del juicio⁹¹.

A nuestro juicio, bien se podría considerar que el investigador privado entra dentro de la figura “testigo-perito”, en tanto que no solo realiza una declaración sobre hechos que ha percibido, sino que, como se ha dicho anteriormente, debe realizar un informe previo al juicio.

⁸⁹ MORALES PRAT, Fermín / MARCO FERNÁNDEZ, Francisco. “La naturaleza jurídico-procesal del detective privado: el testigo-perito”. *Actualidad Aranzadi*. 1999, nº 236. Págs.1 y 2.

⁹⁰ Es decir, quien esté habilitado por el Ministerio del Interior como detective privado podrá actuar en el marco de un proceso judicial como perito solo si reúne las condiciones que la LEC establece para esta figura y ha sido designado en tal concepto por el juez o Tribunal, pudiendo emitir entonces el correspondiente dictamen pericial Sin embargo, si el detective privado interviene en el proceso con la emisión de un informe escrito de lo que ha visto u oído (apoyado en su caso con filmaciones o grabaciones de sonido y/o imagen) actúa como personal de Seguridad Privada y en calidad de testigo. SEGOVIA ARROYO, José Antonio, *¿Es el informe profesional del detective privado equivalente a un dictamen pericial?*, consultada en: http://www.belt.es/expertos/HOME2_experto.asp?id=3841 (Fecha de consulta: 20/03/2017).

⁹¹ STSJ Valencia, nº 1109/1994, de 1 de junio de 1994, F.J. 2º (AS 1994\2624); STSJ Cataluña, nº 9532/2001 de 4 de diciembre de 2001, F.J. 1º (AS 2002/734).

CAPÍTULO TERCERO. EL ELEMENTO PERSONAL DE LA PRUEBA TESTIFICAL: EL TESTIGO.

1. Concepto y tipos.

Ya en las Partidas se dio una definición a los testigos como aquellos "*omes e mugeres que son atales, que non pueden desechar de preua que aduzen las partes en juycio, para prouar las cosas negadas o dudosas*"⁹².

De otra parte, BENTHAM afirmó que "los testigos son los ojos y los oídos de la justicia"⁹³. Afirmación que entendemos que no es muy acorde a nuestro tiempo, ya que con el paso de los años se han ido incluyendo más medios probatorios, restando importancia a la prueba testifical.

El testigo comenzó siendo un auxiliar; un fiador o un defensor; de ahí la expresión de "testigo de abonamiento"⁹⁴; y de ahí también que en algún país o ciudad estatal, como Venecia, se ordenara que solo los venecianos podían testificar en causas entre venecianos⁹⁵; pero con el andar de los tiempos, de conjuradores, fiadores, auxiliares, han debido convertirse en verdaderos testigos con toda su independencia.

En la actualidad, el TEDH da un concepto autónomo de testigo⁹⁶ para los procesos penales, pero nos centraremos en lo que regula la normativa interna, y además nos referiremos al testigo dentro del proceso civil. A falta de definición legal concreta de "testigo", para determinar su concepto podemos fijarnos en las notas características que recogen sobre él los arts. 360 a 381 LEC y, así, decir que se trata de una persona física⁹⁷, pudiendo ser testigos todas las personas, excepto las que se encuentren

⁹² PARTIDA III, S. XVI en: MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Madrid, 1996. Pág. 237.

⁹³ BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*, tomo II...op.cit. Pág. 93.

⁹⁴ Se utiliza la expresión de "testigo de abonamiento" para referirse a aquel testigo que no tiene tacha legal. SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires, 1979. Pág. 233.

⁹⁵ Véase SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires, 1979. Pág. 234.

⁹⁶ GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, Pedro, *Derecho al interrogatorio de testigos en la Carta DDFD de la UE: un examen a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, en: ARANGÜENA FANEGO, Coral, *Exigencias en relación con la prueba testifical contenidas en el artículo 6.3.D) del CEDH*. Pág. 333.

⁹⁷ El carácter de persona física del testigo se puede observar en el art. 360 LEC (sobre el contenido de la prueba): "Las partes podrán solicitar que declaren como testigos las personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio."

permanentemente privadas de razón o del uso de los sentidos respecto de hechos sobre los que solo se pueda tener conocimiento por dichos sentidos (art. 361 LEC).

El testigo, como ya vimos en el Capítulo I, no puede ser una persona jurídica o ente colectivo, a diferencia del perito. Ello es así, porque la utilidad del testigo reside en la aptitud para obtener percepciones sensoriales⁹⁸.

Cuando son interrogados como testigos los autores de informes escritos, que versan sobre hechos que no han sido reconocidos como ciertos por todas las partes a quienes pudieren perjudicar, no existen dudas sobre su condición de personas físicas, pero en estos casos hay que tener en cuenta las reglas especiales del art. 380.1 LEC⁹⁹.

Por último, debemos volver a reseñar lo recogido en el art. 381 LEC, referente a las respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades públicas, ya que en estos casos, aunque hay un debate doctrinal sobre si se trata de prueba testifical o no, si afirmamos que lo es, estaríamos ante una limitación de la necesidad de que los testigos sean personas físicas¹⁰⁰.

En otro orden de las ideas, el testigo es un tercero en el proceso: la máxima romana *nemo testis in re sua auditur* (ningún testigo en su propio caso se oye) ya se refería a esta necesidad de que el testigo fuese un tercero ajeno al proceso. Actualmente, se observa en el art. 360 LEC, ya mencionado anteriormente. De modo que podemos afirmar que todas las personas físicas que son parte en el proceso declaran a través del interrogatorio de parte (recogido en el art. 301 LEC) y todas las que no lo sean lo harán como testigos. Esto puede plantear algunos problemas, o bien porque los testigos sean los titulares de la relación jurídica material (imaginemos un testigo que, a su vez, ha sido víctima de los hechos que tratan de probarse), o bien por ser terceros aunque

⁹⁸ . Las personas jurídicas no perciben sensorialmente datos o informaciones, solo pueden suministrar informes. RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid, 2011. Pág. 186.

⁹⁹ Improcedencia de la tacha, ratificación previa del informe por su autor y limitación del interrogatorio a los hechos del informe.

¹⁰⁰ GÓMEZ COLOMER considera que es un error legal incluir el art. 381 LEC dentro de la prueba testifical, puesto que no puede existir ésta si no se individualiza en personas físicas, sino en jurídicas privadas y entidades públicas, que no pueden ver como es lógico ni presenciar ningún hecho. Para el autor, podría tratarse más bien de una prueba de informes, si bien ésta no se prevé expresamente en la nueva LEC o de un caso de prueba documental. En cambio, si declarase una persona física que formase parte de esas personas jurídicas sí estaríamos ante una prueba testifical. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “La prueba testifical en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: sus principales novedades respecto de la legislación anterior” en: MONTERO AROCA, Juan. *La prueba...* op.cit. Pág.250.

autores de los hechos sobre los que se interroga a la parte (nos referimos, por ejemplo, a un interrogatorio de parte en el que se le pregunte sobre unos hechos realizados por el testigo). En el último de los casos, la solución viene establecida por los arts. 308 (sobre hechos no personales del declarante) y 309.2 LEC (referente al interrogatorio de personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica).

Por otra parte, en relación con los abogados y procuradores que intervienen en un proceso, pese a que ninguna norma impide expresamente que sean testigos, hay autores que consideran que no pueden intervenir como tales¹⁰¹. Consideración que parece acertada si aplicamos estrictamente esa característica del testigo de “tercero en el proceso”, ya que la representación de las partes no tiene esa cualidad, sino que forma parte e interviene en el proceso.

Por último, en relación con las personas pertenecientes a la Carrera Judicial o MF la jurisprudencia ha establecido que cuando conocen los hechos como particulares pueden ser citados como testigos, pero no cuando se trate de hechos que hubieran conocido por razón de su cargo o sobre los que hubiesen dictado resoluciones. Así, la intervención como testigo es incompatible con la condición de juez en el mismo proceso, de acuerdo con lo previsto en el art. 219.5º LOPJ al preverse como causa de abstención o recusación.

Por otro lado, el testigo siempre declara sobre hechos: al respecto, se establece claramente en el art. 360 LEC que las partes podrán solicitar que declaren como testigos las personas que tengan noticia de los hechos controvertidos.

La utilidad del testigo proviene de que, bien casual, bien intencionadamente, ha tenido conocimiento extraprocesal de unos hechos que, después, adquieren importancia en cuanto son afirmados por una parte en un proceso y han de ser probados en el mismo. A nuestro juicio, esto supone que:

- 1) No importa la naturaleza de los hechos de que conoce el testigo, lo que importa es que el testigo ha de tener un conocimiento histórico de esos

¹⁰¹ Por definición, no puede ser testigo quien sea parte o representante de ella, con cualquier tipo de representación procesal. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. Madrid, 2001. Pág. 619.

hechos, siendo llamado a declarar precisamente porque tiene ese conocimiento¹⁰².

- 2) Los hechos sobre los que el testigo declara son del pasado, no del presente; si los hechos están ocurriendo aún en el momento del proceso, lo procedente será acudir al reconocimiento judicial, puesto que de esta forma el juez podrá conocerlos directamente¹⁰³.
- 3) Normalmente los hechos serán ajenos al testigo, de modo que él será “espectador” de los mismos, pese a que nada impide que en los hechos haya participado el testigo, haya sido “actor”, aunque eso no significa que deje de ser un tercero.

Problema distinto es el cómo ha adquirido el testigo el conocimiento de los hechos que relata. Normalmente el testigo percibe el hecho por sus sentidos, pero también puede darse que el testigo haya tenido conocimiento de los hechos de oídas, con lo que se está ante el testigo de referencia¹⁰⁴.

El siguiente punto al que debemos referirnos es al hecho de que declara en la forma prevista legalmente. Esto es, la declaración de una persona sobre los hechos de que tiene conocimiento se convierte en prueba testifical precisamente cuando esa declaración se produce de modo previsto en la ley para este medio de prueba¹⁰⁵.

¹⁰² De acuerdo con esto, señala la SAP Barcelona, secc. 15ª, nº 420/2013 de 20 noviembre de 2013, F.J.2º (AC 2013\2090) que no se puede considerar como testigo a quien aporta un conocimiento científico y técnico, en vez de un conocimiento histórico sobre los hechos.

¹⁰³ Para ejemplificar, podemos observar como en la STS, Sala de lo Civil, secc. 1ª, nº 644/2016 de 31 octubre de 2016, F.J. 2º (RJ 2016\5100) sobre un litigio en el que se discute la existencia de una donación o de un préstamo la declaración del testigo se basa en manifestar la existencia de una donación, que sería el hecho pasado. A *sensu contrario*, se puede ver el AAP Barcelona, secc. 13ª, nº 574/2008 de 14 de mayo de 2008, F.J. 2º (JUR 2008\317656), que define el reconocimiento judicial como la percepción directa, personal e inmediata por parte del Tribunal, de los hechos objeto de prueba, de forma que entre el juez y el objeto de la prueba no existe (a diferencia de los otros medios) ningún elemento.

¹⁰⁴ Señala ABEL LLUCH que son testigos idóneos tanto aquellos que han tenido conocimiento de los hechos de manera directa, como los que han obtenido un conocimiento de los hechos de forma indirecta, por habérselos referido otra persona. ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho probatorio*. Barcelona, 2012. Pág. 581.

El testimonio de referencia puede tener, a su vez, diferentes grados dependiendo de que el testigo narre lo que personalmente escuchó o percibió de otro, o lo que una tercera persona le hubiera contado. CATALINA BENAVENTE, María Ángeles, *La prueba de testigos*, en: FARALDO CABANA, Patricia / CATALINA BENAVENTE, María Ángeles / CLEMENTE DÍAZ, Miguel, *Falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*. Valencia, 2017. Pág. 122.

¹⁰⁵ Esta nota supone que no estaríamos ante una prueba testifical, por ejemplo, si una persona declara ante notario, expresando el conocimiento que tiene de determinados hechos y luego el acta se presenta en el

En resumidas cuentas, a partir de los caracteres anteriores, podemos definir al testigo como una persona ajena al proceso, que aporta al mismo, declarando sobre ello, unos hechos que ha presenciado (visto u oído) o que le han contado¹⁰⁶. Ahora bien, existe un sinnúmero de definiciones doctrinales, muy similares a la que venimos mencionando, sobre el concepto de testigo¹⁰⁷. Por último, para la jurisprudencia es aquella persona que siendo ajena al proceso, es citada por el órgano jurisdiccional, a fin de que preste declaración de ciencia sobre hechos pasados y que pueden resultar relevantes para el objeto del litigio.

2. Capacidad para testificar e inhabilidades.

La capacidad para testificar está relacionada con los requisitos de admisibilidad del carácter subjetivo de la prueba testifical y se manifiesta en nuestra legislación, con carácter general, en el art. 361 LEC, según el cual:

“Pueden ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de los sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos.

Los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente.”.

A través del precepto, podemos deducir quiénes no tienen capacidad para ser testigos:

En primer lugar, las personas que se hallen permanentemente privadas de razón. La norma se refiere a la incapacidad jurídica, es decir, la declarada judicialmente, pues toda persona mayor de edad es capaz salvo resolución judicial expresa de incapacitación

proceso. SAP Madrid nº 681/1991 de 5 de octubre de 1992, F.J. 2º (AC 1992/1452); SAP Pontevedra, Sección 1ª, nº 652/2005 de 15 de diciembre de 2005, F.J.3º. (JUR 2006/27707).

¹⁰⁶ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “La prueba testifical en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: sus principales novedades respecto a la legislación anterior” en: MONTERO AROCA, Juan. *La prueba...* op.cit. Pág. 249.

¹⁰⁷ Autores como MONTERO AROCA definen al testigo como aquella persona física, tercera en un proceso determinado, en el que declara sobre los hechos de que ha tenido conocimiento previo y lo hace en la forma prevista por la ley. MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil...* op. cit. Pág.393.

Por otra parte también se establece una definición en sentido estricto como el tercero que narra o comunica hechos al juez o investigador en un proceso o en diligencias previas, o que ha sido llamado por el juez con tal finalidad. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II...op. cit. Pág. 63.

(art. 199 CC)¹⁰⁸. Por otra parte, el adverbio “permanentemente”, ya resuelve dudas sobre el problema de las declaraciones testificales de personas en intervalos lúcidos, pues no se hallarían en este caso permanentemente privadas de razón y, por tanto, sí tendrían capacidad para testificar. De este modo, podría ser testigo una persona que padeciese esquizofrenia, siempre que no existiese resolución judicial expresa de incapacitación permanente¹⁰⁹.

En segundo lugar, tampoco tienen capacidad las que se hallen permanentemente privadas del uso de los sentidos respecto de los hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por tal sentido. El precepto se refiere principalmente a personas ciegas y sordas, en cuyo conocimiento de los hechos dependa de la vista y del oído. Así, por ejemplo, quien padezca una ceguera absoluta no podrá ser testigo en relación con hechos que no pueden conocerse sino por haberlos presenciado directamente con la vista; pero sí podrá serlo con respecto a hechos que puedan ser conocidos a través del oído u otro sentido¹¹⁰.

En tercer lugar, los menores de catorce años solo pueden declarar como testigos si, a juicio del Tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente, lo que supone que no están excluidos de serlo¹¹¹. Esta incapacidad relativa del menor de catorce años requiere algunas matizaciones:

Para ser testigo hace falta tener los catorce años en el momento de la percepción sensorial de los hechos, de modo que no sirve serlo en el momento de la declaración.

Se trata de una incapacidad que queda en manos del juez, pues es quien tiene que decidir caso por caso la admisión del testimonio. La Ley no recoge cómo se puede

¹⁰⁸ Esto excluiría a los dementes que pudiéramos llamar de hecho, a pesar de que en estos casos el juez tenga que tener en cuenta las circunstancias que concurren para dar más o menos valor a su declaración. MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil...* op. cit. Pág. 309.

¹⁰⁹ A esto se refiere PICÓ I JUNOY, que entiende que en determinados supuestos límite debería permitirse el testimonio de dichas personas incluso sin la concurrencia de un intervalo lúcido. Por ejemplo, un proceso de incapacitación en el que el juez, para reintegrar la capacidad de una persona declarada incapaz, cree que es necesario tomar declaración a las personas con las que ha convivido en un centro sanitario. PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil...* op. cit. Pág. 89.

¹¹⁰ Se refiere a quiénes tienen la cualidad para ser testigos GARBÉRÍ LLOBREGAT, José. *Derecho Procesal Civil...* op. cit. Pág. 340

¹¹¹ La LEC no es la única norma que recoge la necesidad de oír a los menores cuando tienen suficiente juicio. Con relación a los procesos matrimoniales, también lo hace el C.C. en los arts. 92.2, 154.3, 156.2 y 159 CC y, más en general, el art. 9 de la LO1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Aunque todos estos casos no se refieren a audiencia en calidad de testigo, sino de interesados en decisiones que les afectan, para tener en cuenta la opinión de los interesados directos en las medidas a adoptar.

hacer valer esa incapacidad, pero antes de permitir o prohibir el interrogatorio del testigo menor de catorce años, el órgano judicial puede realizar al mismo algunas preguntas tendentes a determinar su grado de discernimiento, tales como las relativas a si entiende o no las razones por las que ha sido llamado a declarar, o si conoce los efectos que puedan derivarse de su declaración, etc.

El tema ha sido objeto de debate por diversos sectores. Algunos defienden que los menores son incapaces de decir la verdad, porque son incapaces de comprenderla. Así, argumentan su posición basándose en la existencia de estudios en los que se demuestra que debido al estado de formación de la conciencia y mente de éstos es absurdo pedirles un testimonio verdadero ¹¹². No estamos de acuerdo con esta afirmación, ya que si bien es cierto que no tienen una conciencia plenamente desarrollada, también lo es que sí pueden ser capaces de discernir entre la ocurrencia de un determinado suceso u otro e, igualmente, pueden tener capacidad sensorial para apreciar ciertos hechos. Además, el legislador ha establecido, de forma acertada, que se tenga en cuenta en estos casos su capacidad de entendimiento y que se haga siempre con las debidas garantías y protección del menor.

En cuarto lugar, las personas jurídicas tampoco tienen capacidad para ser testigos¹¹³, salvando la excepción o el error del legislador (según algunos autores) del art. 381 LEC.

Asimismo, existen una serie de preceptos especiales en relación con el aspecto subjetivo de la prueba testifical y la capacidad para ser testigos. Entre ellas, el art. 308 LEC, según el cual pueden ser testigos aquellas personas a las que alguna de las partes procesales se remita en el curso de su interrogatorio, aceptando íntegramente las consecuencias de su declaración y siempre que quien haya propuesto la prueba del

¹¹² El niño es propenso a la fantasía y es fácilmente sugestionable, por lo que con ella se puede construir la mentira sugerida. RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: un análisis racional y práctico...* op.cit. Pág. 187

En el mismo sentido se posiciona GORPHE cuando pone el ejemplo de un hombre que discute con su mujer y abandona el domicilio conyugal con sus hijos. Quiriendo divorciarse y pensando que la mejor forma era adquirir prueba de la infidelidad de la mujer (antes existían requisitos para divorciarse), tomó a los niños sugestionándoles para que afirmasen que la madre había sido infiel, amenazándoles con castigos y pegándoles. Finalmente, se demostró que la historia no era cierta. GORPHE, François. *La crítica del testimonio*. Madrid, 2003. Pág.44.

¹¹³ Aquí, nos remitimos a lo ya dicho en el apartado 1. de este mismo capítulo. El que lleva como rúbrica “Concepto y tipos de testigos.” y para mayor abundamiento, es interesante la consulta al siguiente autor: GORPHE, François. *La crítica del testimonio*. Madrid, 1962. Pág.111.

“interrogatorio de parte” no acepte expresamente la sustitución de la parte por el tercero. La siguiente es el art. 309.1, según el cual pueden serlo quienes, habiendo sido con anterioridad representantes materiales de una persona jurídica de la que ya no formen parte, hayan intervenido en los hechos objeto de un procedimiento en el que, en nombre de aquella persona jurídica, hubiera comparecido otro distinto representante material. Por último, nos encontramos con el art. 380.1. LEC, que establece que también podrán ser llamados en la condición de testigos los investigadores privados autores de los informes que las partes hayan aportado al procedimiento en el momento procesal adecuado, con la finalidad de que reconozcan como ciertos tales informes.

Por lo que se refiere al procedimiento a seguir una vez que se conoce la incapacidad del testigo, la LEC no dice nada sobre cómo se puede poner de manifiesto esa falta de idoneidad, pero dado que esta prueba se practica oralmente, no cabe duda de que las partes lo harán saber al comienzo de la misma, si no están ya advertidas al ser designados de acuerdo con lo previsto en el art. 362 LEC.

Una vez que se sabe que el testigo no tiene capacidad para declarar, se excluye a éste de ese deber, inadmitiendo su declaración, de forma que ni siquiera llegará a producirse, a diferencia de la tacha, en la que el testigo ha de declarar sin perjuicio de la valoración que, a su declaración se pueda dar en la sentencia¹¹⁴.

3. Derechos y deberes de los testigos.

3.1. Derechos: El derecho a solicitar una indemnización.

En cuanto a los derechos de los testigos, partimos del art. 375 LEC, que recoge el derecho del testigo, de carácter económico, de reclamar de la parte que le propuso la indemnización que le corresponda por los gastos y perjuicios que le ocasionara su declaración. Conforme a dicho precepto, la indemnización del testigo propuesto por más de una parte se prorrateará entre ellas y en cuanto al importe, se fijará por el letrado de la administración de justicia mediante decreto, una vez finalizado el juicio o la vista¹¹⁵.

¹¹⁴ Sobre la tacha y sus efectos procederemos a hablar en el apartado de este trabajo: “4. El control de la imparcialidad de los testigos: el sistema de tachas”.

¹¹⁵ Sobre la cuantía de la indemnización, véase COROMINAS MEJÍAS, Genoveva, *Cuestiones sobre el interrogatorio de testigos*, en: ABEL LLUCH, Xavier / PICÓ I JUNOY, Joan (dirs.). *Aspectos prácticos de la prueba civil*. Barcelona, 2005. Pág. 361-363. Según la autora, es prudente fijar límites máximos y mínimos respecto a los gastos ordinarios, pero no seguir un criterio rígido en relación con la justificación del importe de los mismos, pues esto puede ocasionar perjuicios para el testigo que, en ocasiones, no

Contra dicha resolución, cabría interponer el recurso ordinario aplicable a los decretos, es decir, el recurso de revisión, dado que no se establece ninguna especialidad. La posibilidad de recurso se reconocerá tanto al testigo, como a la parte que lo propuso, sin que se le exija procurador ni abogado¹¹⁶.

Por lo que se refiere al plazo, la parte cuenta con diez días desde que es firme la resolución para satisfacer la indemnización y una vez transcurrido el tiempo, dice la Ley que el testigo podrá acudir al procedimiento de apremio¹¹⁷.

A su vez, ha sido objeto de críticas el hecho de que no se haya contemplado expresamente, ni en la LEC, ni en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, la exención del pago de las indemnizaciones a testigos cuando la parte goce del beneficio de asistencia jurídica gratuita. No obstante, la mayor parte de la doctrina, con la que coincidimos, considera que debe quedar incluido este gasto en la exención, ya que si no se obligaría a quien goce del beneficio a adelantar injustamente cantidades económicas que en algunos casos podrían ser cuantiosas y, por extensión, porque los honorarios de los peritos sí que están expresamente contemplados¹¹⁸.

3.2. Deberes.

En cuanto a los deberes, la legislación es muy clara al respecto, pues el testigo, sea nacional o extranjero, debe comparecer, jurar o prometer decir la verdad y declarar.

habrá guardado esos justificantes de gastos. Además, debemos tener en cuenta que solo se pueden indemnizar los perjuicios acreditados.

¹¹⁶ Para DÍAZ FUENTES la posibilidad de recurso reconocida tanto al testigo como a la parte y la innecesaria asistencia de representación se justifica por lo previsto en los arts. 23 y 31 LEC, que solo prevén la necesidad de representación procesal y defensa técnica para litigantes, en algunos casos. DÍAZ FUENTES, Antonio. *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil...* op.cit. Pág. 376.

Aunque debemos reseñar que existe jurisprudencia en sentido contrario. De este modo, SAP Madrid, secc. 20ª, de 24 de junio de 2009 (Tol 1574166) considera que es el testigo y no la parte, quien está legitimado para solicitar al tribunal que fije la indemnización correspondiente. Véase MARÍN CASTÁN, Francisco. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II. Valencia, 2015. Pág. 1787.

¹¹⁷ Según DÍAZ FUENTES, se trata de un error del legislador mencionar el apremio, puesto que presupone embargo previo de bienes (art. 634 y ss), que en este caso está sin realizar. “Mejor diría que el auto permitiría el embargo directo y apremio, sin necesidad de demanda ejecutiva ni requerimiento de pago, concordando en esto con el art. 580.” DÍAZ FUENTES, Antonio. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Pág. 376.

¹¹⁸ El art. 375 LEC, de no interpretarse en este sentido, debe ser inconstitucional, por vulneración de los arts. 14 y 24.1, en relación con el art. 119, todos ellos de la CE: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “La prueba testifical en la ley de enjuiciamiento civil de 2000: sus principales novedades respecto a la legislación anterior” en: *la prueba...* op. cit. Pág. 260.

