

Valoración de los medios de prueba en el proceso civil¹.

Xavier Abel Lluch.
Magistrado. Doctor en Derecho.

SUMARIO. 1. Los lugares conceptuales comunes e invariables. 1.1. La distinción entre interpretar y valorar. 1.2. Los sistemas tasados y los sistemas de libre valoración. 1.3. Las reglas de la sana crítica. 2. La valoración de los distintos medios de prueba. 2.1. Del interrogatorio de partes. 2.2. De los documentos. 2.3 Del interrogatorio de testigos. 2.4. De la prueba pericial. 2.5. Del reconocimiento judicial. 3. Colisión en la valoración de los medios de prueba. 4. La impugnación de la valoración de los medios de prueba. 5. La primacía de la motivación fáctica de la sentencia.

1. Los lugares conceptuales comunes e invariables.

Resulta imprescindible, al analizar cualquier cuestión de valoración probatoria en el proceso civil, precisar la distinción entre los fenómenos de la interpretación y la valoración, aludir a los sistemas –tasados o libres- de valoración, e intentar precisar el alcance de las reglas de la sana crítica.

1.1. La distinción entre interpretar y valorar.

Dentro de la apreciación de la prueba la doctrina más autorizada distingue las operaciones de “interpretar” y “valorar”². Se dice que “interpretar” una prueba supone fijar el resultado, mientras que “valorar” una prueba significa otorga la credibilidad que merece atendiendo al sistema de valoración – tasado o libre- establecido por el legislador.

Una primera operación mental a efectuar por el juez es la de “interpretar” el resultado de los medios de prueba, que significará fijar qué ha dicho el testigo, cuáles son las máximas de experiencia que aporta el perito o cuál es el contenido de un documento, por citar algunos ejemplos de los medios de prueba más habituales. Una vez verificada la “interpretación”, el juez deberá proceder a su “valoración”, aplicando bien una regla de libre valoración – caso de los testigos y peritos- o de valoración tasada –caso de los

¹ En homenaje a la persona y obra del Profesor Dº Manuel Serra Domínguez, Catedrático de Derecho Procesal, en agradecimiento por su dilatado y fecundo magisterio a generaciones de juristas.

² Esta distinción fue elaborada por CALAMANDREI, P. *La génesis lógica de la sentencia*, que puede consultarse en Sentís Melendo, S. en “Estudios sobre el proceso civil”, Buenos Aires, 1945, pp.379 y ss. y recientemente ha sido abordada por MONTERO AROCA, J., *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, en III Congreso Panameño de Derecho Procesal, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, 2006, pp.421-424.

documentos-, y consistente en determinar la credibilidad del testigo, la razonabilidad de las máximas de experiencia aportadas por el perito y su aplicación al caso concreto, o si el documento es auténtico y refleja los hechos ocurridos en la realidad.

1.2. Los sistemas tasados y los sistemas de libre valoración.

Es frecuente distinguir entre un sistema de prueba legal (o tasada) y un sistema de libre valoración. En los primeros se atribuye a la prueba un efecto determinado; en los segundos se somete a las reglas de la sana crítica. Como apunta TARUFFO, la prueba legal consiste “en la producción de reglas que, predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada prueba³. Y, entre nosotros, SEOANE SPIELGEBERG afirma que en un sistema de prueba tasada “es la Ley la que, con independencia del convencimiento del Juez, le señala la forma como ha de valorar las pruebas, imponiendo el criterio legal, fundado en razones de seguridad jurídica o máximas de experiencia comunes o generales”⁴.

La libre valoración de la prueba no significa que el juez pueda apreciar a su arbitrio los medios de prueba, sino que deberá efectuarlo, en palabras del mismo Magistrado, “conforme a principios o pautas seguros de enjuiciamiento de acciones, conductas y hechos de relevancia procesal, depurándolos conforme a las máximas de experiencia”⁵. Y en palabras de TARUFFO, la libre valoración “presupone la ausencia de aquellas reglas [las que predeterminan el valor de la prueba] e implica que la eficacia de cada prueba para la determinación del hecho sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón”⁶.

La LEC establece normas de valoración tasada: arts. 316.1 LEC –para el interrogatorio de las partes, cuando no siendo contradicho por otros medios de prueba, la parte interrogada admita como ciertos hechos enteramente perjudiciales y en lo que intervino personalmente-; arts. 319 LEC y 1218 CC –sobre fuerza probatoria de los documentos públicos-; arts. 326 LEC y 1225 CC –sobre fuerza probatoria de los documentos privados-.

Y otras basadas en la sana crítica: art. 316.2 LEC –para el interrogatorio de parte cuando la declaración de la parte no versa sobre hechos personales, no resulta enteramente perjudicial o aparece contradicha por otros medios de prueba-, art. 348 LEC –para la prueba pericial-, art. 376 LEC –para el

³ TARUFFO, M., *La prueba de los hechos* (traducción Jordi Ferrer Beltrán), ed. Trotta, Madrid, 2002, pp.387.

⁴ SEOANE SPIELGEBERG, J. L., *La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, 2ª ed., ed. Aranzadi, Navarra, 2007, pp.374.

⁵ SEOANE SPIELGEBERG, J. L., *La Prueba...*, ob. cit., pp.376

⁶ TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, ob.cit., pp.387.

interrogatorio de testigos-; art. 382.3 LEC –para los instrumentos de filmación, grabación y semejantes-.

En realidad, el legislador ha establecido un sistema de libre valoración de la prueba, pues a salvo de las transcritas reglas de prueba tasada (interrogatorio de partes –y en los términos acotados- y valor de los documentos públicos y privados), existe una gran libertad valorativa por el juez conforme a las reglas de la sana crítica (interrogatorio de parte –en los términos ya precisados-, testifical, prueba pericial, reconocimiento judicial y medios de filmación, grabación y semejantes)⁷.

1.3. Las reglas de la sana crítica.

La expresión reglas de la sana crítica, calificada como “elegante”⁸ y “frase genuina española”⁹, fue introducida, por vez primera, en la LEC de 1885 (art. 317¹⁰) y ha sido exportada a otros Códigos Procesales Civiles¹¹. Con antecedentes en el Reglamento del Consejo Real (arts. 147 y 148), ha sido recogida tanto en la LEC de 1881 (arts. 632 y 659)¹² cuanto en la vigente

⁷ Sobre las reglas de la sana crítica: en relación con el interrogatorio de partes vide FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *Comentario al art. 316 LEC*, en “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, (Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler; Valls-Gombau; coords.), ed. Atelier, Barcelona, 2000, pp.1509-1511; en relación con la prueba pericial vide SERRA DOMÍNGUEZ, M., *De la prueba de peritos*, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Albaladejo, M. (dir.), t.XVI, vol.2ª, pp.529-539 y, más recientemente, SEOANE SPIELGEBERG, J.L., *La prueba...*, ob. cit., pp.414-421; en relación con el reconocimiento judicial vide SERRA DOMINGUEZ, M., *De la inspección personal del Juez*, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Albaladejo, M. (dir.), t.XVI, vol.2ª, Madrid, 1991, pp.424-426 y 438-444; y más recientemente LÓPEZ YAGÜEZ, V., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2005, pp.285 y ss.; en relación con los testigos, vide GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. y CORDÓN MORENO, F., *De la prueba de testigos*, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Albaladejo, M. (dir.), t.XVI, vol.2º, Madrid, 1991, pp.589-594 y más recientemente RODRÍGUEZ TIRADO, A.Mª, *El interrogatorio de testigos*, ed. Dykinson, Madrid, 2003, pp.176-181; en relación con los medios de filmación, grabación y semejantes vide SANCHÍS CRESPO, C. y CHAVELI DONET, E. A., *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, pp.176-186; y DE URBANO CASTRILLO, E. y MAGRO SERVET, V., *La Prueba Tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, Navarra, 2003, pp.56-61.

⁸ SENTÍS MELENDO, S., *La prueba*, ob. cit., pp.430.

⁹ GÓMEZ COLOMER, J.L., en AAVV, *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, ob. cit., pp.340.

¹⁰ Del tenor literal siguiente: “Los Jueces y Tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos”.

