

LA NUEVA PRUEBA DEL INTERROGATORIO DE LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL

*Discurso leído el 13 de julio de 2006
en el acto de recepción como Académico de Número, por el*
EXCMO. SR. D. FERNANDO JIMÉNEZ CONDE
y contestación del
EXCMO. SR. D. FELIPE ORTEGA SÁNCHEZ



MURCIA
2006

**LA NUEVA PRUEBA DE INTERROGATORIO
DE LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL**

© 2006 Fernando Jiménez Conde
Dep. Legal: MU-1317-2006
Imprime: FG Graf - fggraf@gmail.com
Printed in Spain - Impreso en España

LA NUEVA PRUEBA DE INTERROGATORIO DE LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL

Discurso leído el 13 de julio de 2006
en el acto de recepción como Académico de Número, por el
EXCMO. SR. D. FERNANDO JIMÉNEZ CONDE

y contestación del
EXCMO. SR. D. FELIPE ORTEGA SÁNCHEZ



MURCIA

2006

ÍNDICE

I. DEL JURAMENTO Y LA CONFESIÓN AL INTERROGATORIO LIBRE DE LAS PARTES.....	13
A. INTRODUCCIÓN	13
B. JURAMENTO Y CONFESIÓN.....	15
1.- Régimen de valoración.....	16
2.- Fundamento de cada institución	18
3.- Procesos civiles inquisitivos	19
4.- Objeto del juramento y confesión; posibilidad de “referir” el primero	21
5.- Indivisibilidad	22
6.- Error de hecho.....	23
7.- Naturaleza jurídica	24
8.- Confesión extrajudicial.....	26
C. TRÁNSITO A LA PRUEBA DE INTERROGATORIO DE LAS PARTES	28
1.- Supresión del juramento.....	29
2.- Ampliación del objeto	32
3.- Carácter de medio de prueba.....	32
4.- Declaración “contra se” de la parte fuera del proceso	34
5.- Forma del interrogatorio	37
6.- Eficacia probatoria.....	39

II. RÉGIMEN DE LA NUEVA PRUEBA EN LA LEC DE 2000 ..43

A. OBJETO DEL INTERROGATORIO43

B. SUJETOS QUE PUEDEN SER INTERROGADOS45

1.- Las partes.....45

a) *Capacidad del declarante*.....48

b) *Limitación del número de litigantes a interrogar*.....50

c) *Interrogatorio de personas jurídicas (o entidades sin personalidad que sean parte)*.....52

d) *Interrogatorio de Administraciones y organismos públicos*.....56

2.- Terceros61

a) *Titular de la relación jurídica controvertida o derecho en litigio que no sea parte*.....62

b) *Sujeto conocedor de los hechos a quien la parte interrogada designa para que declare en su lugar*.....64

C. PRÁCTICA DEL INTERROGATORIO67

1.- Introducción. Deber de comparecer67

2.- Incomunicación de los declarantes69

3.- Las preguntas70

a) *Forma y contenido*.....70

b) *Orden a seguir en el interrogatorio*.....81

c) *Control sobre la admisibilidad de las preguntas*.....84

4.- Las respuestas.....87

5.- Los careos.....90

6.- El interrogatorio domiciliario92

7.- El interrogatorio mediante auxilio judicial.....94

8.- Prohibición de reiterar el interrogatorio sobre los mismos hechos.....95

III. APRECIACIÓN DEL INTERROGATORIO DE LAS PARTES97

A. INTERPRETACIÓN Y VALORACIÓN97

B. VALORACIÓN LEGAL (ARTÍCULO 316.1)..... 105

- 1.- Hechos que reconozca la propia parte.....107
- 2.- Hechos personales107
- 3.- Hechos enteramente perjudiciales; indivisibilidad de la declaración en perjuicio de la parte interrogada.... 108
- 4.- Hechos cuya certeza no esté contradicha por el resultado de las demás pruebas; error de hecho del declarante y valoración conjunta de las pruebas.....110

C. VALORACIÓN LIBRE (ARTÍCULO 316.2)..... 117

D. *FICTA CONFESSIO* 120

E. ERROR EN LA APRECIACIÓN DEL INTERROGATORIO 125

- 1.- Error en la interpretación y error en la valoración 125
- 2.- Error de derecho y error de hecho128
- 3.- Revisión de cualquier clase de error en segunda instancia.....130
- 4.- Control del error de derecho en casación131

Contestación del Excmo. Sr. D. Felipe Ortega Sánchez.....139

*Excmo. Sr. Presidente,
Excmos. Sres. Académicos,
Excmas. e Ilmas. Autoridades,
Señoras, Señores y amigos todos:*

Recién llegado a esta tierra de bienes que yo desconocía, allá por comienzos de los ochenta, me correspondió la fortuna de conocer muy pronto a Francisco Martínez Escribano, al que debo especialmente estar hoy aquí leyendo este discurso. Digo fortuna, porque además de tratarse de uno de los letrados más ilustres de esta región, de esos que crean escuela, siempre ha sido un profesional íntegro, con inquietudes y afán de mejorar cuanto está en su esfera de responsabilidad. Por eso me resultó fácil con su impulso y ayuda poner en marcha la Escuela de Práctica Jurídica y abrir brecha en el logro de unas relaciones más intensas entre la Universidad y los profesionales de la Administración de Justicia.

Por entonces más o menos nacía la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, con la que precisamente tuve ocasión de colaborar en aquellos inicios de su andadura –lo recuerdo bien– en la organización y desarrollo de unas Jornadas sobre el Centenario de la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. No podía imaginar que bastantes años después iba a ser elegido miembro de esta Excelentísima Corporación, más sin duda por la generosidad de sus integrantes que por los méritos de que yo pueda ser acreedor.

Cuando me fue comunicado el nombramiento, me embargó una doble sensación. Por una parte, el orgullo, la satisfacción y el honor que

comportan semejante privilegio. Por otra, el sentimiento de que, al incorporarme a una institución del elevado prestigio que posee esta dignísima Academia, tenía que asumir el importante reto de hacer frente a tan alta distinción con la dignidad y responsabilidad que ello requiere. Acepto con gusto ese compromiso, que supone para mí un estímulo en el trabajo que dedico a la docencia e investigación del Derecho. Mediante la lectura de este discurso reglamentario voy a ingresar como Académico de número y estoy deseoso de ello para estar junto a juristas tan ilustres, con algunos de los cuales me une desde hace años una estrecha amistad.

A la hora de elegir el objeto de la disertación, me pareció conveniente tener en cuenta, fundamentalmente, estos tres extremos: primero, que se tratase un tema que, perteneciendo a la rama del Derecho a la yo que dedico mi atención profesional, tuviese la enjundia necesaria para alcanzar el nivel científico requerido en una intervención como ésta; segundo, que versara sobre una materia escasamente analizada por los especialistas, a fin de aportar aspectos inéditos; y tercero, que gozara del suficiente interés tanto en el plano técnico como desde el punto de vista práctico. El resultado ya lo conocen. Voy a hablarles de un medio de prueba habitualmente utilizado en los procesos civiles, el interrogatorio de las partes, el cual se configura por la Ley de Enjuiciamiento de 2000 con unos caracteres diferentes a la prueba de confesión judicial, que fue su predecesora durante muchos años.

Si me lo permiten ustedes, antes de proceder a la lectura de su contenido, quisiera dedicar el trabajo a Encarna, mi mujer, y a mis hijos Fernando, Alejandro, Guillermo y Álvaro, aunque sólo sea para compensar en alguna medida todo el tiempo que la elaboración del discurso me ha impedido estar con ellos. También lo dedico a mis padres, que, desde el seno de Dios donde seguro se encuentran, me contemplan y me protegen.

Y ahora sí, doy paso a esa lectura.

I

DEL JURAMENTO Y LA CONFESIÓN AL INTERROGATORIO LIBRE DE LAS PARTES

A. INTRODUCCIÓN.

Con general beneplácito en la doctrina¹, al que modestamente me sumo, ha sido acogida la modificación que introduce la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 (en adelante LEC)

1 Cfr., entre otros, I. Díez-PICAZO, *Planteamiento, sistema y caracteres del borrador de anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Jornadas nacionales sobre el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil (organizadas por la Escuela de Práctica Jurídica de Murcia en octubre de 1997), Murcia, 1997, Ponencias, págs. 34 y 35; A. BONET NAVARRO, *Consideraciones sobre la fase de prueba de los procesos civiles en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Jornadas nacionales..., cit., 1997, Ponencias, págs. 237 y 238; A. MONTÓN, *Algunas consideraciones sobre la prueba en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Jornadas nacionales..., cit., 1997, Ponencias, pág. 287; TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, *La prueba en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Jornadas nacionales..., cit., 1997, Ponencias, págs. 314 y 315; PICÓ I JUNOY, *La prueba en el anteproyecto de LEC.*, en “Presente y futuro del proceso civil”, ed. Boch, 1998, págs. 244 y 245, y *Del interrogatorio de las partes*, en “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, tomo II, págs. 1809 y ss.; FERRER BARIENDOS, *Interrogatorio de las partes*, en “La prueba”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2000, págs. 113 y ss.; DE LA OLIVA, *Del interrogatorio de las partes*, en “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, ed. Cívitas, Madrid, 2001, 541 y ss., y *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con I. Díez-PICAZO), 3ª ed., Madrid, 2004, págs. 347 y ss.; SAMANES ARA, *Del interrogatorio de las partes*, en “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, ed. Aranzadi, Navarra, 2001, vol. I, págs. 1069 y ss.; FERNÁNDEZ SEIJÓ, *Del interrogatorio de las partes*, en “El proceso civil.

consistente en sustituir la tradicional prueba de confesión por otro medio probatorio, más acorde con los tiempos actuales, al que denomina “interrogatorio de las partes”². Sigue así nuestro legislador la línea trazada hace ya décadas por otros ordenamientos europeos, como el alemán³ o el austriaco⁴.

En realidad, éste es tan sólo uno de los cambios sustanciales operados por la vigente LEC en el sistema probatorio, que se ha visto acomodado a las exigencias modernas de una justicia civil que había quedado obsoleta en este terreno, como en otros. El obligado registro en soporte audio-visual de la práctica de las pruebas, como del resto de las actuaciones orales en vistas y comparecencias; la transformación de la pruebas de confesión y testifical en interrogatorios de carácter oral, libre y directo, con la inexcusable intermediación judicial bajo sanción de nulidad; los posibles careos entre testigos y entre éstos y las partes; los dictámenes periciales aportados desde un inicio por los litigantes, junto al clásico perito designado por el tribunal; el deber de exhibición documental entre las partes y por entidades oficiales; la previsión generalizada y con una reglamentación idónea del reconocimiento judicial de personas, y no sólo de entes materiales; la nueva regulación como medios de prueba de los instrumentos de filmación y grabación de la imagen y el sonido, y de los archivos informáticos; el control explícito sobre las pruebas ilícitamente obtenidas... representan —junto

Doctrina, jurisprudencia y comentarios”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, vol. III, págs. 2284 y ss.; MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 3ª ed., Madrid, 2002, págs. 167 y ss.; ASENCIO MELLADO, *Del interrogatorio de las partes*, en “Proceso civil práctico”, ed. La Ley, Madrid, 2002, tomo IV, págs. 298 y ss.; GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil* (con otros autores), 13ª ed., Valencia, 2004, págs. 283 y ss.; GIMENO SENDRA y MORENILLA ALLARD, *Derecho Procesal Civil*, ed. Colex, Madrid, 2004, págs. 420 y ss.

2 Entre los precedentes de esta reforma cabe destacar el trabajo *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, llevado a cabo por los Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, ed. Tecnos, tomo II, 1974, págs. 61 y ss. (Exposición General de Motivos) y págs. 240 y ss. (texto articulado, segunda parte, libro I, título IV, capítulo segundo: *Del interrogatorio de las partes*, artículos 448 a 463).

3 §§ 445 y ss. de la *Zivilprozessordnung* (Ordenanza Procesal Civil) alemana, en adelante ZPO alemana

4 §§ 371 y ss. de la *Zivilprozessordnung* austriaca, en adelante ZPO austriaca.

a otros— indicadores más que suficientes de esa modernización a la que hacíamos referencia.

En lo que concierne al interrogatorio de las partes, nadie pone en cuestión que ha implicado una mejora notable en el campo probatorio de la justicia civil, sin perjuicio de determinadas consideraciones críticas a pueda ser acreedora su concreta regulación. Se abandona, como decíamos, el instituto jurídico de la confesión, al que por lo común se venía reputando ya desfasado y excesivamente formal y ritualista⁵, estableciéndose en su lugar este llamado interrogatorio de las partes, que si bien es heredero en su configuración básica de la anterior confesión judicial, lo separan de ella significativos contrastes, convirtiéndose en un instrumento más ágil, flexible e idóneo para lograr el hallazgo de las verdades históricas de los hechos controvertidos en el pleito, que es en definitiva la meta a la que se ha de dirigir cualquier medio de prueba.

B. JURAMENTO Y CONFESIÓN

Como es sabido y la doctrina ha destacado unánimemente, tanto la anterior LEC de 1881 como su predecesora de 1855, a las que luego se sumó el Código Civil, confundieron e integraron bajo el amplio concepto de “confesión en juicio” dos institutos jurídicos diferentes, el “juramento” y la “confesión”, de raigambre histórica distinta, como también era diverso su fundamento, de carácter esencialmente religioso el primero, de naturaleza racional y lógica la segunda⁶. Ello explica que fueran objeto de una regulación independiente en las Partidas de Alfonso X El Sabio⁷ y en los proyectos

5 Sin embargo, y como insistiré después, a mi juicio la mayoría de las exigencias formales que se imputaban como un mal a la antigua confesión venían requeridas y justificadas por la propia índole del medio de prueba, sobre todo en atención al valor especial que la ley atribuía imperativamente a sus resultados.

6 Vid., si se desea, nuestro trabajo *Precedentes del error de derecho en la apreciación de las pruebas como motivo de casación*, en “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, 1978, núm. I, págs. 74 y ss.

7 El juramento en el Título XI de la Partida 3ª y la confesión en el Título XIII de la misma Partida.

españoles de Código Civil de 1821⁸ y de 1851⁹. Incluso actualmente, determinados ordenamientos europeos que mantienen vigentes ambas instituciones las tratan legalmente por separado¹⁰.

Nuestras Leyes de Enjuiciamiento Civil del siglo XIX y el vigente Código Civil aludían al tradicional juramento haciéndolo coincidir con la modalidad de “confesión bajo juramento decisorio”, mientras la clásica prueba de confesión judicial se correspondía con la llamada “confesión bajo juramento indecisorio”.

Señalemos las principales características del juramento y de la confesión, que a su vez son significativas a la hora de establecer las diferencias más notables entre ambos institutos¹¹.

1.- Régimen de valoración.

La más importante sin duda radica en la eficacia probatoria que tenían legalmente atribuida uno y otra.

El juramento gozaba de pleno valor probatorio en todo aquello que constituía su objeto. Según se ordenaba en los artículos 294 de la LEC de 1855 y 580 de la LEC de 1881, las declaraciones presta-

8 Los artículos 238 a 252 estaban dedicados a la prueba por juramento, y los artículos 253 a 260 a la prueba por confesión de parte

9 Los artículos 1228 a 1232 referidos a la confesión, y los artículos 1232 y 1233 al juramento judicial.

10 En el caso de Italia, la confesión está regulada en el capítulo V, título II, libro 6º del *Codice Civile* (artículos 2730 a 2735) y en el § 6, sección III, capítulo II, título I, libro 2º del *Codice di Procedura Civile* (artículos 228 a 232), mientras el juramento lo está en siguiente capítulo VI del código sustantivo (artículos 2736 a 2739) y en el § 7 del código procesal (artículos 233 a 243). En Francia, el *Code Civil* también contempla de modo diferenciado la confesión (artículos 1354 a 1356) y el juramento (artículos 1357 a 1369), en tanto que el nuevo *Code de Procédure Civile* se refiere por un lado a la comparecencia personal de las partes y su interrogatorio (artículos 184 a 198) y por otro al juramento (artículos 317 a 322).

11 Al respecto y dentro de la doctrina española más autorizada, pueden consultarse, entre otros, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil* (con HERCE QUEMADA), 8ª ed., Madrid, 1979, I, págs. 331 y ss.; A. BONET NAVARRO, *La prueba de confesión en juicio*, Barcelona, 1978, págs. 108 y 109; SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ed. Edersa, tomo XVI, vol. 2º, 1981, págs. 221 y 222.

das bajo juramento decisorio “harán prueba plena no obstante cualesquiera otras”. Quedaba así establecido que el contenido íntegro de lo declarado por la parte que juraba había de tenerse por cierto, tanto en los extremos que perjudicaran al declarante como en aquellos otros -más frecuentes por lógica- que le pudiesen favorecer.

La verdadera confesión, empero, únicamente hacía prueba plena en relación con las afirmaciones del confesante que le resultasen perjudiciales¹². En rigor, ni la anterior LEC de 1881 ni su predecesora de 1855 otorgaban a dicha prueba un valor determinado, sino que se limitaban a establecer un tope negativo a su eficacia en favor de la parte contraria al confesante. Así, el artículo 580, párrafo 3º, de la primera decía que las declaraciones “sólo perjudicarán al confesante”, y el artículo 294, párrafo 2º, de la segunda, que “no perjudicarán más que al que declara”. Hay que buscar, pues, en las leyes sustantivas para encontrar la norma que tasaba positivamente la valoración.

Con anterioridad al Código Civil dicha norma se encuentra sobre todo en la Ley 2ª, Título XIII, Partida 3ª: “Grande es la fuerza que ha la conosciencia que face la parte en juicio estando su contenedor delante, ca por ella se puede librar la contienda, bien asi como si lo que conoce fuese probado por bonos testigos o por verdaderas cartas”¹³. No obstante, para que la confesión fuera válida y plenamente eficaz, debía comprender diez circunstancias explicitadas en la Ley 4ª del mismo Título

12 Nótese que el verbo “confesar”, al margen de su significado religioso, connota en castellano la idea de relatar algo propio negativo o desfavorable. Por ejemplo: “confiesa que en este asunto te has portado mal” o “confiesa que me debes cinco mil euros”. En cambio, no parece muy adecuado decir: “*confiesa* que eres una buena persona” o “*confiesa* que no me debes nada”.

13 Para nuestro clásico DE VICENTE Y CARAVANTES (*Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, Madrid, 1858, II, p. 179), la confesión era “la más eficaz de todas las pruebas, por ser el medio menos sospechoso de obtener la verdad”. Y el preámbulo del Título 13 de la Partida 3ª declara “que es manera de prueba más cierta et más ligera et con menos trabajo et costa de las partes, que aducir testigos o cartas para probar lo que demandan”, siendo su fuerza tal que el que la obtiene “non ha meester sobre aquel pleyto otra prueba ni otro averiguamiento”. Su importancia y reconocimiento llegó al punto, como se sabe, de ser considerada la *regina probatorum*.

y Partida¹⁴. Si alguna o varias de estas circunstancias no se cumplían, la confesión estaba desprovista de su valor especial¹⁵.

El Código Civil consagró el valor pleno de la confesión mediante una norma imperativa, clara y rotunda, el artículo 1232: “La confesión hace prueba contra su autor”¹⁶. Y añadía: “Se exceptúa el caso de que por ella pudiera eludirse el cumplimiento de las leyes”¹⁷. Sabido es, sin embargo, que el Tribunal Supremo, a través una jurisprudencia muy consolidada, vino de facto a derogar dicho precepto, valiéndose a tal fin del expediente de la apreciación conjunta de las pruebas. Llegó a decir que la confesión judicial “no goza como medio de prueba de fuerza absoluta, sino que está sometida como las demás a la libre apreciación del juzgador”¹⁸, lo que pugnaba de forma evidente con la mentada norma del Código Civil, tajante y explícita¹⁹.

14 Los autores de la época las expresaban en los siguientes versos:

“Major, sponte, sciens, contra se, ubi jus
fit, et hostis. Certum lis que, favor, jus
nec natura repugnet”.

Vid. DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico...* cit., II, p. 181; ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Práctica General Forense*, Madrid, 1861, I, p. 622.

15 “La Ley 2ª, Tít. XIII, Partida 3ª, que como infringida se cita -declara la sentencia TS de 16 de abril de 1872-, hay que combinarla con la Ley 4ª del mismo Título y Partida que determina *los muchos casos que ha menester en si la conosciencia para tener daño a aquel que la face e pro a su contenedor*; y como que la declaración prestada por doña Dolores Violá no reúne dichos requisitos, no puede dársele el valor decisivo a que se refiere la primera de aquellas leyes, y, por tanto, no ha podido ser infringida”.

16 Como puntualizó GÓMEZ ORBANEJA (*Derecho Procesal Civil*, cit., I, pág. 299) en relación con el artículo 1218 que contiene idéntica expresión, “hacer prueba” significa, como en el artículo 580 de la LEC/1881, donde se toma la expresión acuñada del sistema de la prueba legal antiguo, *hacer prueba plena no obstante cualesquiera otras*.

17 Salvedad justificada ante el posible uso fraudulento de la confesión para obviar la aplicación de normas sustantivas imperativas o de *ius cogens*. De ahí que, como en breve señalaré, cuando la prueba de confesión era practicada en procesos civiles no dispositivos, carecía del valor legal y tasado imperante en los demás casos.

18 Sentencia TS de 6 de abril de 1968, cuyo tenor se reprodujo en multitud de resoluciones.

19 Decía SERRA DOMÍNGUEZ a propósito de la indicada jurisprudencia: “su misma formulación supone una manifiesta infracción de los artículos 1232 C.c. y 580,3 L.e.c., sobre todo teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo no justifica ni fundamenta su posición que descansa en una verdadera petición de principio” (*Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 266).

Como en el régimen antecedente, también el Código Civil y la LEC de 1881 condicionaron el valor legal de la confesión judicial al cumplimiento de determinados requisitos: que recayera sobre hechos personales del confesante, pudiendo éste negarse a contestar en otro caso; que el declarante (persona física) tuviese capacidad de obrar; que la confesión no se dividiera en su contra (salvo excepciones); que no se hubiese acreditado haber incurrido en error de hecho al declarar; que la confesión se practicara ante juez competente, bajo juramento (o promesa) y estando personada en autos la parte a quien había de aprovechar; que las posiciones o preguntas fuesen formuladas por escrito (en pliego cerrado o presentado al comienzo del interrogatorio), con claridad, precisión y en sentido afirmativo, debiendo el juez rechazar de oficio las que no reunieran estas condiciones; que el juez examinara personalmente sobre cada una de las posiciones admitidas a la parte que debía absolverlas; que el confesante respondiera por sí mismo, de palabra, sin valerse de borrador de respuestas, ofreciendo contestaciones claras afirmativas o negativas, so pena de tenerlo por confeso.

Estimo errónea la idea de considerar estos presupuestos como un simple cúmulo de formalidades justificantes del reproche que siempre se ha hecho a la confesión judicial de ser excesivamente ritualista. Pienso, por el contrario, que, en atención a la eficacia especial que la ley le atribuía²⁰, la mayoría de tales requisitos venían establecidos precisamente como salvaguarda y garantía de que la confesión operase realmente como un instrumento idóneo para alcanzar la verdad histórica de los hechos. Probablemente, el incumplimiento habitual de algunas de estas exigencias fue una de las razones que motivó esa jurisprudencia proclive a desvalorizar esta prueba legal.

2.- Fundamento de cada institución.

Otra diferencia apreciable entre juramento y confesión la hallamos –así lo apunté antes– en el fundamento de uno y otro instituto.

²⁰ No por capricho ni con fines dispositivos, sino atendiendo a la lógica y a la experiencia.

El juramento tuvo en sus orígenes un soporte esencialmente religioso, cifrado en la fe cristiana de que la salud del alma está por encima de cualquier otro bien, de modo que evitar el perjurio por ser una grave ofensa a Dios se suponía que importaba más a cualquier litigante creyente que su interés en ganar el pleito. Sin embargo, con el devenir de los tiempos ese único fundamento se reveló socialmente insuficiente. Asimismo, todos los Estados modernos consagraron el derecho de sustituir la fórmula de jurar por la de prometer²¹. En los ordenamientos europeos en que se mantuvo viva la prueba de juramento –excepto en el español– se recogía al mismo tiempo el delito de falso juramento, siendo éste un medio de garantizar la confianza en los resultados de aquélla ante el riesgo de sanción penal. En España, en cambio, donde no estaba previsto tal delito²², nadie se arriesgaba a solicitar que la confesión se practicara bajo juramento decisorio y de hecho esta modalidad probatoria cayó en absoluto desuso.

En cambio, la singular eficacia que de siempre la ley asignó a la confesión judicial propiamente dicha hallaba su base²³ en un

21 Como recuerda A. BONET NAVARRO (*La prueba de confesión en juicio*, cit., pág. 105), a partir de la Ley de 24 de noviembre de 1910 se permite en España prometer por el honor en los casos en que la prestación del juramento no sea conforme con la conciencia del declarante. A propósito de esta cuestión, conviene dejar claro que el verbo jurar, según el Diccionario de la Lengua Española, significa siempre y únicamente poner a Dios por testigo de lo que se afirma o se niega. Por eso carece de sentido que en algunos actos protocolarios se utilice como fórmula, alternativa a la promesa, la de “juro por mi conciencia y honor”. En rigor, quien utilice la fórmula del juramento sólo debe decir “juro”. Es posible “prometer” por muchas cosas, pero “jurar”, sólo por Dios (en sí mismo o en sus criaturas, como aclara el Diccionario; de ahí que sí sea correcto expresar, v. gr., “juro por mis hijos”).

22 Para mayor precisión, el Código Penal de 1822 (promulgado el 9 de julio) sí contemplaba en su artículo 434 el perjurio cometido por el litigante en causa civil: “El que en cualquier otro caso en que la ley exija juramento incurra en perjurio, faltando maliciosamente a la verdad, será infame por el mismo hecho, excepto en el caso de declarar sobre hecho propio en materia criminal”. Sin embargo, dicha figura delictiva quedaría suprimida en el Código Penal de 1838, para no volver a aparecer en los sucesivos cuerpos legislativos penales.

23 Sobre las razones que justificaron el carácter de prueba plena atribuido a la confesión judicial por el Código Civil, vid. SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código Civil*, cit., págs. 261 y ss.,

criterio racional y lógico, que hoy sigue gozando de la misma validez y que tradicionalmente se ha condensado en la máxima de la experiencia, invariable y universal, de la *contra se pronuntiatio*: nadie en causa civil reconoce ser ciertos hechos personales que le perjudican a menos que sean verdaderos. Aunque el Código Civil (artículo 1235) requería que la confesión judicial se hiciera “bajo juramento” —o promesa—, en rigor éste no era propio ni necesario en dicha figura y se utilizaba tan sólo como instrumento para reforzar la declaración²⁴.

3.- Procesos civiles inquisitivos.

La confesión judicial, o prueba de confesión *stricto sensu*, era admisible en cualquier tipo de proceso civil. No obstante, cuando se trataba de litigios relativos a un objeto no disponible (procesos matrimoniales, sobre paternidad y filiación, de incapacitación, etc.) carecía del valor pleno legal que en otros casos tenía asignado, a fin de evitar que las partes pudieran indirectamente eludir la observancia de una norma civil imperativa de interés público (artículo 1232, párrafo 2, del Código Civil), siendo entonces apreciable por el juez libremente según las reglas de la sana crítica.

El juramento, sin embargo, teniendo en cuenta precisamente su carácter decisorio, se hallaba siempre vedado en procesos que versaran sobre cuestiones acerca de las cuales las partes no podían transigir (artículo 1237 del Código Civil), esto es, en los que se denominaban procesos civiles inquisitivos o mixtos, que trataban de un objeto total o parcialmente indisponible.

4.- Objeto del juramento y confesión; posibilidad de “referir” el primero.

El juramento estaba concebido para proyectarse sobre el hecho o hechos básicos de la contienda, a fin de servir como instrumento de resolución del litigio. Y la parte frente a la cual se solicitaba podía referirlo o trasladarlo al litigante adverso —constituía ésta una de sus características peculiares—, el cual asumía entonces la carga

24 Cfr. A. BONET NAVARRO, *La prueba de confesión en juicio*, cit., pág. 109.

de prestarlo con las mismas consecuencias en cuanto a su eficacia y valor de prueba plena, so pena si no lo aceptaba de que se le tuviera necesariamente por confeso (artículo 1236 del Código Civil).

La verdadera confesión, por contra, no admitía semejante posibilidad. Versaba sobre todo tipo de hechos en los cuales el declarante hubiera tenido participación, fuesen principales o accesorios en el pleito. Representaba un medio de prueba del que sí se hacía uso con frecuencia y además era normalmente propuesto y practicado a instancia de ambas partes (solía ser el primero que figuraba en los escritos de proposición de prueba). Cada litigante lo utilizaba para interrogar al adversario, sin que fuese factible, por su propia índole, que el llamado a declarar pudiera referir el interrogatorio a la parte contraria.

5.- Indivisibilidad.

El Código Civil prohibía como regla general que la declaración prestada por el confesante pudiera dividirse en su contra (artículo 1233). ¿En qué medida era compatible dicha norma con la que obligaba a tener como cierto lo declarado por el confesante en su contra pero no en su favor?

El problema no se suscitaba en los casos de confesión *simple*, que se producía cuando el litigante confesaba lisa y llanamente lo que se le preguntaba, sino en los de confesión *cualificada* o compleja, que tenían lugar si el confesante reconocía la verdad del hecho sobre el que recaía la pregunta sólo de manera parcial o añadiendo cualquier otra circunstancia que le beneficiaba. Este tipo de confesión compleja admitía, a su vez, dos posibles variantes:

- a) Que el aspecto parcial negado por el confesante (a su favor) o la circunstancia añadida (en su beneficio) no fueran históricamente escindibles del hecho principal (y perjudicial) reconocido. Por ejemplo, el confesante admitía haber recibido del actor determinada cantidad de dinero, pero aseguraba que no había sido como préstamo sino en pago de una deuda. En este caso regía plenamente la indivisibilidad, en el sentido de

no era legítimo admitir como verdadera aquella primera parte de la declaración que perjudicaba al confesante y rechazar la segunda que le favorecía, a menos que el oponente acreditara por otros medios ser cierta la parte de la pregunta negada o incierto lo añadido o modificado por el confesante

- b) Que el declarante agregara un hecho favorable y directamente relacionado con el hecho perjudicial que reconocía, siendo perfectamente posible, desde el punto de vista histórico, diferenciar con nitidez uno de otro. Por ejemplo, el confesante admitía haber recibido del actor determinada cantidad de dinero como préstamo, pero aseguraba que al cabo de tres años se la había devuelto con sus intereses. En tal hipótesis, en cambio, sí era divisible la confesión *cualificada* o compleja, de modo que la misma desplegaba su eficacia legal sobre el hecho desfavorable reconocido, y el agregado por el confesante debía reputarse un hecho diferente y nuevo, necesitado a su vez de prueba como cualquier otro.

En el caso del juramento (o confesión bajo juramento decisivo) no cabía plantear la cuestión de la divisibilidad o indivisibilidad, sencillamente porque su eficacia peculiar radicaba en hacer prueba plena respecto a todos los extremos declarados por la parte que juraba, tanto en lo que le perjudicaba como en lo que le favoreciese.

6.- Error de hecho.

El juramento tenía atribuido un grado tal de eficacia que no admitía, en el propio proceso civil donde había tenido lugar, prueba alguna sobre su posible falsedad o error en la declaración (artículo 1238, párrafo 2, del Código Civil)²⁵.

Tratándose de la confesión judicial, empero, aunque también

²⁵ Lo que no habría sido incompatible con haber previsto el delito de perjurio. De hecho, en los países europeos donde sí se contempla, aunque se condene por delito de falso juramento, la sentencia penal no tiene incidencia en la decisión definitiva del proceso civil. Cuestión distinta es la responsabilidad civil *ex delicto* que el perjudicado tenga derecho a reclamar.

estaba dotada de pleno valor en lo que perjudicara al confesante, se permitía a éste desvirtuar su eficacia acreditando en el mismo proceso civil, por otros medios de prueba, que al declarar había incurrido en error de hecho (artículo 1234 del Código Civil), esto es, que se había equivocado en el terreno estrictamente fáctico, admitiendo por error como verdadero determinado hecho que en la realidad histórica no había acontecido, o no al menos del modo que él lo reconoció.

7.- Naturaleza jurídica.

Signifiquemos, por último, que el juramento en su configuración originaria estaba concebido quizá más como un acto de disposición de las partes²⁶ que como un medio de prueba en sentido estricto. Dicho carácter lo demuestra, por un lado, que no versara sobre hechos simples, sino sobre la relación jurídica debatida –o alguno de sus aspectos– vista en su conjunto, en cuanto integrada de elementos fácticos y jurídicos; por otro, que pudiera ser empleado –ésta era su finalidad primordial– como instrumento expedito para dirimir la contienda: “Sabida cosa es que el pleyto que es librado por juramento en alguna de las maneras que desuso deximos, tanto vale como si fuese acabado por juicio” (Ley 15, Título XI, Partida 3^a).

En tiempos más recientes, sobre todo a partir de su regulación en la LEC de 1881 y en el Código Civil como confesión bajo juramento decisorio, la doctrina española le atribuyó carácter probatorio²⁷.

26 Vid. MANRESA, MIQUEL Y REUS, *Comentarios a la LEC de 1855*, Madrid, 1958, I, pág. 317; DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico...*, cit., II, pág. 191. Como consecuencia, el juramento únicamente podía ser deferido o aceptado por aquél que fuera mayor de edad y no estuviese declarado incapaz para administrar sus bienes (Leyes 3 y 7, Título XI, Partida 3^a); el procurador no podía deferirlo sin poder especial (Ley 4, Título XI, Partida 3^a), ni tampoco los tutores o curadores en los pleitos de su pupilo a no ser que concurrieran especiales circunstancias (Ley 9, Título XI, Partida 3^a).

27 Entre otros, SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 232; GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1968, I, pág. 358; A. BONET NAVARRO, *La prueba de confesión en juicio*, cit., pág. 108. Este último autor afirma tajante: “Es prueba legal, la más antigua de todas; nada más”.

La confesión judicial o “*conoscencia*”²⁸, en cambio, fue generalmente conceptuada desde siempre como un genuino medio de prueba. Las Partidas ya establecían que debía recaer sobre “cosa, cantidad o hecho determinado” (ley 4ª, título 13, Partida 3ª) y no, por tanto, sobre el aspecto jurídico o calificación legal de una obligación, como señaló nuestro Tribunal Supremo en la vieja sentencia de 12 de julio de 1869²⁹.

No obstante, la doctrina moderna ha contado también con opiniones discrepantes de la naturaleza propiamente probatoria de la confesión³⁰. Quizá el autor más significativo en tal sentido sea CARNELUTTI, quien inicialmente³¹ atribuyó a aquélla el carácter de negocio jurídico procesal, considerándola como una declaración de voluntad de los sujetos del proceso de la que se derivan, mediante la sentencia legalmente ajustada a su contenido, los efectos jurídicos de la norma sustantiva³². Sin embargo, el propio autor italiano modificó luego este criterio —como otros que había mantenido a lo largo de su vida, tan fructífera jurídicamente— en la obra postrera *Teoría general del Derecho*³³.

En España, la mayoría de la doctrina se inclinó siempre por calificar a la tradicional confesión judicial como un auténtico medio

28 Así se denominaba en las Leyes del Rey Sabio (v. gr., Ley 1ª, Título 13, Partida 3ª) para hacer singular referencia a la contestación o declaración “de conocimiento” ofrecida por el confesante.

29 Vid. también las sentencias del alto tribunal de 4 de octubre de 1860 y 13 de noviembre de 1866.

30 Sobre las principales tesis defensoras de otra concepción, vid. SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código Civil*, cit., págs. 226 y ss.

31 Cfr. CARNELUTTI, *La prueba civil*, trad. esp. de ALCALÁ ZAMORA, Buenos Aires, 1955, págs. 33 y ss. Algunos de los argumentos ofrecidos por el maestro italiano los compartió en nuestro país GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, cit., 1979, págs. 326 y ss., en especial 328 y 329.

32 Si el lector lo desea, puede consultar la crítica que realizo a esta tesis en mi libro *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978, nota 86, págs. 42 a 45.

33 Cfr. CARNELUTTI, *Teoría general del Derecho*, trad. esp. de F. J. OSSET, Madrid, 1955, pág. 370.

de prueba³⁴, definiéndola comúnmente como la declaración de ciencia que realiza una parte a preguntas de la contraria, sobre hechos personales y perjudiciales, con efectos de prueba legal en lo reconocido por el declarante en su contra.

8.- Confesión extrajudicial.

El artículo 1231, párrafo 1º, del Código Civil señalaba: “La confesión puede hacerse judicial y extrajudicialmente”.

La llamada “confesión extrajudicial” consistía en la declaración de conocimiento verificada por el litigante fuera y antes de iniciarse el proceso, admitiendo ser cierto un hecho jurídicamente desfavorable, declaración que era hecha valer luego en el proceso, a fin de servir, previa acreditación de su existencia y contenido, para demostrar la verdad histórica del hecho en ella reconocido.

