

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

El testigo-perito: una aproximación epistemológica y a las concepciones doctrinales

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Sonia Martín Álvarez

Dirigida por

Ignacio Díez-Picazo Giménez

Madrid

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



**UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE
MADRID**

TESIS DOCTORAL

**El testigo-perito: una aproximación epistemológica
y a las concepciones doctrinales**

SONIA MARTÍN ÁLVAREZ

Dirigida por:

Ignacio Díez-Picazo Giménez

2025

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

El testigo-perito: una aproximación epistemológica y a las
concepciones doctrinales

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

Sonia Martín Álvarez

DIRECTOR

Ignacio Díez-Picazo Giménez

PROGRAMA D9BH - DOCTORADO EN DERECHO

Agradecimientos

Imprescindible es que exprese mi gratitud al director de esta tesis, Ignacio Díez-Picazo Giménez, quien sugirió su mismo tema y me brindó la oportunidad de conocer a Encarnación Aguilera Morales, tutora de esta investigación. Quedo en deuda con ambos, por su generosidad, su inmejorable manera de acompañarme durante estos años, sus oportunas y valiosas recomendaciones, su ejemplo de dedicación y de compromiso. Una vez más (nunca serán suficientes), gracias.

Asimismo, he de agradecer la laboriosa tarea de corrección y revisión formal que de este trabajo han llevado a cabo María Santaella Esquinas y Alberto González Jiménez, contribuyendo a mejorar el resultado final.

Índice

Resumen.....	XIII
Introducción. Objetivos, metodología y estructura	19
Capítulo I. Una aproximación desde la epistemología al testigo-perito.....	29
1. PROPÓSITO	29
2. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA EPISTEMOLOGÍA A LA GÉNESIS DEL TESTIGO-PERITO.....	32
2.1. Aproximación conceptual.....	33
2.2. Sobre la influencia de las corrientes epistemológicas en la concepción de la prueba testifical: del binomio percepción-hecho al binomio conocimiento-juicio de hecho.....	36
2.2.1. El binomio percepción-hecho: la regla de exclusión de la opinión y el rechazo al testimonio técnico.....	36
2.2.2. El binomio conocimiento-juicio de hecho: el reconocimiento del testigo técnico y ¿el ocaso de la regla de exclusión de la opinión?.....	49
3. EN TORNO AL ALCANCE DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA OPINIÓN EN EL SUPUESTO DE UN TESTIGO COMÚN.....	55
Capítulo II. Una aproximación desde la dogmática procesalista al testigo-perito.....	67
1. ALGUNAS APORTACIONES DOCTRINALES DESTACABLES: DESDE FRIEDRICH STEIN A HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, PASANDO POR FRANCESCO CARNELUTTI Y VITTORIO DENTI.....	67
1.1. F. Stein («Das private Wissen des Richters», 1893).....	67
1.2. F. Carnelutti («La Prova Civile», 1914).....	76

1.3. V. Denti («La testimonianza tecnica», 1963)	79
1.4. H. Devis Echandía («Tratado de Derecho Procesal Civil», 1969)	82
2. SOBRE EL CARÁCTER TEÓRICAMENTE AMBIVALENTE DE LA FIGURA DE TESTIGO- PERITO: SUS DOS NOCIONES DOGMÁTICAS	84
3. Y A MODO DE CONCLUSIÓN, UNA TERCERA NOCIÓN	92

Capítulo III. Positivización del testigo-perito en otros ordenamientos

jurídicos103

1. PROPÓSITO	103
2. UNA POSIBLE CLASIFICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE POSITIVIZACIÓN	107
3. VISTA PANORÁMICA DE LAS FÓRMULAS LEGALES PROCESALES CIVILES DE ARGENTINA, PARAGUAY, PANAMÁ, COLOMBIA, HONDURAS, COSTA RICA Y NICARAGUA ...	109
4. APROXIMACIONES AL TRATAMIENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL TESTIGO- PERITO EN ALEMANIA, ITALIA Y COLOMBIA	114
4.1. El testigo-perito en Alemania	114
4.2. El testimonio técnico en Italia	124
4.3. El testigo técnico en Colombia.....	135
5. EL DENOMINADO «HYBRID WITNESS» EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE, ALGUNOS APUNTES	144

Capítulo IV. El testigo-perito en España.....167

1. EL TESTIGO-PERITO EN ESPAÑA ANTES DE LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.....	167
1.1. Unas consideraciones previas sobre la prueba de testigos y la prueba de peritos y las denominadas periciales extrajudiciales bajo la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.....	168
1.2. El testigo-perito a nivel dogmático antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil	175
2. LA CONSAGRACIÓN POSITIVA DEL TESTIGO-PERITO EN ESPAÑA: EL ARTÍCULO 370.4 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.....	180
2.1. Antecedentes y tramitación	180

2.2. Unas notas necesarias sobre la configuración positiva del dictamen de peritos y del interrogatorio de testigos conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	184
2.2.1. Sobre la configuración positiva de la prueba del dictamen de peritos....	184
2.2.2. Sobre la configuración positiva del interrogatorio de testigos.....	192
2.3. Descifrando el artículo 370.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: ¿una apuesta final por la versión de la figura de «la doble cualidad»?	200
3. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN CON EL TESTIGO-PERITO TRAS SU CONSAGRACIÓN POSITIVA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL	206
3.1. Formulaciones doctrinales.....	206
3.2. Análisis jurisprudencial: un abordaje desde la exigencia del conocimiento directo como criterio distintivo del testigo-perito frente al perito	214
3.3. Reflexiones críticas	239
4. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿QUÉ HACEMOS CON LA FIGURA DEL TESTIGO-PERITO?.....	249
Conclusiones	257
Bibliografía	269
DOCTRINA	269
WEBGRAFÍA.....	279
JURISPRUDENCIA	281

Resumen

Esta investigación pretende la comprensión de la figura procesal del testigo-perito. Su consagración por primera vez en la LEC, no acompañada, sin embargo, de un tratamiento legal propio, unido a su carácter controvertido en la práctica forense y al hecho de que en España no haya sido tratada *in extenso*, nos parecieron motivos suficientes para justificar un estudio que aspira a encontrar su razón de ser, aclarar su naturaleza y proponer algunas pautas para, al menos, atenuar su problematicidad.

Para alcanzar estos objetivos, se propone primero una aproximación desde la teoría del conocimiento que además de necesaria por lo que a continuación se señala, permite un abordaje de la figura desde sistemas de tradición no civilista y de este modo subrayar algunas analogías que están en las bases de la definición de testigo, procesalmente hablando, pero también del diseño de la prueba testifical y de su testimonio ideal.

En particular, la aproximación epistemológica la entendemos necesaria para comprender cómo y hasta qué punto el testigo-perito hunde sus raíces en la supuesta diferencia entre un «hecho» y una «opinión» y, de la mano de esta distinción, en la regla de exclusión probatoria que impone el rechazo de las opiniones de quien interviene como testigo en un procedimiento judicial. Ahora bien, lo cierto es que en este estudio emergen junto a la anterior dicotomía, otras (así, la que enfrenta el «conocimiento directo» al «conocimiento indirecto», los «juicios de hecho» a los «juicios de valor» y el «conocimiento empírico» al «conocimiento científico») que están igualmente implícitas en los conceptos procesales de testigo y de perito y, por extensión, en la figura del testigo-perito y que, evidentemente, nos sitúan ante interrogantes clásicos de la filosofía por implicar conceptos tan controvertidos como –por citar algún ejemplo– la «percepción», la «experiencia» o el «sentido común».

Tras esta aproximación sobre los fundamentos teóricos, nos servimos de las dos razones que en el Derecho angloamericano justificaron que se establecieran excepciones

a la citada regla de exclusión según se tratara de un testimonio común o de un testimonio experto, para llegar a la constatación de que realmente la figura del testigo-perito tiene un carácter ambivalente, pues son dos sus nociones o concepciones doctrinales. Advertimos entonces la importancia de estas dos concepciones en el plano jurídico-procesal en la medida en que cada una de ellas lleva aparejada un cierto tipo de testimonio admisible. Así, si se asume la primera de las concepciones, solamente las normas reguladoras de la prueba testifical deben aplicarse, mientras que, por el contrario, la segunda concepción puede también imponer la aplicación de las normas reguladoras de la prueba pericial.

Aclarado lo anterior, buena parte de esta investigación se consagra al esclarecimiento de sus dos valencias o concepciones doctrinales, a tratar de confirmar su reconocimiento y, en su caso, la prevalencia de una u otra concepción, a partir de las normas procesales o el tratamiento doctrinal y jurisprudencial que el testimonio técnico recibe primero en otros países (Alemania, Italia y Colombia), y luego en España. Quizás, lo más significativo de este estudio es que dicha tarea la llevamos a cabo tratando de no perder de vista las diferentes bases epistemológicas de ambas nociones y, en particular, buscando subrayar los equívocos o simplificaciones a las que conducen cuando se trata de dirimir quién puede intervenir en un procedimiento judicial como testigo-perito y, sobre todo, qué tipo de testimonio cabe admitir a quien actúa en tal condición para no subvertir las normas reguladoras de la prueba pericial.

Abstract

This study aims to analyze the procedural figure of the “testigo-perito”. Though recognized for the first time in the Spanish Civil Procedure Act (LEC), this figure remains without a dedicated legal framework. This omission, combined with its controversial nature in forensic practice and the fact that it has not been extensively analyzed in Spain, seemed to us sufficient reasons to justify a study that aims to uncover its underlying rationale, clarify its juridical nature, and propose some guidelines that may attenuate the complexities surrounding its use.

To achieve these objectives, the study begins by adopting an epistemological perspective. This approach, in addition to being necessary for the reasons outlined below, allows for an examination of the figure from non-civil law traditions. This comparative perspective highlights analogies that underpin the procedural definition of the witness, as well as informing the rules governing testimonial evidence and the theoretical construct of an ideal testimony.

An epistemological inquiry is particularly crucial to understanding how, and to what extent, the figure of the “testigo-perito” is rooted in the supposed dichotomy between “fact” and “opinion.” This distinction lies at the core of the evidentiary exclusionary rule, which mandates the rejection of opinions provided by individuals acting as lay witnesses in judicial proceedings. Nonetheless, this study reveals that this dichotomy coexists with other significant dualities, such as “direct knowledge” *vs.* “indirect knowledge”, “factual judgments” *vs.* “value judgments”, and “empirical knowledge” *vs.* “scientific knowledge”. These distinctions are embedded in the procedural constructs of both the witness and the expert, and by extension, within the figure of the “testigo-perito” itself. This gives rise to classical philosophical questions as they grapple with concepts as nuanced as “perception”, “experience”, and “common sense”.

Following this exploration of the theoretical foundations, we draw on the two justifications in Anglo-American law for exceptions to the aforementioned exclusionary rule depending on whether the testimony is considered ordinary or expert. This leads to the recognition that the figure of the “testigo-perito” has an inherently ambivalent nature, as it encompasses two doctrinal conceptions. We then emphasize the importance of these two conceptions within the legal-procedural framework, given that each entails a particular type of admissible testimony. Specifically, if the first conception is adopted, only the rules governing the testimony of lay witnesses should apply, whereas the second conception may also require the application of the rules governing the testimony of expert witnesses.

With this clarification in mind, much of this research is devoted to an in-depth examination of these two doctrinal conceptions, seeking to confirm their recognition and, where applicable, the prevalence of one over the other. This analysis is conducted based on procedural rules and the doctrinal and jurisprudential treatment of technical testimony, first in other countries (Germany, Italy, and Colombia) and subsequently in Spain.

Perhaps the most distinctive contribution of this study lies in its effort to not to lose sight of the distinct epistemological foundations of both conceptions and, in particular, aiming to underscore the ambiguities or oversimplifications that arise when determining who may act as a “testigo-perito” in judicial proceedings and, above all, what type of testimony may be admitted from someone acting in this capacity without undermining the legal framework governing expert evidence.

Abreviaturas

AAP	Auto de Audiencia Provincial
AP	Auto de lo Penal
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BVerwG	<i>Bundesverwaltungsgericht</i>
CE	Constitución Española
CSJ	Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia
FRCP	<i>Federal Rules of Civil Procedure</i>
FRE	<i>Federal Rules of Evidence</i>
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LEC 1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
M.P.	Magistrado Ponente
OLG	<i>Oberlandesgericht</i>
OVG	<i>Oberverwaltungsgericht</i>
RAE	Real Academia Española
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SC	Sentencia de la Sala de Casación Civil
SG	<i>Sozialgericht</i>
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
SP	Sentencia de lo Penal
STC	Acción de Tutela de la Sala de Casación Civil
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i>

Introducción.

Objetivos, metodología y estructura

Tradicionalmente, doctrina procesal y jurisprudencia han tratado de dibujar los contornos y sellar la naturaleza de la prueba pericial y de la prueba de testigos sirviéndose, en gran medida, de su enfrentamiento.

Sin embargo, podría inicialmente pensarse que en el año 2000 el legislador quiso cohesionar ambos medios de prueba al incluir en el artículo 370 LEC al testigo-perito, figura que no se contempla en el artículo 299 LEC como un (otro) medio de prueba. De hecho, la positivización del testigo-perito en nuestra legislación procesal civil se hace en sede de las normas reguladoras de la prueba del interrogatorio de testigos, y se hace, además, de forma discretísima, a modo de dos lacónicas observaciones: la primera, dirigida al juzgador, para que admita las «manifestaciones» que este testigo pueda añadir en virtud de los conocimientos «científicos, técnicos, artísticos o prácticos» que posea «sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio» (apartado 4, párrafo primero, del artículo 370 LEC); y, la segunda, dirigida a los abogados de las partes, a fin de que, frente a tales «manifestaciones», puedan «hacer notar al tribunal la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de tacha relacionadas en el artículo 343 de esta Ley» (apartado 4, párrafo segundo, del artículo 370 LEC).

Por tanto, la falta de un tratamiento legal en nuestro ordenamiento procesal de la que parece ser una subcategoría de prueba testifical resulta evidente.

Con estos mimbres, la práctica forense ha tenido que componerse, como irremediablemente hace siempre ante los silencios y ambigüedades del legislador. Y como también viene siendo una constante, ante los interrogantes que este abre, sale al paso igualmente y a la par, la literatura científica.

En la praxis litigadora civil española –en la que hemos querido en lo esencial centrar este estudio– se ha acudido con no poca frecuencia a la invocación de la figura del testigo-

perito durante estos ya veinticinco años de vigencia de la LEC. Dejando a un lado por el momento consideraciones estratégicas (inclusive, económicas), parece haber una razón que explicaría lo anterior.

Se trata de una consideración de signo socioeconómico, que igualmente explica el crecimiento e importancia que la prueba pericial tiene, ya desde hace mucho tiempo, en los procedimientos judiciales. Sucede que hoy vivimos en una sociedad más cualificada, al menos, formalmente. Cuantitativamente, desde luego, las titulaciones universitarias en España llevan desde hace ya años experimentado un crecimiento notable –se ha hablado y escrito prolijamente de la masificación de la Universidad– y la competencia por el empleo ha generado candidatos que no solamente acumulan varios títulos y cursos de especialización, sino también experiencia; dicho de otro modo, actualmente, casi todos somos profesionales titulados en alguna disciplina. De otro lado, acontece que, en nuestra actual sociedad, una amplia mayoría de procedimientos judiciales surgen de un sustrato fáctico complejo, para cuya resolución se hacen precisos conocimientos especializados (ya sean científicos, técnicos, artísticos o prácticos). Por ello, hoy intervienen o asisten a estas situaciones profesionales de los que cabe esperar, llegado el momento y caso, un testimonio sobre esos hechos distinto al que cabría esperar de quien no cuenta con aquellos conocimientos.

Pero al margen de lo anterior, hay fundamentalmente razones que podríamos tildar de estratégicas procesalmente hablando, y que explican el recurso al testigo-perito. Una de ellas entronca con la mayor credibilidad que, de forma apriorística, parece ofrecer esta figura frente al testigo simple u ordinario, pero también, incluso, frente al testimonio de un perito. De todos es sabido la prevención y desconfianza que proyecta la prueba testifical, por muchas y variadas razones. La naturaleza maleable de la memoria, tan influenciada por la situación personal del testigo o sus condicionamientos, unido a las circunstancias en las que tiene lugar el conocimiento del hecho en cuestión, por mencionar solo algunos motivos que pueden, sin ser consciente el sujeto en cuestión, poner en entredicho su testimonio. Y, de forma deliberada, ninguna duda cabe de que pese al juramento o promesa de decir verdad que con arreglo al artículo 365 LEC ha de prestar cada testigo antes de iniciarse su interrogatorio, son muchos los que, ya por sus intereses propios, ya por la afinidad con la parte que les propone, están bajo sospecha de parcialidad.

Frente a este medio de prueba, tan viejo como el mismo proceso, el testigo-perito es percibido a priori por los litigadores y juzgadores como un testigo más confiable, cuya declaración presentaría una mayor fiabilidad, pues no solamente conoció los hechos (que luego serán procesales), sino que además cuenta con saber especializado; en definitiva, porque se concibe como un testigo «cualificado». Esto por lo que se refiere a la prueba testifical, llamemos ordinaria.

Pero, además, por lo que atañe al dictamen de peritos en su modalidad principal con arreglo a la LEC, la modalidad de designación de parte, el testigo-perito también puede revelarse como un «arma» probatoria preferible, debido a cierta –pero, para nosotros, innegable– predisposición de los Jueces a desconfiar de las periciales de designación de parte. En efecto, es sabido que la LEC alteró profundamente el diseño de la prueba de peritos, de forma que, salvo algunos procedimientos especiales, la prueba pericial ha de aportarse con carácter general por la parte en sus escritos iniciales. Por tanto, es la parte interesada (su abogado) quien libremente designa al experto, quien le participa los hechos objeto del procedimiento y sobre los que habrá de versar su dictamen, quien le contrata y quien satisface sus honorarios. Así, la valoración que de estos informes periciales encargados por los mismos litigantes hacen nuestros órganos jurisdiccionales no es ajena a esta realidad. Frente a lo anterior, el testigo-perito que es citado a juicio, se presenta como un tercero que, a diferencia del sujeto que recibe un encargo de las partes para intervenir como perito, tiene un conocimiento casual de los hechos objeto del procedimiento, por tanto, ajeno a las partes. Y como, además, su conocimiento de los hechos es especializado, los juicios que emite este testigo pueden rivalizar –ser entendidos como «pares epistémicos»¹– con los del perito de parte, si bien frente a los de este último, los del testigo-perito aparecen más confiables.

Pero, como decíamos, además de la cuestión que atañe a la valoración que apriorísticamente parece que ofrecería el testimonio de un testigo-perito, se advierten otras razones que están exclusivamente vinculadas a la actividad procesal; dicho de otro modo, a los diferentes diseños legales que la LEC establece según se trate de una prueba testifical o de una prueba pericial, en particular, en atención a las mayores exigencias a las que se sujeta la admisibilidad y presentación de la segunda, así como a su mayor coste.

¹ VÁZQUEZ ROJAS, C., «La im/parcialidad pericial y otras cuestiones afines. Confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos», *Isonomía*, n.º 48, 2018, pp. 69 a 107, p. 84.

Así, y precisamente por la influencia que las normas jurídico-procesales ejercen sobre el recurso al testigo-perito, ya una primera revisión de la jurisprudencia civil desde el año 2000 ofrece una visión fragmentada y hasta contradictoria, revelando que buena parte de nuestros juzgados y tribunales si se refieren a esta figura es para advertir de la necesidad de poner, según qué casos, coto a su admisión, en especial, ante el riesgo de que mediante la declaración de quien interviene como un testigo-perito se incorpore al procedimiento judicial lo que se ha venido a llamar un dictamen pericial encubierto, extemporáneo o irregular.

El citado panorama en el ámbito jurisprudencial se completa con aportaciones doctrinales. Estas son breves, por lo general, y se refieren al testigo-perito de forma solo aparentemente unívoca, cuando no abiertamente contradictoria, con frecuentes referencias, por supuestamente servir de precursor, al *sachuerständige Zeuge* alemán y a la disposición legal alemana correspondiente, la cual, sin embargo, no ofrece semejanzas con la fórmula legal del artículo 370.4 LEC. En definitiva, sucede que de las aportaciones doctrinales emergen lo que en esta tesis hemos denominado las dos nociones dogmáticas de la figura, aunque la constatación de este hecho, es decir, que cabría hablar de dos concepciones doctrinales, resulta inadvertida, al menos mayoritariamente.

Considerando esta situación y con el objetivo último de tratar de contribuir a determinar la naturaleza del testigo-perito según su positivización en la LEC, entendemos que esta investigación puede tener un sentido. No obstante, es lo cierto que en la misma ocupa finalmente un lugar central el descubrimiento o, más propiamente, la «deconstrucción», de sus dos nociones dogmáticas (de ahí el subtítulo).

El estudio lo abordamos desde sus comienzos con la intuición –fue, en efecto, una intuición– de que era precisa una aproximación de carácter epistemológico para tratar de ir más allá de las definiciones estandarizadas y lugares comunes que (al menos en una primera revisión) parecían ser una constante que agotaba el tema. Sin embargo, como esa aproximación no nos resultaba practicable desde la doctrina procesalista española y, por extraño que pueda parecer atendiendo a que en los denominados sistemas del *common law* tanto el testigo como el perito reciben el mismo nombre (el de *witness*), pronto dirigimos nuestra atención fundamentalmente –pero no sólo– a la literatura procesalista angloamericana, para tratar de profundizar en una dicotomía, la que diferencia los hechos de las opiniones (*fact-opinion*), que puede vislumbrarse implícita e importante a fin de

ahondar en la configuración del testigo-perito. Las reflexiones que dejó escritas DENTI en relación a la *testimonianza tecnica* contribuyeron a afianzarnos por ese camino, pues tras su lectura la dirección parecía ya no aconsejable, sino necesaria, para entroncar la figura con la regla de exclusión de la opinión (*opinion rule*), una regla de exclusión probatoria aplicable al testimonio de los testigos típica entre las reglas de evidencia (y muy vinculada a otra regla típica, la *hearsay rule*), bien conocida por haber sido en estas tradiciones excepcionada a fin de permitir la aportación de conocimiento experto a un proceso judicial, y menos conocida, sin embargo, en cuanto a sus excepciones en el caso de un testimonio no experto.

A partir de ahí, siempre con la regla de exclusión citada como telón de fondo, en el *capítulo I* se propone una aproximación epistemológica al testigo-perito que de forma deliberada desatiende inicialmente sus dos nociones pues lo que busca esencialmente es señalar, primero, los postulados que impidieron inicialmente su reconocimiento en el plano jurídico-procesal y, en segundo lugar, cómo su aceptación se manifiesta a modo de una supuesta superación de ciertos principios o teorías epistemológicas, que, en rigor, deberían haber conducido al ocaso de aquella regla por estar sustentada en una dicotomía que carece de un fundamento epistemológico sólido y que, de la mano de lo anterior, incurre en un objetivismo ingenuo.

Sin embargo, la «deconstrucción» de las dos nociones dogmáticas del testigo-perito revela que, como se ha subrayado, aquella superación no fue realmente tal, quedándose a lo sumo en la constatación de que el proceso de percepción nunca es pasivo (ajeno a sus observadores) y en el reconocimiento de que el «hecho» en cuanto único objeto de una declaración testifical, siempre se traduce en el proceso en un juicio.

Expuesto lo anterior, con la finalidad de llegar a esas dos concepciones dogmáticas tras haber tratado de sus cimientos, se ensaya un abordaje que recurre a las dos diferentes justificaciones o ratios que en el Derecho angloamericano han servido para excepcionar la regla de exclusión de la opinión según se tratara de un testimonio común o de un testimonio experto. Siguiendo este procedimiento, nos ocupamos primero de la excepción que justifica la introducción de la *opinion* en el testimonio común y en la fórmula asociada a la misma, a la que nos hemos referido como «necesidad racional» (lógica), para establecer luego un paralelismo con su traducción positiva en algunas legislaciones de tradición civilista a través de fórmulas que apuntan a la imposibilidad de escindir la

«opinión» del «hecho», esto es, en una suerte de carácter inescindible natural. Finalmente, se aborda brevemente la otra justificación a la regla de exclusión de la opinión –su utilidad para el juzgador de los hechos– esta legitimadora de la incorporación de conocimiento experto en un procedimiento judicial, al objeto de poner de manifiesto que los testimonios en forma de opinión de aquellas personas que han percibido unos hechos antes de su judicialización y cuentan, además, con conocimientos especializados sobre esos hechos, pueden explicarse bajo ambas justificaciones indistintamente.

Ya en el *capítulo II*, partiendo de las dos ratios que sirvieron en el Derecho angloamericano para excepcionar la regla de exclusión según se tratara de un testimonio ordinario o de un testimonio experto, hemos tratado de las contribuciones doctrinales sobre la figura del testigo-perito de cuatro conocidos procesalistas del siglo XIX y XX, concretamente, FRIEDRICH STEIN, FRANCESCO CARNELUTTI, el ya citado VITTORIO DENTI y HERNANDO DEVIS ECHANDÍA. Pretendemos con ello descubrir cuál de aquellas justificaciones operaría como legitimadora de la figura según estas aportaciones, a la vez que poner de manifiesto las bases teóricas doctrinales de las dos diferentes concepciones del testigo-perito, remarcar sus diferencias y apuntar su carácter problemático en la medida en que se asientan en la citada dicotomía hecho-opinión.

Tras esta revisión, llegamos ya a la constatación de las dos nociones dogmáticas del testigo-perito que hemos bautizado como la noción «primigenia», para referirnos a la concepción, vale decir, propia de F. STEIN, y la noción de «la doble cualidad», de la que creemos que CARNELUTTI podría ser su promotor. El capítulo se concluye con el ensayo de una tercera noción de la figura que pretende abandonar la reiterada dicotomía y el objetivismo ingenuo asociado a la misma, para descubrir que tanto el sujeto que interviene en un procedimiento judicial como perito, como el que lo hace como testigo, proporcionan *interpretaciones* especializadas sobre los hechos, con independencia de cómo hayan accedido o conocido los hechos. Nos servimos aquí de esta tesis como punto conclusivo de los anteriores apartados, pero también como un punto de arranque, con dos propósitos en lo esencial: primero, constatar cómo la figura se ha manifestado (y se manifiesta) entonces como un atajo para incorporar a un procedimiento judicial esas interpretaciones especializadas sorteando las normas reguladoras de la prueba pericial; y el segundo propósito, redirigir la atención hacia otro criterio que, teóricamente al menos, estimamos más correcto en orden a distinguir qué juicios sí serían admisibles para quien

depone como testigo-perito; un criterio que apunta a una distinta clase de conocimientos y, relacionado con lo anterior, al razonamiento seguido para alcanzar aquellas interpretaciones, que sería diferente al, digamos, genuinamente pericial.

El *capítulo III* se dedica por entero a ahondar en las dos nociones dogmáticas explicitadas anteriormente, pero ahora a partir de su consagración positiva en otras legislaciones. Atendiendo a las diferentes fórmulas positivas revisadas, se propone en primer lugar una clasificación de las técnicas de positivización que es seguida por la reseña de dichas normas, concretamente, de Argentina, Paraguay, Colombia, Honduras, Costa Rica y Nicaragua. A partir de ahí intentamos un abordaje de carácter micro comparatista circunscrito a la figura del testigo-perito o técnico en tres países, Alemania, Italia y Colombia, por este orden, que, evidentemente, no pretende agotar el tema, sino solamente esbozar un panorama, para lo cual la identificación de la norma en cuestión se completa con algunas reflexiones y contribuciones de la doctrina científica correspondiente de cara a su exégesis, a lo que se viene a sumar la cita de algunas resoluciones judiciales extranjeras que, de un modo u otro, se han referido a la naturaleza de la figura. Se cierra el capítulo con algunos apuntes sobre un tipo de testigo que en Derecho estadounidense ha recibido varias denominaciones, entre las cuales hemos optado por la que nos ha parecido más significativa, la de *hybrid witness*.

Como es natural, abundan en este capítulo las referencias y citas en lengua extranjera. Ante esta circunstancia, advertimos que hemos preferido mantener en su idioma original los comentarios y citas de cierta extensión insertos en el texto y trasladar su traducción a la lengua castellana (en todos los casos una traducción propia) a las notas al pie de página.

La investigación llega ya al estudio del testigo-perito en el España, al que se dedica por completo el *capítulo IV*.

Se inicia el mismo con unas consideraciones previas sobre los diseños legales de la prueba de testigos y la prueba de peritos, respectivamente, bajo la LEC 1881. Se pretende así revelar cómo bajo el modelo único de prueba pericial de designación judicial (modelo auspiciado por la consideración del perito como un auxiliar del juez y no como un medio de prueba de los hechos), surgen las denominadas y polémicas «periciales extrajudiciales» y, en relación con estas, una particular acepción de testigo técnico, particular, decimos, porque este, además de ser interrogado según las normas procesales

propias de la prueba de testigos, es también autor de un informe que las partes han incorporado a las actuaciones y al que se le viene a atribuir un contenido pericial.

Se prosigue con la exposición de algunas referencias doctrinales acerca de la figura bajo la LEC 1881 que evidencian las dos concepciones dogmáticas de la figura, pero también la noción que contempla el testimonio técnico como un atajo para eludir las disposiciones procesales que regulaban el dictamen de peritos y, en general, el carácter problemático del testimonio del que es capaz un testigo-perito.

Posteriormente, se aborda ya el testigo-perito en España con arreglo a su consagración positiva en el artículo 370.4 LEC. En primer lugar, exponemos los antecedentes de esta disposición y la tramitación que enfrentó la misma (junto a la de algunas disposiciones que entendemos concordantes), hasta la aprobación en la LEC. Seguidamente, y a modo de necesario paréntesis antes de acometer propiamente la exégesis de la norma, hacemos unas breves consideraciones acerca de la configuración positiva de la prueba del dictamen de peritos, en su modalidad prevalente, de designación por las partes y de la prueba del interrogatorio de testigos con arreglo a la LEC. Con ello, en síntesis, se quiere poner de manifiesto hasta qué punto sus diferentes diseños legales se distancian, provocándose una quiebra del principio de contradicción cuando se trae al procedimiento judicial un juicio que puede ser calificado como experto a través de la prueba del interrogatorio de testigos. El último subapartado pretende ya descifrar el artículo 370.4 LEC, llegándose a la tesis de que el legislador del 2000 pudo querer acoger la noción de «la doble cualidad» y, en consecuencia, legitimar que, a través de la prueba del interrogatorio de testigos, se incorporasen al procedimiento testimonios genuinamente periciales.

Sentado lo anterior, se revisan los comentarios y observaciones que la doctrina procesalista ha dedicado al testigo-perito. Aunque son expresivas, como ya se indicó, de las dos concepciones dogmáticas de la figura, mayoritariamente se defiende su concepción primigenia y, de la mano de lo anterior, el establecimiento por los juzgadores de criterios de admisibilidad a esta testifical que abogan por su limitación al testigo directo –al sujeto que haya tenido un «conocimiento directo» de los hechos–, en el ánimo de que no pueda recurrirse a la figura para eludir las normas de la prueba pericial. Precisamente, la importancia que reviste el supuesto «conocimiento directo» como criterio determinante para ser tenido por testigo-perito, explica que en el análisis de la

jurisprudencia que luego se lleva a cabo hayamos querido centrar nuestra atención en cómo opera el mismo. Finalmente, en consideración a las aportaciones doctrinales y a la revisión de la jurisprudencia sobre la figura, se plantean seguidamente unas reflexiones críticas.

La investigación no podía finalizar sin tratar de esbozar al menos algunas pautas encaminadas a modificaciones legislativas para dar una respuesta a la problemática realidad que implica en el plano jurídico procesal la existencia de personas que sin haber recibido de las partes un encargo para intervenir como peritos en un procedimiento judicial y elaborar, en consecuencia, un dictamen pericial, conocen los hechos antes de que se inicie el proceso por razón de su profesión y, además, cuentan con conocimientos especializados sobre aquellos.

Obviamente, el estudio finaliza con un espacio dedicado a extraer sus principales conclusiones.

Capítulo I. Una aproximación desde la epistemología al testigo-perito

1. PROPÓSITO

En las líneas que siguen se tratará en lo fundamental y tentativamente de esbozar una explicación de la figura del testigo-perito o testigo técnico desde la filosofía del conocimiento. La aproximación que ahora se ensaya entronca con la clásica y compleja dicotomía entre conocimiento y opinión. De alguna manera, esta dicotomía se habría reflejado en el ámbito procesal en una regla probatoria de exclusión de las opiniones de los testigos, mucho mejor identificada en los sistemas del *common law* como una de las reglas típicas de exclusión –la denominada *Opinion Rule*– y que es la misma que en aquellas tradiciones hubo de ser objeto de excepción para legitimar la aportación de conocimiento experto a un proceso judicial².

Desde aquí se propone un abordaje de la figura que, se previene, desatiende de forma consciente sus diferencias en la proyección al plano jurídico-procesal, pues lo que busca esencialmente es subrayar un denominador común en su reconocimiento, como manifestación de la teórica superación de ciertos principios o teorías epistemológicas y hasta ontológicas, si se quiere.

Con este propósito, lo que se defiende es que el testigo-perito hunde sus raíces en la constatación de algo que hoy puede parecer muy obvio: que los hombres no percibimos los hechos de forma pasiva y por igual, sino que lo hacemos de manera distinta según y conforme a nuestras propias experiencias y, como consecuencia de ello, que al declarar sobre nuestras percepciones –sobre lo que hemos visto mayormente, pero también oído

² TARUFFO, M., *La prueba* (trad. L. Manríquez y J. Ferrer Beltrán), ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 92. Antes lo había advertido su maestro, Vittorio Denti, a la vez que ponía de manifiesto un extremo sobre el que luego volveremos, a saber, que todas las excepciones a la regla de exclusión han de sujetarse a la *cross-examination*. DENTI, V., «Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador», *Boletín Mexicano De Derecho Comparado*, vol. 5, n.º 13, 1972, pp. 3 a 22.

u oído— expresamos siempre un juicio sobre el hecho percibido, por lo que valdría decir también, una opinión³.

Esta constatación, al menos hasta cierto punto, creemos que también debe ponerse en relación con cierta superación de algunos postulados propios de las epistemologías empiristas y positivistas, bajo cuyo signo los hechos en cuanto que objeto de prueba⁴ son tenidos por realidades externas a la mente que nuestros sentidos representarían sin más, de forma que los enunciados sobre los hechos observados serían empíricamente verificables y objetivos, en oposición a las opiniones que sobre esas percepciones se puedan derivar.

El reflejo de estas ideas en el ámbito del Derecho probatorio habría contribuido a conceptualizar idealmente la prueba testifical y su testimonio, la declaración testifical, como una representación de hechos percibidos y, en paralelo, a la entronización de la citada regla de exclusión de la opinión, al amparo de la cual se le impone al testigo la obligación de circunscribirse en su declaración a narrar lo que haya visto u oído, pudiendo los jueces rechazar las opiniones que el testigo vierta al respecto, por extrañas al objeto de esta prueba y también por subjetivas, por tanto, inútiles epistémicamente hablando, cuando no perniciosas. Con estos mimbres, el testigo-perito o testigo técnico fue, como luego veremos, negado en no pocas ocasiones por los juzgadores de diferentes latitudes, pues debido al carácter especializado del conocimiento que es propio de este testigo, su testimonio se revela como un juicio u opinión, no como un hecho.

Como decíamos, la crítica de aquellas premisas epistemológicas por parte de las filosofías más subjetivistas, y también, paulatinamente, la evolución de las teorías psicológicas sobre el proceso de percepción hizo preciso reconocer que tal proceso está condicionado por la experiencia de cada uno y, a partir de esta experiencia, también por

³ Adviértase que la primera acepción de «opinión» según la RAE es la de «juicio o valoración que se forma una persona respecto de algo o de alguien». Pese a que aquí emplearemos en muchas ocasiones estos términos como sinónimos, no ignoramos que los conceptos «opinión» y «juicio», al igual, por supuesto, que el término «percepción», son «grandes conceptos» en la teoría del conocimiento, en torno a los cuales se han construido o pueden girar tesis epistemológicas de distinto signo. Es más, también somos conscientes de que precisamente su ambigüedad es la clave, o una de las claves, para que en la ciencia procesal se llegara a las distintas valencias que presenta la figura del testigo-perito, sobre las cuales trataremos ya en el capítulo II.