¹¹ SENTIS MELENDO, S., *La prueba*, ob. cit., pp.259, vide nota a pie núm. 42. Por citar algunos ejemplos, puede verse en el Código Judicial de Panamá (art. 770), en el Código de Procedimiento Civil de Colombia (art. 187) y en el Código boliviano (art. 397).

¹² Art. 632 LEC 1881: “Los Jueces y los Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica sin estar obligados a sujetarse al dictamen de peritos”. Y art. 659 LEC 1881: “Los Jueces y Tribunales apreciarán la fuerza probatoria de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieran dado y las circunstancias que en ellos concurren”.

LEC. Constituye un sistema de valoración de la prueba cuyo alcance resumimos en los siguientes apartados:

1º) La sana crítica permite ajustarse a las circunstancias “cambiantes locales y temporales y a las particularidades del caso concreto”¹³. Conforme reiterada jurisprudencia no son reglas legales ni aparecen definidas en texto normativo alguno¹⁴, de ahí su adaptabilidad. Con frecuencia se identifican con las máximas de experiencia que, según clásica definición de Stein, “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han deducido y que, por encima de esos casos, pretenden validez para otros nuevos”¹⁵.

En la jurisprudencia se han ofrecido pluralidad de nociones “aunque en definitiva [se] las vincula ora a principios lógicos, ora a reglas nacidas de la experiencia” (SAP Madrid, 28 noviembre 2006)¹⁶, siendo muy extendida la noción que constituyen “el camino del discurrir humano que ha de seguirse para valorar sin voluntarismos ni arbitrariedades los datos suministrados por la prueba” (SAP Guipúzcoa 15 mayo 2006)¹⁷.

2º) La sana crítica es un sistema de libre valoración motivada. No se debe confundir la libre valoración de la prueba con la discrecionalidad judicial, puesto que como se ha dicho acertadamente “el principio de la libre convicción ha liberado al juez de las reglas de la prueba legal, pero no lo ha desvinculado de las reglas de la razón”¹⁸. Una valoración libre debe ser una valoración razonada, y el juez debe explicar el cómo y el porqué otorga credibilidad al testimonio, al perito o la parte, en observancia del deber de

¹³ Sobre la naturaleza e importancia de la sana crítica vide SERRA DOMÍNGUEZ, M., *De la prueba de las obligaciones*, en “Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales”, t.XVI, vol.II, Albaladejo, M. (dir.), ed. Edersa, 2ª ed., Madrid, 1991, pp.23-26; y del mismo autor, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp.583-585.

¹⁴ Entre las más recientes, y entre otras muchas: SSTS de 19 febrero 2007, fto. jco.2º (EDJ 2007/8523); de 17 de octubre de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/288696) y de 19 de diciembre de 2005, fto. jco.2º (EDJ 2005/225536).

¹⁵ STEIN, F., *El conocimiento privado del juez* (traducc. De la Oliva, A.), ed. Centro de Estudios Ramon Areces, S.A., Madrid, 1990, pp.22.

¹⁶ SAP Madrid, secc.10ª, de 28 de noviembre de 2006, fto. jco.5º (EDJ 2006/414368), con cita de numerosa jurisprudencia. Del mismo ponente y entre las más recientes, vide también SSAP Madrid, secc.10ª, de 27 de septiembre de 2006, ftos. jcos. 12º y 13º (EDJ 2006/322315); de 27 de septiembre de 2006, ftos. jcos, 19º y 20º (EDJ 2006/326880); de 13 de septiembre de 2006, ftos.jcos 8º y 9º (EDJ 2006/385785); de 19 de abril de 2006, ftos.jcos 8º y 9º (EDJ 2006/100692).

¹⁷ SAP Guipúzcoa, secc. 3ª, de 15 de mayo de 2006, fto. jco.3º (EDJ 2006/398652). En términos similares, SAP Sevilla, secc. 5ª, 3 de junio de 2005, fto. jco.3º (EDJ 2005/163980).

¹⁸ TARUFFO, M., *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*, en rev. Jueces para la Democracia, Información y Debate, núm. 52, marzo 2005, pp.67. En sentido similar, la SAP Cáceres de 31 de mayo de 2006, fto.cjo.4º (EDJ 2006/90032) apunta que ya que “[...] la libertad de apreciación no quiere decir apreciación arbitraria del resultado de la prueba, sino apreciación crítica,[...]”.

motivación de las resoluciones judiciales (arts. 120.3 CE y 218 LEC). Las reglas de la sana crítica constituyen el expediente que permite racionalizar la discrecionalidad judicial en la valoración del testimonio. Se ha dicho con precisión que “frente a otros ordenamientos en los que, como reacción a la prueba legal, se pone el acento en la libertad del juzgador, el español pone el énfasis en la racionalidad que ha de estar en la base de la valoración”¹⁹. Esa racionalidad “exige necesariamente que la decisión sea explicada y sujeta, a su vez, a la crítica de un tribunal superior”²⁰ y exige también la “primacía del juicio fáctico en la motivación de la resolución judicial”, pues solo desde la correcta formación del juicio de hecho se evita la discrecionalidad judicial²¹.

3ª) La sana crítica supone un enfoque de la valoración de la prueba desde la perspectiva de los medios y no del fin. Con acierto se ha dicho que “la sana crítica es un *medio*; la libre convicción es un *fin* o un *resultado*”²². Tal vez el acierto y la pervivencia de la expresión, ya centenaria, de la sana crítica consista en haber desplazado la noción de la valoración probatoria desde la perspectiva del resultado a la de los medios, pues con ella se resalta y destaca el instrumento –la racionalidad o buen criterio judicial- de motivación²³.

4º) A partir de la propia terminología legal, y de modo pedagógico, GUASP explicaba que las “reglas de la sana crítica” “son los criterios normativos (<reglas>, pero no jurídicas) que sirven al hombre normal, en una actitud prudente y objetiva (<sana>) para emitir juicios de valor (estimar, apreciar: <crítica> acerca de una cierta realidad)”²⁴.

2. La valoración de los distintos medios de prueba.

¹⁹ MONTERO AROCA, J., *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, III Congreso Panameño de Derecho Procesal, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, 2006, pp.434.

²⁰ ZUBIRI DE SALINAS, F., *¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto*, en rev. Jueces para la Democracia, Información y Debate, num. 50, julio 2004, pp.55-56, afirma que el concepto de sana crítica debe propiciar una valoración probatoria sujeta a criterios de racionalidad y sometida al control de un órgano superior, destacando la necesidad de la motivación sobre las cuestiones fácticas con parámetros alejados de la íntima convicción.

²¹ Cfr. mi estudio, *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*, en “Objeto y Carga de la prueba Civil”, Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dir.), J.M.Bosch editor, Barcelona, 2007, pp.37. Esta primacía de la motivación fáctica es exponente de “la mayor sensibilidad judicial en relación con las garantías procesales del art. 24.2 CE” (STS de 13 de enero de 1992) y una proyección sobre la legalidad ordinaria en forma del mandato al juez del contenido del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE).

²² SENTÍS MELENDO, S., *La prueba*, ob. cit., pp.431.

²³ MONTERO AROCA, J., *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, ob. cit., pp. 439, afirma que “esa fórmula [en referencia a la sana crítica] expresa que en la resolución judicial deben expresarse los motivos o razones por las que se acepta o rechaza el valor de convicción de cada medio de prueba”.

²⁴ GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t.II, vol.1º, 2ª parte, M. Aguilar, editor, Madrid, 1947, pp.647.

2.1. Del interrogatorio de partes.

La antigua confesión en juicio, ya durante la vigencia de la LEC de 1881, fue progresivamente perdiendo su carácter de *regina probatorum*, merced a una interpretación jurisprudencial que mitigaba el rigor del art. 580 LEC 1881, al matizar el carácter tasado de la confesión bajo juramento indecisorio²⁵.

