

PROBÁTICA
Y DERECHO
PROBATORIO

Técnica probatoria

4.^a edición

Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso

Lluís Muñoz Sabaté

■ LA LEY

Técnica probatoria

4.^a edición

Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso

Lluís Muñoz Sabaté

Consulte en la web de Wolters Kluwer (<http://digital.wke.es>) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su publicación.

© **Lluís Muñoz Sabaté**, 2017

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

Primera edición: Noviembre 2017

Edición electrónica: <http://www.wolterskluwer.es>

Depósito Legal: M-29303-2017

ISBN Impreso: 978-84-9020-651-5

ISBN Electrónico: 978-84-9020-652-2

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

justicia española y esta hubiera contado con medios para no dejar en manos de los subalternos del juzgado la práctica de los interrogatorios.

La confesión judicial iba acompañada del juramento, otro de los residuos históricos tácitamente eliminado, y que además no servía para nada⁽⁷¹⁴⁾. Bien cuida el actual artículo 302 de advertir que en el interrogatorio no se habrán de incluir valoraciones ni calificaciones.

15. Testimonio del colitigante

Uno de los varios problemas que ha generado la pluralidad de partes en el proceso civil, muy escasamente regulada por el ordenamiento positivo, es el de dilucidar la posibilidad de que un colitigante (activo o pasivo) pueda solicitar como prueba la declaración de otro colitigante; y supuesto que ello sea posible, si la misma debe administrarse como confesión o como testifical.

A esta última figura pudiera corresponder lo que CARNELUTTI denominaba proceso litisconsorcial recíproco, indicando que en el mismo, no es que una de las partes estuviera en litigio con las adversas, sino que también estas últimas se hallaban en litigio entre sí. Desde esta perspectiva, cuando para legitimar la situación de parte confesante Silvia GENTILE exige la presencia de un *conflicto di interessi*, y SATTA la *posizione di contraddizione*, no se nos ocurre imaginar que quepa excluir al litisconsorte que imputa la culpa del accidente al otro litisconsorte, ni que para defender la tesis opuesta pueda argüirse que la idea de *conflicto* la proporciona la mera «situación» de la parte en vez de la «posición» que adopta⁽⁷¹⁵⁾.

En algunos litisconsorcios voluntarios (ejemplo: caso de reclamación de la víctima transportada contra los conductores de dos coches que colisionaron), la más efectiva y dramática discrepancia puede darse precisamente

(714) La posición de nuestros comentaristas sobre la falta de tipicidad penal del perjurio es a este respecto tajante. Escribe VIADA (*Comentarios C. Penal de 1870*): El litigante a quien se piden posiciones y mente, no incurre en falso testimonio, por la sencilla razón de que no es ningún testigo, ya que como dice el Digesto, *nullus idoneus testis in re sua intelligitur*, y además, si lo hubiera querido castigar, lo hubiera consignado en una disposición especial como hace el Código francés. *Id.*, MANRESA, *Comentarios LEC*, t. III, arts. 584 a 589.

En pro de la sanción penal, *vid.* JIMÉNEZ ASENJO, «Tratamiento penal del perjurio», en *RLJ*, 1947, pág. 126.

(715) En este mismo sentido, BONET Y NAVARRO, *La prueba de confesión en juicio*, Lib. Bosch, Barcelona, 1979, pág. 174.

entre ambos codemandados. En tal supuesto, cada codemandado, aunque explícitamente solo se limita a pedir una absolución, implícitamente solicita la condena del otro condenado⁽⁷¹⁶⁾.

En línea con esta doctrina el artículo 301 LEC zanja la cuestión que se había planteado con la antigua ley. «Un colitigante podrá solicitar el interrogatorio de otro colitigante siempre y cuando exista en el proceso oposición o conflicto de intereses entre ambos».

La cuestión estará, pues, en determinar cuándo existe esa oposición o conflicto de intereses.