⁴ Sobre el concepto de «hecho» en la teoría de la prueba, puede consultarse GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999. También TARUFFO, M., *La prueba de los hechos* (trad. J. Ferrer Beltrán), ed. Trotta, Madrid, 2002; y GONZÁLEZ LAGIER, D., *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, ed. Temis, Bogotá, 2005.

su marco conceptual y lingüístico, de manera que al narrar un hecho observado necesariamente se razona desde esa experiencia y se expresa, también necesariamente, un juicio. Al asumirse lo anterior, fue posible plantear que la declaración de un testigo podía no solo obedecer a una experiencia y un lenguaje ordinario en relación con los hechos en cuestión –dando origen al subtipo de testigo común u ordinario– sino también basarse en una experiencia especializada, distinta de la común. Eventualidad clave a nuestros efectos, pues es la que determina el subtipo de testigo técnico o testigo-perito⁵.

En el capítulo que ahora se introduce hemos tratado de resumir la evolución a la que muy brevemente nos acabamos de referir, acudiendo al enfrentamiento entre los binomios *percepción-hecho*, por un lado y, *conocimiento-juicio de hecho*, por el otro. Si atendemos a la definición que proporciona la RAE del sustantivo «percepción» encontramos que, además de la primera de las acepciones, que se refiere a «la acción y efecto de percibir», el término «percepción» se define como, la «sensación interior que resulta de una impresión material producida por los sentidos corporales» pero también como «conocimiento, idea». Por su parte, la primera acepción del verbo «conocer» es la de «llegar a tener en la mente la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas».

Pues bien, se podría decir entonces que la figura del testigo-perito es posible en el momento en que se abraza un concepto más amplio del término «percepción» que comprenda, junto con la pura sensación, cierto trabajo mental según competencias específicas preexistentes y procedentes de la experiencia y de las que el propio lenguaje viene a ser una síntesis; dicho de otra manera, si se asume que no es posible dar cuenta de los hechos que uno ha percibido, sin emitir, a la vez, un juicio.

Ahora bien, siendo esto así, es decir, si cualquier testigo al ofrecer su testimonio no proporciona sino su propio juicio sobre el hecho percibido, creemos que resulta razonable preguntarse qué sentido tiene, si lo tiene, la regla de exclusión de la opinión, puesto que esta, aplicada con todo rigor, vaciaría de contenido cualquier declaración testimonial.

⁵ Por ejemplo, Alsina señalaba que «el juicio lógico del testigo puede fundarse en conocimientos comunes o técnicos». ALSINA, H., *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, vol. III: *Juicio ordinario*. ed. Ediar Sociedad Anónima Editores, 2.^a ed., Buenos Aires, 1961, p. 535. También Carnelutti enseñaba que para representar un hecho el testigo actúa con esquemas mentales, algunos de los cuales pertenecen a la cultura común y otros a la técnica. CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 160; y Franchi escribía por su parte: «Il fatto storico può essere rappresentato sia in virtù dell'esperienza che il dichiarante ha, come qualsiasi altra persona, sia in virtù di una specifica esperienza organizzata che consente ad alcuno di fare una dichiarazione di cui altri non sarebbe capace». FRANCHI, G., *La perizia civile*, Tipografia Editricie, Padua, 1959, p. 54.

Al hilo de esta pregunta, en las últimas páginas de este primer capítulo reflexionaremos acerca de la vigencia de la citada regla en el caso de un testimonio común u ordinario, acudiendo para ello, fundamentalmente, al Derecho norteamericano, en donde la aplicación de aquella regla se reveló durante siglos particularmente problemática. Y dejamos únicamente apuntada la misma cuestión para el caso de que el testigo sea un testigo técnico.

2. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA EPISTEMOLOGÍA A LA GÉNESIS DEL TESTIGO-PERITO

Para lograr el objetivo propuesto, en última instancia profundizar en la naturaleza del testigo-perito tal y como ha sido positivizado en la LEC, hemos preferido aproximarnos primero a esta figura, no en su vertiente formal o legislativa, ni tampoco en la doctrinal, sino en una dimensión que nos parece más esencial y que podríamos llamar gnoseológica. Como ya se ha anunciado, el acercamiento a la figura desde este prisma nos ha obligado a dirigir nuestra atención a la filosofía, concretamente a la epistemología, pero también a la lógica y a la ontología. Así, a diferencia de lo que escribía CARNELUTTI en su introducción a la segunda edición italiana de su conocida obra *La Prueba Civil*, nosotros somos ya muy conscientes de que nos «evadimos de los confines del Derecho» y de que esta aproximación nos conduce, de forma irremediable, a uno de los temas tradicionales de la filosofía: la posibilidad del conocimiento.

Y es que la razón de ser de este instituto creemos que puede relacionarse, al menos en parte, con la proyección de ciertos postulados filosóficos en la ciencia jurídica-procesal, lo que se dice con toda prudencia, conscientes de que, como ha observado GASCÓN ABELLÁN⁶ «los paradigmas del conocimiento jurídico o los modelos de ciencia no siempre han caminado al compás de la epistemología dominante».

⁶ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, op. cit., p. 28.

2.1. Aproximación conceptual

Abordar desde tal prisma epistemológico la justificación de este instituto requiere realizar, en primer lugar, una aproximación inicial a su objeto, a la misma figura procesal que aquí y a partir de ahora vamos a denominar indistintamente testigo técnico o testigo-perito.

Como se ha anticipado, la doctrina científica alemana e italiana, pero también de América Latina, en especial la colombiana, ha venido refiriéndose, ya desde el siglo pasado y de forma como luego veremos solo aparentemente unívoca, a esta figura, catalogándola mayoritariamente de prueba testifical o de subtipo de testigo, si bien se han empleado diversas denominaciones para ello; así, se ha hecho uso con frecuencia de la voz de «testigo-perito», pero también de la denominación de «testigo calificado», «testigo experto» o «testigo pericial». Adicionalmente, no son pocos los autores que, sin referirse directamente a este tipo de testigo, sí aluden a un testimonio jurídico que adjetivan, en oposición al testimonio «común», de testimonio «técnico» o testimonio «especializado».

Hemos de remarcar que para esta preliminar aproximación a las definiciones de la figura del testigo-perito vamos a circunscribirnos –al menos vamos a hacerlo así por el momento– a la tradición romano-germánica en la que las diferentes reglas jurídico-procesales distinguen, de un lado, la prueba pericial o prueba de peritos y, de otro lado, la prueba testifical, de interrogatorio de testigos o, sencillamente, la prueba testimonial⁷. Frente a estas tradiciones, es sabido que en los sistemas del *common law* el perito es también un *witness* si bien es tenido por experto (*expert witness*) y su declaración es considerada un testimonio, un testimonio experto, pero testimonio al fin y al cabo, que lo sería, epistemológicamente hablando⁸.

⁷ Aunque no siempre fue así, como señalaba Font Serra: «Tradicionalmente, hasta la primera mitad del siglo XIX, existió la tendencia de asignar al perito el carácter de testigo. En el Derecho Común el dictamen pericial tiene el valor de *ratio testimonii*. Como tal prueba testifical se acomodaba a las reglas de esta y, del mismo modo que hacían falta dos testigos, también debían ser dos, como mínimo, los peritos. Por la doctrina se hablaba de *testis simplex* y de *testis peritus*». FONT SERRA, E., *La prueba de peritos en el proceso civil español*, ed. Hispano Europea, Barcelona, 1974, p. 94. Y recientemente, de forma muy crítica, González Coulon: «En este sentido, la prueba testimonial fue considerada por mucho tiempo como la única prueba admitida, en el entendido de que todo lo que conocemos se debe a testimonios, y su desarrollo legislativo no ha sido más que una suma de formalismos, es decir, un exceso de reglamentación, que finalmente han impedido que a través de este medio de prueba pueda llegarse a la verdad dentro de un proceso». GONZÁLEZ COULON, M. A., *El testimonio como prueba: una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial*, ed. Bosch, Barcelona, 2021, pp. 180 y 181.

⁸ También González Coulon concluye lo que aquí se señala, esto es, que tanto la prueba de interrogatorio de testigos como la prueba pericial y el interrogatorio de parte son, epistémicamente hablando, un

Apuntada por el momento esta nota a modo de advertencia, volvemos a la necesaria metodológicamente hablando, aproximación al término de testigo-perito acudiendo, por el momento, sin buscar ahora el rigor conceptual, a algunas nociones y referencias que nos ha dejado la doctrina procesal continental e hispanoamericana acerca del testigo-perito y del testimonio técnico.

Comenzando por la doctrina procesalista en España, para RÍOS SALMERÓN⁹ el testigo-perito sería «aquel tercero que presencia los hechos antes y con independencia del proceso; pero que para su valoración utiliza conocimientos científicos». Más recientemente, ABEL LLUCH¹⁰ ha afirmado que esta figura tendría una «indiscutible naturaleza jurídica testifical, si se quiere *sui generis*, en cuanto que el declarante puede adornar su declaración con unos conocimientos especializados de los que carece el simple testigo. Y posee dichos conocimientos especializados con anterioridad y con independencia del proceso». MARÍN CASTÁN¹¹ ha observado que se trata de «un testigo que presenta la peculiaridad de que, previamente al acontecimiento de los hechos, posea conocimientos de carácter técnico, científico, práctico o artístico que le permiten interpretar lo sucedido con mayor profundidad».

En Alemania, ROSENBERG¹² observa que es un testigo y no un perito aquel «que pudo hacer sus percepciones accidentales de “hechos y circunstancias pasadas” únicamente en razón de una pericia especial». En Italia, para DOSI¹³, testigo técnico es el sujeto «dotado de un saber técnico relacionado con el sector en que están encuadrados determinados datos complejos». Y según CARNELUTTI¹⁴, testigo técnico sería quien «representa un hecho percibido o deducido merced a aptitudes o preparaciones técnicas».

testimonio en la medida en que todas ellas se traducen a actos de comunicación en los que el hablante expresa conocimientos o información. Partiendo de ese concepto de testimonio «habrá luego que agregarle las formalidades que cada sistema jurídico en que va a aplicarse determine». *Ibid.*, p. 205. En el mismo sentido, VÁZQUEZ ROJAS, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 47.

⁹ RÍOS SALMERÓN, B., «Pruebas de confesión, testimonio y pericial. Otros medios», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 23, 1997, pp. 45 a 112, p. 75.

¹⁰ ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *La prueba pericial*, ed. Bosch, Barcelona, 2009, p. 54.

¹¹ MARÍN CASTÁN, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, t. II, p. 1777.

¹² ROSENBERG, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil* (trad. R. Vera), ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, pp. 251 y 252.

¹³ DOSI, E., *La prueba testimonial. Estructura y función*, ed. Olejnik, Argentina, 2018, p. 28.

¹⁴ CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, *op. cit.*, p. 174.

Por su parte, BIONDI¹⁵ constata que «el testigo puede haber llegado al conocimiento de los hechos que narra precisamente por un particular conocimiento técnico». Transitando ya entre autores de América Latina, en Colombia DEVIS ECHANDÍA¹⁶ se refiere al testimonio técnico como aquel «que prestan aquellas personas que conocen el hecho en virtud o con el auxilio de sus conocimientos científicos o técnicos especiales y que, por consiguiente, fundamentan su narración en esos conocimientos y no en simples percepciones». En parecidos términos, también PARRA QUIJANO¹⁷, para quien se puede definir el testigo técnico como «aquella persona que posee los conocimientos especiales de una ciencia o arte y que al narrar unos hechos se vale de aquellos para explicarlos». Semejantes consideraciones encontramos en Venezuela y Argentina. Así, AGUILAR GORRONDONA¹⁸ señalaba que «la posesión de conocimientos especiales también puede existir en el testigo propiamente dicho y es lo que origina la especie de testigo calificado». Por su parte, ROCHA DEGREEF¹⁹ definía el testimonio técnico como «el que prestan aquellas personas que conocen el hecho en virtud o con auxilio de sus conocimientos científicos o técnicos especiales y, por consiguiente, fundamentan su narración en esos conocimientos, además de sus percepciones». Finalmente, desde Chile, vamos a traer las observaciones de DUCE, quien entiende que es testigo experto aquel testigo que «sin ser ofrecido como perito -porque tomó conocimiento del hecho en forma espontánea, es decir, como cualquier testigo lo haría- tiene, sin embargo, un conocimiento de cierta especialización en una determinada materia que es relevante para un punto sobre el que prestará declaración»²⁰.

Tras la lectura de las anteriores concepciones acerca del testigo técnico, es posible señalar, al menos de forma provisional, que todas ellas, además de dar por sentado que estamos ante una categoría o subtipo de testigo, como ya se ha dicho, ponen el foco en una particular capacidad o conocimientos que estos testigos poseen, conocimientos que

¹⁵ BIONDI, P., «La distinzione fra perizia e testimonianza», *Il Foro Italiano*, vol. 62, n.º 15, 1937. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/23138324>, nota 10.

¹⁶ DEVIS ECHANDÍA, H., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. IV: *De la prueba en particular*, ed. Temis, Bogotá, 1969, p. 451.

¹⁷ PARRA QUIJANO, J., *Manual de Derecho probatorio*, ed. Librería Ediciones del Profesional, 16.ª ed. amp. y act., Bogotá, 2007, p. 86.

¹⁸ AGUILAR GORRONDONA, J. L., «El perito-testigo en el proceso civil venezolano», *Revista de Derecho Probatorio*, n.º 2, 1993, pp. 207 a 220.

¹⁹ ROCHA DEGREEF, H., *El testigo y el testimonio*, ed. Jurídicas Cuyo, Argentina, 1999, p. 27.

²⁰ MAURICIO DUCE, J., *La prueba pericial*, ed. Didot, Buenos Aires, 2013, p. 31.

se califica de forma amplia y flexible –sin necesidad, por tanto, de requerir una educación formal u oficial– mediante el empleo de los adjetivos «especial» «especializados», «científicos» y «técnicos»²¹. Además –al menos según alguna de las concepciones proporcionadas– ocurre que ese conocimiento especial le permitiría no solamente la observación de los hechos, también narrarlos de manera distinta a como lo haría un testigo, llamemos, común, es decir, aquel que solamente tiene un conocimiento ordinario, no conocimientos especializados.

Hasta aquí, por ahora, unas primeras nociones de la figura a través de las definiciones y referencias de algunos autores.

2.2. Sobre la influencia de las corrientes epistemológicas en la concepción de la prueba testifical: del binomio percepción-hecho al binomio conocimiento-juicio de hecho

2.2.1. El binomio percepción-hecho: la regla de exclusión de la opinión y el rechazo al testimonio técnico

Efectuada la precisión terminológica, comenzaremos por recordar que la prueba testifical o prueba de testigos (a veces referida, sin más, como prueba testimonial) ha sido desde hace siglos un medio de prueba típico, regulado por el Derecho positivo. A modo de ejemplo, basta aquí señalar que en el Derecho romano arcaico y clásico, debido a la primacía de la «fides»²², el testimonio de los testigos era un medio de prueba muy

²¹ Al respecto, adviértase que los tipos de conocimiento «científicos, artísticos, técnicos o prácticos» a los que se refiere la LEC con referencia al testigo-perito, pero también al dictamen de peritos (artículo 335 LEC), bien podrían aunarse bajo esa genérica expresión de «conocimientos técnicos». En este mismo sentido, Font Serra, al objeto de apuntalar la idea de que estamos ante términos sinónimos, escribía: «Además, debemos tener en cuenta que también en la legislación se hace lo mismo. Así, el “Codice di Procedura Civile dello Stato della Città del Vaticano” de 1946 (Cod. Proc. Civ. Vaticano) se refiere a la prueba pericial cuando sean necesarios conocimientos técnicos, en su art. 121; y el art. 962 del “Code Judiciaire francés” de 1967 (Cod. Jud. Francés) establece “l’expertise” como encargo de expertos de proceder a “constatations techniques”». FONT SERRA, E., *La prueba de peritos en el proceso civil español*, *op. cit.*, pp. 2 y 3.

²² RODRIGO ENNES, L., *La Prueba testifical y algunas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en Roma y en el Antiguo Régimen. Homenaje al Prof. Armando Torrent*, ed. Dykinson, Madrid, 2016, p. 830. Por su parte, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., en «Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana», *Revista Jurídica*, n.º 12, 2005, pp. 117 a 142, afirma que «la prueba originaria por excelencia habría sido la deposición de testigos», p. 118.

valorado²³. Y ya en la Edad Media, el Libro de las Siete Partidas dedica el Título XVI de la Tercera partida a la regulación de los testigos y su intervención en el proceso.

La larguísima tradición histórica de este medio de prueba ha contribuido a que en la doctrina científica procesalista sean incontables las definiciones que se han proporcionado de la prueba testifical. Ahora bien, parece claro que este instituto procesal se habría fundado tradicionalmente sobre la base del binomio percepción, por un lado, y hechos, por el otro, además del elemento central de la persona misma del testigo²⁴. Es decir, por lo que ahora importa, la percepción propia o directa de los hechos se habría erigido en presupuesto del testimonio, encontrándose en su misma definición. Para ilustrar lo anterior, nos valdremos de algunas definiciones de la doctrina patria. Empezando por GUTIÉRREZ DE CABIEDES y CORDÓN MORENO sería testigo «aquel sujeto procesal tercero que interviene en el proceso emitiendo una declaración de ciencia sobre algún hecho o circunstancia fáctica percibida a través de sus sentidos fuera del mismo proceso y relevante en éste». DE LA OLIVA propone como definición de testifical «la actividad procesal que provoca la declaración de un sujeto, distinto de las partes y de sus representantes, sobre percepciones sensoriales relativas a hechos procesalmente relevantes». FERNÁNDEZ BALLESTEROS señala que «la prueba por testigos tiene por objeto obtener la declaración de un tercero, distinto de las partes, sobre hechos concretos que ha presenciado u oído». GÓMEZ COLOMER se refiere a la prueba testifical como «un medio concreto de prueba, en virtud del cual se aporta al proceso, por parte de una persona ajena al mismo, una declaración sobre hechos presenciados (vistos u oídos)»²⁵.

Precisamente partiendo de que el testigo ha conocido los hechos por percepción propia *de visu* o de *auditu*, la prueba testifical fue calificada de histórica y

²³ Al respecto, es conocido que según la Ley de las XII Tablas se le permitía a la parte que había sido defraudada por su testigo realizar contra este un conjuro verbal, acudiendo a su casa tres días consecutivos —*obvagulatio*—.

²⁴ DE PAULA PÉREZ, A., *La prueba de testigos en el Proceso Civil Español*, ed. Reus, Madrid, 1968, p. 28. A la misma opinión llega González Coulon tras una revisión de las definiciones más tradicionales de lo que se entiende por prueba testifical, fundamentalmente en Chile y en España: «Dentro de las definiciones que revisamos de prueba testimonial, la idea más uniforme y general es que es un medio de prueba que proviene de la declaración de un tercero, quien es una persona física que declarará sobre hechos pasados que percibió». GONZÁLEZ COULON, M. A., *El testimonio como prueba: una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial*, *op. cit.*, p. 77.

²⁵ Las citas han sido extraídas de ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *El interrogatorio de testigos*, ed. Bosch, Barcelona, 2008, pp. 18 y 19.

representativa²⁶, lo que tiene mucho que ver con la forma de entender los hechos que serían su objeto y a la que nos vamos a referir a lo largo de esta investigación. Igualmente, fue el carácter definitorio de la percepción directa de los hechos por parte del testigo (*propriis sensibus*) lo que motivó que el testimonio de referencia o «de oídas» llegase a ser prohibido²⁷ o, en el mejor de los casos, mirado con desconfianza²⁸.

La tradicional vinculación del testigo a la percepción propia del hecho puede explicarse desde las epistemologías de signo empirista, entendiendo por tales aquellas que conciben como punto de partida ineludible del conocimiento humano la experiencia sensible²⁹, es decir, aquella experiencia que se obtiene de nuestros sentidos, en detrimento del pensamiento, del cual, de alguna manera, se disocia. Ya en la Antigua Grecia se dan cuenta de filosofías de tal signo, comenzando por Sexto Empírico y continuando por Aristóteles y el epicureísmo, que harían prevalecer los sentidos como fuente primera del saber³⁰. Transcurrido el periodo de la Edad Media, resurgen con fuerza las tesis empiristas con el denominado «empirismo moderno», es decir, fundamentalmente, el empirismo de la Ilustración en la Inglaterra de los siglos XVII y XVIII, iniciado por BACON y cuyas bases serían definitivamente sentadas por LOCKE, para quien todas las ideas, también las ideas complejas de relación (incluidas las causales), tienen su origen en la experiencia. La negación de las ideas innatas –la mente es una «tabula rasa», vacía antes de las impresiones– marcaría profundamente todas las ciencias, incluidas las jurídicas³¹.

²⁶ Por ejemplo, COUTURE, E., *Fundamentos do Direito Processual Civil*, ed. Editores Livreiros e Industriais, São Paulo, 1946, p. 185.

²⁷ Cfr. LESSONA, C., *La prueba en Derecho civil*, ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1942, t. IV, p. 245; ALSINA, H., *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, op. cit., p. 540; y NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal II*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 197.

²⁸ GORPHE, F., *Crítica del testimonio*, ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2022, p. 20.

²⁹ Son conocidos los debates en torno al término «experiencia» en la dogmática del conocimiento y sus diversas acepciones, también en el lenguaje coloquial. Aquí queremos referirnos a la experiencia empírica más primaria. Siguiendo a Vicente Burgoa: «Es frecuente entender por “experiencia”, el conocimiento empírico, reducido exclusivamente a las impresiones y comprobaciones inmediatas del conocimiento sensible, vinculadas únicamente a la memoria. En tal caso, los datos de la experiencia son únicamente las impresiones de los sentidos externos, que captan ciertas cualidades sensibles de carácter fenoménico, en forma concreta y singularizada». VICENTE BURGOA, L., *Introducción al estudio sobre el conocimiento sensible y la experiencia. Ensayo filosófico: fenomenología y crítica*, ed. Editum, Murcia, 2014, p. 266.

³⁰ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, op. cit., p. 17.

³¹ Al respecto, apunta Gascón Abellán: «La Ilustración es quizás uno de esos momentos en que cabe hablar de una unidad del saber, de un estímulo compartido que pugna por el desarrollo de todas las áreas del conocimiento bajo un sello unitario que pretende inspirar desde las ciencias naturales, la cosmología y la óptica al derecho, la moral e incluso la religión. Ese sello unitario puede resumirse en una idea: el imperio de los hechos». Y, más adelante, añade: «La proyección de esas ideas al campo del pensamiento jurídico es casi mimética. Ante todo, y como ya indicamos, el culto al hecho postula una limitación de lo

Siguiendo la estela de BACON y LOCKE, en el pensamiento de HUME se prolonga y refuerza cierto concepto de «hecho» que en la medida en que sería directamente aprehensible por nuestros sentidos, se erige en el único objeto posible de un testimonio. Lo explica, por ejemplo, GRACIA GUILLÉN³² acudiendo directamente a ciertas líneas de la obra más conocida de este último, *Ensayo sobre el entendimiento humano*:

«Hay otra categoría que cobra especial fuerza en la obra de Hume. Es la de “hecho”. No es originaria suya, sino que procede de toda la tradición británica anterior, a partir de Francis Bacon y John Locke. En su *Ensayo sobre el entendimiento humano* este escribió: “Las proposiciones que admitimos, inducidos por la probabilidad, son de dos clases: o bien se refieren a alguna existencia en particular, o, como comúnmente se dice, a un punto de hecho, que, cayendo bajo la observación, es capaz de testimonio humano, o bien se refieren a cosas que, por estar más allá del descubrimiento de nuestros sentidos, no son capaces de un semejante testimonio” (Locke, 1992:665). Hay, pues, proposiciones de hecho, porque se refieren a datos de observación y, otras que no son capaces de semejante testimonio».

Con posterioridad, ya en el siglo XIX, el positivismo de COMTE en buena medida emparentado con el empirismo inglés, despreciando la metafísica a favor de las ciencias experimentales, se afanó por alcanzar la verdad desde la objetividad tratando de deslindar el conocimiento fáctico de las apreciaciones subjetivas con el fin de unificar todas las ciencias mediante un vocabulario observacional. Tal pretensión cristalizó en una de las dicotomías de la filosofía que, con origen en la obra de HUME³³ y prolongada en parte por el Círculo de Viena³⁴, más proyección ha tenido en las ciencias sociales hasta nuestros

jurídicamente relevante, sobre todo en materia punitiva, a lo fenoménico y causal, algo que aparece estrechamente unido al proceso de secularización: objeto del derecho ya no son las meras opiniones [...] sino fundamentalmente los hechos externos susceptibles de observación». *Ibid.*, pp. 29 y 30.

³² GRACIA GUILLÉN, D., La cuestión del valor (Discurso de recepción del académico de número Excmo. Sr. D. Diego Gracia Guillén: sesión del día 11 de enero de 2011, Madrid), ed. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2010.

³³ Esta distinción fue propuesta por primera vez por HUME, D., en *A treatise on human nature* (ed. L. A. Selby-Bigge), ed. Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 458.

³⁴ Al respecto de la defensa por los positivistas lógicos del Círculo de Viena de la «noción humeana de hecho», pese a haberse ya entonces descubierto la existencia de bacterias o de los átomos (ambas realidades no observables), Putnam ha escrito: «La idea de que un hecho es solo una impresión sensible parecía difícil de defender en el futuro. Pero durante más de una década los positivistas lógicos estuvieron en contra de suscribir esta tesis. Para ellos, los predicados admitidos en la parte fáctica del lenguaje de la ciencia tenían que ser términos observacionales o reducibles (por medios específicos y delimitados) a términos observacionales». PUTNMAN, H., «La Ciencia y algunos filósofos», *Solar*, año 3, n.º 3, 2007, pp. 171 a 187. En el mismo sentido, Ferrajoli: «Una concepción ingenuamente realista de la verdad, en el sentido parmenideano de correspondencia ontológica-metafísica entre proposiciones y hechos y entre lenguaje y

días³⁵: la que confronta los «juicios de hecho» como proposiciones observacionales, descriptivas de la realidad y, por tanto, verificables, con los «juicios de valor», proposiciones que, a diferencia de las primeras, no serían comprobables, pues harían referencia a sentimientos o convencionalismos.

Desde esos postulados y volviendo al plano jurídico-procesal, se sostuvo que el testigo debía limitarse a ser un narrador de los hechos percibidos, en la medida en que estos eran objetivados como entidades previamente dadas, directa y espontáneamente verificables por los sentidos, de forma que su declaración ideal había de ser una «declaración-representación» de los mismos³⁶.

En relación con lo que se acaba de exponer, y de forma estrechamente vinculada a aquella concepción del «hecho percibido» como único objeto del testimonio, se fortaleció, alcanzando una importancia práctica notable en los sistemas del *common law* durante los siglos XVII y XVIII, una regla de exclusión muy vinculada al sistema adversarial³⁷ y de teórica naturaleza epistémica³⁸ propia de un paternalismo epistémico

realidad, fue propia del primer neopositivismo lógico». FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ed. Trotta, Madrid, 2006, p. 77.

³⁵ Para un estudio en profundidad de esta clásica dicotomía y, en particular, su crítica, véase PUTNMAN, H., *The collapse of the fact/value dichotomy and other essays*, ed. Harvard University Press, Cambridge, 2002, en cuya introducción ya se refiere la trascendencia e implicaciones prácticas que ha tenido esta distinción, con implicaciones asumidas como ciertas en el acervo cultural del siglo XX. Estos mismos supuestos epistemológicos y, en particular, la dicotomía de la que venimos tratando, ha ejercido influencias importantes en otros ámbitos y ciencias. Así, por ejemplo, en las ciencias de la comunicación, Muñoz-Torres ha escrito: «el principio epistemológico central en torno al cual gira la profesión periodística es el de la separación entre hechos y opiniones», lo que presupone una determinada forma de concebir los hechos, como «problemáticos e incontestables, por la posibilidad de verificarlos empíricamente. El hecho es lo objetivo, es decir, lo que está ahí, delante del sujeto y al margen de él». MUÑOZ-TORRES, J. R., «Objetivismo, subjetivismo y realismo como posturas epistemológicas sobre la actividad informativa», *Comunicación y Sociedad*, vol. 8, n.º 2, 1995, pp. 141 a 172. También es innegable su influencia en la literatura, en particular en la novela naturalista. Escribía Marías: «Las novelas que se escribían en España durante la juventud de Unamuno eran las de lo que podemos llamar realismo moderado. Estas novelas tenían como supuesto la filosofía de Augusto Comte, un tanto desvirtuada por los positivistas posteriores. Tradicionalmente, se había llamado a las novelas literatura de la imaginación. Parecía que esta facultad era la propia del novelista, como del poeta. Pero resulta que, según Comte, la imaginación es cosa del estado teológico, del primer estadio histórico de la humanidad, y el estado positivo, el estado definitivo de la mente humana, se caracteriza por un predominio constante de la observación sobre la imaginación». MARÍAS, J., «Prólogo», en *Miguel de Unamuno. Obras selectas*, ed. Pléyade, Madrid, 1946.

³⁶ Especialmente claro a este respecto nos parece Carnelutti, que escribía que «La representación es un sucedáneo de la percepción; sirve para despertar, mediante un equivalente sensible, la idea que vendría primariamente determinada por la percepción de un hecho». CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, op. cit., p. 133.

³⁷ LADD, M., «Expert Testimony», *Vanderbilt Law Review*, vol. 5, n.º 3, 1952, pp. 414 a 431, pp. 414 y ss.

³⁸ Taruffo ha propuesto una clasificación de las reglas de exclusión en dos categorías: «En términos generales, se puede distinguir dos grandes categorías de reglas de exclusión de pruebas, de acuerdo a la función que se les atribuya. La primera categoría comprende las normas que pretenden cumplir, de forma

hacia los jurados³⁹, juzgadores, en aquella tradición, de los hechos⁴⁰. La regla afirmaba sin mucho más decir que el testigo debía deponer exclusivamente sobre los hechos que había observado y no opinar sobre ellos, de forma que en virtud de la misma se justificaba el rechazo –la exclusión– de las opiniones del testigo, pues mientras que los hechos (*facts*) eran relevantes, las opiniones (*opinions*) eran tenidas por subjetivas e infundadas; en consecuencia, al ser consideradas susceptibles de confundir al jurado no accedían ya al conjunto de elementos de juicio atendibles para tomar la decisión. Nos referimos a la denominada brevemente *Opinión Rule* u *Opinion-exclusion rule*, a la que en adelante aludiremos como la «regla de exclusión de la opinión» o, sencillamente, la «regla de exclusión»⁴¹.

De la regla de exclusión en el sistema jurídico angloamericano y, por lo que ahora importa, de su evolución, ha dado cuenta el profesor SLOVENKO⁴² siguiendo a WIGMORE, para subrayar cómo la misma estuvo en sus orígenes fuertemente vinculada a la *hearsay rule*, por tanto, a la exigencia del conocimiento directo de los hechos (*firsthand knowledge*) para ser tenido por testigo⁴³. Como observaba LADD, mientras que a través

exclusiva o no, una función epistémica. Estas normas parecen dirigidas a prevenir o evitar errores o malentendidos en la determinación del valor probatorio de ciertas pruebas, por parte del sujeto o del órgano que debe formular la decisión final acerca de los hechos». TARUFFO, M., *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (D. Accatino Scagliotti, trad.), ed. Marcial Pons, Madrid, p. 167. En el mismo sentido, también Ferrer Beltrán ha referido la existencia de reglas que excluirían ciertos elementos de juicio por cuanto son tenidos de «bajo valor epistemológico ante el peligro de que una mala valoración tienda a darles más valor del que tienen». FERRER BELTRÁN, J., «La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba Cuasi-Benthamiana», *Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo*, vol. IX, n.º 18, 2017, pp. 150 a 169.

³⁹ De hecho, si seguimos a Denti, los juristas angloamericanos habrían postulado que la presencia de un jurado que tiene por cometido la valoración de los hechos habría sido la causa determinante de la misma formación de las reglas de exclusión en los países del *common law*. DENTI, V., «L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei», *Revista di Diritto Processuale*, vol. XX, n.º 1, 1965, pp. 31 a 70.

⁴⁰ VÁZQUEZ ROJAS, C., «El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comparecencia judicial», *Discusiones*, Sección Principal, n.º 24.1, 2020, pp. 29 a 60.

⁴¹ Ross Andrew sitúa el nacimiento de la regla de que venimos tratando en 1766. Cfr. ROSS ANDREW, O., «Testimonial Hearsay as the Basis for Expert Opinion: The Intersection of the Confrontation Clause and Federal Rule of Evidence 703' after Crawford v. Washington», *Hastings Law Journal*, vol. 55, n.º 6, 2004, pp. 1539 a 1562, p. 1546.

⁴² SLOVENKO, R., «The opinion rule and Wittgenstein's Tractatus», *University of Miami Law Review*, vol. 14, n.º 14, 1959, pp. 1 a 21. Disponible en: <http://repository.law.miami.edu/umlr/vol14/iss1/3>

⁴³ Como recuerda Gascón Abellán, *hearsay* comúnmente se refiere a «toda información de segunda mano que es ofrecida como prueba de la verdad de los hechos que se describe», siendo la *hearsay rule* una de las normas más importantes de las normas de exclusión en el *law of evidence*, a través de la cual se excluyen esas informaciones por no estar sustentadas en un conocimiento directo o personal y porque, además, la parte contraria a la que trata de introducir esa información no puede contrainterrogar (*cross examination*)

de la *hearsay rule* se impedía que un testigo declarase sobre lo que había escuchado decir a otros, a través de la *opinión rule* se limitaba su testimonio a los hechos percibidos, excluyendo lo que este pudiera pensar de esos hechos⁴⁴. De todo ello derivó que para incorporar al procedimiento judicial conocimiento experto, fuera necesario excepcionar esta regla.

En efecto, el problema enfrentado en aquellas tradiciones se originó por la necesidad de incorporar al proceso conocimiento experto o especializado bajo la única figura posible, la del *witness*, necesidad motivada por el cambio de un modelo inquisitivo, formado por *jury of experts* a un modelo adversarial en el que el jurado no conocía directamente los hechos del caso; ello, como decíamos, representaba un problema, porque los expertos, en no pocas ocasiones, no habían presenciado directamente los hechos⁴⁵ y en consecuencia al declarar no podían, según aquellas premisas, pronunciarse sobre los mismos, debiendo, de forma necesaria, emitir una opinión. La solución entonces fue la de permitir que esos expertos declarasen como *witnesses* por la vía de excepcionar la regla de exclusión. Así, a finales del siglo XVIII se reconocía ya de forma generalizada que los jueces podían admitir el testimonio en forma de opinión, como excepción a la regla de exclusión⁴⁶, de ciertas personas que si bien no tenían un conocimiento personal o directo de los hechos del caso, poseían un conocimiento especializado que resultaba necesario o útil para su esclarecimiento.

al tercero. GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, op. cit., p. 118.

⁴⁴ En este sentido, LADD, M., «Expert and Other Opinion Testimony», *Minnesota Law Review*, vol. 40, 1956, pp. 437 a 454.

⁴⁵ El experto no tiene, por lo general, un conocimiento directo de los hechos; vale decir, no estaba cuando los hechos sucedieron allí donde los hechos sucedieron. Por eso, ya en el derecho común angloamericano se les permitía a los expertos basar sus opiniones en hechos no personalmente conocidos, pero que habían sido incorporados al procedimiento. ROSS ANDREW, O., «Testimonial Hearsay as the Basis for Expert Opinion: The Intersection of the Confrontation Clause and Federal Rule of Evidence 703' after Crawford v. Washington», op. cit., p. 1548. Con otros términos, Anderson, Schum y Twining explican el prototipo de opiniones que ofrece el experto al proporcionar este ejemplo: «P might say: "I did not observe E myself. However, I observed two other events C and D from which I *inferred* that event E also occurred". This is opinion evidence, not based on any personal knowledge of event E». Así, mientras que un testigo común debería referir lo que observó, es decir, C y D, al testigo experto se le permite llegar a la conclusión (opinar) de que E efectivamente sucedió. ANDERSON, T., SCHUM, D. y TWINNING, W., *Analysis of evidence*, ed. Cambridge University Press, 2.ª ed., Nueva York, 2005, p. 66.