La LEC/1881 no se hacía eco de esta modalidad probatoria (quizá porque no precisaba de un procedimiento determinado) y el Código Civil la ubicaba claramente en el seno de la confesión *stricto sensu* y no del juramento, ya que quien la llevaba a cabo no prestaba juramento alguno. Para ser eficaz estaba condicionada, igual que la confesión judicial, a versar sobre hechos personales del confesante y a que éste tuviese capacidad legal para hacerla (artículo 1231, párrafo 2º). Gozaba asimismo, como la confesión judicial, de valor probatorio legal o tasado, pues el artículo 1232 el Código Civil establecía que “La confesión hace prueba contra su autor” sin excluir ninguna de las dos modalidades señaladas justo en el precepto anterior. Es lógico, sin embargo, que el propio código sustantivo se

34 Vid., entre otros, RODRÍGUEZ ESPEJO, *La confesión judicial bajo juramento indecisorio y su eficacia vinculante en la legislación española*, en revista “Pretor”, 1959, págs. 25 y 70; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Madrid, 1963, pág. 160; GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1968, I, págs. 343 y 344; PRIETO-CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1968, I, pág. 477; A. BONET NAVARRO, *La prueba de confesión en juicio*, cit., págs. 66 y 67; y SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 225, quien afirma: “la confesión en juicio es un medio de prueba, el medio de prueba por excelencia, la ‘regina probatorum’, la prueba perfecta, completa y plena, que si bien no consigue la verdad absoluta, proporciona el máximo de verosimilitud que se puede conseguir”.

preocupara de matizar más adelante que este modelo de confesión, en la medida que se engendraba extrajudicialmente, constituía a su vez un hecho que requería ser acreditado en el proceso a través de los restantes medios de prueba (artículo 1239).

El Tribunal Supremo no interpretó correctamente la normativa aplicable del Código Civil a la confesión extrajudicial. Además de negarle el valor probatorio que legalmente tenía asignado³⁵, vino a confundirla o identificarla en cuanto a sus efectos con el medio de prueba empleado para su demostrar su existencia y contenido en el proceso. Según la sentencia de 20 de marzo de 1996, “la confesión extrajudicial, también llamada impropia, carece de eficacia probatoria especial... se considera como un hecho sujeto como los demás al valor probatorio que tenga el medio de prueba por el que se acredita”³⁶.

Lo cierto es, empero, que cuando el artículo 1239 del Código Civil declaraba que la confesión extrajudicial es “un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales según las reglas establecidas para la prueba”, resulta obvio que se estaba refiriendo al hecho mismo de la confesión extrajudicial, necesitado a su vez de prueba, y no al hecho sobre el cual aquélla recaía (el hecho confesado), ya que éste último, si perjudicaba al confesante, debía ser tenido por cierto de conformidad a lo ordenado en el párrafo 1º del artículo 1232, que no distinguía entre confesión judicial o extrajudicial. Como escribió GÓMEZ ORBANEJA, lo peculiar de la confesión extrajudicial “es que constituye a su vez *otro hecho* (distinto del confesado: el de la confesión) que ha de probarse mediante cualquiera de los restantes medios de prueba: por documentos, testigos, etc. A este otro hecho es al que se refiere el artículo 1239 del Código Civil. *Sería erróneo creer que lo que, a tenor de este precepto, queda referido a la (eventualmente, libre) apreciación del juez es el contenido mismo de la confesión*”³⁷.

35 Llegó a decir que el “artículo 1239 del Código Civil que se estima infringido deja la apreciación de la confesión extrajudicial al libre criterio de los Tribunales de Instancia...” (Sentencia de 14 de marzo de 1972, cuyo tenor fue reproducido en otras varias).

36 Vid. también las sentencias de 26 de octubre de 1981 y 20 de febrero de 1990.

37 GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, cit., I, pág. 331. La cursiva es nuestra.

C. TRÁNSITO A LA PRUEBA DE INTERROGATORIO DE LAS PARTES

Cuando el legislador español definitivamente afrontó la ardua tarea de sustituir la vieja LEC de 1881 por un texto legal más acorde con los tiempos, hacía ya décadas que la doctrina española venía propugnando una modernización y actualización del sistema probatorio en el orden jurisdiccional civil, junto a otros cambios y mejoras imprescindibles en un proceso que seguía regido por una Ley más que centenaria, la cual, a pesar de sus reformas parciales a lo largo del siglo XX³⁸, había quedado atrasada en muchos campos.

El mejor exponente escrito de esa intensa y duradera labor doctrinal lo hallamos en la obra que se elaboró a comienzos de los años setenta por los Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, encabezados por PRIETO-CASTRO, su principal impulsor, publicada³⁹ con el título “*Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, que en ciertos ámbitos jurídicos se dio en llamar el “*Libro de los Profesores*”. No cabe duda y es reconocido por todos la influencia notable que dicho trabajo ha ejercido en la redacción de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000.

Bajo la rúbrica “Del interrogatorio de las partes”, la vigente LEC destina la sección 1ª del capítulo VI, título I, libro II, a regular este nuevo medio de prueba. Paralelamente deroga, además de la precedente LEC de 1881⁴⁰, los artículos 1231 a 1239 del Código Civil⁴¹, integrados en la sección 2ª (“De la confesión”) dentro del capítulo V (“La prueba de las obligaciones”), título I, libro IV.

Los dieciséis artículos (355 a 370) que el borrador de anteproyecto de LEC dedicó a la prueba de interrogatorio de las partes eran

38 Entre las más trascendentales, además de la creación del proceso de cognición en virtud del Decreto de 21 de noviembre de 1952, cabe resaltar la de 6 de agosto de 1984 y la de 30 de abril de 1992.

39 Por la editorial Tecnos, el tomo I en 1972 y el tomo II en 1974. Vid. *supra*, nota 2.

40 Disposición derogatoria única, apartado 1.

41 Disposición derogatoria única, apartado 2, 1º.

un fiel reflejo, casi reproducción textual, de la regulación prevista (también en dieciséis artículos: 448 a 463) para el mismo medio de prueba y con idéntica denominación en el citado trabajo *Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. El borrador se ajustó a aquel modelo incluso en el orden de los preceptos, en la mayoría de las leyendas identificativas de cada uno y en el tenor literal del contenido de la mayoría las normas, salvo puntuales variaciones. La discrepancia quizá más notable radique en el régimen mixto de valoración que consagró el borrador (y que luego permaneció en el texto legal definitivo), apartándose en este punto, creo que con buen criterio, del *Libro de los Profesores*.

A lo largo del procedimiento de elaboración de la LEC, el borrador inicial fue objeto de importantes modificaciones. Al final, son los artículos 301 a 316 los que disciplinan esta prueba, cuyas novedades más sobresalientes en relación con el régimen anterior del juramento y la confesión me propongo exponer seguidamente.

1.- Supresión del juramento.

Ante todo, se prescinde por completo de la tradicional prueba de juramento, encubierta por las viejas leyes procesales en la modalidad de confesión bajo juramento decisorio, que, como ya se ha dicho, de facto quedó inutilizada en la práctica.

Conviene hacer notar que hay sistemas jurídicos europeos, como el austriaco y el alemán, bastante más precoces en sustituir la antigua confesión por el interrogatorio oral de las partes⁴², que han conservado no obstante la prueba de juramento en su vertiente de juramento supletorio: el que va destinado a fijar los hechos

42 Cfr. §§ 371 a 376 de la ZPO austriaca, y §§ 445 a 455 de la ZPO alemana tras la reforma de 1933, que según PRIETO-CASTRO (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., 1985, I, pág. 672) tomó en consideración sobre esta materia las ideas contenidas en el Proyecto de Reforma de 1931 que se inspiraba en gran medida en el Código de KLEIN (ZPO austriaca). Recuérdese que en Italia y Francia se mantienen vigentes la confesión y el juramento, si bien el *Codice di Procedura Civile* italiano prevé también el libre interrogatorio de las partes en el artículo 117, y el *Code de Procédure Civile* francés hace lo propio en los artículos 189 y ss.

controvertidos sobre los cuales el tribunal no ha adquirido certeza a través del interrogatorio ordinario de las partes ni de las demás pruebas⁴³.

El *Codice Civile* italiano prevé igualmente en el artículo 2736, junto al juramento decisorio⁴⁴, los llamados juramento supletorio⁴⁵ y juramento estimatorio⁴⁶, y el *Code Civil* francés hace lo propio en los artículos 1367 y 1368 (*serment déféré d'office*)⁴⁷.

En nuestro país, el proyecto de Código Civil de 1836 se refería al juramento supletorio, como un modo de confesión judicial, en el artículo 2094.3⁴⁸. Sin embargo, el actual Código Civil de 1889 no

43 § 377 de la ZPO austriaca: “Cuando el resultado del interrogatorio no jurado no es suficiente para convencer al juez sobre la verdad o falsedad de los hechos, el tribunal puede decretar que se jure el interrogatorio...[No pueden ser requeridas para que juren las partes en las concurren alguna de las causas de exclusión del § 336.1: condena por falso testimonio, ser menor de 14 años y personas que no sean capaces de conocer la esencia y significado del juramento] El tribunal puede extraer de la declaración realizada [en el interrogatorio ordinario] algunas afirmaciones que la parte deberá repetir bajo juramento... Antes de que jure, se le recordará a la parte su deber de decir la verdad... y las consecuencias penales de un falso juramento”.

Análogamente, el § 452 de la ZPO alemana establece que si el resultado del interrogatorio de las partes no es suficiente para que el tribunal se convenza de la certeza o falsedad de hechos necesitados de prueba, podrá ordenar que el litigante declare bajo juramento, salvo que el contrario renuncie a ello o que la parte llamada a jurar haya sido condenada por falso testimonio. No puede exigirse la declaración jurada a ambas partes sobre el mismo hecho. La fórmula del juramento está dirigida a que la parte diga la pura verdad y no oculte nada.

44 El que una parte defiere a la otra para hacer depender la decisión total o parcial de la causa.

45 “Aquel que es deferido de oficio por el juez a una parte con el fin de decidir la causa cuando la demanda o las excepciones no han sido plenamente probadas, pero no están del todo desprovistas de prueba...”

46 Destinado a establecer el valor de la cosa demandada, si no puede ser concretado de otro modo.

47 La diferencia sustancial entre el sistema italiano y el francés estriba en que el primero confiere al juramento eficacia probatoria legal plena, mientras el segundo somete el resultado de la prueba a la libre apreciación de los tribunales.

48 “Cuando el juez manda jurar a una de las partes como medio supletorio, no pudiendo probarse plenamente el hecho de la principal controversia”.

contempló ni el juramento supletorio ni el estimatorio, lo que dio lugar en la doctrina a determinadas críticas⁴⁹.

Respecto a la vigente LEC, GIMENO SENDRA y MORENILLA ALLARD critican “que las partes no tengan la obligación de jurar o prometer decir verdad. Al no existir este límite no sólo pueden faltar a la misma, sino mentir, sin incurrir en responsabilidad”. Por ello proponen *de lege ferenda* “la necesidad de que las partes prometan o juren decir la verdad con la posibilidad de incurrir en la misma responsabilidad criminal que los testigos y peritos”⁵⁰.

Quizá habría sido oportuno, a mi modo de ver, que, junto al interrogatorio de las partes y como complemento de tal prueba, el legislador hubiera incorporado la declaración jurada de carácter subsidiario o juramento supletorio⁵¹, siguiendo la pauta autorizada del derecho comparado que, como hemos visto, rige en países con un sistema y principios procesales próximos al nuestro⁵².

49 V. gr., SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 218: “El error del legislador fue notable. De una parte manteniendo el juramento decisorio que la práctica había, con su desuso, derogado. De otra suprimiendo dos juramentos, el supletorio y el estimatorio, de manifiesta utilidad práctica siempre y cuando se mantuvieran las sanciones previstas en otras legislaciones para el perjurio. Lo que una vez más demuestra la necesaria prudencia del legislador que debe evitar romper, por una simple intuición unilateral, con las enseñanzas de la experiencia jurídica”.

Algunos autores (PRIETO CASTRO *Tratado de Derecho Procesal Civil*, cit. I, pág. 671; GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, cit., I, págs. 330 y 334) quisieron ver un reflejo del juramento supletorio en el artículo 340.2º de la LEC/1881, el cual otorgaba a los tribunales la facultad de acordar como diligencia para mejor proveer “exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados”. En contra, SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 217.

50 Cfr. GIMENO SENDRA y MORENILLA ALLARD, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 421.

51 No así el estimatorio, que puede generar otros inconvenientes; además resulta menos útil ante las precisas reglas de determinación de la cuantía previstas por la LEC (artículos 251 y 252) y la actual prohibición de diferir al proceso de ejecución la liquidación de condenas ilíquidas (artículo 219).

52 En definitiva no se ha hecho así por razones de política legislativa y consecuentemente, como apunta MONTERO AROCA (*La prueba en el proceso civil*, cit., 2002, pág. 169), desde esa perspectiva podrá criticarse.

2.- Ampliación del objeto.

En comparación con la precedente prueba de confesión, el nuevo interrogatorio de las partes presenta como característica destacada la ampliación de su objeto.

El interrogatorio no queda restringido a los hechos en que la parte declarante haya participado directamente o haya tenido un protagonismo inmediato (hechos *personales*). Según previene el artículo 301.1: “Cada parte podrá solicitar del tribunal el interrogatorio de las demás *sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio*”⁵³. Se configura, pues, como una prueba en este punto semejante a la de testigos (véase el parecido con el artículo 360), que deponen igualmente sobre hechos que han presenciado o simplemente conocen⁵⁴.

Sin embargo, y abundaremos luego en ello, que el interrogatorio verse o no sobre hechos en los que la parte haya intervenido de forma personal sí tiene notable trascendencia desde el punto de vista de la eficacia probatoria que el juzgador pueda o deba atribuir al resultado de la declaración o al intento de que ésta se realice (artículos 304, 307 y sobre todo 316.1).

3. Carácter de medio de prueba.

La confesión judicial, según ya señalamos, fue concebida por cierto sector doctrinal como una declaración de voluntad o negocio

53 Sobre este extremo me parece más apropiada la escueta redacción que ofrece el artículo 448.1 de la *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (ob. cit., II, pág. 240): “cada parte podrá solicitar el interrogatorio de las demás que figuren en el asunto, *acerca de hechos controvertidos en el mismo*”. La referencia que ahora se añade a “las circunstancias” resulta innecesaria, por cuanto es obvio que las circunstancias forman parte del hecho; como también la precisión de que el litigante tenga noticia de los hechos interrogados, pues difícilmente podrá declarar sobre algo que ignore por completo.

54 Por eso el artículo 370.3 ordena que el testigo exprese la razón de ciencia de lo que diga, a fin de que el tribunal sepa si se trata de un testigo presencial (*testes visu*) o un testigo de referencia (*testes de auditu*).

jurídico procesal, más que como un verdadero medio de prueba⁵⁵, atendiendo a su acentuado formalismo y en especial a la plena vinculación del juez a sus resultados por imperativo de la ley. Hoy, empero, existe prácticamente unanimidad entre los autores en considerar que el nuevo interrogatorio de las partes adquiere sin sombras ni matices la dimensión de auténtico medio de prueba semejante a los demás⁵⁶.

Se trata a no dudarlo de una estricta declaración de ciencia o conocimiento que realiza el litigante (en persona) sobre hechos relevantes en la causa acerca de los cuales se le pregunta, en la medida en que pueda conocerlos y dar cuenta de ellos desde el punto de vista histórico (se prohíben las valoraciones y calificaciones); igual que lo hace un testigo, con la única diferencia (además de que el testigo sea tercero) de que la parte no presta juramento o promesa ni incurre en responsabilidad penal si falta a la verdad.

El órgano jurisdiccional está facultado según la LEC para valorar los resultados del interrogatorio conforme a las reglas de la sana crítica. Se está, pues, fundamentando la valoración en el libre convencimiento del tribunal. Hay ciertamente una excepción: el caso específico del reconocimiento expreso por la parte de hechos personales que enteramente le perjudiquen, donde la norma considera “con pleno acierto” que ha de imperar la *contra se pronuntiatio*, pero no a causa de que el litigante esté realizando ningún acto dispositivo, sino como criterio inequívoco de acierto en la determinación de la verdad histórica de los hechos reconocidos. Y aun en este caso, cede la regla legal de valoración ante el resultado contradictorio de otros medios de prueba.

55 No ha sido ese nuestro criterio ni el de la mayoría de la doctrina.

56 Cfr. DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 347; MOTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., pág. 169; ASENSIO MELLADO, *Del interrogatorio de las partes*, en “Proceso civil práctico”, cit., tomo IV, pág. 298; GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional II*, cit., pág. 284; MARTÍN PASTOR, *Derecho Procesal Civil* (con ORTELLS RAMOS y otros), 5ª ed., 2004, pág. 376; FERNÁNDEZ SEIJÓ, *Del interrogatorio de las partes*, en “El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y comentarios”, cit., pág. 2286; FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Del interrogatorio de las partes*, en “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, pág. 1410; entre otros. Opina parcialmente en contra CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil* (con otros autores), 5ª ed., 2003, Parte General, pág. 274.

Es claro, pues, que el legislador ha conformado el interrogatorio de las partes como un instrumento probatorio más, exclusivamente encaminado a reconstruir la pequeña historia del proceso, a esclarecer la verdad o falsedad de los hechos debatidos, y no como un medio destinado a la mera fijación formal de éstos (con independencia de su realidad histórica) ni a ser un mecanismo procesal para que las partes negocien o dispongan de sus derechos.

4.- La declaración *contra se* de la parte fuera del proceso.

La modalidad de confesión “extrajudicial” desaparece del mapa jurídico. La LEC deroga los preceptos del Código Civil que la contemplaban (en especial los artículos 1231 y 1239) y omite toda referencia a ella en su articulado.

A mi entender, constituye un error que el legislador haya prescindido de un instituto jurídico como éste, idóneo y singularmente útil en determinados casos para acreditar la certeza de hechos relevantes en el proceso⁵⁷. La confesión extrajudicial puede perfectamente obrar en cualquier litigio con fines probatorios y en tal sentido debe conceptuarse como verdadera prueba.⁵⁸ A esta decla-

57 En Italia permanece regulada la confesión extrajudicial en el artículo 2735 del *Codice Civile*: “La confesión extrajudicial hecha a la parte o a quien la representa tiene la misma eficacia probatoria que la judicial. Si es hecha a un tercero o está contenida en un testamento, es libremente apreciable por el juez.- La confesión extrajudicial no puede probarse por testigos si versa sobre un objeto para el cual la prueba testimonial no está admitida por la ley”.

En Francia se halla igualmente prevista en los artículos 1354 y 1355 del *Code Civil*, habiendo establecido la jurisprudencia del país galo que su fuerza probatoria queda al criterio soberano de los *juges du fond*, que le es aplicable el principio de indivisibilidad y que no puede ser rectificada más que cuando ha sido el resultado de un error de hecho cuya prueba incumbe al declarante.

58 No es apropiado asimilar el *modus operandi* de la confesión extrajudicial al de una presunción, considerando aquélla como hecho indicio y al hecho confesado como presunto. La clave para distinguir entre medio de prueba y hecho indicio, como puso de relieve CARNELUTTI, estriba en la función representativa que cumple siempre el medio de prueba respecto al hecho a probar, lo que en cambio no es predicable del hecho indico con relación al hecho presunto: “Se llaman *fuentes de prueba* [medios de prueba] los hechos que sirven para la deducción del hecho a probar y que *están constituidos por la representación de éste*; se llaman *fuentes de presunción* [indicios] los hechos que sirven para la deducción del hecho a probar y

ración de conocimiento desfavorable “siempre que se produzca en condiciones de libertad y sin error demostrable” le es tan aplicable la máxima de la *contra se pronuntiatio* como a la que tiene lugar dentro del proceso en virtud del interrogatorio de las partes, incluso a veces con más intensidad, pues se produce sin la presión psicológica a que se ve sometido quien declara ante un tribunal.

Es cierto que la declaración *contra se* de la parte realizada fuera del proceso requiere a su vez, para operar eficazmente en él, que su existencia y contenido sean debidamente acreditados en el propio proceso. Pero esa sola circunstancia no es suficiente para negarle la condición de auténtica prueba. También los documentos, los dictámenes periciales, los medios de reproducción del sonido y la imagen y los instrumentos de archivos informáticos constituyen elementos que se conforman fuera del proceso y luego se incorporan a él como verdaderos medios de prueba.

Hay actos con trascendencia jurídico-sustantiva que tienen lugar frecuentemente en el tráfico y cuyos partícipes preconstituyen como prueba más idónea de los mismos —a veces la única posible— la confesión extrajudicial. Quien, por ejemplo, abona cualquier cantidad que adeuda reclama siempre a su acreedor la entrega del correspondiente recibo. ¿Y qué es éste sino la declaración documentada del acreedor de que ha recibido el importe de la deuda? Sería equivocado pensar que el medio de prueba que demuestra el pago

que *no están constituidos por la representación de éste*” (Cfr. CARNELUTTI, *La prueba civil*, cit., pág. 90, seguido sobre este punto en España por CARRERAS, *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, en “Estudios de Derecho Procesal”, con FENECH, 1962, págs. 359 y ss., y por mí mismo, *La apreciación de prueba legal...*, cit., págs. 169-170). El autor italiano ilustra lo que expone con un ejemplo muy claro que merece la pena leer.

Aplicado este criterio a la confesión extrajudicial, no cabe duda de que ésta, en la medida que supone la declaración de un sujeto reconociendo la verdad de determinado hecho, siempre es representativa del hecho reconocido, que es el que a la postre se tratará de probar. De ahí que cuando opera en el proceso lo haga en condición de medio de prueba y no de hecho indicio base de una presunción. Es más, la declaración confesoria extrajudicial en ocasiones se realiza con la expresa finalidad de que pueda servir como futura prueba ante una hipotética controversia en relación con el hecho confesado, cumpliendo en tal caso la función de prueba preconstituida.

es el propio documento donde figura el recibo. Tal documento no acredita por sí mismo el hecho del pago, sino tan sólo la declaración confesoria del acreedor de haberlo recibido, que es la verdadera prueba de aquél.

Algo semejante cabría decir de los dictámenes periciales que las partes aportan –conforme a la vigente LEC– con la demanda y la contestación. Su eficacia probatoria en relación con los extremos fácticos que mediante ellos se pretende acreditar no deriva del documento en que consta el dictamen, sino obviamente de la propia opinión del experto que ha sido emitida fuera del ámbito del proceso. El documento tan sólo sirve para hacer ver y demostrar al tribunal que esa opinión técnica se ha producido, quién es su autor y cuál es su contenido. Ciertamente que el perito puede luego ser llamado al acto del juicio o a la vista para ratificar su dictamen y ofrecer las explicaciones pertinentes. Pero también en el caso de la confesión extrajudicial la parte podría ser citada a interrogatorio con ese mismo fin⁵⁹

De todos modos, aunque la confesión extrajudicial haya quedado huérfana de una regulación legal explícita, no por ello van a dejar de producirse en la vida jurídica declaraciones confesorias extrajudiciales; y cuando éstas sean invocadas “y acreditadas” en un pleito con fines probatorios, el tribunal no podrá dejar de ponde-

59 Se darían entonces varias alternativas. Primera, que el litigante reconozca haber realizado la confesión extraprocesal y se ratifiquen ella, en cuyo caso esta declaración merece el valor probatorio que la LEC (art. 316.1) asigna al reconocimiento en juicio de hechos perjudiciales (más que el que pueda tener en sí la propia confesión extrajudicial). Segunda, que el interrogado admita que verificó la declaración confesoria extrajudicial, pero no se ratifique en ella, aduciendo, por ejemplo, que la realizó bajo coacción o que se equivocó en su contenido (error de hecho); en tal hipótesis, asume la carga de probar estas objeciones o impedimentos. Y tercera, que niegue sencillamente haberla llevado a cabo; entonces depende de la prueba que a su vez la contraparte haya empleado para acreditarla. Si ha sido la documental, el que oponente deberá impugnar la autenticidad del documento; si ha sido otro medio de prueba (v. gr., la testifical), el tribunal valorará su resultado junto al de las demás prueba relativas a este punto, a fin de establecer si ha quedado demostrado el hecho en sí de la confesión extrajudicial, con independencia del valor probatorio que luego otorgue a ésta –si ha sido acreditada– en relación con el hecho perjudicial reconocido en la misma.

rarlas. Siempre queda como cauce posible la nueva vía abierta que incorpora el artículo 299.3 de la LEC: “Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiese obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias”. Es de desear que en la práctica forense los letrados empleen este sendero para proponer la declaración confesoria extrajudicial como prueba de los hechos. Si el juzgador es prudente, deberá admitirla, siempre que contribuya a proporcionar la certeza histórica deseada. De este modo, quizá, pueda rectificarse la jurisprudencia anterior sobre la confesión extrajudicial, poco ortodoxa, y elaborarse una doctrina legal acorde con las exigencias técnicas y prácticas que reclama la lógica en relación con este instituto.

5.- Forma del interrogatorio.

La novedad tal vez más importante que presenta el interrogatorio de las partes, si se contrasta con la anterior confesión judicial, o al menos la más llamativa, estriba en las características que presiden el modo de interrogar. La Exposición de Motivos de la LEC resalta este aspecto como motor principal que ha propiciado la sustitución de una prueba por otra: “La confesión, en exceso tributaria de sus orígenes históricos, en gran medida ya superados, y, por añadidura mezclada con el juramento, es sustituida por una declaración de las partes, que se aleja extraordinariamente de la rigidez de la ‘absolución de posiciones’. Esta declaración ha de versar sobre las preguntas formuladas en un interrogatorio libre, lo que garantiza la espontaneidad de las respuestas, la flexibilización en la realización de las preguntas y, en definitiva, la integridad de una declaración no preparada”⁶⁰.

En efecto, se abandona aquel ritual de la confesión estrictamente formalista, basado en preguntas escritas y no siempre respaldado –al menos en la práctica– por las garantías que requiere la vigente Constitución, y se da paso –sobre la experiencia ya consolidada en la jurisdicción laboral– a un interrogatorio presidido por los prin-

⁶⁰ Exposición de Motivos, XI, párrafo 7.

cipios de oralidad⁶¹, concentración, inmediación, contradicción y publicidad, donde participan todos los letrados de las partes personadas en el litigio⁶².

Los referidos principios tienen, naturalmente, su correspondiente reflejo en el texto articulado de la LEC. La oralidad, en tanto en cuanto el interrogatorio se lleva a cabo en el seno de un acto (juicio o vista) enteramente oral, y las preguntas y respuestas deben realizarse oralmente (artículos 302 y 305)⁶³. El principio de concentración, inherente a la forma oral, que consagra el artículo 290: “Todas las pruebas se practicarán en unidad de acto”⁶⁴. El principio de inmediación, de crucial trascendencia cuando se trata de actos orales, que es tomado en expresa consideración por la LEC de 2000, imponiéndolo bajo sanción de nulidad de pleno derecho en el artículo 137 y reiterando luego su inexcusable respeto en el artículo 289.2⁶⁵. El principio de contradicción, ineludible para el eficaz

61 Como luego veremos, el paso de la escritura a la oralidad plena no estaba previsto en el proyecto de LEC, sino que se incorporó a ella en la tramitación parlamentaria.

62 Éste es, por lo demás, el modelo que el legislador de 2000 ha trazado de manera general para las principales actuaciones del proceso civil, dando un giro notable en relación con el régimen precedente. Semejante innovación requería un importante cambio de mentalidad y sistema de trabajo en los profesionales del foro —jueces y abogados principalmente— si no quería verse relegada a una reforma meramente teórica, sustituida en la práctica por corruptelas que hicieran pervivir el modelo anterior. Lo cierto es, sin embargo, que en los pocos años que la LEC lleva vigente tal acomodación se ha producido de hecho y sin gran dificultad, de modo que los perfiles diseñados por el cambio han sido ya asumidos, al parecer con un balance netamente positivo.

63 Salvo que el declarante sea la Administración u otro organismo público (artículo 315) y en algunos supuestos de interrogatorio domiciliario (artículo 311.2) o por vía de exhorto (artículo 312).

64 Con excepción de las que no sea posible llevar a cabo en el juicio o vista (que se practicarán antes de aquél o aquélla) y las que se realicen como diligencia final en el juicio ordinario.

65 No obstante, también la inmediación se ve excepcionalmente restringida cuando el interrogatorio ha de realizarse por vía de auxilio judicial. En este caso, que prevé el artículo 313, , sería aconsejable, a fin de que dicho principio sufra lo menos posible, arbitrar algún sistema de comunicación a distancia, como la videoconferencia, que permita al juez del proceso presenciar en tiempo real el interrogatorio e incluso hacer alguna sugerencia al juez exhortado. Más adelante insistiré sobre esta cuestión.

ejercicio del derecho de defensa, que ha de presidir la práctica de toda prueba según requiere el artículo 289.1. Y el principio de publicidad, tradicionalmente conceptualizado como importante factor de garantía para la recta administración de justicia⁶⁶, que se proclama –como regla general– en el artículo 138.1 de la LEC⁶⁷.

6.- Eficacia probatoria.

Un último aspecto al que también es preciso aludir aquí, sin perjuicio de su análisis más detenido en el apartado final de este trabajo, estriba en el régimen de valoración de la prueba, al cual el legislador de 2000 le ha dado un giro singular.

Si se atiende a los textos positivos del Código Civil y de la LEC de 1881, no cabe duda de que la confesión judicial estaba configurada como un medio de prueba de valoración estrictamente legal o tasada, siendo estrecho el margen dejado por la ley al libre criterio del órgano jurisdiccional. A lo largo del siglo XX, aunque a tenor del ordenamiento entonces vigente tal sistema resultaba indiscutible, se alzaron las voces críticas de un sector de la doctrina que, no sin el respaldo de cierta jurisprudencia claramente *contra legem*, defendían a capa y espada la libre apreciación de dicha prueba. Eran y siguen siendo los detractores de cualquier manifestación de la prueba legal, con los que nunca he estado de acuerdo. Como en su día puse de manifiesto⁶⁸, quienes preconizan tales opiniones arremeten sin consideración contra todo tipo de módulos legales que en la operación enjuiciadora de las pruebas puedan coartar o limitar de cualquier modo la “sagrada” libertad de convencimiento de los

66 GÓMEZ ORBANEJA recuerda en su manual (*Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 223) las palabras que pronunció MIRABEAU ante la Asamblea Constituyente francesa: “Dadme el juez que os plazca: parcial, venal, incluso mi enemigo; poco me importa, con tal que no pueda hacer nada sino de cara al público”.

67 Al margen de las excepciones aplicables *ex* artículo 138.2 a la publicidad en sentido amplio (de terceros o público en general), también puede restringirse la presencia de los litigantes y sus abogados en el interrogatorio de las partes cuando éste tenga lugar en el domicilio del declarante y el tribunal repunte improcedente aquella presencia teniendo en cuenta las circunstancias de la persona o del lugar en que la prueba haya de realizarse (artículo 311.2).

68 *La apreciación de la prueba...*, cit., 1978, págs. 17 y 18.

jueces, aunque tal vez sean éstos los primeros que no deseen esa libertad en la forma y medida que aquéllos se la ofrecen. Ante el excesivo celo de los defensores a ultranza de la libre apreciación de las pruebas⁶⁹, estimo que no deben desdeñarse sin más ciertas normas de valoración legal o tasada, cuya estructura interna se sustenta en un principio de normalidad empírica (*quod plerumque accidit*), las cuales pueden contribuir a asegurar el acierto del juzgador en ese delicado enjuiciamiento, amén de garantizar, como en el caso de los documentos, la certidumbre y seguridad jurídicas. En qué casos concretos sea conveniente dejar la apreciación de las pruebas al libre criterio del órgano jurisdiccional y en qué otros sea oportuno establecer una normativa legal de valoración, es algo que debe quedar a la prudencia política del legislador, según lo que la experiencia y la realidad de cada momento aconsejen. El intérprete podrá luego criticar la validez lógica de alguna norma concreta; pero no es razonable rechazar en bloque el conjunto por estimar que cualquier valoración legal sea inepta para lograr la verdad y la justicia en el proceso⁷⁰

La actitud del legislador en la LEC de 2000 ha sido prudente a este respecto en lo que concierne al interrogatorio de las partes. Sin dejarse llevar por las mentadas posturas radicales, ha optado por establecer un tratamiento mixto en la apreciación de dicha prueba, que resulta equilibrado y juicioso. Por un lado, suaviza el rigor formalista que como prueba eminentemente tasada presidía la anterior confesión judicial, y en tal sentido da ahora preponderancia al libre convencimiento del órgano jurisdiccional (artículo 316.2), aunque siempre con sujeción a las reglas de la sana crítica, y sin perjuicio de que se utilice, cuando proceda, la facultad en que consiste la *ficta confessio*. Por otro, sin embargo, no prescinde de la máxima univer-

69 Así se refiere a ellos con actitud crítica STEIN en su excelente monografía *El conocimiento privado del Juez* (*Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893; trad. esp. y notas de DE LA OLIVA SANTOS, Pamplona, 1973, pág. 65), a pesar de ser este autor un claro partidario —no un fanático— de la libre apreciación de las pruebas (Cfr. JIMÉNEZ CONDE, *Reflexiones en torno a la obra de Stein*, “*El conocimiento privado del Juez*”, en *Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1974, I, pág. 152).

70 Véase a este propósito CARRERAS, *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, cit., loc. cit., pág. 343, nota 12.

sal en lo civil de la *contra se pronuntiatio* e impone su aplicación al juzgador cuando la parte interrogada reconozca ser ciertos hechos en haya intervenido personalmente y le sean enteramente perjudiciales (artículo 316.1).

Esta última regla, empero, contiene una importante y novedosa salvedad: “Si no lo contradice el resultado de las demás pruebas”. Con ello la Ley ha querido dejar constancia de que la declaración *contra se* de la parte no tiene por qué gozar necesariamente de un valor superior al de los demás medios de prueba. Pero semejante estimación requiere de matices, que en su momento expondré, sin los cuales puede darse carta de naturaleza indiscriminada al expediente de la apreciación conjunta de las pruebas, al que con tanta frecuencia se acogió el Tribunal Supremo para desvalorizar ilegalmente la prueba de confesión. De ahí que, a mi juicio, la nueva LEC deba ser objeto sobre este extremo de una interpretación cuidadosa y ponderada, a fin de no llegar —como antes— a consecuencias no deseables ni contrarias a lo que la norma verdaderamente ha querido expresar.

II

RÉGIMEN DE LA NUEVA PRUEBA EN LA LEC DE 2000

A. OBJETO DEL INTERROGATORIO

Como antes quedó indicado, la nueva Ley procesal civil ensancha el campo de los hechos sobre los que cabe interrogar a las partes. En un planteamiento análogo al que rige para la prueba testifical, ya no se requiere que se trate de hechos *personales*, sino que el declarante tenga conocimiento histórico de ellos por cualquier vía, y que se trate naturalmente de hechos controvertidos en el proceso, como es común al resto de las pruebas (artículo 283.1).

Cuando alguna o algunas preguntas se refieran a hechos en los que la parte no haya intervenido personalmente, determina el artículo 308 que el declarante “habrá de responder según sus conocimientos, dando razón del origen de éstos”. Sin embargo, se trata de una norma carente de sanción o de consecuencias desfavorables para quien la incumpla. Los testigos tienen el deber de responder; y si no lo hacen “silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos”, incurrir en delito de falso testimonio en la modalidad prevista por el artículo 460 del Código Penal. Pero esta figura delictiva no afecta a los que sean parte en el proceso. Tampoco cabe aplicar los efectos derivados de la *ficta confessio* del artículo 307.1, por cuanto tal precepto condiciona la facultad de considerar el reco-

nocimiento tácito de los hechos a que la parte “hubiese intervenido en ellos personalmente”, lo que justamente no ocurre en la hipótesis que contemplamos.

En cuanto a la determinación del objeto, entendiendo que es necesario que cuando se efectúa la proposición de esta prueba, bien en la audiencia previa, bien en la vista del juicio verbal, la parte proponente indique con claridad los hechos concretos sobre los que desea que verse el interrogatorio y que el tribunal lo admita en esos términos⁷¹. Se trata de una regla no incluida expresamente en la norma general sobre la forma de proposición de la prueba (artículo 284) y que posiblemente por tal motivo no es seguida habitualmente en la práctica, pero que se deduce sin dificultad de cuatro razones fundamentales. Primera, porque es el único modo de saber si el medio probatorio es pertinente y útil: si los hechos respecto a los que se solicita son relevantes en la causa, si el sujeto a quien se propone interrogar los puede conocer y si el interrogatorio como tal puede servir para esclarecer aquéllos. Segunda, porque así se desprende con nitidez de lo previsto en el artículo 302.2 en orden a la admisibilidad de las preguntas en la práctica de la prueba: “El tribunal comprobará que las preguntas corresponden a *los hechos sobre los que el interrogatorio se hubiere admitido...*”, lo que obviamente presupone que tales hechos se hayan especificado al proponer y admitir el medio de prueba. Tercera, porque es necesario para poder aplicar el artículo 310 referente a la incomunicación de los declarantes, ya que las medidas destinadas a ese fin sólo se adoptarán cuando varios litigantes hayan de declarar “sobre unos mismos hechos controvertidos”; es preciso, pues, conocer antes de cada interrogatorio cuál va a ser su objeto. Y cuarta, porque no existe otra manera de hacer efectivas las consecuencias derivadas de la *ficta confessio* a que se refiere el artículo 304, cuando la parte citada al interrogatorio no comparece a juicio: ¿qué hechos podrá considerar

71 Es de la misma opinión DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, cit., 3ª ed., pág. 347, y *Del interrogatorio de las partes*, en “Comentarios...”, cit., pág. 543. También lo sugiere SAMANES ARA, *Del interrogatorio de las partes*, en “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, ed. Aranzadi, cit., I, pág. 1069.

el tribunal tácitamente reconocidos sino aquellos respecto a los cuales el interrogatorio fue propuesto y admitido?

B. SUJETOS QUE PUEDEN SER INTERROGADOS

1.- Las partes.