Sin prescindir de su carácter tasado, la LEC reconoce una eficacia probatoria tasada (art. 316.1 LEC) o libre (art. 316.2 LEC), ensanchando el campo de las reglas de la sana crítica, en función de concurrencia de determinados requisitos. Pervive también la facultad judicial de estimar la *ficta admissio* (arts. 304 y 307 LEC)²⁶. De modo que podemos distinguir tres modos de valoración:

1º) Como prueba tasada. La LEC si bien conserva, en parte, el valor tasado de la antigua prueba de confesión en juicio, lo sujeta a una serie de exigencias. Por una parte, no basta que la declaración sea perjudicial al confesante (art. 580, III LEC 1881), sino será necesaria la intervención personal del declarante en los hechos y que su declaración le sea “enteramente” perjudicial (art. 316.1 LEC). Y, por otra parte, el interrogatorio no puede valorarse con independencia de los demás medios de prueba, sino que para conservar su valor tasado, no deberá entrar en contradicción con el resultado de las demás pruebas (art. 316.1 LEC). Todo ello, además, con el presupuesto de ser disponible el objeto del proceso (art. 752.2 LEC).

La intervención personal en los hechos comporta que el sujeto declarante haya tenido protagonismo en los hechos, pues sólo de este modo su conocimiento será propio y directo, no referencial, y puede, por ende, resultar creíble. La eficacia de un reconocimiento sobre hechos no personales o conocidos de forma indirecta siempre es más incierta²⁷.

El carácter perjudicial de la declaración, ahora reforzado con el adverbio “enteramente” (art. 316.1 LEC), puede identificarse con la interpretación jurisprudencial más rigurosa de la confesión en juicio bajo juramento indecisorio, esto es, referida a los supuestos en los que el declarante “clara, lisa y llanamente, sin necesidad de conectar las respuestas con antecedentes y otras circunstancias, sin necesidad de ninguna interpretación, de forma inequívoca y sin ninguna ambigüedad, el confesante

²⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Confesión en juicio*, ob. cit., pp.245-246 y 295-296, con relación a la derogada regulación de la LEC de 1881 y del CC, resalta las contradicciones entre una jurisprudencia, cada vez más partidaria de la libre apreciación de la prueba, y el tenor literal de los arts. 1232 CC y 580 LEC 1881 “que establecían terminantemente que la confesión hace prueba contra su autor y que perjudica al confesante”.

²⁶ Una sistematización de las reglas de valoración del interrogatorio de partes puede verse en la SAP Madrid, secc.14ª, de 25 de mayo de 2007, fto.jco.3º (EDJ 2007/132824).

²⁷ En este sentido, FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *Comentario al art. 316 LEC*, ob. cit., p.1504.

realiza una declaración contra sí” (STS 28 enero 1997)²⁸. El reconocimiento de los hechos por la parte habrá de ser total y claro. Y muy probablemente el adverbio “enteramente” pretenda incorporar la jurisprudencia recaída, bajo la vigencia de la LEC de 1881, acerca de la indivisibilidad de la confesión en juicio²⁹.

No contradicción con el resultado de las demás pruebas. Al perder su valor probatorio privilegiado, como *regina probatorum* no se valora aisladamente el interrogatorio de partes, prescindiendo del resultado de las demás pruebas. Solamente cuando el reconocimiento total y claro de los hechos en que intervino personalmente la parte no resulte contradicho por el resultado de las demás pruebas, el interrogatorio de parte mantiene su valor probatorio tasado. Si resulta contradicho, entrará en juego el apartado 2º del mismo art. 316 LEC.

2º) Como prueba libre. Aun cuando *prima facie* pudiera parecer que el interrogatorio, como prueba de libre valoración, tendría un campo residual, puede acabar produciéndose el efecto contrario, esto es: que el interrogatorio será una prueba de libre valoración, salvo que concurren los requisitos del art. 316.1 LEC. De otro modo: solo tendrá fuerza tasada el reconocimiento total y claro de hechos perjudiciales en que la parte haya intervenido, y “en todo lo demás” (expresión con que se encabeza el art. 316.2 LEC) será de libre apreciación.

Será, por ende, de libre valoración el reconocimiento sobre hechos no personales, el reconocimiento sobre hechos favorables al declarante y el reconocimiento que ha sido contradicho por el resultado de las demás medios de prueba³⁰.

3º) Como *ficta admissio*. La *ficta admissio*, en consonancia con la doctrina jurisprudencial sobre la *ficta confessio*, se configura como una facultad discrecional del juez, de uso tradicionalmente muy limitado, como enseña la doctrina³¹ y reclama la jurisprudencia³².

La admisión tácita de hechos, recogida en la proposición final del art. 316.2 LEC, no viene referida a los supuestos en que se haya prestado una

²⁸ STS de 28 de enero de 1997, fto. jco. 2º (RJ 1997\22). Del mismo tenor, la STS de 30 de enero de 1992, fto. jco. 1º (RJ 1992\532), exigía una declaración “explícita, categórica y contundente”.

²⁹ SSTS de 21 de junio de 1988 (RAJ 1988\5119) y de 28 de octubre de 1988, (RAJ 1988\7775), entre otras.

³⁰ Con mayor amplitud, FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *Comentario al art. 316 LEC*, ob.cit., p.510, efectúa una enumeración de las declaraciones de la parte sometidas a las reglas de la sana crítica.

³¹ MUÑOZ SABATE, LL., *Técnica probatoria*, editorial Praxis, S.A., 3ª ed., Barcelona, 1993, p.307.

³² En palabras de la SAP A Coruña, secc. 3ª, de 22 de febrero de 2006, fto. jco. 2º (EDJ 2006/22049) no puede “actuarse sin razonamiento alguno o de modo automático”.

declaración de parte, sino más bien lo contrario: aparece circunscrita a los supuestos de incomparecencia de la parte (art. 304 LEC) o de negativa o respuestas evasivas o inconcluyentes (art. 307 LEC).

En los supuestos de incomparecencia (art. 304 LEC) la *ficta admissio* está sujeta al requisito de la citación en legal forma a la parte, la inexistencia de justa causa que justifique la incomparecencia³³, el previo apercibimiento en la citación y la existencia de hechos perjudiciales para la parte en los que haya intervenido personalmente y puedan deducirse de la demanda, contestación y reconvención. Por lo que respecta al apercibimiento no basta la expresión “haciendo los apercibimientos legales”, siendo necesario un apercibimiento específico y expreso (SAP Valencia de 27 de mayo de 2002)³⁴.

En los supuestos de negativa a declarar o respuestas evasivas o inconcluyentes de la parte interrogada (art. 307 LEC), la *ficta admissio* requiere el apercibimiento en el acto de las consecuencias de su actuación, que la negativa a declarar sea injustificada -puesto que se excluyen de este precepto los supuestos en que el declarante tuviera la obligación legal de guardar secreto-, y la existencia de hechos perjudiciales para la parte en los que haya intervenido personalmente.

2.2. De los documentos.

En la valoración de la prueba documental es necesario efectuar dos operaciones diferentes y sucesivas en el tiempo, cual es, en primer lugar, y siguiendo a SERRA DOMÍNGUEZ la verificación documental, esto es, la prueba de la autenticidad del documento, y acto seguido, la atribución de su eficacia probatoria, distinguiendo la eficacia probatoria común a todo documento, la eficacia probatoria privilegiada del documento público y la eficacia del documento privado no impugnado³⁵. Como se ha dicho acertadamente “a la prueba documental propiamente dicha o prueba por el documento, ha de preceder la prueba de la autenticidad del documento”³⁶.

La verificación documental consiste en la determinación de la autoría del documento, esto es, que ha sido formado por la persona a quien se atribuye su autoría. A tal efecto, la LEC establece un régimen de verificación distinto para los documentos públicos que para los privados.

³³ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, C., *La < ficta confessio > en el proceso civil español* , ob. cit., pp.55, con respecto a la LEC de 1881, efectúa una enumeración de justas causas para la incomparecencia.

³⁴ SAP Valencia, secc. 11ª, de 27 de mayo de 2002, fto. jco. 2º (EDJ 2002/43468).

³⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La prueba documental* , en “Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000”, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. dijusa, Barcelona, 2000, pp.256-261 y 262-268.

³⁶ GÓMEZ ORBANEJA, citado por SERRA DOMÍNGUEZ, *La prueba documental* , ob. cit., pp.256.