⁴⁶ WIGMORE, J. H., *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law including the statutes and judicial decisions of all jurisdictions of the United States*, ed. Little, Brown, and Company, 1904-1905, 4 vols., p. 1917.

Sin embargo, debido en parte a la influencia de la filosofía de LOCKE⁴⁷, el mismo SLOVENKO también explica que posteriormente la regla de exclusión experimentó un giro, al imponerse un nuevo concepto de *opinion*, pasando a entenderse por tal cualquier inferencia que el testigo hiciera sobre los hechos percibidos. Se justificaba así y entonces, bajo una teórica posibilidad de escindir el hecho observado de la opinión o el juicio, que ciertas afirmaciones de un testigo fueran rechazadas bajo la *opinion objection*, ello aun cuando se tratara de un testigo directo, de una persona que había presenciado personalmente los hechos, pues se consideraba que las inferencias, esto es, el razonamiento para llegar a una conclusión sobre los hechos observados por el testigo podía y debía de hacerlo el juzgador de los hechos⁴⁸. En sus palabras:

«In a political sense we say that every man has a right to his opinion. In a deeper sense it is more accurate to say that no man has a right to an opinion unless he has good evidence for it. This was the logic of the early English law, which excluded mere opinion; i.e., a belief by a witness who had no personal knowledge of the subject about which he was called to speak.

⁴⁷ La influencia de la filosofía de Locke en el citado «giro» ha sido recalcada recientemente por Dwyer: «The significance of Locke’s epistemology for understanding the development of the Opinion Rule is that he made a clear distinction between “knowledge” which was certain, and “judgment” which was not. The effect of that distinction for evidence jurisprudence is that the witness says she saw or heard should be treated with a certainty, subject of course to believing the witness. Locke says that “knowledge” is when we have an actual perception of the agreement or disagreement of any of our “ideas” with one another. The source of these ideas is sensation, which may be internal (our own existence, and what is passing in our minds) and external (perception of the presence of external objects). This perception of agreement can be either intuitive, when we perceive “immediately” (that is, without any intervening perceptual medium) by comparison with ideas themselves, or demonstrative, when we perceive “mediately” (that is, through an intervening perceptual medium), by deduction from comparison with intervening ideas which have constant and immutable connection or sensitive, by being aware of things actually present to our senses». DWYER, D., *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, ed. Cambridge University Press, Nueva York, 2008, p. 81. Al respecto, es imposible dejar de advertir, de un lado, la equiparación semántica a la que, si ahora seguimos a Wigmore, acudían en el siglo XVII los jueces entre el conocimiento («knowing»), entendiendo por tal el conocimiento sensible («personal observation») y por lo mismo cierto, y los hechos («facts»), y, de otro lado, cómo ese conocimiento (cierto) y los hechos, único objeto posible del testimonio, eran confrontados con la opinión («judgment»). Escribía Wigmore al respecto: «This is one phrase of contrast which the Court might use—the contrast between knowing (i. e. personally observing) and opining (i. e. believing without sufficient observation)—. But there is another phrase; the judge must say “We want not your opinion; have you any facts? For we can guess and opine as well as you can; tell us facts if you have them”. This demand for “facts” means, as before, some real or positive grounds of knowledge in the witness. The principle of objection which the judge has in mind is the same in both cases; he will have knowledge, not opinion, facts, not opinion». WIGMORE, J. H., *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law including the statutes and judicial decisions of all jurisdictions of the United States*, op. cit., p. 1917.

⁴⁸ El «giro» del que venimos hablando representaría una particularidad del derecho estadounidense. Así, George C. Pratt, juez de Nueva York, escribía en 1982 que los tribunales ingleses, aunque igualmente rechazan el testimonio de opinión, seguirían entendiendo por opinión fundamentalmente el «statement not made on the basis of the witness’ personal knowledge». PRATT, G. C., «A Judicial Perspective on Opinion Evidence under the Federal Rules», *Washington and Lee Law Review*, vol. 39, n.º 313, 1982, pp. 313 a 331, p. 313.

Having no personal knowledge to report, what the witness might conjecture, guess, or surmise was wholly irrelevant in the judicial inquiry. In this aspect, the opinion rule was merely a reflection of the basis requirement in the law of evidence that to be competent as a witness, a person must have personal knowledge of the issues involved in the case. When a witness had personal knowledge of the affair the early cases did not exclude the opinion and inference which he drew from his observations. Later, the opinion-exclusion rule took a twist. It came to be applied to a witness who spoke from personal knowledge, but who in his testimony wittingly or unwittingly acknowledged the inferential process involved in knowledge. These embellishments aroused the ire of the judges who, in effect, admonished the witness; speak to the facts, we can opine for ourselves. The usual expression of the rule is that it is the province of the trier (judge or jury) to exercise opinions and reach conclusions in determining its verdict and the function of the witness is to state the facts. The witness is to present only his sensory impressions, and the court is to draw the necessary inferences and form its own opinion about what happened. The formula that the witness must furnish facts and not opinions is based on the assumption that fact and opinion stand in contrast and hence are readily distinguishable»⁴⁹.

La regla de exclusión de la opinión no le es del todo extraña a los sistemas de tradición civilista⁵⁰, aun cuando sea cierto que no siempre se ha positivizado claramente y también que resulta de más difícil justificación que en los sistemas del *common law* en la medida en que en nuestra tradición es la misma persona (el juez) quien decide acerca de la admisibilidad de las pruebas y las valora⁵¹.

⁴⁹ «En un sentido político, se sostiene que toda persona tiene derecho a su opinión. Sin embargo, en un sentido más profundo, es más preciso afirmar que ninguna persona tiene derecho a emitir una opinión a menos que cuente con pruebas sólidas que la respalden. Este principio se refleja en la lógica del derecho inglés temprano, que excluía las opiniones puramente subjetivas; esto es, las creencias de un testigo que carecía de conocimiento personal sobre el objeto de su testimonio. Si un testigo no tenía conocimiento personal que aportar, cualquier conjetura, especulación o suposición que pudiera expresar carecía de relevancia en el proceso judicial. En este sentido, la regla de exclusión de opiniones no era más que una manifestación del requisito esencial del derecho probatorio: para que un testigo sea considerado competente, debe poseer conocimiento personal de los hechos controvertidos en el caso. Cuando un testigo poseía dicho conocimiento personal, los casos iniciales no excluían las opiniones o inferencias que este pudiera derivar de sus observaciones. Posteriormente, la regla de exclusión de opiniones adoptó un giro, aplicándose incluso a aquellos testigos que, pese a declarar sobre hechos de conocimiento personal, reconocían explícita o implícitamente el proceso inferencial subyacente a dicho conocimiento. Estas ampliaciones suscitaban la objeción de los jueces, quienes reprendían al testigo en términos similares a: “Limítese a exponer los hechos; las inferencias y conclusiones corresponden al tribunal”. De manera general, la regla se expresa afirmando que corresponde al juzgador (sea juez o jurado) formular opiniones y extraer conclusiones al dictar su fallo, mientras que la función del testigo se limita a declarar los hechos» (traducción propia).

⁵⁰ El derecho francés representaría sin embargo una excepción, cfr. SILVA MELERO, V., *La prueba procesal*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 211.

⁵¹ Cfr. VÁZQUEZ ROJAS, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, op. cit., p. 157.

De cimientos antiguos (en España SILVA MELERO⁵² se remontaba a las enseñanzas aristotélicas acerca del entendimiento y la impresión sensible), habría motivado que ya en la Edad Media se adoptara con rigidez «el criterio de exclusión de todo aquello que podía adulterar la percepción del testigo, es decir, que se mantuvo neta la distinción entre hechos procesales y hechos que se deducen de aquéllos y que no son el resultado de una percepción, sino de un juicio»; en cualquier caso, también en estas tradiciones la regla presumía una teórica posibilidad de escindir el hecho del juicio, a la que igualmente se habría añadido el argumento de que solamente lo percibido por el testigo le es útil al juez, pues lo que el testigo infiriera de los hechos percibidos lo puede y debe inferir aquel⁵³.

Al respecto, en Italia, SCARDACCIONE⁵⁴ hacía referencia a la regla de exclusión como una constante en la jurisprudencia en relación con el contenido de la prueba testifical: «la giurisprudenza è costante nel ritenere che i testimoni possono essere chiamati a deporre su circostanze obiettive, cadenti sotto la comune percezione sensoriale, non anche ad esprimere giudizi soggettivi o di natura tecnica»⁵⁵. MICHELI⁵⁶, por su parte, señalaba: «Il testimone perciò deve deporre su circostanze obiettive e non deve esprimere giudizi, né formulare valutazioni soggettive sulle circostanze obiettive, né di ordine giuridico (ad es., qualificazione giuridica di un fatto), né di altro ordine tecnico»⁵⁷. Y el alemán ROSENBERG⁵⁸ exponía que «el testigo debe comunicar sus percepciones concretas sobre los mismos [hechos], pero no expresar su opinión sobre su significado; como, por ejemplo, sobre la interpretación de las declaraciones contractuales, ni deducir sus consecuencias».

A estas premisas, es decir, según aquella forma de concebir los «hechos percibidos» como «previos a toda interpretación teórica»⁵⁹, se unía la existencia en los sistemas

⁵² SILVA MELERO, V., *La prueba procesal*, op. cit., p. 17.

⁵³ Cfr. CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, op. cit., p. 154.

⁵⁴ SCARDACCIONE, A., *Le prove*, ed. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1971, p. 78.

⁵⁵ «La jurisprudencia es constante al considerar que los testigos pueden ser llamados a declarar sobre circunstancias objetivas, comprendidas dentro de la percepción sensorial común, pero no para emitir juicios subjetivos o de carácter técnico» (traducción propia).

⁵⁶ MICHELI, G. A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, vol. II: *Il processo di cognizione*, ed. Giuffrè, Milán, 1960, p. 146.

⁵⁷ «El testigo, por lo tanto, debe declarar sobre circunstancias objetivas y no debe emitir juicios ni formular valoraciones subjetivas sobre dichas circunstancias objetivas, ni de carácter jurídico (por ejemplo, la calificación jurídica de un hecho), ni de otro carácter técnico» (traducción propia).

⁵⁸ ROSENBERG, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 251.

⁵⁹ PADILLA MORENO, J., «Los hechos y su interpretación», *Revista de Teoría de Historia*, vol. 24, n.º 1, 2021, pp. 92 a 103, p. 94.

civilistas de otro medio de prueba distinto a la testifical típica y precisamente destinado a aportar al proceso el conocimiento experto (la prueba pericial o el dictamen de peritos), tradicionalmente sujeto a sus propias reglas jurídico-procesales, entre ellas, destacadamente, la designación judicial del perito.

Sobre la base de lo anterior, en el marco de las sempiternas indagaciones y teorías de la doctrina científica procesalista en punto a la diferencia entre testigos y peritos, la dicotomía hecho-juicio (opinión) vino a servir de criterio de demarcación: así, se explicaba que mientras que al testigo le era propia la narración de los hechos percibidos, al perito le eran propios las opiniones o los juicios⁶⁰. A este respecto, CARNELUTTI recordaba cómo la dogmática procesalista alemana del siglo XIX había acudido frecuentemente a la «concepción del juicio como contenido de la declaración pericial»⁶¹, a la vez que atribuía a F. STEIN el mérito de haber demostrado que también el testigo formula juicios, circunstancia que el mismo procesalista alemán evocaba en su conocida obra «Das private Wissen des Richters», sobre la que volveremos más adelante, escribiendo:

«Antiguamente, se trató esta cuestión al distinguir entre testigos y peritos, aunque en la mayoría de las ocasiones era el juicio puro y no el jurídico el que constituía el término contrapuesto al hecho: aquellos debían limitarse a dar cuenta de los hechos sin juzgar, mientras que éstos sólo debían juzgar sin informar»⁶².

Todo lo anterior, motivó que en la práctica forense se rechazara, en no pocas ocasiones, la testifical técnica, rechazo del que se hicieron eco alguno de los máximos exponentes de la dogmática procesalista ya del siglo XX en lengua italiana, como

⁶⁰ En su reciente revisión sobre la prueba testimonial, González Coulon hace referencia expresa a este criterio de demarcación: «Por último, otra discusión que adquiere relevancia es la referente a la posibilidad de que los testigos emitan opiniones. Así, quienes postulan la diferencia absoluta entre los diversos medios de prueba, estiman que ello no es posible porque las opiniones serían propias del perito». GONZÁLEZ COULON, M. A., *El testimonio como prueba: una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial*, op. cit., p. 99.

⁶¹ CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, op. cit., p. 111.

⁶² STEIN, F., *El conocimiento privado del juez* (trad. D. Andrés de la Oliva), ed. Temis, Argentina, 2017, pp. 8 y 9.

CARNELUTTI⁶³ y española, fundamentalmente, DEVIS ECHANDÍA⁶⁴, para manifestar su desacuerdo.

Al respecto de tal repulsa y su relación con la regla de exclusión, RENGEL ROMBERG⁶⁵, siguiendo en este punto a DENTI, citaba como caso paradigmático el decidido en Italia por el Tribunal Civil de Cremona, mediante una Sentencia de 12 de febrero de 1957⁶⁶. Según explicaba «se trataba de la impugnación de un testamento por enfermedad mental del testador, en el cual los actores, para probar que el difunto padecía arteriosclerosis cerebral, promovieron el testimonio de los médicos que lo habían tratado»; sin embargo, el Tribunal decidió la inadmisión de tal prueba al no encontrar adecuado el testimonio de los citados profesionales para probar si el testador estaba afectado o no de arteriosclerosis cerebral, puesto que, se explicaba, el testimonio solamente podía tener por objetos hechos, en cuanto tales representables de forma inmediata. Concretamente, en la citada resolución se llegaba a tal rechazo mediante las siguientes consideraciones:

«Mentre al fatto si giunge con deduzione immediata da ciò che i sensi percepiscono, non essendo necessaria la conoscenza di particolari discipline, al giudizio si giunge con deduzione mediata, ossia attraverso un ragionamento, il quale è possibile solo se si sia in possesso di particolari cognizioni»⁶⁷.

De donde creemos que se comprueba, tal y como se viene señalando, la influencia de aquella manera de entender los hechos y la proyección de la dicotomía entre hecho-juicio (opinión) que presume la regla de exclusión, como causas, si no determinantes, sí concurrentes en el rechazo al testimonio técnico⁶⁸.

⁶³ CARNELUTTI, F., *La prueba civil, op. cit.*, p. 154.

⁶⁴ Devis Echandía se lamentaba en los siguientes términos: «Debido al error de creer que los testigos no pueden emitir conceptos, ha tenido dificultades la aceptación de esta clase de testimonios». DEVIS ECHANDÍA, H., *Compendio de la Prueba Judicial*, ed. Culzoni, Buenos Aires, 2007, t. II, p. 9.

⁶⁵ RENGEL ROMBERG, A., «El testigo técnico o calificado en el Derecho Venezolano», *Revistas ICDP*, n.º 21, 2015, pp. 103 a 107.

⁶⁶ El fragmento transcrito se ha obtenido de DENTI, V., «Testimonianza Tecnica», *Rivista di Diritto Processuale*, año XVII, n.º 1, 1962, pp. 9 a 18, p. 14.

⁶⁷ «Mientras que el hecho se alcanza con deducción inmediata de lo que perciben los sentidos, ya que el conocimiento de disciplinas particulares no es necesario, el juicio se alcanza por deducción mediata, es decir, a través de razonamiento, que es posible solo si uno está en posesión de un conocimiento particular» (traducción propia).

⁶⁸ Concretamente, Denti escribía: «Nella testimonianza, il problema del ricorso alla “esperienza” tecnica del dichiarante sorge per il richiamo ad una “regola di esclusione” che è tradizionalmente enunciata dalla

Pero no solamente en Italia era problemática la testifical técnica. También se habría rechazado en Venezuela y en Colombia. El mismo RENGEL ROMBERG⁶⁹ da cuenta de algunos casos en Venezuela, y refiere al respecto dos Sentencias de la Casación de los años 1963 y 1970. Así, en la primera se constataba que «los testigos pueden dar fe de que se está construyendo un edificio, de que otra propiedad vecina ha sufrido daños, etc. pues éstos son hechos que caen bajo el dominio de los sentidos; pero afirmar que los daños y desperfectos tiene una determinada causa, ya ésta no es la constatación de un hecho, sino una apreciación personal del testigo, resultado de una operación intelectual, cuya exactitud solo puede establecerse por otros medios de prueba adecuados a tal fin». Por su parte, también DEVIS ECHANDÍA⁷⁰ reseña varias resoluciones de la Corte Suprema de Colombia de los años 1947, 1954 y 19567, que, a juicio del citado autor, habrían sido «muy rigurosas con los testimonios técnicos», al entender que los «conceptos técnicos» emitidos por estos testigos carecen de valor probatorio, por lo que concluía: «Creemos que la Corte exagera el principio de que los testigos deben limitarse a exponer los hechos percibidos».

En definitiva, ocurría que la declaración de este tipo de testigos, aun tratándose de personas que habían intervenido personalmente en los hechos (por ejemplo, aquellos médicos que habían tratado al enfermo en el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal de Cremona) es decir, aun siendo testigos directos de los hechos, era rechazada porque, vale decir, al no ser su percepción la común, la misma se revelaba externamente no como un hecho, sino como un juicio⁷¹, lo que, como se ha tratado de exponer, resultaba incompatible con aquella forma de entender la prueba testifical y los hechos que debían ser objeto de esta. A lo anterior sin duda se unía –según se anticipó– como factores propiciatorios de ese rechazo al testigo-perito tanto la arraigada necesidad de justificar las diferencias jurídico procesales existentes entre la configuración del medio de prueba

dottrina e dalla giurisprudenza, ma della quale non è traccia nella nostra legge processuale». DENTI, V., «Testimonianza Tecnica», *op. cit.*, p. 12.

⁶⁹ RENGEL ROMBERG, A., «El testigo técnico o calificado en el Derecho Venezolano», *op. cit.*, pp. 103 y 104.

⁷⁰ DEVIS ECHANDÍA, H., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 456.

⁷¹ Más recientemente y con relación al testimonio técnico en Italia, Ferraris ha apuntado que también las «apreciaciones técnicas» fueron tenidas por la jurisprudencia italiana por «juicios», excluyéndose del testimonio de los testigos «nel timore che, tramite un linguaggio scientifico, si rischi di passare con troppa disinvoltura da una mera esposizione dei fatti a una loro valutazione diagnostica e prognostica». FERRARIS, F., «La Testimonianza Tecnica», *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 67, n.º 5, 2012, pp. 1231 a 1249, p. 1233.

testifical y del medio de prueba pericial –quien posee conocimientos especializados potencialmente útiles para la resolución de un litigio ha de intervenir en el procedimiento como perito (nunca como testigo)– como el hecho de que imperasen sistemas cerrados o taxativos de medios de prueba (o se traía al proceso un testigo o se traía un perito).

Aunque, como veremos, la regla de exclusión parece haber sido positivizada, de una manera u otra, en varios ordenamientos jurídicos entre las reglas relativas a la práctica de la prueba testimonial y, particularmente, al examen del testigo, parece que el rechazo judicial a la prueba técnica se habría producido en ocasiones *ex ante*, es decir, en sede de normas sobre los medios de prueba admisibles. Así, siguiendo a FERRER⁷², si hay tres momentos diferentes y consecutivos en la actividad probatoria, siendo el primero de ellos el de la conformación de los elementos del juicio, el segundo, el momento de valoración de esos elementos y el tercero el de la adopción de la decisión, parece que el rechazo del testimonio técnico se habría producido en el primero de ellos, impidiendo la misma práctica de la prueba y no en cuanto a las afirmaciones vertidas por el testigo en el momento de su declaración.

2.2.2. *El binomio conocimiento-juicio de hecho: el reconocimiento del testigo técnico y ¿el ocaso de la regla de exclusión de la opinión?*

Hoy en día, a poco que se piense, los postulados a los que acabamos de referirnos, concernientes, en definitiva, a la forma en la que los hombres percibimos los sucesos que observamos y también cómo damos cuenta de ellos, parecen hasta pueriles; de ahí que esta concepción haya sido calificada por GONZÁLEZ LAGIER⁷³ como propia de un «objetivismo ingenuo» que se precisaría en las dos tesis siguientes: la primera, a la que se refiere como la «tesis de la objetividad ontológica» y con arreglo a la cual, en sus palabras, «el mundo es independiente de sus observadores. Esto es, las cosas son como son, con independencia de lo que sabemos de ellas y de cómo las vemos». Y, la segunda, que denomina «tesis de la objetividad epistemológica» que vendría a significar la creencia en que «por medio de los sentidos normalmente tenemos un acceso fiel a esa realidad».

⁷² FERRER BELTRÁN, J., «La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba Cuasi-Benthamiana», *op. cit.*, p. 154.

⁷³ GONZÁLEZ LAGIER, D., *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, *op. cit.*, p. 24.

Al respecto, no deja de ser paradójico que ya en el año 1924 el juez francés F. GORPHE llamase la atención en su obra «La Crítica del Testimonio», sobre las «condiciones subjetivas de la percepción», recordando al respecto que fundamentalmente tras KANT «filósofos y psicólogos han señalado que la actividad intelectual del sujeto se hacía sentir fuertemente en la percepción»⁷⁴.

En lógico correlato, la dogmática procesalista no permaneció, no del todo, ajena a estas consideraciones propias de las filosofías superadoras del positivismo y que, paulatinamente, a lo largo del siglo XX, se habrían visto favorecidas por varias teorías psicológicas en torno al concepto de percepción (entre otros, la psicología de la *Gestalt*) o filosóficas (la tesis de «la carga teórica de la observación» de RUSSELL HANSON⁷⁵). Esta proyección en la dogmática procesalista también ha sido puesta de manifiesto por GASCÓN ABELLÁN⁷⁶:

«Pero en el pensamiento jurídico y en la ciencia procesal, también cabe encontrar reflejos de las epistemologías pospositivistas o subjetivistas en general. [...] Una primera aproximación de las epistemologías subjetivistas en la praxis procesal, es, en efecto, la asunción de la ineludible contaminación teórica del conocimiento de los hechos. La idea de que no existen «hechos brutos» sino interpretados por alguna teoría, ha impregnado también los planteamientos jurídicos, propiciando la toma de conciencia del carácter relativo de la verdad fáctica».

Así, centrándonos por el momento en el viejo continente, las lecciones que vinieron de una manera u otra a reformular o matizar lo que debía entenderse por hechos como objeto de la prueba testifical, se sucedieron ya desde finales del siglo XIX y a lo largo del siglo XX. Por ejemplo, en Italia, DOSI⁷⁷ advertía de la insuficiencia de la impresión sensible para que hubiera testimonio:

«Aun reconociendo que el conocimiento de tipo testimonial es necesariamente reforzado por un contacto realizado por un sujeto con un dato objetivo y mediante los órganos sensoriales, es preciso añadir que tal contacto no debe considerarse suficiente para la adquisición del conocimiento de aquel dato. Como se ha señalado, una simple toma de

⁷⁴ GORPHE, F., *Crítica del testimonio*, op. cit., p. 198.

⁷⁵ HANSON, N. R., *Observación y explicación: guía de la filosofía de la ciencia. Patrones de descubrimiento. Investigación de las bases conceptuales de la ciencia*, ed. Alianza, Madrid, 1977.

⁷⁶ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, op. cit., pp. 35 y 36.

⁷⁷ DOSI, E., *La prueba testimonial. Estructura y función*, op. cit., pp. 22 y 23.

contacto, correspondiente grosso modo a la sensación, se reduce solo a un abrir de ojos y a un tender de oídos, y, a causa de esto, termina por permitir recoger a lo sumo los solos aspectos exteriores del dato objeto. Como tal, la toma de contacto, en sí y por sí considerada, deja subsistir únicamente una oscura sensación desprovisto de todo significado (...). Por consiguiente, aun para la adquisición de un conocimiento de tipo testimonial es necesario que a la toma de contacto con el dato objetivo – nada interesa la técnica adoptada: si, por ejemplo, a través de una observación a simple vista o a través de una observación mediante instrumentos– le sigan una interpretación del dato y una comprensión del mismo».

Igualmente, en Colombia, DEVIS ECHANDÍA⁷⁸ señalaba que si bien el objeto del testimonio eran los hechos, el testigo de forma inevitable emite opiniones «sobre la identificación de éstos (si era animal o vegetal), o sobre las condiciones en las que se encontraba una persona (como su ebriedad o la ira manifiesta), o sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos, o sobre lo que dedujo de lo observado o percibido; es decir, opiniones que complementan la narración de sus percepciones y son inseparables de esta».

Asimismo, en España y años más tarde, FONT SERRA⁷⁹ desmentía:

«No es cierto que el testigo deba limitarse a narrar sus percepciones sin emitir juicio alguno. Las narraciones del testigo serán, en definitiva, un juicio –al menos en el sentido lógico del concepto juicio– más o menos simple o complejo; y es que, narrando, a fuerza deben emitirse juicios, pues la narración implica el razonamiento y el juicio».

De esta manera, como ya se apuntó, se desdibujaba notablemente una de las tradicionales notas distintivas entre el testigo (común) y el perito, la que recurría precisamente la confrontación entre hecho-juicio (opinión), puesto que –se argumentaba– tanto uno como otro conceptúan al declarar, adoptando sus declaraciones externamente la misma forma lógica, es decir, la de un juicio sobre un hecho⁸⁰. En definitiva, aunque

⁷⁸ DEVIS ECHANDÍA, H., *Compendio de la Prueba Judicial*, op. cit., p. 8.

⁷⁹ FONT SERRA, E., *La prueba de peritos en el proceso civil español*, op. cit., p. 109.

⁸⁰ Lo que llevaba a Stein a escribir en relación con las afirmaciones que pudiera hacer un perito: «Estos juicios son sin duda juicios de hecho y es obvio que, en tanto que juicios lógicos no se diferencian de los que expresa el testigo, pues declaran, al menos aparentemente, en base a percepción propia y a la conclusión sobre hechos concretos o sobre propiedades de objetos». STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, op. cit., p. 104. En el mismo sentido, Rengel Romberg: «Si por su estructura —como hemos visto— el testimonio es fundamentalmente un juicio, porque el testigo narra el hecho como ha sido percibido por él a través de sus sentidos, así también el perito emite un juicio (dictamen) sobre el hecho o circunstancia sobre el cual versa». Vid., RENGEL ROMBERG, A., «El testigo técnico o calificado en el Derecho Venezolano»,

de forma muchas veces acrítica, como luego se verá, vino de alguna manera a concederse que no hay una línea cierta que separe el hecho percibido del juicio u opinión⁸¹.

Efectivamente, hoy en día esta constatación es, vale decir, un lugar común; no se cuestiona que los hechos, también aquellos que observamos, no son fenómenos enteramente externos y ajenos al sujeto cognoscente, sino que en parte son producto de la individualidad psíquica de cada uno, de su apreciación subjetiva, de su red conceptual. Por lo mismo, hoy también parece incuestionable que el testigo para informar sobre los hechos que ha observado ha de ofrecer necesariamente un juicio sobre esa percepción – su personal juicio–, como han recordado recientemente TARUFFO⁸², GONZÁLEZ LAGIER⁸³ y SOBA BRACESCO⁸⁴, quien, por lo mismo, concluye: «la perspectiva clásica o tradicional de la dogmática procesalista, que ve en la declaración del testigo una representación de hechos pasados o un equivalente de la percepción, se considera agotada».

Nos parece que es entonces, cuando se abraza un concepto más amplio de lo que es percibir y declarar acerca de lo que se ha visto u oído, como proceso que supone no solo la pura aprehensión sensible del hecho, sino también recurrir a un cierto razonamiento, aunque sea apenas consciente, que procede de la experiencia propia (un determinado e impreciso *stock of knowledge*⁸⁵) y cierto andamiaje conceptual, que se llega al reconocimiento de la figura del testigo técnico. Así, el instituto del testigo-perito, desde una aproximación epistemológica, pero también ontológica, debemos ponerla en relación con cierta toma de conciencia acerca de la ambigüedad del término «hecho» por parte de la doctrina procesalista, al menos, con el reconocimiento de que no se percibe de forma

op. cit., p. 103. Y, en España, Silva Melero reconocía que la distinción conforme a la cual el perito tiene por cometido «expresar un juicio» y el testigo «exponer hechos» «no es decisiva porque quiérase o no el testigo juzga, como por otra parte, el perito también se refiere a hechos». SILVA MELERO, V., *La prueba procesal*, *op. cit.*, p. 213.

⁸¹ Al respecto, Devis Echandía llega a concluir que se trataría de un error: «consiste en separar el juicio del hecho y admitir que aquel puede ser objeto de prueba en general y de testimonio en particular, independientemente de este». DEVIS ECHANDÍA, H., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 391.

⁸² TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, *op. cit.*, pp. 465 a 467.

⁸³ Para González Lagier, la influencia de las filosofías que califica de «escépticas radicales» habría trascendido a los procesalistas al punto de modificar lo que sea objeto de la prueba. Así, para parte de la doctrina procesalista el objeto de la prueba ya no serían los hechos, sino las «afirmaciones sobre los hechos». GONZÁLEZ LAGIER, D., *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁴ SOBA BRACESCO, I. M., «De la declaración representativa a la reconstructiva. Las opiniones de los testigos y el caso del testigo técnico», *Revista Ítalo-española de Derecho Procesal*, n.º 2, pp. 67 a 90, p. 71.

⁸⁵ TARUFFO, M., *Simplemente la Verdad. El juez y la construcción de los hechos*, *op. cit.*, p. 72.

pasiva y por igual, porque «los hechos observables están inscritos en modelos o teorías que se dan por supuestas y que son las que permiten verdaderamente la observación⁸⁶», por lo que cualquier percepción se traduce siempre al ser transmitida en un juicio, en cuanto que acto lógico del entendimiento, pero también, en su dimensión verbal o terminológica, en cuanto que proposición.

En definitiva y como conclusión, si volvemos a GONZÁLEZ LAGIER y a sus dos citadas tesis, creemos que el reconocimiento de la figura del testigo técnico debemos, al menos, ponerlo en relación con la superación de la primera de las tesis, la tesis de la objetividad ontológica, es decir, con la constatación de que el mundo no «es independiente de sus observadores». Ahora bien, se trataría entonces de una superación no culminada o, si se quiere, solo aparente. Sin duda faltó entonces –y aun hoy creemos que faltaría– un entendimiento cabal de lo que entraña realmente percibir un hecho o «desambiguar el término hecho» a fin de derrotar también la tesis de la objetividad epistemológica. Y es que, como se verá a lo largo de este trabajo, aunque incluso desde cierta noción legal de la figura se reconozca que el testigo-perito tienen una naturaleza híbrida, lo que exigiría una regulación procesal que reconozca y dé respuesta a tal naturaleza, la misma ha quedado sujeta, en lo esencial, a las normas propias de la prueba de testigos en consideración a la percepción personal o al «conocimiento directo» de los hechos por parte de quien es presentado en un procedimiento judicial como testigo-perito. Ese «conocimiento directo» es tenido tanto doctrinal como jurisprudencialmente como criterio sustantivo para tratar de diferenciar al testigo-perito del perito y de la prueba pericial y, en especial, para la distinción de los que, idealmente, habrían de ser sus testimonios. Veremos también por qué esa distinción importa. Pero por el momento, lo que interesa subrayar es que el que esto sea así, es decir, que se acuda al conocimiento directo como criterio de distinción, lo que vendría a demostrar finalmente, al menos si en este punto seguimos a VÁZQUEZ ROJAS⁸⁷, sería la supervivencia del llamado «objetivismo ingenuo». Transcribimos:

«En todo caso, los procesalistas suelen argumentar como diferencia sustantiva entre ambos tipos de prueba [la testifical y la pericial], además de la experticia, el conocimiento directo de los *hechos* del caso. Este

⁸⁶ PADILLA MORENO, J., «Los hechos y su interpretación», *op. cit.*, p. 94.

⁸⁷ VÁZQUEZ ROJAS, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, *op. cit.*, p. 48.

argumento se funda en el objetivismo ingenuo visto anteriormente, que supone que los hechos son plenamente objetivos y los conocemos porque de alguna manera “impactan” en nuestra conciencia. Si, por el contrario, al desambiguar el término “hecho” asumimos la diferencia entre los hechos brutos, los hechos percibidos y los hechos interpretados, y las complejas relaciones entre estos, podemos entonces notar la simplicidad (y los errores) con la que ha sido asumida la supuesta diferencia entre la prueba pericial y la prueba testimonial. Ambos, el testigo y el perito, ofrecen hechos *interpretados* que deben ser relevantes para el caso».

Aceptar lo anterior –que todos los hechos, hayan sido o no observados directamente, serían no más, tampoco menos, que hechos interpretados⁸⁸– obliga a concluir que hablar como se ha hecho (y se hace) de hechos percibidos de un lado (esto es, teóricamente, hechos) y de hechos deducidos o inferidos por el otro (esto es, teóricamente, opiniones) es, cuando no incorrecto, sí muy cuestionable. Pero no solo esto; también patentiza que hemos de confrontar la pretensión de lo absoluto asociada al conocimiento de los hechos percibidos directamente y que, se reitera, es la que sigue profundamente instalada, como se verá, en la noción procesal de testigo⁸⁹ y, por tanto, en la de la subcategoría del testigo técnico.

Por lo expuesto, de nuevo VÁZQUEZ ROJAS⁹⁰ ha señalado que conviene «abandonar una distinción tajante entre hechos y opiniones, por insuficientemente informativa y que más bien termina oscureciendo los procesos inferenciales que realiza un experto a partir de lo que observa (i.e., de sus esquemas conceptuales, sus instrumentos, etc., que deberían explicitarse adecuadamente) y de los criterios subjetivos que adopta».

Nos adentramos entonces –lo advertimos y lamentamos– en la oscuridad, pues la figura del testigo-perito se ha abordado, incluso construido, en torno y desde esa problemática dicotomía a la que subyace la regla de exclusión; una regla que se habría resistido a perder validez, sirviéndose, en buena medida, de la terminología positivista entre «juicios de hecho» y «juicios de valor» o, dicho de otra manera, en diversos intentos

⁸⁸ La conclusión evoca, claro está, el célebre fragmento de Nietzsche: «Contra el positivismo, que se queda en el fenómeno, solo hay hechos, yo diría no hay hechos, solo interpretaciones». NIETZSCHE, F., *Fragmentos póstumos (1885-1889)* (trad. J. L. Vermal y J. B. Llinares Chover), ed. Tecnos, Madrid, 2008, vol. IV, p. 7.

⁸⁹ Aunque añadiríamos que no solamente en la noción *procesal*, sino también en una común, en el imaginario colectivo, como resulta de la segunda acepción de la voz «testigo» según la RAE, que es la de una «persona que presencia o adquiere *verdadero y directo conocimiento de algo*» (la cursiva es nuestra).

⁹⁰ VÁZQUEZ ROJAS, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, p. 43.

por singularizar cierto tipo de juicios o proposiciones sobre los hechos, que no serían admisibles, de otros, que sí lo serían.

Ahondaremos seguidamente en esta regla y en sus excepciones, de momento, por lo que al testigo común u ordinario se refiere.

3. EN TORNO AL ALCANCE DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA OPINIÓN EN EL SUPUESTO DE UN TESTIGO COMÚN

La configuración de la prueba testifical como un medio de conocimiento a partir del binomio percepción-hecho respondería a postulados epistemológicos empiristas que reivindicaban la existencia de una realidad independiente del sujeto que la observa y defendían que esta observación constituía la única forma fiable de aprehenderla. Ya hemos visto que tales principios proyectados sobre la ciencia jurídica procesal habrían dado lugar a una definición de la prueba testifical o de testigos que imponía la observación personal del hecho como presupuesto para ser testigo, así como un tratamiento simplificador de los hechos procesales. De ahí, que la declaración ideal del testigo se concibiera como una representación de hechos percibidos, que imponía despremiar sus opiniones en la medida en que serían extrañas a la impresión sensible, relativas a cada individuo y, en consecuencia, no empíricamente verificables.