3.2.1. Deber de comparecer.

El art. 292 LEC recoge que el testigo debe comparecer en el lugar y sala en la que se celebre el juicio o la vista, bajo sanción de multa¹¹⁹ y apercibimiento de proceder penalmente contra él por desobediencia a la autoridad. Como se regula en el apartado 3 de ese mismo artículo, si el testigo a pesar de ello no comparece, la suspensión del juicio (procedimiento ordinario), o de la vista (procedimiento verbal) no es automática, sino que lo decide el tribunal mediante providencia, previa audiencia de las partes.

Ahora bien, ¿qué ocurre si el testigo propuesto tiene su domicilio fuera de la circunscripción territorial del juzgado que le cita a declarar? En esos casos, la obligación de comparecer tampoco desaparece, por lo que el testigo deberá acudir al juzgado donde se está siguiendo el proceso (art. 169.4 LEC). Esto puede resultar sorprendente, ya que en la regulación anterior era prácticamente automático que cuando el testigo tenía su domicilio fuera del partido judicial del proceso, se llevase a cabo su declaración mediante auxilio judicial (a través de exhorto). De tal forma que, con esta modificación, se pone de manifiesto la intención del legislador de reforzar el deber de comparecencia. A pesar de esto, el art 169.4.II LEC recoge la posibilidad de tomar declaración mediante auxilio judicial cuando por razón de la distancia, dificultad del desplazamiento, circunstancias personales del testigo o cualquier otra causa de análogas características resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de la persona citada.

Acorde con esto, también es posible la declaración domiciliaria del testigo por causa de enfermedad u otro motivo del art 169.4. II. Esto se hará conforme al procedimiento fijado en el art. 364 LEC, de modo que puede que acudan al domicilio

¹¹⁹ En 2009, se ha elevado la cuantía de la multa, pudiendo imponerse de 180 hasta 600 euros. Para la imposición de esta multa se tienen en cuenta diversos elementos, entre ellos: la petición de la parte proponente de que se suspenda o se interrumpa el juicio y que vuelva a ser citado con el indicado apercibimiento, lo que refleja el interés de la parte en que se practique este medio de prueba por considerarlo esencial para su defensa; o por ejemplo, el número de los testigos comparecidos. Esto es, el grado de necesidad de dicha declaración no prestada. AAP Barcelona, Secc. 18ª, nº 128/2003 de 3 de diciembre de 2003, F.J. 2º, (JUR 2004/ 29083); SAP Pontevedra, secc. 1ª, nº 365/2012 de 27 de junio de 2012, F.J.2º, (AC 2012/503); SAP Madrid, Secc. 19ª, nº 485/2012 de 19 de octubre de 2012, F.J. 2º, (AC 2013/350); SAP Murcia, Secc. 5ª, nº 419/2012 de 20 de noviembre de 2012, F.J. 1º, (JUR 2012/404459). En el ámbito doctrinal, se pronuncia en términos similares GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal civil. El proceso de declaración. Parte general*. Madrid, 2010. Pág.450.

las partes y su representación, pero también el juez puede no considerar prudente su asistencia, atendidas las circunstancias del caso¹²⁰.

Supuesto distinto es que, comunicada a un testigo o a un perito la fecha del juicio, este ponga inmediatamente de manifiesto su imposibilidad de acudir al acto en la fecha prevista. En tal caso, la Ley permite solicitar un nuevo señalamiento art. 183.4 LEC, y el tribunal puede optar, previa audiencia de las partes, bien por efectivamente proceder al señalamiento de una nueva fecha para el juicio, bien por practicar de forma anticipada la prueba propuesta.

3.2.2. Deber de jurar o prometer decir la verdad.

Según el art. 365 LEC, antes de declarar, cada testigo prestará juramento o promesa de decir verdad, con la conminación de las penas establecidas para el delito de falso testimonio en causa civil, de las que le instruirá el tribunal si manifestare ignorarlas. Cuando se trate de testigos menores de edad penal, no se les exigirá juramento ni promesa de decir verdad.

En vista de la norma, se advierte que no existe fórmula para el juramento o la promesa de decir verdad, por lo que puede usarse cualquiera y que las diferencias entre que el testigo “jure” o “prometa” no tienen gran trascendencia¹²¹, sino que lo verdaderamente relevante es que se asuma por éste la obligación de decir la verdad.

El momento en el que se realiza es previo a la declaración, aunque no existe expresa consecuencia jurídica por la falta de juramento o promesa, sin embargo, debe entenderse que equivale a la negativa a declarar. Es decir, la falta de llevar a cabo esta formalidad impide declarar por una causa que depende de la voluntad del testigo¹²².

¹²⁰ En este sentido, la norma no especifica claramente en qué casos o por qué motivos el órgano judicial puede considerar oportuna la asistencia de las partes y la representación al interrogatorio, por lo que se trata de un art. que puede llevar a decisiones tomadas de forma arbitraria. Para algunos autores, como GÓMEZ COLOMER esta norma no asegura el principio de contradicción y es excesivamente vaga. De tal forma que, al no ser controlable, puede llevar a encubrir decisiones arbitrarias. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “La prueba testifical en la ley de enjuiciamiento civil de 2000: sus principales novedades respecto a la legislación anterior” en: *la prueba...* op. cit. Pág. 261.

¹²¹ El hecho de jurar viene de una tradición histórica que vinculaba esta acción con la divinidad. Así, en la actualidad, la RAE define “jurar” en la primera de sus acepciones como “*afirmar o negar algo, poniendo por testigo a Dios, o en sí mismo o en sus criaturas.*” y “prometer” como “*asegurar la certeza de lo que se dice*”. A pesar de esta pequeña distinción, hoy en día se reconocen como sinónimos.

Quizá el legislador del 2000 incluyó el término “prometer” con el fin de evitar la sola existencia de una palabra con connotaciones religiosas.

¹²²COROMINAS MEJÍAS, Genoveva, *Cuestiones sobre el interrogatorio de testigos*, en: ABEL LLUCH, Xavier / PICÓ I JUNOY, Joan (dirs.). *Aspectos prácticos de la prueba civil...* op.cit. Pág. 256.

Como comentamos, en caso de faltar a la verdad, se podrá incurrir en un delito de falso testimonio. La advertencia del juez en este caso, por tanto, debe referirse a lo dispuesto en los arts. 458 y 460 CP. No entrarían dentro del tipo los supuestos de declaraciones falsas equivocadas, cualquiera que sea su causa e inclusive cuando signifique una crasa ignorancia o un descuido inexcusable. Tampoco serían sancionables los errores en los juicios, apreciaciones o deducciones del testigo¹²³. La persecución del delito de falso testimonio no precisa de la autorización previa del juez o tribunal ante el que se prestó la declaración presuntamente constitutiva del delito¹²⁴. Aunque debemos destacar que, quizá debido a la dificultad de dilucidar la existencia o no de falsedad, en la práctica no se suele perseguir este delito. Pese a ello, sí encontramos alguna sentencia en la que se ha condenado por él¹²⁵.

Distinto es el caso de los menores de edad penal, ya que no se requiere la realización de juramento o promesa. Ahora bien, ¿quiénes son los menores de edad penal?: si acudimos a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, tanto en su art. 1, como en su Exposición de Motivos alude a que la mayoría de edad penal se fija que los dieciocho años¹²⁶. También el artículo 19 del CP, según el cual “*los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente*

¹²³ ECHANDÍA DEVIS, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II... op. cit. Pág. 55.

¹²⁴ Según MONTERO AROCA, históricamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo venía precisando dicha autorización, que no está prevista en norma alguna. De hecho, ya en la STC 99/1985, de 30 de septiembre se terminó por calificar como innecesaria. MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil...* op. cit. Pág. 424.

¹²⁵ Un ejemplo es la STS, Sala de lo Civil, Secc.1ª, nº 527/2012 de 23 julio de 2012, F.J.2º, (RJ/2012\8858). En ella se estima un recurso de revisión de una sentencia en la que se condena a un preso por un delito de proposición de asesinato a otro. La prueba de su condena estuvo fundamentada, principalmente, en las declaraciones de un testigo que, posteriormente, fue condenado por delito de falso testimonio. En consecuencia, el TS se declaró la nulidad de la primera sentencia que condenaba al acusado.

Por otra parte, en lo que se refiere al falso testimonio en procesos civiles, también podemos observar la STS, Sala de lo Civil, Secc. 1ª, nº 788/2012 de 14 de diciembre, F.J.2º (RJ/2013\918). En ésta, también se estima un recurso de revisión, como consecuencia de una sentencia dictada en un proceso de divorcio, en la que se tuvo como prueba un testigo falso. En el caso, la demandante debía haber desalojado la vivienda en un plazo determinado, para poder reclamar al demandado las cantidades de la venta del inmueble. En cambio, dicho desalojo no se produjo en la fecha establecida, pese a que dos testigos, su hermana y el supuesto “transportista” de la mudanza, declararon que sí se había ausentado dentro del término, alegando el segundo que no conocía de nada a la demandante. Posteriormente, se descubrió que sí tenía relación con ésta y fue condenado por dicho un delito de falso testimonio, lo que dio lugar a la revisión de la Sentencia.

¹²⁶ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal civil. El proceso de declaración. Parte general...* op.cit. Pág. 450.

con arreglo a este Código”¹²⁷. A pesar de ello, hay quienes afirman que establecer el juramento o promesa a partir de los 18 años es un error y que, el art 365.2. LEC se refiere al menor de 14 años¹²⁸, opinión que nos parece acertada, teniendo en cuenta si se considera que el deber de jurar o prometer se establece a partir de los 18 años, a la persona que se encuentre entre 14 y 18 años tampoco tendría que advertírsele de las penas por falso testimonio, ni sería condenable por este tipo de delito, a pesar de que sí son personas igualmente obligadas a acudir y declarar, ligadas también por el deber de veracidad, de tal forma que sí podrían incurrir en un delito de desobediencia del art. 556 CP, siguiendo lo establecido en el CP y la LO 5/2000.

En cuanto a la trascendencia de prestar juramento o promesa, es bastante discutida. Para algunos autores, se ha convertido en un acto carente de toda importancia, una fórmula que en sus inicios tenía significación religiosa y simbólica y un carácter de llamada a la responsabilidad jurídica por falso testimonio, pero que, en la actualidad, ha perdido ese carácter y apenas se persigue¹²⁹. Frente a esto, hay autores que consideran

¹²⁷ Aunque parte de la doctrina defiende que la mayoría de edad penal no se obtiene hasta los dieciocho, no dejan de negar la existencia de una discordancia entre la capacidad para declarar, catorce años, y la declaración con juramento o promesa, dieciocho años, lo que lleva a que el menor de edad penal que declara no quede sujeto a responsabilidad alguna, y ello a pesar de que la LO 5/2000 se dicta para “*exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales*”. MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil...* op. cit. Pág. 422. Nota 27.

¹²⁸ Dicho sector argumenta que el art 19 CP vigente no dice que los menores de 18 años estén exentos de responsabilidad penal, sino que “*no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código*”, porque lo son a tenor de otra Ley 5/2000, que regula la responsabilidad penal de los menores y cuyo ámbito perfila su artículo 1º. Diciendo que “*se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de 14 años y menores de 18 por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales*”. Luego los menores de edad penal serían actualmente los que no han cumplido catorce años y desde que los cumplan se les tomará juramento o habrán promesa de decir verdad, cuando declaren como testigos. DÍAZ FUENTES, Antonio. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, 2012. Pág. 354.

¹²⁹ Para DÍAZ FUENTES, el juramento viene a ser un acto meramente rutinario y sin solemnidad alguna, innecesario para el testigo sincero e inservible para prevenir el testimonio deliberadamente falso. Por otra parte, según este autor, el delito de falso testimonio apenas se persigue por la dificultad de su prueba, ya que influyen una gran cantidad de factores (como la personalidad del sujeto y las circunstancias de atención, disciplina mental, estado de conciencia, emociones...) que pueden causar errores y desfiguraciones de la realidad, sin ser deliberados. DÍAZ FUENTES, Antonio. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, 2012. Pág. 353.

NIEVA FENOLL considera el juramento como una incomprensible reliquia histórica, que ya no tiene razón de ser hoy en día, toda vez que ya se le apercibe del delito de falso testimonio y, además, ni el juramento, ni la promesa tienen ya otra eficacia que la meramente ritual o, por mejor decir, teatral. NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho procesal II. Proceso civil*. Madrid, 2015. Pág. 232.

que se trata de una formalidad que se debe mantener, porque sí tiene trascendencia¹³⁰. A nuestro modo de pensar, no puede considerarse como un deber de alta importancia, como lo sería, por ejemplo, el deber de decir la verdad, sino más bien se trata de un acto puramente formal que se ha ido manteniendo durante el transcurso de la historia¹³¹, pero que, por lo general, ni evitará el engaño, ni llevará a la sinceridad del testigo.

A nuestro criterio, el deber de decir la verdad plantea dificultades en relación con el objeto sobre el que recae (la veracidad), ya que ¿acaso existe una verdad objetiva? ¿La verdad del testigo va a ser la misma que la de las partes?: En todo proceso, cada individuo vive su situación de manera distinta, por lo que cada persona tendrá su propia verdad y no será igual la veracidad de los hechos para los testigos, que para el tribunal o para las partes. Es por ello no puede haber una verdad absoluta que se base en una visión subjetiva determinada por percepciones o recuerdos¹³².

Por todo, pensamos que esta obligación ha de entenderse en el sentido de que el testigo tiene que declarar lo que considere que es la verdad, porque puede equivocarse de buena fe. Es decir, el testigo comunicará sus percepciones, el proceso por el que se formaron y el resultado que se deriva de sus razonamientos y sus inducciones lógicas, por lo que su deber consiste en exponer lo que considera que es verdad.

3.2.3. Deber de declarar.

Este deber jurídico se recoge en el art. 366 LEC, según el cual los testigos deben declarar de forma separada y sucesiva, por el orden en que vinieran consignados en las propuestas, salvo que el juez tenga motivos para alterarlo. Por otra parte, el mismo

¹³⁰ De esta idea, señala MONTERO AROCA que el acto de juramento o de la promesa no debe convertirse en una trivialidad sin relieve formal; debe intentarse causar en el testigo la impresión de lo que va a hacer es importante y esa importancia se transmite manteniendo el rito, la forma del acto. MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil...* op. cit. Pág. 423.

¹³¹ La exigencia del juramento ya existió en Roma desde tiempos muy antiguos. En la Ley de las Doce Tablas se sancionaba el llamado “perjurio” con la pena capital. Más tarde se le consideró como una especie de falsedad y la pena pasó a ser el destierro o relegación. Después, se dejó la sanción al arbitrio del juez. Constantino renovó la obligación del juramento. En la Ley judía se imponía al perjurio la pena del Talión. Igualmente, en Francia, desde tiempo inmemorial se exigió el juramento a los testigos y a partir de 1531 se castigó el perjurio con pena de muerte, especialmente en el proceso penal. Comenta los antecedentes históricos de la exigencia de juramento. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II... op.cit. Pág. 56.

¹³² Sobre la relación entre verdad y proceso judicial destacamos el libro de lectura “*Ahora que ya no estás*”, en el que el autor incide en que el concepto de “verdad” es distinto para cada persona y que en un proceso, nunca se puede saber lo que sucedió “realmente”, porque no existe una verdad objetiva y única. PÉREZ COLLADOS, José María. *Ahora que ya no estás*. Madrid, 2016. Pág. 130.

precepto señala que no se comunicarán entre sí, ni podrán unos asistir a las declaraciones de otros, llevando a cabo las medidas oportunas para ello.

A lo largo del tiempo, los diferentes autores han considerado al deber de declarar como un deber de derecho público hacia el Estado¹³³. Ello es así porque en el fondo todo proceso persigue un interés público, sea cual sea su clase, ya que todos tienen por fin obtener la justicia y paz social. Por ende, desde el momento en que la persona lleva a cabo la declaración está colaborando con el Estado para obtener esos fines.

En lo relativo al ámbito material del deber de declarar, se trata, naturalmente, de responder a una serie de preguntas sobre las que luego haremos mención, empezando por las generales de la ley y siguiendo por las de las partes y las del juez.

Ante la negativa a declarar (salvadas excepciones), debe realizarse por el juez el apercibimiento de que se puede incurrir por el testigo en un delito de desobediencia a la autoridad, si bien el art. 556 CP es poco expresivo en este concreto sentido.

4. El control de la imparcialidad de los testigos: el sistema de tachas.

4.1. Concepto y regulación legal.

Primeramente, debemos hacer mención a la necesidad de imparcialidad de los testigos. La imparcialidad es un elemento esencial del debido proceso, que afecta a la actitud del juez, pero que se hace extensiva a todo aquel que, no siendo parte, interviene en el proceso. En consecuencia, el juzgador tiene que otorgar más credibilidad al testigo imparcial, es decir, a aquel que nada tiene que ver con el objeto de la discusión procesal, ni con ninguna de las partes contendientes, que al testigo parcial¹³⁴.

¹³³ En primer lugar, TULLIO LIEBMAN lo considera como una obligación jurídica pública impuesta por la ley. TULLIO LIEBMAN, Enrico. *Manuale di diritto processuale civile*, tomo I. Milán, 1959. Pág. 168.

GUASP considera que existe un deber general de testimoniar, necesario para la finalidad pública que el proceso persigue. GUASP DELGADO, Jaime. *Derecho procesal civil...*op.cit. Pág. 378.

Por último, SILVA MELERO alude al deber de declarar como un deber de carácter público y un medio necesario para el ejercicio de la jurisdicción, cualquiera que sea el tipo de proceso. SILVA MELERO, Valentín. *La prueba procesal...*op.cit. Pág. 209.

¹³⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Derecho procesal civil. Procesos declarativos y procesos de ejecución*. Barcelona, 2015. Pág. 345.

Como afirma ALVARADO VELLOSO la imparcialidad no es requisito de existencia del testimonio, sino que atiende a la eficacia del testimonio, a su fuerza de convicción. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *La prueba judicial (reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*. Valencia, 2006. Pág. 118.

Procedimentalmente existen dos formas de evidenciar la parcialidad del testigo; una al inicio de la práctica de la prueba, al hilo de la realización de las preguntas generales de la Ley; la otra con anterioridad a ese momento, mediante la formulación de la tacha del testigo¹³⁵.

A falta de definición legal concreta, elaboraremos un concepto de “tacha” basándonos en lo que ha venido estableciendo la doctrina y jurisprudencia. Así, sin ánimo de extendernos demasiado en su conceptualización, destacaremos el autor CORTÉS DOMÍNGUEZ, que define a la tacha como el incidente procesal cuyo fin es dilucidar si existe o no alguna causa de parcialidad del testigo que no haya sido admitida en las respuestas que éste haya podido dar a las preguntas generales que se contemplan en el art. 367.1 LEC¹³⁶. Sin obviar otras definiciones dadas jurisprudencialmente, como es la de la STS de 21 de diciembre de 1998¹³⁷.

En virtud de lo anterior, a nuestro modo de ver, la tacha es una forma de impugnación de la prueba testifical, que tiene por fin obtener la convicción del juez de que un testigo incurre en un hecho objetivo que le dota de parcialidad. En efecto, la finalidad de la tacha no es inhabilitar al testigo de dar testimonio, sino que aquí se trata de destruir éste porque no merece confianza¹³⁸. Las tachas llevan solamente a que el

¹³⁵ La SAP Vizcaya, secc. 5ª, nº 48/2017 de 15 de febrero de 2017, F.J.2º, (JUR 2017\115182) señala que el art. 344.2 LEC, al que se remite el art. 379.3, prevé que el tribunal tenga en cuenta la tacha y su eventual negación o contradicción en el momento de valorar la prueba, pero no exige que resuelva el incidente de tacha. Solamente cuando considere que la tacha no solo no concurre sino que además menoscaba la consideración profesional o personal del testigo, declarará, mediante providencia, la falta de fundamento de la tacha, y si apreciase temeridad o deslealtad procesal en la tacha, a causa de su motivación o del tiempo en que se formulara, podrá imponer a la parte responsable una multa.

¹³⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín / MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal civil. Parte general*. Valencia, 2015. Pág.256.

Otros autores, como RIVERA MORALES, definen la tacha como la forma de impugnar a los testigos de la contraparte a través de la imputación a éstos de un hecho determinado que hace sospechosa su declaración de inverosimilitud o de parcialidad. RIVERA MORALES, Rodrigo, *La prueba: un análisis racional y práctico...* op.cit. Pág.190

¹³⁷ La STS nº 1217/1998 de 21 de diciembre de 1998, F.J.1º (RJ 1998/9562) ya estableció que la tacha de testigos no era un medio de prueba, sino que más bien operaba como precaución o advertencia que la Ley autoriza en cuanto a la valoración de las declaraciones testificales que puedan estar afectadas de parcialidad y por ello no ser veraces

La AP de Madrid define la tacha como una denuncia o sospecha efectuada por una parte que el Tribunal debe de valorar según las reglas de la sana crítica, lo que no significa que su declaración sea rechazada de plano por el simple hecho de haber sido tachado, pues de acogerse esta última tesis, bastaría con tachar los testigos y peritos propuestos por la parte contraria para que tales pruebas quedasen sin eficacia probatoria. SAP Madrid, Secc. 9ª, nº 236/2015 de 2 de junio de 2015, F.J. 2º. (JUR 9139/2015).

¹³⁸ Las tachas formuladas sirven para denunciar y acreditar determinadas circunstancias concurrentes en el testigo, previstas en la LEC, que permiten, en atención a las mismas, cuestionar la declaración testifical, o al menos, advertir al Juez que la aprecie con cautela, pero que, en modo alguno, la anulan, si el juzgador

Juez observe la concurrencia de una circunstancia en virtud de la cual una persona es sospechosa de parcialidad en la declaración testifical¹³⁹. Además, debemos tener en cuenta que la formulación de la tacha, incluso en el caso de que la parte contraria se opusiera a ella, no supone que el juez dicte resolución alguna¹⁴⁰.

Hay quienes opinan que la figura de tacha, en la actualidad, es carente de sentido¹⁴¹. A nuestro juicio, se trata de una figura de gran trascendencia, que supone que el juez pueda tener más en cuenta dicha situación y observar de forma más detallada si el declarante es imparcial o no. Pese a que, posteriormente, deba decidir de acuerdo con los criterios de libre valoración de la prueba.

4.2. Sujetos.

El siguiente punto sobre el que debemos hacer hincapié es la determinación de quiénes son los sujetos de la tacha. Es decir, quién realiza esta y sobre quién recae.

Históricamente, el proverbio “*testem, quem productum, reprobare non possum*”, determinaba que la parte que presentaba al testigo no podía tacharlo. Igualmente, en nuestro sistema actual, en principio, solo puede tachar a un testigo la parte contraria que lo ha propuesto, pues si una parte sabe de la posible parcialidad de una persona, lo lógico es que no la proponga como testigo. Sin embargo, el art. 377.2 LEC admite la tacha del testigo por la parte que lo ha propuesto si, con posterioridad a la proposición

valorándola conforme a los postulados de la sana crítica está convencido racionalmente de su consistencia y fiabilidad. SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*. Aranzadi, 2007. Pág. 424.

¹³⁹Así, en relación con la tacha, nos encontramos la SAP León nº 456/2002 de 21 de noviembre de 2002, F.J. 2º (JUR 2003/63608), en la que se desestima un recurso de apelación interpuesto contra un auto por una supuesta infracción del art. 377 LEC en relación con el 24 CE. El fundamento de éste viene a ser que uno de los testigos del caso mantenía una relación de consanguinidad de cuarto grado con la parte ejecutante y el recurrente alega que no se tuvo en cuenta la tacha efectuada. En cambio, en la Sentencia se afirma que el juzgador, al valorar el testimonio sí tiene en cuenta tal circunstancia, pero valora también el resto de declaraciones y medios de prueba. Además, en ella se confirma la base jurisprudencial de que la tacha no impide al juzgador estimar, en todo o en parte, el valor probatorio de las declaraciones de tales testigos.

En el mismo sentido se pronuncia la AP Salamanca, según la cual, pese a que la testigo fue tachada por razón de parentesco, su declaración viene a corroborar lo que resulta de la prueba documental. SAP Salamanca nº 5/2014 de 14 de enero de 2014, F.J. 2º (JUR 2014/41613)

¹⁴⁰GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. “La prueba testifical en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: sus principales novedades respecto a la legislación anterior” en: *la prueba...* op.cit. Pág. 256.

¹⁴¹Aunque la LEC mantiene esta clásica institución, se ha apuntado que la tacha no es una auténtica necesidad, sino que se debe a un cierto apego a nuestra tradición procesal. De este modo, dicho sector doctrinal opina que ya no tiene sentido, debido a la existencia de la libre valoración de la prueba y las reglas de la sana crítica. PINO ABAD, Manuel. *La tacha de testigos en su evolución histórica hasta la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Córdoba, 2002. Pág. 204.

llegare a su conocimiento la concurrencia de alguna de las causas de tacha, para evitar que le pueda perjudicar irremediabilmente su declaración, lo cual es novedad en esta materia¹⁴².

Pues bien, ¿contra quién procede la tacha? Es fundamental para responder a esta pregunta determinar cuál es su fundamento o su núcleo: la posible falsedad de la declaración. Es decir, la finalidad de la tacha es impugnar la parcialidad o falsedad del testigo o su declaración. Consecuentemente, la tacha no solo procede contra la persona del testigo por considerar que tiene circunstancias personales que lo inclinan a favorecer a alguna de las partes, sino también contra la propia declaración.

