

***LA PRUEBA TESTIFICAL EN EL
PROCESO CIVIL***



Autor

PEDRO SÁEZ ALBA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Dirigido por

D. Pedro Vicente Martínez Cánovas

**UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE
ÁREA DE DERECHO PROCESAL
GRADO EN DERECHO
CURSO ACADÉMICO: 2016-2017**

ÍNDICE

RESUMEN

BLOQUE I: CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA PRUEBA TESTIFICAL

- 1.1.- CONCEPTO
- 1.2.- MARCO LEGAL

BLOQUE II: DISTINCIÓN ENTRE FIGURAS AFINES

- 2.1.- EL PERITO
- 2.2.- EL TESTIGO-PERITO

BLOQUE III: ESTATUTO DEL TESTIGO: CAPACIDAD, DEBERES Y DERECHOS PROCESALES BÁSICOS

- 3.1.- CAPACIDAD PARA SER TESTIGO
 - 3.1.1.- PERSONA PRIVADA PERMANENTEMENTE DE RAZÓN
 - 3.1.2.- PERSONA PRIVADA DEL USO DE ALGÚN SENTIDO
 - 3.1.3.- LOS MENORES DE 14 AÑOS COMO TESTIGOS
- 3.2.- DERECHOS DE LOS TESTIGOS
- 3.3.- OBLIGACIONES DE LOS TESTIGOS
 - 3.3.1.- DEBER DE PRESTAR JURAMENTO DE DECIR LA VERDAD
 - 3.3.2.- DEBER DE DECLARAR
 - 3.3.3.- DEBER DE COMPARECER
 - 3.3.4.- DEBER DE DECIR LA VERDAD

BLOQUE IV: LIMITES A LA PRUEBA TESTIFICAL

- 4.1.- LIMITES A LA ACTIVIDAD PROBATORIA
 - 4.1.1.- LA ILICITUD DE LA PRUEBA
 - 4.1.2.- LA INUTILIDAD DE LA PRUEBA

4.1.3.- LA IMPERTINENCIA DE LA PRUEBA

4.2.- LIMITES A LA PRUEBA TESTIFICAL

4.2.1.- LIMITACIÓN AL NUMERO DE TESTIGOS

4.2.2.- CONTENIDO Y ADMISIBILIDAD DE LAS PREGUNTAS

BLOQUE V: LA IMPARCIALIDAD DE LOS TESTIGOS EN EL PROCESO CIVIL

5.1.- LA TACHA DE TESTIGOS EN EL PROCESO CIVIL

5.1.1.- CONCEPTO Y FINALIDAD

5.1.2.- CAUSAS

5.1.3.- PROCEDIMIENTO

5.1.4.- VALORACIÓN

BLOQUE VI: EL PROCEDIMIENTO DE LA PRUEBA TESTIFICAL

6.1.- PROPOSICIÓN, ADMISIÓN Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA

6.2.- EL INTERROGATORIO DE TESTIGOS EN SEGUNDA INSTANCIA

BLOQUE VII: LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL

7.1.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA

7.2.- CONTROL A LA VALORACIÓN

BLOQUE VIII: CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Este trabajo surge por la sorpresa que genera, la poca credibilidad de la prueba testifical y que, aun así siga siendo una de las pruebas más recurrentes dentro del derecho español. Escribió Francesco Carnelutti *“Todos sabemos que la prueba testimonial es la más falaz de todas las pruebas”*, solo es necesario acudir a las vistas de los juicios para observar testimonios condicionados, falsos, o sutilmente preparados, lejos de esa espontaneidad que se requiere para una declaración testifical.

Y es que resulta paradójico, que un medio de prueba tan válido para fijar hechos controvertidos, sea constantemente puesto en duda no solo por los tribunales, sino por el propio legislador. Pues la sensación que desprende toda la regulación de la prueba testifical, es que va encaminada a evitar esa desconfianza. Normas como el delito de falso testimonio, las tachas para testigos, o las incapacidades para declarar, así lo acreditan. Bentham dijo que *“los testigos eran los ojos y los oídos de la justicia”*, hoy en día quizás esta afirmación este un tanto desvirtuada, pues aunque la testifical sigue teniendo un gran peso, ha sido superada por las nuevas tecnologías que aportan pruebas más objetiva. Es el caso de los e-mails, la mensajería instantánea o videos.

Lejos de hacer un alegato en contra de la prueba testifical, en este trabajo se intenta resaltar los aspectos más significativos de este medio probatorio, desde el concepto de testigo, los derechos y obligaciones que le asisten, hasta la admisión y valoración de la prueba.

La testifical es uno de esos medios de prueba que son regulados en todos los ordenamientos jurídicos del mundo, y todos ellos la tratan con la importancia que merece. Es por ello, que se ha tratado de establecer cuáles son las principales diferencias y similitudes, entre los ordenamientos europeos más cercanos y el ordenamiento español. Por último, se recogen las principales líneas doctrinales y jurisprudenciales, incluyendo no solo aquellas que están relacionadas con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 sino también la del año 1881.

BLOQUE I: CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA PRUEBA TESTIFICAL

1.1 CONCEPTO

La Ley de Enjuiciamiento civil, en adelante LEC, enumera dentro de su artículo 299 los distintos medios de prueba, entre los cuales encontramos el interrogatorio de parte, los dictámenes de los peritos y, el que constituye el objeto del presente trabajo, el interrogatorio de testigos, tradicionalmente denominado prueba testifical. La naturaleza de esta prueba es personal, ya que el elemento representativo que se utiliza es una persona, llamada testigo, a la cual se recurre para introducir en el juicio afirmaciones instrumentales sobre los hechos controvertidos¹

Lo cierto es que la legislación procesal no ha dado una definición legal de la figura del testigo, dando por supuesto su concepto y abordando directamente la actividad procesal que puede conllevar la declaración de dicho sujeto. El Tribunal Supremo² define al testigo como toda persona física dotada de capacidad de percepción y de dar razón a tal percepción. Es un tercero, que informa al juez, a través de una declaración de conocimientos, de los hechos constitutivos de controversia que se dirime en el proceso. Una información que ha de ser objetiva y versar sobre hechos y no opiniones.

José María Asencio Mellado³ define al testigo como un tercero ajeno al proceso que es llamado al mismo con el fin de que aporte su conocimiento sobre hechos relevantes para la decisión del litigio y de los que tiene noticia bien directa, o bien indirectamente por referencia.

La definición de testigo más aceptada dentro de la jurisprudencia es la que entiende al testigo como una persona física, que sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos

1 RODRÍGUEZ TIRADO, A. M. El interrogatorio de testigos en la ley 1/2000 de 7 de enero, de enjuiciamiento civil. Madrid: Dykinson, 2003. Pág. 25.

2 STS 06/04/1992 núm. 775/1992 RJ 1992/2857.

3 ASECIO MELLADO J.M. "Derecho Procesal Civil" "valencia 2015" Pagina 267

conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado como testigo directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia.

Esta es línea que siguen Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa y Javier Larena Beldarrain⁴, para definir al testigo como todo aquel tercero ajeno al proceso que aporta al mismo su conocimiento personal e histórico sobre unos hechos que resulten relevantes para la decisión final del litigio, y de los cuales tiene noticia de forma directa o indirecta.

Estas definiciones permiten aproximarnos a las principales características de este medio probatorio:

1º El testigo tienen que ser una persona física.

Dice Hugo Rocha Degreef⁵ que el testigo debe tratarse de una persona física e individual, por cuanto solo la persona física puede captar psíquicamente, los hechos, retenerlos, recordarlos y narrarlos ante el tribunal.

Además afirma que toda persona física tiene capacidad⁶, para ser testigo porque no hay motivo para que haya prohibición legal, ni por razón de nacionalidad, sexo, edad, imperfecciones físicas, enfermedades mentales o corporales o estados ocasionales de inconsciencia, pero existe una incapacidad de hecho o natural respecto de quien total o parcialmente no puede recibir percepciones o comunicarlas, las que quedan sujetas a la apreciación del juez.

El artículo 381 LEC puede crear confusión al establecer la posibilidad de solicitar el testimonio de una persona jurídica o entidad pública. Este testimonio tendrá que realizarse por escrito fuera del acto del juicio o de la vista. Ahora bien, en caso de

4 Gutiérrez Barrenengoa, A y Larena Beldarrain, J “ El Proceso Civil, Parte general, el juicio verbal y el juicio ordinario” “ Dykinson 2007” Pág 245

5 Rocha Degreef. Hugo. “El Testigo y el Testimonio” Pág 11 y 12

6 La capacidad referida no es la capacidad de obrar, sino la de percibir y la de poder transmitir lo percibido sensorialmente. (art. 361 LEC)

necesitar aclaración, el juez ordenará a determinada persona física acudir a declarar al juicio o vista. Por tanto, este precepto no desvirtúa la idea de testigo persona física.

2º El testigo es un tercero ajeno al objeto del proceso

Ésta es la distinción fundamental entre el testigo y la parte. Diferenciación con evidentes repercusiones prácticas debido a que únicamente al testigo tiene la obligación de jurar o prometer decir verdad bajo sanción de responsabilidad penal (art. 365) y al posible valor probatorio privilegiado de la declaración de la "parte", no así del "tercero" (arts. 316 y 376).

Por tanto no puede ser testigo dentro de un proceso, ni el juez, ni las partes, ni quien a las partes representan. Las partes cuando declaran lo hacen por la vía del interrogatorio de parte siendo los presupuestos y el tratamiento procesal completamente distinto a los de la prueba testifical.

3º El testigo declara sobre unos hechos relevantes de los que posee un conocimiento.

Los hechos tienen que ser relevantes, si el testimonio no guarda relación con el objeto de la causa ha de ser inadmitido por el tribunal. Del mismo modo ha de tratarse de unos hechos que el testigo conozca con anterioridad al comienzo del proceso.

El conocimiento de los hechos por parte del interrogado puede ser directo, si los ha presenciado en primera persona, o puede ser indirecto o de referencia⁷, que conocen del

⁷ STC 263/2005, de 24 de oct. De 2005 “(...) hemos sostenido que ciertamente el testimonio de referencia puede sustituir uno de los actos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria, si bien se trata de un medio que puede despertar importantes recelos o reservas para su aceptación sin más como medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia, por lo que ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal (SSTC 79/1994, de 14 de marzo). Y los supuestos en los que hemos declarado la existencia de esta imposibilidad real y efectiva han sido aquellos en los que el testigo se encuentra en ignorado paradero, es decir los casos en los que es imposible citar al testigo directo (STC 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3), aunque también hemos incorporado los casos en los que la citación del testigo resultaba resulta extraordinariamente difícil (STC 263/2005, de 24 de oct. de 2005)”

hecho a través de otra u otras personas que fueron a su vez testigos directos o de referencia.

La LEC en su artículo 370.3 expresa que el testigo ha de manifestar la razón de ciencia de lo que diga, por lo que no solo ha de declarar sobre su conocimiento sino también la fuente del mismo.

Por todo ello, se puede concluir que el testigo es un tercero que presta oralmente una declaración de conocimiento sobre unos hechos relevantes para la causa, por la que se pretende lograr la convicción del juzgador en relación con la materia sobre la que se declara.⁸

Este medio de prueba ha sido recogido a lo largo de la historia por la mayoría de los ordenamientos jurídicos como una de las pruebas más idóneas para obtener la convicción del juzgador. Pero tan antigua como la prueba testifical es la preocupación por la credibilidad del testigo.

Que el testigo puede fingir, calumniar o inventar es algo indiscutible. Puede hacerlo plenamente consciente de lo que está realizando, puede hacerlo condicionado por el miedo o amenazas. Y finalmente puede hacerlo de forma involuntaria, debido a un fallo en la memoria, en la percepción del hecho, por errores de imaginación etc.⁹

El problema real, es como saber cuándo un testigo miente. Y es un problema porque la mentira es difícil de detectar, porque no siempre se disponen de otros testimonios que permitan contrastar la veracidad de la declaración.

8 MORENO CATENA, V. "Derecho Procesal Penal", Valencia 2010, pág. 389.

9 Gorphe F. "La Crítica del Testimonio" Reus 2003. Se enumeran un sin fin de errores como errores de percepción, de memoria, de imaginación, de juicio, de voluntad, por sustitución, por inflación, por invención etc.

El legislador español movido por esta desconfianza¹⁰, no solo a los testigos sino también a la capacidad de los jueces para discernir entre lo falso y lo verdadero, ha ido promulgando medidas tendentes a buscar la fiabilidad de las declaraciones. Estas medidas van desde la prohibición de testificar de determinados sujetos debido a carencias sensoriales, a introducir en el código penal el delito de falso testimonio. Pasando por la modificación de la LEC del 2000 que introducía interrogatorios orales y más espontáneos. Cuestiones que no han tenido gran repercusión en la práctica.

Ni el legislador ni el derecho establecen reglas de credibilidad, más allá de la sana crítica¹¹, ni la naturaleza del testimonio, ni siquiera los límites procesales. Es por ello que Ignacio Flores Prada¹² se pregunta si el testigo es sólo quien declara sobre lo que ha percibido, o también quien declara sobre su propia conducta pasada en relación con los hechos, o sobre sus deducciones acerca de los hechos controvertidos.

Él mismo incide en la importancia de subrayar que la eficacia de la prueba testifical no se reduce a determinar cómo se valora y cuál es su efecto en la sentencia. La eficacia empieza por la propia proposición de la prueba, pasa por los criterios de admisión y concluye con las operaciones que comprende la apreciación de la prueba una vez practicada: interpretación, depuración y valoración de la credibilidad.

10 SAP de Madrid núm 276/2006 de 19 de abril de 2006 “ El legislador ha querido garantizar la efectividad de esta prueba exigiendo determinados requisitos de admisibilidad, ante la alta probabilidad de que sus resultados no sean fiables. Ello por diversas razones: no todos los testigos poseen la misma inteligencia, no todos son capaces de percibirlos hechos con la misma intensidad, ni tienen la misma memoria o capacidad de retención, incluso no todos los jueces son capaces de discernir exactamente igual los resultados probatorios testificales.”

TSJ de Galicia Sentencia n.º 22/2010 del 20 de Enero de 2010 “(...) Lo que se podía haber hecho desde luego mediante la oportuna testifical, prueba que a nuestro entender es la que se debía haber propuesto, sin que estemos de acuerdo con la desconfianza del legislador sobre la naturaleza de la prueba testifical (...)”

11 El legislador sustituyó el sistema de prueba legal por la libre valoración de la prueba o sana crítica. Con arreglo a este sistema la verdad o falsedad del testimonio debería ser apreciada por los tribunales conforme a las máximas de experiencia común, analizando cada declaración individualmente, atendida a razón de ciencia del testigo, las circunstancias que concurran en él y las consideraciones que merezcan las tachas, para terminar poniendo en relación la declaración con el resto de medios de prueba.

12 Flores Prada. I. “Alguna consideraciones sobre la fiabilidad y la valoración del testimonio en el proceso civil” Diario La Ley N.º 8407. 27 de Octubre de 2014

1.2 MARCO LEGAL

La prueba testifical en materia civil, está regulada principalmente en la LEC concretamente del artículo 360 a 381. La Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 rompió con la forma escrita de elaboración de las preguntas, exigiendo así la intervención del Tribunal en el procedimiento probatorio. Así pues, se somete a la prueba testifical a los principios de oralidad e inmediatez.

Hasta el 1 de enero de 2004 que entra en vigor el Reglamento de la Unión Europea nº 1206/2001 relativo a *la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil*. La única regulación legal existente en España sobre la prueba testifical era la descrita con anterioridad en la LEC. Pero como apunta Micheli¹³ “la intensificación de las relaciones internacionales dan lugar al aumento del número de ocasiones en el que el juez de un Estado necesita de la colaboración de sus homólogos en otros Estados para cumplir así, la función que le es propia.”

Este reglamento es de aplicación en prácticamente todos los Estados Miembros de la Unión Europea, y su finalidad es la mejora, simplificación y aceleración en la cooperación entre órganos jurisdiccionales de otro Estado.

Así por ejemplo, si en el marco de un proceso Español se requiere a una persona Alemana para que ejerza como testigo, y este se niega a desplazarse a territorio español para testificar. El juez español podrá requerir al órgano judicial competente en Alemania para que este sea quien tome declaración.¹⁴

13 MICHELI G.A “La cooperazione internazionale in materia di procedura civile” en Rivista di diritto processuale 1962 nº 4.

14 STJCE de 28 Abril de 2005 St. Paul Dairy Industries NV c. Unibel Exser BVBA “ (...) Una solicitud para examinar con las mismas garantías y con los mismos efectos para todos los justiciables, la transmisión y tratamiento de las peticiones formuladas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con objeto de que se realicen diligencias de obtención de pruebas en otro Estado miembro (...)”

Países como Italia, Portugal o Alemania también recogen dentro de sus ordenamientos la declaración testifical como uno de los principales medios de prueba. En el Código Procesal Civil Alemán (ZPO) en su título 7 artículos 373 a 400 recoge la prueba testimonial. En el ordenamiento portugués, está recogida en el Código de Proceso Civil dentro de su sección VI arts. 616 y siguientes. Del mismo modo el Código de proceso civil italiano regula este medio de prueba en sus arts 244 y siguientes.

Si nos adentramos dentro de estos ordenamientos encontramos que existen diferencias en la práctica de la prueba. En Portugal podrá practicarse de forma escrita u oral sin que genere diferencias en la valoración. Otro ejemplo de ello, en Italia es el órgano jurisdiccional quien se encarga del interrogatorio al testigo.

Mientras que en España la reforma de la LEC del año 2000 introdujo la forma oral en la práctica de la declaración. Y los encargados del interrogatorio son el abogado de la parte que ha propuesto al testigo. Y el abogado de la parte contraria que podrá plantearle las preguntas que, teniendo relación con los hechos sobre los cuales haya declarado, resulten indispensables para completar o esclarecer su declaración.

Cuando comparamos las distintas regulaciones europeas sobre el interrogatorio de testigos, es cuando resalta de la importancia del Reglamento de la unión europea n° 1206/200. Pues para dictar una resolución se requiere con cierta frecuencia realizar en otro Estado la realización de la práctica de la prueba, por lo que no basta con limitarse a la transmisión de documentos, sino que es necesario una regulación que permita practicarla con total garantía en cualquier Estado miembro.

2.1 EL PERITO

La prueba pericial en palabras del Profesor De la Oliva es aquella actividad generalmente desarrollada por iniciativa o a instancia de las partes, en virtud de la cual una o varias personas expertas en materias no jurídicas, elaboran y transmiten al tribunal información especializada dirigida a permitir a éste el conocimiento y apreciación de hechos y circunstancias fácticas relevantes en el proceso.

Se encuentra regulada en el Capítulo VI, del Título I, del Libro II, artículos 335-352 de la LEC. Entorno a esta figura, en la LEC de 1881, se creó un debate doctrinal sobre su naturaleza jurídica. Unos mantenían que la prueba pericial debía ser un medio de apoyo al juez, ante aquellos conocimientos que él desconocía. Y otros defendían que realmente se trataba de un medio de prueba.

Esta última postura es la que abunda en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno como Alemania o Portugal. Sin embargo, países como Italia abogan por entender que el perito es un apoyo para el juez.

La legislación española actual recoge, concretamente en la Exposición de Motivos de la LEC, que es un verdadero medio de prueba afirmando textualmente que *“esta ley se inclina coherentemente por entender el dictamen de peritos como medio de prueba en el marco de un proceso ”* añadiendo además que *“la actividad pericial, cuya regulación decimonónica reflejaba el no resuelto dilema acerca de su naturaleza -si medio de prueba o complemento o auxilio del juzgador-, responde ahora plenamente a los principios generales que deben regir la actividad probatoria, adquiriendo sentido su libre valoración”*¹⁵

15 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Exposición de Motivos. Punto XI párrafos 14 y 16

Aunque en esta ocasión la regulación legal tampoco ofrece una definición clara sobre la figura del perito, si permite deducir que es una persona ajena al proceso que posee unos conocimientos técnicos especializados, tenga título profesional o no, y que los vierte en el mismo tras haberlos aplicado al estudio de los hechos u otros elementos objeto de la prueba.¹⁶

Más detalladamente, puede describirse al perito como aquella persona que, debido a sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos, informa, bajo juramento de decir la verdad, al juez sobre unos hechos que guardan relación con su saber o experiencia.