Ante todo y como se desprende de la propia denominación asignada a este medio probatorio, los sujetos que están llamados a declarar son *las partes*⁷²; en concreto “las demás” (distintas) del litigante que propone la prueba, dice el artículo 301.1. Es similar a lo previsto anteriormente respecto a la confesión judicial, pero con una importante diferencia: el artículo 579 de la LEC de 1881 establecía que “todo litigante está obligado a declarar...cuando así lo exigiere *el contrario*”, lo cual implicaba restringir dicha prueba al interrogatorio de la parte o partes *contrarias*. La duda en torno a si era factible pedir también la confesión de un litisconsorte no acabó de ser resuelta por la jurisprudencia de manera clara y definitiva⁷³.

La LEC de 2000 se pronuncia expresamente sobre esta cuestión en el propio artículo 301.1: “Un colitigante podrá solicitar el interrogatorio de otro colitigante siempre y cuando exista en el proceso oposición o conflicto de intereses entre ambos”⁷⁴. Aunque se repite

72 Las originarias del proceso (por figurar en la demanda, en la ampliación de ésta o en la reconvencción extendida a otros sujetos que no sean demandantes) y las que adquieran a posteriori dicha condición en los casos de intervención de terceros, conforme a los artículos 13 y ss. de la LEC. Es preciso que esté personada formalmente en el litigio la parte proponente de la prueba (resulta obvio, pues en otro caso no podría efectuarla la propuesta), pero no así la parte que haya de ser interrogada, de modo que el demandado rebelde tiene también la carga de comparecer a declarar, con las consecuencias previstas en los artículos 292.4 y 304 si no lo hiciere injustificadamente. Cfr. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., pág. 172.

73 El Tribunal Supremo, por un lado, sostuvo que la confesión judicial sólo podía practicarse a instancia de la parte contraria y en ningún caso del colitigante (SS. de 13 de octubre de 1994 y 7 de octubre de 1998); pero, por otro, autorizó excepcionalmente la confesión a petición de un litisconsorte cuando ambos litigantes mantuvieran intereses contrapuestos (SS. de 15 de junio de 1978, 18 de julio de 1991 y 1 de diciembre de 1994), tesis que acoge la vigente LEC en el interrogatorio de las partes.

74 Es un inciso que agregó el Anteproyecto de LEC al Borrador inicial.

un paso adelante en relación con el régimen precedente, continúa siendo, a mi modo de ver, una regulación innecesariamente restrictiva y origen de posibles problemas en su aplicación. Por un lado, la determinación de si existe una auténtica contraposición de intereses puede ser dudosa o discutible en no pocos casos⁷⁵. Por otro, y sobre todo, aun estando clara la ausencia de conflicto, no hallo justificación suficiente para impedir que declare cualquier parte que conozca los hechos aunque sea a instancia de su litisconsorte, si con ello se contribuye al esclarecimiento de la verdad, sin olvidar que el resto de los litigantes tendrán derecho a participar en el interrogatorio.

Es cierto que si una parte solicita –y el tribunal admite– el interrogatorio de los litisconsortes contrarios, cada uno de éstos tendrá a su vez la oportunidad de preguntar a los demás (por medio de su letrado) después que lo haya hecho la contraparte (artículo 306.1). Pero si la parte adversa no propone dicha prueba, ¿por qué privar a los que litigan en la misma posición procesal del derecho a utilizar entre sí este medio de prueba⁷⁶? Lo que obviamente no cabe es proponer que se interroge a un colitigante como testigo, pues el colitigante no tiene en el proceso la condición de tercero sino de parte⁷⁷.

75 Piénsese, v. gr., en los llamados “juicios verbales de tráfico” (que ahora pueden ser también juicios ordinarios) en que se demanda conjuntamente al causante del daño y a la compañía aseguradora, donde en principio no tiene por qué haber entre ambos conflicto de intereses, hasta el punto de que a menudo son defendidos por el mismo letrado (el de la compañía). Sin embargo, ocurre a veces que, a causa de la relación existente (de amistad, parentesco, etc.) entre el culpable del accidente y el perjudicado, aquél es proclive a favorecer a éste en detrimento de su propia compañía de seguros. Vid. al respecto la S. de la A. P. de Cantabria (Secc. 3^a) de 12 de diciembre de 2002, a que luego aludiremos a propósito de la apreciación de la prueba.

76 Pongamos de nuevo el ejemplo de los juicios de responsabilidad civil de tráfico, partiendo de la hipótesis más habitual de que no exista contraposición de intereses entre los codemandados, el conductor del vehículo y su compañía de seguros. Es muy posible que a ésta le resulte de especial provecho la prueba de interrogatorio del presunto autor del daño –su litisconsorte–, en la medida que fue protagonista directo de los hechos, los conoce al detalle y puede aclarar aspectos y circunstancias relevantes. En cambio, si el demandante prevé que esa declaración va a resultarle perjudicial, lo lógico es que no la solicite como medio de prueba. Ocurrirá entonces, a tenor del artículo 301.1 *in fine*, que la compañía codemandada –que a la postre habrá de responder– se verá privada de lograr que su asegurado y colitigante declare ante el tribunal.

77 Cfr. la S. del TS de 7 de octubre de 1998.

¿No se está mermando con esta restricción el derecho a la prueba y por ende, en la misma medida, el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución⁷⁸?

A mi juicio, el problema se habría obviado y la norma hubiese resultado más adecuada de haberse permitido libremente el interrogatorio de los litisconsortes⁷⁹. Así se desprendía del precepto tal como figuraba en el borrador de anteproyecto de LEC (sin el inciso que luego se añadió): “Cada parte podrá solicitar del tribunal el interrogatorio *de las demás...*”, es decir, del resto de las partes –de todas ellas– con independencia de su posición procesal⁸⁰. Ítem más: lo verdaderamente idóneo hubiera sido autorizar incluso el interrogatorio del propio litigante en cuyo nombre se propone la prueba⁸¹, como sucede en el proceso penal con el acusado, sin que deba reputarse objeción suficiente aducir que cada parte tiene ya la oportunidad de ofrecer su versión de los hechos en la demanda o en la contestación⁸². Una cosa son los actos alegatorios formales que llevan a cabo los letrados, con la información que el cliente les suministra,

78 Vid. PICÓ I JUNOY, *Del interrogatorio de las partes*, cit. (Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, ed. Lex Nova), pág. 1811; SAMANES ARA, *Del interrogatorio de las partes*, cit. (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, ed. Aranzadi, I), pág. 1072.

79 Esta idea era ya propugnada de *lege ferenda* cuando aún estaba en vigor el instituto de la confesión judicial, para una futura regulación del interrogatorio de partes que sustituyera a aquella (v. gr., A. BONET NAVARRO, *La prueba de confesión en juicio*, cit., pág. 331). Naturalmente, en estos casos la norma de valoración tasada del artículo 316.1 sólo sería aplicable contra cada litisconsorte respecto a aquello que en su declaración le fuere enteramente perjudicial a él, no a sus colitigantes y menos a la parte contraria, obviando así cualquier connivencia o fraude (cuyo riesgo pone de manifiesto ASENCIO MELLADO, *Del interrogatorio de las partes*, cit., en *Proceso civil práctico*, IV, págs. 305-306).

80 De este modo estaba previsto en el artículo 448.I del Proyecto de LEC Profesoral (*Corrección y actualización...* cit., II, pág. 240).

81 Lo que evidentemente no autoriza el vigente artículo 301 de la LEC. Así se ha puesto de manifiesto en la S. de la AP de la Rioja de 21 de octubre de 2002 y en la S. de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 22 de julio de 2003.

82 Como insinúa la citada S. de la AP de la Rioja de 21 de octubre de 2002. Emplean dicho argumento, entre otros, ASENCIO MELLADO, *Del interrogatorio de las partes*, cit., pág. 304; FERRER BARIENDOS, *Interrogatorio de las partes*, en “La prueba”, Cuadernos de Derecho Judicial, cit., pág. 122; GIMENO SENDRA y MORENILLA ALLARD, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 122.

los cuales no ostentan el carácter de prueba de los hechos a que se refieren⁸³, y otra distinta el interrogatorio oral, libre y contradictorio a que sea sometido directamente el propio litigante ante el tribunal, que sí puede ser útil desde el punto de vista probatorio en relación con esos mismos hechos.

Es preciso aludir seguidamente a varios aspectos de singular relevancia que atañen a las partes como sujetos del interrogatorio: la capacidad requerida a las personas físicas para poder declarar como parte; la posible limitación del número de litigantes a interrogar; el modo de efectuar el interrogatorio al tratarse de personas jurídicas (o entes sin personalidad), y el caso, que la LEC trata como especial, de que la parte interrogada sea una administración pública.

a) Capacidad del declarante.

La vigente LEC ha derogado el artículo 1231 del Código Civil, el cual requería que el confesante tuviese capacidad legal para poder declarar válidamente⁸⁴. En sustitución de dicha norma no se establece ninguna otra que determine qué personas físicas⁸⁵ son idóneas o capaces para declarar en el actual interrogatorio de las partes, lo que en cambio sí se prevé en relación con los testigos (artículo 361)⁸⁶.

Ante esta irrazonable omisión, parece lógico entender que en todo caso carecen de aptitud las personas privadas de razón o del uso de los sentidos necesarios para percibir los hechos sobre los

83 Cfr. la S. del TS de 6 de julio de 1992, donde se niega la condición de medio de prueba (de confesión) a lo expresado en los escritos rectores del proceso o en otras manifestaciones -alegaciones formales- realizadas ante la autoridad judicial.

84 Vid. al respecto SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código Civil*, cit., t. XVI, vol. 2, págs. 243 y ss.

85 En rigor, sólo las personas físicas tienen aptitud para ser interrogadas y para declarar sobre los hechos. Cuando el litigante sea una persona jurídica, ente sin personalidad o administración pública, el interrogatorio será evacuado por aquellas personas físicas, conocedoras de los hechos, que la ley autoriza a responder en representación de la entidad.

86 Igual ocurría en la *Corrección y actualización...*, cit., II, págs. 240 y ss., lo que demuestra una vez más el grado de inspiración en dicha obra de quienes elaboraron el proyecto de LEC de 2000.

cuales se les pregunta. Es consecuencia, además, de aplicar por analogía el citado artículo 361 relativo a los testigos⁸⁷.

El principal problema, tratándose de la prueba de interrogatorio de las partes, se suscita en relación con los menores de edad (siempre, naturalmente, que a su vez no estén incurso en alguno de los supuestos anteriores), en la medida que la declaración *contra se* del litigante —o su silencio o respuestas evasivas e inconcluyentes— puede acarrearle importantes consecuencias jurídicas desfavorables.

En principio, y sólo en lo que atañe a la idoneidad físico-psíquica de los menores para prestar declaración, estimamos razonable seguir la misma pauta que establece la ley respecto a los testigos: considerar personas aptas con carácter general a los mayores de catorce años, y en cuanto a los menores de dicha edad, reconocerles capacidad sólo si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente.

Cuando, como ocurre más a menudo, el representante legal del menor haya intervenido personalmente y en nombre de éste en el asunto origen del pleito, no parece dudoso que deba ser dicho representante el llamado a declarar, con todos los efectos inherentes a la *ficta confessio* y a la eficacia probatoria legal del reconocimiento de hechos perjudiciales (contra el menor representado, que es la parte en el proceso). Sin embargo, ¿qué procede si quien participó en los hechos fue directamente el menor? Piénsese, por ejemplo, en supuestos de responsabilidad extracontractual por daños ocasionados

87 Según dicho precepto, no podrán ser testigos las personas “que se hallen *permanentemente* privadas de razón o del uso de sentidos...”. En mi criterio, convendría haber prescindido del adverbio “permanentemente”, ya que puede perturbar la idea que se quiere expresar, más que aclararla. En el caso, por ejemplo, de una persona privada de los sentidos necesarios para percibir los hechos objeto de debate, lo relevante en orden a su capacidad o incapacidad no es que dicha minusvalía la padezca de modo permanente, sino que estuviese afectada por ella al tiempo de ocurrir tales hechos, aunque hubiese sanado posteriormente y goce de todos sus sentidos en el momento de la declaración. Vid. JIMÉNEZ CONDE, *Interrogatorio de testigos en el proceso civil*, en “La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000” (obra colectiva coordinada por GÓMEZ COLOMER), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 219.

a consecuencia de una acción u omisión del menor⁸⁸, o en negocios jurídicos que realizan habitualmente los menores y para los cuales se entiende que ostentan capacidad de obrar⁸⁹ o que actúan con autorización tácita de sus padres o tutores (v. gr., transporte público, asistencia a cines y espectáculos, consumición en centros de ocio, compra de enseres de no gran valor, etc.). Lo pertinente en estos casos es que sea el menor, protagonista directo de los hechos, quien preste declaración como parte, siempre que goce de la aptitud a que antes aludíamos para ser interrogado. Pero al mismo tiempo parece prudente que el tribunal valore sus respuestas con libertad de criterio, sin que sea de aplicación el artículo 316.1 de la LEC⁹⁰, a menos que se trate de los referidos contratos en que al menor se le reconoce capacidad de actuación y responsabilidad, pues lo justo entonces es que se le otorgue en el proceso el mismo tratamiento jurídico que fuera de él.

b) Limitación del número de litigantes a interrogar.

88 Se considera por autorizada doctrina civilista (cfr. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, págs. 229 y ss.; GÓMEZ CALLE, *La responsabilidad civil del menor*, en *Derecho y Constitución*, n° 7, 1995, págs. 95 y ss.; DÍAZ ALABART, *La responsabilidad civil por actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pág. 877) que los menores que poseen suficiente discernimiento para comprender el alcance de sus actos y prever sus posibles consecuencias son, en virtud del artículo 1902 del Código Civil, responsables directos —con su propio patrimonio— de los daños que causen a terceros, sin perjuicio de la responsabilidad que adquieran también sus padres, tutores o guardadores *ex* artículo 1903 del propio Código sustantivo. De hecho, el artículo 61.3 de la LO5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores, reconoce expresamente la responsabilidad civil del menor de dieciocho años (y mayor de catorce) por los hechos que cometa, junto con la que solidariamente asumen sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho.

89 Vid. artículo 2, párr. 2º, de la LO 1/1996, de Protección jurídica del menor, y artículos 162, 1º y 164.3 del Código Civil, pero también el artículo 1263.1º de este último cuerpo legal. A este respecto hay que pensar, sobre todo, en los casos en que el menor sea la parte demandante, no pudiendo el demandado oponer la anulabilidad del negocio por incapacidad de quien ha contratado con él (artículo 1302 del Código Civil).

90 Con esta salvedad podría obviarse el reparo que opone razonablemente SAMANES ARA a la aplicación analógica del artículo 361 referente a la capacidad de los testigos (*Del interrogatorio de las partes*, cit., pág. 1071).

La LEC no faculta al tribunal –al menos expresamente– para restringir el número de sujetos que puedan ser llamados a declarar como parte, ni siquiera en el caso de que, existiendo litisconsorcio, los litigantes integrados en el lado activo o pasivo –o en ambos– de la relación procesal sean muy numerosos. En principio, no parece ajustado invocar aquí, sin más, la aplicación analógica del artículo 363 relativo a la prueba testifical, pues estamos ante una situación bien diferente: los sujetos a interrogar son las partes del proceso, cuyas declaraciones pueden tener una eficacia probatoria-legal de la que carecen las deposiciones testificales. Ahora bien, cuando se trate del mismo hecho o hechos comunes a todos los litisconsortes, que todos conocen en medida similar y cuya certeza –o falsedad– he de ser igualmente establecida para unos y para otros, si el número de dichos litisconsortes es verdaderamente elevado, estimo que estaría justificado, por razones obvias de economía procesal y utilidad de la prueba, que el juzgador sólo autorice la declaración de un número razonable de aquéllos, pero no de todos, sin que ello implique un menoscabo del derecho de defensa ínsito en el artículo 24 de la Constitución.

Fue el caso que atinadamente resolvió la Sentencia de la AP de Murcia (Sección 3^a) de 16 de junio de 2003. Había ciento setenta y dos demandantes⁹¹ y el Juzgado de Primera Instancia limitó la prueba de interrogatorio de partes, solicitada por la mercantil demandada, a doce actores elegidos al azar en el acto de la audiencia previa. Según la citada sentencia, “aunque ciertamente el art. 301 de la LEC no establece limitación alguna al número de interrogatorios solicitados...dicho artículo está subordinado a lo dispuesto en el art. 283 de la LEC, en el que se prevé la inadmisión de pruebas que en ningún caso contribuirían a esclarecer los hechos por inútiles”, entendiendo el tribunal que el interrogatorio de todos los demandantes carecía de relevancia y necesidad para resolver la cuestión nuclear objeto de la litis tal como estaba planteada en la demanda y contestación. Aunque me parece bien la tesis defendida, estimo que en estos casos, más que acudir al azar para seleccionar los litigantes que deban declarar, es preferible –lo mismo que cuando se limita

91 Se habría tardado en interrogar a todos ellos, sin sobrepasar los 5 minutos con cada uno, ¡más de 14 horas!

el número de testigos— permitir a la parte proponente de la prueba que sea ella quien los elija y sólo si no lo hace estaría justificado el procedimiento de sorteo.

c) Interrogatorio de personas jurídicas (o entidades sin personalidad que sean parte).

Por cuanto resulta obvio, como antes se indicó, que las personas físicas son las únicas con capacidad de percepción y por tanto de emitir una declaración de conocimiento⁹², ha hecho bien el legislador —supliendo la omisión en que incurría la LEC de 1881 respecto a la confesión judicial— en prevenir el tratamiento que debe otorgarse a la prueba de interrogatorio de las partes cuando el litigante cuya declaración de solicita sea una persona jurídica (o un ente sin personalidad, pero con capacidad para ser parte *ex* artículo 6.5º de la nueva LEC). Dicho tratamiento lo ofrece el artículo 309, cuyo contenido básico estaba ya previsto en la *Corrección y actualización de la LEC* de los Profesores de Derecho Procesal⁹³, si bien la vigente LEC lo completa y mejora considerablemente.

En tanto en cuanto el interrogatorio de las partes se configura como una genuina declaración de ciencia o conocimiento y no como una declaración de voluntad, la Ley parte de considerar que en el caso de las personas jurídicas (o entes sin personalidad) quien asume la carga de responder debe ser su representante legal, que es la persona que se presume que ha participado generalmente en los hechos controvertidos que afectan a su representada. Ya no cabe, pues, a diferencia de lo que se venía admitiendo en la práctica anterior a la LEC/2000, conferir poder a cualquier otra persona que no ostente la representación de la entidad —v. gr. el letrado— para que preste declaración en nombre de ésta⁹⁴.

92 Cfr. JIMÉNEZ CONDE, *Interrogatorio de testigos...cit.*, pág. 218.

93 Ob. cit., II, pág. 243, artículo 456.II.

94 Vid. en tal sentido la Sentencia del TSJ de Baleares (Sala de lo Social) de 22 de mayo de 2003, que rechaza por imperativo del art. 309 de la nueva LEC (aplicable supletoriamente en el orden social) la posibilidad de que declare el abogado de la persona jurídica, aunque tenga poder que le autorice para absolver posiciones: “la nueva regulación de la ahora llamada prueba de interrogatorio de las partes tiene su repercusión en el proceso laboral, en relación con la prueba de

No obstante, y precisamente porque esta prueba se encamina a determinar la verdad histórica de los hechos, la norma prevé la hipótesis de que el representante de la persona jurídica o ente si personalidad no haya intervenido directamente en aquéllos, sino que haya sido otra persona física quien, en el caso concreto del que dimana el proceso, actuase en nombre de la entidad. En tal supuesto, a fin de que declare quien posee un mejor conocimiento de los hechos y también de evitar que el representante de la parte eluda la responsabilidad de responder con precisión amparándose en su ignorancia, el artículo 309.1 le impone la carga de alegar esta situación y de facilitar la identidad de la persona que intervino en nombre de su representada, para que dicha persona sea citada al juicio⁹⁵. Si manifiesta desconocer quién fue esa persona, ordena el artículo 309.3 que el tribunal considere tal actitud como respuesta evasiva o resistencia a declarar, con los efectos de la *ficta confessio* previstos en el artículo 307.1 y 2. Y si la persona en cuestión ya no formara parte de la persona jurídica o ente si personalidad, el representante —que sigue teniendo, a mi juicio, la carga de identificarla con las consecuencias aludidas— podrá solicitar que sea citada en calidad de testigo (artículo 309.1, párrafo 2). En el primer caso las respuestas que ofrezca el nuevo sujeto tendrán la misma eficacia y valor que si las hubiera emitido el propio representante, esto es, les será de aplicación el artículo 316; si, en cambio, es interrogado en calidad de testigo, su declaración deberá ser valorada lógicamente conforme al artículo 376.

confesión en juicio, de forma que no se permite que dicho medio de prueba se practique, sin más, en la persona del representante en juicio de las partes, como sucedía anteriormente cuando el poder de representación le autorizaba para absolver posiciones, y si bien es cierto que cuando se trata de personas jurídicas privadas puede confesar su representante en juicio, tal facultad no puede alcanzar al abogado que asume la representación y defensa, salvo que, a su vez, ostente facultades representativas como miembro de la misma e integrado en su estructura orgánica, teniendo, por ello, facultades de dirección o gestión en virtud de cargo o empleo”.

95 No se trata, pues, de señalar a cualquier empleado o persona de la empresa que hubiera presenciado los hechos, ya que entonces lo procedente sería proponer directamente a tal sujeto como testigo. Es preciso, como señala PICÓ I JUNOY, que se trate de una persona que “haya participado de algún modo en el hecho controvertido bajo la apariencia de estar actuando en nombre de la persona jurídica” (*Del interrogatorio de las partes*, cit., pág. 1832).

La identificación de la persona que participó en los hechos como representante de la entidad deberá efectuarse, según el artículo 309.1, en la audiencia previa al juicio. Obviamente, se está pensando sólo en el juicio ordinario, único en que existe este trámite. Cuando se trate del juicio verbal, parece razonable entender que el momento apropiado para realizar aquella manifestación, con tiempo suficiente para citar a la persona identificada, sea el de los tres días siguientes a la recepción, por la persona jurídica o ente sin personalidad, de la citación para la celebración de la vista, por aplicación analógica del artículo 440.1, párrafo 3.

Cabe, finalmente, que en la audiencia previa el litigante que ha solicitado el interrogatorio de la persona jurídica o ente sin personalidad también haya propuesto a la persona física que intervino en los hechos como testigo⁹⁶. El legal representante de la persona jurídica o ente sin personalidad seguirá teniendo, a mi juicio, la carga de manifestar su desconocimiento de los hechos y de indicar que fue precisamente aquella persona quien participó en los mismos en nombre de la entidad, a fin de que la contraparte pueda renunciar a que declare como testigo y lo haga, en cambio, como parte.

Hasta aquí la única especialidad —de no poca trascendencia— que contemplaba el borrador inicial de la LEC (artículo 363)⁹⁷. Sin embargo, el proyecto de 1998 (siguiendo la línea del anteproyecto) añadió otra, que quedó incorporada al texto definitivo en el apartado 2 del artículo 309. Cuando en el propio acto del interrogatorio, y en relación con alguna pregunta concreta, el representante de la persona jurídica o ente sin personalidad ponga de manifiesto su desconocimiento del hecho por no haber participado en él, le impone la norma, no obstante, el deber de responder según lo que sepa —si es que sabe algo—, aunque sólo sea por referencia, dando razón del origen de su conocimiento; y asume además la carga de identificar a la persona que en nombre de la parte hubiere intervenido en el hecho interrogado, con las consecuencias de la *ficta confessio* si no

96 Así ocurrió en el caso enjuiciado por la S. de la AP de Barcelona de 8 de enero de 2004.

97 Lo mismo que la *Corrección y actualización...* cit., loc. cit., aunque en el borrador de la LEC se enriqueció con otros matices.

lo hace. El tribunal citará entonces a dicha persona para ser interrogada fuera del juicio como diligencia final⁹⁸, a menos que –resulta obvio aunque la norma no lo prevea– en atención a dicha eventualidad la representación de la persona jurídica o ente sin personalidad hubiese procurado que la tercera persona estuviese ya presente en el propio juicio para poder declarar. Si el interrogatorio hubiere de realizarse como diligencia final, se llevará a cabo, conforme ordena el artículo 436.1, en la forma establecida en la LEC, ora para la prueba de interrogatorio de las partes, ora para la prueba testifical (en función de que el sujeto siga o no formando parte de la persona jurídica o ente sin personalidad), y una vez practicada la diligencia, las partes podrán, de acuerdo con el mismo precepto, presentar escrito en que resuman y valoren su resultado.

Es de observar que el legislador está contemplando la hipótesis fundamentalmente en relación con el juicio ordinario, que es donde está prevista la práctica de diligencias finales⁹⁹. No obstante, entiendo que, por encima de la normativa general que regula la tramitación del juicio verbal, también en este proceso debe regir con preferencia la disposición contenida en el artículo 309.2, al ser norma especial, que además la propia LEC declara expresamente aplicable al juicio verbal –junto a las demás integradas en los capítulos V y VI del Título I del Libro II– en el artículo 445. La alternativa consistiría en interrumpir la vista, al amparo del artículo 193.1, una vez realizadas las demás actuaciones, para completarla más adelante con

98 Salvo que cualquiera de las partes haya propuesto en su momento –y el tribunal admitido– a la referida persona como testigo. La LEC, además, no distingue aquí, como hace en el apartado anterior, si la persona a citar para ser interrogada como diligencia final sigue o no formando parte de la persona jurídica. Debe entenderse, pues, que la diligencia procederá en ambos casos y que el interrogatorio se efectuará como parte o como testigo dependiendo de cuál sea la situación del declarante.

99 Si bien predomina en la doctrina el criterio de que la LEC no autoriza la realización de este tipo de diligencias en el juicio verbal (artículo 447) y así es entendido por lo general en la práctica de los tribunales, hay autores que opinan de otro modo: v. gr., ARAGONESES MARTÍNEZ, PICÓ I JUNOY, RICHARD GONZÁLEZ Y VALLESPÍN PÉREZ en el Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas celebrado en Murcia, en diciembre de 2001. Cfr. *La Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas* (coordinador: JIMÉNEZ CONDE), ed. Sepín, Madrid, 2002, Cuestión 39, págs. 341 y ss.

ese interrogatorio y el resumen y valoración que hagan las partes por escrito. Pero, si bien se mira, el resultado práctico de esta otra opción sería similar al de llevar a cabo lo ordenado en el artículo 309.2 como diligencia final.

d) Interrogatorio de Administraciones y organismos públicos.

Cuando sea parte en el proceso cualquier Administración u organismo público, su interrogatorio sigue siendo objeto en la LEC de 2000 de un tratamiento distinto y privilegiado¹⁰⁰ que, a mi modo de ver, carece de la justificación necesaria, supone una quiebra de los principios de oralidad y contradicción, e infringe el principio de igualdad en lo que tiene de discriminatorio a favor de los entes públicos, con posibles consecuencias incluso de orden constitucional¹⁰¹.

Ciertamente han sido suprimidos los “informes” que a modo de respuesta se contemplaban para la confesión judicial en la antigua LEC (artículo 595). Ahora es preciso que se ofrezcan contestaciones concretas a las preguntas concretas, so pena de que opere la *ficta confessio*¹⁰². Pero las respuestas de la Administración u organismo público seguirán haciéndose por escrito, con la posibilidad que ello supone de reflexión y cálculo a la hora de preparar dichas respuestas, así como de evitar las repreguntas inmediatas y directas propias de un interrogatorio oral, ventajas que las demás partes no poseen.

100 Vid. PINAZO HERNANDIS, *Las especialidades procesales de las Administraciones públicas y el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Revista General del Derecho*, n° 663, diciembre de 1999, págs. 14153 y ss.

101 La crítica de los autores a este privilegio es generalizada. Vid., entre otros, ASENSIO MELLADO, *Del interrogatorio de las partes*, cit., págs. 440 y 441; FERNÁNDEZ SEIJÓ, *Del interrogatorio de las partes* (en *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y comentarios*, vol. III), cit., págs. 2293, 2294 y 2342; MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., pág. 182; PICÓ I JUNOY, *Del interrogatorio de las partes*, cit., págs. 1841 y 1842; SAMANES ARA, *Del interrogatorio de las partes*, cit., pág. 1111.

102 En el mismo sentido MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., loc. cit.; ASENSIO MELLADO, *Del interrogatorio de las partes*, cit., loc. cit. En la *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil* de los Profesores de Derecho Procesal (ob. cit., II, págs. 244-245), si bien el artículo 462 seguía aludiendo a las contestaciones “por vía de informe”, el tercer apartado de dicho precepto declaraba expresamente aplicables las normas sobre claridad y precisión en las respuestas, así como la *ficta confessio*.

La escritura lleva también consigo la imposibilidad de realizar otras pruebas, como los careos que prevé el artículo 373.2 (a menos que se llevaran a cabo con el representante procesal de la Administración) o la práctica simultánea del reconocimiento judicial y el interrogatorio de partes que autoriza el artículo 357.2¹⁰³.

A tenor del artículo 315.1: “Cuando sean parte en un proceso el Estado, una Comunidad Autónoma, una Entidad local y¹⁰⁴ otro organismo público, y el tribunal admita su declaración, se les remitirá, sin esperar al juicio o a la vista, una lista con las preguntas que, presentadas por la parte proponente en el momento en que se admita la prueba, el tribunal declare pertinentes, para que sean respondidas por escrito y entregada la respuesta al tribunal antes de la fecha señalada para aquellos actos”.

Conforme indica la norma, quien está facultado para presentar la lista de preguntas es exclusivamente el litigante que ha propuesto la prueba, no así las demás partes¹⁰⁵, sin que quepa aquí aplicar por analogía el artículo 381.2 sobre la prueba testifical¹⁰⁶, incompatible con el mandato expreso del artículo 315.1. Esta limitación, que podría haberse soslayado sin gran dificultad, contribuye sin duda e innecesariamente a la infracción del principio de igualdad.

Si la Administración o ente público no presentasen a tiempo la contestación escrita, o las respuestas ofrecidas fueran evasivas o inconcluyentes, el juez podrá hacer uso de la *ficta confessio* prevista en el artículo 307, al cual se remite expresamente el artículo 315.3.

De esta primera parte de la regulación se desprende, una vez más, que el legislador está reparando únicamente en el juicio ordinario, no en el verbal. Aunque se diga “sin esperar al juicio o a la vista”, y más adelante “antes de la fecha señalada para *aquellos actos*”, como si se

103 Cfr. FERNÁNDEZ SEJÓ, *El interrogatorio de las partes*, en Instituciones del nuevo proceso civil (Comentarios sistemáticos de la Ley 1/2000), Barcelona, 2000, pág. 221.

104 Debería haberse empleado la conjunción disyuntiva “u” y no la copulativa “y”.

105 Vid. ASENSIO MELLADO, *Del interrogatorio de las partes*, cit., pág. 442.

106 Como propugna FERNÁNDEZ SEJÓ, *Del interrogatorio de las partes*, cit., loc. cit., pág. 2342.

estuviese atendiendo a ambos tipos de procesos, lo cierto es que si la lista con las preguntas ha de presentarla la parte proponente “en el momento en que se admita la prueba”, toda vez que en el juicio verbal esta prueba –junto a las demás– debe proponerse y admitirse en el propio acto de la vista, está claro que el procedimiento previsto en el artículo 315.1 sólo puede seguirse –en los términos que está descrito– cuando se trate del juicio ordinario, donde la prueba se propone y admite en la audiencia previa, con tiempo para dar traslado de las preguntas a la Administración para y que ésta presente las respuestas escritas antes del acto del juicio. En el caso del juicio verbal, el modo quizá más idóneo para solventar esta cuestión, a fin de evitar la interrupción de la vista, es hacer una interpretación acomodada del artículo 440.1, párrafo tercero, en el sentido de que si es parte la Administración y el litigante contrario desea su interrogatorio, en lugar de indicar al tribunal, en los tres días siguientes a la recepción de la convocatoria para la vista, que cite a aquélla para declarar, presente directamente en ese plazo la lista de preguntas con objeto de que el juez remita las que estime pertinentes a dicha Administración y ésta pueda entregar las respuestas escritas antes de que la vista comience.

Continúa señalando el artículo 315, en su apartado 2, que, una vez leídas en el acto del juicio o de la vista las respuestas escritas¹⁰⁷, “se entenderán con la representación procesal de la parte que las hubiera remitido las preguntas complementarias que el tribunal estime pertinentes y útiles, y si dicha representación justificase cumplidamente no poder ofrecer las respuestas que se requieran, se procederá a remitir un nuevo interrogatorio por escrito como diligencia final”. Nótese que la norma alude a preguntas “complementarias”. Por tanto, este nuevo interrogatorio no está pensado ni puede servir para subsanar las posibles omisiones o respuestas evasivas o inconcluyentes imputables al ente público al contestar por escrito. Como bien dice MONTERO, no se trata de retrasar la aplicación del artículo 307, al que se remite el artículo 315.3, con un segundo interrogatorio, dando a la persona pública una segunda oportu-

107 ¿Por el secretario judicial o por el representante en juicio de la Administración? Se supone que hay que dar lectura a cada pregunta antes de hacerlo con la correspondiente respuesta. Lo más realista sería que el letrado que presentó la lista de preguntas fuese quien leyera éstas y el letrado que representa a la Administración quien leyera las respuestas (como en el teatro leído: cada uno interpretando su papel).

nidad de contestar a las mismas preguntas y de hacerlo de modo concluyente y sin evasivas, sino de completar con nuevas preguntas¹⁰⁸.

El artículo 315.2 no ciñe la posibilidad de formular estas preguntas complementarias a la parte que propuso la prueba y presentó la lista de preguntas iniciales. Consecuentemente, podrán luego interrogar los abogados de las demás partes¹⁰⁹ conforme al artículo 306.1, y también el propio órgano jurisdiccional en los términos del párrafo 2º de ese mismo precepto¹¹⁰.

Por lo general, ni el Abogado del Estado ni los letrados de los servicios jurídicos de cualquier otra Administración o ente público habrán participado directamente en los hechos, de los cuales únicamente tendrán el conocimiento que les hayan proporcionado los responsables del organismo público al que representan y defienden. ¿Bastará entonces con que aduzcan esta circunstancia para estimarse que han justificado “cumplidamente” no poder ofrecer las respuestas que se requieran? ¿Qué otra clase de justificación sería exigible? ¿Cabría considerar dicha manifestación como negativa a declarar o respuesta evasiva a los fines de la *ficta confessio*?¹¹¹ ¿Es suficiente con que contesten según esos conocimientos de referencia para evitar la remisión de nuevo interrogatorio?

108 Cfr. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., pág. 184.

109 Vid. ASENSIO MELLADO, *Del interrogatorio de las partes*, cit., pág.442.

110 Vid. SAMANES ARA, *Del interrogatorio de las partes*, cit., pág. 1112.

111 A criterio de SAMANES ARA, aquí no podría operar la *ficta confessio* a pesar de lo dispuesto en el artículo 315.3, pues “la aplicación de la norma contenida en el artículo 307.1 se condiciona a que los hechos sean personales del interrogado, lo que no ocurrirá si éste es el representante procesal” (*Del interrogatorio de las partes*, en Comentarios a la LEC, ed. Aranzadi, vol. I, cit., pág. 1112). Sin embargo, resulta obvio que cuando el litigante es una administración pública (igual que cuando se trata de personas jurídicas o entes sin personalidad), el interrogatorio debe ser evacuado por aquellas personas físicas que la ley autoriza a responder en representación de la entidad, ya que sólo éstas gozan de capacidad (física) para poder declarar. Ahora bien, el interrogatorio ha de versar sobre hechos que afecten directamente a la Administración litigante, de modo que se tratará de hechos personales de la parte interrogada, aunque materialmente las respuestas sean ofrecidas por la persona física que legalmente y para tal fin represente a aquélla (el funcionario competente en el caso de las preguntas escritas y el representante procesal en cuanto a las preguntas orales complementarias). Las respuestas del representante valen como si quien respondiese realmente fuera la propia Administración. No veo, pues, inconveniente en que pueda aplicarse el artículo 307.1.

Por otro lado, si fuese preciso el envío de un nuevo interrogatorio por escrito, dice la norma que se hará “como diligencia final”. ¿Consistirá esa diligencia tan sólo en la presentación del nuevo interrogatorio para su remisión por el tribunal (de las preguntas que estime pertinentes) a la Administración y que ésta responda en el plazo que se le señale, o también habrá de hacerse después, en acto oral, la lectura de las nuevas respuestas, con otras posibles preguntas complementarias? En teoría lo ajustado sería esto último, pues el artículo 436.1 determina que las diligencias finales “se llevarán a cabo...en la forma establecida en esta Ley para las pruebas de su clase” y la forma de practicar la prueba en el punto que estamos es la que establece el apartado 2 del artículo 315. Sin embargo, por cuanto aquí se trata únicamente de completar el interrogatorio realizado en el juicio a fin de solventar las dudas que hayan podido quedar, parece excesivo la celebración de una nueva comparecencia para dar lectura a esas nuevas respuestas y permitir otra vez la formulación de preguntas complementarias, que a su vez podrían generar un nuevo interrogatorio escrito. Lo más razonable es que la diligencia final se limite a que la Administración responda por escrito a esas preguntas complementarias, con el apercibimiento de que si no lo hace o sus contestaciones son poco precisas, evasivas o inconcluyentes, el tribunal podrá hacer uso de la facultad inherente a la *ficta confessio*. En cualquier caso, las partes tendrán derecho a presentar después un escrito en el que resuman y valoren el resultado de la diligencia, tal como prescribe el artículo 436.1 *in fine*¹¹².