El documento público, en la medida en que en su autor es un funcionario público³⁷, goza de una presunción de autenticidad³⁸ y la parte que impugnante deberá acreditar su falta de autenticidad (art. 318 LEC), a cuyo efecto deberá solicitar un cotejo o comprobación, normalmente circunscrito a verificar si la copia aportada del documento público coincide con la matriz (art. 320.1 LEC). La impugnación de la autenticidad del documento público es poco frecuente, como también lo es que tal verificación ofrezca un resultado negativo.

Por el contrario, resulta más habitual la impugnación del documento privado, en cuyo caso, y al no gozar de la presunción de autenticidad del documento público, la parte aportante del documento –no la parte impugnante– deberá acreditar su autenticidad, a cuyo efecto podrá solicitar el cotejo pericial de letras o cualquier otro medio pertinente al efecto (art. 326.2 LEC). Acreditada la autenticidad, se identifica su fuerza probatoria con la del documento público (art. 326.1 LEC).

Una vez verificada la autenticidad del documento, debemos proceder a determinar el alcance de su eficacia probatoria. Siguiendo al mismo SERRA DOMÍNGUEZ existe una eficacia común a todo documento, que comprende el hecho mismo de su existencia, bien sea documento público, bien sea documento privado³⁹ y que no puede ser ignorada por el juez.

A partir de esta eficacia común, el documento público goza de una eficacia privilegiada, teniendo el valor de prueba legal en los extremos relativos al hecho de su otorgamiento, de su fecha y de los intervinientes (art. 319.1 LEC), debiéndose extender también el ámbito de la prueba tasada al lugar en que se produjo esa documentación, salvo que se demuestre la falsedad material del documento. Reiterada y constante jurisprudencia ha sostenido que el ámbito cubierto por la fe pública no se extiende a la “veracidad intrínseca” de las afirmaciones contenidas en el documento público, las cuales deberán ser valoradas libremente por el juez en una apreciación conjunta con el resultado de las demás pruebas⁴⁰.

³⁷ Vide RODRÍGUEZ ADRADOS, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (prueba documental)* en “Estudios sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil y su práctica inicial”, Fairén Guillén, V. y Gómez Colomer, J.L. (coords.), Universitat Jaume I, col·lecció “Estudis pràctics”, núm.8, Castellón, 2004, pp.78 y ss. sobre clases de documentos, públicos, privados y oficiales.

³⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La prueba documental*, ob. cit., pp.265 apunta que las dos notas diferenciales del documento público con respecto al privado son la de su “autenticidad intrínseca” y “su eficacia probatoria privilegiada en cuanto al hecho del otorgamiento y su fecha”.

³⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La prueba documental*, ob. cit., pp.262-264.

⁴⁰ Vide, entre otras muchas, las SSTs, de 6 de mayo de 1993, fto. jco. 1º (RJ 1993, 3445) y de 26 de enero de 2001, fto. jco. 5º (RJ 2001/528). Así la STS de 7 de julio de 1989, fto. jco. 6º (RJ 1989/5414) mantiene que “el documento público no tiene prevalencia sobre otras pruebas y por sí solo no basta para enervar una valoración probatoria conjunta, vinculando al Juez sólo respecto del hecho de su otorgamiento y de la fecha de éste, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas”. Y más recientemente

La eficacia del documento privado no impugnado o cuya autenticidad haya resultado acreditada se equipara, por disposición legal, a la del documento público (art. 326.1 LEC). No obstante, tal equiparación solo se produce en los extremos relativos al hecho de su otorgamiento y la identidad de los intervinientes, en la medida que la fecha del documento privado solo tendrá valor de prueba legal respecto de terceros cuando se acredite fehacientemente por alguna de las formas previstas en el art. 1227 CC o por otros medios de prueba.

La eficacia de un documento privado impugnado, y cuya autenticidad no se ha podido acreditar o sobre la que no se ha propuesto prueba alguna, queda remitida a las reglas de la sana crítica (art. 326.2, II LEC).

2.3 Del interrogatorio de testigos.

En términos muy similares al derogado art. 659 LEC 1881⁴¹ y a los artículos 539 y 546 del Proyecto de Profesores de 1974, el legislador no se ha limitado a formular una alusión genérica a las reglas de la sana crítica⁴² para la valoración del interrogatorio de testigos, sino que ha enunciado tres parámetros, más con carácter admonitivo que preceptivo, que aportan seguridad jurídica y, sin excluir otros criterios, reducen la arbitrariedad judicial en la valoración de la declaración del testigo⁴³. Se trata de: la razón de la ciencia del testigo; las circunstancias concurrentes en el testigo; y las tachas formuladas y su resultado.

a) La razón de ciencia viene referida a la fuente de información del testigo y ha sido definida, a nivel doctrinal, como “las circunstancias de tiempo, modo y lugar que hagan verosímil el conocimiento de los hechos por el testigo y la ocurrencia del mismo hecho”⁴⁴ y, a nivel jurisprudencial, como “una justificación de la declaración, es decir, la expresión del cómo, cuándo, y

la STS, de 31 de mayo de 2006, fto. jco. 3º (RJ 2006/3176) recuerda que el valor tasado del documento público no se extiende a su contenido, de modo que “la veracidad intrínseca del documento público puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario, sin que tal medio probatorio tenga prevalencia sobre los demás, vinculando tan sólo al órgano judicial su otorgamiento y fecha”. Cfr. tb. ORMÁZABAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, ed. La Ley, Madrid, 2000, pp.66-67.

⁴¹ DE PAULA PÉREZ, A., *La prueba de testigos en el Proceso Civil Español*, ed. Reus, 1968, p.188-192 describe la evolución histórica de la valoración de la prueba testifical hasta la LEC de 1881 y califica la sana crítica, contenida en el art. 659 LEC 1881, como “estándar jurídico”; un concepto límite saturado de contenido, cuyo desarrollo queda a cargo de la doctrina jurídica”.

⁴² Una síntesis de la noción jurisprudencial de las “reglas de la sana crítica” puede verse en la SAP Madrid, secc.10ª, de 13 de diciembre de 2005, fto. jco.13ª (JUR 2006/129523).

⁴³ DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1ª ed, ed. Bosch, Barcelona, 2000, pp.337, califica la apreciación judicial del testigo como “una casuística innumerable, aleatoria y, con frecuencia, contradictoria”.

⁴⁴ DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, t.II, pp.122.

dónde se percibió lo que se declara” (SAP Santa Cruz de Tenerife 19 junio 2006⁴⁵). Alude a la cercanía del testigo con el hecho y a la fiabilidad de su fuente de conocimiento.

Comprende las explicaciones del testigo al responder las preguntas de las partes (art. 373.3 LEC), y también “las explicaciones que el juez puede pedirle para el esclarecimiento de los hechos” (SAP Córdoba, de 13 de enero de 1997)⁴⁶, en uso de la facultad judicial de solicitar aclaraciones y adiciones (art.372.2 LEC).

b) Las circunstancias concurrentes se refieren a “las relaciones del testigo con las partes y con los hechos sobre los que declara” (SAP Córdoba, de 13 de enero de 1997)⁴⁷. Resulta muy difícil, por no decir imposible, efectuar una enumeración exhaustiva de tales circunstancias, por ser una cuestión propia de la psicología del testigo⁴⁸, no obstante no han faltado aportaciones doctrinales que han propuesto distintas clasificaciones.

En nuestra doctrina destacan las clasificaciones de GUASP⁴⁹, MUÑOZ SABATÉ⁵⁰ y SERRA DOMÍNGUEZ⁵¹. Nos limitamos a dar cuenta de la clasificación de este último autor, que sigue la sistemática de MUÑOZ SABATÉ con algunas modificaciones.

Como criterios personales, inherentes a la misma persona del testigo, y que influyen en la autenticidad y sinceridad de la declaración, cita los que hacen referencia a la edad, capacidad perceptiva y memorística, profesión y cultura, moralidad, amistad íntima o enemistad manifiesta⁵².