4.3. Objeto y causas.

Como bien es sabido, el objeto sobre el que recae la tacha son las declaraciones de los testigos, pero existen una serie de causas que permiten llevarla a cabo y se recogen en el art. 377 LEC:

La primera de ellas es ser o haber sido cónyuge¹⁴³ o pariente por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado civil de la parte que lo haya presentado o de su abogado o procurador o hallarse relacionado con ellos por vínculo de adopción, tutela o análogo.

En segundo lugar, se encuentra ser el testigo, al prestar declaración, dependiente del que lo hubiere propuesto o de su procurador o abogado o estar a su servicio o hallarse ligado con alguno de ellos por cualquier relación de sociedad o intereses¹⁴⁴.

¹⁴² La fundamentación de esta inclusión radica en preservar la buena fe procesal de la parte proponente e ignorante de una causa de tacha, que la descubre con posterioridad a la proposición del testigo. ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho probatorio*...op.cit. Pág. 594.

¹⁴³ Ser pareja estable aunque no está incardinado dentro del art., sí que se puede incluir al amparo de lo que recoge el art. 367.2 LEC. La jurisprudencia ha añadido que no podemos considerar desacertado el criterio de incluir dentro de la causa de tacha a la pareja estable, por cuanto en otro ámbito, en penal, existe cierta jurisprudencia que incluye los supuestos de convivencia análogos al matrimonio entre las exenciones a declarar prevenidas en el art. 416.1º LECRIM, pese a no estar previstos expresamente en la norma. SAP Madrid (Sección 9ª) núm. 131/2004 de 27 de febrero de 2006. F.J.2º (JUR 2004\238910). Además, el parentesco puede ser actual o pasado (“ser o haber sido cónyuge...”), incluyéndose los supuestos de ruptura por una sentencia de divorcio. ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho Probatorio*. Barcelona, 2007. Pág. 593.

¹⁴⁴ Para MONTERO AROCA esta causa comprende dos circunstancias: 1) Relación de sociedad o interés: se refiere, no tanto la condición de socio de la sociedad persona jurídica que litiga, como la relación entre dos personas físicas. La jurisprudencia, define ese interés como los beneficios, ventajas o perjuicios que para el testigo puedan derivarse del resultado de la *litis*. SAP Pontevedra, nº 1045/1997, de 25 de junio de 1997, F.J.4º (La Ley, 1997, 9094). Un ejemplo de esto sería un proceso de propiedad horizontal, en el que se presenten como testigos a los vecinos que integran la comunidad de propietarios.

La tercera es tener interés directo o indirecto en el asunto de que se trate. En el sistema del CC y de la LEC de 1881 se distinguía entre interés directo, que daba lugar a la inhabilidad para declarar, e interés indirecto, que era causa de tacha, por lo que era necesario establecer claramente la distinción. Actualmente, las dos causas se conciben de tacha¹⁴⁵.

El cuarto supuesto es ser amigo íntimo o enemigo de una de las partes o de su abogado o procurador. Ahora bien, igual que en el resto de los casos y, tal y como ha venido considerando la jurisprudencia¹⁴⁶, la existencia de esa relación no supone siempre causa de tacha.

La quinta causa de tacha es haber sido testigo condenado por falso testimonio. Esto implica, por lo tanto, la condena por sentencia penal firme por un delito del 458 CP.

Por último, debemos apreciar que la literalidad del art. 377 LEC, que no recoge ninguna cláusula abierta en el sentido de poder alegar “cualquier otra circunstancia” o similar, por lo que parece que el legislador haya querido establecer un *numerus clausus* de circunstancias que permiten a las partes acudir al mecanismo de la tacha.

Su declaración se ha admitido como testifical en cuanto suelen ser los únicos que, de forma directa, conocen los hechos, aunque pueden estar interesados en el pleito, lo que se tendrá en consideración al valorar la prueba.

2) La segunda circunstancia a la que se refiere el autor es la de dependencia: Por tal se entenderá el prestar habitualmente servicios retribuidos, aunque no exista contrato de trabajo. Esta situación de dependencia como causa de la tacha ya se incluía en la normativa anterior, pero se ha suprimido su definición legal.

MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil...* op.cit. Pág. 404.

¹⁴⁵ La AP de Cádiz señala que una de las novedades de la nueva LEC ha sido la de terminar con esta clásica distinción tacha-causa de inhabilidad para aunar dentro del concepto de tachas todas las circunstancias que, en principio, pueden dar lugar a sospechas de la parcialidad de un testigo. SAP Cádiz de 30 de abril de 2002 (JUR 2002 / 168743).

¹⁴⁶ La AP León, en su Sentencia de 22 de julio de 2013, respecto a esta causa relativa a la relación de amistad del testigo con la parte que lo propuso argumentó que la genérica expresión; ser amiga de la familia, no supone causa de tacha, si su declaración no es interesada y es considerada por el tribunal como espontánea y sincera y corroborada por los demás testigos de la parte demandada. SAP León, Secc. 1ª, nº 328/2013 de 22 de julio de 2013, F.J. 2º (AC 2013/1659).

En otras, como la SAP Navarra de 23 de mayo de 2003, aunque no se llegó a considerar probada la enemistad, sí que se tuvo en cuenta a la hora de llevar a cabo la valoración el hecho de que finalizase con desavenencias la relación profesional de quince años mantenida entre el testigo y la parte. SAP Navarra, secc. 2ª, nº 123/2003 de 23 de mayo de 2003, F.J.3º (JUR 2003/167549).

4.4. Procedimiento.

4.4.1. Momento procesal para alegar la tacha y forma.

Como punto de partida en el estudio del procedimiento de la tacha, creemos necesario hacer referencia, en primer lugar, al momento en el que debe proponerse. Para ello, no debemos obviar la referencia del art. 378 LEC, que indica que las tachas habrán de formularse desde el momento en que se admita la prueba testifical y hasta que comience el juicio (en el ordinario), o la vista (en el verbal).

La problemática que se plantea en relación con este tema no es tanto la proposición de la tacha en el juicio ordinario, ya que en ese caso se puede proponer desde la audiencia previa hasta el juicio, sino que el debate se refiere, más bien, a los supuestos de juicios verbales, ya que en ellos, como afirma SANJURJO RÍOS, la proposición, admisión y práctica de la prueba en un mismo acto implica la imposibilidad de que las partes cumplan lo previsto en el art. 378 LEC¹⁴⁷. Como consecuencia de esta situación, la doctrina ha adoptado diversas posturas: GONZÁLEZ GRANDA, recogiendo las soluciones dadas por vía de interpretación judicial, indica que la proposición de la tacha debe ser inmediata y ha de practicarse la prueba de forma coincidente en el acto de la vista, debiéndose resolver en la sentencia al tiempo de su valoración. Ahora bien, si es preciso practicar prueba para acreditar la tacha y siempre que la declaración de ese testigo sea insustituible y necesaria, deberá interrumpirse la vista¹⁴⁸. A *sensu contrario*, CASAS COBO considera que la tacha debe realizarse en el momento en que se proponga el testigo que no haya sido citado judicialmente, pero no debería ser posible aportar pruebas sobre la tacha si no se dispone en la vista de ellas. Así, el autor considera dudoso que una cuestión tan “accesoria” pudiera justificar la interrupción de la vista con la dilación que ello conlleva¹⁴⁹.

En cuanto a la forma en la que se lleva a cabo, debemos otra vez diferenciar si estamos ante un juicio ordinario o juicio verbal. En el juicio ordinario, podrá hacerse oralmente en el mismo momento de la audiencia previa o por escrito entre

¹⁴⁷ SANJURJO RÍOS, Eva Isabel. *El procedimiento probatorio en el ámbito del juicio verbal...* op.cit. Pág. 239.

¹⁴⁸ GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. “La regulación de la prueba en la LEC: cuestiones prácticas”. *Tribunales de Justicia*, 2003, nº 1. Pág.32.

¹⁴⁹ CASAS COBO, Pedro Antonio. “La preparación de la prueba en el juicio verbal de la LEC 1/2000”. *Revista del Poder Judicial*. 2002, nº 67. Pág. 406.

la audiencia previa y el juicio. A diferencia, en el juicio verbal, como la proposición y admisión se hacen en la vista, solo podrá formularse de modo oral.

4.4.2. Alegación, práctica de prueba de la tacha y valoración.

El primer punto importante sobre el que debemos incidir, es que existe una correlación entre las preguntas generales de la Ley del art. 367 con las causas de las tachas. Esto implica que si el testigo al contestar estas preguntas reconoce que existe un hecho que determina una de esas causas, no habría lugar a alegar tachas posteriormente. Ahora bien, si por el contrario no se pone de manifiesto la parcialidad del testigo con las preguntas generales, sí podría existir tacha. Además, debemos añadir que tampoco es imprescindible que se use este mecanismo para advertir al juez sobre la parcialidad del testigo¹⁵⁰.

Una vez que las partes deciden hacer uso de este mecanismo con su oportuna proposición o alegación (oral o escrita), pueden proponer también la prueba conducente a justificarlas, excepto la testifical (art. 379.1. LEC)¹⁵¹.

En el juicio ordinario, si alegada la tacha de un testigo, las demás partes no se opusieren a ella dentro del tercer día siguiente a su formulación, se entenderá que reconocen el fundamento de la tacha. Si se opusieren, alegarán lo que les parezca conveniente, pudiendo aportar documentos (art. 379.2 LEC)¹⁵². Por otro lado, en el

¹⁵⁰ Como señala la SAP Murcia, Secc. 5ª, nº 359/2005 de 24 de noviembre de 2005, F.J. 1º (AC 2005\2356), pese a no haber reconocido la parte las causas de la tacha o pese a que no haya propuesto en forma o tiempo la tacha, se puede advertir al Tribunal alguna circunstancia que pudiera afectar a su imparcialidad, sobre la que será preguntado el testigo por el Tribunal si lo considera conveniente a los efectos de la mejor valoración de la imparcialidad de su testimonio. De forma que no puede considerarse que sea imprescindible la tacha para advertir sobre la posible parcialidad del testigo.

¹⁵¹ La exclusión de la prueba testifical es una novedad, puesto que el anterior art. 662 LEC de 1881 permitía cualquier medio de prueba, incluyendo éste. Para algunos, la razón de ser puede residir en evitar una clara confrontación personal entre el testigo tachado y el que testifica para demostrar la tacha. Otros opinan que la exclusión de ese medio de prueba está plenamente justificada para algunas causas de la tacha (caso del parentesco), pero para otras (como la amistad o enemistad) tiene muy difícil justificación al ser contraria al derecho a la prueba. MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil...* op.cit. Pág. 418 (nota 23).

¹⁵² Aunque la oposición a la tacha debe hacerse en el plazo de tres días, el art. 378 LEC admite que se formule la tacha “hasta que comience el juicio”, con lo que se cuestiona si no se establece un momento preclusivo anterior que sería el de los tres días anteriores al mismo para que pudiera proponerse la tacha. Además, la persona que niega la tacha puede aportar documentos que lo justifiquen, por lo que si se alega en el propio juicio, quedaría privado de esta posibilidad, ya que por lo general no tendría dicha documental preparada.

En este sentido, se han dado dos soluciones: dar traslado de la tacha a las demás partes al inicio del plenario como una especie de cuestión previa; o suspender el juicio para garantizar el plazo de tres días.

juicio verbal no será dentro del tercer día cuando se entiende que reconocen el fundamento de la tacha, sino en el acto de la vista.

Las tachas no tienen otro trámite que el de la prueba de las causas que se alegan, si se solicita la misma, y se oponen las demás partes a su reconocimiento, siendo en sentencia donde el juez debe valorar la tacha alegada y la importancia del testimonio del testigo tachado.

Por lo que concierne a la valoración de la tacha, el juez deberá valorar el testigo *suspectus* teniendo en cuenta la tacha y su resultado, esto es, el reconocimiento u oposición al motivo de tacha, y podrá otorgar credibilidad al testigo tachado, siempre que adquiera el convencimiento que ha declarado verazmente, siquiera para ello será conveniente una motivación reforzada.

CAPÍTULO CUARTO. EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO DE LA PRUEBA TESTIFICAL.

1. La proposición de la testifical en los distintos tipos de procedimientos declarativos ordinarios.

Una vez conocidos con exactitud los extremos que deben ser objeto de prueba, es necesario proponer los medios más adecuados para constatar lo que se pretende acreditar, lo que se llevará a cabo a través de la proposición de las pruebas.

En la mayoría de los casos, la iniciativa de la actividad probatoria corresponde a las partes. Así lo señala el art. 282 LEC. Sin embargo, también admite el citado precepto la posibilidad de que el tribunal pueda acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios probatorios cuando así lo establezca la Ley.

La proposición de prueba se realiza mediante un escrito, en el que la parte elige, dentro de las posibilidades legales, aquellos medios de prueba que considera que van a resultar beneficiosos para acreditar los hechos sobre los que se fundamentará su pretensión¹⁵³.

NIÑO ESTEBANEZ, Roberto, *Las tachas de los testigos* en: TORIBIOS FUENTES, Fernando. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, 2012. Pág. 607.

¹⁵³ GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *El objeto de la prueba en el proceso civil...* op.cit. Pág.241.

La normativa general sobre esta materia se regula en los arts. 284 y ss. de la LEC. En ella, se señala que la forma de proposición de la prueba se debe hacer de manera separada y, siempre que sea posible, identificando a las personas que hayan de ser citadas, en su caso, para la práctica de cada medio de prueba.

Por lo que se refiere a la proposición de la prueba testifical, creemos conveniente señalar el momento y la forma en la que debe proponerse, haciendo una distinción entre el juicio ordinario y el juicio verbal¹⁵⁴.

1.1. En el juicio ordinario.

El momento oportuno en el que debe proponerse la testifical, igual que el resto de medios de prueba, es en la audiencia previa, de acuerdo con lo previsto en el art. 429.1. LEC. Pese a ello si el tribunal considera que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esa manifestación, el Tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. Y, en esos casos, las partes podrán completar o modificar su proposición de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal¹⁵⁵.

¹⁵⁴ SAP A Coruña, secc. 3ª, nº 297/2014 de 10 octubre de 2014, F.J.2º (JUR 2014\273283) señala que la proposición de prueba debe revestir una forma, conforme a cada una de las fuentes probatorias de las que pretende valerse y debe proponerse en el momento procesal hábil. Fuera de ese momento de proposición de prueba, sólo por causas tasadas pueden proponerse prueba documental (no otra clase de prueba) en casos excepcionales.

¹⁵⁵ Se trata de una facultad excepcional que, en principio, sería contradictoria con lo dispuesto en el art. 282 LEC, que se refiere a la iniciativa probatoria de las partes en el proceso civil. De esta forma, es difícil encontrar casos en los que el tribunal se inclina por empujar a las partes, o a una de ellas, a que proponga más pruebas y aporte las razones de su opinión. De hecho, sólo ha sido utilizada en los casos en que existe una especial naturaleza en el objeto del proceso, en atención a los intereses tutelados, como sería, por ejemplo, un proceso de menores. TORIBIOS FUENTES, Fernando. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valladolid, 2014.

La jurisprudencia señala que las partes no infringen la norma por no ejercitar esa difícil facultad de integración de la prueba, que no impone al juez el deber de controlar la suficiencia probatoria en la fase de la audiencia previa, ni existe una garantía absoluta que, aun con indicación de insuficiencia probatoria, las nuevas pruebas acrediten los hechos controvertidos. También hace referencia a que se trata de una facultad excepcional del tribunal, que no está obligado a emplear para suplir la inactividad de la parte y que debe ser utilizada con prudencia. SAP Alicante, Secc. 8ª, de 11 de noviembre 2010, F.J. 1º (JUR 2011\64569). En los mismos términos se pronuncia la SAP Cádiz, Secc. 5ª, de 14 de octubre de 2010, F.J. 2º (JUR 2011\71538), según la cual, la iniciativa probatoria es una facultad, que no obligación, del Juez de instancia en torno a la actividad probatoria, que no elimina la vigencia y aplicación del principio de

En cuanto a la forma, el art. 429.1 LEC ha sido objeto de reforma por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que mantiene que la proposición debe hacerse de forma oral, pero añade la obligatoriedad de las partes de aportar en el acto un escrito detallado de la misma, pudiendo completarlo durante la audiencia. El hecho de no presentar el escrito no dará lugar a la inadmisión de la prueba, siempre que se presente en el plazo de los dos días siguientes desde la proposición de la prueba¹⁵⁶. A nuestro juicio, esta modificación ha adaptado a la legislación una práctica que ya venía ejecutándose y ya se extendía entre los distintos órganos judiciales. Tan es así que, en relación con el tema que nos ocupa, una vez propuestos los testigos, ya se solía aportar un escrito en el que constaban sus datos para facilitar la labor de los jueces y Tribunales.

Además, no debemos olvidar que, de acuerdo con el art. 284. II LEC, las partes tienen la carga procesal al proponer a los testigos, de indicar todos los datos de los que dispongan para la correcta designación de los mismos (nombre, apellidos, profesión, domicilio o residencia, cargo que ostentan, etc.) y el lugar donde puedan ser citados, así como cuáles se comprometen las partes a presentar en el juicio y cuales han de ser citados por el tribunal. Recoge el mentado precepto que, si en el momento de la audiencia la parte no dispusiere de los datos de identificación del testigo, podrá aportarlos al tribunal dentro de los cinco días siguientes. Ahora bien, se nos plantea la duda de si ello no sería contradictorio con el art. 429.I. LEC que, en razón de la nueva reforma, prevé un plazo de dos días desde la audiencia para presentar un escrito con los detalles de la prueba. En cualquier caso, pensamos que este último plazo se refiere más bien al hecho de que se presente el escrito sobre la prueba a realizar, pero no es necesario que se incluyan todos los datos del testigo, para lo que sí existirá un plazo de cinco días, que será más beneficioso para la parte que lo presente.

1.2. En el juicio verbal.

En el juicio verbal, la proposición se lleva a cabo de forma marcadamente diferente a cómo se realiza en el juicio ordinario. Tanto es así que existen dos momentos sobre los que conviene hacer hincapié: el primero de ellos es un acto preparatorio,

que en el proceso civil la iniciativa probatoria incumbe a las partes ni de las normas sobre la carga de la prueba.

¹⁵⁶ Las razones que justifican este acto se encuentran en el Preámbulo de la Ley 42/2015, que establece que la aportación de esta minuta en la proposición de la prueba tiene por fin favorecer el desarrollo de los trámites posteriores, al no estar ya presente en el acto el letrado de la administración de justicia.

donde el juzgado cita a los testigos; el segundo, sería la proposición en sentido estricto, que se realiza en la vista¹⁵⁷.

En primer lugar, de acuerdo con el art. 440.1 LEC, en la citación a la vista se indicará a las partes que, dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la citación, deben señalar las personas que han de ser citadas por el letrado de la administración de justicia para que declaren como testigos, facilitando todos los datos y circunstancias para llevar a cabo la citación¹⁵⁸. Este período de tiempo es consecuencia de la nueva reforma de la LEC operada por la Ley 42/2015, que además de incluir a los peritos en las citaciones, amplía el plazo recogido anteriormente, que era de tres días. Parece razonable, pero quizá insuficiente esta ampliación, ya que realmente pocas personas acudirán a un abogado en el momento en el que reciban la citación y aunque lo hiciesen, el periodo para decidir correctamente qué personas deben declarar en calidad de testigos, así como conseguir sus datos, sigue siendo muy breve.

En segundo lugar, el art. 443.3 LEC prevé que la proposición se lleve a cabo en el acto de la vista.

En cuanto a la forma, la proposición se llevará a cabo de acuerdo con los trámites del art. 429.1 LEC, por lo que se realiza de forma oral y las partes tienen la obligación de aportar en el acto un escrito detallando la prueba. Por último, es importante advertir que, aunque el art. 429.1. LEC se refiere al juicio ordinario, en este caso, se aplica debido a la remisión hecha por el art. 443.3 LEC¹⁵⁹.

1.3. Limitación al número de testigos.

La práctica llevada a cabo por los jueces y tribunales durante la vigencia de la LEC de 1881, tendente a la limitación del número de testigos, motivó la regulación de

¹⁵⁷ FLORS MATÍES señala la existencia de este régimen procedimental diferente según se trate del juicio ordinario o del juicio verbal, reseñando las particularidades de la proposición de cada medio de prueba en particular. FLORS MATÍES, José. *GPS procesal civil*. Valencia, 2017. Pág. 642 y 643.

¹⁵⁸ Para MONTERO AROCA es difícil saber si esa petición de que sean citadas unas personas es propiamente una proposición de prueba testifical y entiende que no se puede considerar como tal, pero puede entenderse que esa proposición está implícita. MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil...*op.cit. Pág. 428.

¹⁵⁹ En su obra, TORIBIOS FUENTES, además de señalar la remisión del art. 443.3 LEC al art. 429.1. LEC, señala su desacuerdo con la aplicación analógica de las disposiciones del juicio ordinario en el juicio verbal. En concreto, se refiere a aquellos casos en los que se acude a los preceptos del juicio ordinario y el Legislador no lo ha recogido de forma expresa. TORIBIOS FUENTES, Fernando. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*op.cit. Pág. 748.

este tema durante la tramitación legislativa de la Ley actual¹⁶⁰. El texto originario del art. 363 LEC, solo contenía el primero de los dos párrafos actuales y con una pequeña variante¹⁶¹. A su redacción se plantearon tres enmiendas¹⁶², que se incorporaron parcialmente a la regulación actual, dando lugar a la siguiente norma:

“Las partes podrán proponer cuantos testigos estimen conveniente, pero los gastos de los que excedan de tres por cada hecho discutido serán en todo caso de cuenta de la parte que los haya presentado.

Cuando el tribunal hubiere escuchado el testimonio de al menos tres testigos con relación a un hecho discutido, podrá obviar las declaraciones testificales que faltaren, referentes a ese mismo hecho, si considerare que con las emitidas ya ha quedado suficientemente ilustrado.”

En consecuencia, sería correcto afirmar que no existe un límite *strictu sensu* al número de testigos que pueden proponer las partes. Si bien es cierto que el art. 363 LEC lleva por rúbrica “limitación al número de testigos” también lo es que, posteriormente, la redacción añade que las partes podrán proponer cuantos testigos estimen conveniente.

Ahora bien, se advierten restricciones al número de testigos desde el momento en que se señala que si una parte propone a más de tres por cada hecho discutido, estará obligada a abonarles dichas cantidades en todo caso. Es decir, con independencia de que obtenga un pronunciamiento judicial favorable en materia de costas procesales¹⁶³. A

¹⁶⁰ Como señala MANRESA Y NAVARRO, el art. 645 de la LEC de 1881 no contenía una limitación al número de testigos, sino una especialidad que se refería a que, a partir de determinado número, las costas producidas lo eran a cargo de la parte que los presentaba. MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III. Madrid, 1887. Pág.322.

¹⁶¹ La primera redacción del art. 363 LEC era la siguiente: “las partes podrán proponer cuantos testigos estimen conveniente, pero las costas y los gastos de los que excedan de tres por cada pregunta admitida serán en todo caso de cuenta de la parte que los haya presentado. Se suspende así el efecto de la condena en costas, al igual que del beneficiario de justicia gratuita”.

¹⁶² En primer lugar, la enmienda 1.225 del Grupo parlamentario Catalán estimaba que la regulación de los gastos limitaba la eficacia del derecho a la prueba y favorecía a las partes económicamente más poderosas, pues éstas no tendrían problema para articular toda la prueba testifical que quisiesen; proponiendo, por tanto, que rigiesen las normas comunes en materia de costas. Por otra parte, la enmienda 371 del Grupo socialista que proponía tres testigos por cada cuestión admitida, en vez de por cada pregunta. Y, finalmente, la enmienda 1.552 del Grupo Federal de Izquierda Unida propuso que, independientemente del número de testigos oídos, si el juez estimaba que estaba suficientemente ilustrado sobre los hechos, pudiese prescindir del resto, aunque fuesen admitidos.

¹⁶³ Según GIMENO SENDRA, existe en realidad no una limitación jurídica, pero sí desde un punto de vista fáctico. Esto es así, porque desde un punto de vista práctico no conviene proponer más de tres testigos para que declaren sobre los mismos hechos controvertidos. GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal civil. El proceso de declaración. Parte general...* op.cit. Pág. 448.

nuestro juicio, esto puede llegar a ser beneficioso en el sentido de evitar que se propongan testigos quizá innecesarios y se pueda obtener una mayor agilización de los procesos. Aunque el hecho de que se sitúe en tres y no en seis (como recogía la LEC 1881), puede suponer que los testigos propuestos no sean suficientes para lograr el esclarecimiento de los hechos.