Es fácil observar, en fin, que la decisión legal de que las Administraciones públicas gocen del privilegio del interrogatorio escrito genera problemas de trascendencia práctica nada desdeñable. Toda esta suerte de dudas y dificultades no se habrían originado si el legislador hubiese sometido al Estado y demás Administraciones públicas al régimen común del interrogatorio oral que resulta aplicable a las demás perso-

112 Cuando la prueba se produzca en el juicio verbal, nuevamente nos encontramos con el problema de que en la regulación de dicho procedimiento no está previsto (artículo 447) que se lleven a cabo diligencias finales. Cuanto expusimos a propósito de la cuestión similar que se suscita en relación con el interrogatorio de persona jurídica o ente sin personalidad *ex* artículo 309.2 puede reproducirse aquí.

nas jurídicas. Porque, en definitiva, en esa única condición de persona jurídica es en la que intervienen tales organismos en el orden jurisdiccional civil. No se trataría de obligar a declarar en el proceso –salvo casos excepcionales– a los más altos cargos de las Administraciones o entes públicos, sino al responsable de la dependencia administrativa a quien conciernan los hechos o a aquel concreto funcionario que haya intervenido personalmente en los mismos¹¹³. Así estaba previsto con notable acierto en el anteproyecto de LEC¹¹⁴. Pero la norma se cambió incomprensiblemente en el proyecto aprobado por el Gobierno el 30 de octubre de 1998, para retroceder al antiguo régimen y preservar en beneficio de las entidades públicas el privilegio de declarar por escrito, que en la actualidad carece de un sostén razonable.

2.- Terceros

La LEC prevé determinados supuestos en que los sujetos que cabe interrogar no son parte en el litigio, sino terceros. Son casos

113 En defensa de la enmienda nº 344 presentada al Proyecto de LEC en el Congreso por el Grupo Socialista, el Diputado SÁEZ COSCULLUELA expresaba: “¿Cuál es la razón del privilegio, no ya para un ministro, que aun podríamos comprenderlo, sino para cualquier organismo público, autonómico, municipal o entidad pública, para no comparecer en la prueba y deponer oralmente, como es lo razonable y como exige la agilidad del procedimiento y la propia credibilidad de la práctica de la prueba? Imaginemos un proceso arrendaticio, por ejemplo, ¿qué razón existe para establecer ese privilegio, no a favor del máximo órgano, de la cúspide de la organización administrativa, como serían el ministro o el secretario de Estado, sino de cualquier representante de ayuntamientos, comunidades autónomas, etcétera, cuando, además, nuestra enmienda lo que pretende es que se cite al jefe del departamento o dependencia?” (Cfr. *Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos Parlamentarios*, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 2001, I, pág. 1426).

114 Disponía su artículo 366.1: “Cuando sean partes en un juicio el Estado o una Comunidad Autónoma, o una Provincia o Municipio u organismo de Derecho Público, a las preguntas que se admitan habrá de responder, en la forma prevista en los precedentes artículos de este Capítulo [según el artículo 356.1 de dicho Capítulo, ‘la parte interrogada responderá por sí misma, de palabra, a presencia de las demás partes y de los Abogados, si asistieren’], el jefe del departamento o dependencia a quien conciernan los hechos... El jefe del departamento o dependencia podrá comisionar a otro funcionario para responder al interrogatorio en nombre de quien sea parte, siempre que el comisionado tenga conocimiento de los hechos y así conste en el escrito de comisión, que se incorporará a los autos”.

fundamentalmente tomados de la doctrina o legislación precedentes. Ninguno de ellos considero que está suficientemente justificado. No es coherente, por definición y encaje jurídico, que un medio de prueba destinado al interrogatorio *de las partes* sea empleado para interrogar a terceros. El cauce adecuado para que terceras personas aporten su conocimiento histórico de los hechos ha de ser únicamente la prueba testifical. Si a propósito de los litisconsortes decíamos que debe rechazarse –y esto nadie lo cuestiona– la declaración de un colitigante como testigo, porque no ostenta la condición de tercero, idéntica razón, aunque en sentido inverso, es oponible a que un tercero declare en el “interrogatorio de las partes”: sencillamente porque no es parte, sino tercero, y consecuentemente lo propio es que se le interroge como testigo¹¹⁵.

Los supuestos a que me refería son, en concreto, los dos que a continuación se analizan.

a) Titular de la relación jurídica controvertida o derecho en litigio que no sea parte.

Se prevé aquí el caso de que la parte legitimada, actuante en juicio, no sea el sujeto de la relación jurídica controvertida o el titular del derecho (sustantivo) en cuya virtud se acciona. Se podrá entonces solicitar la declaración de dicho sujeto o titular en el ámbito de la prueba de interrogatorio de partes, según autoriza el artículo 301.2 de la LEC. La norma se está refiriendo fundamentalmente a los supuestos de legitimación indirecta, tanto en su vertiente clásica de legitimación por sustitución (v. gr., artículos 1111 y 1869 del Código Civil), como en la más recientemente denominada “legitimación representativa”¹¹⁶ (en que la parte actúa en nombre propio y por un derecho e interés ajenos; v. gr., artículo 11 de la LEC).

Esta posibilidad se contempló ya en la tan mencionada *Correc-*

115 Sin que aquí además se suscite, a diferencia de lo planteado con los litisconsortes, ningún inconveniente a la hora de que cualquier litigante pueda proponer la declaración testifical de esos terceros.

116 Cfr. DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, cit., págs. 158 y 159.

ción y actualización de la LEC elaborada los Profesores de Derecho Procesal hace treinta años¹¹⁷. La exposición general de motivos expuesta en aquel trabajo justificaba dicha innovación indicando tan sólo que “colma una laguna muy perjudicial en el derecho probatorio”¹¹⁸, sin más aclaración. La Exposición de Motivos de la LEC vigente guarda silencio al respecto. Posiblemente el motivo tenido en cuenta radique en considerar que ese sujeto de la relación jurídica o titular del derecho en cuya virtud se acciona, aunque no sea parte *stricto sensu*, tiene un indudable interés en el tema objeto del litigio y por tanto su situación jurídica está más próxima a la posición de parte que a la de un auténtico tercero ajeno al asunto¹¹⁹. Sin embargo, es de notar que en estos casos el sujeto en cuestión no es parte sencillamente porque no quiere serlo, ya que, o bien está asimismo legitimado para demandar desde un principio (p. ej., en los casos del artículo 11), o bien puede intervenir a posteriori con todas las prerrogativas de un litisconsorte en tanto en cuanto acredite ese interés directo y legítimo en el resultado del pleito (artículos 13 y 15). Entiendo, pues, que si por propia voluntad del interesado éste carece de la condición de parte y su estatus procesal es formalmente el de un tercero, el tratamiento adecuado que le corresponde a los fines de la prueba ha de ser el de testigo, con las consecuencias inherentes al mismo: obligación de prestar juramento o promesa y amenaza de incurrir en delito si falta a la verdad. El posible interés que tenga en la causa se pondrá de relieve a través de las preguntas generales que el juez le formule o mediante la tacha correspondiente, ponderándose luego tal circunstancia a la hora de valorar su testimonio en la sentencia. Además, ¿qué ocurre si el litigante que actúa con legitimación indirecta ha propuesto ya a esa persona como testigo?

117 Ob. cit., II, pág. 240, artículo 448.II.

118 *Corrección y actualización...*, cit., II, pág. 63.

119 Incluso está previsto, como es sabido, que en los procesos para la defensa de derechos e intereses de los consumidores y usuarios promovidos por asociaciones legitimadas según el artículo 11, los perjudicados por el hecho dañoso, aunque no hayan sido parte en el proceso, deban ser específicamente mencionados en la sentencia como beneficiarios de la condena (artículo 221); y si no es posible la determinación individual de los damnificados, el juez señalará los datos, características y requisitos que sirvan para identificarlos, de modo que puedan luego instar a su favor la ejecución si acreditan que poseen el perfil señalado en la sentencia (artículo 519).

¿Prima esta solicitud o la del adversario que prefiera acogerse al artículo 301.2?

En cualquier caso, no alcanzo a apreciar la conveniencia o ventaja de incluir la declaración de estos sujetos en el ámbito del interrogatorio de las partes y no en el de la prueba testifical: ni cabe aplicar –en su caso– los preceptos relativos a la *ficta confessio* (artículos 304 y 307), por cuanto los mismos están referidos únicamente a “la *parte* citada para el interrogatorio” o a “la *parte* llamada a declarar” y sus consecuencias se ciñen a los hechos *en que la parte hubiese intervenido personalmente*, ni por este último motivo puede operar tampoco la norma de valoración legal contenida en el artículo 316.1. Será de aplicación el artículo 316.2, a tenor del cual el tribunal valorará la declaración de estas personas según las reglas de la sana crítica. Exactamente lo mismo que dispone el artículo 376 en relación con los testigos.

b) Sujeto conocedor de los hechos a quien la parte interrogada designa para que declare en su lugar.

La otra hipótesis a que aludíamos está prevista en el artículo 308, heredero del 587 de la LEC anterior, aunque con ciertas variaciones. Cuando alguna pregunta realizada a la parte que se está interrogado se refiera a hechos en que dicha parte no haya intervenido directamente, amén de que responda según sus conocimientos, dando razón del origen de éstos, “podrá proponer que conteste también a la pregunta un tercero que tenga conocimiento personal de los hechos, por sus relaciones con el asunto, aceptando las consecuencias de la declaración”. Se dará, pues, la extraña circunstancia que una parte declare dos veces: una, ella misma para relatar lo que sabe del hecho; otra, “a través” del tercero que participó en el propio hecho.

Para que dicha sustitución se admita, precisa ahora la LEC que la misma sea aceptada por el litigante proponente de la prueba. Este requisito, según indicaba la *Corrección y actualización de la LEC*, debe establecerse “en homenaje al principio de dualidad de partes”¹²⁰. Desde luego ha acertado el legislador¹²¹, pues se trata de autorizar que un ter-

¹²⁰ *Corrección y actualización...*, cit., II, pág. 66.

¹²¹ Que tampoco alude a este extremo en la Exposición de Motivos.

cero, cuyo interrogatorio encuentra en la prueba testifical la vía jurídica apropiada, declare en el seno de esta otra prueba, quedando así exento de las obligaciones y cargas que corresponden a los testigos¹²². Si la contraparte no otorga dicha aceptación, prevé el artículo 308 que la parte declarante solicite el interrogatorio de dicha persona en calidad de testigo¹²³, decidiendo el tribunal lo que estime procedente.

Temo que la aplicación práctica del precepto pueda acarrear algunos problemas. En primer lugar, ¿cabe que prospere esta propuesta si el propio litigante que la realiza, su adversario o ambos han solicitado antes, al proponer las pruebas, y el tribunal ha admitido, que esa persona declare como testigo? Lo razonable es que no, a menos que renuncien al testigo quienes lo hayan propuesto. En segundo lugar, si el planteamiento de que responda un tercero en sustitución de la parte (o en su caso como testigo) tiene lugar cuando la propia parte está declarando y se plantea alguna pregunta o preguntas sobre hechos que no le sean personales, ¿cuándo se interrogará al tercero? ¿En el mismo acto del juicio o de la vista? Para ello es necesario que la parte declarante, en previsión de tal evento¹²⁴, haya llevado al sustituto a juicio o *ad cautelam* haya solicitado antes al tribunal su citación judicial. Si no es así, sólo resta la posibilidad de interrogar a esa tercera persona como diligencia final, conforme a la regla 2ª del artículo 435.1¹²⁵. Pero esta última solución tan sólo es viable en el juicio ordinario. Si la cuestión se suscita en un juicio verbal, nos encontramos una vez más con el reparo de que no está prevista la práctica de diligencias finales en dicho procedimiento, con la particularidad en este caso de que tampoco existe norma especial que resulte aplicable por remisión del artículo

122 Además, aquí el tercero no tiene por qué ostentar ese interés que veíamos a propósito del artículo 301.2.

123 Esto es lo que, a mi juicio, correspondería que hiciera en todo caso y desde un principio, al tiempo de la proposición de prueba. Lo que no cabe, como bien dice DE LA OLIVA (*Comentarios...*, cit., pág. 550), es la propuesta *directa* de una declaración testifical por la parte durante su interrogatorio.

124 Lo cual es razonablemente posible sólo en el juicio ordinario, donde la proposición de prueba se efectúa con antelación al acto del juicio (en la audiencia previa), siempre que la parte proponente haya concretado —como antes dijimos que debe hacer— los hechos sobre los cuales va a versar el interrogatorio.

125 De modo similar al supuesto ya examinado en el interrogatorio de personas jurídicas.

445¹²⁶. No habrá, pues, más remedio que interrumpir la vista conforme al artículo 193.1.4º en relación con el artículo 188.1.4º (si se reputa que el tercero va a declarar *como si fuera* la parte) o por aplicación del artículo 193.1.3º (si el tribunal admite que declare como testigo).

Honestamente, no acabo de encontrar la base o fundamento para mantener hoy, en la nueva prueba de interrogatorio de las partes, este supuesto peculiar, arrastrado de la LEC de 1881, con los inconvenientes que hemos visto, a los que hay añadir otro más general anclado en el terreno de los principios, a saber: se desnaturaliza el tratamiento jurídico probatorio correspondiente a la declaración de terceros en el proceso, que es por esencia y en todo caso el de la prueba testifical, a cambio de no se sabe qué utilidad o provecho. Porque la última frase del artículo 308, párrafo primero: “aceptando [el litigante interrogado] las consecuencias de la declaración [del tercero]”, no tiene más trascendencia en la vigente LEC que si se aplica a la declaración de dicho sujeto como testigo, ya que la eficacia legal tasada que prevé el artículo 316.1 sólo afecta a hechos en que la propia parte “*intervino personalmente*”, lo que cabalmente no ocurre en el caso que contemplamos¹²⁷. Pienso, pues, que habría sido más adecuado prescindir de esta especialidad probatoria, quizá justificable en el contexto de la legislación anterior¹²⁸, pero no de

126 A diferencia de los artículos 309.2 y 315.2.

127 Según DE LA OLIVA (*Comentarios...*, cit., pág. 550), “en todo caso, a su declaración [la del tercero] se aplicará la regla valorativa del art. 316.1 (puesto que declarará sobre hechos personales)”. Adviértase, sin embargo, que se trataría de hechos personales del tercero y no de la parte, como expresamente requiere el citado precepto. Por su lado, ASENSIO MELLADO (*Del interrogatorio de las partes*, cit., págs. 386-387) mantiene un criterio algo incoherente, pues si bien considera que cuando un tercero es llamado a declarar en sustitución de la parte no cabe aplicar a su comportamiento las consecuencias de la *ficta confessio* previstas en los artículos 304 y 307, en cambio entiende que sí ha de regir respecto a su declaración lo dispuesto en el apartado primero del artículo 316.

128 Tenía algún sentido en el marco de la confesión judicial y en los términos del artículo 587 de la vieja LEC: “podrá admitirse la absolución de posiciones por medio de un tercero que esté enterado personalmente de los hechos *por haber intervenido en ellos a nombre del litigante interrogado*, si éste lo solicita *aceptando la responsabilidad de la declaración*”, esto es, con plena eficacia probatoria legal de las respuestas ofrecidas por dicho tercero en perjuicio de la parte en cuyo nombre intervino.

la actual. Lo correcto, en mi opinión, es que cualquier tercero “que tenga conocimiento personal de los hechos, por sus relaciones con el asunto” declare siempre en condición de testigo y a petición de cualquiera de las partes formulada en el tiempo establecido con carácter general para la proposición de prueba.

C.- PRÁCTICA DEL INTERROGATORIO

1.- Introducción. Deber de comparecer a declarar.

El interrogatorio de las partes es el primer medio de prueba que, según la LEC, debe practicarse en el acto del juicio o de la vista (artículo 300.1). Naturalmente, es necesario que con anterioridad alguno de los litigantes (de ordinario suelen ser ambos) lo haya propuesto y el tribunal lo haya admitido.

Los principios generales en que se inspira el desarrollo de esta prueba, como en su momento señalé, son los de oralidad, contradicción, concentración, inmediación y publicidad. Desaparecidas las preguntas escritas o posiciones típicas de la confesión judicial, el interrogatorio será enteramente oral (artículos 301 y 305), realizado contradictoriamente (artículo 289.1), con participación de todos los letrados de las partes comparecidas (artículo 306.1), en unidad de acto (artículo 290), a presencia inexcusable del juez o tribunal que esté conociendo del asunto (artículos 137 y 289.2) y en audiencia pública (artículos 138.1 y 289.1).

Al igual que ocurre con los restantes medios de prueba y actos que se llevan a cabo en el juicio o vista, es obligado (artículo 147) que se proceda a su registro en un soporte apto para la grabación y reproducción de la imagen y el sonido (video o DVD), el cual complementa el acta escrita que levanta el secretario judicial¹²⁹.

¹²⁹ Es importante que la instalación y medios técnicos que se empleen para efectuar dicho registro, cuyo coste hoy día ha disminuido notablemente, sean lo más avanzados posibles, a fin de obtener una grabación con la calidad adecuada, especialmente en lo que hace al sonido. Sin duda es preferible el sistema DVD, que, además de ser más manejable y de proporcionar mayor calidad y tiempo de conservación, permite con más facilidad la localización rápida de cualquier pasaje.

Admitida la prueba de interrogatorio y citada en debida forma la parte que ha de declarar¹³⁰, la Ley le impone el deber de comparecer a tal fin, igual que a los testigos y peritos, con independencia de que esté personada en la causa o de que haya sido declarada en rebeldía (si se trata del demandado)¹³¹. La demostración más palpable de que estamos ante un auténtico deber jurídico estriba en la sanción que establece la norma ante su incumplimiento. Dispone, en efecto, el artículo 292.4 que al litigante que, habiendo sido citado para responder al interrogatorio, no compareciere sin mediar previa excusa (justificable, entiéndase), se le impondrá una multa de 180 a 600 euros, al margen de las consecuencias que prevé el artículo 304 en orden a la posible fijación en la sentencia de hechos que le perjudiquen¹³².

Nos parece un régimen excesivamente riguroso y desproporcionado, que ni siquiera encuentra suficiente justificación en el deber de las partes de ajustar su comportamiento procesal a las reglas de la buena fe (artículo 247). El proceso civil se sustenta en el principio dispositivo o de justicia rogada, conforme al cual ha de dejarse a las partes que lleven la iniciativa y que actúen con libertad en la defensa de sus intereses. Si la parte convocada a declarar prefiere voluntariamente no comparecer, asume el riesgo –y ello es lo adecuado y bastante para “sancionar” tal actitud– de que el juez aprecie que ha reconocido tácitamente ciertos hechos que le perjudican (*ficta confessio*), de lo cual se beneficiará el adversario, quien por tanto no verá mermado su derecho de defensa¹³³. En definitiva, estimo que

130 No será necesaria la citación expresa cuando en el juicio ordinario la parte o su procurador hayan comparecido a la audiencia previa (artículo 429.6). Con todo, en la práctica es habitual que al final de dicha audiencia el tribunal realice oralmente esta advertencia a las partes y/o sus procuradores comparecidos.

131 Obviamente, la situación de rebeldía ha de ser involuntaria.

132 La *Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (ob. cit., II, página 241, artículo 451) no llegaba tan lejos; tan sólo contemplaba los efectos de la *ficta confessio*.

133 Según MONTERO AROCA, “La multa a que se refiere el artículo 304, por remisión del artículo 292.4 de la ley, es una absurdo jurídico... Es lógico que se imponga el deber de comparecer a testigos (siempre) y a peritos (si aceptaron el cargo), pero no lo es cuando se trata de las partes, pues para éstas es suficiente la consecuencia del reconocimiento tácito de los hechos” (*La prueba en el proceso civil*, cit., pág. 186). Cita a continuación la S. del T. S. de 5 de octubre de 1993,

sobre este punto debería haber prevalecido la idea de “carga procesal”, más que la de “deber” en sentido jurídico propio.

2.- Incomunicación de los declarantes.

Llegado el momento en que el interrogatorio haya de practicarse, si son varios los declarantes (partes, litisconsortes o terceros a que alude el artículo 301.2), ordena la Ley que se adopten “las medidas necesarias para evitar que puedan comunicarse y conocer previamente el contenido de las preguntas y de las respuestas” (artículo 310). Es una norma que tiene su antecedente en el artículo 590 de la LEC de 1881, aunque con dos diferencias. En la vieja LEC se requería que lo solicitase la parte interesada; la nueva no contiene tal exigencia, por lo que el juez debe acordarlo de oficio. En la LEC/1881 tales precauciones eran procedentes cuando varios litigantes habían de declarar “sobre unas mismas posiciones”, esto es, sobre las mismas preguntas, que podían conocerse con anterioridad al haberse presentado por escrito; en la LEC/2000, por cuanto el interrogatorio es oral y no se sabe qué preguntas se van a formular, las medidas en cuestión se adoptarán cuando las diversas declaraciones vayan a versar “sobre unos mismos hechos”, lo que demuestra la necesidad de que cada parte precise los hechos objeto del interrogatorio al proponer esta prueba.

Es muy oportuno, ciertamente, que se acuerde la incomunicación, cuya finalidad es obvia, siempre que en la realidad se lleve a cabo de manera verdaderamente operativa. Para ello es preciso, en primer término, que el interrogatorio de todas las partes y litisconsortes “aunque el asunto sea complejo y el número de declarantes supere lo que es habitual” se realice en la misma sesión, pues si se hace en varias será difícil preservar la incomunicación de los afectados entre una y otra sesión. En segundo lugar, que las medidas que se adopten –la Ley no las concreta– sean realmente efectivas para el logro del fin perseguido.

que dice (respecto de la anterior confesión, pero resultaría igualmente aplicable al actual interrogatorio) que sobre el confesante pesa la carga de comparecer a absolver posiciones, pero “no tiene obligación de hacerlo, aunque pueda ser declarado confeso en la sentencia si ha sido citado en la forma establecida en el artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [de 1881], por lo que la incomparecencia del confesante no priva a la otra parte de ningún medio de prueba ni le causa indefensión alguna”.

No es suficiente con que el tribunal, al iniciar el interrogatorio de una de las partes, se limite a ordenar al resto de litigantes que permanezcan fuera de la sala. De entrada, si son más de dos personas las llamadas a declarar, aquella orden debería ir posteriormente unida a la de que permanezcan en sala las que ya han declarado. Pero, además, el objetivo de la incomunicación se puede burlar fácilmente a través de terceros (la prueba se realiza en audiencia pública), pues éstos pueden poner en conocimiento de los litigantes que aún no han declarado las preguntas ya formuladas y las respuestas ofrecidas. Quizá la medida más idónea consista en que las partes permanezcan, hasta que sean llamadas a prestar sus declaraciones, en un local a propósito y con el debido aislamiento del exterior. Así está previsto desde antiguo por la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los testigos (artículo 704), aunque no con mucho éxito¹³⁴.

3.- Las preguntas

a) Forma y contenido.

Como hemos insistido a lo largo de presente trabajo, una de las principales características del nuevo interrogatorio de las partes, si se compara con la suprimida confesión judicial, radica en la superación del formalismo o ritualismo de plantear las preguntas por escrito a través del rígido pliego de posiciones. La ley de Procedimiento Laboral (artículo 91.1), seguida luego por la ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 (artículo 78.13 relativo al procedimiento abreviado), iniciaron el camino hacia la oralidad: “las posiciones para la prueba de confesión se propondrán verbalmente, sin admisión de pliegos”¹³⁵.

Cuando se gestó la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, el propósito originario no fue el de consagrar un interrogatorio plenamente

134 Lo que motivó en su día aquel irónico comentario del profesor PRIETO-CASTRO: “Vana ilusión de la L.e.cr., como tantas otras. Este local no suele existir. Pululan los testigos por los pasillos” (*Derecho Procesal Penal*, con GUTIÉRREZ DE CABIEDES, ed. Tecnos, 3ª ed., 1987, pág. 243, nota a pie).

135 Ambos textos procesales siguen aludiendo a las “posiciones” y a la “prueba de confesión”, pues, cuando se promulgaron, la LEC de 1881 era de aplicación supletoria en ambos órdenes jurisdiccionales.

te oral; al menos no lo fue en el proyecto aprobado por el Gobierno, que nuevamente se dejó guiar en este extremo por el *Libro de los Profesores*¹³⁶. Según el proyecto de LEC, las preguntas iniciales debían formularse por escrito, con entrega al tribunal en sobre cerrado antes de practicarse la prueba, para que el tribunal, abierto el sobre, decidiera sobre su admisibilidad, el litigante respondiera, y sólo después los abogados de las demás partes y de la propia interrogada pudieran formular verbalmente al declarante nuevas preguntas conducentes a la determinación de los hechos.

En el trámite parlamentario del Congreso se modificó ese criterio a medias. El dictamen de la Comisión¹³⁷, a propuesta del informe de la Ponencia¹³⁸, incorporó parcialmente la enmienda n° 333 del grupo parlamentario Socialista¹³⁹, suprimiendo la referencia a que las preguntas iniciales se formularan “por escrito”, pero no incluyó expresamente que se hicieran en forma verbal, como pretendía la indicada enmienda, que por ese motivo se defendió —sin éxito— en el pleno¹⁴⁰. En el Senado, en cambio, el propio grupo parlamentario Popular presentó como enmienda n° 241 el siguiente texto: “las preguntas del interrogatorio se formularán oralmente...”¹⁴¹, y en aná-

136 Cfr. *Corrección y Actualización de la LEC*, cit. II, pág. 240 a 242.

137 Cfr. *Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos Parlamentarios*, Publicación de las Cortes Generales, cit., I, pág. 1279.

138 Cfr. *LEC. Trabajos Parlamentarios*, cit., I, págs. 892 y 1001.

139 A tenor de la cual se proponía la siguiente redacción: “Las preguntas iniciales del interrogatorio serán formuladas oralmente en el acto del juicio...”. Como justificación se indicaba: “la tramitación escrita del interrogatorio le quita espontaneidad, favorece la inasistencia del letrado director del pleito al acto del juicio e impide la adaptación del interrogatorio al desarrollo del mismo”, Cfr. *LEC. Trabajos Parlamentarios*, cit., I, pág. 271.

140 Decía en dicha defensa el Diputado SAÉNZ COSCULLUELA: “solicitamos expresamente que el proyecto de ley señale que las preguntas a los testigos [quería decir las partes] sean formuladas oralmente. Es cierto que el proyecto ha omitido la referencia a que las preguntas se harán por escrito, eso ha desaparecido del informe de la ponencia, pero en sustitución de esa expresión no se ha introducido la expresa oralidad. Y este vacío, como SS. SS. podrán comprender perfectamente, servirá para una práctica viciosa, como ha ocurrido hasta la fecha”. Cfr. *LEC. Trabajos Parlamentario*, cit., I, pág. 1425.

141 En justificación se aducía: “Aclarar que el interrogatorio es siempre oral, sin posibilidad de que pueda ser sustituido por trámites escritos”. Cfr. *LEC. Trabajos Parlamentarios*, cit., II, pág. 1750.

logo sentido lo hicieron la enmienda n° 93 del grupo parlamentario Socialista¹⁴² y la n° 338 del grupo parlamentario de Convergencia i Unió¹⁴³. Así se asumió por el informe de la Ponencia¹⁴⁴ y el dictamen de la Comisión¹⁴⁵, y, tras aprobarse en el pleno del Senado y luego en el Congreso, pasó a ser el texto definitivo.

El nuevo examen oral, libre y directo de las partes, unido al mismo régimen en el interrogatorio de testigos y peritos, ha ido propiciando un cambio de mentalidad tanto en los letrados, acostumbrados al procedimiento escrito y a no acudir personalmente a la práctica de la prueba¹⁴⁶, como en los propios jueces, que solían estudiar el pleito cuando éste había concluido y que ahora se ven en la necesidad de conocerlo desde el comienzo, al menos en sus aspectos sustanciales, a fin de poder gobernar la audiencia previa del juicio ordinario —que ya no es un acto de mero trámite— y de dirigir adecuadamente los interrogatorios orales en el acto del juicio o de la vista.

Los principales aspectos relativos al contenido de las preguntas y a la forma que éstas han de revestir vienen contemplados en el artículo 302 (y concordantes) de la Ley, siendo de destacar los siguientes:

1º. Las preguntas deben referirse a hechos y circunstancias de los que el litigante tenga noticia y sobre los cuales el interrogatorio se hubiera admitido.

Junto a las condiciones generales relativas a la pertinencia y utilidad de cualquier pregunta (que contribuya a esclarecer los he-

142 Con la misma justificación de la enmienda n° 333 presentada en el Congreso (vid. *supra*, nota 145). Cfr. *LEC. Trabajos Parlamentarios*, cit., II, pág. 1778.

143 Con la siguiente justificación: “Suprimir la indefinición respecto al carácter oral o escrito del interrogatorio de las partes”. Cfr. *LEC. Trabajos Parlamentarios*, cit., II, Pág. 1778.

144 Cfr. *LEC. Trabajos Parlamentarios*, cit., II, págs. 1833 y 1970.

145 Cfr. *LEC. Trabajos Parlamentarios*, cit., II, pág. 2264.

146 Vid. *supra*, nota 145, donde se transcribe la justificación ofrecida por el grupo parlamentario Socialista a su enmienda dirigida a la plena oralidad del interrogatorio de las partes, que alude a evitar la ausencia del letrado director del asunto en el juicio.

chos controvertidos objeto del juicio), recordemos que, a diferencia de las derogada confesión judicial, ya no se precisa que las preguntas versen sobre hechos personales del declarante; basta, según el artículo 301.1, que se refieran a “hechos y circunstancias de los que el litigante tenga noticia”. En ocasiones, puede ignorarse a priori si la parte declarante conoce o no el hecho sobre el que se le va a preguntar, pero el interrogado ya no podrá negarse a responder —como le permitía el artículo 587 de la LEC/1881— aduciendo que en tal hecho no intervino personalmente. Ahora bien, al mismo tiempo debe vigilarse que el litigante a quien se interroga únicamente declare sobre aquellos hechos o circunstancias que realmente conozca, es decir, que haya presenciado o que esté enterado por referencia, y no los que simplemente imagine o deduzca con más o menos lógica, lo que conduce a desestimar las preguntas que demanden una mera suposición, conjetura o sospecha.

La pertinencia de las preguntas en cuanto a su contenido queda reflejada de manera explícita en el artículo 302.2: “El Tribunal comprobará que las preguntas corresponden a los hechos sobre los que el interrogatorio se hubiera admitido”. Ello comporta, como hemos dicho repetidamente, que al efectuar la proposición de prueba la parte que solicita el interrogatorio ha de precisar los hechos a los cuales va a ir referido y que el tribunal decida, al admitirlo, qué hechos en particular pueden ser objeto del mismo.

Sabido es, sin embargo, que en la realidad forense esto no viene ocurriendo. Habitualmente, ni los letrados que proponen esta prueba suelen concretar los hechos sobre los cuales ha de versar, ni los jueces lo exigen, sino que la admiten sin más. El problema, por tanto, se traslada a un momento posterior: el de la práctica de la prueba. Es entonces cuando el tribunal se ve en la necesidad de juzgar sobre la marcha si el contenido de cada pregunta es adecuado a algún hecho controvertido y relevante que la parte a quien se interroga pueda conocer.

2º. Las preguntas se formularán en sentido afirmativo.

Prescribe el artículo 302.1 que las preguntas se han de expresar en sentido afirmativo, lo que evoca aquellas fórmulas que se em-

pleaban en la confesión judicial: “diga ser cierto...” o “confiese ser cierto...”. Esta exigencia formal supone hoy un contrasentido en el contexto del nuevo interrogatorio, que pretende ser plenamente oral y libre¹⁴⁷. De hecho, nuestros tribunales, demostrando una buena dosis de sentido común, no suelen requerir en la práctica que dicha norma se respete, ni los letrados intervinientes invocan su cumplimiento, porque, en definitiva, nadie la reputa apropiada¹⁴⁸.

Con atinado criterio, la SAP de Almería de 3 de diciembre de 2002 señala: “Ciertamente que la ley procesal advierte que las preguntas a las partes y testigos han de ser hechas en sentido afirmativo... sin embargo ello no significa que el requisito de la formulación afirmativa excluya e impida efectuar preguntas abiertas, siempre que no sugieran la respuesta, engañen al declarante o le pidan una valoración del hecho... ninguna diferencia se advierte en preguntar en sentido afirmativo o preguntar en sentido interrogativo, además de ser contrario a la lógica gramatical formular preguntas como *Declare ser cierto o verdad a qué hora vio usted el accidente*, o *Declare ser cierto la forma de ocurrir el accidente*”.

La única justificación posible de semejante ritualismo cabría encontrarla en el objetivo de facilitar que opere la *ficta confessio* cuando el declarante se niega a contestar u ofrece respuestas evasivas o inconcluyentes (artículo 307). Pero, aun en estos casos, le resulta muy sencillo al letrado que interroga rehacer de inmediato cualquier pregunta planteada de modo abierto y volverla a formular en el sentido que pretende la ley. Por ejemplo:

147 De ahí la opinión crítica que exponen, entre otros, DE LA OLIVA SANTOS, *Comentarios a la LEC*, cit., pág. 543, y *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, cit., pág. 364; FERNÁNDEZ SEIJÓ, *Del interrogatorio de las partes*, en “El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y comentarios”, cit., vol. III, pág. 2298; PICÓ I JUNOY, *Del interrogatorio de las partes*, “Comentarios...”, cit., II, págs. 1813 y 1814; SAMANES ARA, *Del interrogatorio de las partes*, “Comentarios...”, (ed. Aranzadi), cit., I, pág. 1074.

148 Lo mismo ha venido ocurriendo en el proceso laboral, en el que la única especialidad de las “posiciones” ha sido su oralidad (artículo 91.1 de la LPL), no los demás requisitos formales que establecía el artículo 581 de la LEC de 1881, incluido el de la formulación de aquéllas en sentido afirmativo.

Pregunta: ¿Qué cantidad le fue entregada a cuenta por doña Carmen Jara?

Respuesta: Ahora no lo recuerdo.

Pregunta: ¿Es cierto que fueron 34.800 euros?

Ante la nueva pregunta, si la parte declarante persiste en su modo de responder, queda ya perfectamente delimitado el hecho que el tribunal puede considerar tácitamente reconocido¹⁴⁹.

Curiosamente, el proyecto de LEC que fue presentado a las Cortes no contenía este requerimiento formal. La idea de introducirlo partió del diputado del grupo mixto Sr. Rodríguez Sánchez, en la enmienda 26¹⁵⁰, que, aunque no la motivó, encerraba el propósito de mantener este requisito característico de la anterior confesión judicial en la medida que el proyecto de nueva LEC propugnaba también el régimen escrito de las preguntas iniciales. Lo absurdo vino después. Con notable incoherencia, la comisión acordó, a propuesta de la ponencia¹⁵¹, incorporar al texto la mentada enmienda del Sr. Rodríguez Sánchez, pero también la enmienda 333 del grupo parlamentario Socialista, dirigida a que el interrogatorio fuese oral desde el comienzo. No casaban muy bien ambas modificaciones: transformar las preguntas escritas en preguntas orales y a la vez imponer que se efectuaran en sentido afirmativo. El resultado fue, pues, una norma que, en relación al proyecto, avanzó en una dirección, pero retrocedió en otra.

No es realmente compatible un interrogatorio oral y libre, como lo califica la Exposición de Motivos de la LEC, con la necesidad de plantear las preguntas del modo formal que en este punto se requiere, ni semejante exigencia se compadece con la

149 No está de más en supuestos de este tipo, a pesar de que el juicio se esté grabando y de que el juez realice al declarante los apercibimientos previstos en el artículo 307, que el abogado solicite la constancia en el acta escrita del tenor literal de la pregunta, por si luego se suscitan dudas al examinar el vídeo o DVD.

150 Cfr. *LEC Trabajos Parlamentarios*, cit., I, pág.195.

151 Cfr. *LEC Trabajos Parlamentarios*, cit., I, pág.892.

“flexibilización en la realización de las preguntas” a que alude la propia Exposición de Motivos. Supone una complicación y angostura inaceptables para el interrogador; se priva de naturalidad, fluidez y agilidad al desarrollo del interrogatorio (cada vez que se formula una pregunta hay que pensar en la manera de configurarla con arreglo a este requisito) y a veces puede ocurrir que quien interroga ignore determinados aspectos o circunstancias sobre los que no puede preguntar en sentido afirmativo, y en cambio el declarante sí los conoce y justamente por medio de su interrogatorio se pretenden esclarecer.

Adviértase, en cualquier caso, que las preguntas formuladas en sentido afirmativo, por cuanto están señalando el contenido de posibles las respuestas, constituyen siempre preguntas sugestivas, que de suyo merecen reprobación (en el proceso penal están expresamente prohibidas por el artículo 709 de la LECrim).

En la práctica es frecuente que el letrado de la parte adversa al declarante formule a éste preguntas abiertas, a fin de no darle pistas y de provocar que diga, en beneficio de su defendido, lo que realmente ocurrió. En cambio, cuando quien interroga es el propio abogado del declarante, sus preguntas, a menos que el cliente tenga muy clara la contestación, suele plantearlas en sentido afirmativo, para sugerir así la respuesta y evitar “equivocaciones” que le perjudiquen¹⁵².

De lo que no cabe duda es que cualquier respuesta a una pregunta planteada en forma abierta es siempre más fiable y convincente que la simple contestación afirmativa a una pregunta expresada en sentido positivo. Veamos la distinta impresión que sugiere el interrogatorio de la parte sobre una misma cuestión, concreta y sencilla, realizado en sentido afirmativo o de manera abierta.

152 De ahí, según señala VERGER GRAU (*Un interrogatorio cruzado y mágico*, Revista “Justicia 2000”, pág. 7), que en el modelo original de la *cross-examination* “las preguntas en el examen directo al propio cliente, testigo o perito, no pueden formularse en sentido afirmativo, porque son siempre sugestivas”.

En sentido afirmativo:

Pregunta: Diga ser cierto que don Agustín Guillén se comprometió a abonarle una comisión de 482.500 euros por su participación en la compraventa del complejo “El Rocío”.

Respuesta: Sí, es cierto.