José María Asencio Mellado¹⁷ concluye que los Peritos son aquellas personas físicas o jurídicas, terceros ajenos al proceso y por tanto imparciales, que aportan un saber no personal, subjetivo e insustituible, sino basado en conocimientos técnicos, científicos o artísticos necesarios para la apreciación de los hechos objeto del proceso.

Por lo dispuesto en el artículo 340 LEC, los peritos han de tener una titulación oficial que corresponda con la materia sobre la que van a realizar la pericia. Sin perjuicio de admitir informes de peritos no titulados, pero si personas entendidas, en aquellas ocasiones en las que la materia no corresponda con ningún título oficial.¹⁸

Estos sujetos tienen la obligación de prometer actuar con objetividad y sin faltar a la verdad, considerando todos los hechos, con independencia de resultar favorable o perjudicial para alguna de las partes. No actuar conforme a esta obligación o actuar alterando la verdad o silenciando hechos y/o datos relevantes, puede suponer la constitución de un delito castigado con penas de prisión e inhabilitación.

16 Luís Gómez Colomer. J. "Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil" Valencia 2013. Pág 273

17 Asencio Mellado, J.M. "Derecho Procesal Civil" "valencia 2015" Pagina 275

18 STS del 27 de Abril de 2015. núm rec. 3777/2012 "Procede recordar que un informe pericial no razonado ha de estimarse como una mera opinión, pues, en definitiva, su fuerza probatoria reside no tanto en la condición, categoría o número de sus autores como en su mayor o menor fundamentación o razón de ciencia"

El juramento tendrá que realizarse en el momento en el que el perito acepte el cargo, si ha sido designado judicialmente, o al emitir el dictamen si han sido propuestos por las partes. Si el dictamen no incorporase el juramento o promesa, tendrá que ser subsanado en el acto del juicio.¹⁹

La obligación de prestar juramento y las sanciones recogidas en la normativa para aquellos peritos que faltan o esconden la verdad, guardan relación con esa desconfianza del legislador ya nombrada con anterioridad. En este medio de prueba también existe la duda sobre la credibilidad de los informes periciales, y más si es nombrado de parte²⁰, pero a diferencia de los testigos que no siempre era posible descubrir cuando mentían, en el caso de los peritos el juez lo tiene más fácil, pero no siempre es posible, únicamente tendría que encargar un dictamen pericial a otra persona que disponga de unos conocimientos parecidos al primero.

El tribunal supremo ha incidido en este aspecto, valorando cuando un perito está saltándose esa obligación de actuar con objetividad y sin faltar a la verdad. Permitiendo al juez imputarle los delitos y sanciones anteriormente citados. Las condiciones son:

A) Que la declaración del perito sea falsa, existiendo contradicción entre lo declarado y la realidad. Sin que la consideración de falsedad provenga de discrepancias entre opiniones, sino que es necesario que la declaración sea arbitraria, carezca de motivación o que hayan sido tergiversadas las bases fácticas del informe.

B) Que el perito falte maliciosamente a la verdad en el dictamen pericial, resultando la falsedad evidente o desenmascarada por la práctica del resto de pruebas.

Todo lo anterior permite recaer sobre las diferencias que existen entre estas dos figuras. Diferencias que han sido desarrolladas por la doctrina, pues observaron que la consideración de una prueba como “testifical” o “pericial” podía conllevar, dependiendo

19 SAP de Toledo del 26 de Julio núm 192/2007

20 Sentencia del Tribunal Supremo que muestran la desconfianza frente a los dictámenes periciales de parte. SSTS 1135/1998 Sala 1º, de 20 de febrero de 1998.

del caso y la situación, en una petición de recusación o en una calificación de impertinencia.

Las diferencias esenciales entre Testigo y Perito, según Montero Aroca²¹ son:

El perito aporta conocimientos que pueden poseer muchas más personas, por ello puede ser elegido bien a instancia de parte o por el propio juez. El testigo no puede ser elegido, se trata de un sujeto único pues solo puede serlo aquel que haya percibido los hechos sobre los que se declara.

El testigo declara sobre unos hechos de los que tiene conocimiento, bien por haberlos presenciado o bien por qué le han sido referenciados. No necesita ninguna clase de conocimiento científico, técnico o artístico. Por el contrario, el perito declara sobre unos conocimientos que ha obtenido gracias a su experiencia. El perito no declara sobre un hecho concreto, sino que aportara detalles técnicos que podrían aplicarse a otros hechos similares.

Como dijimos en el primer bloque, el testigo ha de ser necesariamente una persona física, debido a que el conocimiento de los hechos depende de la captación de los mismos, por parte de sus sentidos. Sin embargo, el perito puede ser tanto una persona física como una persona jurídica. No existiendo impedimento en la ley a tal respecto, incluso permitiendo que el dictamen lo realicen varias personas, con independencia de que sean naturales o jurídicas.²²

El testigo tiene la obligación jurídica de comparecer delante del tribunal y declarar los hechos de los que tenga conocimiento, deber que esta reforzado con una sanción en

21 Monteno Aroca. J. "Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil" Valencia 2013. Pág 291. También han sido redactadas por ESCALADA LÓPEZ, M^a L. "El dictamen de peritos en la LEC: Aspectos generales. Especial atención a su naturaleza jurídica", en Revista de Derecho Procesal, 2007, p. 311.

22 Art. 340.2 LEC, dice: "Podrá asimismo solicitarse dictamen de Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. También podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello."

caso de incumplimiento. En cambio, el perito en el plazo de dos días ha de manifestar si acepta o rechaza el cargo.

El perito obtiene un salario gracias al dictamen que realiza, el testigo no tiene derecho a percibir ninguna clase de honorarios, solo existe la posibilidad de que obtenga una indemnización por los perjuicios y gastos que hubiese podido tener, debido a su declaración en el juicio.

Como ya se adelantó, el testigo realizará la declaración oralmente y contestando a las preguntas de los abogados de ambas partes. Por el contrario, el perito únicamente ha de redactar un dictamen por escrito. Existiendo la posibilidad de que tenga que declarar si así lo solicitan las partes.

En definitiva, el testigo declara sobre hechos ya tratados en el proceso, mientras que el perito aporta su experiencia técnica, artística o científica sobre determinados puntos que conforman esos hechos. Por ello el testigo es considerado un sujeto necesario, pues aporta la descripción de situaciones concretas, sin embargo, el perito puede ser recusado o sustituido por otra persona que contenga los mismos conocimientos especializados.

2.2 EL TESTIGO-PERITO

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

Esta es la forma que tiene la actual LEC del año 2000, de introducir al ordenamiento la figura del testigo-perito. Es necesario resaltar que no nos encontramos ante un medio de prueba del artículo 299, sino que estaremos o bien ante una testifical o bien ante una pericial.

Es una figura muy común dentro del Derecho Español, lo que sucede es que se ha creado y generalizado la idea de que es una figura no frecuente, pero la realidad es bastante distinta. El Tribunal Supremo en su Sentencia núm 406/1994 del 24 de septiembre, en el ámbito penal, desmintió esta idea *“ni siquiera es infrecuente, en la práctica judicial, la existencia del testigo-perito, como sucede con la persona que presencia un atropello o agresión y, por su cualidad de médico, presta al herido su primera asistencia y en tales casos no hay ningún inconveniente para que su declaración consista, por una parte en describir lo que vio y por otra las circunstancias del herido como experto.”*

Existen numerosas definiciones, como por ejemplo la que introduce la Enciclopedia Jurídica²³ que califica al testigo-perito como una *“Figura, introducida por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, por la que una persona que tiene conocimiento de los hechos controvertidos, además de haberlos percibidos como cualquier testigo, puede opinar profesionalmente sobre ellos, adquiriendo sus declaraciones no sólo el valor de prueba testifical, sino también el de prueba pericial.”*

Pero quizás la que mejor describa a esta figura sea la de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia n.º 627/2007 *“El testigo-perito, es aquel testigo que es llamado al proceso por razón de su conocimiento personal de los hechos que es también perito en cuanto posee conocimientos artísticos, científicos, técnicos o prácticos.”* Fernando Toribios Fuentes²⁴, lo define como un testigo cualificado, una persona física que además de tener conocimientos de los hechos controvertidos, tiene conocimientos especializados.

Las audiencias provinciales también se han pronunciado al respecto de esta figura, para la SAP de Asturias, Sección 6ª, n.º423/2007 de 19 de Noviembre el testigo-perito es aquella *“persona que declara sobre hechos que ha percibido con anterioridad al proceso y que además posee conocimientos especializados”*. La SAP de las Palmas, Sección 5ª, n.º555/2006, de 22 de Diciembre antepone la figura del Testigo ante la

23 <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/testigo-perito/testigo-perito.htm>

24 Toribios Fuentes. F. “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil” 1º Edición, Enero de 2012. Pág 600

figura del Perito, *“ante todo se trata de un testigo, y por tanto de una persona que tenga noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio”*.

Las partes son las encargadas de proponer esta prueba. Siendo el momento exacto para solicitarla en la audiencia previa, si se trata de un juicio ordinario, o en el acto de la vista en caso de tratarse de un juicio verbal. Es necesario expresar que la prueba que se está proponiendo es concretamente la del testigo-perito, de esa forma el juez podrá valorar correctamente si la admite o la desestima.

Si no se expresa con claridad, que nos encontramos ante la prueba del testigo-perito, el juez debería admitir únicamente aquella declaración que guarde relación con los hechos que ha presenciado, y desestimar la parte de la declaración en la que añade conocimientos basados en su experiencia. Es decir, la prueba que se practicará será solo la testifical, rechazando que la persona aporte conocimientos que son propios de un conocimiento artístico, científico o técnico.

Es en la práctica de la prueba donde más problemas encontramos, como se ha explicado con anterioridad prevalece la figura del testigo frente a la del perito, por lo que se deduce que el régimen jurídico aplicable ha de ser el del testigo. Sin embargo, existe la posibilidad de aplicar las tachas recogidas para los peritos.

Cuando el sujeto este declarando sobre unos hechos que ha conocido gracias a sus sentidos se aplicaran las tachas establecidas para los testigos, y cuando la declaración verse sobre conocimientos científicos, se aplicara el régimen en cuanto a las tachas del perito.

Los supuestos que pueden darse en la práctica son los recogidos en el art. 380 LEC, que lleva por rúbrica *“Interrogatorio acerca de los hechos que consten en informes escritos”*.

Este precepto se aplicará en aquellos supuestos en los que se ha elaborado un informe, por quien ha tenido conocimiento de los hechos en primera persona, para introducirlo como prueba, y se cita a el autor para que aclare algunos aspectos.

El testigo-perito deberá prestar juramento de decir la verdad, tal y como se le exige a la figura del testigo, incurriendo en delito de falso testimonio en caso de mentir. Asimismo, tendrá que contestar a las preguntas generales, del art. 367 LEC, que realizará el juez antes del comienzo de la declaración.

Por la supremacía de la figura del testigo, no es posible que se tenga que ratificar ningún dictamen, pero lo que si puede ocurrir es que el testigo-perito reconozca algún documento que haya sido firmado por é y que conste en autos dentro del proceso.

Para entender como ha de valorar el juez esta prueba es necesario acudir a la jurisprudencia. En este sentido la SAP Tarragona, Sección 1ª nº472/2010 del 10 de diciembre establece que la credibilidad del testimonio depende de circunstancias personales, relaciones con los sujetos y/o con el objeto del proceso, además si al juez le resulta convincente el testimonio y a el se unen conocimientos técnicos, prácticos o científicos, el juez podrá valorar especialmente estos conocimientos adicionales.

¿El Testigo-Perito ha de declarar solo sobre los conocimientos técnicos, científicos o artísticos que guarden relación con los hechos de los que es testigo presencial o puede introducir información de datos relacionados con el proceso ?

Únicamente ha de pronunciarse sobre aquellos documentos que él ha reconocido como suyos, y no podrá aportar ninguna clase de información sobre el resto de documentos que obren en autos, en otras palabras solo puede declarar sobre hechos en los que él ha intervenido o sobre aquellos que él ha presenciado y es sobre estos hechos sobre los que puede introducir informaciones basadas en su experiencia. El juez, en caso de excederse de sus funciones, deberá declarar improcedentes las preguntas y rechazar cualquier clase de explicación al respecto.

Esta respuesta tiene su apoyo jurisprudencial, pues la SAP de Burgos n.º44/2007 de 24 de Enero afirmó *“el testigo no estaba en el juicio para declarar mas que sobre los extremos contenidos en su informe valoración, las otras manifestaciones que hiciera sobre otros extremos del accidente no debieron serle admitidas ni tampoco debió fundarse en ellas las sentencias para dar la razón a la parte que había propuesto dicha prueba”*

En ocasiones esta figura es utilizada de forma incorrecta, convirtiendo al testigo-perito en una pericial encubierta. De esta forma la parte puede hacerse valer de un perito que no fue propuesto en su momento procesal oportuno. Esta cuestión tiene pronunciamiento jurisprudencial en la Sentencia núm 322/2013 de la Audiencia Provincial de Pontevedra del 19 de julio de 2013 *“Ciertamente se trataba de un fraude procesal cuando se intentaba introducir en el proceso un dictamen pericial que debía haberse aportado en otra fase del proceso”*

Lo que sucede en la práctica es que el juez admite un testigo-perito, que en realidad va desempeñar funciones específicas de un perito. Pues ese testigo-perito en ningún momento presenció los hechos que son objeto del proceso, sino que los conoce con posterioridad a la interposición de la demanda.

La solicitud para la improcedencia de esta prueba puede realizarse de oficio o a instancia de parte, sin existir un momento determinado, pudiendo hacerse durante todo el desarrollo del juicio.

Es la SAP de Las Palmas, sección 5ª nº 555/2006 del 22 de diciembre, la que recoge cuales son las consecuencias de este fraude de ley. *“Las anteriores consideraciones llevan consigo la estimación de la alegación de la parte recurrente, dejando sin efecto la admisión de la prueba testifical pericial que se acordó en la instancia, con la consecuencia de que dicha prueba no será tomada en cuenta para la resolución del asunto”*

Parece lógico diferenciar al testigo-perito del perito, pues siendo el testigo-perito realmente un testigo²⁵, las diferencias que existen entre ambos únicamente se producen cuando al primero se le aplica el régimen jurídico del perito.

Las diferencias entre el testigo-perito y el perito son²⁶ :

Una de las principales diferencias es que el perito es llamado al proceso debido a su experiencia y teniendo que realizar previamente un dictamen, el testigo-perito además de no tener que realizar ninguna clase de dictamen se persona en el proceso por haber presenciado los hechos con indiferencia de los conocimientos que pueda tener.

El perito es sustituible mientras que el testigo-perito además de ser insustituible muchas veces es necesario.

El perito en principio realiza un dictamen escrito y salvo que las partes así lo requieran no asistirá al acto del juicio. EL testigo-perito efectúa sus manifestaciones oralmente y tendrá que asistir al acto de la vista.

Los conocimientos aportados por los peritos tienen el valor de prueba pericial. Los testigos-perito tienen el valor probatorio que le es propio a la prueba testifical. Esto evidencia, aún más si cabe, que el testigo-perito incorpora al proceso un testimonio y como consecuencia se le aplicará el régimen del testigo.

Por último, el perito puede ser tachado o recusado, dependiendo si es de parte o por designación judicial, y el testigo-perito únicamente puede ser objeto de tacha. Con

25 Alodia Ortiz, M.^a. “El testigo-perito es una persona que es llamado al proceso principalmente por haber presenciado los hechos” Existe ese predominio de la figura del testigo frente a la del perito.

26 STSJ n.º 627/2007 “El testigo-perito es un testigo que además tiene conocimientos especializados, lo que le permite añadir a su testimonio una declaración especializada. En este sentido, la norma legal, al referirse en primer lugar a su condición de testigo está expresando la nota prevalente dentro de su naturaleza mixta, que asimismo se infiere del dato sistemático consistente en su inclusión dentro de la sección referente a la prueba testifical. En cambio, el perito no tiene un conocimiento de los hechos previo al proceso, es sustituible, presenta su dictamen por escrito, etc.”

indiferencia que las tachas sean las recogidas para los peritos o las estipuladas para los testigos.

Esta figura, dentro del ámbito civil, es en su mayoría de desarrollo jurisprudencial y doctrinal, estableciendo la LEC una regulación mínima al respecto. La peculiaridad de esta especie de testigo reside, en que previamente al conocimiento de los hechos, ha obtenido unos conocimientos científicos o artísticos, que le permiten ponerlos en relación con los hechos que son objeto del proceso. Como se ha advertido, no es admisible pasar una prueba pericial por una testifical-pericial, cometiendo en caso de admitirse un fraude de ley. Fundamentalmente se le aplicará el régimen jurídico del testigo, pero en ocasiones se regirá por las normas específicas del perito y es por ello que muchos autores, como Font Serra²⁷, hablan de una figura híbrida.



²⁷ Font Serra, E. “ El dictamen de Peritos y el Reconocimiento Judicial en el Proceso Civil” La Ley 2002. Pág 175. “ el testigo-perito es la persona que interviene en el proceso emitiendo declaraciones sobre hechos que ha podido conocer en razón de sus conocimientos especializados.” Es decir, el sujeto declara como testigo gracias a conocimientos propios de un perito.

***BLOQUE III: ESTATUTO DEL TESTIGO: CAPACIDAD, DEBERES Y
DERECHOS PROCESALES BÁSICOS***

3.1.- CAPACIDAD PARA SER TESTIGO

En España hasta el año 2000 existía una doble regulación en cuanto a la capacidad para ser testigo. De un lado el Código Civil dentro del art. 1.245 facultaba a todas las personas que no fueran inhábiles para ser testigos. Esa inhabilidad podía devenir por disposición legal, recogida en el art. 1.247 del CC que ordenaba actuar solo ante aquellas situaciones que producían cierta duda o sospecha sobre la declaración, o podía derivar de una incapacidad natural, regulada en el art. 1.246 que recogía una serie de supuestos entre los que destacaban los locos o dementes. De otro lado la LEC de 1.881 se hacía cargo de la regulación de las tachas.

Esta situación conllevó un sin fin de dudas en torno a la realidad práctica. Con el tiempo cada institución tenía un campo de aplicación propio y consecuencias diferentes. De esta forma la inhabilidad prohibía el testimonio de un testigo, ante la falta de capacidad del mismo para declarar, mientras que la tacha afectaba al criterio seguido ante la valoración de lo declarado por el testigo.

Ante la oportunidad de que las personas con falta de capacidad pudieran otorgar testimonio en el acto del juicio, la doctrina se encontraba fraccionada. Algunos autores se mostraban reacios a esa posibilidad, mientras que la mayoría la aceptaban con la condición de que la persona se encontrase lucida tanto en el momento de adquirir el conocimiento como de prestar declaración.

Con la LEC del año 2000 se pone punto y final a la doble regulación entre la LEC y el CC. Los artículos 1.245 y 1.247 del CC se derogaron, para establecer una regulación única en la LEC. La incapacidad natural se introduce dentro del art. 361 LEC y las causas de inhabilitación legales son contempladas en la actualidad como tachas de los

testigos. Por tanto, si un testigo es calificado como inhábil no podrá declarar, mientras que si es objeto de tacha podrá declarar pero la tacha tendrá que ser tenida en cuenta por el juez.

El artículo 361 LEC es el que dispone concretamente que sujetos tienen capacidad para ser testigos. *“Podrán ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos.”* Además *“Los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente.”*

Lo normal es que las causas de inhabilitación sean puestas en conocimiento del juez con anterioridad al interrogatorio. Si la causa se conociese en la audiencia previa, el juez no tendría más remedio que inadmitir la prueba en fase de proposición.

Existe la posibilidad de que antes de la vista el juez, si tiene alguna duda sobre la idoneidad del testigo, tenga una audiencia con él, formándose así una opinión sobre la idoneidad del testigo.