Por otra parte, cuando el Tribunal lo considere oportuno, inadmitirá los sucesivos testimonios, a partir del tercero, pero esto se deberá hacer en fase de práctica de prueba, cuando el juez haya quedado suficientemente ilustrado una vez escuchados los primeros testigos. A modo de opinión, no se puede negar la utilidad de la norma, ya que, en caso contrario, los procesos podrían alargarse sin aportar nada nuevo o dando lugar a declaraciones inútiles, pero tampoco se pueden negar los problemas que esta potestad encomendada al juez puede conllevar. Así, pudiera ser que los primeros testigos llevasen a cabo declaraciones falsas o erróneas y, en cambio, los posteriores a partir del tercero a los que hipotéticamente inadmitiese el juez, fuesen a realizar unas declaraciones de carácter más imparcial y objetivo. Lejos de esa posibilidad, coincidimos con lo afirmado por DIAZ FUENTES, quien apunta que se trata de una peligrosa facultad, ya que difícilmente evita prejuzgar la prueba y, si no es la última que se practica, se arriesga a que otra ulterior descalifique aquella determinación anticipada. Incluso esta decisión puede quedar desautorizada por otra apreciación de insuficiencia de la prueba en segunda instancia, lo que sería causa de escándalo. Por último, nos remitimos a lo dicho por el autor antes citado: “se trata de una potestad de la que en muy contados casos será prudente hacer uso y para tan pocos no compensa el peligro emplearla”¹⁶⁴.

A nuestro parecer, se plantea otra problemática derivada de las dos anteriores. Y es el hecho de que una de las partes proponga más de tres testigos (con las correspondientes costas que ello puede suponer) y durante la práctica de dicha prueba el juzgador considere que sólo uno, dos o los tres primeros resulten necesarios, ¿seguiría correspondiendo a la parte abonarles la indemnización del art. 375 LEC? Siguiendo la literalidad del art. 363 LEC entendemos que sí. Sobre este tema ya diversos autores se han pronunciado. En este sentido, COROMINAS MEJÍAS considera que no parece

¹⁶⁴ DÍAZ FUENTES, ANTONIO. *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...* op.cit. Pág. 352.

razonable excluir de indemnización a los testigos que han comparecido sin llegar a declarar, ya que el legislador se refiere, en cuanto al contenido de la indemnización, a los gastos y perjuicios que la comparecencia haya ocasionado al testigo, daños que se generan igualmente sin que el testigo declare, por el solo hecho de acudir al Juzgado a someterse al interrogatorio¹⁶⁵. A diferencia, CUCARELLA GALIANA considera que el derecho a la indemnización se reconoce al testigo que comparece y declara, por lo que en estos casos, como no declara, no percibiría indemnización alguna¹⁶⁶.

A nuestro modo de pensar, pese a que la parte no se haya beneficiado de sus declaraciones, sí debería corresponder al testigo la indemnización del art. 375 LEC, siempre que éste haya incurrido en determinados gastos. Esta opinión la fundamos en que el fin de toda indemnización es compensar un daño o un perjuicio y tan es así que, en la presente situación, lo que es objeto de resarcimiento no es el hecho de que el testigo preste su declaración o no, sino las pérdidas económicas que éste ha sufrido acudiendo al juzgado para prestar declaración (gastos del transporte, día de trabajo, etc.). Por ello, nos parece intrascendente el hecho de que declare o no, porque el daño que se pretende reparar no es el causado por el hecho de que el testigo realice la declaración, sino el gasto económico que supone acudir al juzgado para llevarla a cabo.

¹⁶⁵ COROMINAS MEJÍAS, Genoveva. *Cuestiones sobre el interrogatorio de testigos* en: ABEL LLUCH, Xavier / PICÓ I JUNOY, Joan (dirs.). *Aspectos prácticos de la prueba civil...* op. cit. Pág. 364.

En el mismo sentido se pronuncia PEITEADO MARISCAL, que diferencia entre el concepto “indemnización” y “retribución”. Así, dice que “indemnizar” se corresponde con reparar perjuicios y “retribuir” alude a remunerar servicios prestados. Mientras que los perjuicios los sufre cualquier persona citada como testigo y que acude a la cita, a causa de los gastos que ello suponga y de los ingresos que deje de percibir, los servicios efectivos sólo los presta quien llega a declarar. PEITEADO MARISCAL, Pilar, *El interrogatorio de testigos* en: ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara / CUBILLO LÓPEZ, Ignacio / HINOJOSA SEGOVIA, Rafael / PEITEADO MARISCAL, Pilar / TOMÉ GARCÍA, José Antonio. *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil...* op.cit. Pág. 86

PUENTE DE PINEDO indica que pese a la literalidad de la Ley, debe entenderse que a esa indemnización tendrán derecho quienes declaren y quienes, sin haber llegado a declarar por las razones que sean, hayan acudido a la sede del órgano judicial aunque finalmente no lo hiciesen, ya sea por allanamiento, desistimiento, acuerdo transaccional, renuncia a la prueba, etc. PUENTE DE PINEDO, Luis, *cuestiones relativas a la prueba*, en: CARRANZA CANTERA, Francisco Javier (coord.), *Criterios judiciales de aplicación de la nueva ley de enjuiciamiento civil*. La Ley. Madrid, 2003. Pág. 77.

¹⁶⁶ El importe de la indemnización lo fijará el LAJ mediante decreto, que tendrá en cuenta los datos y circunstancias que se hubiesen aportado. ORTELLS RAMOS, Manuel (dir.) / JUAN SÁNCHEZ, Ricardo / BONET NAVARRO, José / BELLIDO PENADES, Rafael / CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés / MARTÍN PASTOR, José (cols.). *Derecho procesal civil...* op.cit. Pág. 344.

2. La admisibilidad de la prueba testifical: criterios y momento de admisión e inadmisión.

La admisión es un acto procesal judicial que responde a la proposición de prueba. A todas y cada una de las proposiciones de práctica de prueba le debe seguir un pronunciamiento del órgano jurisdiccional admitiendo e inadmitiendo la misma. La admisibilidad que ha de realizar el órgano jurisdiccional encierra dos juicios distintos: uno referente al objeto de la prueba y otro al medio propuesto.

Por lo que se refiere al hecho objeto de la prueba, éste ha de ser legal, posible y no notorio; además, en relación con el pleito concreto, se requiere que haya sido alegado y que sea pertinente, relevante y controvertido¹⁶⁷.

En cuanto al medio de prueba, es necesario que, con carácter general, sea legal y posible y, en el marco del pleito en que nos encontremos, el juez deberá determinar también si es pertinente y si no existe un exceso de medios probados sobre un mismo hecho.

En resumen, el tribunal debe resolver sobre la admisión de cada una de las pruebas, teniendo en cuenta que sólo puede admitir aquellas que estime pertinentes¹⁶⁸ y útiles y que, por supuesto, no sean ilícitas¹⁶⁹. A estos efectos, el art. 283 señala lo siguiente:

¹⁶⁷ La admisibilidad de la prueba debe regirse por los mismos criterios que el resto de medios probatorios (legalidad, pertinencia, utilidad y licitud). MONTERO AROCA, Juan. *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*. Valencia, 2014. Pág. 770.

FLORS MATÍES también se refiere a los criterios determinantes de la admisibilidad de las pruebas. FLORS MATÍES, José. *GPS Procesal Civil...* op. cit. Pág. 732.

Por último, ABEL LLUCH señala que la admisión del interrogatorio de testigos, al igual que los restantes medios de prueba, se sujeta al triple parámetro de la pertinencia, utilidad y legalidad y que es harto infrecuente que se proponga un interrogatorio de testigos ilegal. Puede ser inútil, cuando la declaración del testigo es innecesaria y redundante, aunque el principal parámetro será el de la pertinencia, entendida como relación entre el testigo propuesto y el *thema decidendi*. ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho probatorio...* op.cit. Pág. 608.

¹⁶⁸ CHOZAS ALONSO, al referirse a la impertinencia de la prueba testifical, distingue varios supuestos: a) cuando un medio de prueba propuesto por las partes pretende probar hechos que no fueron introducidos en el proceso a través de sus respectivos actos de alegación inicial. B) Cuando las partes proponen un medio de prueba para acreditar un hecho controvertido. C) Cuando las partes proponen un medio de prueba para acreditar un hecho notorio. CHOZAS ALONSO, José Manuel. *La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil*. Madrid, 2002. Pág. 76 a 82.

¹⁶⁹ Como ya señaló MUÑOZ SABATÉ, el juez no tiene para admitir las pruebas la misma libertad que para valorarlas, ya que está sujeto a unos criterios más determinados que en la valoración, de manera que el juez solo puede rechazar la prueba cuando ésta no se ajusta a los criterios legales. MUÑOZ SABATE, Luis. *Estudios de Práctica Procesal...* op. cit. Pág. 72.

a) No deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente.

b) Tampoco deberá admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso pueden contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.

c) Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley.

En relación con la ilicitud de la prueba, se debe enlazar con lo dispuesto en el art. 11.1º LOPJ: “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Como se puede observar, el legislador ha optado claramente en favor de la inadmisibilidad o, en su caso, ineficacia, de las pruebas obtenidas con vulneración de los Derechos Fundamentales de la persona, tanto cuando se vulneran directamente dichos Derechos (por ejemplo, pruebas obtenidas como consecuencia de registros domiciliarios o intervención de las comunicaciones practicadas con vulneración del derecho a la intimidad del art. 18 CE), como cuando dicha vulneración es indirecta, es decir, lo que se viene a conocer como la teoría americana de los frutos del árbol envenenado, que se refiere a aquellas pruebas que en sí son legítimas en cuanto a su obtención, pero que son consecuencia de un acto previo ilegítimo¹⁷⁰.

Dejando atrás las consideraciones generales, incidimos ahora en la admisión e inadmisión de la prueba testifical¹⁷¹. Su origen es parejo a la propia existencia de este

¹⁷⁰ En cuanto al procedimiento a seguir para poner de manifiesto dicha ilicitud, señala la LEC que cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado Derechos Fundamentales habrá de alegarlo de inmediato o con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba.

En el mismo sentido se pronuncia RODRÍGUEZ TIRADO, que argumenta que en caso de que se plantee alguna cuestión sobre ilicitud de alguna prueba admitida, ésta se resolverá al comienzo de la vista antes de que se dé inicio a la práctica de la prueba. Habrá de entenderse que el momento procesal será, en todo caso, después de que se realice la propuesta de medios de prueba y se haya resuelto sobre su admisión. RODRIGUEZ TIRADO, Ana María. “La nueva configuración del juicio verbal con contestación escrita. El derecho a la asistencia jurídica gratuita del demandado.” *Práctica de Tribunales*, 2015, nº 117. Pág. 4. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud (Art. 289.1º). Contra la resolución a la que se refiere el apartado anterior solo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba en la apelación contra la sentencia definitiva.

¹⁷¹ Hasta este punto solo habíamos hecho referencia a la admisión o inadmisión de testigos por parte del órgano judicial en el caso concreto de que se propongan más de tres. Se trata de un supuesto especial, ya

medio de prueba. Así, como afirmó BENTHAM, no hay pretexto que no haya servido en algún pueblo para excluir a determinadas clases de testigos¹⁷². De este modo, llama la atención la existencia de antigua jurisprudencia que inadmitía, entre otras, determinadas declaraciones por razón de sexo, servidumbre¹⁷³, parentesco o dignidad de las personas. Actualmente, los requisitos necesarios para la admisión de la prueba testifical son los siguientes:

En primer lugar, partimos de las exigencias generales, ya mencionadas anteriormente. La prueba testifical debe ser también pertinente, útil y lícita¹⁷⁴. En este sentido, opinamos que los dos primeros requisitos pueden ser problemáticos si van referidos a esta prueba. Ello es así, porque dicha pertinencia o utilidad no recaerá sobre el testigo, sino sobre sus declaraciones y si no sabemos qué hechos pretende probar cada parte con la declaración del testigo ¿cómo se puede saber si la declaración va a ser pertinente y útil? La solución podría estar en que ya en la proposición se deba mencionar ese hecho que va a ser objeto de prueba a través de la declaración de cada testigo. Pese a que la LEC no exige este requisito en ningún precepto, las partes están facultadas para decir qué hechos pretenden probar o el juez puede preguntarles sobre ello.

En segundo lugar, el legislador impone exigencias adicionales para la admisión de la prueba testifical: primero, el cumplimiento de los requisitos subjetivos para ser testigo; será inadmitida la prueba testifical que recaiga sobre personas que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentido respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos o la de los menores de

que en la mayoría de los casos la admisión o inadmisión se llevará a cabo en la misma audiencia previa o en la vista, donde no se puede limitar el número de testigos, ya que sería una decisión contraria a Derecho y vulneraría el derecho fundamental a la aportación de medios probatorios reconocido en el art. 24.2. CE. A pesar de ello, existen más excepciones a esta regla general que permiten su proposición y admisión en otras fases del proceso. Así ocurre en la práctica anticipada de la prueba, con los hechos nuevos o de nueva noticia o con las diligencias finales.

¹⁷² BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales...* op.cit. Págs. 201 y 202.

¹⁷³ Esta exclusión de los siervos se puede observar en ÁLVAREZ POSADILLA, Juan. *Comentarios a las leyes de Toro*. Madrid, 1796. Pág. 49.

¹⁷⁴ Antes de la reforma de la LEC 42/2015 la pertinencia, utilidad y licitud se regulaban expresamente en los apartados correspondientes al desarrollo de la vista, en concreto, en el art. 443.4 LEC. Con la modificación se han excluido estos términos, pero no podemos obviar que sí se recogen en relación con la prueba en general.

catorce años, en determinados casos¹⁷⁵; segundo, el cumplimiento de los requisitos objetivos; en principio, no hay limitación respecto al objeto de la prueba testifical, siendo admisible respecto a cualquier objeto, salvada la excepción del art. 51 Código de Comercio, que señala que la declaración de testigos no será por sí sola suficiente para probar la existencia de un contrato de cuantía superior a 1.500 pesetas.

En cuanto al momento en el que el órgano judicial decidirá sobre su admisibilidad o no, no se regula nada especial en la LEC. Igual que en el resto de los casos, se ha de dilucidar en la audiencia previa o en la vista.

En lo relativo al aspecto formal, la decisión del órgano judicial se llevará a cabo mediante resolución oral, de acuerdo con lo previsto en los arts. 206, 429.1 y 443 LEC.

Para terminar, es necesario señalar las posibilidades de recurso que tienen las partes contra la resolución del juez:

Si nos encontramos en un juicio ordinario, el art. 285 LEC prevé que frente a la decisión que admita o inadmita cada una de las pruebas, las partes podrán interponer recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto. Si se desestima, se podrá formular protesta en la segunda instancia.

Si nos encontramos en un juicio verbal, el art. 446 LEC, desde su modificación por la Ley 42/2015, viene a reproducir lo redactado en el precepto anterior. Con la reforma se logra evitar el problema planteado con la redacción anterior a la reforma de dicho precepto, que sólo preveía la formulación de protesta frente a la inadmisión de prueba o a la admisión de prueba ilícita.

3. La práctica de la prueba: el interrogatorio del testigo.

3.1. La citación del testigo.

Admitida la prueba testifical correspondiente, el siguiente paso que tiene lugar es la práctica de la misma: debe procederse a la citación de los testigos. En este sentido, si la parte que propuso la testifical admitida solicitara que el tribunal citara al testigo (art. 429.5 LEC), aquél llevará a cabo la oportuna citación. Normalmente, la citación judicial cobrará más sentido en los casos en que el testigo carezca de relación alguna

¹⁷⁵ En este punto, nos remitimos a lo ya expuesto en el Capítulo II: “Requisitos subjetivos del testigo”, a fin de evitar reiteraciones.

con las partes. Si no se solicitara la citación judicial, será la parte quien se encargue de citar al testigo cuya declaración fuera admitida.

El modo de proceder será diferente si se trata de un llamamiento llevado a cabo por la propia parte, en cuyo caso se hará de forma privada o, si es llevada a cabo mediante la citación judicial, en cuyo caso nos regiremos por lo dispuesto en el art. 159 LEC. Primeramente, se tratará de averiguar el domicilio del testigo, una información que la Ley entiende que debe ser aportada por la parte proponente. En ocasiones, puede resultar complicado realizar esa búsqueda domiciliaria, por lo que si la parte no tiene datos o son insuficientes o erróneos, se prevé que el tribunal realice las averiguaciones necesarias a fin de localizar un domicilio. Una vez hallado, se remitirá la comunicación allí: primero, por correo certificado con acuse de recibo u otro sistema semejante (art. 160 LEC), y si no fuera efectiva dicha fórmula mediante entrega personal realizada por el auxiliar judicial o el procurador de la parte (art.152 LEC). Una vez realizada eficazmente la comunicación, el testigo afectado deberá comunicar al tribunal cualquier cambio de domicilio que lleve a cabo.

Aunque la Ley permite a las partes optar tanto por la comunicación privada como por la citación judicial, a nuestro juicio, como afirma algún autor¹⁷⁶, resulta más conveniente elegir siempre la segunda, por varias razones: en primer lugar, porque el testigo se sentirá más obligado a comparecer en el juicio si ha recibido una comunicación oficial que si ésta es simplemente privada; en segundo lugar, porque la inasistencia al juicio del testigo notificado por la propia parte originará una multa para la propia parte, mientras que la incomparecencia del citado judicialmente da lugar a una multa que se impone al propio testigo¹⁷⁷. Y, en tercer lugar, porque mientras que la incomparecencia del testigo citado judicialmente puede originar, aunque no siempre, la interrupción de la vista según el art. 193.1.3º LEC, la del que debe presentar la parte

¹⁷⁶ BANACLOCHE PALAO, Julio, *Las otras finalidades de la audiencia previa al juicio*, en: BANACLOCHE PALAO, Julio/ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando / GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro / VALLINES GARCÍA, Enrique. *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio*. Navarra, 2005. Pág. 360.

¹⁷⁷ Así, el art. 288 LEC establece que se puede imponer en el acto del juicio una multa de 60 a 600 euros al litigante por cuya causa no se ejecutare temporáneamente una prueba admitida (salvo que acredite ausencia de culpa o renuncie a dicha prueba), lo que sucedería si no ha acudido al juicio el testigo llamado por él privadamente y, por lo tanto, no se ha podido practicar la prueba relativa a aquéllos. Por el contrario, los testigos citados judicialmente tienen un deber de comparecer en el juicio o vista señalada y si lo incumplen podrán ser sancionados, previa audiencia de cinco días, con una multa de 180 a 600 euros y un percibimiento de sanción penal si no comparecieren cuando sean citados de nuevo ante el tribunal.

interesada no determinaría esa posibilidad de suspensión, resultando perjudicada de la falta de prueba la parte que tuvo a su disposición la fuente de prueba y no la presentó ante el tribunal.

Por último, si a causa de la incomparecencia de un testigo se suspende el juicio o vista, habrá que volver a citarles y éstos tendrán la misma obligación inicial de acudir a declarar, a pesar incluso de haber tenido que abonar la multa. Es decir, el pago de la multa no exonera de esa obligación. Además, si se persiste en la intención de no acudir podrán ser castigados por un delito de desobediencia a la autoridad.

3.2. Momento para la práctica de la prueba.

3.2.1. Momento ordinario.

Como consecuencia del principio de contradicción que rige en relación con cualquier tipo de prueba en el proceso civil y se regula en el art. 289.1 LEC, el interrogatorio de testigos se lleva a la práctica durante la celebración del juicio en el ordinario o durante el desarrollo de la vista oral en el juicio verbal. El momento exacto en el que se ejecuta es después de practicada la prueba del interrogatorio de las partes y justo antes de las declaraciones de los peritos, aunque, según lo previsto en el art. 300 LEC, el juez o tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede alterar el orden de su práctica.

3.2.2. Momento extraordinario.

Partimos de los casos en los que el interrogatorio no puede practicarse temporáneamente. Esto es, en el momento del juicio o la vista.

a) La testifical como prueba anticipada.

Existe la posibilidad de realizar el interrogatorio de los testigos de forma anticipada a la celebración de la vista o del juicio oral (arts. 293 y ss. LEC)¹⁷⁸. Como afirma BONET NAVARRO, la prueba anticipada consiste en la práctica de ésta en momentos anteriores a los previstos legalmente con carácter general cuando se cumplen determinadas circunstancias¹⁷⁹: debe solicitarse por quien pretenda incoar el proceso o

¹⁷⁸ El art. 502 LEC 1881 sólo recogía la anticipación de la prueba en relación con la testifical, en supuestos en que por edad avanzada, peligro inminente de su vida, proximidad a una ausencia a un punto con el cual sean difíciles o tardías las comunicaciones u otro motivo poderoso, pudiera exponerse al actor a perder su derecho por falta de justificación.

¹⁷⁹ BONET NAVARRO, José. *La prueba en el proceso civil*. Barcelona, 2009. Pág. 313.

por cualquiera de las partes durante el curso del mismo¹⁸⁰ y debe existir el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto.

En lo que concierne a las especialidades de su proposición, admisión y práctica: La proposición de pruebas anticipadas se realizará conforme a lo dispuesto para cada una de ellas¹⁸¹ (lo que nos remite a aplicar los arts. relacionados con la proposición de la prueba testifical), exponiendo las razones en que se apoye la petición. La decisión sobre su admisión o no corresponde al tribunal, a través de providencia¹⁸² (art. 294 LEC).

En cuanto a su práctica, el principio de contradicción puede ser problemático cuando todavía no se haya iniciado el proceso. En estos casos, el que haya solicitado la prueba anticipada deberá designar la persona o personas a las que se proponga demandar en su día, que deberán de ser citadas, con al menos cinco días de antelación,

¹⁸⁰ Es decir, la legitimación corresponde a las partes, ya sea antes de iniciar el proceso o posteriormente. Si se solicita antes de iniciado el proceso, se dirigirá al tribunal que se considere competente para el asunto principal y solo podrán ser solicitadas por quien tenga intención de incoar el proceso. El tribunal vigilará de oficio su jurisdicción y competencia objetiva, así como la territorial que se fundase en normas imperativas, sin que sea admisible la declinatoria. En el segundo de los supuestos, es decir, si se solicitase después de incoado el proceso, la petición de prueba anticipada se dirigirá al tribunal que esté conociendo el asunto. (Arts. 293.2. y 295 LEC)

PICÓ I JUNOY, en cambio, manifiesta una opinión contraria, con base al principio de igualdad. PICÓ I JUNOY, Joan. *La prueba anticipada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...* op.cit. Pág. 132.

¹⁸¹ No será fácil cumplir esta exigencia, ni siquiera será fácil cumplir con alguna de las exigencias formales genéricamente previstas y, en particular, la oralidad de la proposición probatoria, ya que en relación con la prueba anticipada se habrá de realizar de forma escrita. SÁEZ GONZALEZ, Jesús. *De la anticipación y del aseguramiento de la prueba* en: LORCA NAVARRETE, Antonio María (dir.) / GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coord.). *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valladolid, 2000. Pág. 1794.

¹⁸² La admisión o inadmisión de prueba anticipada mediante providencia ha sido objeto de críticas por la doctrina. Esto se debe a que, como bien sabemos, la providencia no requiere de motivación. En este sentido, se pronuncia: ASENSIO MELLADO, José María, *La prueba*, en: SENDRA GIMENO, Vicente (dir.) / MORENILLA ALARD, Pablo (coord.). *Proceso civil práctico*, tomo IV. Madrid, 2001. Pág. 1261. Igualmente, MORENO CATENA afirma que la vinculación de la prueba anticipada con el derecho a utilizar los medios de prueba supone que la resolución del juez deba ser motivada. MORENO CATENA, Víctor. *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, tomo III. Madrid, 2001. Pág. 2256.

Opiniones contrarias, justifican el uso de providencia por el carácter excepcional y urgente que tiene este tipo de prueba. Así, ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara / HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. *La prueba en general* en: ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara / CUBILLO LÓPEZ, Ignacio / HINOJOSA SEGOVIA, Rafael / PLEITEADO MARISCAL, Pilar / TOMÉ GARCÍA, José Antonio. *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*. Madrid, 2004. Pág. 30 y 31.

A modo de opinión, nos posicionamos a favor de la primera de las teorías, ya que el hecho de no motivar la práctica anticipada de la prueba puede conllevar la arbitrariedad del juez, tanto en el sentido de admitir una prueba que se podría realizar en el momento ordinario o inadmitir otra que sí debe realizarse de forma anticipada.

Otro tema a destacar en este punto, es que, desde la reforma procesal de 2009, el señalamiento de práctica de la prueba anticipada se excluye de la providencia y se atribuye al letrado de la administración de justicia. (Art. 294.2. LEC).

para que puedan intervenir en la práctica de la actuación probatoria¹⁸³ (art. 295.1 LEC), pero a consecuencia de ello, se nos plantea la siguiente duda: ¿qué ocurre si deviene una demanda contra persona distinta de la inicialmente designada y la que participó en el desarrollo? La LEC no establece solución¹⁸⁴. Entendemos que se podría o bien no otorgarle valor probatorio, habida cuenta de la indefensión producida, o bien otorgarle la consideración de prueba, realizada en ausencia de una de las partes. En cualquier caso, parece razonable que, en el sentido de lo posible, se trate de repetir dicha prueba una vez incoado el proceso. A diferencia de esta situación, la LEC si ofrece respuesta al siguiente interrogante: ¿Qué ocurre si se lleva a cabo la prueba anticipada y no se presenta la demanda en un plazo de dos meses? En dicho supuesto, no se otorgará valor probatorio a lo actuado salvo que se acredite que, por fuerza mayor u otra causa de análoga entidad, no pudo iniciarse el proceso dentro de dicho plazo (art. 295.3 LEC)¹⁸⁵. Previsión que, a nuestro modo de pensar, es acertada, ya que si no podría suponer la acumulación de pruebas anticipadas de forma indefinida en el tiempo y que, en muchos casos, o bien no se presente la demanda o se presente transcurrido un largo período de tiempo, en cuyo caso la prueba habría perdido eficacia. Tan es así, por ejemplo, si pensamos en los problemas que podría conllevar realizar un interrogatorio de testigos de forma anticipada y que, transcurrido un año, se presentase una demanda.