El problema, como se ha visto, es que no hay una línea cierta que separe el hecho y la opinión, lo que debería conducir, como poco, al cuestionamiento de la regla de exclusión. En efecto, si como se ha escrito, toda declaración sobre un hecho percibido directamente se traduce necesariamente en un juicio, vale decir, en una inferencia sobre el hecho en cuestión, ¿para qué la regla? ¿o es que es posible hacer distinciones entre los juicios? ¿dependerá –cabe preguntarse– del tipo de inferencia?

Conviene entonces profundizar en la regla de exclusión y, concretamente, en las razones que se han esgrimido, en su caso, para continuar sosteniendo su validez o, cuando menos, su utilidad; como se ha adelantado, ello nos obliga a adentrarnos en la «oscuridad de los procesos inferenciales». Acudiremos para ello al Derecho norteamericano, en donde se ha tratado de dar, con remarcado esfuerzo, una respuesta a esta cuestión. Y es que en Estados Unidos la regla de exclusión habría sido, en algunos casos, llevada a sus últimas consecuencias durante los siglos XVIII y XIX, motivando tal circunstancia cientos de recursos y revocaciones de resoluciones judiciales sobre la base de distintas

interpretaciones acerca de si cierto testimonio debía ser calificado de «testimonio de hecho» o «testimonio de opinión»⁹¹. La situación dio pie, lógicamente, a que también fuera una regla muy cuestionada por la doctrina. Así, el mismo WIGMORE⁹², a comienzos del siglo XX, la criticó muy duramente, diciendo de la regla de exclusión que había contribuido más que ninguna otra regla procesal a convertir la litigación en un «*state of legalized gambling*» y augurando incluso su desaparición en un futuro, dado que se asentaba en una distinción que era falaz. Así lo explicaba:

«In the first place, no such distinction is scientifically possible. We may in ordinary conversation roughly group off distinct domains for “opinion” on the one hand and “fact” or “knowledge” on the other; but as soon as we come to analyze and define these terms for the purpose of that accuracy which is necessary in legal rulings, we find that the distinction vanishes, that a flux ensues, and that nearly everything which we choose to call “fact” either is or may be only “opinion” or “inference”»⁹³.

Pese a ello o precisamente por ello, entre las excepciones a la regla de exclusión, una de las primeras reconocidas como tales, es decir, una de las primeras excepciones, vino de la mano de las denominadas *collective fact* o *shorthand rendition opinions*, categoría bajo la cual se encontraban en su mayoría juicios sobre extremos que tenían que ver con la identificación de las cosas por parte de los testigos comunes (*identification evidence*): por ejemplo, los colores, el peso, la gradación de la luz, la velocidad, el sonido, el tamaño, la distancia, pero también, aunque no sin excepciones y vacilaciones, con los

⁹¹ OSENTOSKI, K., «Out of bounds: why federal rule of evidence 701 lay opinion testimony needs to be restricted to testimony based on personal first-hand perception», *University of Illinois Law Review*, vol. 2014, 2014, pp. 1999 a 2046. Aunque la aplicación rigurosa de la regla de exclusión habría continuado durante buena parte del siglo XX, según Ladd: «even today many courts in their effort to confine a witness to a statement of fact have precluded a witness from effectively narrating what he knows. There is perhaps no more frequent objection given in court to questions asked to lay witnesses than the objection that a question calls for the opinion and conclusion of the witness». LADD, M., «Expert and other opinion testimony», *op. cit.*, p. 438.

⁹² WIGMORE, J. H., *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law including the statutes and judicial decisions of all jurisdictions of the United States*, *op. cit.*, p. 1919.

⁹³ «En primer lugar, tal distinción no es científicamente posible. En una conversación cotidiana, podemos agrupar de manera aproximada dominios distintos para “opinión”, por un lado, y “hecho” o “conocimiento”, por el otro; pero tan pronto como intentamos analizar y definir estos términos con la precisión necesaria en las decisiones legales, descubrimos que la distinción desaparece, que surge un flujo continuo, y que casi todo lo que elegimos llamar “hecho” es, o puede ser, únicamente “opinión” o “inferencia”» (traducción propia).

estados de la salud o la enfermedad (*sanity-tesmony*) y también con el valor de las cosas (*value-testimony*)⁹⁴.

Efectivamente, en la práctica forense quizás no seamos del todo conscientes de que los testigos realizan con frecuencia declaraciones que, aunque adopten la forma de enunciados descriptivos, tienen un componente que hasta cierto punto es valorativo, porque lo percibido por ellos es siempre objeto de una construcción personal sobre lo que han observado (por descontado, lo mismo cabe decir del testimonio que no se produce en el marco de un procedimiento judicial). Por ejemplo, un testigo que sea preguntado sobre la reacción de un amigo junto al que se encontraba cuando, pongamos por caso, este recibió cierta noticia, no responderá que tal persona «frunció el entrecejo, comenzó a moverse en círculos, gesticulaba de forma rápida y hablaba empleando un tono de voz elevado»; lo que dirá, por lo general, es que «se enfadó». Adviértase que aquí nuestro testigo estaba presente en el momento en el que su amigo comenzó a actuar según lo que se acaba de señalar y, sin embargo, podría decirse que al declarar «se enfadó» está emitiendo una opinión, en el sentido de que ha inferido acudiendo a ciertas reglas de experiencia, el sentido de lo que ha observado y lo ha exteriorizado a través de la selección abreviada de un enunciado⁹⁵. En otras palabras, el testigo declara que su amigo «se enfadó» tras haber alcanzado la conclusión de que la variedad de datos que observó en aquel momento es subsumible, según su conocimiento y experiencia previas, en una generalización que igualmente entiende reductible lingüísticamente hablando, de entre los conceptos relativos a un estado mental, al término o concepto «enfado». GONZÁLEZ LAGIER⁹⁶ lo ha explicado así:

«La interpretación de los hechos puede verse como un proceso de clasificación de los datos sensoriales percibidos en alguna clase genérica

⁹⁴ Enseñaba de nuevo Wigmore, volviendo sobre aquel «giro» en el entendimiento de la *Opinion Rule* y, concretamente, en relación con su aplicación al denominado «value-testimony», que en el derecho común se tenía por no problemático que tal tipo de testimonio suponía, necesariamente, una opinión: «It recognized fully that value-testimony necessarily involved opinion by which was meant a mere estimate, as distinguished from knowing through the senses. But it also recognized that value-testimony had to be employed and it was precisely one of the typical accepted instances in which opinion was received. When the new sense of “opinion” (as “inference”) came in and received its peculiar American development, it was then seen that the fundamentals of faith were brought thereby into the dark shadow of doubt». *Ibid.*, p. 1940.

⁹⁵ TARUFFO, M., *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 256.

⁹⁶ GONZÁLEZ LAGIER, D., «Hechos y conceptos», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 15, 2007. Disponible en: <https://tinyurl.com/2c77mtla>

de hechos. Por ejemplo, “agitar los brazos” es una acción que puede interpretarse como “pedir auxilio”, “amenazar”, “saludar”, etc. En este proceso intervienen factores muy variados, pero un factor central y de relevancia teórica son los conceptos y definiciones que aceptamos y usamos para ordenar el material empírico».

Admitir afirmaciones como la del ejemplo que se acaba de ofrecer se diría no ya razonable, sino obligado, por la sencilla razón de que, como ya se ha dicho, parece natural que una persona que declara acerca de lo que ha visto no se refiera uno por uno a la serie y sucesión de todos los datos (hechos) que observó y de cuya observación termina concluyendo (infiere u opina) que la persona en cuestión estaba enfadada en aquel momento. Y no lo hará así porque no es la forma que el hombre tiene naturalmente ni de conocer ni de comunicar ese conocimiento. Lo que hará el testigo, se insiste, es concluir, «opinar», que tal persona estaba enfadada; esta, vamos a decir, «síntesis» de su impresión sensible se muestra tanto natural para quien declara, como para quien, en el contexto determinado, recibe dicha declaración, apareciendo como una conclusión cuasi forzosa, o apenas consciente.

Por ello, volviendo al fundamento de aquel tipo de opiniones (*collective fact* o *shorthand rendition opinions*) y a las excepciones a la regla de exclusión en el Derecho norteamericano, la doctrina ha indicado que las mismas descansarían en una suerte de incapacidad lingüística para expresar, pero, por lo mismo, también para hacer entender al receptor del testimonio la percepción de ciertos estados o situaciones sin recurrir a una inferencia u opinión, pues no es posible expresar la multitud de datos, muchos de ellos imprecisos, que conforman en un determinado momento la impresión sensible⁹⁷. En

⁹⁷ Así, por citar un ejemplo, en *Blackburn v. Murphy*, 737 S.W.2d 529 (1987), la Corte Suprema de Tennessee explicaba, con cita de numerosas resoluciones en las que se habría admitido la opinión de testigos ordinarios, lo siguiente: «Nevertheless, exceptions to this general rule precluding admission of lay opinion testimony do exist. Nonexpert opinion testimony can be admissible when “such testimony describes observed facts in the only way in which they can be clearly described”. *National Life & Accident Ins. Co. v. Follett*, 168 Tenn. 647, 662, 80 S.W.2d 92, 98 (1935). The admission of lay testimony is thus limited to those circumstances. Where facts perceived by the senses are numerous, and it is difficult to describe them adequately to the jury, and the conclusion or inference to be drawn from such facts is simple and within the range of common experience, and the witness can relate what he has seen more accurately and more easily by stating his conclusion than by attempting to detail the [evidentiary] facts, [then] the conclusion or inference of the witness is admissible».

palabras del Prof. de la Universidad de California Davis School of Law, IMWINKELRIED⁹⁸:

«In the case of lay opinions, the policy justification is a necessity rationale. The premise of the argument is the lay witness's inability to articulate all the data he or she is relying on. If a lay witness contemplates opining about the speed of a passing car—a so-called collective fact opinion—the witness is implicitly relying on the many other occasions when the witness has observed motor vehicles on the road. It is infeasible to articulate all that data and put the jurors in as good a position as the witness to draw the inference»⁹⁹.

Y en el mismo sentido, DWYER¹⁰⁰:

«Difficulties may also arise where the witness is asked to express what she observed without recourse to an opinion, where that observation can only sensibly be expressed as an opinion. In particular, identification evidence is considered at common law to be evidence of opinion but admissible of necessity. Similarly, it may be more straightforward for the witness to state the inferences that she has drawn from facts observed than the detailed list of facts. Examples including age, speed, weather and handwriting or whether a person was drunk»¹⁰¹.

A este tipo de opiniones que tradicionalmente han representado una excepción a la regla de exclusión por su, siguiendo a IMWINKELRIED, «necesidad racional» (lógica), también nos parece que se ha referido en ocasiones, asumiéndolas igualmente como ineludibles, la doctrina científica procesalista de tradición romana. Efectivamente, podríamos concluir que estaríamos ante los mismos tipos de opiniones que refería, por

⁹⁸ IMWINKELRIED, E., «Distinguishing lay from expert opinion: The need to focus on the epistemological differences between the reasoning process used by lay and expert witnesses», *SMU Law Review*, vol. 68, n.º 1, 2015, pp. 73 a 105, p. 78.

⁹⁹ «En el caso de las opiniones no expertas, la justificación de esta política radica en un argumento de necesidad. La premisa del argumento es la incapacidad del testigo no experto para articular todos los datos en los que se basa. Si un testigo no experto pretende opinar sobre la velocidad de un automóvil —una llamada opinión de hecho colectivo—, el testigo se basa implícitamente en muchas otras ocasiones en las que ha observado vehículos en la carretera. Resulta inviable articular todos esos datos y colocar a los miembros del jurado en una posición tan favorable como la del testigo para extraer la inferencia» (traducción propia).

¹⁰⁰ DWYER, D., *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, *op. cit.*, p. 79.

¹⁰¹ «También pueden surgir dificultades cuando se le pide al testigo que exprese lo que observó sin recurrir a una opinión, en aquellos casos en que esa observación solo puede expresarse de manera razonable como una opinión. En particular, la evidencia de identificación se considera, en el derecho común, como una evidencia de opinión, pero admisible por necesidad. De manera similar, puede ser más sencillo para el testigo declarar las inferencias que ha extraído de los hechos observados que detallar una lista exhaustiva de dichos hechos. Ejemplos de esto incluyen la edad, la velocidad, las condiciones climáticas, la caligrafía o si una persona estaba ebria» (traducción propia).

ejemplo, CARNELUTTI, como luego veremos, o DEVIS ECHANDÍA cuando, como ya se ha indicado, reconocía que «quien declara lo que ha visto, oído o conocido por cualquier clase de percepción, necesariamente emite un juicio sobre la identidad, las condiciones, la calidad y la sustancia de tal hecho». Asimismo, en términos similares, y en relación directa con la regla de exclusión de la que venimos tratando, entre los autores españoles SILVA MELERO¹⁰² indicaba que esta tiene excepciones «cuando se trata de exteriorizar criterios que caen dentro del ámbito de la experiencia y observación general, permitiéndose en este supuesto a los testigos establecer conclusiones, como, por ejemplo, si una persona está embriagada, si la voz era varonil o infantil, etc.»

Es más, cabría sostener¹⁰³ que la misma justificación (su necesidad) que en el Derecho estadounidense motivase que estos tipos de opiniones sean objeto de admisión, habría también determinado que en algunas legislaciones de tradición civilista estén previstas excepciones a la regla de exclusión, si bien en estas aquella «necesidad racional» parece haberse traducido positivamente en una suerte de imposibilidad de escindir la «opinión» del «hecho», esto es, en una suerte de natural inescindibilidad. Nos referimos concretamente a las legislaciones procesales penales italiana y brasileña: así, el Código de Procedimiento Penal italiano, en el apartado tercero del artículo 194 establece: «il testimone è esaminato su fatti determinati. Non può deporre sulle voci correnti nel pubblico né esprimere apprezzamenti personali, salvo che sia impossibile scinderli dalla deposizione sui fatti»¹⁰⁴. Y en Brasil, en términos casi idénticos, el Código de Proceso Penal, en su artículo 213 previene: «O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato»¹⁰⁵. También, en el artículo 220 del Código General (civil) de Proceso Colombiano (Ley 1564 de 12 de julio de 2012) se mandata al juzgador para que rechace aquellas preguntas que tiendan a

¹⁰² SILVA MELERO, V., *La prueba procesal*, *op. cit.*, p. 211.

¹⁰³ En el mismo sentido, Soba Bracceso, aunque también reconoce que son disposiciones que no permiten concluir sin género de dudas que estamos, efectivamente, ante el mismo tipo de opiniones cuya ratio sea su «necesidad racional». SOBA BRACESCO, I. M., «De la declaración representativa a la reconstructiva. Las opiniones de los testigos y el caso del testigo técnico», *op. cit.*, p. 85. En todo caso, volveremos en el capítulo III sobre el tratamiento del testimonio técnico en Italia y la disposición colombiana correspondiente.

¹⁰⁴ «El testigo es examinado sobre hechos determinados. No puede declarar sobre rumores públicos ni expresar valoraciones personales, salvo que sea imposible separarlas de la declaración sobre los hechos» (traducción propia).

¹⁰⁵ «El juez no permitirá que el testigo exprese sus valoraciones personales, salvo cuando sean inseparables de la narración del hecho» (traducción propia).

«provocar conceptos del declarante» con una excepción, por lo que ahora importa, cuando tales conceptos «sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones».

Siendo todo esto así, estaríamos por tanto ante una excepción a la regla de exclusión de naturaleza fundamentalmente pragmática para el propio testigo¹⁰⁶, atendiendo a la imposibilidad de dar cuenta de lo percibido con otras palabras¹⁰⁷, una excepción que en suma y en términos más modernos, se traduce en una inferencia que operaría de forma automática y espontánea, sin apenas ser advertido el razonamiento que ha conducido a esa conclusión¹⁰⁸.

Cabe entonces seguir preguntándose para qué otro tipo de juicios (distintos de los anteriores) pudiera seguir tal regla, en su caso, teniendo sentido y validez.

Nos serviremos de otro ejemplo para seguir profundizando en esta cuestión. En esta ocasión, nuestro testigo común es interrogado sobre los hábitos de consumo de alcohol de cierta persona con la que convive desde hace tiempo; concretamente, se le formula la siguiente pregunta: ¿cuánto alcohol bebía diariamente esa persona? Y el testigo responde: «bebía mucho». ¿Sería este juicio admisible? O, en otros términos, ¿puede ser calificado de necesario para explicar lo percibido?

Si volvemos a las reflexiones de SLOVENKO¹⁰⁹ al respecto, deberíamos responder negativamente a esta cuestión, pues la referida afirmación podría calificarse de sofisticada, en el sentido de que parece alejarse más de lo que sería la impresión sensible.

¹⁰⁶ Cfr. DWYER, D., *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, op. cit., p. 79.

¹⁰⁷ Tal fue la expresión empleada en el asunto *United States v. Yazzie*, 976 F.2d 1252 (9 th Cir.1992). Johnny Yazzie, acusado de abusar sexualmente de una menor (la víctima tenía 15 años y medio), trató de sustentar su defensa en el error razonable en el que habría incurrido la noche del incidente, el 19 de julio de 1989, al haberle atribuido a la víctima más de 16 años. Para demostrar lo anterior, presentó varios testigos que coincidían en la opinión de que la víctima parecía tener, al menos, 16 años. El juzgador de la primera instancia declaró que los testigos no podían dar su opinión acerca de la edad de la víctima, sino que debían limitarse a proporcionarle al juez sus observaciones fácticas, como si, por ejemplo, la víctima se encontraba o no fumando, conducía o llevaba maquillaje en la noche en cuestión. Johnny fue, finalmente, condenado. No obstante, al ser la resolución objeto de recurso, el tribunal de apelación sostuvo que los testimonios citados debían ser admitidos, pues «is difficult to put into words why one believes that a person is one age and not the other».

¹⁰⁸ Aunque son autores canadienses, traemos aquí también las reflexiones de Chin, Tomiska y Li acerca de la justificación basada en la necesidad del testimonio común en forma de opinión, toda vez que confirman lo que sostenemos de forma muy clara en relación con la concepción original de la denominada «lay opinion», que dichos autores equiparan a una «succinct summary of *qualia*». CHIN, J. M., TOMISKA, J. y LI, C., «Drawing the line between Lay and Expert Opinion Evidence», *McGill Law Journal*, vol. 63, n.º 1, 2017, pp. 89 a 131, p. 92.

¹⁰⁹ Cfr. SLOVENKO, R., «The opinion rule and Wittgenstein's Tractatus», op. cit. «The opinion rules operates to prefer the more primitive inferential statement, that is, to prefer the more descriptive statement to the less descriptive or evaluative statement».

En otros términos, y más recientemente, pero también en relación con la regla de exclusión, TARUFFO¹¹⁰ ha señalado que en el ámbito de lo que denomina «construcción semántica del enunciado» se ha de decidir entre el empleo de términos descriptivos o de términos valorativos, pues mientras que los primeros son apofánticos, de los segundos no puede probarse, sin embargo, su verdad o falsedad¹¹¹.

Y es que ante aquella pregunta acerca del consumo diario de alcohol, lo que prefería la regla de exclusión es que el testigo respondiera, por ejemplo, que la persona en cuestión «bebía no menos de siete cervezas diariamente», juicio este en el que el testigo no estaría poniendo de manifiesto su posición ante esos hechos, como sí haría al decir que «bebía mucho», valoración que en el mejor de los casos es resultado de una comparación con *su* estándar aceptable de consumo de bebidas alcohólicas (estándar, se insiste, para ese testigo según sus propios hábitos, contexto, cultura, etc.) y, en el peor, fruto de la afinidad del testigo con los intereses de alguna de las partes o de la búsqueda de su propio interés.

De esta forma, la regla de exclusión, estrechamente vinculada al sistema contradictorio como ya se apuntó, presupone varios extremos: primero, que la descripción pormenorizada de lo que el testigo haya visto u oído es siempre más fiable; en segundo lugar, que los abogados promoverán, a través de las preguntas que formulen, que el testigo se exprese en dichos términos preferibles y, por último pero fundamental, que si no fuera así, a través del conainterrogatorio (*cross-examination*) será revelada la falta de justificación de aquella opinión a la que, indebidamente, el testigo pueda haber recurrido¹¹². El conainterrogatorio se manifestaría entonces como una herramienta clave para la averiguación de aquellos hechos cuestionados que se supone que el testigo habría percibido¹¹³, por tanto, para el descubrimiento de la verdad.

¹¹⁰ TARUFFO, M., *La prueba, op. cit.*, p. 209.

¹¹¹ Aunque entendemos que esta afirmación también cabría ser cuestionada de asumirse un «objetivismo de los valores», es decir, si se les asigna a los valores un «contenido objetivo y preciso». Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba, op. cit.*, p. 73.

¹¹² En palabras de Ladd: «If inferences stated by a witness are not warranted by the facts, cross examination is an effective weapon to expose their weakness». LADD, M., «Expert testimony», *op. cit.*, p. 416. En el mismo sentido, Taruffo, al tratar de la teórica eficiencia del modelo del conainterrogatorio de testigos, observa que según sus defensores «ese modelo es especialmente eficiente para la búsqueda de la verdad, pues el enfrentamiento de los abogados de las partes es el mejor medio para inducir al testigo a que diga todo lo que sabe y para comprobar su credibilidad». TARUFFO, M., *La prueba, op. cit.*, p. 127.

¹¹³ Al punto de que Anderson, Schum y Twining han escrito: «Fact investigation may also appropriately be termed fact inquiry because a crucial ingredient of fact investigation is the asking of questions». ANDERSON, T., SCHUM, D. y TWINNING, W., *Analysis of evidence, op. cit.*, p. 55.

En conclusión, que sería para estos tipos de juicios con relación a los cuales podría decirse que el componente valorativo predomina sobre el fáctico o descriptivo, que se sigue defendiendo que la regla de exclusión continúa teniendo un sentido¹¹⁴. Y obviamente, frente a estos últimos, denominados «juicios de hecho», los primeros han recibido en no pocas ocasiones en los sistemas de tradición civilista la calificación de «juicios de valor» y en los anglosajones la de «meras opiniones», como expresiones sinónimas de creencias o suposiciones.

Concisamente, aunque la regla de exclusión de la opinión carezca de una base epistemológica sólida porque en rigor toda declaración sobre una percepción supone necesariamente una opinión (se insiste, en el sentido de que siempre habrá una inferencia, un razonamiento inferencial), la regla no habría perdido validez, aunque sí cabría decirse que su estatus se habría rebajado a la categoría de guía, de canon de preferencia, según una teóricamente diferenciable «nearness or remoteness of inference»¹¹⁵ a favor de aquellos juicios descriptivos, valdría decir, más «pegados» al referente empírico, de los que pueda afirmarse lógicamente que descansan en la impresión sensible.

Ahora bien, aun cuando la regla de que se trata tenga una indudable proyección, como luego veremos, en el testimonio testifical y por lo mismo en la noción (o mejor debiéramos decir, nociones) del testigo-perito, creemos que hoy por hoy, pese a todos los esfuerzos que se quieran hacer para justificarla, la dificultad señalada no desaparece; dicho de otra manera, por mucho que la dicotomía «juicios de hecho» y «juicios de valor» se quiera presentar como expresiva de categorías enfrentadas o contrapuestas y teóricamente distinguibles¹¹⁶ en la práctica, según qué casos, puede no ser más que una

¹¹⁴ Al respecto, y llegados a este punto, no podemos dejar de referir que existiría una categoría de hechos tradicionalmente muy problemáticos. Nos referimos a los hechos internos o psicológicos, por ejemplo, el temperamento, los modales, la reputación y, desde luego, la intencionalidad. Tanto ha sido así que, al menos en la práctica forense en España, se los habría calificado de «juicios de valor», para en definitiva negarles su condición de «hechos» (en contraposición con los «juicios de hecho»). Según observa Gascón Abellán, más allá de que estaríamos ante hechos de condición no observable, que siempre habrían de ser más bien deducidos de otros, la razón de que hayan sido equiparados con «juicios de valor» obedecería a que se habría buscado derivar «el juicio de estos hechos al ámbito de la casación, para su posible revisión en este ámbito». GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, op. cit., p. 71. Más recientemente, y con relación al ámbito del juicio jurisdiccional sobre los hechos en el orden jurisdiccional penal español, Andrés Ibáñez ha criticado que los hechos psicológicos sigan siendo todavía tenidos por no-hechos. ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y GONZÁLEZ LAGIER, D., *La prueba de los hechos*, ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2022, pp. 50 y ss.

¹¹⁵ De nuevo, SLOVENKO, R., «The opinion rule and Wittgenstein's Tractatus», op. cit., p. 20.

¹¹⁶ Si bien refiriéndose al trabajo del historiador, Padilla Moreno subraya esta dificultad de distinción, por no decir esta imposibilidad. Escribe: «Reconózcalo o no, lo cierto es que el historiador no puede prescindir

distinción conveniente, es decir, pueden no ser más que categorías susceptibles de servirnos para poder predicar, sin necesidad de explicación, la objetividad de los unas y la subjetividad de los otras según nuestro criterio (es decir, nuestra propia subjetividad). Es más, hemos de remarcar que aunque ese canon al que se habría reducido la regla de exclusión se formule modernamente en términos de preferencia por aquellos «enunciados descriptivos» –como así sucede– el empleo del término «descriptivo» para hacer referencia al discurso fáctico ha sido incluso calificado de «pernicioso». Así, MOULINES¹¹⁷ ha señalado que conforme «se alcanza un nivel mínimo de teorización (y prácticamente todas las ciencias, e incluso muchas porciones de nuestro lenguaje cotidiano han alcanzado hoy día ese nivel) no puede hablarse propiamente de descripciones. De lo que hay que hablar es de interpretaciones», advertencia que vuelve en definitiva a la tesis de que cualquier hecho, haya sido o no conocido directamente por nuestros sentidos, no es sino un hecho interpretado; y punto.

Sea como fuere, para avanzar en la investigación, nos interesa ahora, al menos por el momento, quedarnos con aquella «necesidad racional» como fundamento en el Derecho angloamericano del tipo de opiniones que sí pueden ser admitidas en una declaración testifical cuando se trata de un testigo común, quebrando entonces la regla de exclusión.

Pues bien, preguntémonos ahora qué sucede si el testigo posee conocimientos especializados que le dotan de una competencia específica de la que el testigo común (y, lo que es más importante, el juzgador) carece y que le permite interpretar los hechos de otra manera. Recuperemos para ello el caso objeto de la citada Sentencia de 12 de febrero de 1957 del Tribunal Civil de Cremona, en el que, se recuerda, se pretendía la impugnación de un testamento por enfermedad mental del testador, solicitando la parte demandante el testimonio de los médicos que le trataron. Se supone que estos médicos,

enteramente de las valoraciones morales, ni siquiera en la más elemental descripción de los hechos, por la sencilla razón de que dichas valoraciones están como incrustadas en el lenguaje, impregnando los términos que usamos (“guerra” y “paz”, “cultura”, “civilización” y “barbarie”; “desarrollo”, “progreso”, “involución”; “libertad” y “justicia”; “autoridad”, “legitimidad”, “opresión”, “ciencia”, “filosofía”, “racionalidad”; “santidad”, “secularidad”; “organización” y “desorganización”; “dynamismo” y “estancamiento”; “decadencia” y “esplendor”; “nacionalismo”, “colonialismo”, “imperialismo”, “emancipación”; “identidad”, “pluralidad”, “patriarcado”, etc., etc.). PADILLA MORENO, J., «Los hechos y su interpretación», *op. cit.*, p. 99.

¹¹⁷ MOULINES, C., «Hechos y valores: falacias y metafalacias. Un ejercicio integracionista», *Isegoría*, n.º 3, pp. 26 a 42.

partiendo del conjunto de síntomas y de la clínica del paciente al que en su momento observaron, son capaces de determinar la naturaleza de la enfermedad, y de entre todas las enfermedades posibles, diagnosticar y alcanzar la conclusión de que el difunto padecía arteriosclerosis cerebral. En tal caso, ¿cabría sostener que es esta una opinión susceptible de ser calificada de «necesaria»? O, con otras palabras: ¿para los médicos de nuestro ejemplo es inevitable recurrir a ese diagnóstico para dar cuenta de su observación?

Podría responderse inicialmente que así es porque para estos profesionales recurrir a esa generalización es la manera, atendiendo a su experiencia especializada, de expresar el conjunto de datos que observaron al reconocer al paciente. Sin embargo, nótese que también podríamos requerirles para que no lo hicieran así, pedirles que indicaran uno a uno, de forma detallada, los datos y detalles observados en el enfermo. Ahora bien, preguntémosnos entonces, si pudieran hacerlo y lo hicieran de esta manera, ¿podría el juzgador concluir, inferir por sí mismo, que el ya difunto padecía entonces arteriosclerosis cerebral? Cabe esperar que no.

La anterior es, precisamente, la explicación que subyace a la admisión de la opinión experta en el Derecho estadounidense, si seguimos aquí de nuevo a IMWINKELRIED¹¹⁸ quien observa que en el caso de los testigos expertos es otra la justificación:

«In the case of expert testimony, though, the argument is that even if the jury could be provided with all the underlying data, the lay trier of fact lacks the knowledge or skill to draw as reliable a conclusion from the data»¹¹⁹.

Es decir, tratándose de observaciones de expertos, las razones para admitir su opinión podrían ser dos: justificarse, como las opiniones admisibles en el caso de un testigo ordinario, en lo que hemos denominado su necesidad racional (pero en esta ocasión desde un logos especializado) o bien puede justificarse en su utilidad, porque el juez no será capaz por sí solo de identificar la enfermedad, aunque se le refieran todos los síntomas y datos observados en el paciente.

¹¹⁸ IMWINKELRIED, E., «Distinguishing lay from expert opinion: The need to focus on the epistemological differences between the reasoning process used by lay and expert witnesses», *op. cit.*, p. 79.

¹¹⁹ «En el caso del testimonio de un experto, sin embargo, el argumento es que incluso si pudiera proporcionar al jurado todos los datos subyacentes, el juzgador lego carece del conocimiento o habilidad necesarios para extraer una conclusión tan fiable a partir de esos datos» (traducción propia).

Atendiendo esta doble ratio que ha servido en el Derecho estadounidense para excepcionar la regla de excepción (necesidad en el caso de un testigo ordinario y utilidad en el caso de un experto), vamos a revisar a continuación las aportaciones dogmáticas de algunos señalados autores de diferentes latitudes acerca del testigo-perito o testimonio técnico con el propósito de determinar desde dónde se ha justificado la figura; si desde la ratio propia a un testigo común (la necesidad) o si, por el contrario, es la ratio que justificaría la admisión de una opinión experta (la utilidad) la que resulta de aplicación. Conocer estas contribuciones, y hacerlo siguiendo un orden cronológico, nos permitirá, creemos, alcanzar primero y abordar después, las dos nociones que ofrece la figura y su carácter ambivalente, para luego, ya en el capítulo III, explorar la forma en la que ha sido consagrada en algunos textos legales, en definitiva, aproximarnos a la figura en su vertiente legislativa o positiva en otros ordenamientos jurídicos.

Por el momento, la aproximación histórica-dogmática que a continuación se propone, recorrerá, en lo fundamental y por este orden, la pluma del alemán FRIEDRICH STEIN, de los italianos FRANCESCO CARNELUTTI y VITTORIO DENTI y, finalmente, del colombiano HERNANDO DEVIS ECHANDÍA.

Capítulo II. Una aproximación desde la dogmática procesalista al testigo-perito

1. ALGUNAS APORTACIONES DOCTRINALES DESTACABLES: DESDE FRIEDRICH STEIN A HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, PASANDO POR FRANCESCO CARNELUTTI Y VITTORIO DENTI

1.1. F. Stein («Das private Wissen des Richters», 1893)

Entre los procesalistas españoles contemporáneos, NIEVA FENOLL¹²⁰ ha escrito que el testigo-perito «es una figura profundamente doctrinal, que proviene de la doctrina alemana, siendo reseñables los comentarios de F. Stein sobre la materia de finales del siglo XIX», apuntando, con relación a su origen, que se encontraría en la «posibilidad de hacer declarar al perito como testigo». Varias décadas antes, SILVA MELERO¹²¹ se refería a este mismo punto de partida, señalando cómo la legislación alemana habría resuelto un largo debate doctrinal al contemplar positivamente el supuesto consistente en que una persona experta, debiera luego, sin embargo, «limitarse a producir como testigo». El supuesto de hecho primigenio plantea así el caso de un perito que, sin embargo, deja de serlo, porque, por ejemplo, es recusado. En tal caso, si se precisara de su declaración sobre aquello que observó gracias a sus conocimientos especializados, la solución alemana consistió en obligar¹²² a aquel antes perito a declarar como testigo, lo que resultaba particularmente necesario cuando se trataba de dar cuenta de situaciones o hechos pasados en el sentido de que la percepción no era susceptible de repetición (pues

¹²⁰ NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal II*, op. cit., p. 230.

¹²¹ SILVA MELERO, V., *La prueba procesal*, op. cit., p. 282.

¹²² Adviértase que también en Alemania, como en España, existe una obligación jurídico-pública de carácter general de testificar. Cfr. HESS, B. y JAUERNIG, O., *Manual de Derecho procesal civil*, ed. Marcial Pons, 30.ª ed., Madrid, 2015.

en tal caso no tenía sentido la designación de un perito¹²³). A partir de ahí –de nuevo, sugiere NIEVA FENOLL– la cuestión habría sido qué hacer, qué tratamiento otorgar procesalmente hablando, a quien, sin haber sido designado judicialmente para ser perito, cuenta sin embargo con conocimientos técnicos al observar un hecho.

La situación de partida debe pues ponerse necesariamente en relación con ciertas nociones previas sobre la prueba pericial y la prueba testifical y, en relación con estas, evidentemente, con la vieja discusión doctrinal en torno a la diferencia, digamos por el momento teóricamente ontológica, entre el testigo y el perito.

Así, en primer lugar, con una noción de la prueba pericial, del perito, que supone que recibe tal denominación solamente quien conforme a un encargo que recibe del juez es llamado a desempeñar una función auxiliar a este en un proceso judicial (perito oficial), lo que determina que su conocimiento de los hechos objeto del litigio no se produzca directamente, sino durante o pendiente el procedimiento, también cuando, en su caso, es llamado por el juzgador para llevar a cabo la concreta tarea de observar una persona, una cosa u objeto o cierto suceso. Frente a esta noción, la correspondiente a la prueba testifical da por sentado que es testigo quien presencia los hechos, esto es, quien tiene un conocimiento directo, habitualmente, además, de forma espontánea o por casualidad¹²⁴ lo que entonces equivalía a decir sin que medie encargo judicial y, por tanto, antes del inicio del procedimiento.

Presuponiendo lo anterior, en el pensamiento de F. STEIN (1859-1923), la prueba de peritos sería conducente, fundamentalmente¹²⁵, a proporcionarle al juez cierto tipo de juicios que el jurista alemán en su citada obra «Das private Wissen des Richters» identificó bajo la denominación de «máximas de la experiencia», esto es, según definición del mismo autor, «definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero

¹²³ STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, op. cit., p. 77. A tener muy en cuenta que el propio Stein reconocía que esta «solución» era infrecuente en la medida en que únicamente se hacía necesario recurrir a la misma cuando «no es posible hacer repetir la percepción a otro perito», pues los hechos percibidos ya habían pasado, esto es, no eran susceptibles de ser repetidos.

¹²⁴ Al respecto de cómo obtenía un conocimiento de los hechos el testigo, escribía Stein que este generalmente recibe «sus impresiones sensoriales sin orden ni concierto, despreocupadamente» e, idealmente, «con la conciencia de que deberá comunicarlas tal como las ha recibido». *Ibid.*, p. 72.