El art. 361 LEC significa, en palabras de Fernando Toribios Fuentes²⁸, que podrán tener la consideración de testigos del proceso civil todas las personas que no se encuentren inmersas en alguna de las excepciones comprendidas en alguno de los siguientes supuestos:

1º Personas privadas permanentemente de razón: Se tendrá que tomar en especial consideración, por parte del tribunal, ante una persona que está o a estado sujeta a un proceso judicial de modificación de la capacidad.

28 Toribios Fuentes. F. “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil” 1º Edición, Enero de 2012. Pág 595

2º Personas privadas de los sentidos imprescindibles para percibir determinados hechos: La privación sensorial ha de existir en el mismo momento en el que acontecen los hechos con indiferencia de que dicha privación ocurra o no en el momento de la declaración.

3º Personas de edad inferior a catorce años que además carezcan de la madurez suficiente para declarar como testigo: El menor de edad que tenga más de catorce años será un testigo idóneo, sin perjuicio de que tuviese menos de catorce años cuando se produjeron los hechos. Del mismo modo el menor de catorce años que disponga de la madurez necesaria, a entendimiento del tribunal, también podrá ser considerado testigo.

En el derecho comparado, observamos como en países como Portugal, Italia o Bélgica disponen de una regulación parecida en cuanto a la capacidad de los testigos. En Portugal no podrán ser testigos los imposibilitados por trastorno psíquico y todos aquellos que muestren una incapacidad física o mental para declarar sobre los hechos que sean objeto de prueba. En Italia solo se tomará declaración a niños menores de 14 años si su testimonio se requiere por circunstancias especiales (artículo 248 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por último, en Bélgica la declaración testifical no será válida si la realiza una persona sin capacidad legal para actuar como testigo (Código Procesal, artículo 961, apartado 1).

3.1.1.- PERSONA PRIVADA PERMANENTEMENTE DE RAZÓN

Autores como Montero Aroca²⁹ han afirmado que para que esta excepción se pueda llevar a cabo se necesita una sentencia de incapacitación en la que expresamente se recoja que la persona incapacitada se encuentra permanente privada de razón.

En defensa de esta teoría hay que aclarar que todas las personas, según el CC, son completamente capaces salvo declaración judicial de incapacitación. Si a esto le añades el pronunciamiento constitucional³⁰ sobre garantizar el derecho a impulsar una actividad

29 Montero Aroca, J. “ La prueba en el proceso civil” Ed. Cívitas Madrid 2007 Pág. 367

30 STC 131/1995

probatoria en todo litigio, y que guarda relación con la tutela judicial efectiva, parece lógico pensar que la inadmisión de un testigo por inidóneo debe limitarse únicamente a los casos en los que exista una incapacitación legal.

Otros autores como Rifa³¹ explican que el art. 361 LEC hace mención a la privación de la razón de forma objetiva³², sin aludir a ningún tipo de clase legal. Por lo que existe la posibilidad de que una persona no incapacitada judicialmente no pueda declarar por ser inidónea o que si existiendo esa incapacitación judicial pueda declarar por no estar privado de razón en el momento de conocer los hechos ni cuando presta declaración como testigo.

Lo importante para Rifa son las aptitudes intelectivas en el momento en que se adquiere el conocimiento y en el momento en el que presta declaración. Si esas aptitudes no despojan de la razón a la persona, esta tendrá permitido prestar testimonio, pero si se ve afectada la razón tendrá consideración de inidónea para actuar como testigo con independencia de que exista una sentencia que incapacite a la persona.

La regulación española no establece un momento procesal para que el juez aprecie la incapacidad para testificar. Lo normal, como se ha dispuesto con anterioridad, es que la idoneidad debe ser valorada lo más pronto posible, es decir en cuanto aparezca cualquier indicio que haga sospechar al tribunal, con indiferencia de que se produzca en la audiencia previa, en la vista del juicio o en la práctica de la prueba.

En todo caso, el encargado de realizar ese examen o valoración siempre va a ser el juez. A diferencia de las tachas, que han de ser propuestas a instancia de parte, la incapacidad debe ser valorada de oficio, sin perjuicio de que pueda ser alegada por las partes.

31 Rifa Soler, J.M. “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil” Comentario al art. 361. Ed. Atelier Barcelona 2000 Pág 1.677

32 SAP Guadalajara núm 91/2004 de 23 de Abril “ (...) relativo a la idoneidad para ser testigos, que podrán serlo todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sus sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos”

Puede ser conveniente acudir a la opinión de un médico experto, dado que se alude a conceptos médicos en la LEC, porque si se admite el testimonio de una persona sin capacidad puede plantear problemas en la valoración, o vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva en caso de inadmitir la declaración erróneamente. Sin embargo, en aquellos casos en los que no existan dudas y el juez tenga claro que el testigo esta privado permanentemente de razón, no será necesario acudir a un experto evitando de este modo dilaciones en el proceso. Ahora bien, con informe médico o sin informe médico el encargado de valorar o decidir la idoneidad es el juez.

¿Puede admitirse la declaración testifical de una persona con trastorno mental transitorio?

Esta pregunta ha sido resuelta por Martín Fernández³³. Para él lo primero que hay que analizar es la medida en que el trastorno mental transitorio afecta a la persona:

Si la intensidad no arrebatara la razón, aunque le afecte, debe permitirse la declaración testifical, sin perjuicio de que la afectación de razón sea tenida en cuenta con posterioridad por el juez para valorar el testimonio.

Si la intensidad del trastorno mental transitorio si priva de la razón, se plantean las siguientes conjeturas:

A) Que la privación de la razón se de en el momento de declarar, pero no en el momento de captación de los hechos. El testigo será inidóneo por no tener las facultades intelectivas para declarar conforme a razón. Pese a que, si percibió de forma consciente los hechos, en el momento de declarar el testigo ve afectada su razón, por lo que no tiene capacidad natural y de ahí su inidoneidad.

³³ Martín Fernández, J.S. “ ¿ Cabe admitir la declaración testifical de una persona con trastorno mental transitorio?” Ed. Bosch Barcelona 2008 Pág 151 y ss.

B) Que la privación de razón se de en el momento de captación de los hechos, pero no en el momento de prestar declaración. El testigo también es inidóneo, pues aunque tenga capacidad para declarar, la percepción de los mismo está alterada.

C) Que la privación de razón no se dé ni al percibir los hechos ni al declarar sobre los mismos. Puede suceder que el trastorno mental transitorio sucediese antes de la captación de los hechos o en el periodo intermedio entre el momento en que los percibió y la fecha de la declaración, en ambos casos no afecta en absoluto a su condición de testigo y debe admitirse su declaración.

D) Que la privación de la razón se dé tanto al percibir como al declarar. Puede suceder que el trastorno mental aun siendo transitorio tuviese una duración que afectase tanto al percibir como al declarar los hechos. El testigo debe ser considerado como inidóneo dado que desde que percibió los hechos hasta que declara, la persona sí que está permanentemente privada de razón.

La doctrina no alude directamente al trastorno mental transitorio, pero sí que hay autores, como Asencio Mellado, que admiten que una persona que tenga afectada la razón, pero se encuentre en un intervalo lucido en el momento de percibir y declarar sobre los hechos, sea considerada idónea para ser propuesta como testigo.

Realmente sí que existe la posibilidad de aceptar el testimonio de una persona privada de razón, incluso sin los mencionados intervalos de lucidez. Por ejemplo, aquellos procesos en los que el incapaz es el único testigo, el juez tiene la posibilidad de admitir el testimonio, siempre y cuando tenga presente la incapacitación a la hora de valorar la declaración.

Esta solución es adoptada en Alemania, que permite la declaración del enfermo mental, sin obligación de que preste juramento³⁴. Dejando a la libre valoración del tribunal el valor probatorio del testimonio, en función de cada caso concreto.

³⁴ ZPO art. 393 “ Las personas que al tiempo de la declaración no hayan completado los dieciséis años, en caso de dificultad de entendimiento o madurez para entender la esencia y significado del juramento, y ello implique que no tienen una noción suficiente, deben declarar sin jurar”

Lo mismo ocurre en el proceso penal, ni la Lecrim ni el CP imposibilitan la declaración de los testigos que se encuentren privados de razón, limitándose el art. 417.3 del CP a establecer que los incapacitados física o moralmente no podrán ser obligados a declarar como testigos³⁵.

Todo esto demuestra que tanto el derecho constitucional a la defensa mediante pruebas, en este caso el testigo, como el derecho a la tutela judicial efectiva se verían limitados con una interpretación estricta del art. 361.1.

3.1.2.- PERSONA PRIVADA DEL USO DE ALGÚN SENTIDO

En la LEC de 1.881 se hacía referencia a ciegos y sordos, expresiones que fueron suprimidas en la regulación del año 2000, en la que se añadía como causa de incapacidad que las personas estuviesen privadas del uso de algún sentido, respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos.

Como establece el TS en su pronunciamiento 10453/2014, al tratar este tema es necesario hacer referencia al art. 1 del Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que forma parte de nuestro ordenamiento interno, en aplicación del art. 96.1 CE. “ *El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente* »; y que « *Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás* ” .

Asimismo, el art. 13.1 de la citada Convención regula el igual reconocimiento como persona ante la ley de la persona con discapacidad: “ *Los Estados Partes asegurarán*

35 STS núm rec 5948/1989 6 de abril de 1992. “Las personas con deficiencias mentales pueden ser testigos en los juicios penales sin que su incapacidad impida que el testimonio sea válido siendo facultad exclusiva del tribunal de instancia en base a la inmediación valorar esta declaración.”

que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales.”

Es verdad que el déficit de sentidos como la vista y el oído, que impiden a la persona prestar testimonio sobre hechos que no ha podido ver u oír, suponen prácticamente la mayoría de supuestos que suelen plantearse. Ahora bien, el testigo es una persona física que tiene capacidad de percepción y de explicar tal percepción, por lo que no hay razón para excluir el testimonio de personas que carezcan de otros sentidos, cuando estos sean necesarios para describir ciertos hechos.

La ceguera o mudez, no afecta a la capacidad para testificar, puede suplirse la deficiencia de diferentes formas, como utilizar la expresión escrita en lugar de la oral, el lenguaje de signos o un examen de un intérprete.

En este sentido se manifiesta la sentencia del TS del 4 de julio de 1995 n.º 1297/1994 *“carece de la capacidad de expresión de otras personas pero puede transmitir vivencias y percepciones sensoriales revestidas de contenido probatorio que pueden ser valorados en función de sus características personales del testigo, cuando este preste su testimonio de forma directa.”*

Para Eduardo Gutiérrez de Cabiedes³⁶ los ciegos, sordos o los que carecen de olfato, percepción gustativa o táctil, son inhábiles parcialmente, para declarar sobre hechos cuyo conocimiento dependen de la percepción de estos sentidos. Por lo que, si la incapacidad son parciales, dichas limitaciones no constituyen una inhabilidad que anule la declaración, sino meros obstáculos de la percepción.

³⁶ Gutiérrez de Cabiedes, E. “ De la Prueba de Testigos, en Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales” pág 513

Este mismo autor a señalado que la imperfección sensorial inhabilitante debe concurrir en el momento de la percepción del hecho, siendo irrelevante la situación de estos sentidos en el momento del interrogatorio, siempre que el testigo sepa claramente que es lo que se le pregunta.

La STS de 6 de abril de 1992 n.º 1992/3350 hace referencia a la valoración de la testifical de personas con la privación de algún sentido. Distingue entre el proceso civil o penal, sosteniendo que *“mientras que con carácter general, la percepción sensorial exige dentro del proceso civil un mayor grado de madurez en el sujeto informante, en el proceso penal basta para apreciar la prueba con la estimación de la capacidad informativa del testigo en base a simples percepciones sensoriales.”*

El juez tendrá que valorar además del testimonio, la sencillez y veracidad, tendrá que prestar especial consideración a el lugar, tiempo y modo que pueden completar las insuficiencias que pueda tener la declaración de una persona privada de algún sentido.

3.1.3.- LOS MENORES DE 14 AÑOS COMO TESTIGOS

No existe ningún problema con las personas mayores de catorce años, la norma les permite declarar en el juicio, al presuponerles una madurez y raciocinio suficiente para realizar una declaración basada en la verdad. No ocurre lo mismo con los menores de dicha edad.

El art. 361.II LEC es el que regula la declaración testifical de los menores de catorce años. Este artículo pone fin a la polémica generada por el art. 1.246.3 CC que prohibía, por afectarles una incapacidad natural, a los menores de catorce años ser considerados como testigos. La nueva regulación no rechaza las declaraciones de estas personas, sino que las supedita al visto bueno del juez.

Para Picó i Junoy³⁷ lo que sucedía era un error entre la admisibilidad y la valoración de la prueba, que el testigo fuese menor no debía impedir su declaración, valorable por el juzgador teniendo en cuenta el mayor o menor grado de discernimiento que el menor pudiese tener de la concreta realidad discutida en el proceso.

La STS núm 11251/1992 de 6 de abril seguía la corriente de Picó i Junoy *“Así, la normativa civil en cuanto establece tal incapacidad natural por razón de edad en el límite inferior a los catorce años ha sido justamente criticada por la más reciente jurisprudencia y autorizada doctrina científica española, estimando con razón que este límite de edad no puede considerarse significativo en orden a que quien declare tenga capacidad para transmitir sus percepciones”*

Gutiérrez Sanz³⁸ afirma que tal vez hubiese sido más sencillo acoger la mayoría de edad como límite, no una cifra aleatoria como son los catorce años. Estas críticas han ayudado a la evolución, mostrada por el legislador, pasando de esa inhabilidad absoluta a un sistema de inidoneidad relativa. Ejemplo de ello son los procesos matrimoniales, en los que el art. 92.6 CC permite la declaración de los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario, el art. 770.4º LEC permite al menor ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses y el 777.5 LEC establece *“ Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor”*.

Existen muchos argumentos a favor y en contra, con respecto al artículo 361.II LEC, entre los argumentos a favor se encuentran los que afirman que, aunque la edad puede ser un índice para establecer la fiabilidad de las declaraciones, la memoria y la veracidad no constituyen un elemento definitivo para excluir el testimonio. Los argumentos en contra parten de la base de que el testimonio exige una correcta

37 Pico i Junoy, J, “ Comentaríos a la Ley de Enjuiciamiento Civil” Lex Nova , Valladolid 2000.

38 Gutiérrez Sanz, M.r. “ Comentaríos a la Ley de Enjuiciamiento Civil” Aranzadi 2001. Pág 1.217 a 1.220

captación, además de un alto grado de discernimiento y un niño menor de catorce años tiene un grado de inmadurez, fantasía o sugestionabilidad que no le hacen el testigo ideal.

Estos argumentos no pueden ser llevados al extremo, y es necesario valorar la situación caso por caso evitando generalizaciones. Es por eso que el legislador a preferido que sea el juez quien valore en cada caso concreto si admitir o no la declaración. Es decir, se permite con matices la declaración de los menores, sin que tengan la obligación de prestar juramento de decir la verdad³⁹.

Ya en el año 1999 el Tribunal Supremo en su sentencia núm.1,505/1998 del 22 de abril, parecía decantarse por esta solución, *“En relación con la credibilidad del testimonio infantil resultan tan inadmisibles las posturas extremas de quienes piensan que por su inmadurez y sugestionabilidad siempre se debe de dudar de sus relatos, como las de quienes sostienen que en todo caso deben ser creídos, olvidando los factores de riesgo que concurren en este tipo de declaraciones, puestos de manifiesto por los especialistas en psicología del testimonio.”*

De esta forma se iguala con ordenamientos vecinos como Alemania, Portugal o Italia. Este último declaró inconstitucional el art. 248 de su código procesal civil, en el que establecía la prohibición de otorgar testimonio a los menores de catorce años, al entender que no existía justificación para que dichas personas pudieran declarar en el proceso penal y no en el proceso civil.

¿La edad de catorce años debe valorarse en la captación de los hechos o en la declaración ?

Rosa María Méndez Tomas afirma que debido a la expresión del propio artículo 361 LEC y el uso de la palabra poseer, podría dar a entender que lo que el legislador ha querido transmitir es que la edad debía ser tomada en cuenta en el momento de la

³⁹ En aplicación del art. 365.2 LEC, al estar por debajo de la barrera de edad penal (18 años) no se les exigirá juramento de decir la verdad.

declaración. Pero que lo realmente importante es establecer desde que momento una persona adquiere la condición de testigo, y ello sucede en el mismo momento en el que presencia o tiene conocimiento de los hechos, sin que tenga nada que ver para esto la citación como testigo al juicio.

En consecuencia, los catorce años tienen que ir vinculados a la captación de los hechos, siendo este el momento ideal para cuestionarse si una persona es adecuada o no para ser testigo, y no tan solo al declarar. De no ser así una persona de trece años que presencie unos hechos podría declarar sin control alguno en el momento que alcance los catorce años. Y esto en opinión de la autora sería erróneo, porque la percepción de la realidad que debe declarar se retrotrae en el tiempo y a una edad cuya madurez y grado de discernimiento no se presumirían.

Si atendemos únicamente a el final del párrafo segundo del art. 361 LEC “*para conocer y para declarar verazmente.*” despeja toda clase de dudas, pues ese discernimiento se exige para declarar y para conocer, lo que implica que deben valorarse ambas situaciones por parte del Tribunal.

Para admitir la prueba el juez deberá valorar la idoneidad, sensatez o raciocinio que pueda tener el menor, y en caso de obtener un resultado óptimo aceptar la práctica de la prueba. Para eso Garberi Llobregat⁴⁰ propone el uso de unas preguntas como por ejemplo, preguntarle si es consciente de los efectos de su declaración o si conoce las razones por las que ha sido citado a declarar.

Ese enjuiciamiento puede realizarse de dos formas diferentes, o bien mediante el reconocimiento de personas que establece el art. 355 LEC, ante esta opción las partes podrán llamar a un experto para que realice las observaciones del 354.3 LEC, o bien por medio de un interrogatorio de preguntas regulado en el art. 367 LEC. Esta última

40 Garberi Llobregat, J. “Los procesos Civiles” Ed. Bosh Barcelona 2001. Pág 221

solución es apoyada por gran parte de la doctrina, al vincular este primer juicio con las preguntas generales de la ley o con el mismo interrogatorio⁴¹.

A este respecto es importante mencionar la Ley de Protección del menor 1/1996, que en su art. 9 apartado segundo destaca *“Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.”*

La LEC en su art. 138.2, regula que si se dan ciertas situaciones especiales o cuando sea beneficioso para los menores la forma de realizar el interrogatorio debe ser a puerta cerrada⁴².

La STC 17/2006 del 30 de enero profundiza un poco más, estableciendo que además de deber realizarse a puerta cerrada, tendrá que ser de manera reservada, sin presencia de ninguna clase de persona, con indiferencia de su profesión, salvo el ministerio fiscal. *“Los arts. 138.2 y 754 LEC permiten celebrar las audiencias de menores a puerta*

41 Esta última opción es la que defiende M.r. Gutiérrez Sanz *“ apreciar la falta de idoneidad de un testigo por parte del juez, no se revela como materia sencilla en un momento anterior al de la formulación de las generales de la ley ya que, aunque la parte contraía a la que propuso al testigo, pusiera de relieve en el tramite de proposición y admisión de la prueba, la existencia de alguna causa de idoneidad, el juez salvo que medie declaración judicial de incapacidad, tendrá que esperar para resolver sobre la misma, al menos al momento del interrogatorio sobre las generales de la ley, que será el primer contacto directo que tenga con el testigo. Por tanto la determinación judicial sobre la idoneidad de un testigo se producirá en un momento mas avanzado del proceso, a la vista del comportamiento del testigo ante las cuestiones generales de la ley o incluso , ante el propio interrogatorio testifical, sonde se podrán apreciar matices como el de su madurez, a pesar de la edad, para deponer testimonio, en el caso menor”*

42 Art.754 LEC *“En los procesos a que se refiere este Título podrán decidir los tribunales, mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no se esté en ninguno de los casos del apartado 2 del artículo 138 de la presente Ley.”* Art. 770. 4 LEC *“En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.”*

cerrada y de manera reservada, esto es, sin asistencia de las partes (sin perjuicio de que la comparecencia del menor pueda realizarse de otro modo, cuidando siempre de preservar la intimidad del menor, como señala el art. 9.1, párrafo segundo, de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor), pero tal exclusión de publicidad no puede entenderse referida al Ministerio Fiscal, que interviene preceptivamente en el proceso (art. 749.2 LEC) de forma imparcial como defensor de la legalidad y de los derechos de los menores afectados, velando por la primacía del interés superior de éstos. No basta, por tanto, como hizo la Audiencia Provincial, con poner de manifiesto al Ministerio Fiscal el acta con el resultado de la diligencia de exploración para entender cumplidas las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) del Fiscal en cuanto garante del interés prevalente de las menores, sino que es necesario permitir su intervención efectiva en la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a las menores, para conocer si éstas expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias.”