Como adelantamos anteriormente, la prueba practicada anticipadamente podrá realizarse de nuevo si, en el momento de la proposición, fuese posible llevarla a cabo y alguna de las partes así lo solicitara. De este modo, en relación con el tema que nos ocupa, sería posible repetir la declaración de un testigo, lo que pensamos que podría conducir a contradicciones, debido a que con el transcurso del tiempo el testigo haya modificado voluntaria o involuntariamente su versión o confunda su percepción sobre los hechos. En ese caso, ¿debería el juez tener por cierta la primera o la segunda de las pruebas practicadas? Se podría entender que la primera, debido a su mayor cercanía en

¹⁸³ Con esto se trata de preservar una posible eventual indefensión futura. LÓPEZ YAGÜES, Verónica. *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*. Madrid, 2005. Pág. 153. Cita a MORENO CATENA, Víctor. *El proceso civil*. Pág. 2259.

¹⁸⁴ El ordenamiento procesal italiano, el alemán y el portugués prevén que en estos casos se designe un representante que proteja los derechos e intereses de la parte ausente. LÓPEZ YAGÜES, Verónica. *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*. Madrid, 2005. Pág. 154.

¹⁸⁵ TOMÉ GARCÍA, José Antonio. *Anticipación y aseguramiento de la prueba* en: TOMÉ PAULÉ, José / GARCÍA-LUBÉN BARTHE, Paloma/ TOMÉ GARCÍA, José Antonio. *Temario de derecho procesal civil*. Madrid, 2004. Pág. 364 y 365.

tiempo con lo que es objeto de litigio. No obstante, el tribunal valorará de acuerdo con las reglas de la sana crítica ambas pruebas e incluso podrá inadmitir que se repita su realización (art. 295.4 LEC).

a) La testifical como diligencia final.

En lo relativo a las diligencias finales, señala la Exposición de Motivos de la LEC, que solo serán admisibles como tales las debidamente propuestas y admitidas, que no se hubieren podido practicar por causas ajenas a la parte que las hubiere interesado¹⁸⁶. De esta forma, no se podría llevar a cabo el interrogatorio de un testigo cuando se hubiera podido proponer y no se hubiera propuesto.

En este caso, debemos regirnos por lo previsto en el art. 435 LEC, que es el referente a las diligencias finales. La proposición del interrogatorio de testigos como diligencia final tendrá un carácter excepcional y se reduce, prácticamente a los supuestos de prueba sobre hechos nuevos o de nueva noticia (art. 435.1.3º LEC) o aquellos en los que no se pudo practicar la prueba admitida por causas imputables a la parte proponente (art. 435.1.2ª LEC)¹⁸⁷.

Las diligencias finales se acordarán, en su caso, dentro del plazo para dictar sentencia, que quedará en suspenso si se acordasen. Si efectivamente se acuerda su práctica, se llevarán a cabo, dentro del plazo de veinte días, en la forma establecida en la LEC para las pruebas de su clase. Una vez practicadas, las partes podrán, dentro del quinto día, presentar escrito en que resuman y valoren el resultado. Y transcurrido dicho plazo, el plazo de veinte días para dictar sentencia se vuelve a computar.

¹⁸⁶ En la línea de lo señalado, el art. 435.1º LEC señala que solo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas:

No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del Tribunal.

Cuando por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas.

También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el art. 286 LEC.

¹⁸⁷ ABEL LLUCH señala diversos ejemplos relativos a casos en los que se realiza la prueba testifical como diligencia final. Así, sería un supuesto de indisposición del testigo durante el acto del juicio o de una testifical practicada por exhorto, no devuelto en el plazo señalado por extravío. ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho probatorio...* op.cit. Pág. 605 y 606.

b) La testifical practicada conjuntamente con la prueba de reconocimiento judicial.

Finalmente, el art. 357.1. LEC prevé otro momento extraordinario, de carácter específico para la prueba testifical. Se trata de que ésta se pueda llevar a cabo conjuntamente con la prueba de reconocimiento¹⁸⁸ (prueba esta última, que suele practicarse fuera de la sede del órgano judicial y fuera del acto del juicio oral). De esta forma, el Tribunal podrá, a solicitud de las partes y a su costa, determinar mediante providencia que los testigos sean examinados durante el reconocimiento judicial, cuando la vista del lugar, cosas o personas pueda contribuir a clarificar su testimonio.

A nuestro juicio, esta práctica conjunta de las pruebas supone ciertas ventajas, tanto en relación con la agilización de los procesos, como en relación con las facilidades que conlleva para el recuerdo del propio testigo e incluso para definir o explicar los hechos estar en el lugar en el que se produjeron. Así, a modo de ejemplo, podríamos pensar en los beneficios de realizar un interrogatorio a un testigo en una finca a fin de señalar dónde se encontraban sus linderos (límites que, en principio, serían más difíciles de determinar en la propia vista, sin que la persona pueda observar el terreno). No obstante, se trata de una práctica de carácter excepcional, tal y como prevé el art. 290 LEC, ya que es contraria a los principios que rigen la práctica de la prueba.

3.3. Aspectos formales del interrogatorio.

3.3.1. Los principios rectores de la prueba testifical. Forma y lugar ordinarios de realización de ésta.

En la prueba objeto de nuestro estudio, rigen los siguientes principios: oralidad, inmediación, publicidad y unidad de acto. Principios que son comunes a la práctica del resto de medios probatorios reconocidos en el art. 299 LEC, y que analizaremos rápidamente a continuación.

a) El principio de oralidad.

Partimos de la exigencia constitucional del art. 120.2 CE y de que, desde la LEC existe una predominancia de actuaciones orales del proceso civil, lo que no significa que

¹⁸⁸Señala OLIVA SALVADOR que normalmente se practicará primero el reconocimiento judicial y luego el interrogatorio de testigos. OLIVA SALVADOR, Ana Delia. “El reconocimiento judicial (y III parte)”. *Procuradores*. 2003, pág. 56.

no se realicen trámites escritos¹⁸⁹. En consecuencia, se ha optado por que el interrogatorio de testigos se lleve a cabo, siempre que sea posible, de forma oral. Así, como afirma MONTERO AROCA, se corresponde con la esencia de la prueba testifical que el testigo declare oralmente respondiendo a las preguntas que se formulen por las partes en el acto procesal al efecto, de modo que la declaración hecha por el testigo de modo escrito, incluso con la fe pública de un notario, no es prueba testifical ni tiene valor probatorio¹⁹⁰.

b) El principio de inmediación.

Se trata de una exigencia dada por el art. 137 LEC, que se refiere a la presencia efectiva en el juicio o vista oral del juez que esté conociendo del proceso y que deba resolver el mismo mediante la emisión de la correspondiente resolución definitiva¹⁹¹. Pese a todo, como ya mencionamos, la testifical es susceptible de ser practicada mediante el auxilio judicial, por lo que no siempre se manifestará la inmediación.

c) El principio de publicidad.

La exigencia constitucional de este principio la encontramos en el art. 120.1 CE y su regulación en la LEC en el art. 138.1. Como bien sabemos, es uno de los fundamentos esenciales de nuestro derecho en relación con todos los actos procesales y su vigencia posibilita que las actuaciones puedan ser presenciadas físicamente por cualquier miembro de la sociedad. Por ello, al interrogatorio de testigos podrá acudir cualquier persona. Ahora bien, existen excepciones a este principio, que deben estar previstas en la ley y tener su justificación en la protección de otro bien constitucionalmente relevante, ser congruentes y proporcionadas con el fin que se pretende conseguir¹⁹².

¹⁸⁹ Sin ánimo de extendernos en esta materia, referenciamos a GUTIÉRREZ BARRENENGOA, que señala, con buen criterio, las ventajas e inconvenientes del principio de oralidad. GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa. *La oralidad y sus implicaciones en el proceso civil*. Consultado en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp11gut.pdf>. (Fecha consulta: 29/06/2017). Págs. 2 y 3.

¹⁹⁰ MONTERO AROCA, Juan. *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución...* op. cit. Pág. 772.

¹⁹¹ La STC nº 64/1993 de 1 de marzo de 1993, F.J. 3º, (RTC 1993\64), se refiere a este principio cuando afirma que en un proceso oral, tan sólo el órgano judicial que ha presenciado la aportación verbal del material de hecho y de derecho y, en su caso, la ejecución de la prueba, está legitimado para dictar sentencia o, dicho en otras palabras, la oralidad del procedimiento exige la inmediación judicial”.

¹⁹² Por ejemplo, en la LEC están señaladas en el art. 754 para los procedimientos especiales en materia de capacidad, filiación, matrimonio y menores, cuando las circunstancias lo aconsejen.

d) *El principio de unidad de acto.*

Viene recogido en el art. 290 LEC. Se trata de que todos los medios de prueba se practiquen en el acto del juicio o vista, a fin de que el juez pueda valorar todas las pruebas en su conjunto. Y, por tanto, la testifical no queda excluida de la aplicación de dicha regla.

En definitiva, como consecuencia de todos los principios anteriores, concluimos que la norma general es que el interrogatorio de testigos se produzca oralmente en la sede del Juzgado o Tribunal que esté conociendo el asunto de que se trate.

3.3.2. Forma extraordinaria.

a) *El interrogatorio escrito de personas jurídicas (art. 381 LEC).*

Se regula en el art. 381 LEC, que admite el interrogatorio, por escrito, de las personas jurídicas, privadas y públicas¹⁹³, cuando la parte interesada en su declaración ignore la concreta persona física que ha intervenido en los hechos controvertidos¹⁹⁴. En estos casos, la parte interesada propone al Tribunal que la persona jurídica declare por escrito sobre los hechos en los diez días anteriores al juicio o vista. Las partes elaborarán un escrito de preguntas y el Tribunal, previa audiencia de éstas, resolverá en el acto sobre su pertinencia y utilidad. En el caso de que admita, total o parcialmente, la propuesta del interrogatorio, requerirá a la persona jurídica para que responda por escrito en el plazo de diez días, quien está obligada a contestar bajo apercibimiento de multa y de proceder por delito por desobediencia a la autoridad. La práctica de este medio de prueba no suspende, por lo general, el curso del procedimiento. Una vez recibida la respuesta, el Tribunal la remitirá a las partes y podrá ser objeto de contradicción¹⁹⁵.

¹⁹³ Llama la atención que se iguale a las personas jurídicas se entiende privadas y a las entidades públicas. Esto supone que el apercibimiento de la multa 150 a 600 euros puede hacerse a las dos, así como proceder contra sus representantes por el delito de desobediencia grave.

¹⁹⁴ Un ejemplo de este tipo de declaración, sería cuando en un proceso se trata de saber cuál ha sido el consumo de electricidad de una vivienda durante un periodo de tiempo. Estamos, primero, ante hechos propios de la actividad de una persona jurídica (la empresa eléctrica) y, también, ante hechos cuyo conocimiento no puede referirse a lo visto u oído por una persona física determinada. En este caso no podría llamarse como testigo en el proceso a la persona física representante de la jurídica, ni este representante podría indicar qué persona física dentro de la empresa tuvo conocimiento personal de los hechos, por lo que habría que acudir a esta vía.

¹⁹⁵ Podrá ser objeto de contradicción tanto en lo relativo a la posibilidad de contradecir mediante otras pruebas lo declarado, como en la posibilidad de que la persona o personas físicas, que hayan elaborado las

b) La declaración domiciliaria del testigo (art. 364 LEC).

Esta posibilidad de carácter excepcional se regula en el art. 364 LEC¹⁹⁶. Se relaciona con los supuestos en los que la persona que haya de contestar al interrogatorio no pueda comparecer en sede del tribunal por enfermedad o cualquier otra circunstancia especial que impida su presencia. En estos casos, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que la declaración se preste en el domicilio o residencia del declarante ante el juez o miembro del tribunal que corresponda y en presencia del letrado de la administración de justicia. Cuando sea posible y no suponga ningún inconveniente, podrán concurrir al interrogatorio domiciliario las demás partes y sus abogados (art. 311 LEC)¹⁹⁷, pero no se les exige, porque puede resultarles dificultoso el no realizarse en la sede judicial, en cuyo caso podrán presentar interrogatorio escrito previo con las preguntas que desean formular al testigo. Hemos mencionado que su presencia se producirá “cuando no suponga ningún inconveniente”, porque el tribunal podrá limitar su presencia, teniendo en cuenta las circunstancias de la persona y del lugar. Entendemos aquí que existe cierta ambigüedad en la norma, ya que no se establece una serie de supuestos concretos en los que el juez o tribunal deba limitar la entrada de abogados, procuradores y partes, sino que quedará al prudente arbitrio de éste. A pesar de todo, parece razonable que se restrinja la entrada, especialmente en casos de cierta trascendencia, como puede ser cuando el testigo se encuentre en una situación de enfermedad grave.

En cuanto al interrogatorio escrito, también se plantean una serie de cuestiones contingentes, referidas a cómo llevar a cabo el orden de intervención en la prueba. Deberá interrogar primero la persona que propuso la prueba y, luego, los restantes

respuestas, puedan ser llamadas, de oficio o a instancia de parte, a declarar para aclarar o completar lo reflejado por escrito, si fuera oscuro o incompleto.

¹⁹⁶ El art. 364 LEC puede llevar a confusión en cuanto a su mención al art. 169.4, párrafo II LEC. Esto se debe a que el último de los preceptos fue concebido para acudir al auxilio judicial, como recurso extraordinario. A diferencia, el art. 364 LEC puede operar o bien por práctica directa mediante el tribunal que conoce del proceso o bien recurriendo al auxilio judicial, según que el domicilio se halle o no en la demarcación del tribunal. Por otra parte, también difieren estos dos artículos en la enumeración de situaciones que dan lugar a una declaración fuera de la sede del Tribunal. De esta forma, el art. 364 se refiere, primeramente, a la enfermedad del testigo y el art. 169.4 sitúa primero a factores materiales (distancia, dificultad del desplazamiento) y por otro lado, a las circunstancias personales del testigo, donde se encuadraría la enfermedad. DÍAZ FUENTES, Antonio. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*op.cit. Madrid, 2012. Pág. 355.

¹⁹⁷ Se entiende que en el concepto “partes y abogados” entra también el procurador. DÍAZ FUENTES, Antonio. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*op.cit. Madrid, 2012. Pág. 356.

letrados. El problema es que, o bien se acude dos veces al domicilio a realizar el interrogatorio o el abogado de la parte proponente debe realizar las preguntas sin conocer las respuestas que dará la otra parte, lo que dificulta el cumplimiento del principio de contradicción. Como señala TORIBIOS FUENTES una de las soluciones posibles y que parece menos perjudicial, será trasladar el pliego de la parte que propuso la prueba a las restantes, a fin de que incluyan sus propias cuestiones¹⁹⁸.

Una vez hecha la declaración, el letrado de la administración de justicia debe extender un acta, que podrá leer por sí misma la persona que haya declarado o el propio letrado de la administración de justicia, a fin de que el interrogado agregue o varíe lo que estime por conveniente. El autor anteriormente citado plantea la posibilidad de documentar el interrogatorio domiciliario a través de medios de grabación audiovisual, con lo que no estamos de acuerdo, en cuanto entendemos que puede causar perjuicios al propio testigo, que quizá se muestre reticente a ser grabado, considerando su situación de enfermedad o de análoga importancia.

c) *La declaración del testigo mediante auxilio judicial.*

La declaración por auxilio judicial es una de las excepciones a los principios de inmediación y unidad de acto¹⁹⁹. Para poder acudir al auxilio judicial se exige imposibilidad de comparecer o que, siendo posible, resulte muy gravoso teniendo en cuenta la distancia, la dificultad del desplazamiento, las circunstancias personales del testigo y otra causa de análogas características. La decisión de acudir a esta vía debe hacerse en la audiencia previa, pudiendo la parte proponente presentar, en un plazo de tres días, una lista de preguntas. En este ámbito, es llamativo que la LEC no se refiera a que la parte contraria pueda acompañar su lista de preguntas, pero ésta es una

¹⁹⁸ Así, será el tribunal quien deba vigilar que sean todas ellas contestadas cuando acudan al domicilio a practicar la prueba. TORIBIOS FUENTES, Fernando. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, 2012. Pág. 551.

¹⁹⁹ La excepcionalidad del auxilio judicial se puede ver latente en la SAP Pontevedra nº 5056/2002, de 12 de julio de 2002, F.J.2º JUR (2002\252917), cuando señala que “solo excepcionalmente se acudirá al auxilio judicial en aquellos supuestos en que resulte imposible o muy gravosa la asistencia”. Por otra parte, el art. 2.1. de la Instrucción 4/2001 del CGPJ señala que, salvo que sea inevitable, debe evitarse acudir a los sistemas de cooperación jurisdiccional para la práctica de los actos de prueba, debiendo servirse los órganos judiciales de las posibilidades que ofrece la Ley para permitir que sea el propio juez sentenciador quien practique las diligencias probatorias que procedan. Conforme a esta Instrucción se pretende incentivar el uso de nuevos medios, como sería la videoconferencia, a lo que nos referiremos más adelante.

posibilidad que, igual que ya señaló MONTERO AROCA, entendemos que exige el derecho de defensa²⁰⁰.

d) La declaración del testigo mediante videoconferencia.

Finalmente, otra especialidad es el interrogatorio por videoconferencia. Con él, se pretende dar una mayor eficacia y desarrollo al principio de inmediación y contradicción y, a su vez, se extiende al resto de principios mencionados. De este modo, se permite que la declaración testifical se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación a través de la imagen y sonido entre varias personas geográficamente distantes.

En cuanto a su regulación, no hay previsión expresa en la LEC, pero sí alusiones a medios modernos de comunicación y a otras formas innominadas de prueba del art. 299.3, por lo que se puede entender que se encuentra implícitamente recogida. En contrario, la LOPJ, desde la reforma del año 2003, sí introdujo expresamente un nuevo apartado en el art. 229, que posibilita la utilización de la videoconferencia en la declaración del testigo.

En cuanto al procedimiento, la medida será acordada por el letrado de la administración de justicia, que determinará la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia²⁰¹. Los procesos que se tramiten con soporte informático deberán garantizar la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de acuerdo con el art. 230 LOPJ. Para que sea efectivo el interrogatorio a través de videoconferencia deberá recabarse el auxilio judicial del órgano jurisdiccional ante el que el declarante, físicamente, deponga, a fin de que se le cite para proceder al interrogatorio.

²⁰⁰ La lista de preguntas puede presentarse por cualquiera de las partes (incluso por la que no ha propuesto al testigo), pero la misma no será necesaria cuando la parte proponente manifieste que designa procurador para actuar ante el tribunal exhortado, y al acto de la declaración del testigo asistan procurador y abogado para formular las preguntas. En ese caso, el interrogatorio del testigo se someterá a la oralidad, aunque no a la inmediación. MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil...* op. cit. Pág. 764.

²⁰¹ LOPJ, Art. 229.3. En los casos de declaraciones por videoconferencia, el LAJ del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo.

Para que no se mermen los principios de unidad y contradicción de los actos procesales, es habitual que el interrogatorio por videoconferencia se lleve a cabo el mismo día del juicio²⁰². No obstante, como ya sabemos, en casos excepcionales se puede llevar a cabo antes del juicio o como diligencia final.

En cuanto al uso de esta última vía, debido al desarrollo tecnológico existente, pensamos que se incorporará cada vez con mayor frecuencia a los procesos, aunque lo cierto es que sigue sin emplearse de forma habitual, lo que ha llevado a críticas por muchos profesionales que trabajan en el ámbito del mundo jurídico y que han afirmado que la calidad no cuesta, lo que cuesta es trabajar sin calidad²⁰³. Esta máxima, viene a reflejar la triste contradicción existente entre el terreno judicial y la realidad social. En nuestra opinión, el interrogatorio mediante videoconferencia conlleva grandes ventajas, toda vez que evita los perjuicios que va a suponer al testigo realizar el desplazamiento desde su domicilio hacia otras ciudades, donde debe comparecer. Además, supone una agilización de la actividad jurisdiccional y una mejor forma de organizar el trabajo en los órganos jurisdiccionales, con la consecuente reducción de costes. Como todo, también existen desventajas, entre ellas, los posibles errores de funcionamiento de este sistema²⁰⁴.

²⁰² El legislador en la Exposición de Motivos número XI, cuarto párrafo de la LEC, dice textualmente que “frente a la dispersión de la práctica de la prueba, se introduce una novedad capital, que es la práctica de toda la prueba en el juicio o vista”.

²⁰³ VIVES TOUS, Antón. *El uso de la videoconferencia en los procesos civiles*. Consultada en: <https://antonvives.wordpress.com/2015/03/25/el-uso-de-la-videoconferencia-en-los-procesos-civiles/>.

Pág. 1. (Fecha consulta: 25/06/2017)

²⁰⁴ La SAP Salamanca nº 462/06 de 27 de junio de 2006, F.J. 3º (SAP SA 462\2006), contempla una serie de efectos posibles a la falta de funcionamiento de la videoconferencia. Viene a decir que, si la omisión de grabación del acto del juicio o vista en soporte apto para la reproducción de la imagen implica una infracción procesal, no se podrá decretar la nulidad de actuaciones, sino que esto solo procederá cuando a consecuencia directa de ello, se haya ocasionado a las partes, o a alguna de ellas, una verdadera y propia indefensión de carácter material. Es decir, se podría decretar la nulidad de actuaciones cuando se impida al tribunal de apelación pronunciarse sobre la correcta o incorrecta valoración de la prueba por parte del tribunal de instancia, en cuyo caso se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva debida.

Así, la SAP de Alicante, Secc. 4ª, de 5 de junio de 2003 (JUR 2003\254960) considera que, a pesar del mal funcionamiento, se salvaguardó, en esencia, y de forma suficiente, el contenido de los arts. 146, 147 y 187 de la LEC, en cuanto que se realizó acta detallada y añade que, incluso no siendo así, la existencia de defecto formal no causa indefensión alguna, por lo que no cabe entender merma de las posibilidades de defensa, en el seno del proceso. En el mismo sentido, la SAP Cádiz, Secc. 7ª, de 16 de octubre de 2003 (AC 2003\1849), en la que la alegación se fundó en que no se había grabado con integridad el acto de la vista oral, pero sí había sido documentada en el acta levantada por el Secretario Judicial.

Por otra parte, la SAP Ciudad Real, Secc. 2ª, de 14 de junio de 2005 (JUR 2005\154569), señala que el hecho de no grabarse el juicio es motivo de nulidad, pero siempre que no conste en acta, el desarrollo de dicho acto, es decir, que no conste, tanto las manifestaciones de las partes, como las declaraciones de los testigos que hubieran depuesto en el acto de la vista.

Por último, como crítica final, entendemos que el testigo debería estar facultado para solicitar al Juzgado que se lleve a cabo su declaración a través de videoconferencia, ya que aunque es cierto que se le permite ponerse en contacto con el letrado que lo ha propuesto (o, en su caso, Ministerio Fiscal), éste no siempre se comunicará con él.

3.4. Desarrollo del interrogatorio e impugnación de preguntas.

3.4.1. Deber de guardar secreto.

Este deber se regula en el art. 371 LEC, que contiene dos modalidades: la impuesta por el secreto profesional o de estado y la relacionada con materias de secreto oficial.

Sobre la primera, puede ser considerada como un derecho del testigo para proteger el secreto o como un deber de guardarlo por el interés del protegido por esta salvedad. Además, se ha venido considerando que el secreto protege no solo a los particulares contra los perjuicios, sino también los intereses sociales y generales. En consecuencia, los testigos que entren dentro de esta categoría (eclesiásticos, abogados, procuradores, médicos, funcionarios y militares) podrán negarse a declarar²⁰⁵.

Debido a la existencia de este deber, se tipifica como delito la revelación del secreto profesional, encuadrado en el art. 199.2 CP, que se cataloga entre los delitos contra la intimidad de las personas. Ahora bien, este precepto solo se refiere a los “profesionales”, por lo que quedará excluida la categoría asimilada, de personas que no tienen este carácter, pero realizan funciones investidas de estado.

En todos estos casos, existe un incremento de la potestad judicial, ya que el tribunal será quien decida y resuelva, mediante providencia, si procede o no la dispensa de declarar. Si el testigo queda liberado de responder se hará constar en el acta y, en caso contrario, por virtud de esa determinación judicial, estaría exonerado de responsabilidad por declarar.

²⁰⁵ Dentro de este artículo entraría el secreto como deber y derecho del abogado, regulado en el Estatuto de la Abogacía de 22 de junio de 2001 o las Normas deontológicas aprobadas por el Pleno de CGAE de 27 de septiembre de 2002, modificado en el Pleno de 10 de diciembre de 2002.

Para los médicos y resto de personal del servicio sanitario este deber se recoge en los arts. 10.3 y 61 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986.

En relación con los detectives privados, debemos acudir al art. 103 del Reglamento de Seguridad Privada de 9 de diciembre de 1994.

Por último, en cuanto a los profesionales de la informática y responsables de bancos de datos se ven afectados por el deber jurídico de secreto, en virtud de lo previsto en el art. 10 de la Ley Orgánica de Regulación de Tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 13 de diciembre de 1999.