¹²⁵ Es cierto que el mismo procesalista alemán reconoce que el perito puede ser llamado también a informar sobre los hechos, aunque esto sucedería únicamente «cuando el juez le encarga percibir en representación suya». *Ibid.*, p. 77.

independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos». Así, mientras que el perito tendría por cometido proporcionarle al juez las máximas de la experiencia que desconoce, la función del testigo sería informarle sobre los hechos que conoce por percepción propia, a través de unos juicios que, a diferencia de los juicios-máximas de la experiencia, serían necesariamente sensoriales sobre el caso concreto observado. Todo ello de tal manera que, en el juicio conclusivo sobre los hechos, las máximas o reglas de experiencia servirían siempre de premisa mayor, constituyendo las noticias concretas sensoriales al respecto la premisa menor. Siendo esto así, según escribía F. STEIN¹²⁶, para diferenciar al testigo del perito se habría de operar como sigue:

«[...] cuando una persona manifiesta al juez un juicio sobre hechos basados en conclusiones es preciso analizar cuáles son la premisa mayor general y la premisa menor concreta sobre la que descansa la conclusión (y, por tanto, el juicio). Según sea la premisa menor o la premisa mayor el elemento nuevo que la declaración introduce en el proceso y del que el juez tiene que convencerse, la persona será testigo y perito, respectivamente».

Expuesta tal fórmula, advertía el jurista alemán que era posible que la premisa mayor y la menor fuesen proporcionadas por la misma persona, en cuyo caso se produciría la «unificación de las funciones de perito y de testigo», añadiendo a continuación lo que sigue acerca del testigo-perito (*der sachverständige Zeuge*):

«Esta unificación no es necesaria en el caso del llamado testigo pericial, pues este se caracteriza precisamente porque el conocimiento técnico le capacitaba ya en el momento de la percepción para una elaboración de esta. Por el contrario, no corresponde en sí a sus funciones poner sus conocimientos técnicos a disposición del juez en el momento del juicio y con el propósito de la formación de este. Cuando se encarga de esta tarea, que en sí podría realizar y que no raras veces realiza otro¹²⁷, entonces juega en el proceso un doble papel».

Siguiendo lo anterior, el testigo-perito bajo los planteamientos de F. STEIN sería testigo porque el elemento nuevo que su declaración introduciría sería la premisa menor, por tanto, un juicio sensorial o percepción, afirmación que no se vería perjudicada por el

¹²⁶ *Ibid.*, p. 67.

¹²⁷ Debemos subrayar que a esta afirmación acerca de la posibilidad de que el mismo sujeto lleve a cabo la otra tarea, la pericial, le acompaña la siguiente acotación: «El médico forense será en ocasiones empleado como perito precisamente para controlar al médico que ha atestiguado la última enfermedad».

hecho de que tal percepción haya de ser «elaborada»¹²⁸ en un juicio para ser transmitida, ya que la misma «elaboración» –precisaba– tiene lugar en el caso de las percepciones que transmite un testigo ordinario:

«Incluso la más sencilla percepción sensorial del testigo más corriente tiene que ser elaborada en un juicio sobre la impresión sensorial, antes de ser utilizable para la finalidad práctica del proceso. Ello supone siempre efectuar un trabajo mental que en ocasiones ciertamente puede ser mínimo (“Yo vi correr de prisa al acusado”) y del que apenas cobramos conciencia, pero del que nunca se puede prescindir por completo, y cuyo diverso alcance en cada caso solo da lugar a una diferencia que es cuantitativa, nunca específica.

El reconocimiento de lo que se acaba de exponer se ha abierto camino, primeramente, en la determinación y delimitación del concepto de testigo. Parece gozar ya de universal aceptación que la conclusión contenida en cada testimonio, incluso en la afirmación fáctica en apariencia más simple, no altera en nada el hecho de que el testigo informa solo sobre sus percepciones. El cerebro humano no reproduce las impresiones automáticamente y sin propia intervención, como por ejemplo la placa fotográfica o el cilindro de cerca del fonógrafo. En la medida en que alguien tenga en el proceso la precisa tarea de transmitir sensaciones, será testigo.

Esto está indirectamente reconocido por el derecho vigente por cuanto que el testigo que dictamina o testigo pericial (*der sachverständige Zeuge*) sigue siendo sencillamente testigo, según los §§ 379 C.P.O. y 85 St. P. O.»¹²⁹.

Conviene, nos parece, insistir en esto último: que la posibilidad de que un testigo-perito, gracias a que posee conocimientos especializados «elabore» la impresión sensible en un juicio sobre el hecho que sería distinto al que ofrecería un testigo ordinario ante la misma visión, no alteraría ni la estructura lógica de su declaración, en ambos casos un «juicio de hecho», ni su función en el proceso, esto es, transmitir una «sensación». Todo lo cual, llevaba a F. STEIN a considerar que la figura había sido calificada con razón de «completamente superflua», más todavía cuando –remachaba– tampoco tenía «importancia práctica para el procedimiento»¹³⁰.

¹²⁸ Tal es la definición que propuso al traducir la citada obra de Stein el Prof. De la Oliva.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 8.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 11.

Recientemente, se ha calificado de «rudimentaria»¹³¹ la teoría acerca del conocimiento de los hechos subyacente al concepto de «máxima de la experiencia» por el que es esencialmente conocido el procesalista alemán y su vinculación, como se ha visto, con el juicio de hecho. También, hay quien ha sugerido la posible influencia de la teoría cognitiva kantiana en aquella¹³². En particular, con relación a la primera relación, ya en 1965 un jovencísimo TARUFFO¹³³ ponía de relieve que la definición de «máximas de la experiencia» proporcionada por F. STEIN es errada pues en su mayor parte estas máximas no son reducibles a reglas, leyes o principios «de valor cognoscitivo general»¹³⁴, sino que –continúa apuntando TARUFFO– constituyen más bien «la formulación en términos sintéticos, pero no generales, de la revelación de la presencia de propiedades constantes en cierto número de casos experimentados»¹³⁵ (que a lo sumo permiten un conocimiento de tipo estadístico), pero incapaces de «fundamentar un procedimiento lógico-deductivo»¹³⁶.

Es más, de nuevo acerca del concepto de «máxima de la experiencia» escribía también TARUFFO¹³⁷ que, aunque para el jurista alemán esas máximas «serían «reales» y basadas en la experiencia y no en ciencia ni en la lógica», se trataría de una idea «bastante más engañosa que útil: transmite la impresión de que una experiencia basada en una «máxima» es deductivamente válida porque se deriva de una premisa general, aunque en realidad la mayor parte de las máximas no son generales». Y en otro lugar, profundizando en el problema de la prueba del nexo causal, vuelve a dar cuenta de la distinta naturaleza de tales «máximas» y de su cuestionable validez para «construir inductivamente generalizaciones dotadas de forma lógica y de un contenido cognoscitivo prácticamente equiparable, al menos, al de las leyes científicas generales o cuasigenerales». Así –

¹³¹ BELTRÁN CALFURRAPA, R., «Las máximas de la experiencia y su reconstrucción conceptual y argumentativa en sede jurisdiccional», *Ius et Praxis*, año 27, n.º 2, 2021, pp. 136 a 155, p. 147.

¹³² NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal II*, op. cit., p. 195.

¹³³ Errada, pero explicable en su momento, como expresión de la «convicción de que el mundo físico está gobernado por leyes causales del tipo *si x, entonces siempre*», creencia que se apoyaría en la «gran construcción mecanicista newtoniana». GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, op. cit., p. 23.

¹³⁴ TARUFFO, M., *Contribución al estudio de las máximas de la experiencia* (trad. P. Andrés Ibáñez), ed. Marcial Pons, Madrid, 2023, p. 27.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 32.

¹³⁶ TARUFFO, M., «El juez y el historiador: consideraciones metodológicas» (trad. M. A. Aramburo), *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 44, 2021, pp. 13 a 39.

¹³⁷ TARUFFO, M., *La prueba*, op. cit., p. 214.

continúa escribiendo TARUFFO¹³⁸ – mientras que en ocasiones las máximas de la experiencia no son más que «la traducción de leyes científicas de carácter general en los términos del sentido común y de la cultura media», en cuyo caso «con la condición de que la vulgarización de la ley científica no haya traicionado su significado originario se puede equiparar la máxima de la experiencia a la ley científica y utilizarla como ley de cobertura de la inferencia causal»; en otros casos, expresan «frecuencias estadísticas de un grado muy elevado: así, la máxima se corresponde con generalizaciones empíricas de un alto grado de probabilidad»¹³⁹, mientras que finalmente en otros casos (que entiende TARUFFO muy numerosos, por lo demás), las máximas de la experiencia no tienen ningún apoyo científico ni estadístico, lo que sucedería cuando se trata de una afirmación «fundada *únicamente* en la experiencia».

Precisamente, asumiendo y reconociendo como correcto todo lo anterior, vamos a tratar de ahondar en la figura del testigo-perito en el pensamiento de F. STEIN, pues, aunque desde la epistemología y los planteamientos modernos de la lógica puedan ser cuestionadas las bases en las que se sustenta, nos parece que, desde un punto de vista jurídico-procesal, estaríamos ante su versión primigenia.

En primer lugar, es incuestionable que la percepción directa o propia de los hechos es determinante para la definición misma del testigo-perito (al igual que sucede con el testigo ordinario). Es decir, en teoría, o se han presenciado directamente unos hechos o no se puede ser testigo-perito, porque, al igual que sucede con el testigo común, también aquel se ha de poner en relación con el desempeño de una determinada función en el procedimiento, con un rol que busca exclusivamente responder a la necesidad que tiene el juzgador de tener una noticia, lo más objetiva posible, de los hechos. De esta manera, la observación directa de los hechos, a la vez que se adopta como justificación, en definitiva, del conocimiento obtenido, se erige en el criterio diferenciador del perito (entonces y en Alemania, oficial) que, por definición, conoce los hechos no directamente, sino por encargo judicial, y cuyo cometido guardaría relación con otro tipo de carencia

¹³⁸ *Ibid.*, pp. 268 y 269.

¹³⁹ Por su parte, Ubertis observa que desde la perspectiva de la garantía cognoscitiva que proporcionan, resulta frecuente la equiparación de máximas de la experiencia y leyes científicas probabilistas, si bien también constata que incluso con relación a las leyes científicas no probabilistas o universales cabría oponer que tanto estas como aquellas máximas se basan a la postre «en un procedimiento inductivo que se resuelve en una generalización de datos empíricos». UBERTIS, G., *Elementos de epistemología del proceso judicial* (trad. P. Andrés Ibáñez), ed. Trotta, Madrid, 2017, p. 81.

epistémica del juzgador para cuya satisfacción no sería necesario haber percibido los hechos (recuérdese que las máximas de la experiencia no serían, por definición, juicios sensoriales): la necesidad de disponer de determinados conocimientos especializados.

De otro lado, aquella garantía de certeza que se asume inherente a que el testigo (tanto el ordinario como el testigo-perito) declara sobre lo que ha observado personalmente, se refuerza con la concepción deductiva del juicio de hecho, basada en la lógica aristotélica y de la que resultaría que su experiencia (una experiencia no habitual o común) opera como una premisa general para hacer posible una inferencia deductivamente válida ¹⁴⁰, de manera que el juicio conclusivo se produce de manera, vale decir, necesaria o ineludible, en el momento de la percepción. Acudiendo al mismo ejemplo que propone F. STEIN para formular su teoría (páginas 66 a 68), suponiendo que el hecho desconocido y a resolver fuera «si cierto aceite es de primera o segunda calidad», ensayamos a continuación los silogismos, según se trate de un testigo ordinario, de un perito o de un testigo-perito:

Testigo

Premisa mayor (máxima de la experiencia): Sustancia: aceite. Propiedad: transparente.

Premisa menor: He visto que el aceite no es transparente

Juicio de hecho (conclusión): El aceite no es transparente

El testigo introduciría la premisa menor sobre la que descansa el juicio de la que el juez debe de convencerse.

Perito

Premisa mayor (máximas de la experiencia): Sustancia: aceite. Propiedad: transparente + Para ser de primera calidad el aceite debe ser transparente

Premisa menor: El aceite no es transparente [según el testimonio de un testigo que ha visto ese aceite]

Juicio de hecho (conclusión): El aceite no es de primera calidad

¹⁴⁰ Entre nosotros, en línea con lo que se acaba de exponer, Muñoz Sabaté ponía de manifiesto que las «máximas de la experiencia» tendrían una «estructura lógica determinista». MUÑOZ SABATÉ, L., *Cuadernos de probática I y II*, ed. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 1999, p. 170.

El perito introduciría la premisa mayor sobre la que descansa el juicio de la que el juez debe de convencerse.

Testigo-perito

Premisa mayor: Sustancia: aceite. Propiedad: transparente + Para ser de primera calidad el aceite debe ser transparente (máxima de la experiencia especializada):

Premisa menor: He visto que el aceite no es de primera calidad

Juicio de hecho (conclusión): El aceite no es de primera calidad

El testigo-perito introduciría (al igual que el testigo) la premisa menor sobre la que descansa el juicio del que el juez debe de convencerse.

Pese a las fundadas críticas que hoy en día cabe hacerle —y se le han hecho, como se ha visto— a este planteamiento, nos parece que al menos no se le debe dejar de reconocer el haber subrayado, en línea con la revolución copernicana kantiana¹⁴¹, que los hombres no percibimos por igual, que las cosas «se aparecen» según nuestra experiencia de forma apenas consciente y espontánea para quien percibe, lo que, como ya dijimos, habría permitido desafiar en parte en el ámbito procesal la tesis del realismo epistemológico. En realidad, hoy en día, como también dijimos al inicio de este trabajo, una obviedad¹⁴². Y sin embargo ahí es, se insiste, donde creemos que se encuentra, en lo fundamental, la justificación epistemológica del instituto del testigo técnico; en el reconocimiento de que otras experiencias permiten y dan lugar a otras visiones de los hechos.

Ahora bien, lo anterior no desemboca, no desde luego en el pensamiento de F. STEIN, en el relativismo. Muy al contrario. Es evidente que la alianza que en el *der sachuerständige Zeuge* del pensamiento de F. STEIN se produce entre el juicio y el hecho

¹⁴¹ Que podría resumirse con la idea de Vázquez Lobeiras según la cual mientras que «en el marco del empirismo, la experiencia se interpreta como el punto de partida del proceso cognoscitivo, para Kant, en cambio, la experiencia aparece como el resultado, como el producto de la actividad cognoscitiva». VÁZQUEZ LOBEIRAS, M. J., «Immanuel Kant: el giro copernicano como ontología de la experiencia», *Endoxa*, n.º 18, 2004, pp. 69-93, p. 70.

¹⁴² En este mismo sentido, Andrés Ibáñez, si bien se refiere aquí a la noción de «máxima de la experiencia» como elemento necesario para una valoración racional de las pruebas: «En una primera aproximación, la noción apunta a algo tan obvio como que resulta impensable que alguien —incluido el juez— pudiera prescindir, en el ejercicio de cualquier actividad de indagación o valoración, de los datos o el bagaje de conocimientos que proporciona la experiencia socialmente acumulada». ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Acercas de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *Doxa*, n.º 12, 1992, pp. 257 a 299, p. 286.

está instalada en una objetividad epistemológica ingenua, motivada, ya se ha dicho, por aquella concepción de «máxima de la experiencia» inscrita en la concepción silogística del juicio de hecho y que, a su manera, cae en el mito de la «inmediatez» de la inferencia –luego volveremos sobre esto– pero también, creemos, por una forma de entender los «conocimientos especializados» que posee el testigo-perito que, frente al conocimiento teórico de una disciplina, refiere otro tipo de saber, un conocimiento empírico¹⁴³, que procede de una experiencia subjetiva¹⁴⁴ obtenida por la reiteración de una práctica derivada del desempeño de un oficio o profesión, y que está igualmente anclada en enseñanzas de la lógica clásica respecto a las reglas de los sentidos¹⁴⁵.

Y es que, adviértase, esos «especiales conocimientos técnicos» del testigo que dictamina o del testigo-perito importarían no más –y esto es lo que, a lo sumo, le diferenciaría del testigo ordinario según F. STEIN– que una «agudizada capacidad de sus sentidos, (...) capacidad que le hace perceptibles objetos que otros no hubieran visto u oído aun cuando se hubieran encontrado en la misma situación»; por eso –seguía escribiendo– «el testigo normal ve y da cuenta de los síntomas; el testigo pericial, en cambio, expone el resultado de su diagnóstico»¹⁴⁶. A todo lo anterior debe anudarse una forma de entender la realidad, los hechos, también propia de la ontología aristotélica, sistematizada en categorías, géneros y especies¹⁴⁷ que se haría cognoscible «a través de «conceptos»¹⁴⁸ y en el que las nociones de «espontaneidad» y de «síntesis» en cuanto que

¹⁴³ La distinción también la encontramos con particular claridad en Dosi, quien observa que la declaración de ciencia o conocimiento contenida en la prueba testimonial se refiere a una «ciencia esencialmente empírica (para cuyo fin el intelecto sirve como medio para permitir la toma de consciencia del dato) y no una ciencia esencialmente teórica (para cuyo fin la toma de consciencia del dato sirve como medio para permitir la construcción de principios)». DOSI, E., *La prueba testimonial. Estructura y función*, op. cit., p. 41.

¹⁴⁴ Cfr. QUESADA, D., *Saber, opinión y ciencia*, ed. Ariel, Barcelona, 1998, p. 161.

¹⁴⁵ Por ejemplo, BALMES, J., *Curso de Filosofía elemental*, 12.ª ed., imp. Diario de Barcelona, Barcelona, 1925, p. 28.

¹⁴⁶ STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, op. cit., p. 10. No nos parece, sin embargo, claro que para F. Stein el juicio de un testigo-perito esté dotado de una mayor calidad que el de un testigo común u ordinario, aunque no han sido pocos los autores que así lo entendieron (por ejemplo, Devis Echandía) y los que actualmente en la doctrina española apuntan a la misma idea, como luego se verá. Insistimos en que nos parece cuando menos cuestionable lo anterior; creemos que bajo los planteamientos de Stein ambos juicios, el que procura el testigo ordinario y el del testigo-perito, estarían dotados de la misma calidad epistemológica, la que proporciona el haber percibido el hecho, y serían igualmente lógicos, pero evidentemente desde experiencias distintas.

¹⁴⁷ TARUFFO, M., *Contribución al estudio de las máximas de la experiencia*, op. cit., p. 30; y TARUFFO, M., «El juez y el historiador: consideraciones metodológicas», op. cit., p. 17.

¹⁴⁸ VÁZQUEZ LOBEIRAS, M. J., «Inmanuel Kant: el giro copernicano como ontología de la experiencia», op. cit.

«acto de reunir diferentes representaciones y entender su variedad en un único conocimiento»¹⁴⁹ resultaría esencial.

En definitiva, y volviendo a la pregunta que nos ha servido para justificar la revisión de las aportaciones de F. STEIN, que el testigo-perito, al menos en esta versión que nosotros hemos considerado primigenia, debe ponerse en relación con la ratio que justifica la excepción de la regla de exclusión típica en el caso de un testigo ordinario, esto es, el carácter ineludible de sus juicios; sería, en suma, su teórico carácter necesario lo que justificaría su admisión, por tratarse, por definición, de juicios deductivamente lógicos desde una experiencia determinada.

1.2. F. Carnelutti («La Prova Civile», 1914)

En Italia, no muchos años después de la publicación de «Das private Wissen des Richters», CARNELUTTI parecía igualmente identificar como necesarios ciertos juicios del testigo al tratar del testimonio en la primera edición de su obra «La Prueba Civil» (1914). Sin embargo, su entendimiento del testigo-perito alemán, que al menos en la traducción al castellano de la obra de CARNELUTTI, es ya un «testigo técnico», se aleja, por lo que se verá seguidamente, del planteado por el procesalista alemán. Así, tras definir CARNELUTTI el testimonio como un «acto humano dirigido a representar un hecho no presente» que se concretaría en una «manifestación de la idea que el testigo tiene del hecho mismo»¹⁵⁰ explica:

«Por una razón psicológica elemental, esta manifestación casi nunca tiene lugar mediante la reproducción (representación) analítica de esos elementos objetivos sobre los que se ha formado la idea, sino mediante una o más representaciones sintéticas de los elementos mismos, es decir, mediante una o más *definiciones* o juicios. Media en ello una necesidad derivada de la necesidad misma del lenguaje, que es medio de representación de los fenómenos mediante la expresión de las ideas, o sea de las generalizaciones de aquellos: por ejemplo, si el testigo narra al juez haber visto un caballo, no reproduce así analíticamente los elementos del hecho percibido, sino que sintetiza el hecho mismo en un juicio: la vista que vi era un caballo; e incluso si espontáneamente o a requerimiento del juez descendiese a un mayor análisis, éste resultaría siempre de una serie

¹⁴⁹ KANT, I., *Crítica de la razón pura* (ed. P. Ribas), ed. Alfaguara, Madrid, 1995, pp. 111 y 112.

¹⁵⁰ CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, *op. cit.*, p. 160.

de definiciones menores: la bestia que vi tenía cuatro patas, era alta, con las orejas cortas, etc., etc.».

No obstante, como decíamos, el concepto del testigo-perito del conocido italiano se aleja del planteado por F. STEIN porque, para empezar, es distinta la definición de testimonio propuesta por el primero, que se agota con «el elemento de la representación»¹⁵¹, desapareciendo de la definición de testigo la percepción personal o el conocimiento directo de los hechos (el mimo CARNELUTTI observaba que tal desaparición representaba un «desplazamiento del centro de gravedad del concepto de testimonio»¹⁵²). Y es que este consideraba que la percepción del hecho no era ni necesaria ni suficiente para que un sujeto fuera tenido por testigo ya que –escribía–, entre otras cosas el testigo también puede narrar hechos que no ha percibido, sino, en lo que ahora interesa, que solamente ha deducido. Siendo esto así CARNELUTTI advertía que si la percepción propia de los hechos deja de ser un presupuesto o requisito para que haya testimonio y la misma pasa a convertirse no más que en un criterio de valoración, la única nota distintiva que quedaría entre el testigo técnico y el perito sería la forma en la que uno y otro son traídos a un proceso judicial: el testigo sin encargo del juez y el perito a través de un encargo del juez:

«Por tanto, el *testigo técnico* (que representa un hecho percibido o deducido merced a aptitudes o preparación técnica) es asimismo un *testigo*. En otros términos: la distinción entre *perito* y *testigo técnico* (*sachverständiger Zeuge*) no se funda en la *cualidad* del hecho representado y, por tanto, en la *experiencia técnica* de la persona que lo representa, sino en *la existencia o no de un encargo para la percepción o la deducción*»¹⁵³.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 138.

¹⁵² *Ibid.*, p. 151.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 174. Tal conclusión habría llegado a propiciar la reforma de la legislación procesal civil italiana en 1942 para crear la figura de la *consulenza tecnica*, a la que se le dotaría de la condición de asistente o auxiliar del juez (advértase que bajo la vigencia del Código de Procedimiento Civil anterior la pericia era sin embargo considerada un medio de prueba). Lo ha recordado recientemente el Prof. Ansanelli: «Como reacción a las disfunciones de la disciplina de la *perizia* (prueba pericial) del anterior código de 1865, el código de 1942 adopta una postura esquemática extrema, en la cual el juez utiliza al experto como su *longa manus* —por decirlo a modo de Carnelutti—, se deja guiar por el experto en la adquisición y utilización del conocimiento científico»; a lo que añade: «De hecho, en esta transformación de la pericia en *consulenza tecnica*, Francesco Carnelutti, tanto por su autoridad científica como por su calidad de integrante del comité ministerial encargado de redactar el nuevo código, desempeña un papel fundamental». ANSANELLI, V., «El modelo italiano de la consulenza tecnica d'ufficio. Falta de caracterización probatoria de los instrumentos de adquisición del conocimiento científico en el proceso civil», en Andino López, J. A. y

Volviendo al referido «desplazamiento del centro de gravedad del testimonio», podría pensarse entonces que en el pensamiento del famoso procesalista se desambigua ya, de alguna manera, el término «hecho». Sin embargo, no sucede, creemos, tal cosa en el CARNELUTTI de 1914¹⁵⁴; nos parece que lo que hace este es más bien disociar el objeto del testimonio acudiendo al binomio «hecho percibido», por un lado y de «hechos deducidos», por el otro. Es decir, que lejos de subrayar su correlación o interdependencia, de contemplar el hecho y la opinión como indisolublemente unidos y tratarlos por tanto como términos coextensivos, los separa.

Este divorcio se proyecta claramente cuando escribe sobre la figura del testigo técnico, que define como aquel que «representa un hecho percibido o deducido merced a aptitudes o preparación técnicas»¹⁵⁵ y a cuyo testimonio (testimonio técnico) se refiere también para subrayar que este se produce «no solo cuando el hecho sea objeto de percepción, sino también cuando sea objeto de deducción técnica». De esta manera, para CARNELUTTI el testimonio técnico se produciría sobre dos posibles objetos separables y distintos: por un lado, lo que el testigo-perito haya observado directamente, lo que sugiere que es entonces teóricamente posible su expresión sin recurrir a ninguna inferencia¹⁵⁶ y, por otro lado, lo que el testigo-perito pueda deducir o inferir gracias a sus conocimientos técnicos¹⁵⁷.

Cerrato Guri, E. (coords.) y Picó i Junoy, J. (dir.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, ed. Bosch, Barcelona, 2020, pp. 241 a 254, p. 245.

¹⁵⁴ Decimos en el Carnelutti de 1914 porque, siguiendo las notas de Augenti al respecto de la distinción entre «prueba directa» y «prueba indirecta» en el pensamiento de Carnelutti, no sería hasta 1946 en su obra *Lezioni sul Processo penale* que advierte, en sus propias palabras, el error en el que habría incurrido (CARNELUTTI, F., *La prueba civil, op. cit.*, pp. 266 y 267). Así, escribía: «Existe una difundida tendencia, a la que más de una vez también he cedido yo inadvertidamente, a restringir en los límites de la prueba indirecta dicho concepto; semejante restricción está implicada en la definición de prueba como equivalente sensible del hecho a apreciar, que en otro lugar he dado; pero una más profunda meditación, no tanto en torno a la prueba, como acerca del juicio y especialmente del juicio histórico, me ha inducido a rectificar este punto de vista. La raíz del error estriba en que cuando un hecho se desenvuelve bajo nuestros ojos, nos parece que nada hay que probar, es decir, que verificar. En tal caso, se habla de evidencia, que excluiría la prueba; pero para corregir el error, basta con pensar que la existencia de un objeto no es nunca el fruto de una simple sensación, sino, en todo caso, el contenido de un juicio; por lo general, cuando el objeto se ve y se toca, el juicio es tan fácil y rápido que escapa a la atención; pero entre otras causas es siempre posible un engaño de los sentidos» (la cursiva es nuestra). En el mismo sentido, cfr. DEVIS ECHANDÍA, H., *Tratado de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 7.

¹⁵⁵ CARNELUTTI, F., *La prueba civil, op. cit.*, p. 174.

¹⁵⁶ Así lo entendía también Denti al interpretar a Carnelutti. Cfr. DENTI, V., «Testimonianza Tecnica», *op. cit.*, p. 14.

¹⁵⁷ En igual sentido, Lessona, quien señalaba que no debía prohibirse la prueba testifical que «además de los hechos tenga también por objeto apreciaciones científicas o técnicas del testigo». LESSONA, C., *La prueba en Derecho civil, op. cit.*, p. 242.

Operando bajo esta posible dualidad, acude además y justamente al «hecho deducido» para justificar la figura del testigo técnico. Y así afirma que a diferencia de lo que sucedería con el testimonio de un testigo común u ordinario, cuyas deducciones no le serían útiles al juez, en el caso del testimonio técnico la deducción que de los hechos lleva a cabo el testigo se convierte, precisamente, en el elemento útil para el juzgador («la deducción del testigo es útil para el juez, que no sabría efectuarla por sí»¹⁵⁸).

Se da con ello pie, como subrayábamos antes, a un entendimiento de la noción de testimonio técnico distinta a la que creíamos encontrar en F. STEIN, pues no solo parece que se prescinde de la necesidad de la observación directa inherente, como se ha visto, a la definición de testigo-perito alemana, sino que, además, tiene el propósito de justificar la figura, como subtipo de prueba testifical, diferenciándola del testimonio ordinario, de manera que deje de ser «superflua» para lo cual se recurre, como acabamos de señalar, a la utilidad del «hecho deducido» como juicio distinto de aquel que correspondería a la percepción de los hechos y, se insiste, distintivo de su concepción del testigo técnico. Se altera así también el rol asociado por el jurista alemán tanto al testigo común como al testigo-perito pues en el pensamiento del italiano el testimonio de este último se relaciona directamente con la necesidad del juzgador de disponer de determinados conocimientos especializados, es decir, con la misma carencia epistemológica que justifica el recurso a la prueba pericial.

En definitiva, que en el pensamiento de CARNELUTTI la ratio que justifica la admisibilidad de los juicios que pueda ofrecer un testigo técnico no es su carácter necesario o ineludible, sino su utilidad.

1.3. V. Denti («La testimonianza tecnica», 1963)

Esta concepción del testimonio técnico, con dos posibles objetos independientes, los hechos percibidos de un lado y, de otro, los hechos deducidos en virtud de una experiencia técnica, y que teóricamente darían pie a dos modalidades narrativas distintas, habría calado en la doctrina italiana según escribía años después DENTI¹⁵⁹ al reflexionar acerca

¹⁵⁸ CARNELUTTI, F., *La prueba civil, op. cit.*, p. 156.

¹⁵⁹ DENTI, V., «Testimonianza Tecnica», *op. cit.*

de la «testimonianza tecnica», reflexiones que plasmó en un breve artículo publicado en la *Rivista di Diritto Processuale*, en el año 1963.

Sin embargo, aquel se mostró crítico con esta orientación, y va por ello a proponer un abordaje distinto, que obedece en buena medida a sus investigaciones acerca del tratamiento de la *opinion* en el Derecho angloamericano. Así, y a partir de la noción que señala como «comúnmente aceptada» en Italia acerca de cuándo se estaría ante un testimonio técnico¹⁶⁰, DENTI propone centrar su reflexión en la problemática que este tipo de testimonio ofrece en la práctica y que, a su entender, resultaría de una regla de exclusión identificada en aquellas tradiciones bajo la «*opinion rule of exclusion*», preguntándose a partir de ahí qué es lo que tal regla impone realmente a un testigo ordinario.

Al respecto, el profesor de Pavía llega a la conclusión de que la regla de exclusión de la opinión carece de un sustento teórico si lo que propone es una diferencia entre la «*percezione immediata del fatto*» y la «*induzione connessa*». Por tanto, añade DENTI, separar el hecho percibido y hecho deducido no tiene sentido, puesto que todo testigo va a expresarse necesariamente en un lenguaje inferencial o acudiendo a una «*rappresentazione di tipo deduttivo*»¹⁶¹ también cuando comunica un hecho que ha observado directamente. Precisado lo anterior, lo que propone DENTI en su búsqueda por dotar de un sentido a la regla de exclusión, es circunscribir su fundamento al uso de ciertas categorías asociadas al lenguaje¹⁶². Es decir, en su tesis, la regla de exclusión lo que vendría a prescribir realmente es que un testigo debe expresarse en un lenguaje ordinario o común, lo que equivaldría a decir «*quello che trae il proprio significato dalla esperienza*

¹⁶⁰ La noción se expresaría de la siguiente manera: «*allorquando la narrazione dei fatti, che hanno riferimento al tema della prova, implica necessariamente il ricorso a un'esperienza specifica del dichiarante*».

¹⁶¹ Concretamente, la expresión transcrita se inscribe en la siguiente reflexión: «*La natura stessa della testimonianza, ed il suo carattere essenziale di "attività rappresentativa che si svolge in assenza del fatto rappresentato", escludono dunque che si possa prescindere dall' uso di un linguaggio inferenziale: non, quindi, per ciò solo che una serie di eventi (il grado di luce o di oscurità, il suono, il peso, la distanza, ecc.), non si presta ad essere descritta con linguaggio meramente fattuale ed esige una rappresentazione di tipo deduttivo. Una distinzione tra la "percezione immediata del fatto" e la "induzione connessa" appare pertanto priva di fondamento sul piano teoretico, e non può giustificare il richiamo ad una autonoma figura della testimonianza tecnica*».

¹⁶² Sería un enfoque que también podría tener un punto de apoyo teórico en las palabras de F. Stein, quien señalaba: «*Como mínimo, el conocimiento de la expresión lingüística de la impresión sensorial recibida es en todo caso la premisa mayor a la que tenemos que recurrir, aunque solo sea para llegar a una interpretación de este tenor: vi un caballo blanco*». STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, *op. cit.*, p. 12.

quotidiana e si caratterizza per la sua immediatezza pragmatica»¹⁶³. A este nivel, el del lenguaje, DENTI entiende que sí sería posible diferenciar el testimonio técnico del común, verificándose el primero cuando en la narración de los hechos el testigo hace *necesariamente* uso de un lenguaje que, sin embargo, es técnico o especializado. De esta manera, el testimonio técnico se configuraría también como una excepción a la regla de exclusión, pero al nivel del lenguaje. Todo lo anterior, conduce a DENTI a concluir en definitiva que habrá testimonio técnico cuando el testigo no puede prescindir del uso de un lenguaje especializado en la narración de los hechos.

Aunque esta propuesta de definición del que fuera maestro de TARUFFO tiene el incuestionable valor de haber rehuído, por carecer de una base teórica sólida como ya se ha visto, de la dicotomía hecho-opinión y del análisis de los procesos inferenciales, y aun cuando nos parezca innegable que el criterio de demarcación que propone resultaría más pragmático¹⁶⁴, tampoco su noción de testimonio técnico está, evidentemente, libre de críticas y problemas, el más obvio, que también se hace preciso determinar cuándo concurriría esa necesidad ineludible de recurrir a un léxico especializado (y que es tanto cómo preguntarse bajo qué condiciones se estaría ante un testimonio técnico) pero también definir lo que sea «lenguaje especializado» dada la difícil (cuando no imposible) demarcación entre los diferentes tipos de lenguaje¹⁶⁵.

En cualquier caso, lo que nos interesa subrayar por ahora es que en la tesis de DENTI reaparece como elemento clave la «necesidad» (y con ello, nos parece, el automatismo y la inmediatez, si bien al nivel del uso del lenguaje) concepto este que, como ya hemos visto, y según el mismo procesalista recordaba, se erige en la ratio de la excepción a la regla de exclusión de la opinión en el caso de un testigo ordinario con arreglo al Derecho angloamericano¹⁶⁶.

¹⁶³ «Lo que toma su significado de la experiencia cotidiana y se caracteriza por su inmediatez pragmática» (traducción propia).

¹⁶⁴ MIUCCI, C., *La Testimonianza tecnica nel processo penale*, ed. Giuffrè, Milán, 2011, p. 77.

¹⁶⁵ GUTIÉRREZ RODILLA, B. M., *La ciencia empieza en la palabra. Análisis e historia del lenguaje científico*, ed. Península, Barcelona, 1998, p. 106.

¹⁶⁶ «Si tratta di quella medesima ratio che giustifica, nel sistema probatorio anglo-americano l'eccezione alla ricordata *opinion rule of exclusion*, che non trova applicazione, consentendosi la *opinion testimony* del testimone ordinario, *when the witness cannot report his information in any other form*».

1.4. H. Devis Echandía («Tratado de Derecho Procesal Civil», 1969)

No creemos que la tesis de DENTI fuera bien entendida, no desde luego, por todos los procesalistas que le fueron coetáneos. Así nos parece que se concluye de la crítica que le hiciera al poco tiempo SCARDACCIONE¹⁶⁷ y que secundaría DEVIS ECHANDÍA según escribía en su «Tratado de Derecho Procesal Civil» (1969) al tratar del testimonio técnico, reprochándole al italiano que un testigo ordinario también «puede emplear un lenguaje técnico sin tener verdaderos conocimientos sobre la materia»¹⁶⁸.

Con ello se aventura ya que la definición de testimonio técnico que ofrecía el citado profesor colombiano se alejaba nuevamente de la alemana, para identificarse más con la ya analizada de CARNELUTTI. Así, ya dijimos que para DEVIS ECHANDÍA sería testimonio técnico el «que prestan aquellas personas que conocen el hecho en virtud o con el auxilio de sus conocimientos científicos o técnicos especiales y que, por consiguiente, fundamentan su narración en esos conocimientos y no en simples percepciones». A lo que añade:

«Quienes pretendan excluir del testimonio las deducciones del declarante o los juicios que exponga sobre los hechos percibidos, no pueden admitir esta especie de testimonio basada precisamente en aquellas y en estos; por el contrario, quienes incluimos las deducciones y los juicios sobre los hechos, al lado de las simples percepciones, como objeto del testimonio, no encontramos dificultad en admitir la figura, muy importante, por cierto, del testigo técnico»¹⁶⁹.