Una vez pasado este primer trámite, y admitida la prueba testifical del menor de catorce años, la cuestión en la que hay que centrarse es en cómo debe realizarse la declaración testifical.

Existen tres alternativas para celebrar el interrogatorio; a) de forma reservada en ausencia de toda clase de personas más allá del juez y el ministerio fiscal. Las partes mandaran al juez un listado de preguntas que pretenden que le sean formuladas al menor. Una vez terminada la declaración se redactará un acta que tendrá que ser facilitada a las partes para que estas, en el momento oportuno, puedan manifestarse al respecto; b) a puerta cerrada, a diferencia de la primera posibilidad en esta modalidad si se permitirá estar presente a las partes; c) en audiencia pública, esto es un proceso abierto que permite asistir a cualquier persona, guarden relación con el proceso o no.

Entorno a estas posibilidades, también existe un debate en torno a cuál es la modalidad correcta para celebrar el interrogatorio. La primera postura defiende que sea en audiencia pública, alegando que si el juez ha valorado que el menor tiene el discernimiento necesario para declarar no tiene sentido realizarlo a puerta cerrada. Por el contrario, están los que piensan que la modalidad más acertada es a puerta cerrada, en aplicación de todas las referencias legales de protección del menor citadas anteriormente. En todo caso, el juez deberá oír a las partes antes de resolver en forma de auto, sin que quepa recurso alguno.

Si se ha propuesto la testifical de un menor en un procedimiento verbal ¿se interrumpe el juicio para hacer esa valoración de idoneidad?

Una de las peculiaridades del juicio verbal es que tanto la proposición como la práctica de la prueba se han de realizar en la vista del juicio. Si bien, como detallan Picó i Junoy e Illescas Rus⁴³ pueden darse situaciones que rompan con la regla de unidad de actuación, como por ejemplo que el interrogatorio de entidades públicas o jurídicas, preguntas que deban ser respondidas por un tercero, al tratar sobre hechos no personales del testigo interrogado o el interrogatorio domiciliario.

Garberí Llobregat⁴⁴ propone las siguientes soluciones al problema señalado;

a) Solicitar al tribunal la práctica anticipada del acto de prueba de que se trate, según lo previsto en el art. 293 y ss LEC.

b) Anunciar con anterioridad a la vista el medio de prueba que interese a los efectos de preparar al tribunal o a la otra parte para que el día de la vista pueda llevarse a cabo su práctica sin mayores inconvenientes. Anuncio que, depende del medio de prueba que sea, podrá realizarse en su escrito inicial o en los tres días a que hacer referencia el art. 440 LEC.

43 Pico i Junoy, J. “Consultas sobre la LEC: el nuevo juicio verbal”. ICAB 2001. Illescas Rus, A.V. “Comentarios a la nueva LEC” Barcelona 2000

44 Garberí Llobregat, J. “Los procesos Civiles” Ed. Bosh Barcelona 2001. Pág 565 y ss

Por ello cuando no pueda practicarse una determinada prueba en el acto de la vista o cuando el tribunal considere que la actividad probatoria debe completarse, la solución que suele aplicarse es la de practicar los restantes medios de prueba y suspender temporalmente la vista.

Solución parecida propone Luces Gil⁴⁵, afirma que cuando la prueba no pudiera llevarse a cabo en una única sesión por causas ajenas a la voluntad de las partes, se realizara en las sucesivas sesiones que resulten necesarias.

3.2.- DERECHOS DE LOS TESTIGOS

El art. 375 LEC regula que aquellos testigos que declaren tendrán derecho a obtener, de la parte que los propuso una indemnización por los gastos y perjuicios que su comparecencia haya podido originar (...).

La aplicación práctica de este precepto sugiere ciertas dudas, como por ejemplo quien está legitimado para solicitar la indemnización, cual es el procedimiento a seguir, contenido de la indemnización etc.

Siempre que se haga referencia a esta clase de derecho económico, se debe partir del deber de colaboración del ciudadano con la Administración de Justicia y la posibilidad de ser sancionado en caso de no hacerlo. Es por ello, que no siempre se tiene el derecho a percibir tal indemnización y por el que no debería hacerse una interpretación restrictiva del art. 375 LEC.

Únicamente se plantea la indemnización para los testigos que declaran. De tal forma que es posible que una parte cite a un testigo y que finalmente no preste declaración, bien por no admitirse la prueba, porque se renuncia o porque el tribunal considera que tiene suficiente información, en estos casos el testigo aun habiendo acudido a la sede judicial y pudiéndole imputar los daños y perjuicios no recibiría indemnización.

⁴⁵ Luces Gil “ Ley de Enjuiciamiento Civil” Ed. Sepín 2000. Pág 865 y 866

Gran parte de la Doctrina entiende que en estos casos, acreditada la presencia del testigo en sede judicial, deberían ser igualmente indemnizados. Y que es la parte proponente quien debe cuidarse de proponer testigos ineficaces.

La Audiencia Provincial de Huelva en su sentencia del 22 de Octubre de 2007, recurso 210/2007, expresa que: “ (...) *Una interpretación rígida de este precepto podría conducir a que los testigos cuyo testimonio sea obviado porque el tribunal considere que con las testificales precedentes ya ha quedado suficiente ilustrado, los obligados por su estado o profesión a guardar silencio, o que rehúsen de responder sobre hechos pertenecientes a materias reservadas, y aquellos respecto de los cuales se declaró íntegramente impertinente el interrogatorio corran con los gastos realizados para comparecer ante el órgano jurisdiccional, sin posibilidad de repercutirlos a la parte que los convocó*”

Ilda Méndez López⁴⁶, refiere que el fundamento de esta indemnización esta en la necesidad de resarcir los gastos y perjuicios sufridos por los testigos como consecuencia de su intervención en el proceso, en contrapartida a la obligación de comparecer bajo sanción de multa y responsabilidad penal por desobediencia a la autoridad.

Para esta autora tienen legitimación para solicitar la indemnización no solo los testigos que declaren, sino todos aquellos que hayan sido citados, aunque finalmente por las causas que fuesen no llegasen a prestar testimonio. Si el fundamento está en ser contrarrestada la obligación de comparecer, no puede expulsarse a los sujetos ya indicados.

Pero es que va más allá, al considerar que esa indemnización debería ser aplicada también a:

-El testigo-perito: Al considerar que la naturaleza de esta figura es la del testigo, como por estar regulada dentro de la prueba de testigos.

46 Méndez López, Ilda. Diario La Ley n.º 6719 del 23 de mayo de 2007.

- Los terceros sustitutos de la parte persona jurídica, cuando la persona física no pertenezca ya a la sociedad y deba por ello ser interrogado como testigo.

- Al detective privado cuyo informe es impugnado por la parte, viéndose por tal motivo obligado a declarar como testigo.

El contenido de la indemnización abarca los gastos y perjuicios que se fijen por el tribunal atendiendo a los datos y circunstancias que se hubieren aportado. Esto excluiría los gastos que se reclamen por la pérdida de un día libre, aunque interpretando la definición de lucro cesante de una forma amplia si podría incluirse la disponibilidad.

Los gastos de viaje se abonarán a 0,21 € el kilómetro en caso de utilizar el coche o a 0,10 € el Kilómetro en caso de utilizar la moto. Solo se incluirá el viaje en avión si existen más de 600 km de distancia entre la vivienda habitual y la sede judicial y el desplazamiento de ida y vuelta se realiza en el mismo día.

Los gastos de alojamiento, son únicamente los derivados de la pernocta y se abonaran únicamente cuando la residencia habitual este a más de 250 km de la sede judicial. Se pagará hasta un máximo de 43 € por noche.

Los gastos de manutención dependerán de la pernocta, si se tiene que permanecer a disposición judicial fuera de la residencia habitual hasta un máximo de 33,3 € por día. Y si no se superan los 50 km de distan entre residencia habitual y sede judicial 16,6 € al día.

Los salarios dejados de percibir se compensarán únicamente a autónomos o miembros de cooperativas de trabajo asociado. Se le abonara el 100 % del salario mínimo interprofesional únicamente a aquellos que tengan que estar a disposición judicial fuera de su residencia habitual. El resto de supuesto percibirán el 50 % del salario mínimo interprofesional. Estos pagos se computarán por días y no por meses.

La forma y el procedimiento de la solicitud no está regulada, si bien por analogía por otros créditos procesales, se necesitaría un escrito para iniciarlos, sin que exista ningún problema en que el testigo reclame la indemnización a través de una comparecencia o al concluir su declaración.

La exigencia de estos escritos dificultaría más a el testigo la solicitud, además de exigir un formalismo no previsto en la norma, no obstante como puede ser extendido el derecho a testigos que acuden y no declaran, debemos tomar como compatibles tanto la petición oral en la vista como por comparecencia o por escrito.

Estas indemnizaciones son dictadas por el Letrado de la Administración de justicia, quien será el encargado de establecer el importe exacto de la misma mediante decreto dictado al termino del juicio. La parte obligada al pago es la que propuso este medio de prueba, sin perjuicio de que con posterioridad pueda repercutir el pago a la otra parte si esta ha sido condenada en costas. El auto dictado solo será recurrible en reposición en el plazo de cinco días, si en los diez días siguiente a su firmeza, la parte no pagara la cantidad, el testigo podrá iniciar una ejecución forzosa. No obstante, los gastos de los que excedan de tres testigos, por cada hecho discutido serán en todo caso de cuenta de la parte que los haya presentado, aunque la contraparte fuese condenada en costas.

No solo existe este derecho de carácter económico, al testigo le asisten los derechos laborales relativos al mantenimiento íntegro del salario y a la posibilidad de ausentarse del trabajo por el tiempo que resultare necesario para cumplir con el deber de comparecer. Así como los testigos, que lo soliciten, tienen derecho a que el Letrado de la Administración de justicia les acredite que han comparecido ante el tribunal.

3.3.- OBLIGACIONES DE LOS TESTIGOS

El testigo adquiere la primera obligación por parte de la Constitución Española que en el art. 118 recoge el deber genérico de colaborar con la Administración de Justicia. Pero

este no es el único deber que vincula al testigo, existen deberes jurídicos como son el deber de comparecer, prestar juramento de decir la verdad, el de declarar etc.

Todos ellos son de obligado cumplimiento, es por ello que el legislador, para asegurarse que los testigos cumplen con estas obligaciones a establecido sanciones, algunas hasta con repercusión penal, para los transgresores.

3.3.1.- DEBER DE PRESTAR JURAMENTO DE DECIR LA VERDAD

La primera pregunta que debe realizarse al testigo es la de si presta juramente de decir la verdad, indicándole la pena en la que incurriría si falta a la verdad en su declaración, esto es cometer un delito de falso testimonio en causa civil. Esta exigencia de realizar el juramento de decir la verdad no tiene que realizarse cuando el testigo sea un menor de edad penal, catorce años, según dispone la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores y el artículo 365.2 LEC.⁴⁷

Este formalismo es el primer intento del legislador para asegurar la veracidad de lo declarado. Lo que esconde este formalismo no es más que una intimidación, una manera de asustar al testigo nombrándole, antes de su declaración, las sanciones recogidas en caso de faltar a la verdad.

La realidad actual es bien distinta, el poder intimidatorio del juramento ha ido decayendo con el paso de los años. No solo por el escaso reproche moral o por el abandono del sentimiento religioso, como apuntan algunos autores, sino también por la dificultad del tribunal, en numerosas ocasiones, de conseguir descubrir la mentira y en las escasa situaciones en las que realmente se aplican las sanciones dispuestas.

47 Art. 365. "1. 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.2. Cuando se trate de testigos menores de edad penal, no se les exigirá juramento ni promesa de decir verdad."

Aun con todo el desprestigio que pueda afectar a la promesa de decir la verdad, la doctrina y concretamente De La Oliva, abogan por seguir manteniendo este deber, para él cumple un importante papel en defensa de una correcta administración de justicia, que debe estar basada en la sinceridad y en la buena fe procesal de todos los sujetos que en ella actúen. Por ello resalta que la sanción penal no solo debería recaer sobre el testigo, sino también sobre aquella parte que la propone a sabiendas que va a incurrir en falso testimonio.

No existe en la ley regulación alguna sobre cómo debe prestarse el juramento por parte del testigo. Lo que viene sucediendo en la práctica es que, ante la pregunta por parte del tribunal, el testigo responde con un si o un lo juro, pero no se cierra la puerta a que puedan existir otras fórmulas de realizar la promesa. Tampoco se expresa en la LEC que sucedería si un testigo se niega a realizar tal juramento. Si bien lo más correcto sería seguir el pensamiento de Montero Aroca, que concluye que no prestar el juramento debe tener las mismas consecuencias que las de negarse a declarar.

3.3.2.- DEBER DE DECLARAR

El testigo tiene obligación de contestar de la forma más completa posible, a todas las preguntas que le formulen las partes, tras haber sido calificadas como aptas por el tribunal. Además, esta obligación se hace extensible a las preguntas generales, que debe realizar el juez con posterioridad al juramento de decir la verdad.

El testigo tiene la posibilidad de negarse a declarar, en este momento el juez deberá de informarle de las sanciones establecidas en el 556⁴⁸ CP, si el testigo insiste en su negativa a declarar, debería imputársele el delito de desobediencia grave a la autoridad.

Sin embargo, esta negativa a declarar podría estar justificada legalmente si el testigo es inhábil por encontrarse de alguna causa del art. 361 LEC, o si el testigo tiene el deber de

48 Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que sin estar comprendidos en el art. 550, resisten o desobedecen gravemente a la autoridad o sus agentes, en el ejercicio de sus funciones.

guardar secreto. En el primer caso, si un sujeto no es idóneo para ser testigo jamás podría ser obligado a declarar. En el segundo caso el deber de declarar se ve desplazado por el deber de guardar secreto.

El deber de guarda secreto puede dividirse en;

a) Deber de guardar secreto por estado o profesión del testigo: Este deber solo afecta al testigo y no a la parte que entienda que pueda verse perjudicada por el hecho. El deber de guardar secreto tiene justificación en la CE, art. 18.1, por ello la Ley Orgánica 1/1982 que desarrolla el art. 18.1 CE prevé en su art. 7.4 como intromisión ilegítima la revelación de datos privados de una persona conocidos a través de la actividad profesional de quien los revela. El art. 2.2 de la misma ley, permite la revelación de secretos bien por autorización legal o por autorización expresa del titular del derecho.

De esta normativa pueden sacarse las siguientes conclusiones; En primer lugar, toda persona tiene derecho a la intimidad personal, lo que se materializa en el derecho a que no se revelen por terceras personas nuestros datos privados. En segundo lugar, la revelación de tales datos está subordinada a la autorización de la ley o a una autorización expresa del sujeto que los ha confiado. Y en tercer lugar, deberá rechazarse toda declaración reveladora de secretos, al producirse la vulneración al derecho a la intimidad.

La SAP de Pontevedra núm rec. 317/1996 de 25 de junio dispone que “ *la STS del 5 de marzo de 1981(...) establece la inhabilidad, de los que están obligados a guardar secreto, por su profesión, en los asuntos relativos a su profesión, la incapacidad no es absoluta, en el sentido , en lo que se refiere al abogado, de que el mero hecho de serlo pueda ser rechazado tanto a priori como en las manifestaciones testificales que haya rendido, sino relativa, dependiente de que por la índole de las preguntas que se hubieren formulado y contestado afecten a un real y efectivo secreto profesional.*”

b) Deber de guardar secreto por pertenecer las preguntas a materias reservadas: En este caso el tribunal podrá rechazar la formulación de la pregunta o si lo considera necesario, podrá requerir al órgano competente el documento oficial que acredite el carácter reservado. Si dicho órgano acredita que la materia no se encuentra dentro de las reservadas, el testigo deberá contestar a la pregunta. Si por el contrario si se encontrase dentro de las materias reservadas el juez solo podrá unir a los autos el documento remitido por el citado órgano y dejar constancia de las preguntas afectadas por el secreto oficial.

Sobre estas cuestiones, han llovido numerosas críticas, pues el derecho constitucional a la prueba, junto con el de la tutela judicial, conllevan que no pueden establecerse prohibiciones absolutas de prueba sobre un determinado hecho.

Pico i Junoy se pregunta, ¿en qué medida el poder Judicial puede verse limitado por la decisión del gobierno o la Administración de clasificar un hecho como reservado?

Como norma general, los actos, documentos o datos reservados deben tener pleno acceso al proceso civil. Sin embargo, en supuestos excepcionales, es posible que en la ponderación de los intereses del conflicto, deba prevalecer el interés colectivo en el mantenimiento del secreto, al suponer que la divulgación del secreto supone un peligro para la seguridad y defensa del Estado.

Y ¿Cual es el órgano que debe establecer la existencia del peligro?

En principio debería ser el órgano jurisdiccional al que se le opone el secreto, el que debe decidir motivadamente, sobre la necesidad de hacerlo público o no. Y esto debe ser así porque es la única solución que no limita el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida expresamente a los Juzgados y Tribunales.

Por último, cabe destacar que de aceptarse que el secreto o reserva puede ser objeto de debate procesal, a él debe tener acceso todo sujeto litigante. Expresa mención a esto se

realiza en la STS núm 180/1991 del 8 de marzo *“toda prueba, para que pueda producir efecto en el proceso, ha de ser pública para las partes, en cuanto que el derecho no admite la eficacia de pruebas secretas”*

3.3.3.- DEBER DE COMPARECER

Para que el testigo tenga la obligación de declarar, previamente deber ser citado al juicio. Por ello, una vez admitido el interrogatorio de testigos las partes deben indicar que testigos deben ser citados por parte del juzgado y cuales se comprometen a presentar en el juicio.

La citación debe contener, el lugar, fecha y hora para comparecer, la calidad con la que se cita, el deber de comparecer al tribunal y las sanciones para el caso de incomparecencia injustificada, y la información a percibir la indemnización por daños y perjuicios, ya tratada anteriormente.

Este deber de comparecer junto con el deber de decir la verdad, está reconocido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 41/1998 del 24 de febrero de 1998 *“(…) el testigo tiene obligación de comparecer y decir la verdad (...)*

Convocado correctamente el testigo, debe comparecer en la sede del Tribunal, esta obligación de comparecer viene recogida en el art. 292.1 LEC. Para el caso de que el testigo no comparezca, sin mediar previa justificación, será sancionado con una multa de ciento ochenta a seiscientos euros. En la práctica esta sanción solo se interpone si media mala fe por parte del testigo.

Las razones que han motivado que el legislador establezca sanciones en caso de incomparecencia, son los gastos que este puede producir por su inactividad, si las circunstancias des caso así lo aconsejan a la suspensión de la audiencia.

Existen casos en los que la comparecencia puede realizarse en un lugar distinto a la sede del tribunal. Estas situaciones son: la declaración domiciliaria, la declaración en la sede de otro órgano judicial y la declaración testifical que concurre con el reconocimiento judicial.

En caso de enfermedad, el art. 364.1 LEC, establece que la declaración del testigo puede realizarse en casa del testigo, bien por el propio juez que esté llevando la causa o por medio del auxilio judicial, dependiendo si el domicilio del testigo se halle en la demarcación del Tribunal. La ley recoge una serie de ejemplos de causas que pueden dar lugar a la declaración domiciliaria; por razón de distancia, circunstancias personales del testigo, dificultad de desplazamiento etc. Al ser excepciones, estos ejemplos deberán ser interpretados siempre de manera restrictiva.

Para que pueda darse la posibilidad de declarar en la sede de otro juzgado, será necesario que el testigo tenga su residencia habitual, fuera de la demarcación territorial del juzgado que está llevando la causa, y que además concurren los motivos del art. 169.4 LEC.