En cuanto a la segunda modalidad, regulada en el apartado segundo del art. 371, atañe a materias declaradas o clasificadas legalmente como reservadas o secretas, por dañar o poner en riesgo “la seguridad y defensa del Estado”, según la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968, modificada por la de 7 de octubre de 1978, y su Reglamento. Pese a que existe un principio general de publicidad de las actuaciones de los órganos del Estado, se imponen limitaciones a éste cuando de esa publicidad pueda suponer un perjuicio por causa pública²⁰⁶. Es decir, se trata de aquellos casos en los que en el propio acto del interrogatorio se alegue por el testigo que los hechos por los que se le pregunta pertenecen a materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto. Pues bien, aquí, a diferencia de la primera modalidad referida al secreto profesional o de estado, la LEC no se decanta por la decisión del tribunal, sino que, una vez que es alegada por el testigo la clasificación de materia reservada o secreto, si el juez lo considera necesario podrá pedir al órgano competente el documento oficial que acredite dicho carácter reservado o secreto y comprobado el fundamento de la alegación, mandará unir a los autos la justificación remitida, dejando constancia de las preguntas afectadas por el secreto oficial²⁰⁷.

3.4.2. Contenido.

a) Juramento y promesa de decir verdad.

Una vez personado el testigo en la sala de vistas donde se esté llevando a cabo el juicio oral, el tribunal, salvo que se trate de un menor de catorce años, le tomará juramento o promesa de decir verdad, con la conminación de las penas establecidas para el delito de falso testimonio en causa civil, de las que le instruirá si manifestase ignorarlas, procediendo a continuación a formularse las preguntas generales y, más tarde, las específicas que justifican su interrogatorio. En este punto nos remitimos a lo

²⁰⁶En su primera formulación, el deber de secreto en éste ámbito aludía a la seguridad del Estado o intereses fundamentales de la Nación en materia defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional, aunque actualmente, ha quedado en cierto modo reducido a la “seguridad y defensa del Estado”, mediante la reforma llevada a cabo, por nueva concepción de la legalidad constitucional. DÍAZ FUENTES, Antonio. *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil...* op.cit. Pág. 367.

²⁰⁷ Esto plantea la duda de si una vez recibido el documento oficial resultase que no es materia secreta. En esos casos, no procederá la reanudación del juicio oral o de la vista, siendo procedente, si se trata de un juicio ordinario, la aplicación del art. 435 LEC y si se trata de un juicio verbal, o bien habría que entender que la vista fue interrumpida y se debe reanudar o bien se pediría la práctica de la prueba en el recurso de apelación. MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil...* op.cit. Pág. 402 y 403.

ya expuesto en el Capítulo III, en relación con el deber de juramento o promesa de decir verdad, a fin de no entrar en reiteraciones innecesarias.

b) *Formulación de las preguntas generales de la ley.*

La declaración del testigo comienza por este tipo de preguntas, que se recogen en el art. 367.1 LEC. Su propósito es no sólo reunir información sobre la persona, sino también conocer el grado de imparcialidad del testigo. Así, el juez preguntará al testigo:

1º) Por su nombre, apellidos, edad, estado, profesión y domicilio.

Las dos últimas circunstancias se incluyen no sólo para identificar al testigo (lo que en la actualidad se puede hacer de forma fácil a través del DNI), sino también por la relación que pueden tener con la materia del testimonio o con ofrecer una determinada perspectiva para valorarlo.

2º) Si ha sido o es cónyuge, pariente por consanguinidad o afinidad y en qué grado²⁰⁸, de alguno de los litigantes, sus abogados o procuradores o se halla ligado a éstos por vínculos de adopción, tutela o análogos.

3º) Si es o ha sido dependiente o está o ha estado al servicio de la parte que lo haya propuesto o de su procurador o abogado o ha tenido o tiene con ellos alguna relación susceptible de provocar intereses comunes o contrapuestos.

4º) Si tiene interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante, pregunta ésta que, como prevé el art. 380.1.1ª, no deberá formularse al investigador privado de cuyo informe, aportado a instancia de parte *ex art.* 265.1.5º LEC, haya sido puesta en duda su certeza.

5º) Si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes o de sus procuradores o abogados.

6º) Si ha sido condenado alguna vez por falso testimonio. Esta pregunta se puede interpretar como una cautela reforzada.

La realización de estas preguntas ha sido criticada en tanto que se cuestiona al testigo sobre datos de su vida privada que quizá no tienen relevancia para el proceso y

²⁰⁸ DÍAZ FUENTES critica que en relación con las preguntas, la ley no establece límite de grado y, en cambio, solo constituye motivo de tacha el tenerlo hasta el 4º grado. Por otra parte, también señala el mismo autor que el parentesco del testigo con ambas partes litigantes, no elimina la tacha, es decir, no se puede compensar la igualdad de grado de parentesco con las partes. DÍAZ FUENTES, Antonio. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil...* op. cit. Pág.358.

que suponen un inconveniente para la eficiencia de la prueba, ya que condicionan de manera prematura la objetividad del juez al escuchar el testimonio²⁰⁹.

Por otro lado, en cuanto a la omisión por parte del juez de la realización de estas preguntas, no va a suponer consecuencia alguna, más allá de que se pueda subsanar por las partes haciendo preguntas tendentes a demostrar su parcialidad²¹⁰.

A la vista de las respuestas del testigo a cada una de las anteriores preguntas, las partes procesales podrán manifestar al tribunal en el mismo acto la existencia de circunstancias relativas a su falta de imparcialidad. En este caso, podrá el tribunal interrogar seguidamente al testigo sobre esas circunstancias, ordenando que tanto las preguntas que le formule como las respuestas que emita se consignen en el acta “para la debida valoración de las declaraciones al dictar sentencia” (art. 367.2 LEC).

Por último, como bien sabemos, el contenido de las preguntas generales del art. 367 LEC es coincidente con el de las tachas. Pero esto, no deja de tener sentido, en cuanto se trata, pues, de una suerte de segunda oportunidad para tachar al testigo, con la finalidad que dichas preguntas y respuestas sean ponderadas a la hora de determinar la credibilidad y fiabilidad del testigo en el momento de valorar la prueba²¹¹.

c) Realización de las preguntas específicas. Orden y forma de las preguntas.

De todo lo dicho hasta ahora, podemos concluir en que el interrogatorio, que fue la primera prueba que históricamente se practicó en un proceso, consiste en la declaración, normalmente oral, de una persona en presencia judicial.

La doctrina diferencia dos sistemas de interrogatorio: el interrogativo y el narrativo²¹². El primero consiste en formular una serie de preguntas directamente al declarante, las cuales han sido previamente elaboradas, es decir, se habrá formado un guion del interrogatorio, que puede ser implícito o explícito. De este modo, se permitirá

²⁰⁹ NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho procesal II. Proceso civil...* op. cit. Pág. 233.

²¹⁰ La STS, Sala de lo Civil, Secc. 1ª, nº 690/2016 de 24 de noviembre de 2016, F.J. 3º, (RJ 2016\5649) desestima que se vulnere el derecho a un proceso con todas las garantías, por el hecho de que no se hagan a los testigos las llamadas “preguntas generales de la Ley”.

²¹¹ La duplicidad de normas tiene sentido en tanto que las tachas funcionan como un primer filtro, al tener que formularse antes, mientras que las preguntas generales funcionan como una barrera final. MORENILLA ALLARD, Pablo, *El interrogatorio de las partes y de testigos* en: GIMENO SENDRA, Vicente / DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel / MORENILLA ALLARD, Pablo / IBÁÑEZ LOPEZ-POZAS, Fernando, *Casos Prácticos de Derecho Procesal Civil*. Madrid, 2014. Pág. 451.

²¹² NIEVA FENOLL considera que el interrogatorio óptimo es el narrativo, salvo los casos en los que el testigo guarde silencio o responda con evasivas. NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho procesal II. Proceso civil...* op. cit. Pág. 233.

que el abogado se sirva de las preguntas redactadas previamente. El segundo, por el contrario, consiste en formular preguntas abiertas, dejando que la persona del testigo hable, siempre que no se le engañe o se le pida una valoración sobre un hecho²¹³. A modo de opinión, parece más eficaz utilizar el narrativo, en tanto que el testigo hará una declaración sobre lo que conozca, sin ser presionado por las preguntas realizadas por las partes. A diferencia, el interrogativo puede llevar a que las realicen preguntas que, en cierto modo, confundan o condicionen al testigo a contestar lo que pretenden oír. Ahora bien, éste último presenta ventajas en cuanto a tratar que el testigo haga solo manifestaciones de carácter trascendente para los hechos. La Ley piensa en el método interrogativo recoge normas sobre la realización de preguntas específicas.

Pues bien, una vez contestadas las preguntas generales, el testigo será examinado de las preguntas específicas. El orden en el que se han de realizar se recoge en el art. 370 LEC, que señala que interrogará primero la parte proponente del testigo y, si fueren ambas partes, comenzará el demandante.

Respondidas las preguntas formuladas por el abogado de la parte que propuso la prueba testifical, podrán los abogados de cualquiera de las demás partes plantear al testigo nuevas preguntas que reputen conducentes para determinar los hechos. Se plantea la duda de si esos interrogatorios adicionales de las demás partes se han de referir a los mismos hechos sobre los que plantea sus preguntas el que propuso la prueba. En principio, parecería que no, ya que la Ley no recoge esa restricción, sino que solo hace referencias a la general impertinencia o inutilidad de la prueba. Sin embargo, no podemos negar la existencia de límites, en cuanto a que si se le diese la opción de interrogar sobre otros hechos elegidos por su propia iniciativa, sería necesario que el primer interrogador pudiera volver a interrogar, para que se cumpliese enteramente el principio de contradicción, ya que si no la segunda de las partes estaría aventajada.

En última instancia y con la sola finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, el tribunal podrá interrogar por sí mismo al testigo, según el art. 372.2 LEC.

Determinado el orden en el que deben llevarse a cabo, también hay que precisar cuál es la forma. De acuerdo con el art. 368.1. LEC, las preguntas deberán formularse al

²¹³ Es un requisito legal del art. 368.2 LEC que las preguntas se refieran a hechos y no a valoraciones sobre ellos. En este sentido, se puede observar la SAP Almería nº 307/2002 de 3 diciembre de 2002, F.J.2º (JUR 2003\20445).

testigo oralmente y con la debida claridad y precisión, sin incluir valoraciones ni calificaciones que, si fuesen incorporadas, se tendrán por no realizadas.

En relación con la “claridad y precisión”, se refiere a la inadmisión de las preguntas capciosas, oscuras o enrevesadas²¹⁴.

En relación con la inclusión de valoraciones y calificaciones, debemos decir que al testigo sólo le corresponde narrar desde el punto de vista histórico aquellos hechos o circunstancias de los que tenga noticia²¹⁵.

Ahora bien, ¿qué ocurre si no se cumple con esas formalidades? El tribunal, en esos casos, podrá inadmitirlas en el mismo acto del interrogatorio, admitiendo las que puedan resultar conducentes a la averiguación de hechos y circunstancias controvertidos, que guarden relación con el objeto del juicio (art. 368.2. LEC). Además, se plantea la posibilidad de que la parte contraria a la que haya formulado la pregunta pueda impugnar su admisión en ese mismo acto, haciendo notar las valoraciones y calificaciones realizadas, así como evidenciando la impertinencia de la pregunta planteada al testigo (art. 369.1 LEC)²¹⁶.

Desde la perspectiva inversa, la parte a quien se inadmita alguna de las preguntas formuladas al testigo podrá manifestar su disconformidad y pedir que conste en el acta su protesta, a los efectos de poder deducir dicha irregularidad en la vía de los recursos.

Si pese a la inadmisión de la pregunta el testigo la respondiese, su respuesta se tendrá por no realizada y no constará en el acta. Esto tiene sentido, ya que si no carecería de relevancia el hecho de inadmitir o admitir las preguntas.

²¹⁴ Hay autores, que incluyen en estos dos términos el hecho de que cada pregunta deba ir referida a un hecho determinado y no a varios. Así, señalan que habrán de rechazarse aquellas que se plantean englobando dos o más aspectos fácticos, aunque éstos tengan relación entre sí, con el propósito de que el testigo responda asintiendo al conjunto. JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *Interrogatorio de testigos en el proceso civil*, en: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coord.), *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*. Valencia, 2003. Pág. 235.

²¹⁵ De este modo, no sería admisible la siguiente pregunta: "¿es cierto que en aquel momento el demandado actuó con negligencia?". Aquí se está solicitando al testigo que emita una conclusión que comporta un juicio de valor. Y esta labor únicamente al juez corresponde realizar. Lo correcto sería interrogar al testigo sólo sobre las circunstancias fácticas concurrentes en la actuación del demandado.

ABEL LLUCH señala como excepción la declaración del testigo-perito, quien, al agregar sus conocimientos técnicos a los hechos presenciados, sí que podrá incluir valoraciones y calificaciones propias de su especialidad. ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho probatorio...op.cit.* Pág. 615.

²¹⁶ Sobre el tema haremos referencia en el apartado “d) impugnación de preguntas” de éste mismo punto.

Siguiendo con las respuestas de los testigos, las deben realizar por sí mismos, de palabra, salvo la excepción del mundo o sordomudo, sin valerse de ningún borrador de respuestas. Nos parece adecuada esta previsión, ya que con ello se evitará que el testigo haya preparado una declaración en el juicio, a fin de favorecer a una de las partes. A esto hay que añadir que si la pregunta se refiere a cuentas, libros o documentos, se permitirá que los consulte antes de responder.

En relación con el idioma, podrá utilizar en sus respuestas la lengua castellana y la que sea también oficial de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan lugar las actuaciones judiciales (art. 142.3 LEC); si desconociese dichas lenguas, el tribunal podrá habilitar como intérprete a cualquier persona conocedora del idioma que se trate, exigiéndole juramento o promesa de hacer una fiel traducción (art. 143.1 LEC).

En cada respuesta deberá indicar el testigo la razón de ciencia de lo que diga, es decir, todo lo relativo a la forma en que hayan tenido conocimiento de los hechos. Con tal precisión se trata de que el juzgador otorgue mayor credibilidad, por ejemplo al testigo directo que presenció por sí mismo los hechos que a aquel otro indirecto que tuvo noticia de ello por referencia de un tercero²¹⁷.

d) Impugnación de preguntas.

Para hablar de la impugnación de las preguntas del interrogatorio, hay que establecer una conexión con la admisión. De este modo, corresponde al juez velar por el ajuste de las preguntas a los requisitos legales, así como que éstas han sido entendidas por el testigo. En consecuencia, si no se cumple lo anterior, se podrá proceder al mecanismo de la impugnación.

El juez decidirá sobre la pertinencia de las preguntas en el acto y también es en el acto cuando pueden impugnarse, haciendo constar la razón de la impugnación y, en caso de no ser atendida la impugnación, hacer lo que conste la protesta a efectos del recurso contra la sentencia. La legitimación para llevar a cabo este procedimiento, de

²¹⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Los medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil...* op.cit. Pág. 132.

En este sentido, podemos observar la SAP Asturias, Secc. 5ª, nº 282/2014 de 21 noviembre de 2014, F.J.2º (JUR 2015\51141), que trata de un supuesto de responsabilidad por caídas en un inmueble, concretamente, un establecimiento comercial. En el caso se otorga mayor credibilidad a la prueba testifical del cliente del lugar que observó la caída, que al personal del establecimiento, quienes, además, podían tener cierto interés en el litigio.

acuerdo con el art. 369 LEC, corresponde a la parte que no haya formulado la pregunta, como es lógico, ya que la otra no va a impugnar su propia pregunta.

La redacción del art. 369 LEC puede suponer que se cuestione si la impugnación de la pregunta solo se puede admitir cuando ésta contenga valoraciones y calificaciones. Sin embargo, esto ha de interpretarse de modo flexible, por lo que se puede impugnar por otras razones²¹⁸. De esta forma, los motivos que van a dar lugar a la impugnación van a ser, en nuestra opinión, los siguientes:

En primer lugar, por falta de claridad y precisión en la pregunta, según lo regulado en los arts. 302.1 y 368.1 LEC.

En segundo lugar, por incluir valoraciones o calificaciones, de acuerdo con los arts. 302.1, 303 y 368.1 LEC.

En tercer lugar, por no hacer referencia a hechos objeto del juicio (arts. 302.2, 368.2 y 360 LEC).

En cuarto lugar, por no referirse a conocimientos propios del declarante, según los arts. 301.1, 368.2. II y 360 LEC.

3.4.3. Incomunicación de los testigos.

Una vez que el testigo comparece, de acuerdo con el art. 366.2. LEC²¹⁹, tras decretar la audiencia pública, deben adoptarse aquellas medidas judiciales que resulten necesarias para evitar que los diferentes testigos se comuniquen entre sí o que puedan presenciar el interrogatorio de los demás²²⁰, situación en la que permanecerán hasta que sean llamados a declarar.

²¹⁸ Como lo es que las preguntas no se refieran a los hechos de la controversia. COROMINAS MEJÍAS, Genoveva, *cuestiones sobre el interrogatorio de testigos* en: ABEL LLUCH, / PICÓ I JUNOY, Joan. (dirs.), *Aspectos prácticos de la prueba civil...* op. cit. Pág. 354.

²¹⁹ Según el art. 366.2 LEC, cuando sobre unos mismos hechos controvertidos hayan de declarar dos o más testigos, se adoptarán las medidas necesarias para evitar que se comuniquen entre sí y que puedan asistir presencialmente alguno o algunos de ellos a las declaraciones de los otros.

Estas medidas tratan de procurar la espontaneidad del testimonio de los testigos. Pero no puede decirse en absoluto que el juicio o vista se celebre, ni para los testigos incomunicados ni para nadie, a puerta cerrada; tan solo puede hablarse de una mínima, temporal y justificadísima restricción, por razón de la persona, a la vigencia absoluta del principio de publicidad. GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Los medios de prueba en la ley de enjuiciamiento civil...* op.cit. Pág. 129.

²²⁰ La LEC 1881 no mostraba inconveniente a que los primeros permaneciesen en la sala de audiencia durante la deposición de los sucesivos testigos. Ahora hay que evitar esto también, si el testigo puede someterse a algún careo de la manera que prevé el art. 373 LEC, en cuyo caso no podrán asistir a las declaraciones de otros, ya hayan declarado o no.

Esta incomunicación tiene una buena razón de ser, ya que trata de asegurar en la medida de lo posible la objetividad de las declaraciones. Es decir, evitar que el testigo pueda verse influido por la previa declaración de las partes o de otros testigos. El problema que se plantea es si en la realidad se puede llevar a efecto, ya que en las actuales dependencias de los juzgados es difícil lograr esa incomunicación. En la práctica, cuando el abogado lo solicita expresamente, el juez requiere a quien acaba de declarar que no salga de la Sala y espere a que acaben todas las declaraciones, así como que no permita la entrada de los declarantes que estén fuera. Por último, cabe añadir que no se trata de una medida imperativa, sino que tiene carácter cautelar y ello porque la propia Ley no establece ningún tipo de sanción, por lo que el hecho de que los testigos se comuniquen no puede dar lugar a la nulidad.

3.4.4. Careo de testigos o interrogatorio cruzado.

El careo se puede definir como la confrontación de manera cruzada de las declaraciones de testigos que incurran en contradicciones graves o de éstos y las partes. Es decir, se trata de que cuando los testigos deponentes incurran en graves contradicciones, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, acuerde que los autores de los testimonios contradictorios se sometan a un careo.

En cuanto a su naturaleza jurídica, hay quienes consideran que se trata de un medio probatorio de carácter complementario, instrumental y excepcional y quienes opinan que no se trata de un nuevo medio prueba, sino que es una especialidad de la prueba testifical²²¹.

La solicitud de careo deberá realizarse por las partes al finalizar el interrogatorio de todos los testigos, para lo que deberá advertírseles que no se ausenten con el fin de que dichas eventuales actuaciones puedan ser practicadas a continuación²²².

Aunque también hay que añadir que se podrá acordar de oficio²²³. Cuando se señala que se realizará al término del interrogatorio, hay que pensar que no se está

²²¹ DOMENECH GARRET, Cristina. *Vademécum de derecho civil y procesal civil*. Valencia, 2017. Pág. 135.

²²²Para la eficacia del careo es necesario garantizar la incomunicación de los testigos, así como la unidad de acto y concentración de toda la prueba, pues en otro caso las partes podrían contactar con los testigos previamente al careo para prepararlo. En caso de que no se produzca dicha incomunicación, el careo no será efectivo. FERNANDEZ SEIJO, José María. *Comentario al art. 373 LEC*, en: BARONA VILAR, Silvia / ESCRIBANO MORA, Fernando / FERNANDEZ SEIJO, José María. *El Proceso Civil*, tomo III. Madrid, 2001. Pág. 2663.

aludiendo al interrogatorio de todos los testigos, sino en concreto el de aquél cuya declaración haya incurrido en contradicciones.

En lo relativo al procedimiento para llevar a cabo el careo, no se establece ninguno en la LEC, por lo que hay quienes estiman que es pertinente aplicar por analogía los arts. 451 y ss. LECRIM, lo que parece bastante razonable, ya que el careo nació en el proceso penal. Por lo general, se afirma que con carácter previo a su celebración habrán de ser fijadas las contradicciones observadas, y en su práctica se habrá de permitir la intervención de los letrados²²⁴.

Como crítica, podemos decir que la realización de un careo puede suponer una mayor reticencia por parte de los testigos llamados a declarar, aunque parte de la doctrina considera que acordar un careo es un importante recurso contra la alteración consciente de la verdad o para salvar errores de consideración²²⁵.

²²³ Se plantea la duda de si el propio testigo podría solicitar el careo, aunque parece que no, ya que no están incluidos en el propio art. 373 LEC. Por otro lado, no hemos de olvidar la posibilidad de que una de las partes solicite el careo de la otra con su propio testigo, lo que supondrá una cierta disponibilidad sobre el testigo de la otra. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, tomo III. Madrid, 1925. Pág. 205 y 206.

Lo mismo señala DÍAZ FUENTES, que afirma que nada obliga a que el testigo careado con una parte tenga que ser de la contraria, sino que se puede acordar el de un litigante con su propio testigo, incluso cuando sea la parte contraria quien lo pida. De aquí, se puede destacar la especialidad que acarrea esa disponibilidad de una parte sobre el testigo de la otra, que se asume de acuerdo con el principio de adquisición procesal. DÍAZ FUENTES, Antonio. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil...* op cit. Pág. 369.

En el mismo sentido, se pronuncia ABEL LLUCH, señalando las diversas modalidades de careos: careo entre testigos y careo entre testigos y partes. ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho probatorio...* op. cit. Pág. 628.

En este punto, también conviene reseñar la importancia que cobra solicitar el careo, en los casos en los que se advierten contradicciones, al término del interrogatorio, ya que, en caso contrario, una vez desestimada la sentencia, las partes no pueden invocar la falta de veracidad de un testimonio y más cuando éste no es decisivo para el fallo de la sentencia. SAP Islas Baleares, Secc. 5ª, nº 580/2002 de 21 octubre, F.J. 4º, (JUR 2003/99423).

²²⁴ RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María. *El interrogatorio de testigos en la ley 1/2000 de 7 de enero, de enjuiciamiento civil*. Madrid, 2003. Pág. 57.

De opinión contraria encontramos a MARÍN CASTÁN, según el cual estos artículos no son de aplicación supletoria al proceso civil. Señala que el principio de legalidad procesal (art. 1 LEC) obliga a aplicar en la práctica del careo las normas que regulan la prueba testifical y, en su caso, el interrogatorio de partes, con respeto en todo caso a la naturaleza del careo. MARIN CASTÁN, Francisco. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...* op.cit. Pág. 1627

²²⁵ DÍAZ FUENTES, Antonio. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil...* op.cit. Pág.369.

CAPÍTULO QUINTO. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL.

1. Valoración de la prueba en general.

A modo introductorio, es preciso establecer una conceptualización sobre la valoración de la prueba. Para ello, aludiremos a la definición establecida por NIEVA FENOLL, para quien es el ejercicio de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso. Es decir, consiste en una actividad intelectual que permite al juzgador dictar sentencia motivada cuando existen hechos dudosos. En definitiva, se trata de la finalización de las averiguaciones realizadas por el juez, como resultado de los medios de prueba²²⁶.

Una vez fijado el concepto, tenemos que decir que, actualmente, existen diversos sistemas de valoración de la prueba, cuya clasificación ha sido objeto de debate doctrinal. Así, los procesalistas han discutido sobre si existen tres (sistema tasado, sistema de la sana crítica²²⁷ y de libre valoración) o únicamente dos sistemas (el tasado y el de libre valoración)²²⁸. Nuestro estudio, coincidiendo con la última de las doctrinas, se ordenará en torno a estos dos últimos sistemas, sin entender que existen tres, ya que opinamos que las reglas de la sana crítica entran dentro del sistema de libre valoración de la prueba, en tanto que el juzgador no va a estar sometido a ningún tipo de regulación legal que le obligue a valorar la prueba de un determinado modo, por lo que se hará de forma libre, lo que no es sinónimo de arbitrariedad, ni discrecionalidad.

Por último, cuestión que debemos tener en cuenta es que en nuestro sistema actual no rige exclusivamente uno de los anteriores, sino que se combinarán entre ellos dando lugar a un sistema mixto, donde habrá valoración tasada y libre. Ahora bien, es más común el sistema de la libre valoración y las reglas de la sana crítica, lo que implica el cumplimiento por parte del juez de los deberes de motivación, razonabilidad y racionalidad.

²²⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid, 2010. Pág. 34.