Ciertamente que el rechazo, en su día, de la confesión del liticonsorte podía tener algunos sólidos fundamentos dogmáticos, tanto más prepotentes cuanto más se acentuara el carácter negocial o extraprobatorio de la confesión. Pero bastará que nos fijemos en la otra vertiente de este instituto, es decir, la vertiente lógico probatoria o heurística, para que al pronto nos veamos forzados a dar una respuesta permisiva. CAPELLETTI es quien más claramente ha comprendido esta diferencia de perspectivas al señalar que el paso gradual registrado en otros ordenamientos hacia la parificación del testimonio de terceros con el testimonio de la parte se debía particularmente a la identidad de los efectos probatorios abandonados por fin a la libre apreciación judicial. Es decir, a partir del momento en que se dice que la confesión constituye uno de los medios que la ley establece para acreditar la verdad de los hechos, debiendo ser valorada por el Tribunal dentro de su exclusiva competencia en combinación con las demás pruebas (SS 13 abril 1929, 17 enero 1930, 3 febrero 1944, 3 diciembre 1948, 28 febrero 1950, 17 enero 1962, 9 febrero 1963, etc.), empieza a dejar de tener sentido una dogmática contraria a la confesión del liticonsorte, pues lo que declare —si bien sujeto todavía a ciertas trabas formales— ya no es prueba plena ni vinculante. Es solo un aporte de historicidad.

Sin embargo, es en el plano pragmático donde la tesis adversa deja ya de presentar serias resistencias; al menos éste es nuestro parecer, que formulamos en base a los siguientes argumentos:

(716) Si se quiere otra muestra, bastará con pensar que teóricamente una parte no puede solicitar a la adversa confesión sobre hechos favorables a esta última (pese a ser *contraparte*), sino únicamente sobre hechos que la perjudiquen (es decir, que vayan en contra de la tesis alegada en la litis), o sea: importa más la actitud que se adopta que no el lugar que se ocupa.

a) El rechazo constituye un atentado contra las actuales exigencias de verdad histórica por encima de la verdad formal. Como escribe ROSENBERG, si el litisconsorte no pudiese ser interrogado ni como parte ni como testigo, quedarían sin utilización sus conocimientos sobre acontecimientos de interés en el proceso; sucesos —añadimos nosotros— que tal vez la contraparte ignore, pero no así el litisconsorte, dada su más probable inmediación.

b) Indefensión del colitigante. Bastará con imaginar, *v. gr.*, cómo puede un litisconsorte lograr que otro litisconsorte reconozca determinado documento emanado de este último, y aportado por aquél a la *litis*, si no es precisamente a base de la prueba de confesión o interrogatorio.

c) Va en contra del principio *probationes non sunt coartande*, que aconseja considerar permisible en materia de prueba todo lo que sea de utilidad y no se halle rotunda y expresamente prohibido.

d) Todavía no se han suministrado, por quienes rechazan esta tesis, ningún sólido argumento o ejemplo que ilustre el inconveniente jurídico que en su caso pudiera derivarse de la confesión de dicho colitigante. Con todas la prevenciones del lenguaje metafórico, habría que indicar que, en el peor de los casos, tal vez se tratara de un *ius usus innocui*, en cuyo caso la prohibición tampoco sería convincente.

En todo caso, si tuviéramos que dar un ejemplo, éste lo sería en pro de la tesis que defendemos⁽⁷¹⁷⁾.

Se trata de imaginar un caso de vicios en la construcción a resultas de lo cual son demandados el arquitecto, el constructor y el promotor de la obra. Es evidente que tienen unos intereses contrapuestos, para lo cual bastará con examinar procesalmente sus respectivas contestaciones a la demanda. Cada uno de estos litisconsortes se exonera de la *culpa* e imputa a los dos restantes la responsabilidad. Por otro lado téngase en cuenta que al actor, si los tres son solventes, le es indiferente quién sea el verdadero responsable de los daños, pues los ha demandado, como no podía ser menos, *solidariamente*. Por tanto debe considerarse que dichos codemandados son auténticas partes *contrarias entre sí, que no litigan unidos y que una de las formas de poder determinar quién es responsable es a través de la prueba de confesión, hoy*

(717) Es la tesis que también hemos visto defendida por FRANCO ARIAS, «Es posible el interrogatorio de la propia parte», en *Justicia*, 1-2, 2011, págs. 59-66.

interrogatorio libre entre ellos. Salta a la vista que si no se admitiera la prueba habría auténtica indefensión.