De manera abierta:

Pregunta: ¿Llegó usted a algún acuerdo con don Agustín Guillén en relación con la compraventa del complejo “El Rocío”?

Respuesta: Si. Don Agustín me pidió que interviniera en su nombre para negociar la adquisición del inmueble, porque él no quería figurar directamente, a cambio de ofrecerme una comisión.

Pregunta: ¿Qué comisión se comprometió a abonarle?

Respuesta: El cinco por ciento del precio, si conseguía que éste no sobrepasara los diez millones de euros.

Pregunta: ¿Qué cantidad resultó finalmente como devengo a su favor?

Respuesta: Teniendo en cuenta que la operación se cerró en 9.650.000 euros, el importe de mi comisión asciende a 482.500 euros.

El segundo modo de interrogar arroja un resultado que merece palmariamente más credibilidad, ya que las respuestas del declarante aportan *ex novo* datos fácticos que no están sugeridos por quien interroga. Y esa mayor fuerza acreditativa también es relevante cuando, a preguntas del contrario, las contestaciones perjudican a la parte que declara. Téngase en cuenta que ahora esta prueba no posee el mismo valor tasado pleno que antes la ley atribuía a la confesión, sino que depende directamente del resultado de los restantes medios probatorios. Por eso es importante que las respuestas que dé

en su contra la parte contribuyan lo más posible a conformar la convicción psicológica del juzgador y eso se consigue mejor mediante preguntas abiertas, que no arrancando un mero asentimiento –más proclive al error– ante preguntas formuladas afirmativamente.

3°. *Las preguntas han de realizarse con la debida claridad y precisión.*

Éstos sí son requerimientos que, por encima de lo puramente formal, la Ley de Enjuiciamiento Civil impone con todo acierto en el propio artículo 302.1 (como hiciera el LEC/1881 respecto a la confesión en su artículo 581).

La claridad implica que el declarante pueda entender sin dificultad aquello que se le pregunta y que no se aprecie una segunda intención o trampa en el modo de interrogar, lo cual conduce a rechazar las preguntas capciosas, oscuras o enrevesadas.

La precisión, por su parte, entraña fundamentalmente que las preguntas gocen de concisión y exactitud rigurosa¹⁵³, que se trate de preguntas puntuales y concretas en relación con los hechos debatidos.

También ha de entenderse incluida dentro de estas exigencias la necesidad de que cada pregunta vaya referida a un determinado hecho o circunstancia, y no a varios conjuntamente. Deberán, pues, rechazarse aquellas preguntas que se planteen englobando dos o más aspectos fácticos, aunque éstos tengan una ubicación simultánea en el tiempo o estén relacionados entre sí, con el propósito de que la parte interrogada asienta al conjunto. Por ejemplo: “¿es cierto que conducía usted con el firme mojado a 148 km/h, como detectó el radar de la Guardia Civil?” No sería extraño que el interrogado contestara afirmativamente, aunque la calzada estuviera seca, al fijarse sólo en la última parte de la pregunta y pensar que la prueba del radar le impide responder de otro modo. Pero es obvio que el radar no puede detectar si la carretera está mojada. Ocurre que la pregunta

¹⁵³ Así define el Diccionario de la Lengua Española el término “precisión” aplicado al uso del lenguaje.

ha sido mal formulada, pues alude en realidad a dos hechos distintos sobre los que se ha de interrogar por separado¹⁵⁴.

El proyecto de LEC requería expresamente que las preguntas se realizasen “con la debida separación de los diversos hechos y circunstancias a que se contraigan”¹⁵⁵. Sabia exigencia que, sin embargo, en la tramitación parlamentaria del Congreso desapareció de un plumazo¹⁵⁶, sin que mediara ninguna enmienda en tal sentido, ni se ofreciese explicación alguna al respecto¹⁵⁷.

4º. No está permitido incluir en las preguntas valoraciones ni calificaciones, y si éstas se incorporan, se tendrán por no realizadas.

Importante previsión ésta que contempla el artículo 302.1, des-

154 El Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse críticamente sobre este aspecto a propósito de la confesión, cuya doctrina es trasladable al actual interrogatorio de las partes. Así, según la S. de 7 de marzo de 1962: “Las posiciones que son demasiado extensas y comprenden, a su vez, distintos particulares, deberían constituir posiciones diferentes” (vid. FERNÁNDEZ SEIJÓ, *Del interrogatorio...* cit., en “El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y comentarios”, cit., III, pág. 2297). Por su parte, la S. de 19 de mayo de 1964 señala: “las posiciones absueltas fueron formuladas contraviniendo las normas procesales que regulan la confesión judicial, pues se comprenden en una sola posición extremos o particularidades que deberían constituir tantas posiciones como indicios, sin posibilidad de ser contestadas aquéllas con una sola afirmación o negación”; y en el mismo sentido, la S. de 30 de mayo de 1964: “tampoco las posiciones estaban formuladas de forma procesal correcta, pues cada una de ellas contenía, a su vez, distintos asertos que debían ser formulados en posiciones diferentes y que no podían ser deferidos a una sola contestación...” (vid. PICÓ I JUNOY, *Del interrogatorio...* cit., en “Comentarios...”, cit., II, pág. 1814).

155 Los autores del proyecto partieron una vez más del “Libro de los Profesores”, en cuyo artículo 449.1 se dice: “Las preguntas serán formuladas... con las debida separación de los extremos a que se contraigan” (*Corrección y actualización de la LEC*, cit., II, pág. 240).

156 Cfr. *Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos Parlamentarios*, cit., I, págs. 892, 1001 y 1279.

157 Tal vez nuestros ilustres diputados acordaron suprimir este inciso como simple corrección de estilo (!), o quizá pensaron que ya estaba ínsito en el requisito de la “claridad y precisión”, cuando en rigor se trata de una condición diferente. El ejemplo antes propuesto demuestra que una pregunta puede ser clara y precisa, y no obstante estar referida a extremos diversos.

conocida en el régimen anterior de la confesión. A la parte declarante sólo le corresponde narrar desde el punto de vista histórico aquellos hechos de los que tenga noticia y sobre los cuales se le interroga, pero no emitir juicios de valor ni efectuar calificaciones técnicas, jurídicas ni de ningún otro tipo. Así, pues, las preguntas que se le formulen han de ceñirse a su conocimiento estrictamente histórico y no a consideraciones científicas o de otra índole, cuya aportación –incluso referida a los propios hechos que interesa acreditar– corresponde hacerse a través de otros medios probatorios, especialmente de la prueba pericial¹⁵⁸.

Ello se traduce en que no es autorizado requerir al declarante por medio de una pregunta para que subsuma el hecho histórico de que tiene noticia en una máxima de la experiencia de carácter científico, jurídico o perteneciente a cualquier saber especializado, a fin de que emita una conclusión a modo de criterio u opinión personal proyectados sobre el hecho en cuestión que importa esclarecer. Lo cual, sin embargo, no se debe confundir con la posibilidad, totalmente legítima, de que al litigante se le interroge empleando expresiones usuales del lenguaje que impliquen conclusiones acabadas extraídas de la aplicación de máximas de la experiencia de carácter común. Veamos dos ejemplos que reflejan, respectivamente, lo que a mi inicio se ha de permitir y lo que no.

Sería correcto preguntar: “*¿Es cierto que aquella mañana, a las diez, nevaba copiosamente?*”, en lugar de tener que plantear la pregunta de este otro modo bastante más complejo: “*¿Es cierto que aquella mañana, a las diez, caían abundantes partículas blancas que resultaban ser pequeños cristales de hielo?*”. Aunque el primer modo de interrogar suponga incluir en la pregunta una conclusión calificativa de aquello que observó el declarante, en realidad se le está inquiriendo sobre un fenómeno atmosférico de todos conocido¹⁵⁹ y respecto al cual sería absurdo preguntar con una descripción

158 Sólo excepcionalmente, como luego se dirá, cabe que el litigante, si es experto en determinada materia, realice manifestaciones relacionadas con aquello en lo que es especialista, por analogía con el testigo-perito.

159 O de casi todos. Recuérdese aquel conocido pasaje de la obra de STEIN, *El Conocimiento privado del Juez* cit., pág.17, donde el autor alemán alude precisamente a unos africanos que nunca habían visto nevar.

tan detallada que incluso algunas personas quizá no comprendan, cuando en el lenguaje común el verbo “nevar” sirve para designarlo de manera directa e indubitada.

En cambio, no sería aceptable la siguiente pregunta: “*¿Reconoce que en este asunto actuó usted negligentemente?*”. Aquí se interroga a la parte para que admita como cierta una conclusión con trascendencia jurídica y que comporta un juicio de valor, lo que no es pertinente que realice. La “negligencia”, amén de su significado común (falta de cuidado), constituye un concepto jurídico y no un puro dato de hecho. Lo correcto, pues, debiera ser interrogar al litigante sobre las circunstancias fácticas que concurrieron en su modo de actuar, para que luego el tribunal, si las considera probadas, partiendo de aquellas máximas de la experiencia que estime aplicables en orden a la integración e interpretación de la norma sustantiva, obtenga la conclusión jurídica que considere adecuada.

La solución que ofrece el artículo 302.1 ante la incorporación indebida de valoraciones o calificaciones consiste en que “se tendrán por no realizadas”. Evidentemente esto sólo será posible cuando la valoración o calificación sea un mero añadido a la pregunta, pero no cuando la pregunta en sí consista exclusivamente en esa valoración o calificación, como en el último ejemplo que hemos propuesto. El tribunal deberá entonces rechazar la pregunta por completo y advertir al letrado que la rehaga aludiendo sólo a extremos estrictamente fácticos.

b) Orden a seguir en el interrogatorio.

Conviene determinar, en primer término, qué turno se ha de establecer al efectuar el llamamiento de las partes para ser interrogadas (cuando la prueba se haya admitido respecto a varias personas) y, en segundo lugar, quiénes pueden formular preguntas a cada litigante y por qué orden.

En cuanto a lo primero, aunque la LEC no se pronuncie sobre tal extremo, parece lógico, y así se viene haciendo en la práctica, que en primer lugar declare la parte demandada (cuyo interrogatorio

solicitó el actor) y luego lo haga el demandante (cuyo interrogatorio pidió el demandado). Si hubiese varios demandados a interrogar, lo razonable es que se les llame por el orden que figuran en la demanda (y, eventualmente, en la ampliación de ésta) y luego, en su caso, por el orden en que se hayan personado como terceros intervinientes (litisconsorciales) en defensa de la posición de cualquier demandado. Siempre cabe, no obstante, que el juez aprecie motivos suficientes para alterar ese orden, v. gr., agrupando a los codemandados iniciales y/o intervinientes posteriores que hayan de declarar sobre un mismo hecho. Y el mismo criterio es aplicable al interrogatorio de una pluralidad de actores y/o intervinientes litisconsorciales de éstos.

Respecto a la segunda cuestión, llegado el momento de interrogar al litigante que corresponda, el artículo 306.1 da a entender que iniciará el interrogatorio el abogado de la parte que solicitó la prueba y establece a continuación que “los abogados de las demás partes y el de aquella que declarase podrán, por este orden, formular al declarante nuevas preguntas que reputen conducentes para determinar los hechos”. Si en el proceso únicamente hay un actor y un demandado, no se suscita dificultad al aplicar la norma: comenzará preguntando el abogado de la parte contraria a quien se interroga, que será la que habrá propuesto la prueba, y luego lo hará el abogado del propio declarante. Sin embargo, ¿qué orden se ha de seguir cuando exista una pluralidad de partes que hayan instado el interrogatorio de un mismo sujeto? Lo único claro, según el precepto citado, es que el último en preguntar debe ser el letrado de la parte declarante. Pero, ¿a quien corresponde iniciar el interrogatorio y por qué turno se ha de continuar luego?

A mi juicio, si todas las partes que han solicitado la prueba están integradas en el mismo lado de la relación procesal (todos son parte contraria al declarante o todas son litisconsortes de éste actuando al amparo del artículo 301.1, inciso 2º), para establecer quien comienza a preguntar lo mejor es aplicar el mismo criterio que hemos sugerido en el llamamiento a los declarantes: atender al orden en que se mencionan en la demanda, de modo que el abogado del primero de los proponentes de la prueba que figure en la deman-

da sea el que inicie el interrogatorio. En cambio, cuando la prueba haya sido pedida conjuntamente por litigantes de la parte contraria y por litisconsortes del declarante, considero más adecuado dar prioridad a los letrados de la parte adversa, por lo que debería comenzar a preguntar el abogado del colitigante contrario (entre los proponentes de la prueba) que primero figure en la demanda.

Una vez respondidas las preguntas del primer letrado, y con independencia de que éste defienda a una contraparte o a un litisconsorte del declarante, el interrogatorio debe continuar siempre, a mi modo de ver, concediéndose la palabra a los abogados de las partes contrarias a quien declara y por el orden tantas veces mencionado, luego a los que defiendan a los litisconsortes y, finalmente, al abogado de la parte interrogada.

Cuando las partes actúen en el proceso directamente por no ser preceptiva la intervención de abogado, prevé el artículo 306.2 que ellas mismas asuman la iniciativa en la práctica de la prueba, haciéndose recíprocamente las preguntas y observaciones que sean convenientes para la determinación de los hechos, sin ningún formalismo especial ni turnos preestablecidos. El juez cuidará, no obstante, de que nos se atraviesen la palabra ni se interrumpan, es decir, de que ese diálogo o especie de careo discurra del modo más ordenado posible¹⁶⁰.

También permite la Ley que el tribunal interroge a la parte llamada a declarar, “con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones” (artículo 306.1, párrafo 2). En torno a esta facultad, que a mi juicio el titular del órgano jurisdiccional debe usar con moderación, se plantean dos cuestiones: en qué momento puede ser utilizada y con qué alcance¹⁶¹. Sobre lo primero, pienso que es preferible, pero no imprescindible, esperar a que cada letrado haya finalizado su interrogatorio, siempre que ello no frustre la finalidad que con la

160 Esta norma es heredera del artículo 588 de la LEC/1881, incluso en el modo en que está redactada, que contemplaba la misma posibilidad de actuación de las partes (aunque en el proceso interviniesen abogados y procuradores) cuando al acto de absolver posiciones concurría el litigante que las había solicitado.

161 Vid. MOTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., pág. 194.

iniciativa del juez se intenta alcanzar. No es apropiado, en ningún caso, que sea el tribunal quien comience a interrogar. En cuanto a lo segundo, considero que las preguntas que el juez formule han de dirigirse a obtener –como dice el texto de la Ley– *aclaraciones y adiciones*¹⁶²; por tanto, han de ir referidas a hechos respecto a los cuales el litigante haya declarado ya ante preguntas realizadas por las demás partes (sus abogados), y no a hechos nuevos que no hayan sido objeto de interrogatorio previo y que el juez tome la iniciativa de indagar preguntando sobre ellos por primera vez. Otra interpretación, desde mi punto de vista, implicaría cierto riesgo de que el Tribunal ponga en peligro el equilibrio del contradictorio. No se olvide que, aun cuando el legislador ha procurado –y ello es positivo– hacer de esta prueba un instrumento idóneo para la determinación de la verdad de los hechos, el método apropiado en las actuaciones judiciales civiles no es la investigación de oficio a los litigantes, sino que corresponde la carga de probar los hechos, sin recibir “ayuda extra” del órgano judicial. Los principios dispositivo y de aportación de parte siguen imperando en el proceso civil (véase el artículo 216 de la LEC)¹⁶³.

c) Control sobre la admisibilidad de las preguntas.

Los artículos 302.2, 303, 306. 2 y 3 de la LEC arbitran un sistema complejo para depurar las preguntas y que éstas se acomoden a los requisitos legalmente establecidos, cuya puesta en práctica puede perjudicar la fluidez y el normal desarrollo de esta prueba. En efecto, si se extremen las posibilidades que brinda la Ley, podemos encontrarnos con un interrogatorio del tipo que vemos en películas anglosajonas, incluso más proclive a interrupciones e intervenciones de las partes en relación con la pertinencia de cada pregunta.

162 La SAP de Valladolid de 29 de enero de 2004 alude al “interrogatorio de las partes para el que el tribunal viene expresamente autorizado por la ley (artículo 306 LECiv) *a fin de obtener las aclaraciones y adiciones que estime oportunas*”.

163 Discrepo de la idea de acercar el proceso civil a parámetros que son propios del proceso penal, como también de “civilizar” éste último. El orden jurisdiccional civil y el orden jurisdiccional penal se encaminan a fines distintos, aunque tengan en común la recta administración de justicia, y consecuentemente la actividad en que se plasma uno y otro ha de acomodarse a principios técnicos diversos.

Junto al control de oficio, que era el único que antes estaba previsto, se establece también el control a instancia de parte. Hay quienes critican este doble mecanismo de filtro o control aduciendo que, si inicialmente el tribunal admite cualquier pregunta, es porque la considera correcta, y en consecuencia está de más que la parte luego la impugne, pues iría contra el criterio que ya ha manifestado el órgano jurisdiccional¹⁶⁴. Frente a dicha objeción, empero, conviene recordar que el régimen general de control de los presupuestos procesales, junto a la verificación de oficio, cuando está prevista, autoriza siempre la denuncia de parte, que lógicamente sólo se hará valer en los casos en que el control de oficio no haya sido eficaz o no se haya ejercido de modo correcto, a criterio del litigante. Por otro lado, nada tiene de extraño o irregular que cualquier decisión del órgano judicial sea cuestionada por la parte y sometida a revisión del propio órgano que la adoptó: esa es cabalmente la función que cumplen los recursos no devolutivos.

En primer término, corresponde al Tribunal admitir o rechazar las preguntas en el mismo momento en que se formulan, juzgando sobre su utilidad, precisión y claridad, correspondencia a los hechos sobre los que el interrogatorio se hubiera admitido y ausencia de valoraciones y calificaciones¹⁶⁵. No es preciso que el juzgador realice ante cada pregunta una declaración explícita de que es pertinente, lo cual obstaculizaría la práctica del interrogatorio al ser éste oral. Si el Tribunal guarda silencio y no rechaza expresamente la pregunta, ha de entenderse que decide admitirla.

En segundo lugar, y aquí radica la innovación de la LEC de 2000, también está permitido que la parte que haya de responder al interrogatorio y su abogado puedan impugnar en el acto la admisibi-

164 En la enmienda núm. 334 del grupo Socialista del Congreso al artículo 304 del proyecto de LEC (que se corresponde al 303 del texto vigente) se decía: “el contenido de este artículo supone un desprecio a la actuación del Juez, puesto que se supone que el Juez ha efectuado una previa declaración de pertinencia” (Cfr. *LEC. Trabajos Parlamentarios*, cit., I, pág. 272).

165 En relación con las valoraciones y calificaciones ya se indicó que, según el artículo 302.1 *in fine*, el tribunal únicamente señalará que se tengan por no realizadas, sin necesidad de inadmitir la pregunta, a menos que la valoración o calificación forme parte esencial de la misma.

lidad de las preguntas y hacer notar las valoraciones y calificaciones que sean improcedentes y deban tenerse por no realizadas (artículo 303). A diferencia de la prueba testifical, en que esa misma facultad se confiere a todos los litigantes (sus abogados) distintos de quien haya formulado la pregunta (artículo 369), en el interrogatorio de las partes sólo puede ejercerla el sujeto que declara y/o su letrado. En cualquier caso, el juez debe impedir los excesos en el uso de este derecho, encaminados tan sólo a entorpecer o boicotear el interrogatorio, como conducta procesal contraria a la buena fe¹⁶⁶.

En rigor, la oposición a las preguntas, por cuanto se efectúa tras la decisión del juez de admitirlas con su silencio o ausencia de rechazo, entraña un verdadero recurso de reposición *in voce*, análogo al previsto en el artículo 285.2 frente a la resolución sobre la admisibilidad de las pruebas. Lo cual quiere decir que, antes de que el órgano jurisdiccional resuelva lo que proceda, debe dar audiencia a la parte contraria (la que ha formulado la pregunta), para que alegue de palabra lo que estime oportuno.

Si el tribunal, de oficio o a instancia de parte, inadmitiese alguna pregunta, el declarante no deberá responder. Pero si a pesar de la inadmisión respondiera, lo que mayormente ocurrirá cuando la pregunta se la haya hecho su abogado, la contestación quedará registrada en el soporte audio-visual que forma parte del acta, si bien el juzgador no deberá tenerla en cuenta. Considero inconveniente la solución que arbitra el artículo 368.3 para la prueba testifical: “la respuesta no constará en acta”¹⁶⁷.

166 Lo cierto es que en el tiempo que lleva aplicándose la nueva LEC los abogados rara vez utilizan esta prerrogativa y menos aún la propia parte.

167 A nadie se oculta la dificultad material de aplicar semejante disposición, cuya inobservancia en la práctica viene siendo común. ¿Qué debería hacer el responsable de la grabación? ¿Estar pendiente para detenerla cuando una pregunta sea inadmitida, a fin de que no se registre la posible respuesta, y reanudarla a continuación? Y si ya se ha grabado, ¿rebobinar la cinta de video y borrar la respuesta, permaneciendo entretanto detenido el juicio? En cualquier caso, entiendo que el acta, por la función que cumple, debe ser completa y reflejar todos los pormenores de lo que acontezca en el juicio –ahora con la grabación ello es posible–, independientemente de que el órgano jurisdiccional, cuando lleve a cabo su enjuiciamiento, prescinda de considerar aquellos extremos que deban ser legalmente desatendibles.

Frente a la inadmisión de cualquier pregunta por el tribunal la Ley no contempla oposición o recurso de ninguna clase. Sin embargo, el litigante (su abogado) cuya pregunta es rechazada y se muestre disconforme con la inadmisión, podrá manifestarlo así y pedir que conste en acta su protesta¹⁶⁸, a fin de luego solicitar, si apela la sentencia, que vuelva a practicarse esta prueba en segunda instancia conforme al artículo 460.2.1^a (rectamente interpretado)

4.-Las respuestas.

A diferencia de lo que acontece con testigos y peritos¹⁶⁹, a la parte no procede exigirle que preste juramento o promesa de decir verdad¹⁷⁰. En cambio, sí tiene dicha parte la carga de responder y de hacerlo de manera clara y terminante. No se trata de un deber jurídico *stricto sensu* cuyo incumplimiento acarree una sanción, como sucede con el deber de comparecer al interrogatorio. Constituye, en rigor, como decimos, una carga procesal, en el sentido de que el litigante que no la asuma y se niegue a responder –tras apercebimiento del tribunal– o dé respuestas evasivas o inconcluyentes –tras el mismo apercebimiento– deberá soportar las consecuencias desfavorables que le depare dicha actitud, las cuales, como es sabido, se manifiestan en la *ficta confessio* (artículo 369): el órgano jurisdiccional podrá estimar tácitamente reconocidos los hechos a que se refieran las preguntas, si perjudican al declarante y en ellos intervino personalmente, fijándolos como ciertos en la sentencia sin necesidad de que concurra ninguna otra prueba. Se establece, empero, como salvedad que el declarante tenga la obligación legal de guardar secreto. No desarrolla la norma el modo en que ha de operar

168 El artículo 369.2 reconoce expresamente esta facultad en el interrogatorio de testigos.

169 Vid. artículo 369.2 de la LEC.

170 Suele radicarse el fundamento de esta exención en el derecho a no declarar contra sí mismo (artículo 24.2 de la Constitución), que rige también en el proceso civil. A raíz del mismo, no existe una obligación jurídicamente exigible a los litigantes de que sean veraces al responder al interrogatorio, en la medida que ello les puede perjudicar. Por encima de las reglas imperantes de la buena fe procesal (artículo 247 LEC) está el citado derecho constitucional. Paralelamente, y como se sabe, el delito de falso testimonio afecta sólo a testigos y peritos, no a las partes del proceso.

esta excepción, por lo que debe reputarse aplicable supletoriamente el artículo 371, que regula con detalle ese mismo deber en el caso de los testigos.

Según previene el artículo 305.1, la parte interrogada “responderá por sí misma”. La declaración es, pues, un acto personalísimo de la propia parte (en la confesión judicial también lo era), que no puede evacuar su representante procesal ni ningún otro apoderado designado a tal fin. Sólo cuando el litigante sea una persona jurídica o ente sin personalidad la declaración como tal deberá efectuarla, con los pormenores que ya hemos analizado en epígrafes precedentes, una persona física en nombre de la entidad.

Dispone asimismo la Ley que la parte declarará “sin valerse de ningún borrador de respuestas; pero se le permitirá consultar en el acto documentos y notas o apuntes, cuando a juicio del Tribunal sean convenientes para auxiliar a la memoria” (artículo 305.1). Como es fácil de apreciar, con esta norma, que igualmente regía en la prueba de confesión, se pretende, por un lado, evitar que el declarante lleve preparadas por escrito (con el asesoramiento de su abogado) las respuestas a las posibles preguntas, forzándole a manifestar únicamente lo que en ese momento recuerde o considere oportuno decir; pero, por otro, facilitar la declaración cuando los hechos o datos a que aludan las preguntas sean lo suficientemente complejos para retenerlos todos en la memoria y la consulta de notas o documentos no obstaculice la improvisación y espontaneidad de las respuestas. Sobre el segundo aspecto, la disposición que hemos citado goza de una redacción más atinada que el precepto similar previsto en el interrogatorio de testigos (artículo 370.2). En éste se condiciona la posible consulta a que la pregunta esté referida a cuentas, libros o documentos; en el interrogatorio de las partes procede siempre que a juicio del tribunal sea conveniente para auxiliar la memoria, otorgándose así un margen superior de discrecionalidad al prudente criterio del juez, quien puede autorizar la consulta en otros supuestos (p. ej., cuando se interroga sobre fechas, horas, lugares u otros datos puntuales difíciles de recordar y el examen de su agenda por el litigante pueda facilitarle la respuesta). En todo caso, el tribunal deberá requerir al declarante, antes de que conteste, que le muestre

los documentos o notas que pretende consultar, para comprobar que no contienen un borrador de respuestas¹⁷¹.

Las contestaciones del declarante “habrán de ser afirmativas o negativas”, según previene el artículo 305.2. Para que ello pueda observarse será condición necesaria que la pregunta esté planteada en términos que admita una respuesta de este tipo, es decir, que haya sido formulada en sentido afirmativo, con una proposición fáctica a la que el declarante deba asentir o negar. Sin embargo, ya hemos puesto de manifiesto los inconvenientes de este sistema de enunciar las preguntas en un interrogatorio oral. El legislador, consciente de ello, añade: “Y de no ser posible [responder así] según el tenor de las preguntas, [las contestaciones] serán precisas y concretas” ¹⁷². Lo cual sugiere de inmediato que la propia Ley, contra lo prescrito al inicio del artículo 302.1, está autorizando implícitamente que las preguntas también puedan expresarse en forma abierta. Cuando así se haga, no es permitido al declarante que responda con ambigüedad, vaguedad o, según la frase castiza, que *se vaya por los cerros de Úbeda*, sino que ha de contestar de manera terminante, clara y definida.

El litigante interrogado siempre podrá agregar las explicaciones que estime convenientes y que guarden relación con las cuestiones planteadas. Así se recoge en el artículo 305.2 *in fine*¹⁷³. Esta precisión legal está justificada en la medida en que rara vez los hechos son monocolor; por el contrario, suelen presentar matices o aspectos diversos que el declarante tiene derecho a exponer. No obstante, tales explicaciones han de estar directamente relacionadas con las materias que sean objeto de las preguntas y no ir referidas a otros temas, aunque éstos tengan relevancia en la causa. Tampoco puede emplearse como medio para que la parte efectúe valoraciones ni calificaciones que excedan de lo que constituye el relato estrictamen-

171 Cfr. PICÓ I JUNOY, *Del interrogatorio de las partes*, cit., en *Comentarios...*, cit., II, pág. 1821.

172 Nótese el destacado paralelismo de esta norma con el artículo 454.I de la *Corrección y Actualización de la LEC*, cit., II, pág.241.

173 Tiene su antecedente en el artículo 586, párrafo primero, de la LEC de 1881.

te histórico de los hechos. Excepcionalmente, cuando el declarante posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio¹⁷⁴, por analogía con lo establecido para la figura del testigo-perito en el artículo 370.4, el tribunal sí debe admitir las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos realice al responder sobre los hechos. Es más, en ocasiones, no será posible ofrecer respuestas adecuadas sin el empleo de esos conocimientos especializados y sin las oportunas valoraciones o calificaciones técnicas, que luego, como es lógico, habrán de ser contrastadas con los correspondientes informes periciales.

Es importante, por último, que quede constancia en el transcurso del interrogatorio acerca de si la parte intervino personalmente en los hechos sobre los cuales se le interroga, o si sólo tiene noticia de los mismos por haberlos presenciado, sin participar en ellos o por referencia de otras personas. Recuérdese que la eficacia probatoria legal de este medio depende en gran medida de esa circunstancia

5.- Los careos.

Otra innovación destacable que aporta la LEC en materia de prueba es el posible careo entre testigos, o entre éstos y las partes, cuando unos y otros incurran en graves contradicciones (art. 373). Se trata de un medio probatorio de carácter complementario, instrumental y excepcional, hasta ahora sólo contemplado en el ámbito procesal penal (tanto en la fase preliminar como acto de investigación, como luego en el juicio oral en concepto de prueba).

Obsérvese que conforme al mencionado precepto de la LEC el careo no es posible entre las propias partes o litisconsortes, aunque hayan incurrido en contradicción al declarar, límite legal éste que, una vez permitido en general el careo como medio de prueba, resulta de dudosa oportunidad.

¹⁷⁴ Por ejemplo, el arquitecto que ha sido demandado en un proceso sobre responsabilidad decenal o el médico a quien se reclaman daños y perjuicios por imprudencia o negligencia en el ejercicio de su profesión.

Al igual que en el proceso penal (artículo 455 de la LECrim), teniendo en cuenta lo embarazoso y violento del enfrentamiento verbal que el careo lleva consigo, es lógico que la LEC lo configure como un instrumento extraordinario para determinar la verdad de los hechos, al que sólo el tribunal debe acceder si lo considera imprescindible¹⁷⁵. Así se explica la exigencia de que se hayan producido *graves* contradicciones entre testigos y entre éstos y las partes, lo cual quiere significar, a mi entender, no sólo que las contradicciones sean manifiestas, sino, además, que en sí revistan gran relevancia, por tratarse de declaraciones notoriamente importantes, referidas a extremos fácticos fundamentales.

Según dispone el artículo 373.3, las actuaciones que constituyen el careo “habrán de solicitarse al término del interrogatorio [en la prueba testifical] y, en este caso, se advertirá al testigo que no se ausente para que dichas actuaciones puedan practicarse a continuación”. Cuando se dice *al término del interrogatorio*, hay que pensar que se está aludiendo no al interrogatorio de todos los testigos, sino en concreto al de aquél que haya incurrido en contradicción con otra u otras declaraciones testificales precedentes o con las que haya realizado antes alguna o algunas de las partes. El inciso final de la norma, relativo a la advertencia al testigo de que no se ausente, resulta atinado pero insuficiente: el testigo advertido estará presente para el careo, pero no necesariamente el otro testigo o la parte con quien aquél se haya de carear, cuyas declaraciones se produjeron anteriormente.

Nada explicita la LEC en cuanto al procedimiento para llevar a cabo el careo. Ante tal omisión, resulta apropiado aplicar por analogía los artículos 451 a 455 y 713 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se regula la práctica de dicha diligencia¹⁷⁶. Así, el careo no debe tener lugar, por regla general, más que entre dos personas a la vez. Tras manifestarles el juez

175 Vid. GUTIÉRREZ SANZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, 2001, I, pág. 1249; RODRÍGUEZ TIRADO, *El interrogatorio de testigos*, ed. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 165.

176 Vid. CHOZAS ALONSO, *La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2001, pág. 120.

la contradicción o contradicciones que resulten de sus declaraciones, para lo cual, si es preciso, se les mostrará previamente el vídeo o DVD en que aquéllas hayan quedado registradas, el propio juez les invitará a que se pongan de acuerdo. A partir de ahí, son los careados quienes asumen la iniciativa y el protagonismo directo en dicho acto, dialogando entre sí y haciéndose las observaciones que reputen convenientes en relación con los hechos cuyas versiones son discrepantes. El tribunal se limitará a impedir que se insulten o amenacen, quedando reflejado lo que manifiesten en la grabación propia del juicio.

Si a lo largo del careo en que participe una parte *ex art.* 373.2, ésta reconociera ser cierto un hecho cuya fijación como tal en la sentencia le resulte enteramente perjudicial y en el que haya intervenido personalmente, por cuanto el careo representa una continuación o complemento de las declaraciones anteriormente efectuadas por los careados, es pertinente otorgar a aquel reconocimiento el valor probatorio legal que se ordena en el artículo 316.1 de la LEC¹⁷⁷.

6.- El interrogatorio domiciliario.

Con carácter excepcional, determina la Ley (artículo 311) que el interrogatorio de la parte pueda practicarse en su domicilio o en su residencia (aunque sea temporal; por ejemplo, el hospital donde se halle ingresada). Únicamente se acordará este modo de practicar la prueba, de oficio o a instancia de parte, cuando la persona que deba declarar esté impedida para acudir a la sede del tribunal, por enfermedad o por otras circunstancias especiales (v. gr., edad muy avanzada, minusvalía grave, etc.).

El llamado interrogatorio domiciliario se practicará siempre ante el juez o el miembro del tribunal colegiado que corresponda (normalmente, el ponente) y en presencia del secretario judicial. Sobre la concurrencia a dicho acto de las demás partes y sus abogados, así como –relacionado con ello– sobre el modo de practicar la prueba, la Ley distingue acertadamente dos alternativas o posibilidades.

¹⁷⁷ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, *Comentarios a la LEC*, cit., pág. 630.

Cabe, en primer término, que las circunstancias concurrentes no hagan imposible o sumamente inconveniente la presencia de las restantes partes y sus abogados, lo que debe considerarse como regla preferente por mor del respeto a los principios básicos que rigen la prueba. En tal caso, el procedimiento para la práctica del interrogatorio no difiere, en sustancia, del que se sigue en el régimen ordinario, a salvo del lugar donde se realiza, de que se excluya –por razones obvias– la publicidad general respecto a terceros y de las peculiaridades relacionadas con su grabación y el acta que se levante.

Es posible, en segundo lugar, que, por las aludidas circunstancias de la persona a interrogar o del lugar donde el interrogatorio deba realizarse, el órgano jurisdiccional no permita que estén presentes las demás partes ni –lo que es más importante– sus abogados. La Ley no entra en detalles respecto a qué circunstancias son suficientes para adoptar esta decisión, dejando su apreciación al prudente criterio del tribunal, que, como ya he señalado, deberá inclinarse, en lo posible, por procurar la presencia de las partes en el acto. En esta hipótesis, la norma dispone que sólo plantee preguntas la parte proponente de la prueba, en pliego escrito, para que el tribunal admita las que considere pertinentes y las formule al declarante. Si han sido varios los proponentes de la prueba, a todos ellos corresponderá ese derecho. No procede que de dicho pliego o pliegos se dé traslado previo a las demás partes, a fin de evitar que se pueda poner en conocimiento anticipado del declarante el contenido de las preguntas. A diferencia de la declaración domiciliaria del testigo (artículo 364), aquí no contempla la Ley que presenten preguntas escritas las restantes partes que no hayan propuesto la prueba (v. gr., el abogado del litigante que se interroga), ni que, a la vista de las respuestas, se formulen nuevas preguntas complementarias o se pidan al declarante las aclaraciones oportunas. Parece –al menos sobre este punto– que el legislador concede más trascendencia al interrogatorio de testigos que al de las partes. Sí es razonable, en todo caso, que el tribunal pueda hacer uso de la facultad expresada en el artículo 306.1, párrafo 2, de realizar preguntas aclaratorias o adicionales.

El artículo 312 regula con especial detalle la confección del acta que ha de extender el secretario judicial, partiendo de la idea de que en esta situación peculiar no es adecuado grabar la diligencia probatoria en vídeo o DVD. Sin embargo, si bien el registro de la imagen será ciertamente inoportuno por lo general, no cabe decir lo mismo del sonido, tan importante o más que la imagen. Por eso estimo que, al margen del acta escrita pormenorizada, resulta apropiado –salvo inconveniente extremo– que se lleve a cabo la grabación sólo del sonido en un soporte idóneo al efecto.

7.- El interrogatorio mediante auxilio judicial.

Aunque la leyenda del artículo 313 exprese textualmente “Interrogatorio *domiciliario* por vía de auxilio judicial”, en realidad se refiere dicho precepto al caso en que la parte sea examinada fuera de la demarcación del tribunal que esté conociendo del proceso, mediante auxilio judicial, pero no necesariamente en su domicilio, sino por lo general en la sede del órgano jurisdiccional del lugar de su residencia, cuando concurra alguna de las circunstancias excepcionales previstas en el párrafo segundo del artículo 169.4¹⁷⁸.