²²⁷ A favor de esta teoría encontramos a COUTURE, según el cual las reglas de la sana crítica serían un punto intermedio entre la libre valoración y la prueba tasada. COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, 2004. Pág.221.

²²⁸ ABEL LLUCH, Xavier, “Configuración de las reglas de la sana crítica en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil”. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*. 2013, nº 2. Pág. 143.

1.1. Sistema tasado de valoración de la prueba.

El sistema tasado de prueba ha sido objeto de diversas definiciones doctrinales. Entre ellas, destacamos la de TARUFFO, quien señala que es aquel que consiste en la producción de reglas que, predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada prueba²²⁹.

El origen de este sistema se remonta a épocas pretéritas. En muchos casos, se ha opinado que se trató del primer sistema existente, ubicando su origen incluso antes de las Leyes de las XII Tablas; otros opinan que surgió como respuesta los excesos de la libre valoración y, quizá también, a fin de reducir la incidencia de las ordalías²³⁰, lo que a nuestro juicio parece más razonable. Dejando atrás esta inconcreción sobre sus inicios, lo que sí es cierto es que con el transcurso del tiempo y el convencimiento de otorgarle al juez una mayor libertad en la apreciación de la prueba, la utilización de este sistema fue reduciéndose, en pro del segundo de los mecanismos.

La esencia de este modelo es que las facultades del juez son limitadas, ya que no se tendrá en cuenta ni su convencimiento íntimo, ni los motivos que le otorgan la razón y la experiencia.

Por otra parte, las ventajas de este sistema son, para DEVIS ECHANDÍA, que aporta seguridad y certidumbre en el tráfico jurídico, facilita una mayor confianza en la justicia, al darle al pueblo el convencimiento de que las sentencias se someten a la ley, librándolas de toda arbitrariedad, orienta al juez para averiguar la verdad y permite que las sentencias sean uniformes en cuanto a la valoración de las pruebas²³¹.

En cambio, otros autores, como SEBASTIÁN MIDÓN señalan entre sus desventajas que se impide al juez formar un criterio personal, obligándole a adoptar soluciones en contra de su convencimiento lógico razonado, conduce a la declaración

²²⁹ TARUFFO, Michelle. *La prueba de los hechos*. (Traducción FERRER BELTRÁN, Jordi). Madrid, 2002. Pág. 387.

Existen otras definiciones, entre ellas, la del autor SERRA DOMÍNGUEZ, que afirma que existe el sistema tasado de valoración de la prueba cuando el legislador establece determinadas normas que fijan taxativamente el valor a asignar a cada uno de los medios de prueba. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Estudios de Derecho procesal...*op.cit. Pág. 72.

²³⁰ En este sentido, NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba...*op. cit. Pág. 47.

²³¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I. Buenos Aires, 1988. Págs. 90 y 91.

como verdad de una simple apariencia formal y como consecuencia de esa obtención de verdades formales, se produce una separación entre la justicia y la sentencia.²³²

A modo de opinión, salvo casos puntuales, parece más favorable el sistema de libre valoración de la prueba, ya que permitirá juzgar cada supuesto de forma individualizada y no establecer las mismas soluciones para situaciones personales de carácter diferente. En este sentido, llamamos la atención sobre la siguiente afirmación de SENTÍS MELENDO: “¿Por qué se inventarían las pruebas legales o tasadas? Encomendar a un hombre la tremenda función de juzgar, y decirle después como juzgar, parece una paradoja o un sarcasmo; no es mecanizarlo o automatizarlo; es algo peor: es deshumanizarlo”²³³. Aunque es cierto que el juzgador se tiene que someter a lo establecido en la ley en el cumplimiento de sus funciones, también lo es que establecer un sistema tasado de valoración mecaniza todos los procesos, de modo que en una hipotética situación futurista se podría incluso eliminar el elemento humano, existiendo jueces y letrados con inteligencia artificial, lo que sería completamente contrario a la ética.

1.2. Sistema de libre valoración de la prueba.

Para definir el sistema de libre valoración de la prueba nos referiremos a los mismos autores citados cuando conceptualizábamos el sistema tasado. Así, para TARUFFO es aquel que presupone la ausencia de aquellas reglas tasadas e implica que la eficacia de cada prueba para la determinación del hecho sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón²³⁴. Para SERRA DOMÍNGUEZ es aquel en que el valor de cada uno de los medios de prueba es fijado libremente, con arreglo a su conciencia o a su íntima convicción, por el juez, caso por caso, sin necesidad de ajustarse a reglas establecidas anteriormente²³⁵.

En cuanto a sus ventajas, además de las ya mencionadas, señala SENTÍS MELENDO que es un sistema que permite ajustarse a los cambios locales y temporales

²³² SEBASTIÁN MIDÓN, Marcelo. *Derecho probatorio. Parte General*. Buenos Aires, 2007. Pág. 161.

²³³ SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires, 1979. Pág. 25.

²³⁴ TARUFFO, Michelle. *La prueba de los hechos*. (Traducción FERRER BELTRÁN, Jordi). Madrid, 2002. Pág. 387.

²³⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Estudios de Derecho Probatorio*. Lima, 2009. Pág. 72.

y que a pesar de que la forma de valoración no se establece en la ley seguirá criterios lógicos. Además, supone un enfoque de valoración de la prueba como un medio y no como un fin²³⁶. Por otro lado, entre sus desventajas se encontraría la mayor inseguridad jurídica o que las decisiones de los jueces pueden ser dispares, así como el dificultoso desarrollo lógico que implica llegar a obtener esa valoración.

Como hemos afirmado anteriormente, dentro de este sistema de libre valoración se incluyen las reglas de la sana crítica, cuyo origen se encuentra en la propia declaración testifical²³⁷, pese a que con el tiempo se fueron incorporando en el resto de medios probatorios. La doctrina ha establecido multiplicidad de conceptos en relación con las reglas de la sana crítica, pudiéndose clasificar esas definiciones en tres²³⁸:

De acuerdo con su función valorativa, se trata de reglas de prudente apreciación que permiten llegar a una convicción libre o persuasión racional²³⁹ o como aquellas reglas del correcto entendimiento humano²⁴⁰.

De acuerdo con sus elementos constitutivos: son reglas de la sana crítica las leyes de la lógica, de la experiencia y de la psicología común²⁴¹.

Finalmente, se han realizado definiciones que incluyen ambas dimensiones y se definen como las reglas que nos conducen al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la razón²⁴² o los criterios normativos que sirven al hombre normal, en una actitud prudente y objetiva para emitir juicios de valor²⁴³.

Los caracteres a tener en cuenta en relación con estas reglas son que no tienen carácter jurídico, pero se basan en principios o directrices para ajustar el razonamiento probatorio del juez; son reglas de carácter mixto, ya que por una parte se refieren a las reglas de la lógica y por otro a las de la experiencia y son valorativas, pues el juez tiene

²³⁶ SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba*. Buenos Aires, 1978. Pág. 431.

²³⁷ Art. 317 LEC 1855 recogía que “los jueces y tribunales apreciarán según las reglas de la sana crítica la fuerza probatoria de las declaraciones de testigos”.

²³⁸ Clasificación fijada por ABEL LLUCH, Xavier. *La valoración de la prueba en el proceso civil...Op. Cit.* Pág. 80 y ss.

²³⁹ SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba...Op. Cit.* Pág. 272.

²⁴⁰ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil... op. Cit.* Pág. 221.

²⁴¹ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. “Casación, hechos, Derecho extranjero, reglas de la sana crítica en la Ley 10/992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal”, en: *Revista de Derecho Procesal*, 1991, nº 1. Pág. 538.

²⁴² MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. (T.III). Madrid, 1887. Pág. 349.

²⁴³ GUASP DELGADO, Jaime. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II. Madrid, 1947. Pág. 647.

libertad para valorar los medios de prueba, conforme a criterios de racionalidad. Finalmente, se trata de reglas expansivas.

2. La valoración de la prueba en el interrogatorio de testigos.

Históricamente, la prueba testifical tenía un sistema de prueba tasada o legal, que exigía un determinado número o calidad de testigos para la acreditación de los hechos²⁴⁴. Por el contrario, hoy en día se sigue un sistema de libre valoración del interrogatorio de testigos, que supone la necesaria motivación del juicio en la sentencia.

Partimos de lo previsto en el art. 376 LEC, que señala que los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias en que ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubieren formulado.

De este precepto se pueden obtener una serie de conceptos relevantes que deben ser tenidos en cuenta: la razón de ciencia, las circunstancias de tiempo, modo y lugar que hagan verosímil el conocimiento de los hechos por el testigo y la ocurrencia del mismo hecho, así como las tachas de los testigos²⁴⁵.

En primer lugar, la razón de ciencia se refiere al conocimiento del testigo de los hechos relativos a su testimonio. Es decir, la expresión del cómo, cuándo y dónde se percibió lo que se declara.

En segundo lugar, las circunstancias concurrentes vienen a ser un parámetro amplio que relaciona al testigo con las partes y con los hechos sobre los que declara.

²⁴⁴ A modo de ejemplo, está la Partida III, Título XVI, Ley 32: “Dos testigos que sean de buena fama e que sean atales que no los puedan desechar por aquellas cosas que mandan las leyes deste nuestro libro, abonda para probar todo pleito en juyzio: fueras ende en razón de quitamiento de deuda sobre que fuese carta de escriturano público”.

Otro ejemplo es cuando esta misma ley disponía que se debía creer más al anciano que al joven, al hidalgo que al villano o, en casos de juicios de hombres del mismo pueblo, si se trataba de bienes muebles eran necesarios dos testigos y, en cambio, si eran inmuebles cinco. SEBASTIAN MIDÓN, Marcelo. *Derecho probatorio. Parte General*. Buenos Aires, 2007. Pág. 160.

²⁴⁵ GARBERÍ LLOBREGAT señala que el legislador dispone que, de entre las distintas reglas de la sana crítica, se deben tener en cuenta de manera especial las siguientes: 1) La razón de ciencia que hubieren dado los testigos (art. 370.3 LEC), es decir, lo que éstos hayan declarado con respecto a la forma en que hayan tenido conocimiento de los hechos; y 2ª) las “circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado”. GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Derecho procesal civil. Procesos declarativos y procesos de ejecución...* op. cit. Pág. 345.

Este concepto engloba tanto las circunstancias personales, como sería la edad; formales, como serían las contradicciones; o reales, como sería la subjetividad.

En tercer lugar se encuentran las tachas. De este modo, si el juez estima acreditado un hecho sobre la base de la declaración de un testigo tachado, deberá motivar en mayor medida su sentencia, arguyendo porqué le otorga credibilidad.

En suma, con todo lo anterior se trata de que el juez al valorar la prueba, tenga en cuenta la relación que el testigo pueda tener con las partes y con los hechos sobre los que declara. Esta libre valoración de la prueba por parte del juez está relacionada con dos aspectos importantes: la credibilidad que debe dar a las declaraciones del testigo y los criterios que debe usar en el momento de realizar ese proceso de valoración.

a. Credibilidad de la declaración testifical.

A priori, podríamos pensar que la declaración testifical debería ser más fiable que la de las propias partes, ya que se practica por un tercero ajeno al proceso. Pero coincidentes con la opinión de NIEVA FENOLL creemos que se debe otorgar a ambos medios de prueba el mismo valor y, analizando las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto, se podrá llegar a una conclusión razonable de si un medio de prueba resulta aprovechable o no²⁴⁶.

En lo relativo a la valoración judicial importa tanto el aspecto objetivo (las explicaciones que ofrezca y la razón de ciencia que proporcione), como el subjetivo (la forma en que declara y sus circunstancias personales). Además, se valorará tanto aquello que afirma (declaración de conocimiento o de ciencia), cuanto el motivo por el que lo afirma (fuente de conocimiento)²⁴⁷.

²⁴⁶ Señala el mismo autor que en los procesos se parte de la base de que los testigos son perjurios que declaran falsamente. NIEVA FENOLL basa su crítica en el hecho de que las tachas se dirijan a la propia persona del testigo y no a su declaración, así como la existencia del delito de falso testimonio, opinando que hubiera sido mejor que la Ley concretase una serie de máximas de experiencia. A nuestra forma de pensar, aunque sí creemos que se deberían haber concretado en la Ley esas máximas, también nos parece razonable la forma en la que se incluye la tacha y el delito de falso testimonio, ya que suponen que el testigo sea más propenso a declarar de forma sincera y, en cambio, en muy contadas ocasiones se le castigará en vía penal por no decir la verdad. NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba...* op. cit. Pág. 264.

²⁴⁷ En concordancia, existirán diferencias en el momento de valorar la declaración dependiendo del tipo de testigo que se trate: en relación con los testigos con interés en la causa, así como los traídos por los letrados sin acreditar la objetividad de la fuente de conocimiento de la identidad de dichos testigos, deberá valorarse fundamentalmente la contextualización de los relatos y, más tarde, la existencia de corroboraciones del testimonio (esto se debe a que la coherencia de los testimonios es esperable, así como los detalles oportunistas, por lo que ambos datos simplemente utilizarse como elemento que corrobore la

En cuanto a las reglas concretas para la valoración de la prueba testifical, no se regula nada en la LEC más allá de las previstas en el art. 376, por lo que tendrá gran importancia la experiencia del juez. De este modo, como afirma ABEL LLUCH para poder valorar la declaración, serán necesarios tanto criterios técnicos, como unos mínimos conocimientos sobre Psicología del Testimonio, ciencia doctrinalmente cada vez más desarrollada, pero que no lo está plenamente²⁴⁸.

b. Criterios técnicos de la valoración del testigo.

En la doctrina procesal española destacan varios estudios que ofrecen criterios técnicos para la valoración de la declaración testigo. Entre todos ellos, nos basaremos en el recogido por ABEL LLUCH, que establece las siguientes premisas²⁴⁹:

El primer presupuesto será el conocimiento por el juez de la relación entre el testigo y el *thema probandi*. Por ello, es conveniente que la parte proponente además de identificar al testigo en el correspondiente escrito, añada la relación que tiene éste con los hechos controvertidos.

El segundo presupuesto consiste en la necesidad de que se produzca una recepción activa y diligente del testimonio, lo que el juez llevará a cabo estableciendo el orden en el que van a declarar los testigos, cumpliendo los requisitos de pertinencia, utilidad y legalidad, así como los de claridad y precisión de las preguntas, atendiendo a la razón de ciencia que aporta el testigo e incluso tratando de aclarar las respuestas evasivas o inconcluyentes, solicitando aclaraciones y ponderar la duración del interrogatorio, puesto que si son de larga duración pueden generar un cierto estrés.

El tercer y último presupuesto se refiere a la necesidad de que el juez tenga unos mínimos conocimientos sobre Psicología del testimonio.

incredibilidad); en relación con los testigos directos cuya identidad conste en una fuente objetiva, debe ser valorada la coherencia de su testimonio y contextualización de su relato, teniendo en cuenta los detalles oportunistas como posibles señas de falsedad en la declaración; en cuanto a lo referente a los testigos de referencia, normalmente su testimonio resultará increíble, salvo que aparezcan elementos que corroboren su declaración. NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba...* op. cit. Pág. 265.

²⁴⁸ . Como afirmó GORPHE: “si bien el testimonio es viejo como el mundo, la ciencia del testimonio es tan moderna como nuestro siglo y no ha acabado de nacer”. GORPHE, François. *La crítica del testimonio...* op.cit. Pág. 11.

²⁴⁹ABEL LLUCH, Xavier. *La valoración de la prueba...* op. cit. Pág. 94-96.

c. **Aportaciones de la Psicología del Testimonio.**

La Psicología del Testimonio es esa rama de la ciencia que estudia la credibilidad de las declaraciones, y cuyas conclusiones son relevantes en el doble ámbito de la técnica de obtención de las declaraciones, y la detección de la mentira a través de datos objetivos²⁵⁰. Sus estudios se basan, sobre todo, en entender los procesos de la memoria humana, tratando de investigar experimentalmente qué aspectos pueden interponerse en la exactitud de los recuerdos de un declarante. Una vez comprobada esa exactitud, se estudia la credibilidad de las declaraciones, tratando de detecta las mentiras y señalar las razones que llevan a ellas.

Esta ciencia es trascendente en lo relativo a los procesos judiciales a los efectos de sentar las bases de la valoración de las declaraciones de cualquier persona, incluyendo especialidades de personas ancianas y niños²⁵¹. Esta rama se plantea debido a la dificultad de determinar cuál es la verdad a través de las declaraciones.

Como afirma MANZANERO PUEBLA, en materia de psicología del testimonio se dio un salto cualitativo cuando se pasó de valorar la credibilidad del testigo a valorar la credibilidad del testimonio²⁵². Esto es así, porque si basamos la credibilidad de un testigo en su conducta podemos caer tanto en el error de que éste trate de engañar a todos con una actuación provocada, una declaración firme, de carácter completamente realista o, en sentido contrario, que peligrosamente se juzgue una declaración testifical por conductas como gestos, titubeos, lugar a donde se dirige la mirada, nerviosismo... Actitudes que a nuestro criterio han de tener poca fiabilidad o no tenerse en cuenta al menos aisladamente, ya que no todas las personas son igual de expresivas y de esta forma, el nerviosismo puede confundirse con la mentira, así como los errores del

²⁵⁰ ABEL LLUCH, Xavier. *La valoración de la prueba en el proceso civil...* op. cit. Pág. 121.

²⁵¹ En cuanto al testimonio del menor, históricamente, se han distinguido cuatro posiciones: cognitivamente competente y por tanto capaz de dar un testimonio exacto de lo sucedido, cognitivamente incompetente y por tanto, incapaz de prestar testimonio, en tercer lugar con una credibilidad similar a la de los adultos y, por último, como incapaz de distinguir la realidad y fantasía, por lo que el testimonio debería ser rechazado sin más. ALONSO QUECUTY, María Luisa, "Creencias erróneas sobre testigos y testimonios: sus repercusiones en la práctica legal" en: ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio (dir.). *Delitos contra la libertad sexual. Cuadernos de Derecho Judicial*, nº VII/1997, CGPJ, Madrid, 1998. Pág. 410.

²⁵² MANZANERO PUEBLA, Antonio Lucas. *Psicología del testimonio: una aplicación de los estudios sobre la memoria*. Madrid, 2008. Pág. 177.

declarante considerarse una falta de sinceridad. En este punto, cabe mencionar el llamado “error de la idiosincrasia²⁵³” y el “error de Otelo”²⁵⁴.

Los errores del testigo que declara están también relacionados con los estudios realizados sobre la memoria de las personas. Aunque se trata de un tema que no es propiamente jurídico, sí haremos alguna alusión a modo de ejemplo, ya que opinamos que es cuestión a valorar dentro de las reglas de la sana crítica. Aquí, se plantean dos problemas: los recuerdos falsos de los testigos y los diferentes tipos de memoria.

Una de las causas de recuerdos falsos del testigo es la búsqueda en nuestra memoria del recuerdo. Así, si ha transcurrido largo tiempo desde un determinado suceso y se plantean cuestiones al testigo que son falsas, las respuestas de éste tienen más probabilidad de serlo²⁵⁵. A diferencia, si se le plantean cuestiones que han sucedido en la realidad, cabe la posibilidad de que éste pueda recordarlas. Además, otro problema en relación con esto será el transcurso del tiempo, de modo que los testigos presenciales pueden sufrir distorsiones, por ejemplo, en relación con la duración de un incidente, ya que en una situación tensa ocurren muchas cosas a la vez y los observadores tienden a pensar que ha transcurrido más tiempo que en la realidad.

En cuanto a los tipos de memoria, simplemente señalar un ejemplo en la memoria a corto plazo, donde la capacidad para recordar estímulos auditivos es superior a la de los estímulos visuales. Así, el testigo recordará mejor los primeros datos y los últimos de una lista, siendo más susceptibles de olvido los que se sitúan en medio del elenco o los procesos de recuperación²⁵⁶.

²⁵³ El “error de la idiosincrasia” se refiere a que todo indicio útil de engaño, también puede darse en testimonios veraces.

A diferencia, el llamado “error de Otelo” se refiere a los casos en los que una persona sincera en condiciones de estrés puede parecer que está mintiendo.

²⁵⁴ MANZANERO PUEBLA, Antonio Lucas. *Psicología del testimonio: una aplicación de los estudios sobre la memoria*. Madrid, 2008. Pág. 178.

²⁵⁵ MIRA SOLVES realiza un breve estudio sobre el funcionamiento la atención, percepción y la memoria, explicando cómo se producen los errores de omisión y comisión típicos de la actuación de los testigos. MIRA SOLVES, José Joaquín. *Estudios sobre psicología del testimonio*. Madrid, 1984. Pág. 2. En este punto, también cabe destacar los estudios similares sobre el tema de SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Psicología del testigo y del testimonio*. Perú, 2000. Pág. 1039.

²⁵⁶ En este sentido, distingue SOLÍS ESPINOZA tres tipos de memoria: memoria sensorial, que es el registro o persistencia de un determinado estímulo, y no supone ningún tipo de elaboración o transformación del mismo; memoria a corto plazo, que se refiere a aquello en lo que pensamos en un determinado momento; memoria a largo plazo, que abarca todo el bagaje cognitivo o la estructura de conocimiento del sujeto. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Psicología del testigo y del testimonio*. Perú, 2000. Pág. 1040 y 1041.

Como conclusión podemos señalar que debido a la problemática que plantea la propia memoria, será muy dificultoso o prácticamente imposible obtener declaraciones completamente veraces. Sin embargo, el juez sí deberá tener en cuenta una serie de circunstancias en el momento de valorar las declaraciones y dictar la sentencia y que se utilizan en la motivación de las mismas:

- a) La coherencia de los relatos: los tribunales aprecian que el relato tenga una buena estructuración desde un punto de vista lógico. Es decir, que el testimonio no tenga contradicciones. Si la declaración de un mismo testigo no contiene puntos incompatibles, será más creíble.
- b) La contextualización del relato: Consiste en que el declarante describa los hechos incluyendo datos del ambiente vital, espacial o temporal, como puede ser que se acuerde de qué hizo después o antes del hecho. Se trata también de un mero indicio de verosimilitud.
- c) Las llamadas colaboraciones periféricas: Se refiere a que el relato del declarante sea corroborado por otros datos que, indirectamente, acreditan la veracidad de la declaración. En este punto se engloban las declaraciones coincidentes de varios testigos, ya sea sobre unos mismos hechos o sobre distintos, que tengan que ver con lo enjuiciado. Este criterio puede ser problemático, ya que el hecho de que haya testimonios dispares sobre un mismo hecho no significa necesariamente que los testigos mientan. Al contrario, también puede suceder que los declarantes acuerden su testimonio.
- d) La existencia de detalles oportunistas a favor del declarante: Esta circunstancia está relacionada con el primer criterio. Consiste en que el testigo haga referencia a datos, normalmente innecesarios, que pretendan beneficiar a una de las opciones que se están debatiendo en el proceso. Se trata de manifestaciones sobre el carácter o la intencionalidad de una de las partes, o bien justificaciones de las propias actuaciones que van más allá de lo que se ha preguntado al declarante. Las tachas tratan de prevenir este tipo de problemática.

CONCLUSIONES.

CONCLUSIÓN PRIMERA. La prueba en su conjunto y concreciones sobre la testifical: La prueba se puede definir como la actividad procesal, desarrollada por el órgano judicial, destinada a formar la convicción del juez acerca de la certeza de los hechos alegados por cada una de las partes. Entendemos que su objeto son las afirmaciones de las partes relativas a los hechos (art.281 LEC). El juez verificará esas afirmaciones a través de los medios de prueba del art. 299 LEC, cuyo uso se garantiza en el art. 24 CE.

En concreto, la prueba testifical es un acto procesal conscientemente ejecutado, de carácter indirecto, representativo e histórico. Se trata, *strictu sensu*, de un medio de prueba (art. 299.1.6º LEC), a diferencia del testigo y su conocimiento sobre los hechos, que son fuentes de prueba, ya que preexisten al proceso.

CONCLUSIÓN SEGUNDA. La capacidad para ser testigo: La figura del testigo se puede definir como aquella persona ajena al proceso (*nemo testis in re sua auditur*), que aporta al mismo, declarando sobre ello, unos hechos que ha presenciado o que le han contado (art. 360 LEC). Esos hechos deben ser pasados y, normalmente, ajenos al testigo, siendo este un mero “espectador” de los mismos.

En cuanto la capacidad para ser testigo, corresponde a todas las personas físicas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de los sentidos respecto de hechos sobre los que puedan conocer a través de dichos sentidos. Por otra parte, los menores de catorce años solo podrán declarar si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente. En este punto, opinamos que si bien es cierto que los menores no tienen una conciencia plenamente desarrollada, también lo es que sí pueden ser capaces de discernir la ocurrencia de un determinado suceso u otro e, igualmente, tienen capacidad sensorial para apreciar los hechos. Por todo, nos parece acertada la previsión realizada por el legislador.

CONCLUSIÓN TERCERA. Derechos y deberes de los testigos: El testigo tiene derecho de reclamar de la parte que le propuso la indemnización correspondiente por los gastos y perjuicios que le ocasione su declaración. Haciendo especial mención en este punto a la remuneración del testigo-perito, a nuestro juicio, parece lógico que reciba la indemnización que correspondería a un testigo y no los honorarios del perito,

ya que no lleva a cabo ninguna función más allá del hecho de responder a las preguntas que se le formula.