Se vuelve a apreciar por tanto en el pensamiento de este autor —quien al igual que CARNELUTTI también abogaba por relegar la percepción directa de los hechos a un criterio de valoración de la prueba testifical y no a un presupuesto para que hubiera testimonio—, el divorcio entre el hecho percibido (hecho) y el hecho deducido (opinión) —advuértase, «los juicios sobre los hechos, al lado de las simples percepciones»— así como el remarcado intento de justificar la figura del testigo-perito bajo el paradigma de su

¹⁶⁷ SCARDACCIONE, A., *Le prove*, op. cit., p. 214.

¹⁶⁸ DEVIS ECHANDÍA, H., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 452. Evidentemente —cabría oponer— esto no sería posible según la tesis de Denti, pues entonces no se estaría ante un testigo técnico, ya que testigo técnico es, por definición, quien se ve obligado a recurrir, en respuesta a su experiencia técnica, a un lenguaje especializado.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 451.

utilidad a través de esas deducciones, frente a la inutilidad *per se* de las deducciones de un testigo común.

Con todo, DEVIS ECHANDÍA se distancia de CARNELUTTI en la medida en que sí trata de establecer alguna distinción entre el testimonio de un testigo-perito y el de un perito diferente del encargo judicial. En particular, preguntándose el profesor colombiano por la cuestión relativa a «hasta dónde puede extenderse el juicio técnico del testigo, sin exceder los límites de la prueba pericial e invadir el terreno de la peritación técnica», el colombiano (siguiendo en este punto al italiano SCARDACCIONE) propone los siguientes ejemplos:

«(...) un arquitecto puede dar un buen testimonio acerca de si una edificación presentaba, en una fecha determinada, detalles que implicaran una amenaza de inestabilidad o derrumbamiento, por haberlos observado correctamente gracias a sus especiales conocimientos técnicos sobre la materia; pero sobre las causas que no pudo observar, de esos defectos de construcción, estaría dando una apreciación subjetiva que escapa al objeto del testimonio y corresponde a la prueba de peritos; un médico puede ser testigo fehaciente de que una persona, en un cierto día, presentaba síntomas observados por él de una determinada enfermedad, pero sobre las causas que la produjeron y que no percibió, solo puede opinar como perito».

Se acoge con esta propuesta¹⁷⁰, aunque evidentemente el profesor colombiano no lo expresaba en estos términos, que sería posible diferenciar ciertos tipos de juicios de los que podría afirmarse que descansan en la impresión sensible y que serían resultado necesario de la aplicación de una experiencia especializada. En suma, quedémonos al menos por ahora con la idea de que a los efectos de evitar que el testimonio técnico transmute en el que sería el testimonio típico de un perito, también DEVIS ECHANDÍA retornaría, aunque de forma probablemente inadvertida y desde luego acrítica, al criterio de la necesidad.

¹⁷⁰ En el mismo sentido, Alsina: «La distinción entre perito y testigo impone, sin embargo, una condición que no debe perderse de vista, y es que el testigo debe deponer siempre sobre hechos concretos, de modo que, aunque se trate de técnicos, no pueden ser llamados como testigos a emitir juicios lógicos que no se funden en los hechos, porque esta es función de los peritos». ALSINA, H., *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, op. cit., p. 536.

2. SOBRE EL CARÁCTER TEÓRICAMENTE AMBIVALENTE DE LA FIGURA DE TESTIGO-PERITO: SUS DOS NOCIONES DOGMÁTICAS

Nos encontramos ya en condiciones para sentar una de las conclusiones principales de esta investigación. La resumimos a continuación.

A resultas de las aportaciones doctrinales que se acaban de referir, la figura tendría un carácter ambivalente, ofrecería dos versiones ¹⁷¹ que serían, teóricamente, distinguibles. En la doctrina española PIETRO-CASTRO¹⁷² las refería en estos términos:

«El testigo, aunque no actúe suministrando una reproducción exacta del hecho, como la placa fotográfica, pues en él las imágenes experimentan una refracción y se *recrean* por el juicio propio, en esencia, da noticias de percepciones *concretas de conocimiento*, es decir, *subjetivas*, y aunque tales percepciones hayan sido posibles únicamente en virtud de la posesión de una ciencia, un arte o una práctica sigue siendo *testigo* (si bien perito) y sometido a las reglas de esta prueba. Este será el *testigo perito* conocido en el Derecho alemán, de modo que, principalmente, no puede negarse a declarar, y el perito, en cambio, aporta nociones o reglas y síntesis *generales de ciencia* (en sentido, lato), y por eso son llevadas por el Juez no a la premisa de hechos (menor) del silogismo judicial, sino a la mayor o jurídica; pero es posible la figura de la doble cualidad, como cuando no sólo se declara sobre hechos percibidos, sino que también extrae consecuencias o deducciones sobre ellos; en tal caso se estaría ante un *testigo y perito*, y le serían aplicables las reglas de una y otra prueba» [la cursiva es del autor].

Así, en resumen, desde el enfoque metodológico que en esta investigación hemos preferido para llegar a esta ambivalencia, esto es, partiendo de la *ratio* que en Derecho angloamericano habría servido inicialmente para justificar la admisión de la *opinion*, según se trate de un testigo común o de un testigo experto, las dos versiones del testigo-perito serían las siguientes:

¹⁷¹ En rigor, podríamos apuntar hasta tres versiones dogmáticas, ello si atendemos a las aportaciones de Denti que, como hemos visto, propone una interpretación de la regla de exclusión que se relaciona con el tipo de lenguaje que le es permitido emplear a un testigo. No obstante, aunque sea esta una interpretación que ha tenido eco en algunas legislaciones, como luego se verá, y que es lógicamente conocida en Italia, su repercusión ha sido mucho más limitada, sin que hayamos encontrado, por ejemplo, ningún eco de la misma en España.

¹⁷² PRIETO-CASTRO, L. y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil*, vol. I: *Conceptos generales. Procesos declarativos. Recursos*, ed. Tecnos, Madrid, 1973, p. 174. En sentido parecido, atendiendo a esas dos versiones o nociones de la «testimonianza técnica», Denti subrayaba la «sostanziale ambiguità del concetto». DENTI, V., «Testimonianza Tecnica», *op. cit.*, p. 11.

- a) La noción, vamos a llamar ahora, alemana, que tendría por paradigma el criterio de la necesidad de los juicios técnicos que un testigo-perito ofrece, estrechamente vinculada a una cierta concepción del «juicio de hecho» basada en la lógica escolástica-aristotélica y en cierta noción de «máximas de la experiencia» que, como ya se ha apuntado, es engañosa en la medida en que esas máximas no son generales.

Esta sería, ya lo hemos dicho, la que nos parece la noción primigenia y genuina de la figura. Y la que justificaría por entero la aplicación de las normas jurídico-procesales reguladoras de la prueba testifical.

- b) Junto a la anterior, encontraríamos otra versión (de la que CARNELUTTI podría ser promotor) ya extraña al escurridizo criterio de la necesidad y con arreglo a la cual sería la utilidad de los juicios técnicos que proceden de un testigo-perito la que justificaría su admisión. Estaríamos entonces ante un experto que habría tenido un conocimiento de los hechos antes del inicio de un procedimiento (sin encargo judicial), por lo que podría ser llamado a declarar como un testigo, pudiendo entonces declarar sobre esos hechos y, además, por sus especiales conocimientos, sobre sus deducciones acerca esos hechos, actuando entonces como un perito. Todo esto se traduciría en un distinto alcance de los juicios que le estaría permitido realizar y en un distinto cometido, que sería ya aportar conocimientos especializados a través de su opinión sobre los hechos.

En efecto, el testigo-perito de la versión alemana, creemos que se debe interpretar desde la teórica necesidad racional de las conclusiones que una persona que cuenta con una experiencia no común ofrecería con relación a un hecho que ha visto u oído personalmente. Tal «necesidad» lleva implícita de alguna manera la idea de inmediatez lógica, de un supuesto automatismo de la inferencia ante una percepción para quien, con aquella experiencia, observa un hecho de la cual emergería de forma espontánea un «concepto» o una «síntesis»¹⁷³, que no sería sino rectamente lo observado¹⁷⁴. Y es que,

¹⁷³ Cfr. ROSENBERG, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 210.

¹⁷⁴ Desde ese lugar, el testigo-perito habría de ser incluido sin duda en la categoría de las llamadas pruebas «históricas» y «pruebas representativas» según las reflexiones de Gascón Abellán, en contraposición a la «prueba crítica», puesto que la prueba histórica sería aquella: «1.º) en la que el hecho que se quiere probar

desde cierto lugar, digamos que *para quien percibe* podría efectivamente parecer que el razonamiento inductivo opera de forma tan intuitiva¹⁷⁵ atendiendo a sus experiencias pasadas sobre el mismo aspecto de una realidad, que ese «concepto» o «síntesis» llega a hacerse presente, se visibiliza, y por ello resulta inevitable para expresar su percepción. Esto explica que en el planteamiento de F. STEIN no se hable de deducciones, sino, sencillamente, de «sensaciones» y de «juicios de hecho».

Más concretamente, sin embargo, sobre la naturaleza del «juicio de hecho» que subyace a este planteamiento del citado alemán, de nuevo TARUFFO apuntaba que estaríamos ante una hipótesis¹⁷⁶ que pretendía «salir al paso de las tesis de la escuela libre del derecho» y, particularmente, «hacer posible un control sobre el juicio de hecho por parte de la casación» recibiendo entonces «cierta impronta normativa», según la definición que de «juicio de hecho» proporcionaba también ROSENBERG¹⁷⁷:

surge directa y espontáneamente, sin mediación alguna ni necesidad de raciocinio, del medio o fuente de prueba; y 2.º) es capaz por sí sola de fundar la convicción judicial sobre ese hecho, pues la prueba versa directamente sobre el mismo». GASCÓN ABELLÁN, M., *Cuestiones probatorias*, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, p. 46.

¹⁷⁵ ANDERSON, T., SCHUM, D. y TWINNING, W., *Analysis of evidence*, *op. cit.*, p. 101. El muy citado pasaje del libro de Conan Doyle *Estudio en escarlata* es revelador (de ahí su cita) de esas «generalizaciones» o «síntesis» que por su carácter intuitivo se identifican directamente con una observación. Nos referimos al momento en el que, tras ser presentado Sherlock Holmes al doctor Watson, este le responde: «—Encantado —dijo cordialmente mientras me estrechaba la mano con una fuerza que su aspecto casi desmentía—. Por lo que veo, ha estado usted en tierras afganas». Posteriormente, en relación con este primer encuentro, Holmes le explica a Watson: «La capacidad de observación constituye en mi caso una segunda naturaleza. [...] Me constaba esa procedencia suya de Afganistán. *El hábito bien afirmado imprime a los pensamientos una tan rápida y fluida continuidad, que me vi abocado a la conclusión sin que llegaran a hacerse siquiera manifiestos los pasos intermedios. Estos, sin embargo, tuvieron su debido lugar*» (la cursiva es nuestra).

¹⁷⁶ Desde una perspectiva gnoseológica, Taruffo ha sintetizado magistralmente en tres las diferentes hipótesis sobre la naturaleza del «juicio de hecho» que habría de formular el juez: la concepción idealista, la concepción propia del realismo jurídico americano y la concepción a la que ahora nos referimos, basada en el silogismo judicial y que, también a su decir, sería la dominante en la cultura jurídica alemana y en la italiana. TARUFFO, M., «El juez y el historiador: consideraciones metodológicas», *op. cit.*

¹⁷⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *op. cit.*, p. 286. También el citado magistrado emérito de la Sala de lo Penal del Tribunal ha explicado en otro lugar con claridad el concepto de máxima de la experiencia de Stein. No nos resistimos a transcribir sus palabras: «Lo que Stein con este concepto presupone es que la sociedad en la que se opera, en la que operan los jueces, es una sociedad culturalmente homogénea y que por eso la experiencia social produce datos que son uniformes, que son captables e interpretables según criterios también comunes en la experiencia social y de ellos cabe inducir leyes generales, derivar leyes generales que al final pueden traducirse en leyes lógicas. Bien, este es el esquema de Stein que consiste en atribuir carácter normativo a las reglas de experiencia, consiste en convertir lo normal en normativo». ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Máximas de experiencia en el razonamiento probatorio* [video], Youtube. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=dS_rWVwPkv0&t=1593s

«Una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales o máximas de la experiencia como proposición mayor y formado, por tanto, mediante reglas lógicas».

Por eso, si se sigue lo anterior, deberíamos concluir que el juicio de hecho de un testigo-perito se debe situar en el mismo lugar que el juicio de hecho de un testigo común, pero también —nótese— de un perito cuando «el juez le encarga percibir en representación suya hechos que necesitan ser probados»¹⁷⁸. En tal caso, como el perito también podría ser llamado por el juez para, mediante su observación, comprobar un hecho (es entonces un *perito percipiendi*, en alemán *wahrnehmende Sachverständiger*) no habría ninguna diferencia sustantiva entre el testigo-perito y el perito, habría no más que una diferencia procesal, el encargo judicial; por ello, desde este planteamiento, volvemos a subrayar, cabría decir que ninguno de ellos así considerado ofrece realmente una deducción ni una opinión, sino que ambos se limitarían a constatar un hecho, un hecho que solamente ellos alcanzan a ver¹⁷⁹ gracias a su pericia¹⁸⁰. Esto explica, como se verá, que la norma alemana relativa al *der sachverständige Zeuge* se limite a reafirmar la aplicación de las normas procesales que regulan la prueba testifical, en la medida en que, se insiste, el alcance de los juicios de este testigo experto sería el mismo que el del testigo ordinario.

La dificultad nos parece está —y también la diferencia con un testigo ordinario— en que contrariamente a lo que escribía F. STEIN, *no* «es completamente irrelevante si las premisas mayores de las conclusiones necesitan o no especiales conocimientos técnicos»¹⁸¹ no, al menos, para la audiencia, *para quien recibe* lo que sobre la percepción se narra cuando este no cuenta con esos conocimientos especiales. Y es que, digamos ahora ya, la «interpretación» que ofrece una persona que posee una experiencia especializada de lo que esta ha observado no se revela, a diferencia de la que puede ofrecer

¹⁷⁸ STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, *op. cit.*, pp. 77 y 78.

¹⁷⁹ Entre nosotros, Flores Prada se ha referido a «realidades presentes, aunque ocultas a los ojos del profano». FLORES PRADA, I., *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 136.

¹⁸⁰ Nos ha parecido particularmente claro Alsina a este respecto cuando reflexiona acerca del perito que exclusivamente es llamado a comprobar un hecho. En tal caso —escribe— el perito se limita a «la comprobación sin emitir una opinión sobre las circunstancias que le rodean». Tras lo cual, siguiendo a Goldschmidt, añade que en estos casos el perito «es un simple intermediario en el reconocimiento judicial: el lente a través del cual el juez percibe ciertos hechos que su visión normal no alcanza». Y todavía remacha más adelante: «La prueba está constituida por el hecho mismo y los peritos no hacen sino ponerlo de manifiesto». ALSINA, H., *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, *op. cit.*, pp. 472 y 473.

¹⁸¹ STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, *op. cit.*, p. 64.

un testigo ordinario, tan inmediata en su lógica para quien recibe esa declaración, pues esa teórica inmediatez es posible porque la lógica de la inferencia es fruto de una experiencia común, compartida por la audiencia¹⁸² lo que determina que aunque nunca sea sencillo, entender y, por tanto, valorar la calidad y fiabilidad del testimonio de un testigo ordinario sea más fácil que en el caso de que el testimonio sea experto¹⁸³.

Efectivamente, la «necesidad racional» del juicio que ofrece un testigo común se revela porque, volviendo a GONZÁLEZ LAGIER, estaríamos entonces ante juicios «intersubjetivos» y situados –en su mayoría– en primeros niveles, es decir, inferencias compartidas propias de una cultura común, lo que posibilita que las mismas se presenten de forma casi automática como lógicas o, lo que es lo mismo, razonablemente derivadas en y de la impresión sensible, en buena medida porque muchas serían autoevidentes, al no distanciarse en exceso de esa impresión ni precisar de una carga teórica. Sin embargo, todo esto no ocurre, se insiste, cuando la interpretación es precisamente producto de conocimientos no comunes o de una experiencia específica, pues esta interpretación ya se situaría «a otro nivel», como de nuevo explica GONZÁLEZ LAGIER¹⁸⁴:

«[...] las distintas interpretaciones de un hecho se pueden situar a niveles distintos, cada vez más profundos. No es lo mismo interpretar un movimiento corporal, como flexionar un dedo, como disparar un arma o como una venganza. En un primer nivel, las interpretaciones pueden ser evidentes, pero a medida que las interpretaciones son más profundas su complejidad aumenta, se distancia más de la mera percepción, involucran más información y su corrección depende más de la posibilidad de aportar buenas razones en un proceso argumentativo».

Pese a lo anterior, es esta la concepción de la figura que permite explicar –ya lo hemos dicho– la aplicación de las normas jurídico-procesales reguladoras de la prueba testifical al instituto y la que tiene por lo mismo implicaciones en relación con el tipo de afirmaciones que serían admisibles por corresponder teóricamente a un testigo.

¹⁸² UBERTIS, G., *Elementos de epistemología del proceso judicial*, op. cit., pp. 86 y 87. Por lo mismo, en relación con la tradicional diferenciación entre la prueba histórica —a la que se ha adscrito la prueba testifical— y la prueba crítica —a la que se ha asociado la prueba pericial— Ubertis advierte que la calidad lógica del juicio puede ser la misma en una y en otra y que lo que variaría sería únicamente la «diferente inmediatez lógica en el conocimiento del objeto de la prueba por parte del juez».

¹⁸³ HAACK, S., «The expert witness: Lessons from the U.S. experience», *Humana.Mente*, 2015, vol. 28, pp. 39 a 70. También, adelantamos, tiene indudables repercusiones en relación con el ejercicio del derecho de defensa de la parte que no ha propuesto al testigo, pero por razones metodológicas, nos referiremos a estas cuestiones en los capítulos III y en el IV, fundamentalmente.

¹⁸⁴ GONZÁLEZ LAGIER, D., *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, o. cit., p. 31.

Así, la preservación de esta noción propugna un alcance teóricamente limitado del tipo de juicios especializados admisibles, que habrían de estar teóricamente circunscritos a la comprobación o identificación de los hechos percibidos¹⁸⁵, lo que daría lugar a enunciados sobre la existencia de «unos hechos concretos o propiedades de objetos»¹⁸⁶ o, en términos propios del Derecho angloamericano, que habrían de ser «low level descriptive inferences based directly on their own perceptions»¹⁸⁷ y que son, en definitiva, las inferencias u opiniones que en aquel derecho serían admisibles, según lo ya expuesto, de tratarse de un testigo común¹⁸⁸. Se trataría, insistimos, de un alcance en cuanto al tipo de juicios admisibles propios de un testigo-perito (siempre en esta primera noción) que estaría directamente emparentada con el requisito estructural del testigo basado en el supuesto conocimiento directo y que, según una larga tradición filosófica, vendría a suministrar los «casos básicos de saber o conocer»¹⁸⁹. A este respecto, pudiera –o eso nos parece– resultar significativo que F. STEIN se refiriera al testigo-perito como aquel que, ante el examen de una persona enferma, emite un diagnóstico, y no como aquel que pronostica o declara sobre la etiología de la enfermedad, juicios estos que le estarían vedados a un testigo –y, por el contrario, serían típicos en la prueba de peritos o prueba pericial– lo que podría explicarse porque «la causalidad no es una propiedad observable»¹⁹⁰.

Y luego estaría la otra versión.

¹⁸⁵ Repárese que Lessona, al referirse al «objeto idóneo» de la prueba pericial, escribía que no sería declarar «pura y simplemente la existencia de los hechos», si bien este sería el concepto consagrado precisamente en el entonces § 379 del Código alemán. LESSONA, C., *La prueba en Derecho civil*, op. cit., p. 548.

¹⁸⁶ STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, op. cit., p. 64.

¹⁸⁷ Cfr. GROOS, S. R. y MNOOKIN, J. L., «Expert information and expert evidence: A preliminary taxonomy», *Seton Hall Law Review*, vol. 34, n.º 1, 2003, pp. 141 a 189, p. 177.

¹⁸⁸ Sobre el alcance limitado y la naturaleza del tipo de juicios que serían admisibles tratándose del testigo-perito en esta versión, volveremos cuando tratemos del testigo técnico y su tratamiento legislativo, doctrinal y jurisprudencial en otros países y en España. Baste por el momento llamar aquí la atención, porque nos ha parecido particularmente revelador, que en el Código Procesal Civil francés se regulen varios tipos de pruebas periciales, entre ellas, en el artículo 249.2 las llamadas *constatations*, un tipo de prueba pericial con arreglo a la cual se pretendería no más que la inspección de un hecho; en tales casos, siguiendo a Taruffo, «el perito solo describirá la situación fáctica sin emitir ninguna opinión sobre ella». TARUFFO, M., *La prueba*, op. cit., p. 95.

¹⁸⁹ QUESADA, D., *Saber, opinión y ciencia*, op. cit., p. 30.

¹⁹⁰ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, op. cit., p. 21. Y, en el mismo sentido, de nuevo Taruffo, que en sus reflexiones sobre la prueba del nexo causal observa que «lo que se percibe al entrar en contacto con el mundo de los sucesos empíricos son los hechos *x* e *y*, pero nadie ha visto o percibido nunca el nexo causal que los vincula». TARUFFO, M., *La prueba*, op. cit., p. 262.

Justamente, según esta otra noción de testigo-perito, aquella en la que el declarante puede actuar como testigo y perito, aquellos juicios que conciernen en definitiva a la relación de causalidad sí serían admisibles. Como hemos visto, se trataría de una versión que, contrariamente a la que hemos llamado primigenia, debe ponerse en relación con la pretensión de justificar la figura frente al testigo ordinario, pero también con la problematicidad del paradigma de la necesidad racional ya comentada¹⁹¹ e, igualmente, con una definición de testigo más moderna, alineada con una concepción de la prueba más racional, que habría llevado a postular la desaparición del presupuesto de la percepción personal de los hechos para ser tenido procesalmente por testigo.

La anterior es, en cualquier caso, una noción que igualmente carece, como advirtiera DENTI, de un apoyo teórico a nivel epistemológico en la medida en que se sustenta en la disociación entre los «hechos percibidos» («simples percepciones») y, al lado de estos, como agregados, los «hechos deducidos»; es decir, de nuevo, en términos más propios de la literatura anglosajona, en la supuesta tajante distinción ente hechos y opiniones que subyace a la regla de exclusión, cuya validez y vigencia vendría precisamente esta versión de la figura a confirmar mediante el establecimiento de una excepción a la misma para el caso de quien habiendo conocido unos hechos sin encargo judicial es también experto en relación con esos hechos.

Así, con el criterio de la utilidad por bandera, este testigo-perito sería en rigor una figura híbrida: sería un *testigo* porque ha conocido los hechos relativos al procedimiento antes de su inicio y porque, en consecuencia, puede declarar con relación a aquellos hechos de los que tuvo noticia; pero, a la vez, en la medida en que posee unos conocimientos especializados, sería un *perito*, porque durante su declaración puede ofrecer juicios que, valdría decir, van más allá de los hechos observables. En suma, ocurre que bajo esta noción de la figura, quien ha sido presentado como testigo puede llegar a

¹⁹¹ Volveremos en el capítulo III sobre esta cuestión, pero adelantamos aquí ya que también en el Derecho angloamericano lo que habría sucedido finalmente debido al escurridizo carácter del criterio de la necesidad es que la misma justificación atendida para la introducción del conocimiento experto en forma de opinión, es decir, su utilidad para el juzgador, se habría convertido, a la postre y en la práctica, en la única razón justificadora tanto de la admisión de las opiniones de los testigos comunes u ordinarios, como de las opiniones de los expertos, resultando de lo anterior que la pregunta a hacer sería una sola. En palabras de Wigmore: «Does the jury need any inference from the witness, either because of his skill or because his observed data cannot be adequately reproduced by him? ». WIGMORE, J. H., *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law including the statutes and judicial decisions of all jurisdictions of the United States*, op. cit., p. 1924.

emitir a través del procedimiento de la prueba testifical opiniones que serían genuinamente periciales, con sus diversos alcances; con ello queremos decir que a este testigo le sería posible declarar, en general, sobre sus conocimientos especializados acerca de los hechos objeto del procedimiento, por tanto, sobre reglas y principios de una ciencia, técnica o arte relacionados con aquellos hechos, pero también sobre las causas y efectos derivados de los mismos, juicios estos (los que se refieren a las causas y a los efectos) que suelen resultar en los procedimientos judiciales mucho más significativos¹⁹², por no decir, trascendentales.

Adviértase entonces que, en tal caso, o esto escribía PIETRO-CASTRO al menos, su testimonio debería sujetarse en parte a las reglas procesales de la prueba testifical y en parte a las reglas procesales reguladoras de la prueba pericial, atendiendo al tipo de juicios de aquel testimonio que cabe calificar de «mixto» o «complejo», afirmación que parece razonable asumiendo que esta noción nos sitúa, como se ha dicho, ante un medio de prueba híbrido.

Ahora bien, la circunstancia de que se trate de personas conocedoras de los hechos antes del inicio de un procedimiento habría determinado que su acceso a este se produzca bajo el mismo régimen previsto para un testigo ordinario, así como que a este testigo-perito le sea de aplicación el estatuto jurídico propio de un testigo común, pero también que la práctica del interrogatorio de estos testigos se sujete a las normas reguladoras previstas para la prueba de testigos. Así, como veremos en el capítulo IV, en España, al testigo-perito reconocido en el artículo 370.4 LEC no le son de aplicación las normas procesales reguladoras de la prueba pericial, con algunas excepciones, excepciones cuya relevancia la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria han criticado, buscado obviar o, al menos, degradar en su relevancia, al advertir que entonces el testigo-perito se manifiesta fundamentalmente según una tercera noción o valencia, a la que a continuación nos referiremos.

¹⁹² De nuevo, cfr. ALSINA, H., *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, op. cit., p. 475.

3. Y A MODO DE CONCLUSIÓN, UNA TERCERA NOCIÓN

En cualquiera de sus valencias, la figura del testigo-perito es problemática. Ya hemos referido algunos de los problemas y equívocos que enfrentan desde un punto de vista epistemológico. En cualquier caso, para concluir este capítulo, lo que nos interesa ahora es subrayar más bien lo que ambas nociones o versiones pueden compartir, y hacerlo ya desde una visión fundamentalmente procesal y, digamos, actual.

En este sentido, nos parece claro que el testigo técnico se reveló inicialmente como una figura necesaria para hacer posible la incorporación a un procedimiento judicial del juicio que, con relación a hechos pasados (no susceptibles de ser observados nuevamente), procedía de una persona con conocimientos específicos como resultado de la reiteración de una actividad por el ejercicio de una concreta profesión u oficio. Una figura que, por tanto, presupone al menos dos extremos: el primero, que habría una forma de obtener información objetiva, un saber genuino, acabado, y en fin, verdadero, acerca de un hecho mediante la percepción directa del mismo¹⁹³ y, el segundo, pero muy vinculado al primero, que para ser testigo ha de preexistir al procedimiento judicial cierta relación dada –una relación histórica– entre un sujeto y un hecho, relación consistente en que aquel haya entrado en contacto directo con este, pues tal contacto, se insiste, es tenido como forma de acceso normalmente fiel a ese hecho.

Pero junto a lo anterior, creemos que el testigo-perito en los países de tradición romana-germánica es una figura que debe ser también abordada y entenderse necesariamente desde la existencia de la prueba pericial o de peritos, precisamente prevista para incorporar a un procedimiento judicial conocimiento experto, pero históricamente al menos en los países del *civil law*¹⁹⁴, mediatizada en virtud de las normas procesales que la han regulado por la exigencia de que aquella tenga lugar, ya sea a instancia de las partes o exclusivamente de oficio, a través de un encargo o designación

¹⁹³ A decir de Quesada, ese saber genuino contendría «un *elemento intuitivo* irreductible, algo a lo que se llega por una suerte de captación intelectual concebida en gran parte como el análogo mental de la percepción». Cfr. QUESADA, D., *Saber, opinión y ciencia*, op. cit., p. 30. Y también al respecto, Vázquez Rojas ha observado que aunque la percepción ha sido tradicionalmente la fuente de conocimiento «más valorada por los estudios de la institución probatoria», se habría «confundido su necesidad para hacer operativas otras fuentes de conocimiento, con la justificación del conocimiento obtenido». VÁZQUEZ ROJAS, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, op. cit., p. 53.

¹⁹⁴ Al respecto, Denti, tras resumir en tres las diversas modalidades bajo las cuales la prueba pericial se habría producido históricamente, hacía ver que a diferencia de los países del *common law*, los países del *civil law* contemplaban en sus ordenamientos «características sustancialmente afines» como «la posibilidad de que el juzgador encomiende a un perito funciones auxiliares», en su mayoría de oficio.

judicial, como teórica garantía de imparcialidad, pero también como fórmula coherente con una concepción del perito propio de los modelos procesales de corte inquisitivo¹⁹⁵, según la cual este es un auxiliar del juzgador, que asiste al juez en su tarea de valorar hechos que ya se encuentran en el proceso, y no como un medio de prueba, a través del cual se incorporan hechos al proceso¹⁹⁶.

Al respecto, recordemos –pues resulta significativo sobre lo que se acaba de señalar– que en Alemania el instituto parece tener su origen en la necesidad de obligar a declarar en un procedimiento a quien habiendo observado ciertos hechos como perito (designado judicialmente) deja de serlo (tras una recusación) y, vinculada a esta situación, la imposibilidad de «repetir» aquella percepción a través de otro perito, dada la desaparición del hecho antes observado. Por tanto, solamente allí donde no tenía sentido designar un perito porque los hechos habían pasado ya, los juicios de las personas que con ocasión del desempeño de su profesión o actividad profesional habían sido capaces de observar aquellos gracias a sus conocimientos especializados, se revelaban como convenientes, cuando no necesarios¹⁹⁷. En definitiva, que el testigo-perito aparecía, al menos en su origen, como un medio de prueba subordinado a la imposibilidad de practicar

¹⁹⁵ MAURICIO DUCE, J., *La prueba pericial*, *op. cit.*, p. 37.

¹⁹⁶ NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal II*, *op. cit.*, p. 223. Son numerosas las referencias que cabe hacer con relación a este histórico debate. Por citar un ejemplo de nuestra doctrina reciente al respecto de la disparidad de criterios entre los procesalistas, López-Muñiz escribía: «Gómez Orbaneja y el propio Prieto-Castro estiman que los peritos son auxiliares del juez y que le proporcionan los conocimientos que este no tiene, y sin embargo son necesarios para la resolución del pleito». Sin embargo, también refería que Guasp, Fenech y Florián le niegan tal carácter y tienen a los peritos por elementos de prueba. LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *La prueba pericial. Guía práctica y jurisprudencia*, ed. Colex, Madrid, 2004, pp. 24 y 25.

¹⁹⁷ Bajo esta perspectiva, la importancia del testigo técnico se habría destacado para estos supuestos. Señaladamente, Carnelutti, que en su nota a aquella Sentencia del Tribunal Civil de Cremona de 1957 manifestaba su desacuerdo ante el rechazo al testimonio técnico en estos términos: «come fàra, altrimenti, una parte a provare che il testatore ha sofferto di una data malattia? I medici che lo hanno curato non potranno essere testimoni? Naturalmente il loro giudizio non sarà il vangelo per il giudice, il quale se, come accade nove volte su dieci, non s'intende di medicina, si farà assistere da un consulente e, secondo i suggerimenti di lui, chiederà al testimone tutto quanto è necessario per conoscere i sintomi della pretesa malattia e verificare la diagnosi». Todavía es posible encontrar resoluciones que abogan por ese carácter subsidiario; así, en Colombia, y también en relación con la impugnación de un testamento por enfermedad mental del testador, la Sala de Casación Civil ha observado: «Aun cuando de vieja data se ha sostenido que el medio probatorio más idóneo para establecer la perturbación mental de una persona es la prueba pericial practicada por expertos en psiquiatría, cuando ella no pueda realizarse es admisible constituir la a través de testigos técnicos en esta materia, que por sus conocimientos científicos emiten sus declaraciones en términos orientados por los principios y lógica de dicha ciencia, lo cual le permite fundadamente hacer un relato claro, exacto, expresivo y lógico de la situación fáctica perceptible, infringiendo los conceptos sobre el particular, como la denominación de la enfermedad, secuelas, permanencia, etc.; tal es el caso del médico psiquiatra que ha tratado al paciente y que al testificar conceptúa que padecía de patología de tal naturaleza». Cfr. CSJ, sentencia de 15 de febrero de 2008 (Ref: Exp. n.º 41001-3110-001-1999-00269-01 M.P. Ruth Marina Diaz Rueda).

la prueba pericial (por tanto, se comprende la afirmación de F. STEIN, de que este tuviera «poca importancia práctica en el procedimiento»).

Ahora bien –y vamos ya resueltamente con el ensayo de la tercera noción– si tanto los hechos que parece que percibimos directamente, como los que parece que deducimos de los que así habríamos conocido, son resultado de un razonamiento inferencial) y si, en definitiva, como observaba VÁZQUEZ ROJAS, ese «conocimiento directo» es un vestigio del denominado objetivismo ingenuo, porque todos los hechos no son sino interpretaciones (afirmación que parece aún menos cuestionable cuando estamos ante juicios especializados, en los que la observación está más cargada de teoría), entonces son varios los corolarios a los que se puede llegar.

En primer lugar, ha de concluirse que preguntarse por lo que una persona ha observado o no *directamente* para tratar así de acotar los elementos de juicio que sí podrían admitirse a un testigo-perito de manera que no invada el campo de la prueba pericial, es excesivamente simplista y como criterio de diferenciación puede resultar hasta, diríamos, arbitrario. Esto quiere decir que si, pongamos por caso, se trata de interrogar a un médico que tras una reyerta ha atendido a uno de los heridos, y este médico es luego convocado para declarar en un procedimiento judicial como testigo-perito, resultaría tan inseguro en cuanto a su supuesto «conocimiento directo», preguntarle acerca de la gravedad de las heridas que examinó, como acerca del tipo del arma que causó las mismas, según la observación de los patrones que estas siguen, como preguntarle si las heridas fueron o no mortales¹⁹⁸. Sería, como hemos dicho, arbitrario cualquier intento de categorizar bien como hecho –y entonces, testimonio testifical– o bien como opinión –y entonces, testimonio pericial– las respuestas que pudiera proporcionar a estas preguntas, pues ninguna descansaría exclusivamente en la

¹⁹⁸ En este mismo sentido, pero en el contexto judicial americano y en relación a la dicotomía anglo-americana «fact»/«opinion», ya escribía en 1958 Loevinger: «However, it is purely arbitrary to characterize as either “fact” or “opinion” a statement as to a patient’s condition, as to the cause of death, as to the cause of explosion or accident, or as to any similar matter», a la vez que señalaba la necesidad de superar la otra dicotomía vinculada a la primera, la que enfrenta la «hersay rule» con el «first-hand knowledge». LOEVINGER, L., «Facts, evidence and legal proof», *Western Reserve Law Review*, vol. 9, n.º 2, 1958, pp. 154 a 175, p. 159.

observación¹⁹⁹ y además todas serían consecuencia de un proceso inferencial y, por tanto, entonces, no más que probables²⁰⁰.

Como consecuencia de lo anterior, cabría pensar que no queda nada sustantivo – ontológico– que diferencie al testigo-perito del perito en cuanto a su objeto²⁰¹, pues ambos ofrecen interpretaciones especializadas de los hechos.

Desde este planteamiento, cabría concluir que las diferencias realmente vienen de la mano de cuestiones formales derivadas en definitiva de la configuración y regulación jurídico-procesal de ambos medios de prueba, siendo de entre todas ellas la norma procesal más destacable –puesto que a partir de esta se ha determinado la condición procesal del perito y su acceso a un procedimiento judicial en los países de base romano-germánica–, el encargo judicial, lo que suponía que el juez elegía al experto pero también los aspectos sobre los que debía versar el peritaje.