Como criterios formales, extraídos de la propia declaración del testigo, bien extrínsecos derivados de su actitud en el momento de prestar declaración, bien intrínsecos, derivados del análisis de la declaración prestada, cita el lenguaje, la seguridad y firmeza, la uniformidad y las contradicciones, las aclaraciones y puntualizaciones, la verosimilitud⁵³.

⁴⁵ SAP Santa Cruz de Tenerife, secc.1ª, de 19 de junio de 2006, fto. jco.2º (EDJ 2006/280524).

⁴⁶ SAP Córdoba, sección 2ª, de 13 de enero de 1997, La Ley, rep, 1997, 3810.

⁴⁷ SAP Córdoba, sección 2ª, de 13 de enero de 1997, La Ley rep, 1997, 3810.

⁴⁸ Sobre la evolución y los retos de la psicología del testigo vide ALONSO-QUECUTY, M.L, *Psicología del testimonio ante el siglo XIX*, en prensa, cuyas dos líneas de investigación se han centrado en la exactitud-inexactitud de la memoria de los testigos y la verdad-falsedad de los testimonios.

⁴⁹ GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t.II, Madrid, 1943-1950, pp.765 y 766, quien distingue entre circunstancias subjetivas, objetivas y de actividad del testimonio.

⁵⁰ MUÑOZ SABATE, LL, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 3ª ed., ed. Praxis, Barcelona, 1993, pp.350-375, quien distingue entre elementos personales, formales y reales de valoración.

⁵¹ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La prueba testifical*, ob. cit., pp.25 y ss.

⁵² SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La prueba testifical*, ob. cit., pp.25-27.

⁵³ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La prueba testifical*, ob.cit., pp.27 y 28.

Como criterios reales, derivados de la relación existente entre el testigo y los hechos cita la accesibilidad del testigo a los hechos declarados, la relatividad de las valoraciones subjetivas del testigo y el interés personal del testigo en el resultado del proceso⁵⁴.

Dichas circunstancias personales, y la falta de parcialidad del testigo, se detectan a través de las preguntas generales del testigo (art. 367.1 LEC), así como la novedosa facultad –no prevista en la LEC de 1881- de las partes de poner de manifiesto al juzgador las circunstancias que puedan disminuir la fiabilidad de un testigo (art. 367.2 LEC). Expresamente, se prevé que “se consignen en el acta [dichas circunstancias personales] para la debida valoración de las declaraciones al dictar sentencia” (art. 367.2, II LEC).

c) La tacha y su resultado que, como es sabido, no comporta la inhabilidad del testigo para declarar (art. 379.3º LEC), si exigen un mayor esfuerzo en la motivación del juicio fáctico por parte del juez, quien deberá razonar porqué otorga credibilidad al testigo, no obstante concurrir unas circunstancias que *a priori* disminuyen su credibilidad⁵⁵, habiendo declarado la jurisprudencia que “el testimonio de un testigo susceptible de ser tachado, puede inducir válidamente a formar el convencimiento del juez sobre la veracidad de sus datos, objeto de prueba, tanto más cuanto que la Sala explicita los criterios que dentro de las reglas de la sana crítica le conducen a formar su convicción” (STS de 17 de noviembre de 1998)⁵⁶.

Ya la lejana STS de 26 de noviembre de 1943, anticipando casi el tenor del actual art. 376 LEC, señalaba que “la eventual existencia de tacha en los testigos no es más que una de las circunstancias concurrentes a apreciar, junto a la razón de ciencia que hubiera dado, conforme a las reglas de la sana crítica”.⁵⁷

La valoración conforme a las reglas de la sana crítica no elude la motivación del juicio fáctico en la sentencia (art. 218.2 LEC) que, en relación a la prueba testifical, puede alcanzar: a) qué hechos alegados y controvertidos han quedado probados conforme a la prueba testifical; b) porqué se otorga credibilidad a las manifestaciones de un testigo; c) porqué merece mayor credibilidad la declaración de un testigo sobre otros, caso de existir una pluralidad de declaraciones contradictorias sobre un mismo hecho; d) porqué se otorga credibilidad al único testigo; e) la colisión de la valoración del

⁵⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La prueba testifical*, ob.cit., pp. 28 y 29.

⁵⁵ En este sentido, MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C 1/2000*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2001, pp.368. alude a “la explícita necesidad de motivación” para valorar al testigo tachado.

⁵⁶ Véase fto. jco.2º, (RA 9317/1998).

⁵⁷ STS 26 noviembre 1943 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, tomo X, Pamplona, 1943, pp.689), citada por PINO ABAD, M., *La tacha de testigos en su evolución histórica hasta la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, 2002, nota a pie núm. 462 en pp. 204.

testigo con los restantes medios de prueba, esto es, qué aspectos de la declaración de un testigo aparecen corroborados o contradichos por el resultado de otros medios de prueba. Este proceso ha sido también denominado como “crítica o depuración del testimonio”⁵⁸.

2.4. De la prueba pericial.

En redacción más escueta que su precedente (art. 632 LEC 1881⁵⁹), y en términos prácticamente idénticos al art. 505 del Proyecto de Profesores de 1974, el art. 348 LEC dispone que “El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica”. Siguiendo en lo sustancial a SEOANE SPIELGEBERG son parámetros de valoración del dictamen pericial los siguientes:

a) La cualificación profesional del perito, y por ende, su especialización sobre la materia del dictamen. Aun cuando la LEC admite, en orden a la capacidad del perito, que pueda rendir dictamen tanto el perito con título oficial en la materia, cuanto, de tratarse de materias no comprendidas en titulaciones oficiales, la “persona entidad en la materia” (art. 340 LEC), debe entenderse que opta preferentemente por el perito con titulación oficial y, dentro de la titulación oficial, por aquel que reúne mayor grado de especialización, pues, por citar algún ejemplo, en una pericial para determinar las lesiones en las vértebras de un sujeto a raíz de un accidente de circulación parece razonable otorgar prevalencia al dictamen del traumatólogo que al del médico general.

b) El método observado. Si junto con el dictamen pericial, se pueden aportar “los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer lo que haya sido objeto de la pericia” (art.336.2 LEC) y si para la emisión del dictamen puede requerir “algún reconocimiento de lugares, objetos o personas o la realización de operaciones análogas (art. 345 LEC), deberá atenderse a las operaciones previas del perito y a la documentación acompañada. Así, en un supuesto de reclamación de vicios ocultos en el que se alegan defectos en la superficie del terreno, puede resultar más creíble aquel dictamen que se acompañe de un informe geotécnico que el que carezca del mismo.

c) Las condiciones de observación o reconocimiento. En ejemplo que propone el citado SEOANE SPIELGEBERG, parece lógica dar “mayor valor a un informe psiquiátrico basado en la valoración clínica de un paciente ingresado en un centro durante meses, que quien lo elabora basado en una

⁵⁸ DE LA OLIVA SANTOS, A. con DIEZ-PICAZO, I, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., pp.327 y sirve “para extraer razonablemente de cada testimonio las partes o aspectos convincentes de la certeza, positiva o negativa”.

⁵⁹ Cuyo tenor literal era: “Los jueces y tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos”.

entrevista de poco o escaso tiempo, o el del arquitecto que efectúa el reconocimiento un día en que llueve y comprueba las filtraciones de agua a través de la cubierta”⁶⁰.

d) Vinculación del perito con las partes. Este criterio debe ser muy matizado, pues cierta orientación doctrinal y algunas resoluciones judiciales sancionan, con mayor o menor intensidad, la superioridad del dictamen de designación judicial sobre el emitido por las partes⁶¹. Las reglas de la sana crítica se aplicarán tanto en la valoración del dictamen emitido por perito a instancia de parte cuanto al dictamen emitido por perito de designación judicial, sin que necesariamente deba prevalecer éste último sobre el primero, pues aun siendo cierto que el perito de designación judicial goza, en su origen, de mayor objetividad sobre el perito de parte, en la medida que éste es escogido por la propia parte, quien puede controlar el resultado, lo decisivo es “la objetividad del resultado que se deduce de los diversos criterios o máximas de experiencia” (SAP Baleares, de 3 de octubre de 2006⁶²) y la mayor o menor fundamentación del perito, y todo ello debe ponderarse en el momento de dictar sentencia.

e) Proximidad en el tiempo y carácter detallado del dictamen. Es siempre un criterio fundamental que el dictamen se haya realizado con cierta proximidad respecto al hecho objeto de dictamen, a los efectos de evitar una modificación en el estado de las cosas, lugares o personas. También es fundamental la lógica interna del dictamen y su razonabilidad.

f) El criterio de la mayoría coincidente, conforme al cual el dictamen conteste de varios técnicos es racional que prevalezca sobre el contradictorio de uno de ellos⁶³.