Finalmente, cabe hablar del interrogatorio en concurrencia con el reconocimiento judicial, regulado en el art. 357 LEC. Por ello, cuando la naturaleza del reconocimiento exija el desplazamiento del Juez hasta el lugar donde se encuentre el objeto, la declaración de los testigos se realizará allí después de haberse procedido a dicho reconocimiento.

3.3.4.- DEBER DE DECIR LA VERDAD

Este deber es diferente, pese a guardar una estrecha relación con el deber de prestar juramento de decir la verdad. La franqueza, sinceridad o veracidad suponen el deber principal de todo testigo, y su incumplimiento está sancionado con el delito de falso testimonio.

En palabras de Bernal Valls⁴⁹, el juramento de decir la verdad es irrelevante a efectos del falso testimonio. El falso testimonio no es simplemente un perjuicio, sino la plasmación de un incumplimiento del deber legal de decir la verdad en la prestación de la declaración.

El art. 458.1 CP dispone que el testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses. Y el 460 CP que, cuando el testigo, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterare con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y, en su caso, de suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio, de seis meses a tres años.

Estas sanciones son las idóneas y necesarias para el legislador, y con las que pretende acabar con los testimonios falsos. Además, como afirma Montero Aroca, para perseguir el delito de falso testimonio no es necesario una autorización judicial, porque no viene exigido como tal en ninguna norma.⁵⁰

La STS de 28 de junio de 2006, n.º rec 352/2005, supedita la penalidad del falso testimonio, a la concurrencia de ciertos requisitos; a) acuerdo previo entre la parte y el testigo; b) participación relevante en el proceso civil urdido para engañar al juez, con el objeto de que este dicte una sentencia injusta; c) un inequívoco ánimo de lucro; d) un perjuicio para la otra parte y; e) una relación de causalidad entre la conducta engañosa y la sentencia.

Por último, recordar que el menor de catorce años no tiene obligación de prestar juramento o promesa de decir la verdad, por lo que en caso de que el menor, al prestar declaración mintiese, nunca podría incurrir en delito de falso testimonio.

49 Bernal Valls, J. “ El falso Testimonio” Ed. Tecnos. Pág 50

50 STC núm 99/1985 30 de Septiembre “ El TS ha exigido de modo reiterado la autorización previa del órgano judicial como requisito para perseguir el delito de falso testimonio, (...) pero ni el falso testimonio es un delito cualificado por el resultado, ni el bien protegido en el delito de falso testimonio es solo el de la Administración de Justicia, ni el interés del particular ofendido puede quedar inerte ante la denegación de la autorización judicial, no exigida por precepto legal alguno.”

BLOQUE IV: LÍMITES A LA PRUEBA TESTIFICAL

4.1.- LÍMITES A LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Existen, dentro del ordenamiento jurídico español, ciertas limitaciones que actúan sobre todos los medios de prueba, por lo que son de aplicación también sobre la prueba testifical. Estos límites se encuentran regulados en la LEC en los arts. 283 y 287.

4.1.1.- LA ILICITUD DE LA PRUEBA

Es bastante común utilizar denominaciones diferentes a la hora de hacer referencia a esta clase de límite. Puede utilizarse los términos de prueba prohibida, irregular o ilícita. Pero estas distinciones van más allá de meras distinciones terminológicas.

Gimeno Sendra entiende que la prueba prohibida es la que vulnera preceptos constitucionales que protegen derechos fundamentales, la prueba ilícita es aquella que infringe cualquier ley, y la irregular sería la que incumple preceptos procesales.

Distinta es la opinión de Picó i Junoy, para el los términos prueba ilícita y prueba prohibida son correctos para denominar las consecuencias que la prueba ilícita comporta, sin que exista una diferencia como existe con la prueba irregular.

Estas diferencias doctrinales, han conllevado que existan varias definiciones de prueba ilícita. Un primer sector la define como aquella prueba que ha sido conseguida atentando contra la dignidad humana. Otro grupo de autores la identifican con pruebas que han sido obtenidas vulnerando normas del ordenamiento jurídico. Y por último, la gran mayoría de la doctrina española la considera como aquella prueba obtenida y/o practicada vulnerando derechos fundamentales.

Esta última definición es la que suele utilizar el Tribunal Constitucional⁵¹ y el art. 11.1 de la L.O.P.J. Considerando que hablar de licitud de la prueba en el proceso civil es referirse a la ausencia de ilegalidades en la obtención. Ilegalidad que debe ser entendida en un sentido amplio, es decir, que la fuente de prueba no se haya obtenido ni infringiendo un derecho fundamental ni cualquier otro derecho, ni tampoco las normas relativas al procedimiento probatorio. Ahora bien, hablar de prueba prohibida o ilícita en sentido estricto es referirse sólo a la prueba obtenida, directa o indirectamente, vulnerando derechos fundamentales⁵².

Misma línea la seguida por el Tribunal Constitucional italiano declarando que las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos constituyen una prueba inconstitucional.⁵³

La prueba obtenida mediante la vulneración de los derechos fundamentales no surtirá efecto, esto es la inadmisión y prohibición de valoración por parte del juez. A diferencia de la prueba irregular, la prueba ilícita no es susceptible de subsanación.

Este efecto es apoyado en ordenamientos europeos como en Alemania, que su Tribunal Supremo, en la antigua sentencia 14 de junio de 1960 afirmó *“no hay principio alguno del ordenamiento procesal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio”*

El control sobre la ilicitud de la prueba debe realizarlo el juez desde el momento que es admitida al proceso. El hecho de que una prueba ilícita pase la barrera de admisibilidad, no significa que no pueda ser denunciada, y que no se le vaya a prohibir al tribunal valorar dicha prueba.

51 STC 54/2015 de 16 de marzo. STC 13/2014 de 30 de enero. STC 126/2011 de 18 de julio. STC 114/1984 de 29 de noviembre.

52 Montero Aroca, J. “La prueba en el proceso civil” Ed. Civitas, Madrid 2007. Pág 173

53 STC (italiano) 81/1993.

El TEDH en la sentencia de 12 de julio de 1988, caso SCHENK contra suiza, opta por una solución intermedia entre los que defienden la admisibilidad de las pruebas ilícitas, al tratarse de una cuestión de valoración probatoria, y los que mantienen una posición contraria que conlleva su expulsión del proceso.

¿Que sucede con las pruebas obtenidas legalmente, pero gracias a una prueba ilícita?

Esto ha sido resuelto gracias a la doctrina de los frutos del árbol envenenado o teoría de los actos reflejos. Estas tesis señalan que toda prueba obtenida mediante el quebrantamiento de un derecho fundamental aun cuando sea de forma derivada, será ilegítima igualmente, de tal manera que la prueba ilícita inicial no solo afecta a si misma, sino a todos los frutos o consecuencias que derivan de ella.

El Tribunal Constitucional ha establecido que el efecto que conlleva la teoría de los actos reflejos solo podrá existir cuando exista una relación de causalidad entre ambas pruebas. Esta postura se concreta en la STC 81/1998 de 2 de abril, en ella se puede apreciar claramente;

a) Cualquier elemento obtenido gracias a la vulneración de un derecho fundamental es declarado nulo.

b) La regla general es la validez de las pruebas reflejas, por lo que su prohibición solo será posible si se hallan vinculadas las pruebas de modo directo.

4.1.2.- LA INUTILIDAD DE LA PRUEBA

La finalidad, de la utilidad de la prueba, es evitar la práctica de una prueba que no tenga interés para el proceso o que no sea necesaria. Como consecuencia serán inútiles todas aquellas pruebas que se dirijan a acreditar temas o materias exentas de prueba o que no la requieran en el caso concreto. También deberá ser considerada inútil la prueba que

interpretada según las reglas humanas y seguras en ningún caso van a contribuir a la decisión final del proceso mediante el esclarecimiento de los hechos que constituyen la base de la misma⁵⁴.

Según el art. 283.2 tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.

Para De la Oliva son pruebas inútiles aquellas que debido a la experiencia cabe razonablemente conjeturar que no logrará el resultado apetecido, pues existe inadecuación de medio a fin⁵⁵.

La jurisprudencia en numerosas ocasiones tiende a considerar la pertinencia y la utilidad como sinónimas, pero entre ambas existen claras diferencias.

a) La utilidad es un requisito que solo puede aplicarse al medio de prueba, mientras que la impertinencia afecta también al objeto de la prueba.

b) La utilidad se valora con posterioridad a la pertinencia, esto conlleva que no puede plantearse la utilidad de una prueba impertinente aunque si puede ocurrir que existan pruebas pertinentes que sean consideradas inútiles.

c) La confusión que genera que una prueba impertinente no deja de ser procesalmente inútil, tiene su explicación en que la pertinencia relaciona el hecho a acreditar con el objeto del proceso, mientras que la inutilidad parte de que tal conexión existe pero no va a aportar ningún dato esclarecedor para el debate⁵⁶.

54 Asencio Mellado, J.M. “El derecho a la Prueba e Inadmisión” Guías jurídicas Wolters Kluwers.

55 De la Oliva Santos, A. “Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración”

56 Montero Aroca, J. “La prueba en el proceso civil” “(...) la confusión jurisprudencial es manifiesta cuando se dice por ejemplo, que un medio de prueba es inútil por referirse a hechos reconocidos por la parte contraria (STS de 16 de mayo de 1986) o que el medio de prueba no es de influencia respecto de la solución a la que se tenga que llegar en el fallo de la sentencia (STS 30 de enero de 1979). En estos casos parece claro que el cuestionamiento de admisibilidad del medio de prueba no se produce por el medio de prueba en si, sino con referencia al hecho que con él se pretenda probar”

El legislador advierte al juez para que actúe de forma cautelosa cuando deniegue una prueba por considerarla inútil. Con el fin de evitar consecuencias para el proceso que se producirían si se rechaza una prueba que posteriormente se declare conveniente para esclarecer los hechos objeto del proceso. Por ello el juicio de inadmisibilidad deberá realizarse bajo reglas razonables y seguras, es decir, fundamentadas en la lógica y en las máximas de experiencia, y que al mismo tiempo estas fundamentaciones sean indiscutibles.

Así lo recoge la STS núm 783/1994 de 28 de julio, *“vale más el exceso en la admisión de pruebas que en su denegación, sin que ello implique desapoderar a los juzgadores de las instancias de su potestad para pronunciarse sobre la pertinencia de las propuestas, sino acoger con la filosofía y sentido que inspira el art. 24.2º de la CE, en cuanto a que las probanzas de referencia no se manifiesten claramente ausentes de adecuación y utilidad”*

Debido a esta exigencia de actuar cautelosamente, el Tribunal Supremo ha establecido ciertos requisitos que deben considerarse aplicables para poder tildar una prueba de impertinente. Así, la inadmisión de esta prueba exige dos condiciones:

a) Que la prueba no vaya a tener relevancia alguna para el fallo, bien porque su contenido no aporte nada válido o bien por que el hecho que pretende acreditar ya está suficientemente probado.

En este primer criterio conviene realizar dos aclaraciones. La primera es que el segundo criterio debe imponerse sobre el primero. Este último apenas ha de ser aplicado salvo en los casos de incomparecencia de testigos, peritos o de las partes. La segunda Es que no debe ser denegada una prueba por inútil porque ya se hayan propuesto demasiadas pruebas, sino porque la misma no sea estrictamente necesaria.

b) Que la prueba rechazada no produzca indefensión a la parte que la propuso, poniendo en peligro el derecho a probar y a aportar toda clase de medios legales a su alcance para la satisfacción de su derecho.

Por último, dice Asencio Mellado, que no es criticable una causa como esta, máxime cuando tiene un fundamento innegable y digno de protección cual es la necesidad, por una parte, de que no se produzcan excesivas dilaciones en la tramitación del proceso y, por otra, la conveniencia de que la práctica excesiva de pruebas no repercuta en el vencido por vía de la imposición de las costas derivada de unas actuaciones que no eran necesarias.

4.1.3.- LA IMPERTINENCIA DE LA PRUEBA

La impertinencia de la prueba viene regulada de forma directa en el art. 283.1 LEC, *“no deberá admitirse ninguna prueba, que por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente”*, y de forma indirecta en el art. 24.2 CE *“utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”*.

Procesalmente una prueba es pertinente cuando pertenece al proceso, es decir que sea útil para aquello que se pretende, que no es otra cosa que lograr la convicción del juzgador. Por lo tanto, realizar un juicio de pertinencia, exigirá comparar la relación entre el hecho que pretende acreditar la prueba y el objeto de prueba en el concreto proceso para el que se solicitan, de manera que si no existe tal relación se deberá admitir la prueba por impertinente.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional Español, en su sentencia 165/2001 de 16 de julio, *“no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer; sino que atribuye solo el*

derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes, entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el thema decidendi”

Pero como señala Muñoz Sabaté⁵⁷ la apreciación de la relación necesaria de causalidad entre el hecho objeto de debate y el que se pretende acreditar a través de la prueba que se propone, no es fácil de determinar cuándo nos hallamos ante un una probática de tipo presuncional basada en indicios.

Existe una discusión sobre que es realmente lo que se declara impertinente, si el hecho o el medio de prueba. Para Montero Aroca lo impertinente es el hecho⁵⁸ *“no se refiere al medio de prueba en si mismo considerado y entendido como actividad, cuanto al hecho que pretende probarse con el medio de prueba concreto”*. Por el contrario, para Picó i Junoy la impertinencia debe predicarse del propio medio probatorio propuesto y no del medio.

En la práctica esta discusión no tiene repercusión, las consecuencias de la impertinencia se aplicarán igual con indiferencia de que afecte al hecho o al medio probatorio.

Por tanto, el juez deberá inadmitir aquellas pruebas que no guarden la relación entre el tema probandi y el objeto de la controversia. Desde esta perspectiva, el juicio de pertinencia comprende el rechazo de las pruebas que pretenden demostrar hechos exentos de la misma, como los admitidos por las partes, los notorios, aquellos no alegados por los litigantes los que no constituyen el objeto del procedimiento etc⁵⁹.

57 Muñoz Sabaté, L. “ Fundamentos de Prueba Judicial Civil” .

58 Asencio Mellado, J.M. “Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia” Ed. La ley. Pág 927. *“Por hecho ha de entenderse no solo aquel que es jurídicamente relevante que coincide en el supuesto de hecho de la norma de la que se desprende la consecuencia jurídica pretendida, sino igualmente todo hecho que sirva de fundamento a aquél o que sirva para acreditarlo, ya que el art. 283 no se limita al primero exigiendo una plena coincidencia entre ambos conceptos, sino una mera y simple relación. El análisis de la pertinencia, pues, ha de ser moderado y flexible y atender a la suma de hechos particulares y accesorios que puedan tener utilidad para la acreditación de la pretensión”*

59 STC 51/1985 *“ La limitación del derecho consagrado por el art. 24.2 de la CE, a servirse de las pruebas pertinentes para su defensa como un derecho constitucional, no justifica su sacrificio a intereses indudablemente dignos de su tutela, pero de rango subordinado, como pueden ser la economía del proceso, la mayor celeridad de este o la eficacia en la Administración de Justicia. Es exclusivamente el juicio sobre la pertinencia lo que debe ser medido”*

El juez, en aquellos casos en los que la declaración de una prueba como impertinente le pueda resultar dudoso, tiene la posibilidad de dar la palabra a la parte que la propuso para que le explique cuál es la finalidad de tal prueba, a los efectos de decidir con mayor conocimiento.

Ese juicio de pertinencia exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que los hechos que se quieran probar, hayan sido aportados por las partes y en el momento procesal oportuno, de modo que debe rechazarse cualquier otra prueba que no haya sido introducida por las partes, o que siéndolo no haya sido propuesta en el momento oportuno.

b) Que los hechos que se pretendan probar guarden relación con la pretensión del proceso y no tanto con el fallo o sus posibilidades de éxito. Es decir que no se trate de aspectos ajenos al proceso.

c) Que se trate de hechos que sean objeto del concreto proceso, de manera que, y especialmente en los procesos sumarios con cognición limitada, no habrá de admitirse prueba acerca de hechos que no constituyan su objeto por requerir su conocimiento por la incoación de un declarativo ordinario o especial.

La declaración de impertinencia de un hecho o un medio de prueba conlleva la prohibición de practicarla y por tanto su no apreciación para dictar la resolución. Es por eso, que la prueba que intente acreditar un hecho ajeno al proceso, carecerá de fundamento y será inadmitida.

4.2.- LIMITES A LA PRUEBA TESTIFICAL

A continuación, se expondrán los límites que establece la LEC respecto a la admisibilidad de este medio probatorio, que dependen del cumplimiento de unos

requisitos relativos al sujeto que puede emitir su testimonio y al contenido del interrogatorio. Nos referimos a ¿cual es el alcance de la limitación del número de testigos, del art. 363? y ¿cual es la interpretación del art. 368 LEC relativo al contenido y admisibilidad de las preguntas que se realizan al testigo?.

4.2.1.- LIMITACIÓN AL NUMERO DE TESTIGOS

El art. 363 LEC en su primer apartado establece que *“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”*.

Este primer apartado no es un precepto que limite el número de testigos, sino una norma que atribuye el pago de los gastos correspondientes a testigos que excedan de tres a la parte que los haya propuesto, con independencia de cuál sea el desenlace final del proceso y si existe o no condena en costas.

El legislador ha justificado este precepto, según Chozas Alonso⁶⁰, con la idea de celeridad y rapidez del proceso así como para evitar dilaciones y sobreabundancias innecesaria de testigos.

¿Sería constitucional una norma que limitase inicialmente el interrogatorio en función del número de testigos propuestos?

Asencio Mellado⁶¹ ve difícil poder encontrar argumentos consistentes que sirvan para defender la constitucionalidad de una norma limitadora del interrogatorio de testigos en función del número de testigos propuestos.

60 Chozas Alonso, J.M. “ El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal. Su práctica en los tribunales” Ed. La Ley j, Madrid 2010. Pág 176.

61 Asencio Mellado, J.M. “El proceso civil práctico” Pág. 803.

Picó i Junoy⁶² aporta una serie de razones por las que nunca podrá considerarse constitucional una norma de tales características. En primer lugar, el interrogatorio de testigos está sujeto a los conceptos de pertinencia, utilidad o legalidad. En segundo lugar, porque en el momento de efectuar el juicio sobre la admisión de los testigos propuestos todavía se desconoce el alcance de la declaración de tales testigos, por lo que el juez tendrá complicado motivar el rechazo de tales testigos. En tercer lugar, porque a pesar de que el juez este convencido de un hecho, la declaración de nuevos testigos puede aportarle datos que le haga recapacitar sobre el convencimiento provisional adquirido. En cuarto y último lugar, porque una vez recaído el juicio de pertinencia y utilidad del interrogatorio de testigos, y admitidos los testigos, no puede volverse a plantear dicho juicio, salvo que la parte proponente desistiere del testigo y, aun en este supuesto, con las limitaciones derivadas del principio de adquisición procesal.

Esta pregunta ha sido resuelta por el TSJ en su sentencia del 12 de febrero de 2010, núm 556/2010, “(...) *la parte propone la citación de 11 testigos, lo que no es admitido por el juez, que requiere a la parte para que designe tres y, al no atender al requerimiento, designa el propio juez a tres de ellos (...). En el acto de juicio, la parte, además de los tres designados por el juez, propone a otro de los inicialmente propuestos y cuya citación judicial se interesaba, lo que ha sido rechazado con el argumento de que ya en su día se había denegado la citación. La Ley no posibilita el rechazo de la prueba propuesta y de la correspondiente citación, lo único que permite es que el juez, cuando el número de testigos fuese excesivo y, a su criterio, sus manifestaciones pudieran constituir inútil reiteración del testimonio sobre hechos suficientemente esclarecidos, podrá limitarlos discrecionalmente(...). Por ello se considera por la Sala que el rechazo a la citación de los testigos y a dejar declarar a más de los citados, limitados en su número por el juez, causa indefensión a la parte pues, y la conclusión podría haber variado caso de haber comparecido otros de los testigos propuestos y haber sido oídos, en su caso con las limitaciones legalmente establecidas, habiendo debido permitirse a la parte valerse de los medios que considere adecuados para alcanzar su propósito probatorio*”

62 Picó i Junoy, J. “Interrogatorio de testigos y admisión, ¿Pueden las partes proponer cuantos testigos estimen por conveniente o existe alguna limitación? Ed. Bosch Pág 405-407

Este gravamen, que sufre la parte que propone a más de tres testigos, es criticable pues si ha sido admitida, es pertinente y apta para convencer al juez no debería importar el número de testigos propuestos. Lo que debería aplicarse es la regulación en materia de costas del art. 241 LEC. De lo contrario puede limitarse la eficacia del derecho a la prueba, o favorecer a las personas económicamente más poderosas, pues estas no tendrán ninguna clase de problema en sufragar los gastos de los testigos.