Partiendo de considerar lo que escuetamente se dice en el apartado 2 del artículo 313, es necesario distinguir entre dos situaciones posibles. Primera, que no pueda o puedan desplazarse al lugar de residencia del declarante la parte o partes (sus abogados) proponentes del interrogatorio (o no quieran hacerlo, pues la Ley no alude a posibles causas que se lo hayan de impedir) y tampoco las demás partes (sus abogados) que estén personadas en el litigio. Estaríamos entonces ante un supuesto semejante al que ya hemos examinado del interrogatorio domiciliario sin presencia de las partes y sus letrados, aunque con dos peculiaridades: las preguntas presentadas por escrito deberán ser decla-

178 Es posible, no obstante, que la causa que motive el auxilio (enfermedad u otra análoga) impida a su vez al declarante acudir a la sede del órgano exhortado, en cuyo caso el interrogatorio por éste será también domiciliario.

radas pertinentes por el tribunal que está conociendo del pleito (artículo 313 *in fine*) y el interrogatorio, si se celebra en la sede del órgano exhortado, deberá registrarse –como cualquier otro acto oral– en el oportuno soporte audio-visual. Segunda, que sí concurren las partes y sus abogados (o sólo estos últimos), en cuyo caso la norma guarda silencio. Al no estar predeterminadas las preguntas, sino que las mismas se formularán directa y oralmente ante el tribunal que presta el auxilio, será dicho tribunal el competente para admitirlas o rechazarlas y para resolver cuantas incidencias se susciten. Pero, ¿cómo puede asumir con rigor esta tarea un juez que ignora los pormenores del asunto litigioso? Una solución idónea puede ser el empleo del sistema de video-conferencia, el cual, de un lado, permite que órgano jurisdiccional exhortante, que será quien valore la prueba, pueda presenciar por este medio el interrogatorio “en vivo”, respetándose así, aunque sea parcialmente, el principio de inmediación; de otro, posibilita al tribunal ante el que se practica el medio probatorio evacuar cualquier consulta al exhortante, singularmente en lo que hace a la admisibilidad de las preguntas, sin perjuicio de que sea aquél quien, a la postre, adopte las decisiones.

8.- Prohibición de reiterar el interrogatorio sobre los mismos hechos.

Quizá por mimetismo con la vieja LEC (artículo 594), y también por influencia, una vez más, del “Libro de los Profesores”¹⁷⁹, la nueva Ley prohíbe expresamente “el interrogatorio de las partes o personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 301 sobre los mismos hechos que ya hayan sido objeto de declaración por esas partes o personas” (artículo 314).

¿Qué sentido tiene hoy esta norma? Cuando estaba en vigor la confesión judicial tenía la explicación de que esa prueba podía solicitarse reiteradamente desde el recibimiento del pleito a prueba hasta la citación para sentencia, según el artículo 579 de la LEC de 1881, con los límites que cabalmente señalaba el artículo 594.

¹⁷⁹ Cfr. *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., II, pág. 244, artículo 461.

Pero en la LEC de 2000 semejante proscripción carece de toda lógica¹⁸⁰.

De entrada, la prohibición de la norma entra en franca contradicción con otros preceptos, ya que es posible practicar de nuevo el interrogatorio de las partes sobre los mismos hechos como diligencia final, a tenor de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 435, y también en segunda instancia si el desarrollo de dicha prueba en la primera hubiese sido manifiestamente ilegal (artículo 460.2, 1ª, rectamente interpretado por extensión). Pero fuera de tales supuestos, ¿qué cauce u oportunidad cabría emplear en los procedimientos que regula la vigente LEC para lograr que vuelva a practicarse el interrogatorio, sea sobre los mismos hechos o sea sobre cualesquiera otros, excepto cuando se trate de hechos nuevos o de nueva noticia (artículo 286.3)? Cabe concluir, en definitiva, que el precepto en cuestión está sencillamente de más.

180 No es aceptable la explicación que ofrece PICÓ I JUNOY (*Del interrogatorio...* cit., pág. 1840) de que lo que prohíbe el artículo 314 es interrogar a los sujetos aludidos en el artículo 301.2 sobre los mismos hechos en torno a los cuales haya declarado ya la parte actuante en juicio. Amén de que no haría falta una norma expresa en tal sentido, pues de suyo es procedimentalmente imposible semejante empeño, nótese que el artículo 314 alude indistintamente a “las partes o personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 301”.

III

APRECIACIÓN DEL INTERROGATORIO DE LAS PARTES

A. INTERPRETACIÓN Y VALORACIÓN

La parcela quizá más delicada y trascendente en el nuevo interrogatorio de las partes viene ocupada por el régimen de apreciación, al que la Ley de Enjuiciamiento Civil destina fundamentalmente el artículo 316. No obstante, antes de determinar el alcance de esta norma y sus consecuencias, que se centran en lo que constituye estrictamente el *valor* atribuible a la declaración del litigante interrogado, es indispensable dedicar algunas reflexiones a los diferentes juicios de interpretación y valoración –y sus mutuas implicaciones– que el órgano jurisdiccional verifica al estimar la eficacia acreditativa que merece este medio probatorio¹⁸¹.

La llamada “apreciación” de la prueba consiste en la operación intelectual de orden crítico llevada a cabo por el juez sobre los medios de prueba practicados en el proceso, a fin de obtener certeza (positiva o negativa) sobre la verdad de las afirmaciones de hecho que las partes formulan como fundamento de sus respectivas pretensiones. Ahora bien, tal actividad intelectual, cuya consecución se plasma en la sentencia, es de carácter complejo y comprende en realidad –de modo consciente o inconsciente– dos tipos de enjui-

¹⁸¹ Un examen más detenido sobre la interpretación y valoración de las pruebas puede verse en mi libro *La apreciación de la prueba legal...*, cit, págs. 121 y ss.

ciamientos sucesivos e íntimamente enlazados, que es preciso no confundir:

1º. La determinación de los resultados que arrojan los medios de prueba de que se haya hecho uso en juicio, es decir, la averiguación de los datos fácticos o juicios de hecho particulares que aporta cada una de las pruebas practicadas, independientemente de su verdad o falsedad.

2º. La fijación del concreto valor que haya de concederse a esos mismos medios de prueba, o lo que es igual, la decisión en cuanto a la credibilidad en los resultados fácticos por ellos producidos, o juicio sobre la correspondencia de los mismos con la realidad histórica del hecho cuestionado.

La primera de tales operaciones intelectivas constituye, como se ha dado en llamar por los autores clásicos, la *interpretación* de la prueba, mientras que la segunda se refiere más propiamente a su *valoración*¹⁸². Y ambas se integran en el marco global de la *apreciación* probatoria, como actividad enjuiciadora compleja que las abarca¹⁸³.

Aplicada esta distinción a la prueba de interrogatorio de las partes, lo primero que el tribunal ha de hacer es determinar su resultado

182 La distinción entre *interpretación* y *valoración* de la prueba fue puesta de manifiesto fundamentalmente por CALAMANDREI, *La génesis lógica de la sentencia civil*, en “Estudios sobre el proceso civil”, trad. esp. de Sentís Melendo, 1945, págs. 379 y ss. Vid. también CARNELUTTI, *Teoría General del Derecho*, cit., págs. 494 y ss.; y en España GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, cit., I, pág. 300.

183 Cuando el juez, por ejemplo, debe apreciar un dictamen pericial, lo que en primer término verifica es un análisis de su contenido; estudia los juicios fácticos de carácter especializado que el perito vierte en él, las apreciaciones que realiza y las conclusiones a que llega: fija, en suma, el verdadero resultado que el dictamen aporta al proceso. Luego procede a determinar su valor, es decir, a otorgar a esos juicios, apreciaciones y conclusiones el grado de credibilidad o certeza que estima oportuno, apoyándose en diversos factores: prestigio profesional del perito, su grado de objetividad e independencia, perfección y profundidad con que esté elaborado el dictamen, fuerza lógica de los razonamientos que en él se desarrollan, etc.

–*interpretación* del medio de prueba–, esto es, establecer qué es lo que el litigante realmente ha dicho o ha querido decir al responder a cada pregunta, qué hechos concretos ha reconocido como ciertos y cuáles ha negado, y con qué matices. Posteriormente, *valorará* dicha declaración, en el sentido de establecer en qué medida la parte ha sido o no veraz y por tanto su declaración merece o no ser ponderada como medio suficiente –junto al resto de las pruebas– para tener por ciertos los juicios de hechos particulares expuestos por el declarante¹⁸⁴.

Tanto la *interpretación* como la *valoración* constituyen juicios lógicos de carácter fáctico que el tribunal lleva a cabo mediante la elaboración –realizada de modo más o menos consciente– de una serie de silogismos, en los cuales la premisa mayor está integrada por reglas o máximas de la experiencia¹⁸⁵ y la premisa menor por el hecho (generalmente una declaración) u objeto en que consiste el medio de prueba.

En la labor de *interpretación* de la prueba de interrogatorio influye, indiscutiblemente, la cultura de la persona que declara, su capacidad de expresión, timidez o nerviosismo, si emplea expresiones dialectales y otros factores diversos. Téngase en cuenta, además, que ante determinada contestación que no se haya entendido o que engendre dudas, el problema no se resuelve siempre de modo satisfactorio con sólo volver a preguntar o pidiendo aclaraciones. La primera respuesta que ofrece el interrogado es por lo general más espontánea y veraz que cuando se le repregunta sobre lo mismo, ya que entonces es instintivo en la

184 CALAMANDREI lo explicaba de manera precisa refiriéndose a la prueba testifical, aunque su razonamiento es perfectamente trasladable al interrogatorio de las partes: “Cuando un testigo afirma al Juez que vio cómo un cierto hecho se desarrolló de un modo determinado, el Juez puede quedar en duda por dos motivos: 1º, por no comprender lo que el testigo ha querido decir, esto es, *lo que significa* el juicio de hecho emitido por aquél; 2º, por no tener certeza de que este juicio subjetivo se corresponda a la real existencia objetiva del hecho juzgado. A esas dos faltas de certeza llevan luz, respectivamente, la *interpretación* de los resultados de la prueba y la *valoración* de ellos” (*La génesis lógica de la sentencia*, cit., loc. cit., pág. 380).

185 Las *Erfahrungssätze* que de modo magistral analizó STEIN en *El conocimiento privado del Juez*, cit., págs. 23 y ss.

persona adoptar una actitud de prevención y meditar o calcular más cualquier nueva respuesta (máxime en el interrogatorio de las partes, ante el posible apercibimiento del juez de cara a la *ficta confessio*). También tiene importancia, como es lógico, que las preguntas estén formuladas con la claridad y precisión que la Ley requiere (artículo 302.1).

La operación crítico-intelectiva consistente en *valorar* la prueba constituye un paso ulterior, luego de tener presentes, mediante la interpretación, cuáles son los juicios de hecho singulares que el medio de prueba arroja a los autos. En virtud de este otro enjuiciamiento, el tribunal establece la mayor o menor fiabilidad que merece el medio de prueba en orden a tener por ciertos objetivamente tales juicios de hecho. Así, una vez esclarecido lo que la parte ha expresado en su declaración, el juez deberá decidir si ha dicho la verdad, si lo declarado por ella es verdadero o falso. La *valoración*, igual que la interpretación, es llevada a cabo mediante un razonamiento lógico en forma de silogismo. En él, la premisa mayor está integrada por una regla general extraída de la experiencia¹⁸⁶, la premisa menor por el propio medio de prueba –esta vez para determinar el grado de credibilidad que se le ha de asignar– y la conclusión por la afirmación de la verdad o falsedad del juicio fáctico concreto que el medio de prueba suministra al proceso¹⁸⁷.

El tribunal viene obligado a fundamentar debidamente la

186 Las máximas de la experiencia empleadas para interpretar la prueba son diferentes de las que se utilizan para su valoración. Así, aunque el juez ponga todo su empeño –con ayuda de los letrados– para aclarar lo que un declarante ha querido decir, no por ello hallará más luz sobre el *valor* que deba otorgar a su declaración: una persona poco veraz puede expresarse correctamente y viceversa.

187 CARNELUTTI se apoya en la prueba testifical para poner un ejemplo sencillo: “los testigos capaces y no sospechosos dicen la verdad; dos testigos capaces y no sospechosos afirman que el caballo fue vendido por Ticio a Cayo, luego es cierto que el contrato de compraventa del caballo tuvo lugar entre Ticio y Cayo” (*La prueba civil*, cit., pág. 63). Trasladado a la prueba de interrogatorio de las partes, el ejemplo podría ser éste: los litigantes en pleitos civiles que reconocen ser cierto un hecho que les perjudica es porque tal hecho es verdadero; el litigante Ticio ha declarado ser cierto que debe al litigante Cayo 1.000 euros por la compraventa del caballo, luego es cierto que Ticio debe a Cayo dicha cantidad en virtud de la referida compraventa.

sentencia en lo que concierne a la apreciación –interpretación y valoración– del interrogatorio de las partes y de los restantes medios de prueba practicados en el proceso. La nueva LEC es mucho más precisa y exigente en este punto que su antecesora de 1881. A tenor del artículo 218.2, la motivación ha de realizarse “expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas...” y “deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”. Aunque, en rigor, esta norma debe entenderse aplicable tanto a la *interpretación* como a la *valoración* de la prueba, es sobre todo respecto a la valoración cuando adquiere verdadera relevancia. Así, la *interpretación* del interrogatorio de cualquiera de las partes, si el mismo se ha practicado con arreglo a los requisitos formales que ordena la Ley, suele ser un enjuiciamiento simple, sencillo y fácilmente verificable (la declaración del litigante consta en la grabación del juicio), que no requiere, por lo general, una explicación expresa y detallada en la sentencia. Las conclusiones a que llegue el tribunal sobre este extremo se deducen sin dificultad de lo que el propio tribunal exponga en relación con la *valoración*, ya que ésta se proyecta directamente sobre los resultados obtenidos en virtud de la interpretación previa. Es, pues, el juicio crítico de valoración el que necesita de una justificación precisa y suficientemente razonada con arreglo al precepto antes citado. Sólo en el caso de que la declaración de la parte haya generado dificultades especiales de interpretación que puedan incidir en la eficacia atribuible a dicha prueba, el tribunal deberá también motivar manera explícita este enjuiciamiento en la sentencia, indicando los motivos que le han llevado a considerar que los juicios fácticos expresados por el litigante han sido unos y no otros.

El juicio en que consiste la *interpretación* se realiza siempre por el órgano jurisdiccional, respecto a la declaración de las partes y a cualquier medio de prueba, con total libertad de criterio, ya que el ordenamiento jurídico no impone, ni ahora ni en el régimen precedente, regla especial alguna a la que se deba atender para llevar a

cabo tal enjuiciamiento¹⁸⁸. Las máximas de la experiencia más frecuentemente utilizadas cuando se trata de interpretar la declaración de un litigante (o de un testigo) hacen referencia al modo en que deben ser entendidas las expresiones del lenguaje¹⁸⁹. Pero la determinación de qué criterios concretos sea oportuno emplear en cada caso queda confiada al buen discernimiento del juzgador. Cabe, pues, afirmar que nuestro Derecho acoge sin excepciones el principio de la *libre interpretación* de los medios de prueba.

No es posible decir lo mismo de la *valoración*. Si bien, como regla general, la LEC atribuye al titular del órgano judicial la facultad de valorar libremente las pruebas utilizando las reglas de la sana crítica (máximas de la experiencia) que estime pertinentes¹⁹⁰, hay ciertos casos en que el ordenamiento jurídico impone al tribunal determinadas reglas de valoración, bien positivas, en el sentido de ordenar que se otorgue al medio de prueba pleno valor respecto al hecho que a su través se pretende acreditar¹⁹¹, bien negativas en el sentido de prohibir que se conceda al medio de prueba fuerza suficiente, por sí solo, para demostrar el hecho a probar¹⁹².

188 No tienen dicho carácter las normas de hermenéutica contractual contenidas en el Código Civil (artículos 1281 y ss.), pues las mismas están destinadas a la interpretación de las *declaraciones de voluntad* origen de los negocios jurídicos (*quaestio iuris*) y no a la interpretación del documento o u otro medio de prueba empleados para su acreditación (*quaestio facti*). Vid. JIMÉNEZ CONDE, *La apreciación de la prueba*...cit., págs. 174 y ss.

189 Por ejemplo, si el declarante afirma que “la finca de la Sra. Olmedo hace muga con la suya”, el juez ha de entender que una y otra finca son colindantes, si conoce –y si no deberá averiguarlo– que el término “muga”, bastante común en ciertas zonas del norte de España, significa linde o límite.

190 Así acontece con el dictamen de peritos (artículo 348), el interrogatorio de testigos (artículo 376), la reproducción de imágenes y sonidos captados mediante aparatos de filmación o grabación (artículo 382.3) y los instrumentos de archivo (artículo 394.3).

191 Lo que ocurre con los documentos públicos (artículo 319), los documentos privados cuya autenticidad no se ha impugnado o ha sido averada (artículo 326) y el interrogatorio de las partes en ciertos casos (artículo 316.1).

192 V. gr., la prueba testifical en contratos mercantiles de cuantía superior a mil quinientas de las antiguas pesetas (nueve euros), según el artículo 51, párrafo 1 *in fine*, del Código de Comercio. Sobre la cuestión –discutida– de si este precepto permanece en vigor o ha sido tácticamente derogado, véase GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional* (13ª ed., 2004), cit., II, pág. 333; MONTERO AROCA, *La prue-*

En los supuestos de valoración legal o tasada, como señalé páginas atrás, no es que el Derecho renuncie a que en el proceso se alcance la verdad histórica de los hechos; más bien al revés¹⁹³. Las reglas de valoración legal sólo son impuestas —o sólo deben serlo— cuando el legislador ha comprobado, después de un meditado examen, su validez universal en los casos a que se refieren; y se imponen justamente con el fin de evitar el riesgo de error a que estaría expuesto el juez concreto que, aun de buena fe, por estimarlas inaplicables, no las siguiera¹⁹⁴. “El ordenamiento jurídico —decía STEIN— recurrirá al expediente de la obligatoriedad cuando tema que una máxima de la experiencia que estima segura no va a ser tenida en cuenta por los tribunales o (...) donde se quiera reforzar la vigencia de una máxima que tal vez no sería reconocida como segura si fuera sometida a libre examen”¹⁹⁵.

Conviene recordar con FURNO¹⁹⁶ y otros autores clásicos¹⁹⁷ que el criterio en que se inspira el legislador para su valoración vinculante es un criterio de uniformidad o de normalidad jurídica (*quod plerumque accidit*); en él radica precisamente la fuerza lógica del precepto probatorio. Es normal —explica FURNO— que quien reconoce hechos *contra se* diga la verdad. Es normal que el fedatario público testimonie fielmente la verdad en los instrumentos que autoriza... Cuando el legislador estima que cada una de esas hipótesis presenta unos caracteres de uniformidad constantes, de manera tal que las excepciones a la regla serían verdaderamente anormales,

ba en el proceso civil, cit., págs. 285-286 y 429-431; CHOZAS ALONSO, *La prueba de interrogatorio de testigos*, cit., págs. 87-88 y 130; PICÓ I JUNOY, *Comentarios a la nueva LEC*, cit., págs. 2006-2008; JIMÉNEZ CONDE, *Interrogatorio de testigos en el proceso civil*, cit., loc. cit., págs. 239-240.

193 Sobre la estructura lógica de la norma de prueba legal, como garantía para un resultado más exacto en la averiguación de la verdad de los hechos, *La apreciación de la prueba legal*, cit., págs. 54 a 62.

194 Cfr. CARRERAS, *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, cit., loc. cit., pág. 343, nota 12.

195 STEIN, *El conocimiento privado del Juez*, cit., págs. 65-66.

196 *Teoría de la prueba legal*, trad. esp. de González Collado, Madrid, 1954, págs. 17 y ss.

197 Por ejemplo, CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, trad. esp. de Casais y Santaló, Madrid, 1922, II, págs. 313-314; CALAMANDREI, *El juez y el historiador*, en “Estudios sobre el proceso civil”, cit., pág. 118.

establece imperativamente cuál ha de ser el criterio de valoración; y lo hace con una doble finalidad: primero, para eliminar, sirviéndose de las experiencias acumuladas, los posibles errores judiciales; segundo, para evitar que el resultado práctico de las apreciaciones discrecionales que, en defecto de la norma legal de valoración, debería verificar el juez en cada supuesto concreto, pueda variar injustificadamente de caso a caso¹⁹⁸.

En lo que concierne a la prueba de interrogatorio de las partes, el legislador español ha optado por acoger un sistema mixto de valoración¹⁹⁹, que se refleja en el artículo 316 de la LEC²⁰⁰. El apartado 1 conserva la regla de valoración legal propia de la anterior confesión, aunque se supedita expresamente a la concurrencia de determinadas condiciones, en especial que el reconocimiento de hechos perjudiciales por el declarante no esté contradicho por el resultado de las demás pruebas. El apartado 2, en cambio, consagra el régimen de libre valoración para los restantes casos en que no sea aplicable la norma tasada del apartado anterior.

Se trata, a mi entender, de un modelo que en su conjunto debe calificarse positivamente. Por un lado, deja constancia de que la máxima de la experiencia de la *contra se pronuntiatio* sigue gozando en esta prueba de vigencia universal y por tanto resulta oportuno mantener su imposición al juzgador como criterio general; por otro, sin embargo, se atempera dicha regla con determinados correctivos, que la propia experiencia ha demostrado ser necesarios en determinados casos, a fin de evitar las posibles desviaciones que pueda ocasionar en la práctica la aplicación absoluta de aquella máxima, confiriendo en estos supuestos al órgano jurisdiccional libertad de criterio en la valoración.

198 Cfr. FURNO, *Teoría de la prueba legal*, cit., pág. 175.

199 En este importante tema no se ha seguido el criterio previsto por los Profesores de Derecho Procesal en la *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., II, pág. 245, art. 463, donde se propugnaba en todo caso la libre valoración.

200 Este precepto, a pesar de su trascendencia, es uno de los pocos dentro del interrogatorio de las partes que permaneció idéntico desde el borrador de anteproyecto de LEC hasta el texto definitivo de ésta.

La Exposición de Motivos de la LEC (apart. XI, párr. 8) no ha estado precisamente inspirada, en mi criterio, cuando se refiere a esta cuestión: “En cuanto a la valoración de la declaración de las partes, es del todo lógico seguir teniendo en consideración, a efectos de fijación de los hechos, el dato de que los reconozca como ciertos la parte que ha intervenido en ellos y para la que resulten perjudiciales. Pero, en cambio, no resulta razonable imponer legalmente, en todo caso, un valor probatorio pleno a tal reconocimiento o confesión. Como en las últimas décadas ha venido afirmando la jurisprudencia y justificando la mejor doctrina, ha de establecerse la valoración libre, teniendo en cuenta las otras pruebas que se practiquen”. Parece como si el legislador, quizá para justificarse ante determinado sector de la doctrina o de los tribunales, tema o se avergüence de hacer ver que sigue consagrando como primer criterio de valoración una regla legal o tasada, a la que relega en importancia, y destaca, en cambio, cual si se tratara del régimen general y casi único, la libre valoración. Por otra parte, no me parece apropiado traer a colación, como ejemplo, una jurisprudencia bastante discutible y que de hecho ha sido razonablemente criticada, la cual infringió de modo palmario la ley entonces vigente (artículo 1232 del Código Civil), en lugar de aplicarla con la interpretación pertinente, como es su función²⁰¹. Tampoco participo del juicio de valor –en cualquier caso inoportuno en una Exposición de Motivos– de que la doctrina que ha apoyado a semejante jurisprudencia sea “la mejor”.

B. VALORACIÓN LEGAL (ARTÍCULO 316.1)

Decía sensatamente SERRA DOMÍNGUEZ a propósito de la confesión judicial que es “la prueba perfecta, completa y plena, que si bien no consigue la verdad absoluta, proporciona el máximo de verosimilitud que se puede conseguir”²⁰². Estoy de acuerdo. La decla-

201 La propia Exposición de Motivos proclama más adelante (apartado XIV, párrafo 9): “En un sistema como el nuestro, *en el que el precedente* [jurisprudencial] *carece de fuerza vinculante, sólo atribuida a la ley* y a las demás fuentes del Derecho objetivo...”. Vano deseo. El caso de la confesión judicial demuestra que una la jurisprudencia *contra legem* prevalece, en la realidad jurídica práctica, por encima de lo que establezca la ley.

202 SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código Civil*, cit., t. XVI, vol. 2º, pág. 225.

ración *contra se* de un litigante en el proceso civil sobre hechos en que ha intervenido y que directamente le atañen merece una grado de fiabilidad superior a cualquier otro medio de prueba, sobre todo cuando el proceso versa sobre temas de carácter patrimonial²⁰³.

La LEC de 2000, siguiendo ese atinado criterio, atribuye a la declaración prestada en el interrogatorio de las partes fuerza probatoria legal en los términos que señala el artículo 316.1: “Si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial”.

Como se ve, la norma es claramente imperativa y, por tanto, si se cumplen las condiciones en ella señaladas, no deja en libertad al tribunal para efectuar la valoración, sino que le obliga a tener por cierto el resultado de la prueba. Se trata, pues, a no dudarlo, de una norma de valoración tasada²⁰⁴. Sin embargo, la LEC es bien precisa al indicar, en el breve apartado transcrito, los requisitos que han de concurrir para que se origine esa eficacia probatoria legal. Aunque puedan parecer presupuestos novedosos –sobre todo alguno– en relación con la derogada confesión judicial, en realidad, como enseguida veremos, no distan mucho de los que regían –al menos implícitamente– en esa otra prueba que el nuevo interrogatorio ha sustituido. Sustancialmente son: a) Que la declaración confesoria la realice la propia parte; b) Que se trate de hechos personales del litigante que declara; c) Que los hechos reconocidos perjudiquen enteramente a la parte interrogada; y d) Que la certeza histórica de tales hechos no esté

203 En causas matrimoniales, de filiación, capacidad de las personas y otras en que se ventilan intereses de naturaleza no patrimonial es posible que se produzcan declaraciones confesorias no ajustadas a la realidad histórica, en busca de un fallo que satisfaga otro tipo de deseo. Por eso, y por tratarse generalmente de procesos en que está en juego el interés público, la Ley siempre ha privado en ellos a esta prueba de valor probatorio tasado vinculante para el tribunal.

204 El propio pasaje antes citado de la Exposición de Motivos, al afirmar que “no resulta razonable imponer legalmente, *en todo caso*, un valor probatorio pleno a tal reconocimiento o confesión”, está admitiendo que hay casos en que sí resulta razonable tal imposición.

contradicha por el resultado de las demás pruebas. Los analizamos seguidamente por separado.

1.- Hechos que reconozca la propia parte.

De entrada, si bien no da la impresión de ser éste un requisito o presupuesto específico, es de reseñar que el artículo 316.1 se refiere expresa y exclusivamente a “los hechos que *una parte* haya reconocido como [ciertos]”. Por lo tanto, la eficacia probatoria legal de esta norma no debe afectar a las declaraciones de aquellos otros sujetos que, aun siendo interrogados en el ámbito de esta prueba, carecen de la condición de parte en el litigio. Así ocurre con las personas que se indican en el artículo 301.2 (titulares de la relación jurídica controvertida o del derecho en cuya virtud se acciona) y las que menciona el artículo 308 (terceros que tengan conocimiento personal de los hechos y que la parte propone que contesten en su lugar). Adviértase que la *contra se pronuntiatio*, como máxima que justifica la fuerza probatoria establecida en el artículo 316.1, requiere, por definición, que la declaración fáctica perjudicial sea realizada por el propio litigante que sufre el perjuicio, no que éste provenga (contra quien es parte) de la declaración llevada a cabo por otro sujeto.

En el caso de las personas aludidas en el artículo 301.2, se refuerza la consideración expuesta por el dato significativo de que el apartado 2 del artículo 316 hace expresa referencia a ellas al señalar cuándo procede la libre valoración (según las reglas de la sana crítica) de este medio de prueba.

2.- Hechos personales.

Como vimos en su momento, el carácter personal de los hechos respecto al litigante que declara venía requerido en la prueba de confesión no sólo como presupuesto de su eficacia probatoria, sino como requisito legal expreso para la propia validez de la confesión (artículo 1231, párrafo 2, del Código Civil). La LEC de 1881 permitía, además, al confesante negarse a contestar las preguntas referidas a hechos que no fueran personales (artículo 587, párrafo 1).

También pusimos de relieve que la vigente LEC ha ampliado el objeto del interrogatorio de las partes a cualesquiera hechos de los que éstas tengan noticia, aunque no se trate de hechos personales. En cambio, lo que el legislador de 2000 sí ha mantenido, y con acierto, es la necesidad de que los hechos reconocidos sean hechos personales del declarante para que pueda aplicarse la regla de valoración legal positiva que consagra el artículo 316.1. Es lógico, teniendo en cuenta su fundamento. Se precisa, asimismo, con más concreción que la legislación precedente, qué ha de entenderse por hechos personales: aquellos en que la parte “*intervino personalmente*”. Quedan, pues, fuera del ámbito de aplicación de la norma, como es razonable, los hechos de que el litigante tenga noticia, bien por relato de otras personas, bien, incluso, por haberlos presenciado o por conocerlos directamente, pero sin haber tenido en ellos un protagonismo inmediato.

Igualmente, como ya apunté, la declaración efectuada por un tercero en sustitución de la parte y a petición de ésta, cuando la parte no ha participado directamente en el hecho sino el tercero (artículo 308), debe considerarse privada del efecto de valoración que señala el artículo 316.1, al estar ausente el requisito que examinamos: el hecho será “personal” del tercero, pero no de la parte llamada a declarar.

3.- Hechos enteramente perjudiciales; indivisibilidad de la declaración en perjuicio de la parte interrogada.

La máxima de la experiencia –tantas veces mencionada– de la *contra se pronuntiatio*, que sirve de base al valor trascendente y legal atribuido a este medio de prueba, implica en su esencia que el hecho o hechos que el litigante admita como ciertos le perjudiquen jurídicamente. En la legislación anterior, el Código Civil lo expresaba diciendo: “La confesión hace prueba *contra su autor*” (artículo 1232) y la LEC de 1881: “[Sus declaraciones] sólo *perjudicarán al confesante*” (artículo 580). La actual regulación mejora ambos textos, por cuanto indica con mayor exactitud la idea a tener en cuenta: “en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como

tales *si (...) su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial*" (artículo 316.1).

Adviértase que el nuevo precepto, además de reflejar con precisión este presupuesto, en la medida que incorpora el adverbio "enteramente" despeja dudas en cuanto al efecto probatorio atribuible a ciertas contestaciones ambiguas de los litigantes y, sobre todo, sin necesidad de establecer otra norma al respecto, impide que la declaración de la parte pueda dividirse en su contra, análogamente a lo que disponía para la confesión el artículo 1233 del Código Civil. Algún ejemplo puede ilustrar lo que digo. Pensemos en un proceso en el que se ejercita la acción negatoria de servidumbre, donde se pregunta al demandado: "*¿Es cierto que habitualmente pasa usted por la finca de don Francisco Armenteros sin su consentimiento?*". Y el demandado contesta: "*Es cierto, pues acorto para ir a mi trabajo, pero don Francisco siempre lo ha permitido sin decirme nada*". No sería aplicable la norma de valoración del artículo 316.1, ya que el declarante está afirmando como cierto un hecho que le perjudica, pasar habitualmente por la finca del actor, pero no *enteramente*, pues, según dice también, el demandante se lo autoriza.

Esta consideración, sin embargo, no debe conducir al extremo de estimar que el término "enteramente" excluya asimismo la aplicación de la norma en los casos en que se reconoce como cierto el hecho perjudicial objeto de la pregunta, pero se añade al responder otro hecho históricamente distinto y beneficioso para quien declara²⁰⁵. Por ejemplo: "*¿Es cierto que con la máquina corta-césped causó usted desperfectos en el muro de su vecino, Sr. Arnaldos?*" Contestación: "*Así es, pero luego me preocupé de reparar esos desperfectos*". Aquí, en rigor, el litigante reconoce sin paliativos el hecho sobre el cual se le interroga, que le es enteramente perjudicial, aunque agrega otro hecho diferente y posterior que le es favorable. El primero habrá de tenerse por cierto en la sentencia, si concurren los demás requisitos del artículo 316.1; respecto al segundo, en cambio, regirá el criterio de la libre valoración (artículo 316.2).

205 Igual acontecía con la confesión según el artículo 1233 del Código Civil: "La confesión no puede dividirse contra el que la hace, *salvo cuando se refiera a hechos diferentes...*".

En definitiva, lo que ha de ser *enteramente* perjudicial para quien declara (a los fines del artículo 316.1) es *el hecho que reconozca* y no su respuesta en conjunto.

Por el mismo motivo, si ante determinada pregunta se admite ser cierto un hecho que enteramente perjudica al litigante interrogado aunque no tanto (cuantitativamente) como se plateaba en la pregunta, el artículo 316.1 debe operar con toda eficacia en la parte del hecho que ha sido reconocido. Por ejemplo: “*¿Es cierto que aún le resta a usted por abonar a don Mauricio Carazo 8.700 euros por la compra del chalet?*” Respuesta: “*No exactamente. Le debo tan sólo 6.500 euros*”. Salvo que otros medios de prueba contradigan esta afirmación, el juez deberá considerar como cierto en la sentencia que la parte declarante adeuda a la contraria, *por lo menos*, la cantidad de 6.500 euros.

4.- Hechos cuya certeza no esté contradicha por el resultado de las demás pruebas; error de hecho del declarante y valoración conjunta de las pruebas.

El verdadero punto de inflexión en el régimen legal de valoración del nuevo interrogatorio de las partes, respecto a las normas precedentes, radica en la oración condicional que sirve de inicio al artículo 316.1: “*Si no lo contradice el resultado de las demás pruebas*, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales...”. Se quiere decir, y se dice con claridad, que la regla legal de valoración tasada contenida en el citado precepto se supedita a que en el pleito donde ha tenido lugar la declaración confesoria de la parte no se hayan practicado otros medios de prueba cuyo resultado entre en colisión con lo manifestado –en su perjuicio– por el litigante interrogado.

El legislador, por primera vez, da carta de naturaleza explícita, en una norma positiva, al expediente de la apreciación conjunta de las pruebas, y lo hace cabalmente a propósito de la prueba heredera de la confesión, posiblemente –suele pensarse– como reacción al sistema de valoración anterior, considerado por lo común demasiado rígido.

Constituiría una conclusión precipitada y errónea estimar que con el aludido inciso la LEC pretende equiparar, en un mismo plano, la eficacia este medio de prueba a la de otras pruebas de libre valoración. De ser así, lo lógico y razonable es que el artículo 316 hubiera establecido, sin más, que la fuerza probatoria de la declaración de las partes será apreciada por los tribunales según las reglas de la sana crítica, como se propugnaba en el *Libro de los Profesores*²⁰⁶ o la propia LEC prevé en relación con esas otras pruebas de valoración discrecional (artículos 348, 376, 382.3 y 384.3). Sin embargo, el régimen de libre valoración se contempla en el interrogatorio de las partes sólo como supletorio, en el apartado 2 del artículo 316, para los casos en que no resulte aplicable la regla de valoración legal que se sigue manteniendo en el apartado 1. Esto demuestra, a las claras, que para la Ley no es igual la credibilidad que merece la declaración *contra se* de la parte, a cual se atribuye (aunque sea con ciertas condiciones) fuerza vinculante para el tribunal, que la que pueda otorgarse a cualquiera de las demás pruebas de libre valoración. Y ello no se contradice, o hay que buscar la interpretación adecuada para evitar la contradicción, con la salvedad incorporada al comienzo del artículo 316.1.

A mi modo de ver, ocurre que la práctica durante muchos años de la confesión judicial vino revelando que en ocasiones el confesante reconocía como ciertos –frecuentemente por estar mal formuladas las posiciones– hechos desfavorables que otros medios de prueba, de suficiente peso, demostraban no ajustarse a la realidad histórica. Obviamente, semejantes declaraciones confesorias nunca se realizaban siendo consciente el declarante de que estaba reconociendo en su contra hechos inciertos. Sería absurdo pensar –lo excluye el sentido común y la máxima tan citada de la *contra se pronuntiatio*– que cualquier litigante vaya a mentir intencionadamente en su propio y exclusivo perjuicio. En cambio, sí era posible que la parte *se equivocara* al responder, porque no había entendido bien la pregunta, porque no recordara con claridad el hecho o algunas de sus circunstancias, o sencillamente por error.

206 Cfr. *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., II, pág. 245, artículo 463.

El Código Civil contemplaba expresamente esta hipótesis en el artículo 1234, disponiendo en tal caso que la confesión quedase privada de su fuerza probatoria legal: “La confesión sólo pierde su eficacia probando que al hacerla se incurrió en error de hecho”. ¿Quién tenía la carga de acreditar el error? Lógicamente el litigante que lo había padecido y resultaba perjudicado, aunque era igualmente operativo si se desprendía de las pruebas aportadas por el adversario, por aplicación del principio de adquisición procesal. ¿Y cómo podía demostrarse ante el tribunal? Pues lógicamente a través de los restantes medios de prueba practicados en el proceso. De esta manera se conciliaba, sin incurrir en contradicción, el mandato imperativo y claro del artículo 1232 (valor pleno y legal de la confesión) con esos supuestos de error de hecho a que aludía el artículo 1234, de los que el legislador también fue consciente y no dejó de considerar como excepciones justificadas a lo ordenado por el artículo 1232.

El Tribunal Supremo, sin embargo, no supo o no quiso acoger esta interpretación u otra que armonizara la disposición expresa del artículo 1232 del código sustantivo con el tratamiento particular de los casos puntuales en que se demostrara en el proceso, por otras pruebas, no ser cierto el hecho o sus circunstancias que una parte había reconocido erróneamente en confesión. En su lugar, optó por acudir al expediente de la apreciación conjunta de las pruebas, al que otorgó una significación y alcance inapropiados²⁰⁷, sirviéndose de él para desvalorizar esta prueba legal y para establecer una doctrina manifiestamente contraria a lo ordenado en el artículo 1232, según la cual la confesión judicial era un medio de prueba que debía considerarse sometido como los demás a la libre apreciación del juzgador²⁰⁸.

Pienso que el inciso inicial del artículo 316.1 de la vigente LEC trata de significar lo mismo que hacía el Código Civil con el artículo 1234: que, a aun cuando la declaración de la parte admitiendo

207 Cfr. JIMÉNEZ CONDE, *La apreciación conjunta de las pruebas*, en “Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro”, Ed. Nacional, Madrid, 1979, II, págs. 259 y ss.