En el plano penal la figura equivalente —la declaración del coprocesado— ha sido igualmente admitida como fuente de prueba siempre y cuando se cumplan determinadas circunstancias. Ello indica, al menos, la ausencia de prejuicios dogmáticos.

Declaración del co-procesado puede cuando menos estimarse como constitutiva de la mínima actividad probatoria de cargo... siempre que no concurran las dos circunstancias de que: a) Exista en la causa motivo alguno que conduzca a deducir, aunque fuere indiciariamente que el coimplicado haya prestado la declaración guiado por móviles de odio personal, obediencia a una tercera persona, soborno policial, mediante o a través de una sedicente promesa de trato procesal más favorable, etc.; b) Que la declaración inculpatoria se haya prestado con ánimo de auto-exculpación (TS Sala 2.ª 12 mayo 1986, LA LEY 11026-JF/0000).

16. La confesión ficta

Considero muy importante la forma cómo se administre por los jueces el artículo 307, que establece que si las respuestas del confesante fueran evasivas, el juez, de oficio o a instancia de parte contraria, le apercibirá de tenerlo por confeso sobre los hechos en que el declarante hubiese intervenido, estableciendo por su parte el artículo 305 que las respuestas habrán de ser precisas y concretas. La verdad, sin embargo, es que continuamente hemos estado oyendo en el foro respuestas de este calibre: «lo ignora», «no lo recuerda», «no dispone de datos en este momento para contestar a la pregunta», etcétera, sin que nadie se atreva a echar mano del artículo 307 ni advierta al declarante que sus evasivas podrán interpretarse como admisión en su contra. Creo que si en dicho momento el juez le hiciera la advertencia, a más de un confesante se le agudizaría milagrosamente la memoria.

Pero por otra parte, las respuestas dadas por el demandante a las posiciones que se le formulan son tan evasivas, a simple vista, que no se explica cómo fueron toleradas ni por la parte adversa, ni menos por el juzgador de instancia a la vista del artículo 586 LEC (Aud. Valladolid, 19 marzo 1984, RGD, 1985, pág. 3.592). Ya que el arquitecto Sr. R. reconoce su firma al absolver la 12.ª de las posiciones, si bien de forma reticente manifiesta que «no sabe si dichos números comprenden o no el proyecto que se discute, ya que de memoria no puede recordarlo» afirmación de difícil credibilidad dadas las circunstancias personales de quien lo profiere y la transcendencia del asunto (Audiencia T. Valencia, 28 junio 1977, RGD, pág. 1.142). El apoderado de C. S.A. no se pronuncia tampoco en términos



Después de veinticuatro años desde su tercera edición, y varias reimpressiones por medio, el profesor Lluís Muñoz Sabaté presenta esta cuarta edición de *Técnica probatoria* profundamente modernizada y puesta al día, cuestión ineludible tras la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000.

Tal actualización era igualmente necesaria frente al reto que representan los nuevos adelantos telemáticos, electrónicos, médicos y de otra índole, si bien la obra sigue manteniendo su línea pedagógica de enseñar cómo investigar, probar y razonar los hechos en el proceso.

Es, pues, la obra de un abogado en ejercicio y que ha nacido de la praxis y está destinado a ella. Y por esta razón el autor, a la hora de enfrentarse a la cuestión fáctica presente en todo juicio, tiene muy en cuenta no sólo la doctrina y la jurisprudencia españolas, sino también la existente en otros países de nuestro entorno jurídico, como es el caso de Argentina.

Con esta edición, vuelve a cobrar vigencia un «clásico» de la prueba destinado a adiestrar al profesional jurídico en el ejercicio de su acción procesal ante los tribunales.