El segundo apartado del art. 363 LEC faculta al juez para que, una vez escuchado el testimonio de tres testigos con relación a un hecho discutido, pueda prescindir del resto de posibles declarantes, siempre que considere que ha quedado suficientemente ilustrado sobre el hecho.

Esta sí que se trata de una norma limitadora de la eficacia del derecho a la prueba, ya que frustra la realización de la prueba testifical. Por ello debe ser aplicada con carácter excepcional, nunca puede ser una excusa para inadmitir testigos, ya que su ámbito de aplicación tiene lugar en la etapa de la proposición de pruebas y solo puede entrar en juego cuando el juez realmente entienda que el resto de testigos serán reiterativos respecto de lo declarado anteriormente por el resto de testigos.

Como apunta De la Oliva⁶³ el juez deberá hacer un uso muy moderado y prudente de esta facultad, puesto que en definitiva, supone excluir del proceso, aunque sea en aras de su agilización, una serie de pruebas que anteriormente habían sido declaradas pertinentes y útiles por el mismo al admitirlas, por todo esto solo debería limitar los testimonios cuando ciertamente las manifestaciones posteriores pudieran resultar una estéril reiteración sobre hechos suficientemente esclarecidos.

Esto se deduce de lo dispuesto por la SAP de Pontevedra de 11 de junio de 2008, núm. 294/2008, *“Nadie discute la potestad del Juzgador para resolver la pertinencia y utilidad de las pruebas, ni la facultad para revisar el cumplimiento de los requisitos de tiempo y forma exigidos para la proposición de la prueba documental, ni la potestad*

63 De la Oliva Santos, A. “Derecho procesal civil. El proceso de declaración” Madrid 2004, Pág 335

que el art. 363 LEC reconoce para que, escuchado el testimonio de al menos tres testigos con relación a un hecho discutido, pueda prescindirse de las demás declaraciones testificales que faltaren, referentes a ese mismo hecho, si considerarse que con las ya emitidas queda suficientemente ilustrado mas lo que en modo alguno cabe es repeler ex ante la práctica totalidad de la prueba, prejuzgando cual pudiera ser su resultado para después, ante la imposibilidad de concretarlo en sentencia, obviar cualquier referencia sobre la cuestión debatida.”

4.2.2.- CONTENIDO Y ADMISIBILIDAD DE LAS PREGUNTAS

El artículo 368.1 LEC establece textualmente que *“las preguntas que se planteen al testigo deberán formularse oralmente y con la debida claridad y precisión. No habrán de incluir valoraciones ni calificaciones, y si éstas se incorporaran, se tendrán por no realizadas.”*

De la redacción de este artículo, queda claro que como requisito de admisibilidad su contenido debe atender a dos exigencias⁶⁴:

a) Oralidad: Las preguntas deben realizarse al testigo y de forma oral, quien ha de responder del mismo modo. Con ello lo que busca el legislador es un interrogatorio más espontaneo y fluido. Si bien es cierto la LEC permite la forma escrita, de forma excepcional, en interrogatorios domiciliario, si no es necesaria la presencia de las partes o abogados, en el interrogatorio de personas jurídicas o entidades públicas, y en el interrogatorio por auxilio judicial.

b) Claridad y precisión de las preguntas: Con estos requisitos quiere evitarse todo tipo de confusiones e indeterminaciones susceptibles de inducir al testigo a alguna

⁶⁴ Chozas Alonso, J.M. “El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal. Su práctica en los tribunales” E.D La Ley. Pág 179-181

clase de error. Por ejemplo, cuando se formulan dos preguntas en una, preguntas capciosas, o contradictorias⁶⁵.

En aquellos casos en los que no se cumpliera con las exigencias debería permitirse la subsanación del defecto que haya podido ocurrir. Si bien como afirma el TC no es exigible que en todos los procedimientos deba existir un trámite de subsanación. STC 3/1987 de 21 de enero *“si se trata de una irregularidad formal o vicio de escasa importancia, por cumplimiento defectuoso, debido a un error o equivocación disculpable y no malicioso, que no genere consecuencias definitivas, debe otorgarse la técnica de la subsanación de las irregularidades que permita atender a la voluntad del cumplimiento”*

La segunda parte del art. 368.1 regula que, si la pregunta contiene valoraciones o calificaciones de cualquier tipo, estas deberán tenerse por no realizadas, es decir, la pregunta será admitida pero quitando de su contenido la valoración que contenga.

La admisión o desestimación de las preguntas formuladas tendrá lugar en el mismo momento del interrogatorio. Deberán admitirse todas aquellas que pueden servir para averiguar y esclarecer hechos controvertidos que guarden relación con el objeto del proceso. Dispone el art. 368.2 LEC que tendrán que inadmitirse las preguntas que no se refieran a conocimientos propios de un testigo según el art. 360 LEC, es decir, que no se refieran a hechos controvertidos relacionados con el objeto del juicio.

El tercer punto del art. 368 LEC prevé que si algún testigo responde a una pregunta que haya sido inadmitida, la respuesta no conste en el acta. Esta regulación es la que mayor problema acarrea. Primero, es erróneo no dejar constancia de la respuesta, ya que a el tribunal superior se le impide tener conocimiento de la misma, obligándole a tener que practicar la prueba en segunda instancia. Y en segundo lugar, en aquellos casos en los que se documente en soportes de grabación y reproducción de sonido, ¿cómo puede evitarse que la respuesta no quede grabada? Por ello, en estos casos el juez oralmente dejara constancia de la respuesta otorgada a la pregunta inadmitida.

65 STS 30 de mayo de 1969. STS 19 de mayo de 1964.

Le LEC también ofrece la posibilidad a las partes de impugnar la pertinencia de las preguntas que el juez ha admitido, y hacer notar las valoraciones y calificaciones que estimen improcedentes y que, a su juicio, debieran tenerse por no realizadas.

Esta posibilidad ha recibido fuertes críticas, ya que si la prueba está dirigida únicamente al juez, sólo a él le atañe valorar la pertinencia de las preguntas dirigidas a los testigos.

En cualquier caso, la impugnación se ha de basar en: la inutilidad, impertinencia o ilicitud de la pregunta, no haber sido realizada de forma clara y precisa, o haber añadido alguna valoración que deba considerarse improcedente.

No establece la ley en que consiste esta impugnación o la forma en la que deberá realizarse, aunque parece lógico realizarla mediante un recurso de reposición, que es realmente un medio de impugnación, y no una simple protesta, que es un mecanismo para mostrar la disconformidad contra la inadmisión.

De no constar esta impugnación se impide la posibilidad de denuncias la infracción del art. 369,1 LEC en posteriores instancias, como establece el TS en su sentencia 15 de julio de 2009, núm 403/2009, "*Por tanto, no impugnadas por la parte recurrente las preguntas formuladas al testigo, y siendo la apreciación de la prueba testifical discrecional y atribuida al órgano de instancia, no puede ser atacada en casación*"

Sin embargo, frente a la inadmisión de alguna pregunta concreta solo cabe formular protesta, mostrando así su rechazo a la resolución y anunciando la voluntad de recurrir, si no se elevase protesta el recurso no podría ser admitido. Así lo dispone la STC 271/2006 de 25 de septiembre "*la decisión judicial de admitir una sola de las pruebas testificales, a decidir por el recurrente y, por tanto, inadmitir implícitamente las otras dos, en ningún caso fue objeto de protesta por el recurrente*". Y en la misma línea la STC 297/2000 de 11 de diciembre "*la falta de una temprana reacción de la parte a través del acto formal de la protesta frente a una decisión judicial sobre la prueba en la vista oral, siempre que ello suponga la omisión de una exigencia legal para posibilitar el restablecimiento del derecho a la prueba a través del sistema de recursos ordinarios*

en la vía judicial, conduce a apreciar la ya señalada causa de inadmisión de falta de un correcto agotamiento de la vía judicial previa”.



BLOQUE V: LA IMPARCIALIDAD DE LOS TESTIGOS EN EL PROCESO CIVIL

5.1.- LA TACHA DE TESTIGOS EN EL PROCESO CIVIL

Para una correcta actuación de la prueba testifical, es posible que haya que acudir a las tachas de testigos. Estas tachas a menudo son confundidas con las causas de inhabilidad, ya tratadas con anterioridad, por ello y para garantizar un correcto funcionamiento de la prueba testifical, es necesario aclarar cuáles son sus diferencias.

El TS ha reiterado en continuas ocasiones que en nuestro sistema coexisten y se compatibilizan el incidente de tachas y las inhabilidades para declarar, pero con efectos distintos, pues la inhabilitación actúa como impeditiva para declarar, en tanto que las tachas legales son medio de defensa que se concede a la parte que se considere que puede resultar perjudicada por la declaración del testigo para promover un incidente, que actúa a modo de advertencia para el juzgador respecto a la parcialidad que puede afectar al deponente, pero no imposibilita su testifical.

Una de las diferencias significativas entre tachas e inhabilidad para declarar, es la instrumentalidad que se le asigna a la tacha, es decir mientras que la inhabilidad para declarar es una incapacidad que tiene el testigo y por tanto se debe apreciar de oficio o a instancia de parte, la tacha solo puede ser apreciada a instancia de parte.

La diferencia más importante, es que la inhabilidad hace referencia a una incapacidad, por el contrario, la tacha es utilizada para poner en conocimiento del juez alguna circunstancia que ponga en peligro la credibilidad del testigo, sin impedir la declaración ni por tanto ser valorada por el juez.

Otra de las diferencias es el momento procesal en el que son valoradas. La inhabilidad debe ser valorada en la proposición de la prueba y la tacha en el momento en que el juez dicte sentencia, es decir una vez terminada la prueba.

5.1.1.- CONCEPTO Y FINALIDAD

La tacha es un mecanismo destinado a evidenciar una o múltiples circunstancias que confluyan en el testigo, para evidenciar al juez o tribunal de una posible arbitrariedad del testigo. Pudiendo ser alegadas en el proceso para “*desvirtuar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos tachados*”⁶⁶

Se encuentran reguladas en los arts. 377, 378 y 379 LEC. El primero de ellos establece las causas de las tachas, es decir esas circunstancias que afectan al testigo y pueden producirle esa falta de parcialidad. El segundo, habla del monto procesal adecuado para apreciar y formularlas. El tercero y último, hace referencia a las maneras de probar la tacha alegada, la oposición a esta por la parte contraria y finalmente, su valoración por parte del juez.

El carácter infungible del testigo aconseja, en aquellas situaciones que concurren causas para ser tachado, celebrar la declaración y facultar al tribunal para que, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, valore el grado de credibilidad que dispone el testimonio otorgado⁶⁷.

Para Asencio Mellado⁶⁸ la tacha sirve, a la parte contraria para poner de manifiesto al juez la existencia de supuestos que pueden afectar a la parcialidad y fiabilidad del testigo, desvirtuar su fuerza probatoria, y poner en entredicho la declaración misma que se emite. No se trata de un medio de prueba autónomo, que sirva para obtener la

66 Chozas Alonso, J.M. “ La Prueba de Interrogatorio de testigos en el Proceso Civil: Su práctica en los Tribunales. Pág. 273

67 STS 526/2012 del 5 de septiembre “ *La tacha de un testigo no le convierte en inidóneo ni impide al tribunal poder tener en cuenta su testimonio, y en sentido inverso, puede no hacerlo aunque no se admita la declaración o tacha.*”

68 Asencio Mellado, J.M. “ Ley de enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia” La Ley. Pág 379.

inhabilitación del testigo, pues las tachas ni siquiera significan falta de imparcialidad, sino únicamente la concurrencia de motivos que, objetivamente y en abstracto pudiera afectar a aquella.

El tribunal supremo en diversas sentencias ha argumenta cual es la finalidad de la tacha, una de ellas es la del 3 de julio de 2012, n.º 432/2012; *“la finalidad de la tacha de los testigos es poner de manifiesto al tribunal determinadas circunstancias que puedan influir en la valoración del testimonio y que no hayan sido reveladas con anterioridad”*

Esta última sentencia, además de hacer referencia a la finalidad, introduce un nuevo aspecto. *“Que no hayan sido relevadas con anterioridad”* , esto quiere decir que si el testigo contesta alguna pregunta, que se le haya formulado al inicio de su intervención, y expone algún dato que pone en evidencia su parcialidad, ya no será necesario tacharlo pues el mismo habrá admitido la arbitrariedad.

“La tacha de los testigos se refiere a aquellas personas que hallándose en los supuestos contemplados en la LEC, y al serle preguntado por las generales de la ley, en los términos contemplados en el mismo cuerpo legal, hubiera silenciado tal cuestión, exigiéndose por la doctrina jurisprudencial que deba de instar un incidente de tacha de testigos”⁶⁹

5.1.2.- CAUSAS

Como ya se ha adelantado, las causas se encuentran recogidas dentro del art. 377 de la LEC, estas son las situaciones concretas que pueden influir en los testigos, suscitando la duda sobre su objetividad. Por lo que, si se pretende tachar a un testigo, deberá alegarse alguna de las causas que en el artículo se recogen.

Nos encontramos ante unas causas tasadas, y aunque con respecto a la regulación anterior han supuesto un aumento, no parecer ser suficiente. Picó i Junoy considera que

69 STS 8 de julio de 2009. Rec.493/2009

el legislador debería haber incorporado una cláusula abierta, que posibilite alegar otras circunstancias que puedan afectar a la arbitrariedad del testigo. Chozas Alonso⁷⁰ también sigue esta argumentación, *“si el dato relevante de la tacha es poner de manifiesto la falta de imparcialidad del testigo, máxime si se tiene en cuenta que el juez luego va a valorar libremente la prueba de la tacha y del proceso”*

El legislador ha justificado la lista cerrada diciendo que con ella se evitan dilaciones en el proceso. Justificación que en nada ha convencido a Franco Arias⁷¹, *“no existe tal justificación, ya que considera que la prueba de peritos tiene valor análogo a la testifical y por lo tanto no se debería regular de forma diferente”*, puesto que en la regulación de los peritos si existe una cláusula abierta.

Causa por parentesco.

El artículo 377.1 primer párrafo establece textualmente *“Ser o haber sido cónyuge 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”*

La doctrina al interpretar este primer párrafo, se ha dado cuenta que la problemática residía en la expresión *“ser o haber sido”*. Dejaba abierta la posibilidad de tachar parejas pasadas, o familiares lejanos. Rodríguez Tirado⁷² dice que la expresión hace referencia a relaciones presentes o pasadas tanto de afinidad como por consanguinidad hasta el cuarto grado inclusive las conyugales con respecto a la parte que propuso el testigo, a su abogado o a su procurador.

Otra cuestión a resaltar es, si se puede interpretar que una pareja de hecho u otra situación análoga al matrimonio es causa susceptible de tacha. La SAP de Madrid núm

70 Chozas Alonso, J.M. “ La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil : Su práctica ante los tribunales.” Pág 275

71 Franco Arias “ Diversas Cuestiones relativas a la Prueba testifical en el proceso civil” Pág 83

72 Rodríguez Tirado, A.M. “ El interrogatorio de testigos en la LEC” Pág 170

45/2006, responde a esta pregunta, determinando que existe analogía entre una pareja de hecho y el matrimonio; “(...) aunque en las preguntas generales de la Ley no figure expresamente la de ser o haber sido pareja de hecho de alguna de las partes, es evidente que su tratamiento debe ser análogo al del cónyuge, de forma que, al margen de que no esté considerada de forma expresa como causa para tachar al testigo, la concurrencia de tal condición, sin eliminar, sin más, su capacidad probatoria, obliga a extremar las cautelas al valorar este tipo de testigos”⁷³

La audiencia provincial también recoge la solución para el caso de parejas estables, “No podemos considerar desacertado el criterio de incluir dentro de la causa de tacha a la pareja estable, por cuanto en otro ámbito, en el penal, existe cierta jurisprudencia que incluye los supuestos de convivencia análogos al matrimonio entre las exenciones a declarar prevenidas en el art. 416.1º de la L.E.Criminal , pese a no estar previstos expresamente en la norma.”

Causa por dependencia.

Para Montero Aroca⁷⁴, en esta causa hay que hacer referencia a dos tipos de posibilidades; La primera comprende, tanto la condición de socio de la sociedad persona jurídica que litiga, como la relación entre dos personas físicas. La segunda es la relación de dependencia por la que se extiende la prestación habitual de servicios retribuidos independientemente de que exista contrato de trabajo.

En la antigua legislación se especificaba, que debía entenderse por criado o dependiente “Se entenderá por criado o dependiente, para los efectos de esta disposición, el que viva en las casas del litigante y le preste en ellas servicios mecánicos mediante un salario fijo, y por dependiente el que presta habitualmente servicios retribuidos al que lo hubiere presentado por testigo, aunque no viva en su casa”. La legislación actual, al eliminar esta redacción y haber optado por no incluir ninguna clase de aclaración, dispone

⁷³ Cuestión que también ha sido tratada por el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm 788/2012 “ (...) dado que la relación de pareja de hecho, la jurisprudencia la asimila al matrimonio a efectos de formular tachas de testigos”

⁷⁴ Montero Aroca, J. “ La prueba en el proceso civil” Ed. Civitas 2011. Pág 2011

lo siguiente “*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 intereses.*”

Por este motivo, no queda más remedio que acudir a la jurisprudencia. La SAP de Salamanca núm 308/2014 del 9 de diciembre define como dependiente, a una persona que desempeña funciones propias de un trabajador dentro de una única empresa, y por lo tanto no supone ninguna clase de dependencia la de un trabajador externo o esporádico.

Es por ello por lo que la actividad esporádica de un abogado que haya hechos al servicio de la parte que lo ha propuesto como testigo, no podrá ser considerado objeto de tacha con base en esta causa.⁷⁵

Causa por interés

La LEC en su art. 377.1 párrafo tercero, hace referencia al interés que pueda tener el testigo en la declaración. “*Tener interés directo o indirecto en el asunto que se trate*”

Rodríguez Tirado⁷⁶ enmarca este interés, en el mismo procedimiento en el que la parte ha de testificar, y no en cualquier otro procedimiento por mucho que tengan un objeto parecido.

La antigua legislación profundizaba más, el interés directo era una causa de inhabilidad y el indirecto causa de tacha. En consecuencia, dependiendo de que tipo de intereses que se le achacase al sujeto podía ser inhabilitado, es decir no valorado por el juez, o tachado, que permite declarar y tiene la posibilidad de que el tribunal valore su testimonio.

75 SAP de Málaga núm134/2010 de 15 de marzo. Considera que el interrogatorio de un testigo, que previamente había sido abogado de la parte que lo propuso y ejercicio su representación en algún momento del proceso, se deberá apreciar la parcialidad por causa de un posible interés.

76 Rodríguez Tirado, A.M. “El interrogatorio de testigos en la ley 1/2000 de 7 de enero de enjuiciamiento civil. Pág 171

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha explicado en numerosas ocasiones que el interés directo se produce cuando afecta a la cosa juzgada, con independencia de que pueda afectar en la persona del testigo, en sus bienes o intereses. Por el contrario, el indirecto es un interés subordinado y depende del triunfo de las pretensiones que se ejercitan por el autor, con el fin de que el testigo obtenga alguna ventaja⁷⁷.

Las interpretaciones realizadas de este precepto continuaban, esta vez basadas en que ni las funciones desempeñadas en una empresa ni la dependencia laboral de una sociedad justifican el interés directo en el pleito, sino que con total seguridad se trataría de un interés indirecto.