En cuanto a los deberes, son principalmente el deber de comparecer (art. 292 LEC), pese a que en ocasiones se puede acudir al auxilio judicial y a la declaración domiciliaria del testigo; el deber de jurar o prometer decir la verdad, que solo se exigirá cuando los testigos sean mayores de edad penal. Ahora bien, a nuestro modo de pensar, el hecho de realizar el juramento o promesa se ha convertido en un acto puramente formal, que, por lo general, ni evitará el engaño, ni llevará a la sinceridad del testigo; y el deber de declarar. Los únicos que pueden negarse a declarar son las personas inhábiles o incapaces (art. 361 LEC), aunque también hay que hacer mención a las personas que tienen deber de guardar secreto o los casos en los que se tratan materias del art. 371 LEC.

CONCLUSIÓN CUARTA. Sobre el control de imparcialidad: las tachas de los testigos (arts. 377-379 LEC): El sistema de tachas se puede definir como un incidente procesal cuyo fin es dilucidar si existe alguna causa de parcialidad del testigo.

A tenor de lo dispuesto en el art. 377 LEC, debemos entender que éste contiene un numerus clausus de circunstancias que dan lugar a la tacha.

En cuanto al momento de su proposición, se recoge en el art. 378 LEC, que indica que deberán formularse desde la admisión de la prueba testifical y hasta que comience el juicio o la vista. En este punto, se plantea una problemática respecto a los juicios verbales, ya que en ellos la proposición, admisión y práctica de la prueba se realizan en un mismo acto, por lo que las partes no pueden cumplir con lo previsto en el artículo. Una de las soluciones planteadas es que la proposición y práctica se haga en el propio acto de la vista y se resuelva su admisión en sentencia.

CONCLUSIÓN QUINTA. Aspectos notorios en la proposición de la prueba testifical: La forma de proposición ha sido objeto de reforma por la Ley 42/2015, que mantiene su carácter oral, pero añade la obligatoriedad para las partes de aportar un escrito detallado de la misma en un plazo de dos días desde la proposición de la prueba. A nuestro modo de pensar, esta modificación del art. 429.1 LEC ha adaptado a la legislación una práctica que ya venía realizándose. Ahora bien, se nos plantea la duda de si este plazo no sería contradictorio con el previsto en el art. 284. II LEC, que señala

que, durante los cinco días siguientes a la Audiencia, las partes pueden indicar los datos de los testigos, el lugar donde puedan ser citados y cuáles se comprometen a presentar.

En relación con el momento de proposición, será en la audiencia previa o en la vista. En el supuesto del juicio verbal, las partes tienen un plazo de cinco días desde la recepción de la citación para señalar a las personas que han de ser citadas como testigos (art. 440.1 LEC). Plazo que aunque ha sido ampliado, quizá sea insuficiente, ya que realmente pocas personas acudirán a un abogado en el momento en el que reciban la citación y aunque lo hiciesen, el periodo para decidir qué personas deben declarar en calidad de testigos, así como conseguir sus datos, sigue siendo muy breve.

CONCLUSIÓN SEXTA. Limitación al número de testigos propuestos: No existe límite al número de testigos que pueden proponer las partes. Ahora bien, se advierten restricciones en el art. 363 LEC. A modo de opinión, la facultad que se otorga al Tribunal de inadmitir los sucesivos testimonios, a partir del tercero prestado, es ventajosa en tanto que en caso contrario los procesos podrían alargarse sin aportar nada nuevo o dando lugar a declaraciones inútiles, pero tampoco se pueden negar los problemas que esta potestad encomendada al juez puede conllevar. Así, pudiera ser que los primeros testigos llevasen a cabo declaraciones falsas o erróneas y, en cambio, los posteriores a partir del tercero a los que hipotéticamente inadmitiese el juez, fuesen a realizar unas declaraciones de carácter más imparcial y objetivo.

CONCLUSIÓN SÉPTIMA. El interrogatorio de testigos: El interrogatorio consiste en una declaración, normalmente oral, de una persona en presencia judicial. Para realizar el interrogatorio de testigos, debe procederse a la citación de los mismos, que puede ser tanto realizada por la parte, como judicial. A nuestro juicio, resulta más conveniente elegir la segunda, ya que el testigo se sentirá más obligado a comparecer en el juicio y porque la inasistencia al juicio del testigo notificado por la propia parte originará una multa para la propia parte, además de que la incomparecencia del testigo citado judicialmente podrá originar la interrupción de la vista (art. 193.1.3º LEC).

Por otra parte, el interrogatorio se realizará generalmente durante el desarrollo del juicio ordinario o la vista (art. 289.1 LEC), pese a que se puede realizar en momento extraordinario (por ejemplo, la testifical como diligencia final).

Nos parece importante destacar la declaración del testigo mediante videoconferencia, por su habitual uso. En nuestra opinión, esta forma conlleva grandes

ventajas, toda vez que evita los perjuicios que va a suponer al testigo realizar el desplazamiento desde su domicilio hacia otras ciudades, supone una agilización de la actividad jurisdiccional y una mejor forma de organizar el trabajo de los órganos jurisdiccionales, con la consecuente reducción de costes. Pese a ello, también existen desventajas, entre ellas, los posibles errores de funcionamiento de este sistema. Como crítica final, pensamos que el testigo debería estar facultado para solicitar al Juzgado que se lleve a cabo su declaración a través de videoconferencia, ya que aunque es cierto que se le permite ponerse en contacto con el testigo que le ha propuesto (o, en su caso, Ministerio Fiscal) éste no siempre se comunicará con él.

En relación con las preguntas, se distinguen dos: preguntas generales de la ley (art. 367.1 LEC), cuya realización ha sido criticada en tanto que se cuestiona al testigo sobre datos de su vida privada que quizá no tienen relevancia para el proceso; y preguntas específicas. Además, se plantea la posibilidad de llevar a cabo interrogatorios adicionales y la duda de si se han de referirse a los mismos hechos sobre los que plantea sus preguntas el que propuso la prueba: aunque parecería que no, si se diese esta opción de interrogar sobre otros hechos, sería necesario darle la posibilidad a la otra parte de volver a realizar preguntas al testigo, a fin de cumplir con el principio de contradicción. Finalmente, el tribunal podrá interrogar al testigo a fin de obtener aclaraciones y adiciones (art. 372.2 LEC).

CONCLUSIÓN OCTAVA. La valoración de la prueba: La valoración de la prueba se puede definir como la actividad intelectual que permite al juzgador dictar sentencia motivada cuando existen hechos dudosos.

Como resultado de nuestra investigación, podemos concluir que el sistema de libre valoración es el que rige en mayor medida en nuestro ordenamiento y, además, es la forma en la que habrá de valorarse la prueba testifical (art. 376), lo que implica el cumplimiento por parte del juez de los deberes de motivación, razonabilidad y racionabilidad. A modo de opinión, nos parece el más favorable, ya que permitirá juzgar cada supuesto de forma más individualizada y no mecanizar y automatizar todos los procesos. Pues bien, para valorar la prueba testifical el juez deberá tener en cuenta la razón de ciencia, las circunstancias de tiempo, modo y lugar y la ocurrencia del mismo hecho, así como las tachas de los testigos. Estos parámetros facilitarán el proceso y estarán destinados a evitar la posible arbitrariedad del propio juzgador.

BIBLIOGRAFÍA.

ABEL LLUCH, Xavier, *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*, en: ABEL LLUCH, Xavier / PICÓ I JUNOY, Joan (dirs.). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona, 2007. Pág. 20-24.

ABEL LLUCH, Xavier. “Configuración de las reglas de la sana crítica en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*. 2013, nº 2. Pág. 135-166

ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho Probatorio*. Barcelona, 2007.

ADÁN DOMENECH, Federic. *Problemática judicial de la documentación de las actuaciones procesales orales*. Consultada en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/sp1ada.pdf>. Pág. 1 y 2. (Fecha consulta: 15/06/2017)

ALONSO QUECUTY, María Luisa, “Creencias erróneas sobre testigos y testimonios: sus repercusiones en la práctica legal” en: ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio (dir.). *Delitos contra la libertad sexual. Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 7, C.G.P.J., 1998.

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires, 1942.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *La prueba judicial (reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*. Valencia, 2006.

ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Ana Belén, *La prueba testifical por videoconferencia*, en: BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo (coord.), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, Granada, 2008. Pág. 355-368.

ÁLVAREZ POSADILLA, Juan. *Comentarios a las leyes de Toro*. Madrid, 1796.
ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Granada, 2007.

ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho procesal civil*. Lima, 1966.

ASENCIO MELLADO, José María, *La prueba*, en: GIMENO SENDRA, Vicente (dir.) / MORENILLA ALARD, Pablo (coord.). *Proceso civil práctico, tomo IV*. Madrid, 2001. Pág. 2256.

BANACLOCHE PALAO, Julio, *Las otras finalidades de la audiencia previa al juicio*, en: BANACLOCHE PALAO, Julio/ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando / GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro / VALLINES GARCÍA, Enrique. *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio*. Navarra, 2005. Pág. 297-360.

BARRIO Y MIER, Matías. *Historia general del Derecho español*, tomo I. Madrid, 1968.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las Pruebas Judiciales*, tomos I y II. Buenos Aires, 1971.

BONET NAVARRO, José. *La prueba en el proceso civil*. Barcelona, 2009.

CÁMARA RUIZ, Juan. *Las diligencias finales*. A Coruña, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil, tomo III*. Buenos Aires, 1959.

CASAS COBO, Pedro Antonio, “La preparación de la prueba en el juicio verbal de la LEC 1/2000”. *Revista del Poder Judicial*, 2002, nº 67. Págs. 405-436

CATALINA BENAVENTE, María Ángeles, *la prueba de testigos*, en: FARALDO CABANA, Patricia / CATALINA BENAVENTE, María Ángeles / CLEMENTE DÍAZ, Miguel. *Falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*. Valencia, 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de Derecho procesal civil*, (traducción española de SENTÍS MELENDO, Santiago. Buenos Aires, 1949.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, tomo III. Madrid, 1925.

CHOZAS ALONSO, José Manuel. *La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil*. Madrid, 2002.

COROMINAS MEJÍAS, Genoveva, *Cuestiones sobre el interrogatorio de testigos*, en: ABEL LLUCH, Xavier / PICÓ I JUNOY, Joan. *Aspectos prácticos de la prueba civil*. Barcelona, 2006. Pág. 361-363.

CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín / MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal civil. Parte general*. Valencia, 2015.

COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de derecho procesal civil*, tomo II. Buenos Aires, 1949.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, 2004.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. Madrid, 2001.

DE PAULA PÉREZ, Alfonso. *La prueba de los testigos en el proceso civil español*. Madrid, 1968.

DELLEPIANE, Antonio. *Nueva teoría general de la prueba*. Bogotá, 1962.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, tomos I y II. Buenos Aires, 1988.

DÍAZ FUENTES, Antonio. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, 2012.

DOMENECH GARRET, Cristina. *Vademécum de derecho civil y procesal civil*. Valencia, 2017.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. “Casación, hechos, derecho extranjero, reglas de la sana crítica en la Ley 10/992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal”. *Revista de Derecho Procesal*, 1991, nº1. Pág. 538.

FERNANDEZ SEIJO, José María, *Comentario al art. 373 LEC*, en: BARONA VILAR, Silvia / ESCRIBANO MORA, Fernando / FERNANDEZ SEIJO, José María. *El Proceso Civil*, tomo III. Madrid, 2001. Pág. 2663

FERRER CORTINES, Oscar, *La carga de la prueba en el derecho extranjero*, en: ABEL LLUCH, Xavier. *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona, 2007. Pág. 256.

FLORS MATÍES, José. *GPS procesal civil*. Valencia, 2017.

GARBERÍ LLOBREGAT, José / BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe. *La prueba civil*. Valencia, 2004.

GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Derecho procesal civil. Procesos declarativos y procesos de ejecución*. Barcelona, 2015.

GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Los medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Barcelona, 2009.

GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. *El objeto de la Prueba en el Proceso Civil*. Barcelona, 1997.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal civil. El proceso de declaración. Parte general*. Madrid, 2010.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “La prueba testifical en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: sus principales novedades respecto de la legislación anterior” en: MONTERO AROCA, Juan. *La prueba. Cuadernos de Derecho Judicial*, C.G.P.J., nº 7, 2000.

GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. “La regulación de la prueba en la LEC: cuestiones prácticas”. *Tribunales de Justicia*, nº 1, 2003. Pág.17-40.

GORPHE, François. *La crítica del testimonio*. Madrid, 2003.

GUASP DELGADO, Jaime. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II. Madrid, 1947.

GUASP DELGADO, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Madrid, 2003.

GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa. *La oralidad y sus implicaciones en el proceso civil*, consultado en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp11gut.pdf>. (Fecha de última consulta: 29/06/2017)

GUTIÉRREZ MUÑOZ, Sonia. *La prueba pericial en el proceso civil*. Barcelona, 2009.

JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *Interrogatorio de testigos en el proceso civil*, en: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coord.), *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*. Valencia, 2003. Pág. 235.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di diritto procedurale civil*. Milán, 1959.

LÓPEZ YAGÜES, Verónica. *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*. Madrid, 2005.

LORCA NAVARRETE, Antonio María (dir.) / GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coord.). *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valladolid, 2000.

MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III. Valencia, 2015.

MANZANERO PUEBLA, Antonio Lucas. *Psicología del testimonio: una aplicación de los estudios sobre la memoria*. Madrid, 2008.

MARÍN CASTÁN, Francisco. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo II. Valencia, 2015.

MIRA SOLVES, José Joaquín. *Estudios sobre psicología del testimonio*. Madrid, 1984. Consultada en: <http://www.papelesdelpsicologo.es/resumen?pii=173>

MONTERO AROCA, Juan. *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*. Valencia, 2014.

MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*. Navarra, 2007.

MONTERO AROCA, Juan. “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)” en: MONTERO AROCA, Juan, *La prueba*, 2000, nº7. Pág.15-66.

MONTESQUIEU, Charles-Louis. *El Espíritu de las Leyes*, (traducción de GARCÍA DEL MAZO, Siro). Madrid, 1906.

MORALES PRAT, Fermín / MARCO FERNÁNDEZ, Francisco, “La naturaleza jurídico-procesal del detective privado: el testigo-perito”. *Actualidad Aranzadi*, nº 236, 1999. Pág. 1-2.

MORENILLA ALLARD, Pablo. *El interrogatorio de las partes y de testigos* en: GIMENO SENDRA, Vicente / DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel / MORENILLA ALLARD, Pablo / IBÁÑEZ LOPEZ-POZAS, Fernando. *Casos Prácticos de Derecho Procesal Civil*. Madrid, 2007. Pág. 451.

MORENO CATENA, Víctor. *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, tomo III. Madrid, 2001.

MUÑOZ SABATÉ, Luís. *Fundamentos de la prueba judicial LEC 1/2000*. Barcelona, 2001.

MUÑOZ SABATE, Luis. *Estudios de Práctica Procesal*. Barcelona, 1987.

- NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho procesal II. Proceso civil*. Madrid, 2015.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid, 2010.
- NIÑO ESTEBANEZ, Roberto, *Las tachas de los testigos* en: TORIBIOS FUENTES, Fernando. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, 2012. Pág. 586-614.
- OLIVA SALVADOR, Ana Delia, “El reconocimiento judicial (y III parte)”. *Procuradores*, 2003. Pág. 56.
- ORTELLS RAMOS, Manuel (dir.) / JUAN SÁNCHEZ, Ricardo / BONET NAVARRO, José / BELLIDO PENADES, Rafael / CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés / MARTÍN PASTOR, José (cols.). *Derecho procesal civil*. Navarra, 2000.
- PEITEADO MARISCAL, Pilar. El interrogatorio de testigos en: ARAGONESES MARTINEZ, Sara / CUBILLO LÓPEZ, Ignacio / HINOJOSA SEGOVIA, Rafael / TOMÉ GARCÍA, José Antonio. *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*. Madrid, 2004. Pág. 77.
- PÉREZ, COLLADOS, José María. *Ahora que ya no estás*. Madrid, 2016.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso Civil*. Madrid, 1996.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona, 2011.
- PINO ABAD, Miguel. *La tacha de los testigos en la evolución histórica hasta la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Córdoba, 2002.
- PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo. *Derecho procesal civil*. Madrid, 2000.
- PUENTE DE PINEDO, Luis, *cuestiones relativas a la prueba*, en: CARRANZA CANTERA, Francisco Javier (coord.), *Criterios judiciales de aplicación de la nueva ley de enjuiciamiento civil*. Madrid, 2003.
- RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, “Pruebas de confesión, testimonio y pericia. Otros medios”, en: AGUSTÍ JULIÁ, Jordi, *La prueba en el proceso laboral, Cuadernos de Derecho Judicial*, C.G.P.J., 1998, nº 22. Pág. 75
- RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid, 2011.

RODRIGUEZ TIRADO, Ana María. “La nueva configuración del juicio verbal con contestación escrita. El derecho a la asistencia jurídica gratuita del demandado”. *Práctica de Tribunales*. 2015, nº 117. Pág. 4.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Perú, 2007.

SÁEZ GONZALEZ, Jesús, *De la anticipación y del aseguramiento de la prueba* en: LORCA NAVARRETE, Antonio María (dir.) / GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valladolid, 2000. Pág. 1794.

SANJURJO RÍOS, Eva Isabel. *El procedimiento probatorio en el ámbito del juicio verbal*. Madrid, 2010.

SEBASTIÁN MIDÓN, Marcelo. *Derecho probatorio. Parte General*. Buenos Aires, 2007. Consultada a través de: https://books.google.es/books/about/Derecho_probatorio.html?id=eqJe5HAVQbUC&redir_esc=y (Fecha de última consulta: 29/06/2017).

SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires, 1979.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona, 1969.

SILVA MELERO, Valentín. *La prueba procesal*. Madrid, 1963.

SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Psicología del testigo y del testimonio*. Perú, 2000. Consultada a través de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/6587/6679> (Fecha de última consulta: 29/06/2017).

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*, tomo II, Madrid, 2001

TARUFFO, Michelle. *La prueba de los hechos*. (Traducción FERRER BELTRÁN, Jordi). Madrid, 2002.

TOMÉ GARCÍA, José Antonio. *Anticipación y aseguramiento de la prueba* en: TOMÉ PAULÉ, José / GARCÍA-LUBÉN BARTHE, Paloma/ TOMÉ GARCÍA, José Antonio. *Temario de derecho procesal civil*. Madrid, 2004. Pág. 364-365.

TORIBIOS FUENTES, Fernando. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valladolid, 2014.

ANEXO JURISPRUDENCIAL.

Tribunal Constitucional.

STC nº 64/1993 de 1 de marzo de 1993, F.J. 3º, (RTC 1993\64).

Tribunal Supremo.

STS, Sala de lo Civil, Secc. 1ª, nº 644/2016 de 31 octubre de 2016 (RJ 2016\5100).

STS, Sala de lo Civil, Secc. 1ª, nº 690/2016 de 24 de noviembre de 2016, F.J. 3º (RJ 2016\5649).

STS, Sala de lo Civil, Secc. 1ª, nº 588/2014 de 22 de octubre, F.J. 9º (RJ 2014\6139).

STS, Sala de lo Civil, Secc. 1ª, nº 527/2012 de 23 julio de 2012, F.J.2º, (RJ 2012\8858).

STS, Sala de lo Civil, Secc. 1ª, nº 788/2012 de 14 de diciembre, F.J.2º (RJ 2013\918).

STS, Sala de lo Civil, Secc. 1ª, nº 2421/1999, de 4 julio 2006, F.J.2º. (RJ 2006\6080).

STS, Sala de lo Civil, Secc. 1ª, nº 179/2005 de 15 marzo de 2005, F.J.2ª (RJ 2005\2237).

STS, Sala de lo Civil, Secc.1ª, nº 178/2002, de 5 marzo de 2002, F.J.2º (RJ 2002\4085).

STS, Sala de lo Civil, Secc. 1ª, nº 1217/1998 de 21 de diciembre de 1998, F.J.1º (RJ 1998\9562).

STS, secc. 1ª, Sala de lo Civil, nº 1035/1994 de 16 de noviembre de 1994, F.J. 2º (RJ 1994\8837).

Tribunales Superiores de Justicia.

STSJ Cataluña, núm. 9532/2001, de 4 de diciembre de 2001 (AS 2002\734).

STSJ Valencia, nº 1109/1994, de 1 de junio de 1994, F.J. 2º (AS 1994\2624).

Audiencias Provinciales.

SAP Vizcaya, secc. 5ª, nº 48/2017 de 15 de febrero de 2017, F.J.2º, (JUR 2017\115182).

SAP Madrid, Secc. 10ª, nº 236/2015, de 2 de junio de 2015, F.J.2º (JUR 2015\175193).

SAP Salamanca, nº 5/2014, de 14 de enero de 2014, F.J.2º (JUR 2014\41613).

SAP A Coruña, Secc. 5ª, nº 119/2014 de 24 abril de 2014, F.J.2º (JUR 2014\218240).

SAP A Coruña, Secc. 3ª, nº 297/2014 de 10 octubre de 2014, F.J.2º (JUR 2014\273283).

SAP Asturias, Secc. 5ª, nº 282/2014 de 21 noviembre de 2014, F.J.2º (JUR 2015\51141).

SAP León, Secc. 1ª, nº 328/2013 de 22 de julio de 2013, F.J. 2º (AC 2013\1659).

SAP Barcelona, Secc. 15ª, nº 420/2013, de 20 noviembre de 2013, F.J.2º (AC 2013\2090).

SAP Pontevedra, Secc. 1ª, nº 365/2012 de 27 de junio de 2012, F.J.2º, (AC 2012\503).

SAP Murcia, Secc. 5ª, nº 419/2012 de 20 de noviembre de 2012 (JUR 2012\404459).

SAP Cádiz, Secc. 5ª, de 14 de octubre de 2010, F.J. 2º (JUR 2011\71538).

SAP Alicante, Secc. 8ª, de 11 de noviembre 2010, F.J. 1º (JUR 2011\64569).

SAP Madrid, Secc. 20ª, nº 390/2009, de 24 de junio de 2009, F.J.2º (JUR 2009\343289).

SAP Málaga, Secc. 4ª, nº 206/2007 de 17 de abril de 2007, F.J.2º (AC 2007\2142).

SAP Pontevedra, Secc. 3ª, nº 93/2006 de 24 de febrero de 2006, F.J. 2º (JUR 2006\104709).

SAP Granada, Secc. 4ª, nº 123/2006, de 17 de febrero de 2006, F.J.1º (JUR 2006\161187).

SAP Pontevedra, Secc. 3ª, nº 93/2006, de 24 de febrero de 2006, F.J.2º (JUR 2006\104709).

SAP Pontevedra, Secc. 6ª, nº 135/2006, de 1 de marzo de 2006, F.J.2º (JUR 2006\203468).

SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 4ª, nº 131/2006 de 8 de mayo de 2006, F.J. 2º (JUR 2006\17471).

SAP Madrid, Secc. 9ª, nº 248/2005, de 11 de mayo de 2006, F.J. 3º (JUR 2006\195779).

SAP Salamanca, nº 303/2006, de 27 de junio de 2006, F.J. 3º (JUR 2007\26581).

SAP Ciudad Real, Secc. 2ª, nº 96/2005, de 14 de junio de 2005, F.J.3º (JUR 2005\154569).

SAP Murcia, Secc.5ª, nº 359/2005, de 24 de noviembre de 2005, F.J. 1º (AC 2005\2356).

SAP Pontevedra, Secc. 1ª, nº 652/2005 de 15 de diciembre de 2005, F.J.3º. (JUR 2006\27707).

SAP Madrid, Secc. 9ª, nº 131/2004 de 27 de febrero de 2004, F.J.2º (JUR 2004\238910).

SAP Navarra, Secc. 2ª, nº 123/2003 de 23 de mayo de 2003, F.J.3º (JUR 2003\167549).

SAP Alicante, Secc. 4ª, de 5 de junio de 2003, F.J.2º (JUR 2003\254960).

SAP Cádiz, Secc. 7ª, de 16 de octubre de 2003, F.J.3º (AC 2003\1849).

SAP Barcelona, Secc. 18ª, nº 128/2003, de 3 de diciembre de 2003 (JUR 2004\29083).

SAP Cádiz, Secc. 5ª, nº 61/2002 de 30 de abril de 2002, F.J.2ª (JUR 2002\168743).

SAP Pontevedra, nº 5056/2002, de 12 de julio de 2002, F.J.2º JUR (2002\252917).

SAP Islas Baleares, Secc. 5ª, nº 580/2002 de 21 octubre de 2002, F.J.4º (JUR 2003\99423).

SAP León, nº 456/2002, de 21 de noviembre de 2002, F.J. 2º (JUR 2003\63608).

SAP Almería, nº 307/2002, de 3 diciembre de 2002, F.J.2º (JUR 2003\20445).

SAP Pontevedra, nº 1045/1997, de 25 de junio de 1997, F.J.4º (La Ley, 1997, 9094)

SAP Madrid, nº 681/1991 de 5 de octubre de 1992, F.J. 2º (AC 1992\1452).

Autos

AAP Barcelona, Secc. 13ª, nº 574/2008 de 14 de mayo de 2008, F.J. 2º (JUR 2008\317656).

AAP Barcelona, Secc. 18ª, nº 128/2003 de 3 de diciembre de 2003 (JUR 2004\29083).