Así las cosas, en suma, la figura del testigo-perito se puede contemplar en los países del *civil law* al menos –aquí por fin la tercera valencia– como otra forma de introducir en un procedimiento judicial interpretaciones especializadas sobre los hechos relevantes y,

¹⁹⁹ Precisamente, Rheingold propuso una clasificación de los diferentes tipos de fundamentos («basis») del testimonio experto de un médico, que revela que la observación personal se encuentra siempre indisolublemente mezclada con muchos otros elementos: su conocimiento general obtenido antes del caso por su educación, pero también su experiencia personal y la información que le ha sido proporcionada por familiares u otros médicos acerca del paciente y su historia. En definitiva, resume, «a matrix of data learned, observed or related, both fact and opinion». Cfr. RHEINGOLD, P., «The Basis of Medical Testimony», *Vanderbilt Law Review*, vol. 15, n.º 2, 1962, pp. 473 a 534.

²⁰⁰ Adviértase que estaríamos ante una probabilidad predicable de cualquier tipo de conocimiento, incluso del «conocimiento científico», pese a que con relación a este y a las pruebas también denominadas «científicas» se asuma, como ha señalado Gascón Abellán, una arquitectura inferencial distinta, que «se articula mediante un razonamiento *deductivo*». Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., «Prueba científica. Un mapa de retos», en Vázquez, C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 181 a 202, p. 183. En el mismo sentido, ALLEN, R., «The conceptual challenge of expert evidence», *Discusiones Filosóficas*, vol. 14, n.º 23, 2013, pp. 41 a 65, p. 59.

²⁰¹ Podría objetarse que cuando la pericial tiene por único cometido dar cuenta de las reglas generales extraídas de la experiencia o de los principios de una disciplina o técnica entonces no hay coincidencia de objetos. Sin embargo, lo cierto es que ese cometido se ha de referir y ponerse en relación en todo caso con los hechos. Así, De la Oliva, tras observar la diversidad de cometidos de un dictamen pericial, escribía: «En efecto, los dictámenes que se limitan a transmitir principios o reglas generales de índole experimental se ponen en relación con datos fácticos concretos (de lo contrario no serían pertinentes) con el fin de arrojar certeza sobre dichos datos, facilitando su más completa comprensión intelectual, lo que inexorablemente supone un enriquecimiento de su conocimiento (enriquece, p. ej., el conocimiento de un hecho saber qué denominación le corresponde)». DE LA OLIVA, A., FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. y VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil II*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, p. 378. Con todo, esta distinción entre teóricos objetos, que es la que refiere F. Stein y rechaza Carnelutti, todavía es frecuente entre la doctrina española contemporánea, por ejemplo, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal Civil. Materiales para el estudio* (6.ª ed.; Curso 2023/2024; adaptados al RD-ley 6/2023). Disponible en: <https://hdl.handle.net/20.500.14352/93811>, p. 276. En contra, NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal Civil II: Proceso Civil*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 223.

en consecuencia, como una alternativa a la prueba pericial de designación judicial (la tipificada como tal medio de prueba en las legislaciones procesales) que se revela como un atajo a esta²⁰². Se trataría de un atajo que se sirve de ese saber especializado y también supuestamente genuino por sustentarse en un conocimiento de los hechos previo al inicio del procedimiento –que convierte en testigo al experto– para que sean las partes²⁰³ –y no el juzgador– las que puedan introducir esa información (al menos, teóricamente) experta en un proceso judicial.

Pero, además, aunque no menos importante, nos parece que en la configuración legal de la figura también habría sido clave la conciencia de que el juez carece por lo general de los conocimientos necesarios para hacer una valoración crítica de esas interpretaciones especializadas, es decir, en una actitud deferencial hacia los expertos²⁰⁴ lo que habría operado haciendo innecesario el juicio judicial de admisibilidad respecto de aquellas. En definitiva, que se proyecta tanto sobre la iniciativa probatoria, que queda en manos de las partes, como en la función típicamente judicial de control de dicha actividad.

El atajo en este último sentido se advierte en ambas nociones del instituto. Se advierte en la versión de testigo-perito primigenia que, como se ha visto, parte de aquella noción de «juicio de hecho» a la que se le habría dotado de «cierta impronta normativa», lo que determinaría que las afirmaciones que introduce un testigo-perito al procedimiento hayan de ser admitidas sin que sea preciso un juicio de admisibilidad en cuanto que son conclusiones tenidas por necesarias, y ello por el hecho de que el testigo es también tenido por experto, resolviéndose la figura por tanto en una tautología²⁰⁵.

²⁰² De nuevo, Vázquez Rojas ha subrayado que particularmente en los países de tradición romano-germánica se habría propiciado de diferentes formas «cierta deferencia hacia los peritos por el hecho de ser tenidos como expertos» que «funcionarían como atajos, para supuestamente justificar el uso de conocimiento experto en las decisiones judiciales sin necesidad de que el juez comprenda el razonamiento inferencial de los peritos». VÁZQUEZ ROJAS, C., «El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comparecencia judicial», *op. cit.*

²⁰³ Recientemente, el Prof. De Paula Ramos, en su monografía sobre la prueba testifical, recordaba que, de forma generalizada y al menos en el ámbito civil, la prueba testifical se ha sujetado de forma prevalente al poder dispositivo de las partes. DE PAULA RAMOS, V., *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología*, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2019, p. 50.

²⁰⁴ Entre nosotros, acerca de esta actitud y algunas propuestas para su superación, aunque refiriéndose fundamentalmente a las periciales científicas, cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., «Conocimientos expertos y deferencia del Juez (Apunte para la superación de un problema)», *Doxa*, n.º 39, 2016, pp. 347 a 365.

²⁰⁵ En estos mismos términos, si bien con la noción de testigo técnico en Italia, se ha pronunciado Miucci en su monografía *La Testimonianza tecnica nel processo penale*, *op. cit.*, a la que retornaremos en buena medida al tratar del testimonio técnico en Italia. En realidad, se asemeja al «argumento circular» que al decir de Vázquez Rojas habría sido identificado por Redmayne y con arreglo al cual las afirmaciones de un

Pero lo mismo ocurre en la otra versión del testigo-perito, la versión de «la doble cualidad»²⁰⁶, según la cual es posible que una persona a la que se le suponen conocimientos especializados acceda al procedimiento como testigo y declare, sin embargo, como perito, sirviéndose para ello de una excepción a la regla de exclusión de la opinión, lo que supone –repárese– la obligación de admitir por el juzgador esa opinión en tanto que procede de un testigo que es presentado como experto, antes de que la misma opinión sea ofrecida. Así –adelantamos ya– en Italia tal circunstancia se produciría al presumirse que en el caso de un testigo técnico las «apreciaciones personales» de este son inescindibles de los hechos que observó; en Colombia, ocurre lo mismo porque el mandato que el legislador dirige al juez para que rechace las preguntas que se formulan a los testigos cuando estas sean capaces de provocarles «conceptos» no se aplica cuando el testigo sea un testigo técnico, y en España, porque al juez se le impone, llana y directamente, la admisión de las «manifestaciones» que por razón de sus conocimientos especializados «agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos».

Tal anticipada dispensa del juicio de admisibilidad, hoy incomprensible (quizás tanto como para no ser lo suficientemente advertida), sería coherente con la trasposición a los ordenamientos de tradición continental de la excepción a la regla de exclusión que en el Derecho angloamericano procedía típicamente para los *expert witnesses*, pero también puede ponerse en relación igualmente con el sistema de prueba tasada o legal durante mucho tiempo presente con remarcada intensidad y profusión en la regulación de la prueba testifical, un sistema que era acorde, como observaba CAPPELLETTI²⁰⁷, con el pensamiento basado en la lógica escolástica-aristotélica, que, según se ha visto, está fuertemente instalado en la figura.

Sin detenernos, recordemos al menos que la marcadísima y prolongada presencia del régimen de prueba tasada en relación con la prueba testifical en respuesta a la

experto son tenidas por verdaderas porque es experto. VÁZQUEZ ROJAS, C., *Guía sobre el contenido de los informes periciales y su impacto en el debido proceso*, ed. Escuela Federal de Formación Judicial, Ciudad de México, 2023.

²⁰⁶ PRIETO-CASTRO, L. y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 174.

²⁰⁷ CAPPELLETTI, M., *El proceso civil en el Derecho Comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, ed. Olejnik, Santiago de Chile y Buenos Aires, 2018, p. 73. Por cierto, que Denti no solamente se haría luego eco de esta relación advertida por Cappelletti, sino que además, con agudeza, haría ver su «perfecta correspondencia en las casi coetáneas indicaciones de Loevinger, que critica el sistema de las *rules of exclusion* precisamente por conectarse con el empleo de la lógica silogística». DENTI, V., «L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei», *op. cit.*

desconfianza que *a priori* y en abstracto suscitaba la misma frente a otros medios de prueba²⁰⁸ provocó, como es sabido, que fueran muchas y variadas las reglas procesales que limitaron formalmente su admisibilidad²⁰⁹. O bien la excluían directamente para probar por sí sola determinados hechos o negocios, o bien establecían reglas acerca de su suficiencia en atención al número de testigos que deponían (conocido es el brocardo *testis unus testis nullus*) o a la persona del testigo en atención a diferentes circunstancias y variopintas consideraciones: su capacidad física y mental, desde luego, pero también su relación con las partes, su reputación y honradez, su género, su profesión y su cultura²¹⁰. Pues bien, en este contexto, la referida dispensa al juez para determinar razonadamente la admisibilidad del juicio procedente de quien es tenido por testigo-perito, nos parece que puede contemplarse como otra regla de prueba tasada más a favor de una valoración positiva *ex ante* ya no de la admisibilidad del medio de prueba en sí, como de las declaraciones del testigo cuando este es —o más bien, habría que decir es presentado por las partes como— un profesional experto en relación con los hechos que ha observado. Al respecto, es decir, como reveladora de la relación que creemos existente entre el sistema de prueba legal y el hecho de que se dispense al juzgador de ponderar la admisibilidad de las afirmaciones que procedan de un testigo-perito, baste estar a la siguiente disposición del Código de Derecho Canónico, en relación con el valor que haya de darse a la declaración de un único testigo y que dice así:

§ 1573: «La declaración de un solo testigo no tiene fuerza probatoria plena, a no ser que se trate de un testigo cualificado, que depone sobre lo que ha realizado en razón de su oficio, o que las circunstancias objetivas o subjetivas persuadan de otra cosa» (la cursiva es nuestra)²¹¹.

Ahora bien, volviendo a la condición de atajo del testimonio técnico que ahora referimos, hemos de subrayar que el hecho de que esta se nos revele con claridad bajo aquel modelo antes imperante de designación judicial del perito, no quiere decir que el

²⁰⁸ Cfr. DE PAULA RAMOS, V., *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología*, op. cit., pp. 42 a 50.

²⁰⁹ PRIETO-CASTRO, L. y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 173.

²¹⁰ Con relación a la «profesión y a la cultura» del testigo, confirmaba Muñoz Sabaté que estas circunstancias, muy tenidas en cuenta en la práctica judicial, ofrecían un «resabio medievalista que ligaba la veracidad al rango o fama del deponente». MUÑOZ SABATÉ, L., *Técnica Probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, ed. Praxis, Barcelona, 1967, p. 300.

²¹¹ Disposición también expresada en la siguiente máxima probatoria: «*unius testis depositio plenam fidem non facit, nisi sit testis qualificatus qui deponat de rebus ex officio gestis*».

testigo-perito o testigo técnico haya perdido esa condición una vez que ese modelo ha sido derogado o ha dejado de ser el único regulado como tal al contemplarse otras formas de introducir el conocimiento o saberes especializados en un procedimiento judicial, predominantemente, a través de los llamados dictámenes periciales de designación de parte o periciales de parte. También entonces (ahora), el testigo-perito se manifiesta en la práctica judicial (insistimos, se está manifestando como se verá más adelante) como un *shortcut*, ya no, evidentemente, para sortear el encargo judicial, pero sí para eludir otras normas jurídico-procesales que regulan la formación, presentación y práctica de esa prueba (fundamentalmente, la forma en el que aquellas interpretaciones que teóricamente obedecen a conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos, deben ser plasmadas y el momento en el que deben revelarse los razonamientos que han dado lugar a las mismas), pero también el régimen retributivo propio del perito asociado a la que podría ser una pericial genuina.

Lo advertía DUCE²¹² tras constatar el reconocimiento de esta categoría de testigos técnicos en las legislaciones procesales penales de algunos países de América Latina:

«Un problema que presenta el uso amplio de la categoría de testigos expertos o testigos peritos, es la posibilidad de que los litigantes intenten evadir por medio de estos los requisitos que deben cumplir los peritos propiamente. El uso del testigo experto debe limitarse a casos en donde, como ya se ha señalado, el testigo ha tomado conocimiento casual de los hechos sobre los que va a prestar declaración, sin intentar sustituir el trabajo de los peritos, a los cuales el sistema en general pone mayores requisitos y exigencias para su admisibilidad (por ejemplo, estableciendo la obligación de realizar un informe escrito en el que conste su opinión). Si nuestros sistemas legales no son estrictos en esto, se corre el riesgo de que el conjunto de reglas especiales que rigen la actividad pericial, diseñadas para garantizar un adecuado funcionamiento del sistema y el debido proceso, se vean defraudadas por malas prácticas de litigio y escaso control judicial».

De esta manera, en función de las reglas jurídico-procesales reguladoras de la prueba testifical y de la pericial, respectivamente, y ya con arreglo a distintas formas y variantes según qué ordenamiento jurídico, se pueden debilitar, cuando no hacer inoperantes, garantías procesales que están directamente preordenadas a salvaguardar los

²¹² MAURICIO DUCE, J., *La prueba pericial*, op. cit., p. 33.

principios procesales de contradicción y de igualdad, pero que, a la vez, pueden contribuir a garantizar la fiabilidad y correcta valoración de la información o juicios expertos que ha de llevar a cabo el juez y, por tanto, el juicio finalmente decisorio. En particular sucede –y sobre todo ello volveremos fundamentalmente en el capítulo IV en relación con los problemas que en la práctica forense en el ámbito de la jurisdicción civil, plantea el testigo-perito en España– que la supuesta eficiencia del conainterrogatorio para averiguar y determinar la justificación de las teóricas afirmaciones especializadas que introduzca un testigo técnico por el hecho de serlo, puede verse perjudicada pese a que –evidentemente– también el conainterrogatorio esté informado por el principio de contradicción.

Precisamente, y por paradójico que resulte, desde la superación de la dicotomía hecho-opinión y del reconocimiento de que tanto el testigo-perito como el perito proporcionan interpretaciones de los hechos, se visibiliza –eso nos parece– un camino en todo caso más correcto para tratar de evitar lo anterior. Es decir, buscando preservar las garantías procesales que resultan de los diferentes diseños legales propios de la prueba testifical, de un lado y, por otro, de la prueba pericial, puede ser conveniente asumir que en cualquier caso estamos, según se ha dicho, ante interpretaciones de los hechos; ello, con la finalidad de que, a partir de ahí, se dirija la atención a tratar de identificar el fundamento epistémico de esas interpretaciones especializadas que sobre los hechos pueda realizar un testigo-perito (y otra cuestión importante, pero distinta, sería si esa identificación conviene hacerla en la fase de admisión de los elementos de juicio o ha de quedar para el momento de la valoración de las pruebas).

Lo anterior señala, en primer lugar, que la invocación del «conocimiento directo de los hechos» por parte del sujeto que depone no puede servir para evitar el reconocimiento de la inferencia o inferencias que siempre implica la percepción²¹³. Pero, además, ocurre que solamente atendiendo a las inferencias en que se sustentan esas interpretaciones especializadas y sus premisas, es posible determinar –aun cuando lo problemático de la tarea tampoco puede dejar de subrayarse– si aquellas obedecen y, en qué grado, no más

²¹³ Precisamente, con relación al saber genuino vinculado a la supuesta percepción directa de los hechos, advierte Quesada de su peligro; concretamente, dice, del peligro de que «uno se vea llevado por tales metáforas a aceptar sin argumentos —o con argumentos claramente insuficientes— una determinada concepción del saber; creyendo que obtiene verdadera iluminación de aquellas, cuando en realidad quedan completamente sin explicar». QUESADA, D., *Saber, opinión y ciencia*, op. cit., p. 30.

que a la experiencia (aunque se trate de una experiencia específica, propia solamente de un colectivo) y entonces a un saber común de carácter empírico²¹⁴, basado en un razonamiento ordinario del que sería capaz una audiencia no experta –por tanto, el juez– o, por el contrario, se trata de inferencias sustentadas también en un aparato teórico («un sistema de asertos generalmente aceptado»)²¹⁵, que remite y exige de razones distintas a la experiencia, trascendiendo en leyes universales o cuando menos en leyes estadísticas o probabilísticas, susceptibles de ser calificadas de científicas, en cuyo caso deberíamos concluir que nos encontramos ante un conocimiento distinto, que –este sí– cabría calificar de pericial.

Evidentemente, la distinción importaría porque solamente en el primer caso esas interpretaciones especializadas sobre los hechos serían susceptibles de ser incorporadas al procedimiento judicial a través de las normas reguladoras de la prueba de testigos, mientras que el medio de prueba previsto para la incorporación de aquellas interpretaciones que remiten a un saber distinto, sería la pericia o el dictamen de peritos.

²¹⁴ Cfr. una obra clásica ya, NAGEL, E., *La Estructura de la Ciencia. Problemas de la lógica de la investigación científica* (trad. N. Míguez), ed. Paidós, Buenos Aires, 1978; en particular, su relación con la distinción entre ciencia y sentido común, pp. 15 a 26.

²¹⁵ UBERTIS, G., *Elementos de epistemología del proceso judicial*, *op. cit.*, p. 82.

Capítulo III. Positivización del testigo-perito en otros ordenamientos jurídicos

1. PROPÓSITO

En el capítulo precedente hemos tratado de exponer que las dos distintas justificaciones que en el Derecho angloamericano sirvieron para legitimar la admisión de una *opinion* en una declaración judicial según se tratase de un testigo ordinario o de un testigo experto pueden ser en algún punto análogas a las justificaciones de la figura del testigo-perito según las aportaciones de algunos célebres procesalistas de tradición romano-germánica de finales del siglo XIX y del siglo XX, y también cómo, a través de esas contribuciones, se llega a la conclusión de que la naturaleza de la figura del testigo técnico ofrecería teóricamente dos valencias, una ambigüedad tan cuestionable y equívoca como lo es la dicotomía entre hecho y opinión.

En este capítulo se pretende, en líneas generales, seguir reflexionando acerca las dos posibles razones justificadoras del instituto y su carácter radicalmente ambivalente, pero ahora partiendo de su dimensión positiva en otros ordenamientos jurídicos extranjeros. En particular, revisaremos primero y, solo a modo de panorámica las disposiciones, todas ellas incluidas en códigos procesales civiles, de Argentina, Paraguay, Panamá, Colombia, Honduras, Costa Rica y Nicaragua. Luego, de entre dichas disposiciones, nos detendremos en el testigo técnico en Colombia, pero antes nos referiremos a la disposición alemana relativa al testigo-perito y también al tratamiento que la figura recibe en Italia, donde no existe propiamente una norma dedicada a la misma.

Hemos optado por atender a estos ordenamientos jurídicos por varias razones: la primera, porque habiendo revisado las aportaciones de F. STEIN, CARNELUTTI, DENTI Y DEVIS ECHANDÍA, nos parecía natural confrontar entonces hasta qué punto aquellas se habían reflejado, en su caso, en las disposiciones legales en cuestión de Alemania, Italia

y Colombia. Además, de cara al estudio de la regulación que ha recibido el testigo-perito en España, el examen de la disposición alemana parecía obligado porque la cita de aquella es frecuente entre los autores españoles que se han referido al testigo-perito, mientras que la profundización en la disposición colombiana la entendimos conveniente por compartir la lengua castellana.

Evidentemente, en este empeño no basta con la identificación y descripción de la norma de que se trate. Es este lógicamente un nivel de análisis para el estudio de cualquier institución jurídica (ya sea propia o ajena) siempre insuficiente, lo que en este caso se manifiesta con remarcada evidencia porque, para empezar, ninguna de las normas revisadas proporciona siquiera una mínima noción de lo que sea un testigo-perito. Sin embargo, tampoco podemos dejar de constatar cómo ya solo en este primer nivel es posible advertir que algunas de las formas de positivización parecen, al menos de forma inicial, alzaprimar una de las valencias del testigo técnico frente a la otra, y no solamente esto, sino que también puede entrecruzarse, según qué norma, una u otra impronta de las aportaciones dogmáticas revisadas en el capítulo precedente.

Concretando entonces, las finalidades de la investigación en estos términos planteada serían modestas:

- a) Primero, identificar y exponer algunas de las fórmulas positivas a las que se ha recurrido en otros ordenamientos jurídicos para reconocer la figura del testigo-perito, lo que posibilita proponer una cierta clasificación según la, vale decir, técnica de positivización empleada.
- b) Como se acaba de señalar, a partir de tal revisión panorámica, nos detendremos en el tratamiento que el testigo técnico o testigo-perito recibe primero en Alemania, luego en Italia y finalmente en Colombia, buscando la ratio inspiradora del precepto para tratar de determinar si desde el punto de vista de su consagración positiva se alzaprima alguna de las valencias del instituto.

Al respecto, sí creemos que es posible apreciar un paulatino distanciamiento de la noción primigenia del testigo-perito en el referido orden (Alemania,

Italia, Colombia)²¹⁶, distanciamiento que también –adelantamos ya– podría culminar en la LEC que consagra la figura del testigo-perito, y que se abordará en el siguiente capítulo.

- c) También nos proponemos mostrar que en todos los ordenamientos a los que nos hemos aproximado encontramos denodados y similares esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales tendentes a tratar de entender y delimitar la figura a partir de las fórmulas empleadas para su positivización.

En relación con lo anterior, se advertirá igualmente que los criterios de demarcación entre el testigo-perito o técnico y el perito son sustancialmente iguales y en gran medida estereotipados. Así, la teórica percepción o el conocimiento directo de los hechos, a la que se añade la nota de la espontaneidad en la manera en la que el sujeto ha tenido aquella percepción, es un lugar común al que se acude en todos los casos para diferenciar al testigo-perito del perito, ello aun cuando llegado el momento de interrogar a estas personas que han accedido como testigos, el criterio del conocimiento directo se revele problemático, pues en ocasiones se concluye que, sin embargo, han declarado como peritos.

- d) En relación con lo anterior, se tratará de no más que de dejar brevemente apuntado aquí cómo la radical ambigüedad del instituto unido a la circunstancia de que en todos los ordenamientos jurídicos son distintas las normas procesales aplicables a la prueba de testigos y a la prueba pericial, estaría dando lugar a diferentes cuestiones relacionadas con la inadmisibilidad de esta figura para poder probar o no ciertas cuestiones, el principio de contradicción en la práctica de la prueba y, desde luego, con la valoración de la misma prueba.

Finalmente, para concluir este capítulo, vamos a volver a dirigir nuestra atención al Derecho estadounidense para aproximarnos igualmente a una categoría de testigo que ha

²¹⁶ Ese distanciamiento podría estar vinculado a que también, progresivamente, se ha ido perdiendo la connotación original de máxima de la experiencia de Stein y su inserción en la teoría silogística del juicio de hecho. Cfr. TARUFFO, M., *La prueba, op. cit.*, p. 268.

recibido la denominación de *hybrid witness* y cuyas similitudes con la naturaleza y problemática del testigo-perito de las tradiciones civiles nos parece incuestionable.

En el acercamiento al tratamiento doctrinal y jurisprudencial que ha recibido el testimonio de estos testigos híbridos, advertimos que emergen con fuerza cuestiones que en los ordenamientos de tradición civilista a los que nos hemos aproximado nos parece que quedan más ensombrecidos. Así, si antes nos centramos en la dicotomía *fact-opinion*, ahora nos referimos al problema de la demarcación que subyace a la necesidad de diferenciar –en términos propios de la literatura angloamericana– cuándo estamos ante una *lay opinion testimony* y cuándo ante una *expert opinion testimony*, o según se ha declarado judicial²¹⁷ y asumido también legislativamente²¹⁸, cuándo estamos ante un razonamiento cotidiano que se sustenta fundamentalmente en la experiencia, aunque esta sea inusual, y un razonamiento que, frente al anterior, puede ser calificado de experto porque solamente son capaces de este aquellas personas especialistas en una determinada disciplina. Pues bien, tratándose de sujetos que han observado unos hechos y cuentan, además, con una experiencia o conocimientos especializados, si bien no han sido específicamente contratados por las partes para prestar declaración como expertos de cara a un litigio, se ha revelado particularmente problemático diferenciar entre estos dos tipos de razonamiento y, en consecuencia, determinar si el testimonio de aquellos puede ser calificado de *lay opinión testimony* o de *expert opinion testimony*.

La distinción es también importante en Estados Unidos atendiendo a las normas procesales aplicables a uno y otro tipo de testimonios, en especial, porque desde el año 2000 y en respuesta al conocido caso *Daubert* (*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579, 1993), la admisión de las opiniones que son tenidas por expertas está sujeta, con arreglo a las FRE, a ciertos requisitos de fiabilidad que no se exigen, en cambio, cuando se trata de opiniones que son consideradas no expertas. Además, y estrechamente relacionado con lo anterior, la cuestión es determinante en relación con las obligaciones de revelación (*pretrial discovery*), porque a la parte que propone un testimonio experto se le exige que ofrezca al juzgador (y a la otra parte) mucha más información en relación con la opinión u opiniones que el experto vaya a sostener, que la que se requeriría de no ser experta. En consecuencia, al ser menores los rigores y

²¹⁷ Cfr. *State v. Brown*, 836 S.W.2d 530, 549 (1992).

²¹⁸ Regla 701 FRE.

requisitos a los que se sujeta la admisión de las opiniones comunes, también en Estados Unidos se ha revelado conveniente, para sortear aquellos, recurrir al testimonio de aquellas personas que cuentan con un conocimiento personal de los hechos antes de haberse iniciado el litigio y, a la vez, con conocimientos especializados.

2. UNA POSIBLE CLASIFICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE POSITIVIZACIÓN

Una exploración acerca de las consagraciones positivas de la figura del testigo técnico en aquellos ordenamientos procesales civiles que de forma expresa o implícita la contemplan, ofrece un panorama diverso, pues son varias y distintas las fórmulas o técnicas de positivización. Como se ha adelantado, revisaremos a continuación las disposiciones, todas ellas incluidas en códigos procesales civiles, de Argentina, Paraguay, Panamá, Colombia, Honduras, Costa Rica y Nicaragua. Advertimos ya que los códigos procesales civiles de Honduras, Nicaragua y Costa Rica ofrecen la misma fórmula de positivización que se recoge en el artículo 370.4 de la LEC, norma que será objeto de análisis y reflexión en el capítulo IV.

Aunque, según se acaba de señalar, las fórmulas de positivización son distintas, cabe subrayar que todas ellas sí tienen en común, sin embargo, una llamativa omisión: ninguna proporciona una noción del instituto. Adicionalmente, tampoco existen referencias positivas aledañas, que contemplen un estatuto específico o una regulación procesal particular²¹⁹ del testigo técnico, carencia que se explica, creemos, porque en casi todos los ordenamientos jurídicos revisados se asume (en la norma alemana no se asume sino que se establece explícitamente) que a esta figura le es de aplicación el estatuto jurídico del testigo y, a salvo disposición o disposiciones en contrario, las reglas procesales propias de dicho medio de prueba.

Por lo demás, algunas de las disposiciones son cuando no idénticas sí parecidas, lo que hace posible cierta clasificación. Así, para nosotros, una posible sistematización reuniría en un primer grupo las normas procesales en lengua castellana, pero también el tratamiento que jurisprudencialmente se le ha dado al testigo técnico en Italia, a partir del apartado 3 del artículo 194 de su *Codice di Procedura Penale*. Ello es así porque en todos

²¹⁹ De lo que se lamenta el Prof. chileno Mauricio Duce en su revisión de las legislaciones hispanoamericanas procesales penales, denunciando que como consecuencia de dicha falta de tratamiento legal se producen «confusiones en la forma en que se debe presentar y utilizar la prueba de testigos expertos o testigos peritos». Cfr. MAURICIO DUCE, J., *La prueba pericial*, op. cit., p. 32.

estos casos la testifical técnica parece venir a constituir una excepción a la regla de exclusión (otra cosa es lo que se entienda que tal regla impone), a partir de cierta modalidad narrativa que sería exigible al testigo ordinario y que, sin embargo, no sería de aplicación al testigo-perito, agotándose con tal excepción las reseñas positivas al instituto.

Ahora bien, como veremos, las normas procesales civiles respectivas de Argentina, Paraguay y Panamá, más similares entre sí, formarían una subcategoría dentro de este primer grupo. Por su parte, ya se ha dicho, los códigos procesales civiles de Honduras, Nicaragua y Costa Rica parecen haber adoptado la norma procesal civil española. Finalmente, Colombia, por su parte, presenta una norma –actualmente, el artículo 220 del Código General (civil) de Proceso Colombiano– que, aunque también acude a la regla de exclusión, es distinta a las anteriores.

En otro grupo o clase, como modelos de otra técnica de positivización del testigo técnico, se encontraría la disposición procesal civil y penal alemana. Estas normas, a diferencia de las anteriores, se limitarían a refrendar la aplicación de las normas de la prueba testifical al testigo técnico. Con todo, debido a la influencia de la legislación procesal alemana en la elaboración del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (artículo 180, párrafo segundo)²²⁰, esta técnica de positivización es la misma empleada para consagrar la figura en los ordenamientos procesales penales de algunos países de América Latina, como Argentina²²¹, Guatemala²²², Perú²²³ y Costa Rica²²⁴, si bien no

²²⁰ El citado precepto dispone: «No rigen las reglas de la prueba pericial para quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente, sin haber sido provocado por la actividad judicial, aunque utilice para informar las aptitudes especiales que posee en una ciencia, arte o técnica. En este caso, rigen las reglas de la prueba testimonial».

²²¹ En Argentina, en el Código Procesal Penal de la Nación, artículo 182, dedicado a la «Calidad habilitante» de los peritajes, se lee: «Los peritos deberán tener título habilitante en la materia relativa al punto sobre el que dictaminarán, siempre que la ciencia, arte o técnica estén reglamentadas. En caso contrario deberá designarse a persona de idoneidad manifiesta. No regirán las reglas de la prueba pericial para quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente, aunque utilice para informar las aptitudes especiales que posee en una ciencia, arte o técnica. En este caso regirán las reglas de la prueba testimonial».

²²² En relación con la procedencia de la peritación, en el Código Procesal Penal de Guatemala, en su artículo 225, se lee: «El tribunal podrá ordenar peritación, a pedido de parte o de oficio, cuando para obtener, valorar o explicar un elemento de prueba, fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio. No rigen las reglas de la prueba pericial para quien declaró sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente, sin haber sido requerido por la autoridad competente, aunque para informar utilice las aptitudes especiales que posea. En este caso, rigen las reglas de la prueba testimonial».

²²³ En el Código Procesal Penal de Perú es el artículo 172, apartado 3, también relativo a la procedencia de la prueba pericial e idéntico a las disposiciones anteriores.

²²⁴ Concretamente, artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, misma disposición que las anteriores.

podemos por menos de señalar que también estas disposiciones distan en algún punto de la alemana porque en ellas ya no se acude al término «percepción», sino al de «conocimiento» de los hechos por parte del testigo y, además, se requiere explícitamente que tal conocimiento sea espontáneo.

Comenzaremos por solamente reseñar las disposiciones correspondientes a los códigos procesales civiles de Argentina, Paraguay, Panamá, Colombia, Honduras, Costa Rica y Nicaragua.

3. VISTA PANORÁMICA DE LAS FÓRMULAS LEGALES PROCESALES CIVILES DE ARGENTINA, PARAGUAY, PANAMÁ, COLOMBIA, HONDURAS, COSTA RICA Y NICARAGUA

En *Argentina*, el Código de Procesal Civil o Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Ley 17.454 de 18 de agosto de 1981) se refiere, de forma implícita, a la figura del testigo técnico o perito en el inciso final de su artículo 443, dedicado a la forma que han de adoptar las preguntas a formular por el órgano jurisdiccional²²⁵ a los testigos. Y así, se dispone:

«Las preguntas no contendrán más de UN (1) hecho; serán claras y concretas; no se formularán las que estén concebidas en términos afirmativos, sugieran la respuesta o sean ofensivas o vejatorias. No podrán contener referencias de carácter técnico, salvo si fueran dirigidas a personas especializadas».

En prácticamente los mismos términos, en *Paraguay*, se expresa el Código Procesal Civil (Ley número 1.337/1988) en el artículo 329, que bajo la rúbrica «Forma de las preguntas», insiste en prohibir preguntas de «carácter técnico», salvo que el testigo pueda ser calificado de «persona especializada»:

«Las preguntas no versarán más que sobre un hecho; serán claras y concretas, no se formularán las que estén concebidas en términos afirmativos, sugieran la respuesta, o sean ofensivas y vejatorias. No podrán contener referencias de carácter técnico, salvo que fueren dirigidas a personas especializadas.

²²⁵ Conforme al artículo 442 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, los testigos son interrogados por el juez «o por quien lo reemplace legalmente».

Las partes podrán formular preguntas ampliatorias por intermedio del juez, una vez concluido el interrogatorio. Será aplicable, en lo pertinente, lo dispuesto por el artículo 289».

En *Panamá*, por su parte, el Código Judicial, Libro II, artículo 941, en su inciso final, también alude implícitamente al testigo-perito al tratar del tipo de preguntas que cabe hacer al testigo y lo hace empleando una técnica muy similar a las comentadas anteriormente:

«Cada parte tiene derecho a objetar las preguntas o repreguntas de la contraria cuando las estime manifiestamente sugerentes, inconducentes o capciosas, antes de que sean contestadas por el testigo. Estas decisiones son irrecurribles, pero en la diligencia se dejará constancia de la pregunta, repregunta, objeciones y de la decisión. Las preguntas podrán contener referencias de carácter técnico si fueran dirigidas a personas especializadas».

En *Colombia*, como ya se anticipó, la fórmula se aleja de la argentina, paraguaya y panameña, si bien la evocación del testigo técnico también se hace al hilo del tipo y contenido de las preguntas a formular a un testigo, aun cuando aquí lo que se hace es mandar al titular del órgano jurisdiccional a fin de que no admita cierto tipo de preguntas. Concretamente, el Código General (civil) de Proceso Colombiano (Ley 1564 de 12 de julio de 2012) en el párrafo segundo del artículo 220²²⁶, le impone al juzgador,

²²⁶ Una disposición muy similar se encontraba ya en el artículo 227 del Decreto 1400 que data del año 1970: «Art. 227.- Formalidades previas al interrogatorio. Los testigos no podrán escuchar las declaraciones de quienes les precedan. Presente e identificado el testigo, el juez le exigirá juramento de decir lo que le conste sobre los hechos que se le pregunten y de que tenga conocimiento, previniéndole sobre la responsabilidad penal en que incurre quien jura en falso. Quedan exonerados del juramento los impúberes. El juez rechazará las preguntas manifiestamente impertinentes y las superfluas por ser repetición de una ya respondida, a menos que sean útiles para precisar la razón de la ciencia del testigo sobre el hecho, y las que recaigan sobre hechos que perjudiquen al testigo, caso de que este se oponga a contestarla. *Rechazará también las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, excepto cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia.* Estas decisiones no tendrán recurso alguno» (la cursiva es nuestra). En parecido sentido, el Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) establecía en su artículo 276 lo que sigue: «La recepción del testimonio se sujetará a las siguientes reglas: 1. Presente e identificado el testigo, el funcionario le tomará el juramento y le advertirá sobre las excepciones al deber de declarar. 2. A continuación, el funcionario le informará sucintamente al testigo acerca de los hechos objeto de su declaración y le ordenará que haga un relato de cuanto le conste sobre los mismos. Terminado este, procederá el funcionario a interrogarlo si lo considera conveniente. Cumplido lo anterior, se les permitirá a los sujetos procesales interrogar. *Se permitirá provocar conceptos del declarante cuando sea una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia*» (la cursiva es nuestra).

por lo que ahora importa, el rechazo de determinadas preguntas en los siguientes términos:

«El juez rechazará las preguntas inconducentes, las manifiestamente impertinentes y las superfluas por ser repetición de una ya respondida, a menos que sean útiles para precisar la razón del conocimiento del testigo sobre el hecho. Rechazará también las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, excepto cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia».