Así lo ha ratificado la SAP de Valencia el 8 de octubre de 2014, núm 280/2014, “(...)la circunstancia de que los testigos propuestos fueran empleados, amigos o incluso parientes de uno de los litigantes, no comportaba su incapacidad para declarar, dado que dicha condición podría suponer, a lo sumo, un interés indirecto, subordinado o dependiente, pero no el interés directo”

Actualmente no es necesario hacer tal distinción sobre el interés directo o indirecto, porque ambos son recogidos en la LEC como causa de tacha y no como inhabilidad.

Causa por amistad o enemistad.

Esta causa no ha pasado desapercibida en cuanto a discusiones doctrinales. En palabras de Montero Aroca⁷⁸ es una circunstancia objetiva que pone en riesgo la parcialidad, “la mera afirmación de la amistad o enemistad es insuficientes ya que lo que debe alegarse y probarse son los hechos”. Por el contrario, Rodríguez Tirado⁷⁹ entiende que la amistad no tiene por qué ser manifiesta y por tanto el grado de subjetividad es mayor ya que no se determina el grado de enemistad.

77 STS 30 de noviembre de 1991 RJ 1991/8582. STS 23 noviembre de 1990 RJ 1990/9043. SAP de Vizcaya núm 169/2014.

78 Montero Aroca, J. “ La prueba en el proceso civil” Pág 404.

79 Rodríguez Tirado, A.M. “ El interrogatorio de testigos en la ley 1/2000 de 7 de enero de enjuiciamiento civil”

La Audiencia provincial de Zaragoza en su sentencia núm586/2007 de 24 de octubre determina que *“solo merece la calificación de íntima aquella de tal entidad que puede inducir al declarante a falsear la verdad en la narración del hecho, faltando a la que debe ser su inclinación natural a manifestarse con verdad, e incluso sometiéndose a determinaras consecuencias jurídicas sobre las que ha sido advertido”*

Esta causa no procederá en caso de que el testigo sea amigo íntimo de las dos partes, pues atendiendo al tenor literal del precepto el testigo debe ser amigo íntimo solamente de una de las partes, por lo que si el testigo es amigo de ambas partes el juez deberá dotarle de mayor credibilidad, ya que este testigo se mostrara imparcial para no favorecer ni perjudicar a ninguna de las partes.

La doctrina del Tribunal Supremo razona que, si un abogado ha estado al servicio de una persona, la cual posteriormente le propone como testigo en un juicio, no debe apreciarse la causa de amistad o enemistad ya que estas no se dan por una relación esporádica profesional, sino que para que esta causa se pueda alegar debe haber relaciones afectivas que no se suelen dar en relaciones profesionales.

Causa por condena.

Esta causa debe ser alegada ante aquellas personas que hayan sido condenadas por falso testimonio en otros procesos. La parte que alegue dicha causa de tacha, deberá aportar la sentencia condenatoria del testigo que se pretende tachar. Por lo que, como dice Rodríguez Tirado, no solo basta con demostrar que se incoó un proceso en contra por sospecha de falso testimonio, sino que finalmente se dictó sentencia condenatoria firme.

La razón por la que se establece el falso testimonio como tacha, es porque el legislador quería algún punto de sensatez y escape del derecho y pretenda captar los principios que el Estado debe tener independientemente de nuestras carencias y que dar carta blanca al

falso o mentiroso profesional disminuye la credibilidad social en el sistema y la confianza en la actuación de Justicia.⁸⁰

5.1.3.- PROCEDIMIENTO

Este mecanismo es iniciado por la parte que se ve perjudicada por el testimonio del testigo, si bien el apartado segundo del art. 377 LEC prevé que el testigo pueda ser tachado por la parte que lo propuso, para aquellos casos en los que la causa de tacha llegue a su conocimiento con posterioridad a su proposición como testigo.

El art. 378 LEC es el que establece el momento para proponer la tacha, *“Las tachas se habrán de formular desde el momento en que se admita la prueba testifical hasta que comience el juicio o la vista (...)”*

En el caso del juicio ordinario va desde la audiencia previa, momento en el que se proponen las pruebas, hasta el inicio de la vista. En juicio verbal, al no haber audiencia previa, el momento oportuno es en la vista del juicio. Así lo ha manifestado la SAP de Madrid núm 209/2014 de 11 de junio, *“que en los referidos procedimientos, la proposición de la prueba tiene lugar una vez comenzada la celebración del acto de la vista, de modo que aparece materialmente imposibilitada la aplicación de la norma en su estricta literalidad”*

La regulación del art. 378 LEC plantea un problema. ¿Que sucede con la tachas que han sido conocidas de forma sobrevenida y con posterioridad al inicio del juicio oral?

Ante estos casos, Corbal Fernández⁸¹, propone alegar la tacha en las diligencias finales en virtud del art. 435.1.1º LEC, o formularlas en segunda instancia, de acuerdo con el art. 460.2.3º LEC. Por su parte Chozas Alonso da prioridad a facilitar la valoración de

80 Abascal Monedero, P.J. “ La tacha de los testigos condenados por falso testimonio” Págs 67-76

81 Corbal Fernández, J.E. “ Practica procesal Civil; Tomo V” Ed. Wolters Kluwer 2014. Pág 4205

la prueba, haciendo posible proponer tachas desde el momento en que se propone el testigo hasta el final del juicio oral.

Aun con este problema, otra parte de la doctrina defiende la regulación del 378 LEC, pues dicen que permitir la formulación de tachas posteriores al interrogatorio, posibilitaría la opción de que una parte no formulase tacha hasta no saber si la declaración le es perjudicial, y esto conlleva una indefensión a la parte que no la propone.

El Tribunal Supremo puso fin a esta discusión argumentando, en su sentencia del 22 de septiembre RJ 2008/7036, *“si a lo largo del interrogatorio se pone en manifiesto la posible existencia de esas circunstancias, ningún obstáculo existe que se pongan de manifiesto delante del tribunal para que las tenga en cuenta para apreciar la prueba y permite a la otra parte contradecirla”*

No existe forma expresa en la LEC para proponer la tacha, por lo que se realizara de forma oral en la audiencia previa o en la vista del pleito, constando en acta en tal caso, y de manera escrita si se realiza entre la audiencia previa y el juicio oral.

Los testigos tienen la obligación de reconocer la causa de tacha en las respuestas que realicen ante las preguntas generales de la ley en cuyo caso las partes podrán manifestar al tribunal la causa y formular preguntas sobre la misma, haciendo constar las respuestas para que se tengan en cuenta al valorar el testimonio

Ante esta obligación Pino Abad⁸² explica que hay dos formas de interpretarla; La primera permitiría, aun siendo reconocida la tacha por el testigo, a las partes iniciar el procedimiento. La segunda interpretación aboga por que si la tacha a ha sido aceptada por el testigo no es necesario que las partes la propongan, dado que el juez ya tendrá dicha información.

82 Pino Abad, M. “ Testigos bajo sospecha: estudio histórico-juridico de la tacha” Pág 225

En este sentido el Tribunal Supremo ha declarado que solo sería necesario y útil iniciar un procedimiento de tachas ante aquellos casos en que los testigos no hayan admitido tales circunstancias, a través de las respuestas dadas a las preguntas generales de la ley.

Existe la posibilidad de intentar demostrar, a través de cualquier medio de prueba con exclusión de la prueba testifical, que existe causa de tacha. El momento procesal oportuno para ello, serán los mismo que los recogidos para formular las tachas ya que en principio debería realizarse en el mismo momento.

Esta exclusión ha creado un debate doctrinal, no siendo aceptada por gran parte de la doctrina, este es el caso de Picó i Junoy que sostiene la inconstitucionalidad de la exclusión, porque a su entender vulnera el art. 24 de la CE y el derecho a proponer prueba recogido en el. Otro ejemplo claro de crítica es Asencio Mellado que no ve justificación a la exclusión por entenderlo como un medio de prueba perfecto para demostrar amistad, enemistad o existencia de interés. Supuestos que son realmente difíciles acreditarlos mediante la prueba documental.

Por otro lado, Gómez Colomer entiende perfectamente la exclusión para evitar confrontaciones entre el testigo propuesto por la parte y el testigo propuesto por la que pretende demostrar la tacha. Otra justificación, esta vez por parte de Rifa Soler, sería la búsqueda de la solución más objetiva posible y esto es excluyendo a la prueba testifical.

La realidad de la exclusión no es otra que la constante desconfianza del legislador en torno a la prueba testifical. Y así lo recoge Abascal Monedero⁸³, que afirma que las escasas condenas por delito de falso testimonio junto con la dificultad del tribunal de discernir entre lo cierto y lo falso, y los errores que un testigo puede cometer aun actuando de buena fe han obligado al legislador a devaluar la figura de la prueba testifical.

83 Abascal Monedero, P.J. “La tacha de los testigos condenados por falso testimonio” Pág 67-76

Terminada la proposición y prueba de la tacha, se concede el plazo de tres días, a la parte contraria, para oponerse a ella. Si no se realiza ninguna clase de oposición dentro del plazo se entenderá admitida la tacha propuesta para el testigo. Si existe oposición se les concederá la oportunidad de presentar las pruebas necesarias para desacreditar la tacha.

La ley no especifica que pruebas se deben aportar para poder acreditar que no concurre la circunstancia alegada por la parte contraria, ni tampoco cual debe ser su contenido. Es importante resaltar que no siempre va a poder ser probada, y que ello no significa la admisión de la tacha, simplemente hay cuestiones que son imposible probar.

5.1.4.- VALORACIÓN

La valoración de la tacha por parte del tribunal se encuentra regulada en el art. 379.3 LEC, *“Para la apreciación sobre la tacha y la valoración de la declaración testifical, se estará a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 344 y en el artículo 376.”*

Como se observa en la redacción del artículo, se realiza una remisión al apartado segundo del art. 344 LEC, el cual regula la falta de fundamento de la tacha, y una multa de seiscientos euros en caso de proponer una tacha sin fundamento o con una finalidad distinta a la recogida por la ley.

Ante esta remisión existe una separación en cuanto a la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Para Chozas Alonso o Montero Aroca, únicamente ha de valorarse la sanción recogida, descartando la primera parte del apartado por estar relacionado con el artículo anterior. El Tribunal Supremo no puede estar en mayor desacuerdo, y así lo muestra en su sentencia 40/2015 de febrero de 2015⁸⁴, pues a su entender la remisión a

84 STS 4 febrero 2015 núm 40/2015 *“ El art. 344.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , 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", como pretende la recurrente. 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*

de ser al apartado entero, al si ser posible el menoscabo profesional y personal del testigo, y en caso de darse esa situación el tribunal debería declarar la falta de fundamento de tacha.

Ahora bien, el artículo 379.3 LEC vuelve a hacer una nueva remisión, esta vez al art. 376 LEC cuya interpretación determina que la tacha es un mecanismo para poder probar la causa que se alega por quien la formula, pero que esto no prohíbe al juez valorar al testigo y su tacha. Permitiendo deducir que el juez es el encargado de valorar libremente la credibilidad de los testigos afectados por tachas, en virtud de los criterios de la sana crítica.

En conclusión, el hecho de que se alegue por una de las partes que un testigo puede incurrir en algunas de las causas del art. 377 LEC, no significa que las declaraciones realizadas por el no puedan ser valoradas por el juez en el momento de dictar sentencia, siendo este el lugar donde podrá determinar la existencia de la tacha si es que existe y dotarla de mayor o menor credibilidad a la declaración del testigo en base a unas máximas de experiencia.

Por último destacar la crítica que realiza Pino Abad⁸⁵ a la valoración de la tacha y de la prueba testifical, *“los principios de la sana crítica y de la libre valoración que de las pruebas puede realizar el juzgador, eclipsan cualquier virtualidad de la tacha de testigos”*.

Se trata de una crítica que carece de fundamento, es necesario que el juez realice una valoración caso por caso, y además la prueba testifical se debe valorar conjuntamente con el resto de pruebas, por lo que la única forma de valorarlas es atendiendo a la sana crítica.

responsable una multa”

85 Pino Abad, M. “ testigos bajo sospecha: estudio histórico-jurídico de la tacha” Pág 228

BLOQUE VI: EL PROCEDIMIENTO DE LA PRUEBA TESTIFICAL

6.1.-PROPOSICIÓN, ADMISIÓN Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA

La iniciativa de la actividad probatoria se recoge en el art. 282 LEC *“Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley.”*⁸⁶

Para poder avanzar en la proposición conviene distinguir entre juicio ordinario y juicio verbal, pues en cada uno de ellos se establece un momento procesal distinto para proponer la prueba de testigos.

En el juicio ordinario, la proposición de la prueba se realizará en la audiencia previa, debiendo dar todos los datos necesarios para la identificación del testigo. En concreto el art. 362 LEC solicita el nombre, apellidos, profesión, domicilio o cualquier circunstancia que permita localizar al testigo. Para aquellos casos en los que no se conozcan los datos de identificación, la ley otorga un plazo de cinco días para aportarlos.

En el juicio verbal, la proposición se realiza en la vista, cada parte debe acudir al acto con sus testigos, y si desean que sean citados judicialmente deberán solicitarlo en el plazo de tres días siguientes al recibimiento de la citación que las convoca a la vista.

Es habitual, aunque la ley no lo recoge, que la parte que proponga al testigo aclare la materia sobre la que va a declarar y su razón de ciencia, de no proceder de esta forma difícilmente el juez podrá admitir la prueba y la contraparte objetar al respecto.

⁸⁶ Asencio Mellado, J.M. “Ley de enjuiciamiento civil comentada y con jurisprudencia” Ed. La Ley. Pág 925. *“La intervención del tribunal se limita a tres casos muy concretos y específicos: a) las diligencias finales del art. 435; b) la intervención prevista en cada medio probatorio que no alcanza a su proposición aunque adquiera relieve de importancia en su desarrollo, y c) la indicación de insuficiencia probatoria prevista en el art. 429.1.”*

Apunta Chozas Alonso⁸⁷ que “*para evitar sobrecargas en los tribunales, tanto demandado como demandante deberán indicar que testigos se comprometen a presentar ellos mismos al juicio y cuáles han de ser citados directamente por el juzgado.*”

Que la proposición se realice de forma oral, no impide que se pueda presentar una instructa, en la que figuren todos los testigos propuestos, sus datos de identificación, si son citados por la parte o debe serlo judicialmente⁸⁸; con el fin de evitar errores y agilizar el proceso.

Una vez propuesta la prueba, el tribunal tendrá que decidir si admitirla. Para ello, seguirá los criterios de pertinencia, utilidad y licitud. Como ya se ha expuesto con anterioridad, no podrán admitirse pruebas que no guarden relación con el objeto del proceso, que no puedan ayudar a aclarar los hechos controvertidos, que hayan sido obtenidas de manera ilegal, o que se trate de pruebas prohibidas por la ley⁸⁹.

En caso de inadmisión de la prueba, la parte perjudicada puede interponer, de forma oral e inmediatamente después de la inadmisión, recurso de reposición. Así se desprende del art. 285 LEC “*contra la resolución que admita o inadmita cada una de las pruebas sólo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y, si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia.*”

Una vez admitidas las pruebas, dice la ley, que en el plazo de un mes desde la conclusión de la audiencia, deberá celebrarse el juicio. Solo cuando la gran parte de la

87 Chozas Alonso, J.M “El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal. Su práctica ante los tribunales”. Ed. La Ley. Pág 206

88 Si la citación no ha sido llevada a cabo, el juez tendrá que suspender la vista y reanudarla una vez el testigo haya sido citado. TSJ de murcia núm 393/2007 “*Tratándose, por tanto, de prueba testifical admitida por el Juzgador que no se pudo practicar y, no constando que aquel hubiera sido citado, procede estimar que la negativa del juzgador de instancia a la suspensión solicitada del juicio, para proceder a nueva citación y practica de la prueba testifical, genera indefensión.*”

89 Picó i Junoy, J. “El derecho a la prueba en el proceso civil” Ed. Bosch, Barcelona 1996. Pág. 307. “Solo es posible detectar infracciones legales relativas a la obtención de la fuente, debiendo controlar en el juicio, sentencia o instancias superiores las irregularidades producidas en la práctica del medio de prueba”

prueba tenga que celebrarse fuera de la sede del juzgado, el juicio podrá celebrarse dentro del plazo de dos meses desde la conclusión de la audiencia.

Con carácter general y salvo que el tribunal modifique el orden de la práctica de prueba, la testifical se practicará en segundo lugar, una vez concluido el interrogatorio de parte.

Una vez comenzada la práctica de la prueba testifical, los testigos serán llamados de manera sucesiva y conforme hubiesen sido consignados en las propuestas, salvo que el juez considere oportuno alterar este orden. Es decir, según la interpretación que se realiza de lo descrito en el art. 366.1 LEC, los primeros en declarar son los testigos propuestos por el demandante y posteriormente los testigos propuestos por el demandado.

Asencio Mellado⁹⁰, dice que *“el tribunal solo podrá alterar el orden cuando concurran motivos suficientes, legítimos, que hagan necesaria o conveniente esta medida, sea para favorecer un mayor esclarecimiento de la verdad, o para favorecer un interrogatorio más continuado.”*

El art. 366.2 LEC prohíbe la comunicación de los testigos, con otros testigos, abogados, y con las partes, con la finalidad de que la declaración no pueda ser viciada, o condicionada por alguno de estos sujetos. Por lo tanto, no encontramos de nuevo, ante una medida prevista para garantizar la parcialidad de los testigos.

La realidad práctica es totalmente distinta, los testigos tienen comunicación entre ellos, y es que por parte del tribunal es imposible mantener esta incomunicación⁹¹, pero lo más evidente es que los testigos mantienen conversaciones con los abogados, preparándolos así para la declaración y consiguiendo condicionar por completo el testimonio.

90 Asencio Mellado, J.M. “Ley de enjuiciamiento civil comentada y con jurisprudencia” E.d La Ley. Pág. 1051.

91 Chozas Alonso, J.M “El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal. Su práctica en los tribunales”. *“En realidad, esta previsión legislativa dependerá de los medios que dispongan los juzgados, del número de testigos citados. (...) se pueden producir circunstancias que impidan su efectividad. Como por ejemplo un juicio que debe desarrollarse en diferentes sesiones.”*

Antes de comenzar el interrogatorio, el testigo tendrá que jurar declarar la verdad. Posteriormente el juez tomara la palabra para formular las preguntas generales de la ley. Preguntas que están destinadas a comprobar la identidad, su personalidad, la relación con las partes, su representantes y abogados, pero sobre todo la credibilidad.

Siguiendo a De Paula Pérez⁹², las preguntas generales, atendiendo a su finalidad, pueden clasificarse en;

a) Identificativas: Dentro de este grupo se encontrarían las preguntas que guardan relación con circunstancias personales. Como, por ejemplo, nombre, edad, profesión, etc.

b) Idoneidad: Son aquellas que se encargan de verificar su idoneidad para declarar. Como, por ejemplo, si es pariente o amigo de alguna de las partes, si guarda relación con alguno de los abogados, etc.

c) Valorativas: Permiten obtener elementos para construir una crítica respecto a su testimonio. Algunas preguntas de este tipo son, si ha estado al servicio de la parte que lo haya propuesto, si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes, si ha sido condenado alguna vez por falso testimonio etc.

Una vez acabadas las preguntas generales de la ley, el juez dará la palabra a los abogados de las partes para que comience con el interrogatorio. Como se ha avanzado, comenzara la parte que lo ha propuesto, y si ha sido propuesto por ambas partes, comenzara la parte demandante. Esto no quiere decir que la parte contraria no pueda interrogar al testigo, o que se vea condicionado por las preguntas que se le han realizado con anterioridad, sino todo lo contrario, ambas partes tienen el derecho de interrogar al testigo, con independencia de quien los haya propuesto, y no existen más límites que la impertinencia y la inutilidad, por lo que puede preguntarse también sobre materias que no ha tratado la otra parte.