Además, podemos atender a otros factores como los siguientes:

a) La concordancia entre el contenido y el objeto del dictamen. También deberá ponderar el juez si el perito ha emitido el dictamen sobre los extremos objeto del dictamen o se ha extralimitado⁶⁴, bien por extenderse a extremos distintos de los del encargo, bien por emitir conclusiones jurídicas.

⁶⁰ SEOANE SPIELGEBERG, J.L., *La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, l ob. cit., pp.409.

⁶¹ Entre otras, STS, Sala 1ª, de 31 de marzo de 1997, fto.jco.4º (EDJ 1997/2111) y AAP Vizcaya, secc.3ª, de 6 de abril de 2006, fto.jco.4º (EDJ 2006/97606).

⁶² SAP Baleares, secc.3ª, de 3 de octubre de 2006, fto.jco.4º (EDJ 2006/312402).

⁶³ SAP A Coruña, de 27 de septiembre de 2006, fto.jco.6º (EDJ 2006/307404). Vide también la monografía de este magistrado, *La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2007, pp.407-414.

⁶⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La prueba pericial*, en “Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000”, vol.II, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. dijusa, Barcelona, 2000, pp.321.

b) Los razonamientos que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de peritos. Tanto a instancia de parte (art. 338.2) cuanto de oficio (art. 346 LEC) y tanto respecto a los dictámenes de parte cuanto a los de designación judicial (art.346 LEC), se puede solicitar la contradicción del dictamen pericial en el acto del juicio.

En la valoración del dictamen pericial, el juez debe evitar tanto del sometimiento incondicional al parecer del perito, cuanto el prescindir injustificadamente del dictamen⁶⁵, coincidiendo con DÍAZ FUENTES al afirmar que “la afinación del instrumento de la prueba pericial no radica en la libertad con que el tribunal ha de enfocarla, sino en la capacidad crítica para su acertada valoración”⁶⁶.

2.5. Del reconocimiento judicial.

A diferencia de lo que sucede con los restantes medios de prueba enumerados en el apartado primero del art. 299 LEC, y siguiendo la tradición de la LEC de 1881 y del Código Civil, así como del Proyecto de Profesores de 1974, no existe previsión legislativa sobre cuál deba ser la apreciación de la prueba de reconocimiento judicial por parte del juez, ni siquiera una remisión genérica a las reglas de la sana crítica, llegándose a afirmar por algunos autores que el reconocimiento judicial “se encuentra al margen de la clasificación en prueba legal o libre”⁶⁷.

Más matizadamente, la jurisprudencia recaída con anterioridad y posterioridad a la LEC, viene aplicando criterios similares a los de valoración conforme a las reglas de la sana crítica y tiene declarado, en acertada síntesis de FONT SERRA: 1) Que la prueba de reconocimiento judicial no es prueba tasada o legal (STS 27 julio 1996. AC 899/1996); 2) Que, por su naturaleza –por el hecho de su percepción directa por el tribunal- la prueba de reconocimiento judicial no es una prueba privilegiada, de modo que deba prevalecer sobre los demás medios de prueba (STS 8 noviembre 1982. RAJ 1982/6533); 3) Que es un medio de prueba de libre valoración, de apreciación discrecional por el juez (STS 31 diciembre 1993, AC 514/1994); 4) Que la libre valoración de la prueba de reconocimiento judicial no supone arbitrariedad, sino aplicara los criterios de la lógica, el sentido común y la experiencia, conforme a las reglas de la sana crítica (STS 24 diciembre 1987. AC. 215/1988); 5º) Que las reglas de la sana crítica sólo se vulnerarán en la valoración de la prueba de reconocimiento judicial, cuando no se haya tenido en cuenta o se contradiga algún dato claro y terminante (que conste

⁶⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La prueba pericial*, ob. cit., pp.323.

⁶⁶ DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., ed. Bosch, Barcelona, pp.279.

⁶⁷ JIMÉNEZ CONDE, F., *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978, pp.348 y GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho jurisdiccional*, ob. cit., pp.321.

en el acta de reconocimiento judicial) apreciado por el tribunal en el reconocimiento judicial (STS 25 febrero 1988. AC 459/1988)⁶⁸.

En orden a la valoración debemos distinguir si el mismo juez que practica la sentencia es el que dicta la sentencia o si es un juez distinto. Si el mismo juez que practica el reconocimiento debe dictar sentencia –aspiración del art. 194 LEC-, se pueden confundir las operaciones de interpretación y valoración de la prueba, cuando menos respecto a los datos objetivos del reconocimiento –ej. existencia o no de un objeto, medición del mismo, etc-, en la medida en que no existiendo normas tasadas de valoración, difícilmente el juez podrá sustraerse a la impresión recibida durante la práctica del reconocimiento, resultando aconsejable, en cuanto a los datos subjetivos –apreciaciones o juicios de valor del juez y demás asistentes- que se contrasten con el resultado de los demás medios de prueba, en una operación netamente de valoración⁶⁹.

Mayor dificultad suscita la apreciación del reconocimiento judicial dentro del mismo proceso por juez o tribunal distinto. Ello puede suceder bien en supuestos de reconocimiento practicado por auxilio judicial, bien en supuestos de cambio de juez (fallecimiento, jubilación, recusación o suspensión), bien en supuestos de entrada de la causa en la segunda instancia. Aun siendo cierto que “el cambio de juez no puede perjudicar a las partes ni alterar el resultado del proceso” y siendo deseable el juez que dictara sentencia se encontrase en mismo lugar que el juez que practicó reconocimiento⁷⁰, no es menos cierto que ningún juez puede quedar vinculado por el resultado de una percepción ajena –salvo que se trate de un dato objetivo irrefutable-, resultando posible que, en los supuestos de actas confusas o de contradicción entre los juicios de valor del juez que practicó el reconocimiento y el juez sentenciador, éste último opte por desvincularse motivadamente de los juicios de valor del juez “del reconocimiento” o bien opte por practicar, a modo de diligencia final de oficio (art.435.2 LEC), un nuevo reconocimiento judicial.

Si el reconocimiento se ha practicado por medios técnicos –lo cual es facultativo, a pesar de la imperatividad de los términos legales- (art. 359 LEC)-, estimamos que no es preciso recoger acta detallada de todas las

⁶⁸ FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2000, pp.270-274.

⁶⁹ Sobre la distinción entre los datos extrínsecos o formales –día, hora, lugar, personas concurrentes, firma de los asistentes- y los datos intrínsecos de carácter objetivo –relativos al objeto sobre el que versa el reconocimiento- y los datos intrínsecos de carácter subjetivo – relativos a las apreciaciones y juicio de todo tipo que emiten los concurrentes al acto- vide ORDOÑO ARTES, C., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil español*, ed.Montecorvo, Madrid, 1987, pp.277 y 278.

⁷⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *De la inspección personal del juez*, en “Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales”, t.XVI, vol.II, (dir. Albaladejo, M.) ed. Edersa, Madrid, 1991, pp.442.

percepciones y apreciaciones del tribunal (art. 358 LEC)⁷¹ y la apreciación del reconocimiento puede efectuarse, por el mismo juez que lo practicó u otro distinto, a partir de la observación del sistema de grabación, que sitúa al juez sentenciador, si no en una posición idéntica al juez que practicó el reconocimiento –pues no elige las imágenes que graba–, cuando menos muy similar.

3. Colisión en la valoración de los medios de prueba.

Como supuestos de colisión entre medios de prueba pueden distinguirse tres supuestos⁷².