208 Omito la cita de sentencias concretas al ser éstas muy numerosas y tratarse de una jurisprudencia bien conocida.

ser ciertos hechos en que haya intervenido personalmente y le sean enteramente perjudiciales *deba* estimarse por el tribunal prueba suficiente de los mismos, *pueda* éste no obstante juzgar que, en virtud de lo que acreditan otras pruebas, la parte declarante ha incurrido en error y que los hechos por ella reconocidos no se corresponden con la realidad histórica. Para ello, evidentemente, el órgano jurisdiccional tendrá que contrastar lo admitido por la parte en su declaración y lo que demuestren los demás medios de prueba, a fin de establecer si existe o no contradicción; es decir, deberá ponderar combinadamente el resultado del interrogatorio y de las restantes pruebas sobre el mismo extremo fáctico, o lo que es igual, apreciar *en conjunto* una prueba y otras.

Cuando estaba en vigor la anterior normativa, tuve ocasión de examinar con amplitud el tema de la apreciación conjunta de las pruebas²⁰⁹, llegando —entre otras— a las siguientes conclusiones:

- 1ª. Que este modo de enjuiciar resulta necesario y está plenamente justificado en dos casos claros y, al mismo tiempo, antagónicos: cuando varios medios de prueba concurren respecto a un mismo hecho complementando entre sí su eficacia acreditativa, o bien en el supuesto inverso, que es el aquí interesa: cuando los resultados de esas diversas pruebas se contradicen. Dentro de esta última hipótesis caben, a su vez, tres posibilidades: primera, que los medios de prueba cuyos resultados de contraponen pertenezcan todos a la llamada prueba libre, en cuyo caso el juez determinará según su prudente criterio a cuáles ha de concederse valor y cuáles se ha de negar; segunda, que converjan en una línea demostrativa opuesta medios de libre valoración y medios de valoración legal, debiendo entonces prevalecer éstos últimos²¹⁰; y tercera, que la colisión se origine entre medios de prueba legal, siendo en tal caso razonable que pierdan su condición de tal y que el órgano jurisdiccional determine libremente cuál de ellos ha de prevalecer,

209 En “Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro”, cit., págs. 207 y ss. Vid. también SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código Civil*, cit., págs. 23 a 25.

210 Vid. en el mismo sentido GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, cit., I, pág. 299.

atendiendo a una ponderación comparativa entre los mismos y también a los restantes medios de prueba que los corroboren o los contradigan.

- 2ª. Que, contrariamente, resulta censurable el empleo de este expediente si con él se pretende desvalorizar la prueba legal, como hizo el Tribunal Supremo con la confesión, o si es utilizado para no fundamentar debidamente la sentencia en cuanto al juicio de hecho.

Respecto a esto último, la LEC/2000 es bastante más exigente que su predecesora, pues requiere, como ya señalé páginas atrás, que la motivación incida en los distintos elementos fácticos del juicio “considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y la razón” (artículo 218.2). Además, a través del recurso de casación por quebrantamiento de forma (ahora llamado “extraordinario por infracción procesal”) cabe denunciar la deficiente motivación de la sentencia (artículo 469.1 2º y 4º); e incluso mediante el recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24, en relación con el 120, de la Constitución). Consiguientemente, si el tribunal estima que, por el resultado de otras pruebas que lo contradigan, no es procedente aplicar la regla de valoración legal del artículo 316.1, deberá en todo caso razonar qué pruebas son éstas, en qué medida se origina la contradicción y por qué motivo racional es preferible otorgar más credibilidad a ese o esos otros medios de prueba que a la declaración *contra se* de la parte.

El asunto quizá más espinoso y discutible sea el de determinar qué clase de pruebas cabe considerar aptas para contradecir eficazmente, en la valoración conjunta, la declaración de un litigante realizada conforme a los demás requisitos del artículo 316.1. Aunque el actual interrogatorio de las partes entiendo que sigue siendo una prueba de marcado carácter legal, pues su libre valoración sólo opera como supletoria, en la medida que el artículo 316.1 alude al resultado de “las demás pruebas” sin restringir éstas a las de un tipo determinado, en principio ha de considerarse que cualquiera de ellas puede ser útil a dicho propósito. Sin embargo, el buen sentido, basado en esas reglas de la lógica y la razón a que alude el artículo

318.2, debe conducir, desde mi punto de vista, a que sólo aquellos medios de prueba estimados de “alta fiabilidad” puedan reputarse hábiles para desvirtuar lo reconocido como cierto por una parte en su perjuicio.

Entre esos medios de prueba sin duda hay destacar los documentos, que siguen constituyendo la prueba legal por excelencia, y al mismo nivel –si no más– la prueba de reconocimiento judicial²¹¹, donde el juez obtiene plena certeza del hecho por él observado²¹².

211 Puede valer el ejemplo que a propósito de la confesión proponía SERRA DOMÍNGUEZ (*Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 277, nota 40), de un proceso de resolución de arrendamiento por obras in consentidas en que el inquilino reconoce en confesión haber llevado a cabo las obras y en la diligencia de reconocimiento aparezca que las obras no se han realizado. Sin embargo, como advierte SERRA, será muy difícil que puedan entrar en colisión la confesión judicial y el reconocimiento judicial debido al contrasentido que supondría que una parte admita en confesión un hecho que le es perjudicial, pese a ser dicho hecho de carácter objetivo y permanente y por ende fácilmente comprobable. Con todo, añade atinadamente este autor, de producirse tal colisión cabría considerar que nos encontramos ante el error de hecho del artículo 1234 del Código Civil.

212 Téngase en cuenta que el reconocimiento judicial, en cuanto prueba *directa*, revela una diferencia esencial con los restantes medios de prueba, ya que lo característico de éstos radica en constituir hechos u objetos que se *interponen* entre el juez y el hecho a probar, y a través de cuya observación el órgano jurisdiccional obtiene conocimiento y certeza de éste último, mientras que en el reconocimiento judicial (cuando su objeto viene determinado directamente por el hecho controvertido) nada se interpone entre la observación del juez y el hecho a probar, sino que el órgano jurisdiccional lo aprehende de modo inmediato a través de sus sentidos: al juez simplemente se le *muestra* –no se le *demuestra*– la verdad del hecho cuestionado. Desde esta perspectiva, resultaría del todo inconsecuente decir que el reconocimiento judicial es una prueba “de libre valoración”, como pensando que quizá el juez le concederá unas veces más valor y otras menos, cuando en realidad, por razones que a todos se nos alcanzan, la percepción inmediata produce siempre en el ánimo del juzgador, respecto al hecho por él directamente observado, un nivel de certeza jamás alcanzable con los medios de prueba indirecta (vid. CARNELUTTI, *La prueba civil*, cit., pág. 55; CALAMANDREI, *La génesis lógica de la sentencia civil*, cit., loc. cit., págs. 379-80). Nótese que ni el Código Civil y ni las Leyes de Enjuiciamiento Civil (la anterior y la vigente) se remiten para la valoración del reconocimiento judicial a las reglas de la sana crítica, como hacen con los medios de prueba de libre valoración. Más aún: la LEC de 2000 guarda completo silencio sobre el régimen de valoración de esta prueba, sin duda por advertir que el reconocimiento judicial siempre tiene un valor –en cuanto grado de certeza o credibilidad que merezcan sus resultados– pleno y absoluto.

En cuanto a los restantes medios de prueba tradicionalmente enmarcados en el régimen de la libre apreciación, creo que conviene adoptar una postura de especial prudencia, pues ninguno de ellos ha merecido por el actual legislador, a diferencia del interrogatorio de las partes, la consideración de prueba con fuerza acreditativa legal. Por eso estimo que, al margen de algún supuesto excepcional en que el medio probatorio de los de la clase indicada sea de una contundencia demostrativa singular, los casos en que sensatamente cabría considerar prueba contradictoria bastante para enervar la eficacia legal del reconocimiento *contra se* de la parte podrían ser éstos:

- a) Cuando concurren *varias* pruebas del tipo indicado, suficientemente fiables, y que todas ellas apunten en la misma dirección acreditativa, contraria a la certeza del hecho o de alguna de sus circunstancias que la parte interrogada haya admitido —erróneamente— en su declaración.
- b) El dictamen de perito o peritos de designación judicial, que verse sobre algún extremo perteneciente a las llamadas *ciencias exactas* o que se aproximen a éstas. Por ejemplo, la medición de una finca por especialistas (topógrafos), cuyo resultado discrepe, a favor de la parte interrogada, de la extensión que ésta manifestó (en su perjuicio) por equivocación.
- c) Las filmaciones, grabaciones y archivos de datos que, verificada su autenticidad y ausencia de manipulación, demuestren manifiestamente ser incierto el hecho desfavorable reconocido por el litigante.
- d) Las declaraciones testificales —siempre consideradas en el proceso civil como el medio más falible y que más desconfianza genera— sólo cuando su veracidad sea evidente, como acertadamente recomendaba el derogado artículo 1248 del Código Civil, y preferiblemente si son varias y no una sola.

Algunos autores han querido ver en la SAP de Cantabria (Secc. 3ª) de 12 de diciembre de 2002, donde aparentemente se da primacía a la prueba pericial sobre la declaración de uno de los litigan-

tes, un argumento a favor de la idea –que ellos sostienen– de que el nuevo interrogatorio de las partes no es “una prueba legal con efectos probatorios ‘plenos’, sino que su valor puede ser rebatido mediante otros medios de prueba”²¹³. He aquí lo que expresa dicha resolución:

“Contra lo que argumenta la parte apelante no se advierte en la sentencia recurrida error alguno de valoración de la prueba practicada. La opción que el Juez realiza prefiriendo las conclusiones del perito a la versión del codemandado no resulta absurda o injustificada (...). Al valorar el interrogatorio del Sr. X ha de acudirse también –conforme al art. 316.2 LEC– a las reglas de la sana crítica. Estas indeterminadas reglas lógicas aconsejan negar credibilidad al reconocimiento de hechos que el Sr. X efectúa, porque no se corresponde con los datos objetivos advertidos por el perito, porque el perito apuntó un *cierto conocimiento y amistad del Sr. X y el actor*, y porque *esas manifestaciones inculpatorias no suponen para su autor perjuicio alguno al estar su responsabilidad civil cubierta por la póliza contratada con la aseguradora codemandada*”.

El lector habrá advertido sin dificultad que la auténtica razón en que se funda esta sentencia para privar de valor a la declaración de la parte, prefiriendo el dictamen pericial, radica en la ausencia de un elemento esencial del artículo 316.1: que el hecho reconocido como cierto por la parte interrogada le sea enteramente perjudicial. Aquí, al parecer, el declarante, que tenía cubierta su responsabilidad civil con la compañía aseguradora codemandada, trató de favorecer por amistad a la contraparte (en perjuicio de dicha compañía).

C. VALORACIÓN LIBRE (ARTÍCULO 316.2)

“En todo lo demás”, dice el artículo 316.2, es decir, en los demás casos en que no sea de aplicación la regla de valoración tasada que se establece en el apartado anterior, “los tribunales valorarán las declaraciones de las partes y de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 301 según las reglas de la sana crítica (...)”.

213 Cfr. GIMENO SENDRA Y MORENILLA ALLARD, *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 429.

Estamos, pues, en el terreno de la libre valoración, que abarca las siguientes hipótesis:

- a) Cualquier declaración de la parte que verse sobre hechos en que ésta no haya intervenido personalmente.
- b) Declaración relativa a hechos personales del litigante que éste reconoce ser ciertos y cuya fijación como tales en la sentencia no le perjudica enteramente, esto es, en parte le perjudica y en parte le beneficia, o le beneficia totalmente.
- c) Declaración sobre hechos personales de la parte cuya certeza histórica es negada por ésta, a menos que dicha negación le perjudique enteramente.
- d) Declaración de la parte relativa a hechos en que haya intervenido personalmente, que admita o niegue ser ciertos y su fijación en la sentencia como verdaderos o falsos –según el caso– le resulta enteramente perjudicial, pero han concurrido otros medios de prueba cuyo resultado contradice lo afirmado (o negado) por el declarante y pueden demostrar que la parte interrogada incurrió en error de hecho al contestar.
- e) Cualquier declaración en el marco de esta prueba que se realice por sujetos que no sean parte en el proceso, particularmente las personas a que se refiere el artículo 301, apartado 2.

Como puede observarse, la trascendencia de esta norma, que incorpora una innovación destacada en el interrogatorio de las partes, supera con creces lo que manifiesta sobre este punto la Exposición de Motivos, según la cual parece como si la nueva LEC se hubiere limitado a consignar esa jurisprudencia (*contra legem*) relativa a la antigua confesión que hemos mencionado varias veces

En el régimen precedente, el artículo 1232 del Código Civil consagraba la regla de valoración legal positiva de la confesión (lo reconocido por el confesante en su perjuicio *debía tenerse como*

cierto), que fue la que *de facto* derogó nuestro Alto Tribunal sustituyéndola por la valoración discrecional. Y junto a ella, la LEC de 1881 (siguiendo a su predecesora de 1855) establecía una regla paralela de valoración legal negativa que nunca se cuestionó: las declaraciones prestadas bajo juramento indecisorio (confesión en sentido estricto) “*sólo perjudicarán al confesante*” (artículo 580, párrafo 3). Con esta otra norma venía a disponerse que la prueba de confesión únicamente era apta para acreditar los hechos admitidos por la parte *en su contra*, nunca a su favor. O en otros términos: que la declaración prestada por el confesante carecía de todo valor en aquello que le pudiera beneficiar. Dicho precepto tenía su lógico reflejo en el modo de realizar el interrogatorio y singularmente en la forma que debían revestir las “posiciones”, encaminadas siempre a propiciar el reconocimiento por el confesante de hechos desfavorables.

Con la LEC de 2000, el interrogatorio de las partes ha cambiado de signo (y también, por eso, de nombre). Ya no es un medio solamente dirigido a obtener del litigante el reconocimiento de hechos que le perjudiquen (a que *confiese* aquello que le es desfavorable), sino que se configura con una dimensión más amplia. Se trata ahora de interrogar al litigante sobre cualquier hecho relevante del que tenga noticia –le perjudique, le beneficie o le sea indiferente–, para que declare sobre él lo que conozca, dando las razones o explicaciones que sean pertinentes, de modo análogo a lo que hace un testigo. Por eso la vigente LEC no restringe el valor de la declaración de la parte a aquellos extremos que la misma reconozca en su perjuicio, sino que, en lo demás, permite al órgano jurisdiccional que valore dicha declaración discrecionalmente (como en el caso de los testigos), ajustando su juicio a las reglas de la sana crítica (máximas de la experiencia).

Esta consideración conduce a determinar el auténtico alcance del artículo 316.2, en especial si se coteja con la anterior prueba de confesión. El juez está ahora facultado para conceder a la declaración de las partes la eficacia acreditativa que estime oportuna, aunque la afirmación (o negación) de los hechos por el litigante le sea favorable. Es precisamente en este campo donde

adquiere mayor relevancia la libre valoración. Puede el tribunal –la Ley no se lo impide– fundarse en esta única prueba para estimar acreditado cualquier hecho que beneficie al declarante, incluso aunque otras pruebas lo contradigan, siempre que la declaración de la parte (por su contundencia, detalles, explicaciones, etc.) convenza suficientemente al titular del órgano jurisdiccional. Lo importante, en todo caso, es que la sentencia refleje luego mediante una motivación adecuada los argumentos–ajustados a las reglas de la lógica y de la razón– en que el tribunal se funda para emitir su juicio.

D. *FICTA CONFESSIO*

Como en su lugar puse de manifiesto, la Ley impone a las partes, incluido el demandado rebelde, el deber (con sanción) de comparecer al interrogatorio para declarar y la carga procesal de contestar a las preguntas con respuestas concluyentes. El incumplimiento del indicado deber o la desatención a la referida carga comportan para el afectado –en la vigente LEC y en su predecesora– el riesgo de que el tribunal considere que ha reconocido tácticamente los hechos desfavorables a que pudieran referirse –o se hayan referido– las preguntas y de que tales hechos sean fijados como ciertos en la sentencia. Este instituto jurídico-procesal se ha conocido tradicionalmente como la “*ficta confessio*” y los autores continúan denominándolo así, pese a que ahora el medio de prueba donde opera no se llame confesión.

La LEC/2000 alude a los efectos probatorios de la *ficta confessio* en el artículo 304 (para el caso de incomparecencia) y en el 307 (para el supuesto en que el declarante no conteste o lo haga con respuestas evasivas o inconcluyentes), remitiéndose a ambos el inciso final del artículo 316 (en la valoración del interrogatorio). Existen determinados caracteres comunes que conviene resaltar:

- 1º. Se trata esencialmente de una *facultad* que corresponde al juzgador de instancia y no de un deber que la Ley le imponga. Así se configuró en el régimen anterior y se sigue esti-

mando con la vigente LEC²¹⁴. Por tanto, su aplicación real depende de que el tribunal que está conociendo del asunto lo considere conveniente y justo. Y me refiero no sólo al juez de primer grado, sino también al órgano de apelación, que puede hacer uso *ex novo* de dicha facultad, aun revocando para ello, si es preciso, el fallo de primera instancia. Valga como ejemplo la SAP de Murcia núm.219/2002 (Sección 4ª), de 30 de mayo²¹⁵, que estima el recurso de apelación en base a la *ficta confessio* producida en segunda instancia:

“En esta alzada se admitió la prueba de interrogatorio del demandado propuesta en primera instancia y que no se pudo practicar al no ser localizado (artículo 460.2 LECiv. 2000). Sí lo fue ahora y se le practicó citación en persona para el acto del juicio con los apercibimientos legales previstos en los artículos 292 y 304 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, pese a lo cual dejó de asistir a la vista sin alegar causa justificativa de ello, habiendo solicitado la parte recurrente que se le tenga por confeso (...) El artículo 217 de la LECiv. 2000 tras referirse a la carga de la prueba en los procesos civiles dispone, en su apartado 6, que para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. En el caso presente la parte actora no podía contar prácticamente con otra prueba que la del interrogatorio del conductor contrario, por lo que la incomparecencia voluntaria del mismo ha de dar lugar a la aplicación de la consecuencia prevista en el artículo 304 de la propia Ley –considerar reconocidos los hechos en que dicha parte ha intervenido personalmente– lo que determi-

214 Vid., entre otras muchas, SAP de Murcia núm. 211/2002 (Sección 5ª), de 4 de junio; SAP de Alicante núm. 779/2002 (Sección 5ª), de 15 de noviembre; SAP de Huesca núm. 299/2002, de 26 de diciembre; SAP de Toledo núm. 42/2003 (Sección 1ª), de 17 de febrero; SAP de Madrid núm. 276/2004 (Sección 25ª), de 7 de mayo; SAP de Madrid núm. 385/2004 (Sección 25ª), de 17 de junio

215 Ponente: D. Antonio Salas Carceller, que en la actualidad es magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

na la estimación de su culpabilidad en la producción del accidente (...)”²¹⁶.

- 2º. El que sea una facultad discrecional del tribunal²¹⁷ no priva a la *ficta confessio* de su posible efectividad determinante, en el sentido de que sirva como único medio o instrumento para tener por ciertos los hechos a que afecte, sin necesidad de que concurra ninguna otra prueba, como demuestra la sentencia que acabamos de transcribir²¹⁸. En ello reside la verdadera amenaza que acarrea el comportamiento omisivo o negligente del litigante llamado a declarar en el proceso civil, a diferencia de lo que acontece en el proceso penal, donde el mero silencio del acusado o su negativa a responder no podrán estimarse como indicio o prueba de cargo suficientes, por sí solos, para dictar sentencia de condena.

Junto a las características generales señaladas, la *ficta confessio* o reconocimiento tácito de los hechos se somete a determinados requisitos particulares, en función de cuál sea la modalidad en que pueda estimarse, ora la incomparecencia injustificada del declarante, ora su negativa a responder de modo claro y terminante.

216 Vid. igualmente, como casos de estimación en 2ª instancia de la *ficta confessio* no considerada así por el órgano *a quo*, SAP de Barcelona núm. 312/2004 (Sección 17ª), de 17 de mayo; SAP de Madrid núm. 550/2004 (Sección 11ª), de 13 de julio. También cabe, como es obvio, que el tribunal de apelación revise la *ficta confessio* que apreció el juez de primera instancia, desestimándola en segunda; v. gr., SAP de Barcelona núm. 344/2004 (Sección 14ª), de 18 de mayo; SAP de Guadalajara núm. 164/2004 (Sección 1ª), de 30 de junio.

217 Lo cual, empero, no autoriza a que se utilice arbitrariamente. Así se señala, entre otras, en la SAP de Murcia núm. 184/2003 (Sección 5ª), de 10 de junio: “En efecto, tal facultad es discrecional del juzgador pero discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad y en la sentencia apelada. (...) no se razona el porqué del uso que de ella se hace y, en este caso, aceptar su aplicación supondría incurrir en la aludida arbitrariedad”.

218 Si existen otras pruebas cuyo resultado contradiga el reconocimiento tácito de los hechos, lo adecuado es apreciar en conjunto aquéllas y éste. Como dice la SAP de Córdoba núm. 86/2002 (Sección 1ª), de 19 de febrero, “la aplicación del artículo 304 tan citado no puede hacerse independientemente del resto de las pruebas practicadas, sino de forma armónica y no contradictoria”. Vid. también SAP de Huelva núm. 76/2002 (Sección 2ª), de 19 de febrero; SAP de Cáceres núm. 14/2003 (Sección 1ª), de 28 de enero.

a) Para que el juzgador aplique la *ficta confessio* cuando la parte no se persone a declarar es preciso ante todo que ésta haya sido citada previa y personalmente al interrogatorio *con el apercibimiento expreso* de que su incomparecencia injustificada “producirá el efecto señalado en el párrafo anterior” (artículo 304, párr. 2), consistente en que “el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial”²¹⁹. Por *justificación* suficiente para no comparecer y eludir la *ficta confessio* habrá que entender, fundamentalmente, la concurrencia de alguna de las circunstancias comprendidas en artículo 169.4, párr. 2, si bien no basta con la genérica alusión a motivos personales de los aludidos en dicha norma para considerar automáticamente que existe causa justificada²²⁰

En el juicio ordinario, esta citación *ad hoc* no será necesaria si en la audiencia previa ha comparecido la parte, por sí o por medio de su procurador (artículo 429.6), siempre que —así lo considero— el titular del órgano jurisdiccional efectúe *in voce* la advertencia a que alude el artículo 304. En cambio, cuando se trate del juicio verbal, será siempre necesario citar expresamente a la parte a efectos de su interrogatorio, con la prevención de que si no asistiere y se propusiere y admitiere su declaración podrá considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme al artículo 304 (artículo 440.1, párrafo segundo²²¹. No cabe confundir, sin embargo, la incompa-

219 La S. del TSJ de Baleares núm. 31/2003 (Sala de lo Social, Sección Única) de 22 de mayo, estima el recurso de suplicación, aplicando supletoriamente la LEC, en base a que “el motivo de nulidad de actuaciones sería totalmente desestimado si no fuera porque dicha incomparecencia del representante legal [de la empresa demandada llamada a declarar] ha tenido, en la resolución judicial recurrida, las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 304 de la LEC, como es la ‘ficta confessio’, *sin que se tuviera en cuenta que para ello es necesario que se practicara la citación de la persona que debe comparecer a declarar en la forma prevista en dicho precepto, con el apercibimiento al interesado de que en caso de incomparecencia injustificada se producirá el efecto señalado en el párrafo anterior...*”.

220 SAP de Murcia núm. 130/2002 (Sección 3ª), de 16 de mayo.

221 SAP de Murcia núm. 573/2001 (Sección 1ª), de 12 de diciembre; SAP de Alicante núm. 587/2002 (Sección 7ª), de 28 de octubre; SAP de Granada núm. 1031/2002 (Sección 3ª), de 16 de diciembre; SAP de Cuenca núm. 180/2003 (Sección 1ª), de 9 de julio; SAP de Madrid núm. 9/2003 (Sección 8ª), de 3 de octubre.

recencia *personal* del litigante a los fines de la *ficta confessio*, con el desistimiento que pueda originar la falta de asistencia del actor (como parte, a través de su representación y defensa) al acto de la vista *ex* artículo 442.1²²².

El artículo 304 requiere que los hechos tácitamente reconocidos sean *enteramente* perjudiciales para el declarante ausente, igual que la regla de valoración tasada del artículo 316.1. Y como ya he reiterado en otros pasajes anteriores, para saber sobre qué datos fácticos cabe proyectar el efecto de la *ficta confessio*, será necesario que la parte interesada, al efectuar la proposición de prueba, haya concretado los hechos que van a ser objeto del interrogatorio.

b) El reconocimiento tácito de los hechos a que se refiere el artículo 307 tiene lugar cuando la parte declarante ha comparecido al acto del interrogatorio. Su origen puede radicarse en dos causas distintas: 1ª, que la parte se niegue a contestar, bien de modo general, bien a determinada o determinadas preguntas; 2ª, que las respuestas que dé sean evasivas o inconcluyentes²²³. En el primer caso, el tribunal deberá de apereibir en ese momento al declarante de las consecuencias que puede acarrear su silencio y lo hará de oficio (“el tribunal *apereibirá* en el acto...”). En el segundo, también es necesario dicho apereibimiento, pero en esta ocasión el órgano jurisdiccional lo realizará de oficio o instancia de parte (será normalmente la parte que esté interrogando, aunque la Ley no lo especifica ni excluye que lo pueda pedir cualquiera de las demás partes a través de su letrado).

Los hechos que en esta modalidad de *ficta confessio* puede el

222 Auto AP de Córdoba (Sección 1ª) de 30 de octubre de 2001; Auto AP de Madrid (Sección 22ª) de 22 de marzo de 2002; Auto AP de Barcelona (Sección 4ª) de 30 de septiembre de 2002; Auto AP de Tarragona (Sección 3ª) de 17 de julio de 2003.

223 SAP de Valencia núm. 367/2003 (Sección 9ª), de 3 de junio: “este Tribunal entiende que ha de hacer uso de la facultad recogida en el artículo 307 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y tener por reconocidos los hechos que fueron objeto de tales preguntas, dadas las evasivas con que se contestó a dichas preguntas, pues al demandado se le preguntaba por hechos personales en los que intervino de forma personal (...)”.

tribunal considerar tácitamente reconocidos son aquellos a los que se refieran las preguntas, a condición de que el litigante interrogado haya intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resulte perjudicial *en todo o en parte*. Sería el caso, por ejemplo, del silencio o respuesta evasiva a un pregunta como ésta: “¿es cierto que del crédito de 200.000 euros que ostenta frente a usted doña M^a José Ortega sólo le ha abonado el diez por ciento y le falta por pagar el noventa por ciento restante?” No se entiende muy bien la razón que justifica esta diferencia de tratamiento en relación con el supuesto de incomparecencia del artículo 304. En cualquier caso, estimo que si el hecho sobre el que versa la pregunta en parte perjudica y en parte beneficia al sujeto interrogado, la consideración por el tribunal de que ha sido tácitamente reconocido debe afectar al hecho en su conjunto y no sólo a la parte del mismo que perjudique al declarante.

E. ERROR EN LA APRECIACIÓN DEL INTERROGATORIO

Tanto la interpretación como la valoración de la prueba constituyen, como ya se señaló, juicios lógicos de carácter fáctico que el juez lleva a cabo mediante la elaboración de una serie de silogismos; en ellos, la premisa mayor está integrada por reglas o máximas de la experiencia y la premisa menor por el hecho u objeto en que consiste el medio de prueba.

Cuando cualquiera de las premisas no es correcta o el silogismo se ha construido sin el debido rigor, lo mismo se trate de la interpretación que de la valoración, se incurre por parte del titular del órgano jurisdiccional en diversas equivocaciones, cuya génesis, alcance y control son en cada ámbito diferentes, aunque guardan mutuas implicaciones entre sí.²²⁴

1.-Error en la interpretación y error en la valoración.

El *error en la interpretación* de la declaración de las partes tiene lugar cuando el juzgador hace derivar de la misma unos resultados fácticos que no se corresponden con los juicios particulares sobre la

²²⁴ Vid. JIMÉNEZ CONDE, *La apreciación de la prueba legal*, cit., págs.128 y ss.

existencia o modo de ser de los hechos que dicha declaración efectivamente arroja. Es decir, si el tribunal se equivoca al determinar lo que el litigante realmente dijo o quiso decir, o al establecer el significado de sus palabras, y considera emitidos por aquél juicios fácticos de carácter singular que no se desprenden de su declaración, u omite otros que la parte verdaderamente ha aportado al declarar.

Se puede incidir en este tipo de error de forma más o menos manifiesta y evidente. Cabe, por ejemplo, que el juez, aun subrayando que otorga pleno valor acreditativo a la declaración de la parte, establezca luego como ciertos y derivados de ella determinados hechos que se contradigan abiertamente con los verdaderos resultados de la declaración. En otras ocasiones, la fijación exacta de los resultados fácticos de dicha prueba se plantea como cuestión más dificultosa y problemática (por el deficiente modo de expresión del declarante, por la oscuridad o imprecisión de los términos que utiliza, por el empleo de vocablos dialectales cuyo significado el juez ignora, etc.), haciéndose igualmente difíciles de detectar las posibles desviaciones que en ese ámbito enjuiciador hayan sido cometidas. Y aunque el tribunal pueda en este caso apercibir al declarante —ex artículo 307— para que precise sus respuestas, a veces la oscuridad de éstas no es intencionada ni proviene de la mala fe del declarante, sino sencillamente trae causa de que la parte interrogada no sabe expresarse mejor.

El órgano jurisdiccional incurrirá, en cambio, en *error en la valoración* cuando otorgue a la declaración de la parte un grado de fiabilidad o credibilidad superior al que merece, o cuando le niegue el que cabalmente le corresponde. Por tanto, las consecuencias de esta otra clase de error se pueden reconducir a dos situaciones: que los resultados fácticos de la declaración (cuyo significado ya se conoce) sean considerados como verdaderos —coincidentes con la realidad histórica— siendo falsos, o que tales resultados sean considerados como falsos —disconformes con dicha realidad—, siendo verdaderos. Ocurriría lo primero, verbigracia, si el juez da todo crédito a lo afirmado por la parte, pese a que el hecho que la misma declara ser cierto no le perjudica y además está contradicho por el resultado de otras pruebas más fiables. Ocurriría lo segundo si el

juez priva de valor a la declaración consistente en el reconocimiento explícito por el litigante de un hecho o hechos que enteramente le perjudican y en los que intervino personalmente, no existiendo otros medios de prueba que se opongan a la certeza del hecho o hechos reconocidos. En cualquiera de estos dos casos la equivocación del órgano jurisdiccional radica en haber construido la premisa mayor del silogismo probatorio con una regla de la experiencia errónea o que no es válida para el supuesto concreto integrado en la premisa menor. Y los efectos de esa valoración incorrecta se proyectan sobre los juicios de hecho particulares extraídos previamente del medio de prueba por vía de interpretación.

Aun siendo, pues, el error en la interpretación y el error en la valoración de índole diferente, al incidir sobre una materia homogénea y afectar a una misma actividad enjuiciadora, guardan entre sí determinadas relaciones que conviene precisar

Si se tiene en cuenta, en primer término, que la valoración es una operación intelectual lógicamente posterior a la interpretación, los errores que se cometan al verificar aquélla no tienen por qué afectar a ésta. Así, cuando el titular del órgano jurisdiccional incurre en error al valorar la declaración de cualquiera de las partes, ocurre que los resultados de tal declaración son considerados equivocadamente como verdaderos o equivocadamente como falsos. Pero semejante error es perfectamente compatible con una acertada interpretación de dicha prueba, en la medida que los resultados extraídos de ella se correspondan efectivamente con los juicios sobre la existencia o modo de ser de los hechos expresados por el litigante al declarar.

No acontece, empero, lo mismo en el supuesto inverso, es decir, cuando lo incorrecto haya sido la interpretación. Cualquier error trascendente que se haya padecido al interpretar el medio probatorio repercute de modo indefectible en la posterior valoración de éste, viciándola también, pues la interpretación constituye, como decíamos, una operación enjuiciadora que precede siempre a la valoración —y no al revés—, sirviéndole de fundamento en cuanto proporciona el objeto (resultados de la prueba: juicios de hecho de carácter concreto) en el que inciden directamente los efectos de ésta (valor

positivo o negativo que deba otorgarse a dichos juicios, atendiendo a la fiabilidad o crédito que merezca la fuente de prueba de la que provienen); de tal manera que, si ese objeto ha sido erróneamente determinado, por necesidad deviene incorrecta la operación valorativa misma. En otras palabras: el error en la interpretación de la prueba influye en su posterior valoración porque desvirtúa la base o sustrato sobre la cual ésta se proyecta. En el caso del interrogatorio de las partes, si el titular del órgano jurisdiccional se equivoca al establecer lo que el declarante expresó o quiso expresar, aunque después pretenda otorgar a esta prueba una eficacia plena –porque estime aplicable la regla imperativa del artículo 316.1, o porque esté personalmente convencido de la verdad de lo declarado *ex* artículo 316.2–, la valoración llevada a cabo será errónea y la fuerza atribuida a dicha prueba pura apariencia, puesto que se ha dado valor a unos juicios de hecho particulares que no eran los que derivaban de la declaración del litigante y al mismo tiempo se ha privado de valor a los resultados fácticos que realmente tal declaración aportó.

2.- Error de derecho y error de hecho.

En principio, cualquier error que se haya padecido en la apreciación del interrogatorio de las partes –como de las demás pruebas– conduce siempre a una equivocada fijación de los hechos controvertidos, esto es, afecta en último extremo a la *quaestio facti* del pleito, que no es correctamente resuelta. Desde esta óptica, todo error cometido en dicho ámbito cabe ser considerado como un error “de hecho”, utilizando tal expresión en sentido amplio, o sea, en cuanto error relativo a los hechos que integran la premisa menor de la sentencia²²⁵.

Sin embargo, esta noción resulta excesivamente amplia y general. Dentro de ella es preciso delimitar el concepto error *de hecho* en un sentido más restringido, que se contrapone al error *de derecho*.

225 No desconozco las críticas que en su día se formularon a la consideración silogística de la sentencia (v. gr., CALOGERO, *La lógica del giudice e il suo controllo in cassazione*, 2ª ed., Padova, 1964, págs. 48 y ss.). Sin embargo, desde el punto de vista expositivo, el empleo de dicho esquema sigue siendo gráfico e ilustrativo para la mejor explicación de algunas ideas.

Éste último, el error *de derecho*, tiene lugar cuando el juez verifica la apreciación del interrogatorio sin atenerse al mandato expreso –regla de prueba legal– que le impone el artículo 316.1, siempre que concurren las condiciones y requisitos que esta norma requiere. Se trata de un error que afecta esencialmente a la *valoración* del medio de prueba, como se deduce de la leyenda que encabeza el artículo 316. No obstante, también cuando a la valoración aparentemente ajustada a la norma haya precedido una interpretación con error manifiesto y trascendente, aunque la interpretación sea un enjuiciamiento que se realiza siempre por el juez de manera discrecional, tal error contagiará indefectiblemente –lo acabamos de explicar– al juicio valorativo, traducándose, en definitiva, en un error *de derecho* en la valoración de la prueba.

El error *de hecho* propiamente dicho o en sentido estricto se configura como aquel en que incurre el órgano jurisdiccional al apreciar de modo incorrecto la declaración de la parte en los casos en que no rija la citada regla del artículo 316.1 y consecuentemente la valoración de la prueba se ha efectuado conforme al prudente criterio de dicho órgano. Asimismo tendrá esta naturaleza el error que padezca el tribunal cuando aplique injustificadamente la llamada *ficta confessio*, aun concurriendo todos los requisitos legales que permitan su estimación.

Por lo tanto, mientras el error *de derecho* afecta al sector de la valoración legal o tasada del interrogatorio, el error exclusivamente *de hecho* opera en los supuestos de libre apreciación, ya que en ellos el órgano jurisdiccional puede elegir para enjuiciar la prueba aquella máxima de la experiencia o regla de la sana crítica que estime oportuna y no la que la Ley le ordene (en último extremo, la piedra de toque para la valoración radica aquí en el convencimiento psicológico del juez), y por consiguiente, si se equivoca en dicha elección, la *única* consecuencia que se desprende consistirá en que tenga por ciertos determinados hechos que históricamente no lo son, o viceversa. En este caso, la sentencia dictada, aunque resulte injusta al basarse en un supuesto de hecho equivocado, es plenamente correcta desde el punto de vista legal, por cuanto la misma ley permite al juez que para la apreciación del medio de prueba escoja

discrecionalmente la premisa que repute conveniente. El error *de derecho*, en cambio, aparte de repercutir igualmente en la cuestión de hecho, como la causa en su efecto, lleva implícito algo más grave: la infracción *in iudicando* de un precepto jurídico por parte del órgano jurisdiccional; de ahí que la resolución viciada con tal error, además de injusta, sea también ilegal.

3.- Revisión de cualquier clase de error en segunda instancia.

A través del recurso ordinario de apelación se abre una nueva instancia procesal en la que, como es propio de ella, el tribunal *ad quem* puede volver a enjuiciar todas las cuestiones, fácticas y jurídicas, debatidas y resueltas en primera instancia, sin más límites que los que le vienen impuestos por la prohibición de la *reformatio in peius*.

En su consecuencia, y por lo que hace al interrogatorio de las partes, cualquiera de éstas que apele la sentencia —en la medida que le haya ocasionado gravamen— puede denunciar ante el órgano superior toda clase de error padecido por el juez *a quo* al apreciar dicha prueba, sola o en relación con otros medios, a condición de que la equivocación denunciada haya sido determinante del fallo: error en la interpretación y error en la valoración; error de derecho y error de hecho; error sufrido al apreciar la declaración en sí y error al estimar o desestimar el reconocimiento tácito de los hechos por incomparecencia del declarante o por su negativa a declarar o a hacerlo de modo concluyente.