92 De Paula Pérez, A. “ La prueba de testigos en el Proceso Civil Español” Pág 160.

Lo que si ocurre, con el fin de agilizar el proceso y porque permitirlo carece de sentido, es repetir preguntas que ya han sido respondidas con anterioridad por el testigo. Además, el juez en cualquier momento puede para el interrogatorio y solicitar al testigo que aclare algún punto de su declaración, así como realizar nuevas preguntas que le ayuden a formarse un conocimiento completo de los hechos.

El testigo debe responder a las preguntas por sí mismo y de forma oral, es decir, sin ninguna clase de ayuda, ni borradores o documentos. Si se le permite, que ante aquellas preguntas de cuentas, libros o documentos, pueda consultarlos antes de responder. Cuestión distinta, es que los abogados soliciten la exhibición de un documento aportado en autos, antes de que el testigo responda la pregunta.

Por último, el art. 373.1 LEC recoge la posibilidad de someter a los testigos a un careo. Esta técnica es reconocida por la doctrina como una de las prácticas más eficientes para contrastar la veracidad de las declaraciones testificales. Podrá proponerse de oficio o a instancia de parte, pero únicamente cuando existan fuertes contradicciones entre las declaraciones.

La sentencia del Tribunal Supremo, núm 386/1997, del 18 de marzo de 1997. sigue definiendo el careo como una técnica de veracidad *“el careo, más que una diligencia de prueba propiamente dicha, es un instrumento de verificación y contraste de la fiabilidad de otras pruebas y por ello su denegación, en cuanto facultad discrecional del Tribunal de instancia, no resulta recurrible en casación, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que la denegación de una diligencia de careo no vulnera el art. 24.2 de la Constitución (STC 55/84 de 7 de mayo).”*

El juez tiene la potestad de instruir a los testigos sobre la manera de practicar el careo, fijar el turno de intervenciones, procurar que los testigos guarden el respeto debido, que no se interrumpan, que el careo no degenera en acusaciones mutuas⁹³. Cambien tendrá

93 STS de 13 de julio de 1998. Rec. 2869/1996

capacidad para neutralizar los riesgos de enfrentamiento dialéctico, y adoptar las medidas de prevención necesaria para que los testigos no se comuniquen.

6.2.- EL INTERROGATORIO DE TESTIGOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Una vez dictada sentencia, por el tribunal de primera instancia, la parte que lo considere oportuno, podrá solicitar en el escrito de interposición del recurso, la práctica de la prueba testifical que haya sido indebidamente inadmitida, o que habiendo sido admitida no se haya podido practicar, o que con posterioridad al inicio del plazo para dictar sentencia la parte justifique que ha tenido conocimiento de hechos relevantes.

A este respecto se pronuncia el TC, *“El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, expresada con ocasión de recursos de amparo formulados por su denegación, exige que concurran dos circunstancias para que se produzca la violación de este derecho fundamental: 1ª.- La denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial por haber inadmitido pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable; y 2º.- La prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa, lo que habrá de justificar el interesado”*⁹⁴

El recurso adecuado para esta clase de situaciones es el de reposición, por ser el instrumento idóneo para poner en conocimiento del juzgador su errónea decisión y corregir los posibles defectos que haya podido cometer el peticionario de la prueba. Además, la interposición de este recurso es un requisito necesario, para que prospere un recurso extraordinario contra la decisión judicial.

El Tribunal supremo lleva reiterando esta idea desde la LEC de 1881, así por ejemplo su sentencia de 7 de junio de 2007, *recurso* núm,697/2007 *“tal Auto denegatorio del*

⁹⁴ SSTC 1/1996, de 15 enero; 70/2002, de 3 abril, 1/2004, de 14 enero; 121/2004, de 12 julio; 60/2007, de 16 marzo y 136/2007, de 4 junio, entre otras

recibimiento a prueba en la segunda instancia no fue recurrido en reposición (...) y por tanto no se agotaron las posibilidades impugnatorias de la denegación de la prueba, (...) de modo que no se ha producido la indefensión invocada, pues no se agotaron los medio legales para subsanar”

El problema que surge en apelación es si es posible que la Audiencia Provincial revise el juicio de pertinencia y utilidad que se realizó de la prueba en primera instancia, con el fin de decretar la impertinencia e inutilidad de la prueba admitida y no practicada.

A este respecto, el tribunal supremo no acaba de encontrar una única línea jurisprudencial, por un lado, la sentencia 90/2002 del 11 de febrero “*la Audiencia no puede negar la pertinencia y utilidad que el Juzgado apreció para admitirla. Sólo debe comprobar si no se practicó por causa imputable al proponente, no juzgar sobre su debida o indebida admisión*”; y por otro lado la sentencia de 18 de marzo de 2010 recurso núm 638/2010 “*La infracción que se denuncia es la denegación de la práctica de la prueba testifical en la segunda instancia que había sido admitida y declarada pertinente en la primera instancia y que no se practicó,(...) el motivo se rechaza, en primer lugar, porque la Sala de apelación tiene la facultad que inadmitir la prueba si considera suficiente la practicada en primera instancia*”.

Finalmente, de estimarse la práctica de la prueba en segunda instancia, deberá realizarse sin decretar la nulidad de ninguna de las actuaciones anteriores, ya que el juez puede dictar sentencia basándose tanto en la prueba practicada en esta segunda instancia como en el resto de pruebas practicadas con anterioridad.

BLOQUE VII: LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL

7.1.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Es aquí, en el tema de la valoración de la prueba, donde se rescatará de nuevo el principal problema que conlleva la testifical. La falta de credibilidad o fiabilidad de este medio de prueba, ha condicionado por completo toda su regulación, muestra de ello son las preguntas generales de la ley, las tachas o la promesa de decir la verdad. Pero es en la valoración donde hay que prestar mayor atención.

Cuando nos referimos a fiabilidad, hacemos referencia a la confianza que una persona nos ofrece. Flores Prada⁹⁵, la define desde un punto de vista jurídico como la capacidad de una prueba para producir los efectos que con ella se proponen, es decir, demostrar la realidad de determinados hechos y lograr la convicción judicial. Pero que además es necesario que previamente haya sido propuesta, admitida y practicada correctamente.

Una vez que la prueba ha pasado el escalón de la fiabilidad, comienza la valoración por parte del tribunal. Recogida en el art. 376 LEC *“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 que en ellos concurran y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado.”* Esto es, realizar una valoración de manera razonada, congruente y de manera conjunta con el resto de la prueba⁹⁶.

Esta valoración consta de varias fases; análisis del resultado de la prueba, depuración de la información y juicio de credibilidad:

95 Flores Prada, I. “Algunas consideraciones sobre la fiabilidad y valoración del testimonio en el proceso civil” Diario la Ley n.º 8407.

96 STS 7443/2009 de 18 de diciembre de 2009 *“ la prueba testifical, constituyen un medio probatorio cuya base y desarrollo se basa en la "sana crítica", lo que significa que el Juzgador puede valorarlo de la forma que crea conveniente, para estimar sus resultados en conjunto o aisladamente; dado que la sentencia recurrida realiza un análisis de las pruebas, sin que las meras manifestaciones de la recurrente puedan acreditar que sus razonamientos son erróneos, y debemos concluir que la valoración probatoria realizada por el Tribunal de apelación, deducida del acervo de circunstancias concurrentes, responde a las más elementales reglas de la coherencia jurídica y la razonabilidad”*

Análisis del resultado de la prueba.

Esta tarea consiste en entender de forma correcta la información que ha transmitido el declarante, es decir, analizar los hechos narrados por el testigo, y corroborar que lo que ha dicho es exactamente lo que quería transmitir.

Pero esta tarea no es tan sencilla, pues como señala Calamandrei⁹⁷ *“la ley no dicta al juez normas especiales: el juez procederá en el modo que estime más idóneo, llevando a cabo una serie de silogismos cuya premisa mayor estará formada por una de las llamadas máximas de experiencia, extraídas de su patrimonio intelectual y de la conciencia pública”*. Sin embargo, esto no quiere decir que se trate de una operación extraña a cualquier mecanismo de control, sino que esta interpretación es el primer paso para conseguir que el tribunal de por probados ciertos hechos transmitidos por las partes.

Es esto lo que justifica el deber de motivación de la sentencia, una motivación racional, que incluya la interpretación de la prueba. Debido a que si el análisis es incorrecto la valoración quedará viciada desde un inicio y el juez alcanzará conclusiones erróneas a las aportadas por el testigo.

Depuración de la información.

Esta depuración tiene como finalidad filtrar aquella información válida para el objeto de proceso, descartando aquella que no deba ser valorada por ser impertinente o inútil⁹⁸.

Para poder acometer este trabajo, previamente ha de haber sido bien definido el objeto del proceso, pues este es el encargado de delimitar cuales son los hechos controvertidos.

97 Calamandrei “La génesis lógica de la sentencia civil”.

98 Como detalla Flores Prada *“La evaluación de la validez de la prueba propuesta por las partes es tarea que se descompone básicamente en dos momentos del proceso: en primer lugar, en fase de admisión de prueba y, en segundo lugar, en el proceso de valoración. La admisión de la prueba mide utilidad, pertinencia y legalidad . El segundo control se aplica una vez que la prueba se ha practicado, descartando aquellas informaciones que no guarden relación con el objeto del proceso.”*

Como consecuencia, el juez prohibirá aquellas pruebas y preguntas que no guarden relación con el objeto del proceso, y extraerá de las declaraciones aquellas partes que no se identifican con los hechos controvertidos.

Es en este apartado donde surgen las primeras diferencias doctrinales, para algunos investigadores la actividad deductiva del testigo no debe ser tomada en cuenta al valorar la declaración. Por el contrario, hay otros autores que entienden que pueden y deben ser valoradas por el juez, por ser importantes para lograr su convicción⁹⁹.

Juicio de credibilidad.

En este momento se realiza la verdadera valoración por parte del tribunal, evaluando la credibilidad, de la información emitida por el testigo, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, y de forma conjunta al resto de la prueba¹⁰⁰.

De la Oliva¹⁰¹ define la sana crítica como *“normas empíricas de buen sentido, que deben servir para lo que se denomina crítica o depuración del testimonio, esto es, para extraer razonablemente de cada testimonio las partes o aspectos convincentes de la certeza, negativa o positiva”*

Pero es Couture¹⁰² quien afirma que la sana crítica se caracteriza por dos elementos. En primer lugar, crea un sistema de valoración que impone reglas conforme a las cuales el tribunal deberá valorar la prueba. Pero son reglas basadas en criterios, principios, máximas de experiencia y modos de razonar. En segundo lugar, las reglas de la sana crítica se reducen a la lógica y a la experiencia del juzgador y son estas dos características las que sientan la base de la sana crítica.

99 Gomez Orbaneja, E. “Derecho Procesal civil” *“objeto de la declaración son hechos, no necesariamente percibidos, sino también deducidos y no opiniones sobre el alcance de los hechos o juicios de valor de los mismos”*

100 STS 985/2016 de 11 de marzo de 2016 *“ porque según se desprende del tenor literal de los artículos, ninguno de ellos puede ser aplicado aisladamente, sino que ha de hacerse de forma armónica y coordinada con todas las demás reglas de valoración probatoria, que conforman el principio de valoración conjunta de la prueba, tal y como hace la sentencia impugnada.”*

101 De la Oliva Santos, A. “Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil” Ed. Civitas. Pág 632

102 Couture, E.J. “Fundamentos del derecho procesal civil” Pág 270

De la Oliva¹⁰³ afirma que la segunda parte del art. 376 LEC recoge una serie de reglas orientadoras que guían al tribunal en la aplicación de la sana crítica;

a) La razón de ciencia: Tan relevante es, en la declaración del testigo, lo que afirma, como la fuente de conocimiento de dichas afirmaciones. Hasta el punto que tendrá más credibilidad un testigo directo, que aquel que conociese los hechos de forma referenciada.

b) Las circunstancias que concurren en el testigo: Estas circunstancias habrán tenido que salir a la luz gracias a las preguntas generales de la ley. Deberá valorarse la ambigüedad, nerviosismo y determinación que el testigo muestra al contestar a las preguntas.¹⁰⁴

c) Las tachas formuladas: Opera como precaución que la ley autoriza en cuanto a la valoración de las declaraciones testificales de aquellas personas que puedan estar afectadas de parcialidad.

La doctrina judicial ha ido creando otros criterios para descubrir la credibilidad del testigo.

Así, por ejemplo, han de tenerse en cuenta la edad, madurez, formación, ideología, capacidad de retener o memorizar, amistad entre partes, interés directo o indirecto, etc.

En cuanto a la percepción del hecho narrado, se tendrá que observar la proximidad al hecho, el estado mental en el momento de la percepción, si existían obstáculos que complicaban la percepción, etc.

103 De la Oliva Santos, A. “Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración” Madrid 2004 Pág 362

104 STS 9105/2005 de 30 de diciembre de 2011 “Hay que tener en cuenta también que el art. 376 LEC establece que la valoración de la prueba de testigos, está sometida a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración las circunstancias concurrentes y ello es lo que efectuó el tribunal, quien, además, utilizó otras pruebas para llegar a las conclusiones a las que llegó sobre la existencia del contrato. “

Para valorar la declaración tendrán que fijarse en el tiempo que ha pasado entre el momento de la percepción y el momento de la declaración, la coherencia y contundencia en las declaraciones, las dudas, la posición física del testigo, etc.

Por último, para valorar la credibilidad de la prueba testifical es importante la confrontación con otras declaraciones. Si hay coincidencia en dos o más declaraciones, los hechos narrados tendrán un alto nivel de credibilidad. Lo mismo ocurriría si únicamente existe un testimonio, pero que viene corroborado por varios indicios.

7.2.- CONTROL A LA VALORACIÓN

En aquellos casos, en los que las partes consideren que ha existido, por parte del tribunal, un error en la valoración de la prueba, existe la posibilidad de poder ser revisada en segunda instancia a través de un recurso de apelación.

Flores Prada¹⁰⁵ destaca que no hay que olvidar que, la infracción de derechos fundamentales constitucionales referidos a la actividad probatoria puede ser objeto de control en todas las instancias, mediante un recurso extraordinario por infracción procesal o a través del recurso de amparo.

La principal diferencia entre recurrir en amparo o recurrir en apelación, es el efecto. En apelación el tribunal dictara una nueva sentencia subsanando el error. Y en amparo retrotraerán las actuaciones para que el fallo sea corregido.

Por mediación del recurso de apelación, en lo que se refiere a la prueba testifical, podrá controlarse admisión y procedimiento, es decir, si ha sido propuesta en el tiempo y en la forma correcta, si ha sido admitida aun siendo impertinente, inútil o ilegal, si ha incumplido algún requisito formal, o si el tribunal ha obviado alguna citación para la práctica anticipada de la declaración.

105 Flores Prada, I. "Algunas consideraciones sobre la fiabilidad y valoración del testimonio en el proceso civil" Diario la Ley n.º 8407

Otras de las posibilidades que otorga el recurso de apelación, es exponer su disconformidad con la valoración de la prueba. En este sentido, como apunta Chozas Alonso¹⁰⁶, el tribunal de segunda instancia podrá realizar una nueva interpretación y valoración de la testifical, fijando como probados hechos distintos a los que fijo el juez de primera instancia.

Por último, permite revisar la motivación que ha redactado el juez de primera instancia, decretando, si es necesario, la nulidad de la sentencia y la obligación de volver a redactarla.

Con respecto a los recursos extraordinarios, infracción procesal y amparo, dice Rifa Soler¹⁰⁷ que *“solo permiten un control formal de la actividad probatoria, sin que a través de los mismos quepa realizar una revisión de los hechos un una nueva valoración de la prueba”*.

El recurso de infracción procesal viene recogido en el art. 469 LEC, y en relación con la prueba testifical solo se admitirá el recurso cuando la valoración de la declaración sea arbitraria o ilógica, y no supere la razonabilidad exigida constitucionalmente para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva. En el resto de supuestos la valoración de la prueba dependerá de el tribunal de primera instancia¹⁰⁸.

El recurso de amparo solo procede una vez se hallan agotado el resto de recursos. Y dice el TC que solo sera admitido cuando se haya colocado al recurrente en una situación de indefension, y siempre y cuando el recurrente alegue y fundamente tal indefension.

En estos términos se pronuncia la STC 121/2009 de 18 de mayo *“la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada era decisiva en términos de defensa, (...) carga de la*

106 Chozas Alonso, J.M. “El interrogatorio de Testigos en los Procesos Civil y Penal. Su práctica en los Tribunales” Ed. La Ley. Pág 266

107 Rifa Soler, J.M “ Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil” Pág 1732

108 STS 686/2012 de 19 de noviembre. STS 364/2012 de 18 de junio.

argumentación [que] se traduce en la doble exigencia de que el demandante de amparo acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas. De no constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará evidente ab initio, que no habría existido la lesión denunciada, puesto que, como hemos señalado, el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión”



BLOQUE VIII: CONCLUSIONES

El testigo es una persona física, con capacidad de percibir y de dar razón de tal percepción, que no sea ni parte ni representante de ella, que declara sobre aspectos percibidos gracias a los sentidos y que guarden relación con los hechos procesales relevantes. Como consecuencia de la capacidad de percibir, surge la idoneidad para ser testigo, por la cual, no podrán ser testigos aquellas personas que se hallen permanentemente privadas de razón o de los sentidos necesarios para conocer el hecho controvertido, y los menores de catorce años que a juicio del tribunal carezcan del discernimiento necesario para poder declarar.

Se ha insistido durante todo el trabajo en la importancia de la imparcialidad de los testigos, por ello el legislador instauro el mecanismo de tachas para evidenciar circunstancias que pongan en peligro tal imparcialidad. Incurrir en alguna de las causas de tacha no significa que el testigo no declare, sino que el Juez tendrá en consideración tal circunstancias para valorar la prueba.

Al testigo le asisten una serie de derechos económicos y laborales. Del mismo modo, tienen obligaciones como el de colaborar con la administración de justicia, el deber de comparecer, prestar juramento, etc. En caso de incumplimiento de las obligaciones, el testigo será castigado con sanciones recogidas en el código penal.

La prueba ha de proponerse de forma oral, en la audiencia previa en el juicio ordinario, y en el acto de la vista en el verbal. El Juez admitirá la prueba siempre que supere los filtros de impertinencia, utilidad y legalidad. Una vez admitida, se realizaran las preguntas generales a la ley, y con posterioridad se iniciara el interrogatorio por las partes.

Por último, el Juez valorará el testimonio conforme a las reglas de la sana crítica. Esto significa siguiendo a la lógica y experiencia. Si alguna de las partes considera que ha existido algún error en la valoración de la prueba podrá interponer recurso de apelación.

BIBLIOGRAFÍA

JOSÉ MANUEL CHOZAS ALONSO “El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal. Su práctica ante los tribunales” Ed. La Ley. Madrid 2010.

JOSÉ MARÍA ASECIO MELLADO “ Ley de enjuiciamiento civil comentada y con jurisprudencia” Ed. La Ley.

FERNANDO TORIBIO FUENTES “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil” Ed. Lex Nova. Enero 2002

JUAN MONTERO AROCA “ La prueba en el proceso civil” Ed. Cívitas Madrid 2007

ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS “Derecho Procesal Civil. El Proceso de declaración” Madrid 2004

ESTHER GONZÁLEZ PILLADO “La prueba pericial en la nueva ley de enjuiciamiento civil” Revista Xurídica Galega.

JUAN HURTADO YELO “Claves para una recta utilización del testigo-perito” Revista otrosi /Numero 1/ abril-junio 2013

XAVIER ABEL LLUCH “Valoración de los medios de prueba en el proceso civil” ESADE

Segunda instancia civil “Guiás Jurídicas Wolters Kluwer”

http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTQxNTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAR0Q7jjUAAAA=WKE

Tacha de Testigos “Guias Juridicas Wolters Kluwer”

http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTY0MDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAbUUUncjUAAAA=WKE

MARÍA ÁNGELES PÉREZ CEBADERA “La prueba ilícita en el proceso civil” ELDERECHO.COM 02/06/2011.

ANEXO

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS EN EL TRABAJO;

LEC: LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

LECRIM: LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

CE: CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

CC: CÓDIGO CIVIL

CP: CÓDIGO PENAL

LOPJ: LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

TEDH: TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

ART: ARTÍCULO

STC: SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SAP: SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

STS: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

NÚM: NÚMERO