En primer lugar, la colisión entre medios de prueba de libre valoración. Ello se produce cuando ninguno de los medios de prueba que entran en colisión goza de prueba legal, en cuyo caso el juez puede apreciarlos libremente. La contradicción simultánea entre varios medios de prueba de libre valoración será valorada por el juez según su prudente arbitrio. Son los supuestos de colisión entre el interrogatorio de testigos con la prueba pericial, con el reconocimiento judicial y, en parte, con el interrogatorio de partes.

No es fácil establecer la prioridad entre el reconocimiento de la parte y las declaraciones del testigo o las conclusiones del perito⁷³. En principio, y siempre que el reconocimiento reúna los requisitos del art. 316.1 LEC, y atendiendo a las reglas de la experiencia, prevalecerá sobre la declaración de un testigo, que no deja de ser un tercero en los hechos objeto de discusión, y prevalecerá sobre las conclusiones del perito, siempre que el objeto del juicio no fuera excesivamente técnico.

En caso de contradicción entre la declaración de partes o terceros con las percepciones judiciales en el reconocimiento judicial, deberá prevalecer lo constatado por el juez, en cuanto si los demás medios de prueba convencen al juez, por el reconocimiento judicial el juez se convence⁷⁴. Ello a salvo que se advierta error en la percepción judicial en el acto del reconocimiento.

⁷¹ En este sentido también SOLÉ RIERA, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, en “Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil”, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), ed. Dijusa, Barcelona, 2000, pp.353.

⁷² Seguimos la sistematización efectuada por JIMÉNEZ CONDE, F, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1977, pp.346-352. Más recientemente, y del mismo autor, un resumen en *El interrogatorio de partes en el proceso civil*, ed. Civitas, Madrid, 2007, pp.182 y 183.

⁷³ Con respecto a la normativa derogada, la “colisión de la confesión judicial con otras pruebas” es estudiada por SERRA DOMÍNGUEZ, M., *De la confesión*, ob. cit., pp.306-313.

⁷⁴ En el reconocimiento judicial el juez es autor y destinatario de la prueba. Sobre el particular: SERRA DOMÍNGUEZ, M., *De la inspección personal del Juez*, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, Albaladejo, M. (dir.), t.XVI, vol.2º, Madrid, 1991, p.412; SOLÉ RIERA, J., *La prueba de reconocimiento judicial*, en “Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000”, Alonso-Cuevillas Sayrol, J.

En segundo lugar, la colisión entre medios de prueba de libre valoración y valoración tasada. En tal caso, y por su propia naturaleza tasada, debe prevalecer el medio de prueba de carácter tasado o legal. Es el caso de colisión entre el interrogatorio de testigos y la prueba pericial con el contenido de un documento y, en parte, con el interrogatorio de partes.

Deberá prevalecer el contenido de un documento público o privado no impugnado sobre lo declarado por la parte, el testigo y el perito, y cuanto al ámbito de eficacia tasada del documento, esto es, “el hecho, acto o estado de cosas que documenten, la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella” (art. 319 LEC).

Y en tercer lugar, la colisión entre medios de prueba de carácter tasado. En tal supuesto se neutralizan las pruebas tasadas, y deben ser valoradas libremente por el juez.

Un supuesto particular es el del reconocimiento (interrogatorio de parte) que entra en contradicción con otras declaraciones de la propia parte, sea en el mismo proceso o en otro anterior. La existencia de declaraciones contradictorias de una misma parte durante un mismo proceso deberá ser valorada conforme a la sana crítica. Si la contradicción se produce con declaraciones vertidas por la misma parte fuera del proceso o en anterior proceso, deberá prevalecer la prestada en el mismo proceso, siempre que reúna los requisitos del art. 316.1 LEC.

Otro supuesto particular es la declaración de un testigo que entra en contradicción con la de otros testigos, e incluso la existencia de contradicciones en la declaración de un mismo testigo. Respecto a las declaraciones contradictorias de varios testigos, y con extraordinaria cautela, podemos otorgar mayor credibilidad: a) a la declaración del testigo directo – que ha presenciado personalmente los hechos- sobre la declaración del testigo de referencia –que tiene conocimiento de los hechos a través de un tercero⁷⁵; b) a la declaración del testigo libre de tacha sobre la declaración del testigo tachado (“testigo suspectus”⁷⁶); c) a la declaración del testigo cuyas respuestas abordan directamente las cuestiones formuladas sobre las declaraciones del testigo cuyas respuestas inciden en detalles periféricos y

(coord.), vol.II, Barcelona, 2000, p.338; LÓPEZ YAGÜE, M., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2005, p.44.

⁷⁵ En este sentido GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La Prueba Civil*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2004, pp.476-477, GUTIÉRREZ SANZ, M^a R., *Comentario al art. 376 LEC*, en “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, vol. I, ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pp.1258; RIFÁ SOLER, J. M^a, *Comentario al art. 376*, en “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Fernández-Ballesteros; Rifá-Soler y Valls Gombáu (coords), ed. Iurgum, Barcelona, 2000, pp.1734.

⁷⁶ La terminología es de MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos...*, ob. cit., pp.358.

soslayan el tenor de las preguntas; d) a la declaración del testigo-perito (art. 370.4 LEC) sobre la declaración del mero testigo, en todo aquello que precise conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos⁷⁷.

Reitero que las anteriores reglas deben tomarse con extrema prudencia, y atendiendo siempre a las circunstancias del caso. Por citar un ejemplo, un testigo de referencia puede tener un recuerdo perfecto de un hecho o situación lejana en el tiempo (ej. facilidad de retención y de memoria remota), mientras que un testigo directo puede tener su percepción deteriorada de situaciones muy próximas en el tiempo (ej. déficit de agudeza visual). U otro ejemplo: la declaración discrepante del testigo presencial de un accidente de circulación puede merecer mayor credibilidad sobre la declaración de otros dos testigos, también presenciales pero confabulados, para ofrecer una versión de los hechos que favorezca a una de las partes.

Con respecto a la valoración de relatos contradictorios de un mismo testigo se han propuesto varios criterios. Así, partiendo de la premisa que uno de los relatos responde a la realidad, se ha sugerido atender otorgar credibilidad al último relato, cuando el testigo fue renuente a responder inicialmente; o, por el contrario, atender a la primera descripción por ser más espontánea y cercana al momento de la percepción de los hechos. También atender al origen o causa de la rectificación, si procede del propio testigo o a raíz de una admonición⁷⁸. Pero los anteriores criterios carecen de validez universal, y lo más prudente será neutralizar las declaraciones contradictorias y prescindir de la fuerza probatoria de su declaración, salvo que una de las versiones de los hechos aparezca ratificada por otros medios de prueba.

4. La impugnación de la valoración de los medios de prueba.

Con carácter general, y prescindiendo de las particularidades de cada medio de prueba, la impugnación de la valoración probatoria puede efectuarse en tres momentos:

1º) En la fase conclusiones. Siendo la finalidad de las conclusiones valorar la actividad probatoria en relación con los hechos controvertidos y argumentar sobre las normas jurídicas aplicables al caso (art. 433.2 LEC), cada parte puede efectuar breve resumen de las pruebas practicadas, tanto a instancia propia cuanto de la adversa o de oficio, a los efectos de precisar qué hechos han resultado probados y en virtud de qué medios de prueba, o por el contrario, cuales resultan huérfanos de sustrato probatorio, resultando de

⁷⁷ FERNÁNDEZ SEIJO, J.M^a, *Comentario al art. 370 LEC*, en "El Proceso Civil", vol.III, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2001, pp.2651 los califica como "testigo de carácter privilegiado en razón de su conocimiento".

⁷⁸ DÓHRING, E, *La prueba*, Valetta ediciones, Argentina, pp.135-136.

aplicación la normativa de la carga de la prueba (art. 217 LEC). Ello supone que, en esta fase, se puede efectuar una valoración individualizada y conjunta de cada uno de los medios de prueba practicados, no obstante las dificultades derivadas de la oralidad y de la instantaneidad⁷⁹.