Según el artículo 458.1 de la LEC, el apelante deberá exponer en el escrito de interposición del recurso las alegaciones en que basa la impugnación; por tanto, habrá de precisar el tipo de error en la apreciación de esta prueba que, a su juicio, haya cometido el juez de primera instancia, argumentando las razones que apoyan dicho alegato y la trascendencia de ese hipotético error en la decisión del pleito.

Si lo denunciado ha sido error *de derecho* por infracción del artículo 316.1, el tribunal de segunda instancia se limitará a verificar,

esencialmente, si se dan o no las condiciones que establece dicho precepto para atribuir a la declaración de la parte el valor obligado que en el mismo se ordena y si el órgano *a quo* ha respetado tal disposición en su sentencia, revocando ésta en otro caso para acomodarla a la exigencia legal.

En cambio, ante un supuesto error *de hecho* (en sentido estricto), partiendo de que el susodicho error acontece —o puede acontecer— cuando rige la libre valoración del interrogatorio *ex* artículo 316.2 (y al aplicar discrecionalmente la *ficta confessio*), lo que el órgano de apelación examinará es, directamente, si el juicio de hecho establecido en la sentencia a consecuencia de esta prueba es o no correcto como tal: o sea, si los datos fácticos que ha aportado la declaración de la parte, atendiendo también —en su caso— al resultado de las demás pruebas, merecen o no ser creídos, le convencen o no le convencen en la misma medida que al juzgador *a quo*, en orden a tener por ciertos (o no) los hechos controvertidos de que se trate. Para ello utilizará nuevamente y con la misma libertad que el órgano de primera instancia las máximas de la experiencia o reglas de la sana crítica que juzgue oportunas, sin tener que vigilar o comprobar la correcta aplicación —en este concreto campo— de ninguna norma en particular.

4.- Control del error de derecho en casación.

Como bien se conoce, nuestro sistema procesal civil articula tradicionalmente el enjuiciamiento de los asuntos —de todos ellos— a través de dos instancias, agotadas las cuales se considera que la justicia está ya suficientemente garantizada. No obstante, en determinados procesos se añade el recurso extraordinario de casación, actualmente escindido en dos: el que continúa llamándose de *casación* y el recurso extraordinario *por infracción procesal*.

No se trata, como también es sabido, de depurar todavía más a través de estos medios extraordinarios el acierto en la resolución del caso concreto en todos sus extremos, sino sólo de rectificar las posibles *infracciones legales* que se hayan cometido en cuanto al fondo (errores *iuris in iudicando*) o por quebrantamiento de forma (errores

in procedendo). Lo cual excluye en esencia de este ámbito impugnativo el control de aquellas equivocaciones –aún posibles, pese al doble grado jurisdiccional– padecidas en el terreno estricto de los hechos, esto es, los errores cometidos por el juzgador al apreciar las pruebas, a menos que tal enjuiciamiento se haya realizado infringiendo la ley. Por tanto, en la apreciación de las pruebas sólo los errores *de derecho* son susceptibles de control en casación, como ya especificara la vieja LEC en la redacción originaria de su artículo 1692 (motivo 7º).

Aplicado este inveterado criterio al interrogatorio de las partes, es claro que en sede de recursos extraordinarios únicamente cabe revisar el error *de derecho* en que se haya incurrido al apreciar esta prueba, por infracción del artículo 316.1, cuando el órgano de instancia vulnere la regla de valoración legal que tal disposición establece. El examen que toca entonces realizar al tribunal de casación versa sólo acerca de la correcta o incorrecta aplicación –y en su caso interpretación– que el juzgador haya hecho de la referida norma de prueba legal. No acomete –o no debe acometer– averiguación alguna *directa* en torno a si son verdaderos los hechos sobre los que versó la declaración de la parte, si la prueba le *convence* o no en la misma medida que al juzgador de instancia; no juzga la *quaestio facti* en sí misma, ni verifica directamente ninguna comprobación histórica. Enjuicia tan sólo si el tribunal *a quo* ha infringido la ley, no siendo consecuentemente el control que ejerce de carácter propiamente fáctico, sino jurídico. Por tanto, si acoge el recurso, en realidad no anulará la sentencia porque estime directamente que son ciertos –coincidentes con la realidad histórica– los hechos que el litigante reconoció en su declaración y la sala de instancia no lo recoge así, sino en razón de que a dicha prueba no se le ha atribuido el valor que preceptivamente ordena el artículo 316.1 de la LEC. Sólo como consecuencia de esta estimación, el propio órgano casacional modificará los hechos declarados probados.

El impugnante en casación que quiera basar su recurso en este tipo de error ha de tener muy presentes las peculiaridades del nuevo régimen a que se somete la valoración legal de la declaración de las partes en el artículo 316.1, singularmente la condición de que el reconocimiento o confesión del declarante no esté contradicho por

el resultado de otras pruebas. En tal sentido, conviene significar los extremos concretos que el recurrente debe poner de manifiesto para que el motivo prospere y que, a mi juicio, son los siguientes:

- a) Que cualquiera de las partes, por sí misma, al ser interrogada, ha reconocido sin paliativos que es cierto un hecho (o su modo de ser o circunstancias) que enteramente le perjudica y la sentencia impugnada no lo recoge como hecho probado o no lo recoge con las circunstancias relevantes que la parte afirmó ser ciertas en su contra
- b) Que la propia parte declarante tuvo históricamente en el hecho reconocido una intervención personal.
- c) Que tal hecho, al que afecta el error jurídico en la valoración de la prueba, goza de relevancia decisiva para resolver alguna de las cuestiones objeto del litigio.
- d) Que no consta en autos ningún otro medio de prueba cuyo resultado contradiga la veracidad de lo admitido por el litigante. Sobre este aspecto, y al exclusivo fin de controlar si se ha producido o no la infracción legal alegada, el órgano de casación se limitará a verificar o constatar que, en efecto, no se han practicado en el proceso otros medios de prueba relativos al hecho de que se trate, o que, si se han practicado, su resultado no contradice notoriamente lo afirmado por el declarante. En cualquier otro caso, no compete al tribunal de casación entrar a enjuiciar si la valoración conjunta del interrogatorio de la parte y las demás pruebas está justificada y resulta apropiada, pues ello excede de los límites que corresponden al recurso extraordinario y resulta más propio de una nueva instancia. Recuérdesse, además, que cuando concurre en el pleito cualquier otra prueba cuyo resultado colisiona con el reconocimiento de la parte, ya no rige la regla de valoración tasada del artículo 316.1, sino el régimen de libre valoración del artículo 316.2; por lo tanto, el único error que podría padecerse sería un error *de hecho*, excluido de control en casación, y no un error *de derecho* basado en la infracción de norma legal.

Queda por aclarar, finalmente, cuál ha de considerarse el recurso extraordinario adecuado para hacer valer esta clase de error jurídico sufrido en la sentencia: si el tradicional recurso de casación que la vigente LEC sigue contemplando por infracciones legales en cuanto al fondo (sucesor de la casación por el motivo 4º del artículo 1692 de la vieja LEC, tras la reforma de 1984), o el nuevo recurso extraordinario por infracción procesal que la LEC/2000 configura para denunciar los vicios *in procedendo* (los que se plasmaban en los motivos 1º a 3º del propio artículo 1692 de la LEC/1881 tras esa aludida reforma, a los que se añade la vulneración de derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución).

En mi criterio, a la vista de cómo han quedado regulados ambos medios de impugnación en el texto articulado de la vigente LEC, que es lo verdaderamente importante, y con independencia de las desafortunadas consideraciones que se hacen al respecto en la Exposición de Motivos, no cabe duda de que el recurso extraordinario apropiado para denunciar el error *de derecho* en la apreciación de las pruebas es el recurso de casación. Así lo he defendido en otro lugar²²⁶ y los argumentos principales son éstos:

1º. Se trata de un error *iuris in iudicando* que incide directamente en la decisión de fondo del asunto litigioso y que por tanto encaja de lleno en el motivo único de la actual casación (el clásico *por infracción de ley*) descrito en el artículo 477.1: “la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”. Nótese que este precepto no distingue entre normas sustantivas y normas procesales; y “donde la ley no distingue, el intérprete [incluido el propio legislador en la Exposición de Motivos] no debe distinguir”. Otra consideración supondría privar al vigente recurso de casación, según su normativa reguladora expresa, de una parcela

226 *Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas* (obra colectiva que yo mismo coordiné, publicada a raíz del Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas celebrado en Murcia en diciembre de 2001), ed. Sepín, Madrid, 2002, *Respuesta a la Cuestión 55: Recurso extraordinario apropiado para denunciar determinadas infracciones legales*, págs. 413-419. Acogen la misma tesis en esta obra CABAÑAS GARCÍA, págs. 411-413, y ORTELLS RAMOS, págs. 419-421 (éste último también en su manual *Derecho Procesal Civil* (con otros autores), ed. Aranzadi, 2004, págs. 543-4).

que le es propia. Por lo demás, el tratamiento que aquí propugnamos coincide exactamente con el que se venía aplicando cuando regía la LEC de 1881, en la que la vía idónea para denunciar esta clase de errores, según criterio constante del Tribunal Supremo, era el motivo 4º del artículo 1692 (cuya redacción se asemeja notablemente al actual motivo único del artículo 447.1): “Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”.

2º. El mal llamado “recurso extraordinario por infracción procesal”²²⁷ está concebido, si se atiende a cómo se describen los motivos que le sirven de base, como una vía extraordinaria para denunciar los errores más relevantes en la actividad procesal (vicios *in procedendo*), que tiene su indudable parangón en el precedente recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio. Baste comprobar la semejanza de los motivos 1º a 3º del artículo 1692 de la LEC/1881 con los que incorpora el artículo 469.1 de la LEC/2000. Particularmente, el motivo 2º actual: “Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia”, donde se pretende residenciar el error en la apreciación de la prueba, es casi un calco del anterior motivo 3º, inciso primero, del derogado artículo 1692, que el Tribunal Supremo nunca consideró cauce apropiado para denunciar vicios *in iudicando* tocantes a la cuestión de fondo, aunque las normas infringidas tuviesen naturaleza procesal.

A mi modo de ver, las normas cuya vulneración contempla el actual motivo 2º del artículo 469.1 —igual que el derogado 1692, 3º, primer inciso— son las que afectan a aspectos relacionados con *la actividad* en que la sentencia consiste como acto procesal y a su contenido formal: extensión y límites relativos al objeto sobre el cual el tribunal se ha de pronunciar, concurrencia de presupuestos procesales para entrar a conocer del fondo, requisitos esenciales de

227 El borrador de anteproyecto de LEC lo denominaba “recurso de amparo judicial”. Ante las críticas que suscitó, se cambió dicho nombre por el actual, también inapropiado cuando se examina su regulación positiva. Hubiera sido más correcto llamarlo recurso extraordinario “por error en la actividad procesal” o “por quebrantamiento de forma” o de otro modo análogo que revelara su verdadero ámbito y alcance.

forma y motivación, ausencia de contradicciones en el fallo, número e idoneidad de los magistrados que la dictan, etc. En definitiva, se trata de revisar posibles quebrantamientos de forma o vicios *in procedendo* padecidos en la propia sentencia impugnada, que impliquen *la nulidad de ésta como acto jurídico*, pero no de controlar las infracciones legales que atañan al fondo del asunto decidido en la sentencia, aunque la norma infringida sea procesal, como acontece con el error de derecho en la valoración de las pruebas.

3º. El sistema general de reenvío que prevé la LEC cuando es estima el recurso extraordinario por infracción procesal (aunque esté “provisionalmente” en suspenso por virtud de la Disposición final decimosexta) no está concebido ni es apropiado para el caso de que el error imputado a la sentencia constituya un vicio *in iudicando* consistente en la infracción de normas directamente aplicables para resolver la cuestión de fondo. Lo adecuado y operativo en este supuesto es el efecto previsto para la estimación del recurso de casación: que el tribunal que ha conocido del mismo dicte el pronunciamiento de fondo que considere ajustado a Derecho²²⁸. Téngase en cuenta que la decisión sobre el fondo del asunto constituye la expresión genuina del ejercicio de la potestad jurisdiccional y en ese ámbito todos los tribunales gozan de la misma independencia plena, de modo que ni el tribunal superior está legitimado para ordenar al inferior que juzgue en un sentido determinado (véase el artículo 417.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ni el inferior ha de considerarse obligado a seguir los dictados que para la resolución del caso concreto (en cuanto al fondo) haya podido marcarle el órgano *ad quem*.

Sin embargo y a pesar de lo que se ha argumentado, es preciso poner de manifiesto –y esto es lo que más importa a los letrados que

228 La casación penal es un ejemplo significativo. Los posibles quebrantamientos de forma que afectan a la propia sentencia impugnada (motivos del artículo 851 de la LECrim) dan lugar a la devolución de la causa al tribunal de que proceda (artículo 901 bis a), pero el error en la apreciación de la prueba (artículo 849.2º) se considera un motivo atinente al fondo (“por infracción de ley”) y su estimación no origina el reenvío, sino que el Tribunal Supremo, tras casar la resolución objeto del recurso, dicta la sentencia que proceda conforme a Derecho (artículo 902).

llevan asuntos en casación— que el Tribunal Supremo²²⁹, seguido por los Tribunales Superiores de Justicia²³⁰, viene considerando (ha modificado su jurisprudencia anterior) que el recurso extraordinario por infracción procesal (motivo 2º del artículo 469.1) es el idóneo para denunciar los posibles errores, con infracción legal, cometidos al apreciar las pruebas, tesis que también mantiene un sector de la doctrina²³¹. El origen y fundamento de tal postura hay que encontrarlos, sobre todo, en determinadas reflexiones que se realizan en la Exposición de Motivos de la Ley, desacertadas, a mi juicio, y desde luego no concordes con lo que luego dispone el texto articulado²³².

Con todo, probablemente esta polémica resulte intrascendente de aquí a poco, pues los aires de reforma apuntan a que se unan de nuevo los dos recursos extraordinarios en uno solo de casación, cuya competencia se atribuya a la Sala de lo Civil (y Penal) de los Tribunales Superiores de Justicia, y que la Sala 1ª del Tribunal Supremo ciña su labor a unificar la doctrina en que discrepen los Tribunales Superiores de las distintas Comunidades Autónomas.

229 Autos de 27 de noviembre de 2001 y de 22 de enero de 2002, entre otros.

230 S. del TSJ de Navarra núm. 12/2003 (Sala de lo Civil y Penal. Sección Única), de 2 de abril, y S. del TSJ de Cataluña núm. 18/2003 (Sala de lo Civil y Penal. Sección 4ª), de 22 de mayo, entre otras.

231 Cfr. PEITEADO MARISCAL Y DE LA OLIVA SANTOS, *Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas; Respuesta a la Cuestión 55...*, cit., págs. 451 y ss.; CORDÓN MORENO, *Comentarios a la LEC*, ed. Aranzadi, cit., I, pág. 1612; I. DIEZ-PICAZO, *Comentarios a la LEC*, ed. Cívitas, cit., págs. 810-811, y *Algunas consideraciones sobre el recurso extraordinario por infracción procesal*, en “La aplicación práctica de la LEC de 2000”, Valencia, 2003, cit., págs. 257 y ss.

232 En el apart. XIV de la E. de M. se habla, por una parte, de la decisión “de dejar fuera de la casación las infracciones de leyes procesales”, y por otra, de la separación entre el recurso de casación y el recurso “dedicado a las infracciones procesales”. Este modo de diferenciar ambos recursos basándose, fundamentalmente, en que uno se destina a controlar la infracción de leyes sustantivas y el otro la infracción de leyes procesales, además de simplista, resulta cuando menos discutible si se atiende a la regulación realmente efectuada más adelante en las normas positivas de la LEC.

CONTESTACIÓN
DEL EXCELENTÍSIMO SEÑOR
DON FELIPE ORTEGA SÁNCHEZ

Excmo. Sr. Presidente,
Exmos. Srs. Académicos,
Excmas. e Ilmas. Autoridades,
Señoras y señores:

Cuando el profesor Jiménez Conde me llamó para pedirme que fuera yo el que, en nombre de la Academia, contestara a su discurso de ingreso en la misma, lo acepté con evidente orgullo y manifiesta responsabilidad. Tal elección, entre los eminentes juristas que integran esta Academia, me ha llenado de una autosatisfacción legítima por el reconocimiento que ello me supone, pero, a su vez, me impulsa a un deber, lejos de vanidades inútiles, que es saber quedar al nivel del contenido de su Discurso, de evidente altura y profundidad doctrinal, desde luego novedoso, y con una proyección igualmente pragmática. Tarea difícil, por tanto, la mía. Espero no empañarlo, ni ensombrecerlo, ni enturbiarlo.

Conocí al nuevo Académico hace ya muchos años, -que mal sé contar los años en mi vida-cuando era un joven catedrático y yo un joven, algo menos, abogado. Empezamos poco después a colaborar en la Escuela de Práctica Jurídica de Murcia, que él dirige con brillantez y maestría desde el año 1981. La siento como propia. De mi lealtad crítica con la misma y con él me honro. He colaborado con ese centro de especialización de juristas, adiestrando a innumerables licenciados en derecho para el ejercicio de la profesión de Abogado. Me apasiona la misma y me aprecio halagado. Pasados los años muchos son los alumnos con los que sigo manteniendo una inmejorable relación profesional y de amistad.

Destacaré de él que fue Premio Extraordinario de Licenciatura y Premio Extraordinario de Doctorado en la Universidad de Navarra, de la que fue Profesor Adjunto de Derecho Procesal hasta el año 1976. En 1997 por concurso oposición adquiere la condición de Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad Complutense, siendo desde 1979 Catedrático de la indicada asignatura en la Universidad de Murcia, en la que asume la Dirección del Departamento.

Su obra escrita es tan extensa y tan densa como su currículum. Por ello van a excusarme de que haga aquí una relación detallada de todos sus méritos, lo cual alargaría excesivamente esta contestación.

La Escuela de Práctica Jurídica de Murcia viene formando abogados, cometido grave y difícil, puesto que se trata de adiestrar a licenciados en derecho en un oficio, que debe basarse en una buena información doctrinal y una mejor técnica ante los Tribunales. Ese ha sido el ejemplo del profesor Jiménez Conde. No basta profundizar en la ciencia del Derecho, sino se requiere un aprendizaje previo, que vienen dotando con brillantez a los aspirantes a abogados las Escuelas de Práctica Jurídica, y en primera línea de ellas, y como ejemplo a seguir, la de Murcia.

Creemos que es necesario enseñar a esos nuevos o viejos alumnos de Derecho la técnica u oficio de Abogado, pero también –tan importante o más que proporcionarle los adecuados instrumentos del trabajo–, se les debe guiar en su actividad profesional por unas normas deontológicas y éticas en el trato con el cliente, con los compañeros, con los contrarios, con los Magistrados y Jueces, Fiscales, Secretarios, Forenses, y demás Personal al servicio de la Administración de Justicia.

La necesidad de que antes de ponerse a ejercer esta profesión **de Abogado**¹, como dice Don Francisco Martínez Escribano, ex Decano del Colegio de Abogados y Presidente de Honor de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, se les enseñe a los licen-

¹Francisco Martínez Escribano, ex Decano del Colegio de Abogados y Presidente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia. Murcia. 1995. Imprenta El Taller. Ingramur S.L. Pág. 90.

ciados en Derecho su oficio, con el que se prestigie la profesión, nos parece incuestionable. El profesor Jiménez Conde es buen ejemplo de ello desde su cátedra y en la Dirección de la Escuela de Práctica Jurídica.

Pero la Escuela de Práctica Jurídica de Murcia, que se identifica con el nuevo Académico, no solo imparte el Curso General de formación profesional de abogados, en el que se enseña al alumno a utilizar los conocimientos que adquirió de cara al trabajo en su despacho profesional y al propio foro, sino que organiza cursos especiales de carácter jurídico práctico, Estudios Superiores en Criminología y otros Cursos Especiales de reciclaje para juristas con más años de experiencia, cuya programación deriva fundamentalmente de las reformas legislativas que se van produciendo, de modo que cumplen una función de actualización de conocimientos de todos los profesionales del Derecho. En ellos todos nos reciclamos, ya como profesores, ya como alumnos.

Jiménez Conde ha sabido compaginar la teoría de la doctrina procesal de su cátedra con la práctica que se imparte en su Escuela. Aún más —curiosamente— habría que destacar que en su trayectoria profesional durante años ejerció la profesión de abogado. Teoría y Práctica. Unidas e inseparables. Hay que saber imponerse a ese tópico de tal vez eso sea lo correcto en teoría pero no sirve para la práctica. Su superación representa, sin duda, un punto de inflexión en la filosofía práctica de Kant, pues es aquí donde por primera vez se aplican al terreno político las premisas fundamentales del formalismo ético, teoría moral que modela toda su doctrina jurídica.

La interrelación entre teoría y práctica se ha convertido en uno de los problemas más agudos del mundo contemporáneo. Ante todo, se debe señalar que tanto la teoría como la práctica son actividad del hombre social. Una y otra forman parte del mismo. La teoría no es un sistema petrificado, y la práctica no puede significar un producto terminado.

El trabajo intelectual se tiene que bifurcar en una acción permanente. En las Facultades de Derecho se transmite “principalmente” el conocimiento del derecho, -trabajo mental- y en las Escuelas

de Práctica Jurídica se enseñe “principalmente” la práctica forense, pero ni una ni otra deben estar separadas, ni en estancos diferentes.

La teoría es práctica acumulada y condensada, pero la práctica está configurada por el pensamiento y por ello la actividad práctica utiliza la teoría, y en esta medida, la práctica es en ella misma teórica. La acción se convierte en conocimiento y el conocimiento se convierte en acción. La práctica impulsa el conocimiento y el conocimiento fertiliza la práctica. Tanto la teoría como la práctica son pasos en el proceso conjunto de la reproducción de la vida social. Ello se da o debe dar en el mundo de la enseñanza del Derecho y en cualquier materia o asignatura.

Bajo el criterio de la unidad de la teoría y la práctica hay que afrontar el mundo del conocimiento, pero hay una primacía de la práctica y un criterio práctico de la verdad en la teoría del conocimiento. Voy más lejos —dicho por otros, antes y mejor— en la interacción entre teoría y práctica, su unidad, se desarrolla sobre la base de la primacía de la práctica. La práctica produce ideas.

Ante los problemas sociales surgen nuevas ideas, nuevas concepciones del mundo del Derecho, por decir únicamente la ciencia jurídica. El pensamiento es terrenal. Los problemas teóricos son prácticos. “Los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo”².

El problema del mundo externo se plantea aquí como el problema de su transformación: el problema del conocimiento del mundo externo, como parte integral del problema de la transformación; el problema de la teoría, como problema práctico.

Decía un clásico del Siglo de Oro español³:

« ¿Qué es la vida? Un frenesí.

² Escrito por C. Marx en la primavera de 1845. Publicado por primera vez por F. Engels en 1888 como apéndice a la edición aparte de su *Ludwig Feuerbach* y el fin de la filosofía clásica alemana.

³ Fragmento de *la Vida es Sueño*, de Pedro Calderón de la Barca.

¿Qué es la vida? Una ilusión,
una sombra, una ficción,
y el mayor bien es pequeño,
que toda la vida es sueño,
y los sueños sueños son.»

De ello se trata que la ciencia del Derecho, en esa unidad de teoría y práctica, sea capaz de alcanzar los sueños de nuestras vidas, de todas la vidas de los seres humanos.

El amigo y colega del nuevo Académico, De La Oliva Santos⁴, compañero mío en el Colegio Mayor Aralar y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, mantiene, sin ambages, que la división entre teoría y práctica es errónea y perturbadora del trabajo jurídico. Añade que el saber o la teoría jurídica son, por esencia, un saber o una teoría sobre y para la vida humana en cuanto necesitada de orden y justicia (es decir, sobre la vida humana con relevancia jurídica).

Siguió diciendo el profesor De La Oliva que no se trataba de desembarazarse de la incómoda y peyorativa etiqueta de “teórico”, aunque librarse de ella fuera del todo justo y legítimo, defendiendo el trabajo teórico y, sobre todo, el universitario, pero añadió que quien realiza bien una tesis doctoral sobre alguna cuestión con origen o reflejo en el Derecho, debe conocer todos los casos cognoscibles en que se ha planteado esa cuestión, es decir, todos los casos reales, toda “la práctica”.

Justificó ello, porque todos los casos reales que se puedan conocer son los casos de cada una de las resoluciones judiciales -de la jurisprudencia accesible-, que ha de estudiarse exhaustivamente. La jurisprudencia importa, sobre todo, como “fuente de experiencia jurídica”, antes que como fuente de doctrina. Y la

⁴ “Tres tópicos falsos sobre el derecho y un colofón para Juristas”. Conferencia, seguida de coloquio, pronunciada el día 13 de febrero de 2004 en el Auditorio del Centro Cultural Chiapas, “Jaime Sabines”, Tuxtla Gutiérrez, México, por invitación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como actividad de la Casa de Cultura Jurídica de dicha Suprema Corte.

doctrina jurisprudencial no se capta reproduciendo las frases más repetidas en las sentencias, sino poniendo en relación los casos con las decisiones correspondientes y estando, así, en condiciones de separar la paja del grano, la genuina *ratio decidendi* de lo *obiter dictum*.

Cuando se trabaja de ese modo, para el catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense, la sola investigación jurisprudencial permite ya un conocimiento de la realidad mejor que el derivado de una limitada experiencia profesional. Desde luego que la doctrina o la teoría pueden ser malas. Inevitablemente será deficiente el trabajo doctrinal que desconozca la realidad, incluida la extraprocesal. Pero la práctica o la experiencia también pueden ser malas. E incluso la doctrina jurisprudencial puede estar equivocada: por eso cabe rectificarla.

Proyectó lo anterior sobre la legislación, y habló de su Maestro, el Prof. Carreras Llansana -también profesor en la citada Universidad del Opus Dei en Navarra-, del que tuvo la fortuna de aprender que no se debe legislar como si cada abogado tuviese un solo caso y cada Juez, un solo proceso. En los asuntos de lege ferenda, las propuestas formuladas por personas que carecen de experiencia o que no se preocupan de conocer la realidad, difícilmente pueden ser prudentes (y, desde luego, no concibo la prudencia como indecisión o apocamiento).

Así, pues, el conocimiento de la realidad es imprescindible -sigo hablando con el profesor de la Oliva-, pero no sin capacidad para verla con espíritu crítico. Sin este espíritu, la realidad siempre arrastraría y nunca sería posible cambiarla, mejorándola.

En resumen: “no” a la distinción entre “Derecho práctico” y “Derecho teórico”, jamás seriamente explicada, pero a diario esgrimida como arma de cien filos, apta para múltiples fines, entre los que destaca la trivialización interesada y la impunidad social de la ignorancia y la necedad. El Derecho es práctico siempre. Las grandes cuestiones especulativas -a menudo no entendidas, por no estudiadas- tienen raíces y consecuencias prácticas.

Por ello la mirada crítica del jurista sobre la legislación y la jurisprudencia debe, sí, localizar problemas, pero la vocación del jurista empuja a buscar y a ofrecer soluciones.

La prueba del interrogatorio de partes, de mucha más trascendencia para el resultado del litigio que gran parte de la doctrina e innumerables abogados le prestan, es efectivamente una declaración, una exteriorización voluntaria de una cierta actitud humana que se expresa mediante signos del lenguaje. De ahí la oportunidad del tema elegido por el profesor Jiménez Conde, que supone una gran aportación para la cátedra, y también, y de manera especial, para aquellos tan inmersos en la vida práctica del foro.

Es una manifestación de datos procesales que constituyen el objeto de la prueba, configurándose como creencia o conocimiento y no únicamente una voluntad o un querer que chocaría con el concepto esencial de prueba. Con el interrogatorio de las partes los abogados pretendemos y queremos lograr el convencimiento del juez sobre los hechos controvertidos. Importantísimo ello cuando, muy lejos de la práctica de la prueba de confesión judicial de la vieja ley procesal de 1881, el Juez la presencia y la aprecia, al recaer no sobre hechos estrictamente personales sino sobre los que declarante tenga noticias y guarde relación con el objeto del juicio.

Hay ciertamente una excepción: el caso específico del reconocimiento expreso por la parte de hechos personales que enteramente le perjudiquen, donde la norma considera –con pleno acierto– que ha de imperar la *contra se pronuntiatio*, pero no a causa de que el litigante esté realizando ningún acto dispositivo, sino como criterio inequívoco de acierto en la determinación de la verdad histórica de los hechos reconocidos. Y aun en este caso, cede la regla legal de valoración ante el resultado contradictorio de otros medios de prueba.

Compartimos, por tanto, con el autor que el órgano jurisdiccional está facultado según la LEC para valorar los resultados del interrogatorio conforme a las reglas de la sana crítica. Se está, como dice el Académico, fundamentando la valoración del medio proba-

torio en el libre convencimiento del tribunal y que es claro, pues, que el legislador ha conformado el interrogatorio de las partes como un instrumento probatorio más. Ya es no la reina de las pruebas que le atribuyó en su momento la doctrina procesal, matizada desde luego por una larga doctrina del Tribunal Supremo, que recoge ampliamente en el Discurso Jiménez Conde.

Las reglas legales de valoración de la prueba de interrogatorio de las partes pueden ser sistematizadas en dos normas: a) se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido siempre que el declarante interviniera personalmente y su fijación como ciertos les fuese enteramente perjudiciales; b) Cuando se aportan a los autos otros medios de prueba en los que se aprecian resultados diferentes ninguno de los dos puede tener preferencia, estándose entonces a la aplicación del principio de la libre valoración de la prueba por el Juzgador.

Cuando un litigante reconoce hechos personales que le perjudican tiene que ser creído adquiriendo certeza los hechos incluso sobre aquellos deducidos por el juez. Ahora bien, es claro el precepto cuando matiza que las declaraciones del interrogatorio se refutarán como ciertas siempre que no queden contradichos con otros medios. El interrogatorio solo podrá ser refutado o desvirtuado por la colisión contradictoria con el resto de medios de prueba.

Se debe considerar derogada la norma de la irrevocabilidad de la confesión, puesto que como dice el profesor Jiménez Conde si no cabe la confesión extrajudicial, con independencia del valor de tal manifestación en el juicio, no se puede hablar de la necesidad de preservar a la parte de presiones externas.

No parece, sin embargo, que la norma de la indivisibilidad de la confesión haya quedado erradicada de nuestro sistema procesal. En efecto, la referencia que se hace a que los hechos reconocidos han de ser enteramente perjudiciales para el declarante solo puede entenderse desde esa interpretación que la jurisprudencia realizó en su momento. Resulta evidente que perjudicial es siempre todo lo que produce un perjuicio al margen de su intensidad o posibilidad de fraccionamiento ideal.

Indudablemente, nos inclinamos, tal como se propone en el discurso de ingreso leído, por el interrogatorio cruzado o libre, inclusive de la propia parte. ¿Cabe o se admite la posibilidad de que la parte solicite su propio interrogatorio? La casi totalidad de la doctrina –el autor también– (en la práctica no conozco que se haya admitido como medio de prueba desde la entrada en vigor de la nueva LEC) se muestra contraria a la posibilidad de este medio de prueba. El artículo 301.1º es claro, ya que cada parte podrá solicitar del tribunal el interrogatorio del resto de partes que intervengan en el proceso pero no de sí misma.

La posición doctrinal contraria a su admisión se basa principalmente en tres argumentos: a) el análisis histórico de nuestra leyes procesales y el régimen de valoración de la confesión en juicio. Se admite en el Código de Derecho Canónico (Cánones 1.530 a 1.538) y en el Derecho Penal, como resalta el profesor Jiménez Conde; b) el hecho que cada parte efectúa las oportunas y adecuadas alegaciones respecto a sus pretensiones en la demanda, contestación, reconvencción y/o acto del juicio o audiencia previa del juicio ordinario; c) si se admitiera la parte que solicita su propio interrogatorio podría realizar nuevas alegaciones, que serían extemporáneas al haber precluido el plazo para ello. Sería un acto innecesario por repetitivo

Sin embargo, Lorca Navarrete⁵, independientemente de las citas recogidas por el nuevo Académico, entiende que la LEC no ha tenido en cuenta que son las partes las mejor informadas sobre los hechos discutidos, objeto de resolución judicial, considerando pobres las razones que otorga la doctrina para negar su solicitud, pues se basan en el hecho de que siendo la propia parte interrogada la principal interesada en su declaración, generalmente no coincidirá con la realidad. A su vez, establece que la declaración de la propia parte es admitida en el Derecho anglosajón.

Lo que se plantea Jiménez Conde es si con ello se vulnera el artículo 24.2º de la CE. El Tribunal Constitucional ha elaborado una

5 Tratado de derecho procesal civil, editorial Dykinson, Madrid, 2000; y La prueba de interrogatorio de las partes en la nueva ley de enjuiciamiento civil, en La Ley, T. 6.

doctrina sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, que califica de inseparable del derecho de defensa.

El propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre lo que constituye la «esencia de la indefensión, esto es, una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, o, en otras palabras, aquella situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en aplicación del indispensable principio de contradicción» (Auto TC 1110/1986. de 22 de diciembre (RTC 1986. 1110 AUTO). En versión más sencilla, «el derecho de defensa implica la oportunidad para las partes litigantes de alegar y probar cuanto estimasen conveniente para la defensa de sus tesis en pie de igualdad» (Auto TC 275/1985. de 24.abril (RTC 1985. 275 AUTO).

En las Sentencias 1/1996, de 15 de enero (RTC 1996/1) y en la 187/1996, de 25 de noviembre (RTC 1996/187) cuyo fundamentación jurídica transcribimos, se dice que “... el art. 24.2 CE. ha constitucionalizado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes como un derecho fundamental, ejercitable en cualquier tipo de proceso e inseparable del derecho mismo de defensa, que «garantiza a quien está inmerso en un conflicto que se dilucida jurisdiccionalmente la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que la misma esté autorizada por el ordenamiento» (STC 131/1995). No comprende, sin embargo, un hipotético «derecho de llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada» (STC 89/1986), en virtud de la cual las partes se consideren facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tuvieran a bien proponer (SSTC 40/1986, 212/1990, 87/1992 y 233/1992, entre otras).

Antes al contrario, dada su naturaleza de derecho de configuración legal, la acotación de su alcance «debe encuadrarse

dentro de la legalidad» (STC 167/1988), de tal modo que es “*conditio sine qua non*” para apreciar su pretendida lesión que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, 21/1990, 87/1992, 94/1992, entre muchas otras). La consecuencia que de todo ello se sigue es que en ningún caso podrá considerarse menoscabado el derecho que nos ocupa «cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda» (SSTC 149/1987 y 212/1990).”

Conforme a las anteriores consideraciones, si bien se establece que el derecho a la prueba es un derecho de configuración legal, que además es necesario que la prueba esté autorizada por el Ordenamiento jurídico y que en ningún caso podrá considerarse menoscabado tal derecho cuando la inadmisión de una prueba se produzca debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda, todo ello, no obstante, no puede entenderse, razonablemente, en el sentido de que libremente el Legislador pueda regular los medios de prueba que estime oportunos, a su antojo y de la forma que le parezca sin vulnerar el derecho a la prueba que asiste a las partes, pues se llegaría al absurdo de no infringir el artículo 24.2º de la CE si el Legislador no reconociera, por ejemplo, la prueba pericial o la documental.

Por ello entendemos que el interrogatorio de la propia parte debería admitirse en nuestro Ordenamiento jurídico procesal, dado que se trata de otro medio de prueba más al que los litigantes deberían tener derecho con el fin de lograr el convencimiento del órgano judicial.

Tal derecho es independiente de la fase de alegaciones en el juicio, sin que se corra el peligro de que se introduzcan otros hechos o se realicen alegaciones extemporáneas. El contenido del artículo 306 de la LEC es un buen ejemplo, ya que posibilita al abogado de la otra parte a efectuar las preguntas correspondientes una vez finalizadas las de la parte contraria.

Interesa analizar, tal como se apunta en el discurso por parte de Jiménez Conde, si una persona que debe guardar secreto (abogados, periodistas, eclesiásticos...) viene obligada a declarar como parte. El nuevo Académico se remite a lo establecido en el artículo 371, que regula con detalle ese mismo deber en el caso de los testigos.

En la LEC de 1881 no se reguló. Se aplicaron los artículos 416 y 417 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispensan de la obligación de declarar a los abogados, eclesiásticos, ministros de culto y funcionarios públicos respecto de todos aquellos hechos de los cuales tuvieran la obligación de guardar secreto. El derogado artículo 1247 del Código Civil regulaba la prueba de testigos reputando inhábiles para declarar en juicio a quienes estuvieran obligados a guardar secreto, por su estado o profesión, en los asuntos relativos a su profesión o estado. En cambio si el abogado de una de las partes que fuere persona jurídica, si a su vez es su representante, no se podrá escudar en dicha circunstancia para negarse a declarar. Los datos los conoce no por abogado sino por apoderado de la empresa.

Si se contesta a las preguntas debiéndose guardar secreto nos encontraríamos ante una prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales y, por tanto, prohibida y nula e pleno derecho. Se aplica el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sin que el juez pueda razonar su sentencia en las respuestas del interrogatorio, aparte de las acciones que la parte perjudicada puede ejercer contra la persona que no guardare el secreto amparado en el artículo 7.4º de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que considera la revelación de datos privados de una persona o una familia que hayan sido conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela como un supuesto de intromisión ilegítima, con el fin de obtener la oportuna indemnización.

Enhorabuena al nuevo Académico y enhorabuena a la Academia, que se dilata y enriquece en recibirlo, como dijo en acto análogo el inolvidable Don Rodrigo Fernández Carvajal.