2º) En la segunda instancia. El tribunal de apelación goza de plenas facultades para revisar todo el material probatorio practicado en la primera instancia. Ahora bien, no puede desconocerse que ante el juez de instancia se practica el interrogatorio de partes y de testigos, la ratificación y contradicción del dictamen pericial o que dicho juez practicará por sí mismo del acto de reconocimiento judicial con las ventajas de la inmediación, por lo que el tribunal de apelación, cuya apreciación descansará en el visionado del sistema de grabación de la prueba, se circunscribirá a ponderar si la valoración de los interrogatorios (de parte o de testigos) es ilógica, arbitraria o se aparta de las previsiones del art. 316 LEC; o si se han vulnerado las reglas de la sana crítica en la valoración del dictamen pericial, lo cual sucederá: a) “Cuando no consta en la sentencia valoración alguna en torno al resultado del dictamen pericial. b) Cuando se prescinde del contenido del dictamen, omitiendo datos, alterándolo, deduciendo del mismo conclusiones distintas, valorándolo incoherentemente. c) Cuando sin haberse producido en el proceso dictámenes contradictorios, el tribunal en base a los mismos, llega a conclusiones distintas de las de los dictámenes. d) Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten a la lógica y la racionalidad; o sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios; o lleven al absurdo” (SAP Bizkaia, 17 noviembre 2005⁸⁰).

La llamada “quiebra de la inmediación en la segunda instancia del proceso civil”⁸¹, no debe llevar, por supuesto, a privar de sus facultades revisoras a los tribunales de apelación, sino a extremar su prudencia, pues obviamente el juez “a quo” no goza de la posición privilegiada del juez de primera instancia, no obstante la fidelidad de los sistemas de grabación de las actuaciones judiciales.

Buen exponente de esta postura equilibrada es la SAP Segovia de 13 de abril de 2000 al razonar que “[...] respecto de aquellas pruebas que han sido practicadas a la inmediación judicial, el Juez a quo tiene elementos más fundados para calibrar la forma y seguridad con que han sido emitidas las manifestaciones de partes y testigos que han determinado su apreciación, pero sin que ello impida su nueva valoración por esta Sala, y la modificación de lo por él objetivado, cuando sea expuesto el error cometido por dicho

⁷⁹ Sobre el alcance de las conclusiones y sus dificultades vide SOLANO MARTÍN, M., *Incidencia de la oralidad en la formulación de las conclusiones: de la instructa a las conclusiones orales*, en “Aspectos Prácticos de la Prueba Civil”, Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J (dirs), J.M.Bosch editor, Barcelona, 2006, pp.572-575.

⁸⁰ SAP Bizkaia, secc.3ª, de 17 de noviembre de 2005, fto. jco.2º (AC 2006\300).

⁸¹ Así HERRERA ABIÁN, R., *La inmediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, ed. Comares, Granada, 2006, p.66.

juzgador, y así se aprecie”⁸². Estas facultades revisoras serán tanto más extensas cuanto se revisen pruebas –léase documentos o dictámenes- en las que el “plus” de la inmediación suele ser irrelevante.

3º) En casación. La revisión en casación de la valoración de los distintos medios de prueba excede del ámbito del presente estudio. Nos limitamos a dejar constancia que, frente a la negativa reiterada del Tribunal Supremo a revisar en casación la infracción de las reglas de la sana crítica, salvo que se trate de valoraciones absurdas o ilógicas, bajo el argumento que tales reglas no aparecen recogidas en precepto alguno y, por ello, no podían fundar la casación en el error de derecho (art. 1.692.5º LEC de 1881 y art. 447.1º LEC), algunos autores, ya desde la vigencia de la LEC de 1881, han venido afirmando la posibilidad de revisar en casación la revisión de las reglas de la sana crítica por infracción de las máximas de experiencia probatorias (con fundamento en el art. 1692.5º LEC de 1881 y art. 447.1º LEC).

Desde esta postura se razona que “existía una manifiesta contradicción en la doctrina jurisprudencial al permitir la censura en casación de las reglas del criterio humano del art. 1253 CC, y prohibir la revisión de las reglas de la sana crítica, pese a que unas y otras pertenecieran a la misma categoría de máximas de experiencia comunes”. Y se concluía que “no debería existir por tanto inconveniente alguno en que si el Tribunal de instancia no hubiera efectuado labor crítica alguna de la *prueba testifical* [u otras de libre valoración, añadimos nosotros], o la realizara con manifiesto error, pudiera denunciarse en casación la infracción cometida, sin que ello supusiera convertir la casación en una tercera instancia”⁸³.

5. La primacía de la motivación fáctica de la sentencia.

Con carácter general, la motivación de la sentencia, recogida como mandato constitucional en el art. 120.3 CE y como mandato procesal en el art. 218.2 LEC implica, en sintética expresión de la STC de 8 de marzo de 2004, “dar la razón del porqué de la decisión” y “ser razonada en términos de Derecho”⁸⁴.

Con carácter particular, la motivación fáctica, también recogida *expressis verbis* en el precitado art. 218.2 LEC (“la motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos...”), exigirá determinar qué hechos han

⁸² SAP Segovia, sección única, de 13 de abril de 2000, fto. jco. 2º (EDJ 13168/2000).

⁸³ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *El recurso de casación en la LEC 1/2000*, en Revista Jurídica de Catalunya, 2001, núm.4, pp.1149-1150. En el mismo sentido, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. y CORDÓN MORENO, F., *De la prueba de testigos*, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, t.XVI, vol.2º, ob. cit., pp.600-601, y NIEVA FENOLL, J., *El recurso de casación civil*, ed. Ariel, Barcelona, 2003, pp.176-178.

⁸⁴ STC de 8 de marzo de 2004, fto. jco.4º (EDJ 2004/6834). En el mismo sentido la STC de 23 de marzo de 2004, fto. jco.4º (EDJ 2004/10852) indica que la motivación implica expresar los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuales han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y debe contener una fundamentación en Derecho.

resultados probados y en virtud de qué pruebas⁸⁵. De esta manera, y como indica TARUFFO, la motivación del juicio de hecho “satisface la exigencia de control sobre la racionalidad del razonamiento del juez sobre las pruebas”⁸⁶.

Así lo recuerda, entre otras muchas y con rotundidad, la STS de 12 de junio de 2000 al afirmar que “[...] no basta como calificar un hecho como demostrado, sino que es preciso la explicación de las causas determinantes de dicha decisión, pues por constituir la prueba el apoyo de la sentencia no es admisible obviar su análisis”⁸⁷.

A menudo se reduce la motivación al juicio de derecho, con olvido que el juicio fáctico, y la selección de los hechos probados, es la que predetermina la fundamentación jurídica⁸⁸. De ahí que no sea ocioso recordar, por un parte, que cada sentencia es siempre la respuesta a un conflicto concreto, y por otra parte, que la legitimidad del juez radica en la motivación de la resolución judicial. Tanto más se habrá satisfecho el mandato constitucional al derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE) cuanto la sentencia sea más rigurosa en la selección y determinación de los hechos probados que integran el juicio fáctico.

Esta determinación de los hechos probados en el proceso civil que, a diferencia del proceso penal o laboral no exige necesariamente un relato separado de los hechos probados en un antecedente o fundamento separado⁸⁹, si que exige, por el contrario, determinar cuáles de los hechos controvertidos han resultado acreditados y la relación entre los medios de prueba practicados y los hechos que han sido declarados probados⁹⁰.

⁸⁵ En este sentido, y entre otras muchas, STS 23 de septiembre de 1997 y STC de 13 de julio de 1986.

⁸⁶ TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, ob. cit., pp.436.

⁸⁷ STS de 12 de junio de 2000, fto. jco. 2º, (EDJ 2000/15182)

⁸⁸ CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva (derechos y garantías derivados del art. 24.1 de la Constitución)*, ed. Bosch, Barcelona, 1994, pp.212.

⁸⁹ Sobre el relato de los hechos probados y el alcance de la interpretación del art. 209 LEC vide VILLARINO MOURE, S., *El relato de hechos probados en la sentencia civil*, en “Objeto y Carga de la Prueba”, Abel Lluch, X. y Picó i Junoy J. (dir), J.M.Bosch editor, Barcelona, pp.

⁹⁰ Cfr. MONTERO AROCA, J., *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, ob. cit, pp.444-445.