Obsérvese por tanto que la prohibición de admitir aquellas preguntas formuladas al testigo por ser susceptibles de «provocar conceptos» ofrecería aparentemente dos excepciones que aquí solamente dejamos apuntadas: la primera, a la que ya hicimos referencia, confirmaría que la regla de exclusión debe quebrar cuando los «conceptos» sean «necesarios para precisar o aclarar» las percepciones del testigo. La segunda, se refiere precisamente a una «persona calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia». Es decir, al testigo técnico. Volveremos sobre esta norma y sus posibles interpretaciones más adelante.

Más explícito todavía que el Código Procesal Civil colombiano, es el Código Procesal Civil de *Honduras* (Decreto No. 211-2006). En su artículo 303 sí se refiere expresamente al «Testigo-perito» y lo hace, como se ha adelantado, en términos prácticamente idénticos a la disposición procesal civil española del apartado 4 del artículo 370 LEC. Dice así:

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

Y el mismo parecido es predicable del artículo 43.1 del Código Procesal Civil de *Costa Rica* (Ley número 9342, vigente desde 2018). No obstante, aquí cabe llamar la atención sobre el hecho de que, a diferencia de las anteriores, esta disposición se ubica sistemáticamente en el primero de los artículos dedicados a la prueba de testigos, concretamente, al tratarse de la admisibilidad, ya no de las preguntas o respuestas que se

formulen al testigo, sino de la misma prueba testifical²²⁷. En cualquier caso, lo cierto es que, una vez más, el reconocimiento de esta figura se realiza al hilo de la naturaleza de las respuestas que tal testigo puede dar y nuevamente como mandato al juez para que admita las respuestas que en virtud de los conocimientos especializados realice un testigo. El citado apartado primero del artículo 43 del Código Procesal Civil de Costa Rica establece:

«Será admisible la prueba de testigos para demostrar todo tipo de hechos. Podrá ser testigo cualquier persona física que tenga conocimiento sobre los hechos controvertidos, sea mayor de doce años y posea capacidad. Los menores de doce años podrán ser admitidos como testigos cuando, a criterio del tribunal, tengan el discernimiento necesario para conocer y declarar verazmente.

Si el testigo tuviera conocimientos científicos, técnicos, profesionales, artísticos o prácticos se admitirán las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue a su respuesta».

Finalmente, el Código Procesal Civil de la República de *Nicaragua* (Ley nº 902 de 9 de octubre de 2015), se refiere expresamente al «Testigo calificado» que se regula en el artículo 299 en los siguientes términos:

«Cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieren los hechos del interrogatorio, la autoridad judicial admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue a sus respuestas sobre los hechos».

Caben así extraer de las disposiciones anteriores las siguientes conclusiones:

En primer lugar, como ya se adelantó, creemos que se puede hablar de cierta uniformidad en la positivización del instituto en los países de habla hispana, en cuanto que todas las normas transcritas ponen el foco en alguna particularidad que afectaría al testimonio de este tipo de testigo. De ahí que, en cuanto a su ubicación sistemática, y a salvo la disposición de Costa Rica, el reconocimiento del testigo técnico se lleve a cabo al tratarse de la producción o práctica de esta prueba, concretamente del interrogatorio y de las declaraciones que puede realizar un testigo, ya sea como una prohibición al juez o a los abogados de las partes para que las preguntas que formulen adopten una determinada

²²⁷ Como se verá, es la misma ubicación sistemática que se encuentra en la obra *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1974, t. II.

forma o contenido, ya como mandato al órgano jurisdiccional en relación con la admisión o rechazo de ciertas preguntas y/o respuestas.

En segundo lugar, puede concluirse inicialmente que todas estas fórmulas legales reconocen o se refieren al testimonio técnico para subrayar que este tipo de testimonio ofrece efectivamente alguna salvedad con relación al testigo común, pues aquel se podría expresar o responder de manera distinta a como lo haría este. En otras palabras, estaríamos ante fórmulas de positivización del instituto que habrían pretendido demarcar los contornos del testigo-perito frente al testigo común u ordinario a través de la referencia a cierta modalidad de declaración testimonial distinta. Ahora bien, aquí de nuevo el panorama es diverso.

Así, atendiendo estrictamente a la literalidad de las normas, conviene distinguir entre las primeras disposiciones revisadas, de Argentina, Paraguay y Panamá, por un lado y la colombiana, por el otro. Se dice lo anterior porque, como se habrá advertido, en las primeras el testimonio típico del testigo técnico se refiere únicamente a la posibilidad de que a estos se les puedan formular preguntas que contengan «referencias de carácter técnico» (excepción), sucediendo que el recurso a este tipo de alusiones está prohibido (regla) si se trata de un testigo común. Dicho de otra manera, nos parece que, aunque se acude a la regla de exclusión, esta se sitúa más bien al nivel del lenguaje con el que deben expresarse los testigos; una regla que entonces prohibiría que el testigo ordinario acuda a palabras o a un léxico técnico en su declaración, y que sufriría una excepción para el caso del testigo-perito. Así, en atención a las normas citadas de Argentina, Panamá y Paraguay, el testimonio técnico representaría desde luego una excepción al respecto de cierta modalidad narrativa exigible a un testigo ordinario, pero la excepción a una regla conforme a la cual el testimonio debería producirse en un lenguaje ordinario o común, carente de un vocabulario experto o de conceptos especializados. En definitiva, que las antedichas normas a través de las cuales se ha consagrado el instituto del testigo-perito parecen responder a una interpretación de la regla de exclusión que procedería, de entre las aportaciones dogmáticas revisadas, de las reflexiones de DENTI sobre la *testimonianza tecnica* a las que ya nos hemos referido, y que, ya está dicho, también llevaría aparejada su propia interpretación acerca de cuándo se estaría ante un testimonio técnico: cuando el declarante no puede prescindir del uso de un lenguaje especializado en la narración de los hechos.

Por el contrario, a diferencia de las disposiciones que se refieren al testimonio técnico en Argentina, Paraguay y Panamá, la norma colombiana no hace distinciones al nivel del tipo de lenguaje, apuntando más claramente a la posibilidad de que el tipo de testigo que es el testigo técnico pueda, en oposición al testigo común, emitir lo que esta norma denomina «conceptos», término que, se adelanta, tanto doctrina como jurisprudencia han asimilado a las «opiniones» o a las «apreciaciones»²²⁸.

4. APROXIMACIONES AL TRATAMIENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL TESTIGO-PERITO EN ALEMANIA, ITALIA Y COLOMBIA

4.1. El testigo-perito en Alemania

Ya hemos dicho que el precepto que se refiere al instituto en el Código procesal civil alemán se diría que es una disposición de obligada revisión en la materia, dada su cita frecuente cuando se ha escrito acerca del testigo-perito. Se trata, empero, de una norma que no ofrece ninguna semejanza con las que hasta el momento se han referido, lo que a nuestro juicio la hace representativa, como ya dijimos, de otra técnica de positivización²²⁹. Una norma idéntica la encontramos en el § 85 del Código procesal penal alemán (*Strafprozeßordnung*)²³⁰. La disposición § 414 ZPO dice así:

§ 414 Testigo-perito

«Cuando para probar hechos o estados pretéritos, para cuya percepción fueran necesarios conocimientos especiales, haya que oír a personas peritas, se aplicarán los preceptos de la prueba testifical»²³¹.

²²⁸ Nótese que el Código Procesal Penal de Perú, aprobado mediante Decreto Legislativo 957 y publicado el 29 de julio de 2004, acude también al término «concepto» y asimismo al de «opinión» al referirse al testigo técnico en su artículo 166.3: «No se admite al testigo expresar los conceptos u opiniones que personalmente tenga sobre los hechos y responsabilidades, salvo cuando se trate de un testigo técnico».

²²⁹ Sin embargo, por paradójico que resulte ya se ha dicho que en los códigos procesales penales de algunos países de América Latina (Argentina, Guatemala, Costa Rica) encontramos similares disposiciones al respecto del testigo técnico.

²³⁰ StPO § 85 Sachverständige Zeugen: Soweit zum Beweis vergangener Tatsachen oder Zustände, zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war, sachkundige Personen zu vernehmen sind, gelten die Vorschriften über den Zeugenbeweis.

²³¹ ZPO § 414 Sachverständige Zeugen: «Insoweit zum Beweis vergangener Tatsachen oder Zustände, zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war, sachkundige Personen zu vernehmen sind, kommen die Vorschriften über den Zeugenbeweis zur Anwendung». Aquí hemos acudido a la traducción del Prof. Prieto-Castro que se incluía, como apéndice, en la obra traducida de GOLDSCHMIDT, J., *Derecho Procesal Civil* (trad. L. Prieto-Castro), ed. Labor, Barcelona, 1936. Nótese, en relación con lo anterior, que el citado § 414 del ZPO se encuentra entre las normas procesales reguladoras de la prueba de

En contraste con las fórmulas normativas antes reseñadas, es importante que se advierta que la disposición alemana incorpora un presupuesto que debe darse cita para recurrir a la figura: que sean ineludibles conocimientos especiales para haber percibido unos hechos²³², hechos que, además, la norma indica explícitamente, han de ser pasados. A partir de este presupuesto, el propósito de la disposición es no más que reafirmar la naturaleza de este medio de prueba como testigo, pese a los conocimientos especializados del mismo (que, evidentemente, le acercan a la prueba pericial) y en consecuencia dejar claro que son las disposiciones procesales sobre la prueba testifical y no sobre la prueba de peritos, las que han de ser aplicadas²³³. El propósito, se insiste, sería solamente reafirmar que cuando para acreditar la «percepción de hechos pasados» se precise de «personas peritas» (*sachkundige Personen*) han de ser aplicadas las reglas procesales reguladoras de este medio de prueba y no las de la prueba pericial. Por ello, al respecto de la disposición alemana, DENTI señalaba que se formula «in modo da escluderne sostanzialmente la rilevanza pratica, ed è richiamata soprattutto nella individuazione degli elementi che differenziano la testimonianza all'assistenza tecnica»²³⁴. La disposición, por tanto, no parece remitirnos o contener referencia alguna, al menos no directamente, a una modalidad narrativa propia del testigo-perito, ni confrontar este con el testimonio común. Sin embargo, nos parece que subyace en cualquier caso a esta norma –a su remisión a las reglas reguladoras de la prueba testifical– aunque no se explicita, la regla de exclusión de la opinión; es decir, la norma vendría a decir que puesto que el testigo solamente expresa sus percepciones sobre los hechos, y no sus opiniones, a ese testigo experto –por muy experto que sea– se le debe dar el tratamiento procesal de un testigo²³⁵.

peritos, a diferencia de las normas que hacen referencia al testigo técnico en los países de habla hispana que se han referido hasta ahora.

²³² En el mismo sentido, cfr. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, ed. Global Economist & Jurist, Barcelona, 2000, vol. II, p. 371.

²³³ *Ibid.*, p. 9.

²³⁴ «De modo que se excluya sustancialmente su relevancia práctica, y se menciona sobre todo en la identificación de los elementos que diferencian el testimonio de la asesoría técnica».

²³⁵ Hess y Jauernig comienzan su exposición acerca de la prueba testifical conforme al derecho procesal civil alemán indicando: «Testigo es toda persona que declara sobre hechos o circunstancias que ha percibido por sí mismo (vid. también § 414 ZPO). El testigo debe expresar sus concretas percepciones, no sus opiniones sobre los sucesos presenciados o las consecuencias de los mismos». HESS, B. y JAUERNIG, O., *Manual de Derecho procesal civil*, op. cit., p. 323.

Tanto es así que la doctrina alemana se ha servido precisamente del § 414 ZPO para extraer las que serían notas típicas de la prueba testifical y, teóricamente, diferenciadoras de la prueba pericial. Así, en resumidas cuentas, se ha sostenido que es testigo quien depone sobre percepciones de hechos y circunstancias pasadas «de modo irremediable»²³⁶ (esto es, hechos que no son susceptibles de repetición), que, además, y «como norma general ha vivido y percibido de manera casual» o «espontánea»²³⁷, es decir, que la coincidencia entre la observación y la experiencia especializada ha de ser fortuita²³⁸, lo que excluye claramente la forma a través de la cual el perito tiene conocimiento de los hechos según la norma procesal alemana, es decir, a través de un encargo judicial.

En efecto, puesto que con arreglo al Derecho procesal alemán el perito es un auxiliar o asesor del juez, la decisión de recurrir a un perito (o a varios) en un procedimiento judicial corresponde en exclusiva a aquel, tratándose de una decisión que se puede adoptar de oficio, pero también porque así la hayan solicitado las partes (§ 404 ZPO). Además, por ese mismo carácter de auxiliar del juez, de cara a garantizar en la medida de lo posible la calidad de la prueba pericial, los peritos que pueden designar los tribunales alemanes han de haber sido previamente seleccionados y sometidos a pruebas de control de naturaleza pública²³⁹. Todo ello justificaría que las normas procesales civiles que se refieren a la prueba pericial (§ 403 a § 414 ZPO) únicamente remitan parcialmente a las normas procesales reguladoras de la prueba testifical. Así, por ejemplo, no se puede recusar al testigo-perito (§ 406 ZPO). Además, ya referimos la obligación pública de

²³⁶ STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, op. cit., p. 66.

²³⁷ HESS, B. y JAUERNIG, O., *Manual de Derecho procesal civil*, op. cit., p. 328. Curiosamente, la *espontaneidad* de la percepción de los hechos en oposición a la percepción de los hechos por medio del encargo judicial se incorpora ya en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Concretamente, el artículo 180, párrafo 2.º, de dicho código modelo establece: «No rigen las reglas de la prueba pericial para quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente, sin haber sido provocado por la actividad judicial, aunque utilice para informar las aptitudes especiales que posee en una ciencia, arte o técnica. En este caso, rigen las reglas de la prueba testimonial».

²³⁸ Como ya se ha indicado, en la disposición correspondiente al instituto del Código Procesal Modelo para Iberoamérica se incluye ya la nota de «espontaneidad» en el conocimiento de los hechos como un rasgo definitorio.

²³⁹ Aunque también es posible recurrir a peritos que si bien no han superado esos procesos estatales sí estén certificados o acreditados por alguna asociación profesional (expertos libres). Cfr. LÖSING, N., «La prueba pericial en el proceso civil alemán», en Andino López, J. A. y Cerrato Guri, E. (coords.) y Picó i Junoy, J. (dir.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, op. cit., pp. 227 a 239, p. 227.

declarar que es predicable del testigo²⁴⁰, a diferencia del perito, que puede por lo general rechazar la elaboración de un informe pericial; de otro lado, la prueba testifical requiere necesariamente de la proposición por las partes (§ 373), al igual que la citación del testigo exige de una solicitud por escrito de aquellas²⁴¹, produciéndose por norma su declaración oralmente y ante el tribunal (en el caso de la prueba pericial, aunque el dictamen debe ser presentado de forma oral, con frecuencia el tribunal requiere de un informe escrito ex. § 411 ZPO). Asimismo, por su particular relevancia práctica, como luego se verá, hemos de señalar que la ley alemana dispensa a los testigos y a los peritos un distinto tratamiento en materia de compensación o retribución, siendo más elevados los pagos legalmente previstos para los peritos.

Así las cosas, volviendo al testigo-perito y a sus teóricas diferencias con la prueba pericial en Alemania, que el perito solamente haya hecho sus percepciones después del nombramiento por el tribunal, es decir, la denominada «ocasión de la percepción» (*Anlaß der Wahrnehmungen*), ha recibido un carácter particularmente decisivo en punto a su demarcación²⁴², subrayándose de su mano que el testigo es, a diferencia del perito, siempre insustituible, infungible²⁴³, porque son –digamos, en una expresión más bien poética– los mismos hechos los que eligen al testigo.

Ahora bien, no solamente se han puesto de manifiesto estos rasgos definitorios de la prueba testifical para, como decíamos, hacer constar las diferencias entre el testigo y el perito, sino también para remarcar que todas estas notas típicas concurrirán igualmente

²⁴⁰ Si bien la ZPO (§383 I, §384) contempla excepciones, otorgando a determinados testigos un derecho a negarse a declarar amparado en diversas causas, como la relación de familiaridad con las partes que tenga el testigo o el deber de confidencialidad por razón de su profesión.

²⁴¹ HESS, B. y JAUERNIG, O., *Manual de Derecho procesal civil, op. cit.*, p. 315.

²⁴² Seguimos en este punto a Silva Melero: «La doctrina alemana ha dado relieve decisivo al hecho de que el perito se refiera a percepciones captadas fuera del proceso». SILVA MELERO, V., *La prueba procesal, op. cit.*, p. 282. Y, según Miucci, sería este un criterio que igualmente vendría a ser un compendio de las aportaciones de la doctrina italiana en torno a la figura: «È interessante osservare come tale ultimo criterio, per così dire, “compendi” le varie teorie elaborate dalla dottrina italiana sulla figura del testimone tecnico: da quelle definite “formali”, perché focalizzate sul conferimento dell’incarico giudiziale, a quelle “sostanziali”, che, enunciando la distinzione tra testimonianza tecnica e prova esperta a livello fenomenologico e strutturale, si concentrano sulla valorizzazione di un aspetto, coincidente con la partecipazione del testimone tecnico al fatto percepito». MIUCCI, C., *La Testimonianza tecnica nel processo penale, op. cit.*, p. 108.

²⁴³ STEIN, F., *El conocimiento privado del juez, op. cit.*, p. 62; HESS, B. y JAUERNIG, O., *Manual de Derecho procesal civil, op. cit.*, p. 328. Asimismo, en España, pero haciéndose eco de la doctrina alemana sobre el testigo-perito, Silva Melero escribió: «El testigo pericial aparece con todos los deberes del testigo, mas, prescindiendo de consideraciones teóricas o formales, lo que le matiza y caracteriza como testigo es el no poder ser sustituido». SILVA MELERO, V., *La prueba procesal, op. cit.*, p. 282.

en quien de forma casual –sin que medie encargo judicial– observa unos hechos gracias a una experiencia o conocimientos especializados.

En consecuencia, ya pasando al nivel de la declaración testimonial, la disposición alemana lo que viene a señalar es que las reglas procesales que regulan la prueba testifical serían de aplicación cuando las cuestiones que al testigo le sean formuladas y las respuestas que ofrezca, se limiten a las percepciones que pudo hacer gracias a su experiencia especializada sobre hechos pasados. Por tanto, si esta misma persona, porque así se lo ha encargado el juez o tribunal, ya no se limita a dar cuenta de sus percepciones sobre aquellos hechos, entonces ya no actuaría como un testigo, sino como un perito. Ahora bien, debe subrayarse que a tales efectos sería necesaria su designación judicial como tal. Así lo explican HESS y JAUERNIG²⁴⁴:

«Quien informa sobre hechos pasados para cuya percepción es necesaria una capacidad específica no es perito sino testigo experto o testigo pericial (§ 414 ZPO). Una persona, en consecuencia, puede ser testigo y perito simultáneamente.

Tras lo cual, los mismos autores, proporcionan el siguiente ejemplo:

«Un médico está casualmente presente en un accidente de tráfico; en la medida en que informa al respecto es testigo ordinario²⁴⁵. Si auxilió al herido y realizó un primer vendaje, es testigo pericial cuando informa sobre lo que observó (por ejemplo, una fractura del fémur). Si el mismo médico *es designado por el tribunal* para informar sobre la disminución laboral del herido, actúa entonces como perito» (la cursiva es nuestra).

En definitiva, la fórmula de positivización alemana obedece claramente a la versión de la figura del testigo-perito primigenia, fuertemente vinculada con las concepciones ya apuntadas de «juicio de hecho» y «máxima de la experiencia». Solamente bajo estos planteamientos se explica que al instituto le sean de aplicación las normas jurídico-procesales que regulan la prueba de testigos, dado que la justificación de la figura como subtipo de prueba testifical se sitúa en Alemania en el momento y en relación con la percepción de los hechos²⁴⁶, en el entendimiento de que los juicios que ofrece tanto un

²⁴⁴ HESS, B. y JAUERNIG, O., *Manual de Derecho procesal civil, op. cit.*, p. 329.

²⁴⁵ Repárese en que es posible que esa misma persona actúe también como testigo ordinario. Así, si por ejemplo se limita a declarar en qué punto o lugar de la carretera se produjo el accidente.

²⁴⁶ Diferencia que subrayaba en Italia Dosi: «Baste tener en cuenta esta observación para poder advertir que la distinción entre el testimonio que llamamos común y el testimonio que llamamos técnico no requiere un

testigo-perito como un testigo común serían idénticos, en cuanto que serían ambos juicios de hecho, según y gracias a diferentes experiencias, pero igualmente y, por definición, teóricamente necesarios para dar cuenta de sus percepciones.

Y en efecto, más allá de la disposición legal en cuestión, la revisión de algunas resoluciones judiciales alemanas que se han referido al testigo-perito, con independencia de los órdenes jurisdiccionales en los que se inscriban, y en particular, al tratar de la distinción entre el testigo-perito y el perito, apuntan en la misma dirección; a saber, que a esta noción del testigo-perito le sería consustancial un alcance muy limitado del tipo de juicios especializados o expertos admisibles, teóricamente circunscritos a aquello que habría sido observado directamente gracias a una determinada experiencia o pericia. Así, ya en la decisión BGH Urteil de 23 de noviembre de 1973 - IZR 59/72²⁴⁷ se rechazaba uno de los motivos de impugnación de una resolución sustentado en la supuesta parcialidad de quien había sido llamado a declarar como testigo-perito, sobre la base de que la persona en cuestión había sido interrogado acudiendo a lo previsto en el § 414, por tanto, sobre hechos pasados observados directamente –concretamente, sobre el estado de unas embarcaciones– para cuya observación se requería de un conocimiento especializado. Todavía más clara parece la también más reciente decisión OVG Nordrhein-Westfalen de 18 de julio de 2007 - 8 A 1075/06²⁴⁸, en la que, como preludeo, se recuerda que el testigo-perito es un testigo que declara sobre hechos pasados que requieren una especial pericia para ser percibidos y que precisamente percibió gracias a esa pericia, sin conexión con una orden judicial. De ahí –se continúa leyendo en la decisión– que sea característico del testigo-perito su infungibilidad, frente al perito, que podría ser sustituido por otra persona también experta²⁴⁹. En atención a estas premisas,

análisis que abarque el momento declarativo y, por decir lo menos, el lenguaje adoptado por el testigo. En efecto, si se ven bien las cosas, la verdadera línea de demarcación entre el uno y el otro tipo de testigo se percibe ya en el momento cognoscitivo. Un sujeto que no puede comprender un dato cuya comprensión exige una experiencia de la cual está privado no puede llegar a ser testigo de ese dato. Si ello es así, se debe concluir que el testimonio técnico tiene sus raíces en la potencialidad de la percepción, y, en definitiva, en ese saber preconstituido de orden técnico de que está provisto solo el hombre técnico». DOSI, E., *La prueba testimonial. Estructura y función*, op. cit., p. 28.

²⁴⁷ Tribunal Federal de Justicia. Veredicto IZR 59/72, de 23 de noviembre de 1973. Disponible: https://www.prinz.law/urteile/bgh/I_ZR_59-72

²⁴⁸ Tribunal Administrativo Superior de Renania del Norte-Westfalia. Resolución 8 A 1075/06, de 18 de julio de 2007. Disponible en: <https://openjur.de/u/127722.html>

²⁴⁹ Concretamente, se observa: «Der sachverständige Zeuge ist demgegenüber ein Zeuge, der sein Wissen von bestimmten vergangenen Tatsachen oder Zuständen bekundet, zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war und die er nur kraft dieser besonderen Sachkunde ohne Zusammenhang mit einem gerichtlichen Gutachtenauftrag wahrgenommen hat. Kennzeichnend für den sachverständigen

es interesante constatar cómo en la resolución de que se trata se rechaza que la persona designada como tal testigo-perito (a la sazón, un abogado) pudiera declarar acerca de una cuestión hipotética, que suponía realizar un pronóstico sobre cierta posible situación futura, juicio que hubiera exigido –observa el Tribunal– la proposición de una prueba pericial. En parecido sentido, en la resolución BVerwG de 12 de octubre de 2010 - 6B 26.10²⁵⁰, se insiste en la aludida diferencia entre testigo-perito y perito: así, se señala que el testigo-perito declara acerca de una percepción sobre hechos o estados pasados que pudo hacer gracias a sus conocimientos especiales sin relación con un encargo de peritaje pericial (y por ello no sería reemplazable), mientras que el perito tiene por misión la de evaluar en virtud de sus conocimientos especializados en un campo concreto, y como auxiliar del tribunal, un hecho que debe determinar este (y por eso es intercambiable). Por tanto, de acuerdo con esta distinción –se prosigue argumentando en la decisión– un médico es un testigo-perito cuando debe declarar sobre un estado de enfermedad específico (hallazgo) de un paciente que él mismo ha examinado, sin relación con un encargo judicial. Mientras que el mismo médico es un perito cuando debe evaluar los efectos de la enfermedad. Y por ello, al igual que en la resolución antes citada, pero al hilo en esta ocasión de la cuestión relativa a si el demandante cumplía o no con ciertos requisitos del llamado catálogo de actividades del Ministerio de Defensa Federal, concluía el tribunal que la supuesta capacidad de cumplir con dichos criterios de rendimiento, al no tratarse de un hecho pasado, no sería susceptible de ser acreditada acudiendo al testimonio de un testigo-perito, añadiendo que más bien se trataría de una evaluación médica para la cual habrían sido necesarios los conocimientos especializados de un perito debidamente calificado. También en la jurisdicción social encontramos reflexiones parecidas; así, en la resolución SG Wiesbaden de 24 de junio de 2010, referencia S 4 R 193/07, en relación con que la capacidad laboral de la parte demandante pueda ser o no una cuestión objeto de prueba testimonial, se declara que incluso tratándose de un testigo-perito este únicamente podría ser interrogado sobre hechos

Zeugen ist es, dass er “unersetzbar” ist, da er (nur) von ihm selbst wahrgenommene “vergangene” Tatsachen bekundet (§ 414 ZPO), während ein Sachverständiger in aller Regel gegen einen anderen gleichermaßen Sachkundigen ausgewechselt werden kann». Tribunal Administrativo Superior de Renania del Norte-Westfalia. Resolución 8 A 1075/06, de 18 de julio de 2007. Disponible en: <https://openjur.de/u/127722.html>

²⁵⁰ Tribunal Administrativo Federal. Resolución 6B 26.10, de 12 de octubre de 2010. Disponible en: <https://www.bverwg.de/de/121010B6B26.10.0>

específicos, como la presión arterial en un determinado momento o el estado mental observado por la demandante durante cierto periodo de tiempo, concluyéndose que la evaluación de la capacidad laboral no constituye una declaración de hechos percibidos.

Ahora bien, aunque cuando la disposición alemana reguladora de la figura apuntala claramente la noción primigenia del instituto, y aun cuando teóricamente para desempeñar la función de perito se precise de una designación judicial, lo cierto es que también los Tribunales alemanes han reparado en que la *presentación* experta de eventos pasados puede llegar a convertirse en una *evaluación* experta sin ser tal tránsito advertido; por ejemplo, en la decisión OVG Niedersächsisches de 23 de diciembre de 2011 - 5 OB 411/11²⁵¹ se lee:

«Diese Abgrenzung ist im Einzelfall -so auch im vorliegenden Rechtsstreit- schwierig. Ein Arzt ist zum Beispiel dann ein sachverständiger Zeuge, wenn er über eine bestimmte Krankheit aussagt, aber ein Sachverständiger und Zeuge, wenn er die Ursache und die Wirkung dieser Krankheit bekundet (vgl. Baumbach/Lauterbach/ Albers/Hartmann, a. a. O., § 414 Rn 5). Angesichts der Erläuterungen, die der Antragsteller im Verlaufe seiner Vernehmung (vorletzter und letzter Absatz der Seite 4 der Sitzungsniederschrift vom 17.8.2011) gegeben hat, sowie des Umstandes, dass eine Beurteilung oder Bewertung im Zweifel als eine Sachverständigentätigkeit beurteilt werden darf (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a. a. O., § 414 Rn 5), ist der Senat zu der Einschätzung gelangt, dass der Antragsteller im Verlaufe seiner Vernehmung "zum Sachverständigen geworden" und entsprechend zu vergüten ist»²⁵².

Fundamentalmente, las dudas suscitadas en torno a si cierta persona habría intervenido realmente en un procedimiento judicial como testigo-perito o como perito han originado un conjunto de resoluciones judiciales que obedecen a la necesidad de fijar la compensación o retribución a la que el declarante tendría derecho por su intervención,

²⁵¹ Tribunal Administrativo Superior de Baja Sajonia. Resolución 5 OB 411/11, de 23 de diciembre de 2011. Disponible en: https://openjur.de/ni/niedersachsisches_ovg.html

²⁵² «Esta delimitación es difícil en casos individuales, como también en la presente disputa legal. Por ejemplo, un médico es un testigo pericial cuando declara sobre una enfermedad específica, pero es perito y testigo cuando declara sobre la causa y el efecto de esta enfermedad (véase Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *op. cit.*, § 414 n.º 5). Teniendo en cuenta las explicaciones que el solicitante proporcionó durante su testimonio (penúltimo y último párrafo de la página 4 del acta de la sesión del 17.8.2011), y el hecho de que una evaluación o valoración, en caso de duda, puede ser considerada como una actividad pericial (véase Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *op. cit.*, § 414 n.º 5), el tribunal llega a la conclusión de que el solicitante "se convirtió en perito" durante su testimonio y debe ser remunerado en consecuencia» (traducción propia).

y que como ya se advirtió, es diferente según se trate de un testigo o un perito con arreglo a la Ley aplicable²⁵³, siendo la remuneración que correspondería a quien actúa como testigo-perito muy inferior a la que procedería si actuase como un perito. Sobre el particular, nos parece importante señalar que lo indicado por la jurisprudencia alemana es que la respuesta a las dudas que puedan surgir en este sentido no debe obedecer ni verse condicionada por cómo fue dicha persona presentada por la parte o citada por el tribunal, sino que lo decisivo sería «el contenido sustantivo del testimonio y, si no se produce el testimonio, el contenido sustantivo de la tarea asignada a la persona que presenta la prueba» (OLG Düsseldorf, de 18 de noviembre de 2004 AZ: 10 W 88/04²⁵⁴), a lo que se habría añadido que tampoco es relevante si las respuestas que ha proporcionado el declarante han sido formuladas por el tribunal o por las partes (OLG Koblenz, de 12 de noviembre de 2004 -14 W 735/04²⁵⁵). En parecido sentido, en la resolución OLG Rostock, de 8 de abril de 2008 -1 U 32/08²⁵⁶ se concluye lo que sigue:

«Für die Entschädigung des sachverständigen Zeugen (§ 401 ZPO) als solchen oder als Sachverständigen ist darauf abzustellen, ob er nach dem Inhalt der Ladung (§ 377 Abs. 2 Satz 2 ZPO) und dem Gegenstand seiner Befragung durch das Gericht im Ergebnis als Zeuge, also über seine (selbst sachkundig wahrgenommenen) Tatsachenkenntnisse einvernommen wurde oder als Sachverständiger Fragen des Gerichts über auf seiner Sachkunde beruhende subjektive Wertungen, Schlussfolgerungen oder Hypothesen zu beantworten hatte (vgl. OLG Düsseldorf, VersR 1983, 544; OLG München, JurBüro 1981, 1699 m. Anm. Mümmler; Zöller/Greger, a.a.O., § 414 Rn. 3). D.h., als Sachverständiger ist (in seiner prozessualen Stellung und gebührenrechtlich) - im Endeffekt - auch derjenige herangezogen, der zuvor als sachverständiger Zeuge geladen worden war,

²⁵³ «Gesetz über die Vergütung von Sachverständigen, Dolmetscherinnen, Dolmetschern, Übersetzerinnen und Übersetzern sowie die Entschädigung von ehrenamtlichen Richterinnen, ehrenamtlichen Richtern, Zeuginnen, Zeugen und Dritten (Justizvergütungs-und-entschädigungsgesetz - JVEG)».

²⁵⁴ «Die Frage, ob eine Beweisperson als Zeuge oder als Sachverständiger anzusehen und zu entschädigen ist, ist weder davon abhängig, wie sie von der beweisführenden Partei bezeichnet und im Beweisbeschluss aufgeführt ist, noch davon, ob sie als (sachverständiger) Zeuge oder Sachverständiger geladen worden ist. Entscheidend ist vielmehr der sachliche Gehalt der Vernehmung und, wenn es zur Vernehmung nicht kommt, der sachliche Gehalt der der Beweisperson gestellten Aufgabe (vgl. Senatsbeschlüsse vom 12.08.2004 - 10 W 91/04 - und 22.05.2003 - 10 W 29/03; Meyer/Höver/Bach, Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen, 21. Aufl., § 3 Rn. 2; Hartmann, Kostengesetze, 32. Aufl., § 2 ZSEG Rn. 3)». Tribunal Regional Superior de Düsseldorf. Resolución AZ: 10 W 88/04, de 18 de noviembre de 2004. Disponible en: <https://openjur.de/u/108177.html>

²⁵⁵ Tribunal Regional Superior de Coblenza. Resolución 14 W 735/04, de 12 de noviembre de 2004. Disponible en: <https://openjur.de/u/680149.html>

²⁵⁶ Tribunal Regional Superior de Rostock. Resolución 1 U 32/08, de 8 de abril de 2008. Disponible en: <https://openjur.de/u/342133.html>

aber als Sachverständiger vernommen worden ist (vgl. OLG Köln, MDR 1993, 391), wenn auch erst im Verlaufe der Vernehmung (so Hartmann, a.a.O.)»²⁵⁷

En resumen, el § 414 ZPO obedece a la noción primigenia de la figura, lo que explica que en su virtud se venga a reafirmar la naturaleza testifical del testigo-perito pues se supone que este declarará sobre los hechos percibidos (aunque los haya percibido gracias a su experiencia especializada). Por lo mismo, llegado el momento de determinar el alcance de los juicios y afirmaciones que puede realizar un testigo-perito lo que se propone realmente es una equiparación entre estos y los que puede realizar un testigo ordinario, en el sentido de que ambos estarían teóricamente vinculados de forma estrecha a lo que serían los hechos observados, al referente empírico, con lo que esto les presupone: un supuesto automatismo e inmediatez del juicio y, de la mano de lo anterior, un teórico mayor valor epistemológico.

No obstante lo anterior, otra conclusión a subrayar sería la de que no por el hecho de que la consagración positiva de la figura responda claramente a la noción primigenia, se habría dejado de reconocer que –como ya advertía F. STEIN– la misma persona experta puede desempeñar los dos papeles. Y en efecto, lo que nos parece más interesante de la revisión de las resoluciones alemanas referidas, es constatar cómo también en Alemania habría tribunales que contemplan que un experto que ha sido citado como testigo-perito pueda, empero, en el curso de su declaración, declarar como lo haría un perito. Así, las decisiones judiciales últimamente citadas patentizan que al menos a los efectos y llegado el momento de determinar la retribución correspondiente, se asume como posible y se permite que quien ha sido citado como testigo-perito –por tanto, eludiendo el encargo judicial – actúe luego como perito, ya sea atendiendo a preguntas de las partes o del propio tribunal, lo que sucedería cuando ya no es interrogado y responde acerca de lo que serían, teóricamente, los hechos (lo que ha visto «directamente»), sino sobre hipótesis,

²⁵⁷ «Para la compensación del testigo perito (§ 401 ZPO) como tal o como perito, se debe tener en cuenta si, según el contenido de la citación (§ 377, apartado 2, frase 2 ZPO) y el objeto de su interrogatorio por parte del tribunal, al final fue interrogado como testigo, es decir, sobre su conocimiento de hechos (percibidos por él mismo con conocimiento especializado), o si, como perito, tuvo que responder a preguntas del tribunal sobre valoraciones subjetivas, conclusiones o hipótesis basadas en su especialización (ver OLG Düsseldorf, VersR 1983, 544; OLG Múnich, JurBüro 1981, 1699 con la nota de Mümmler; Zöller/Greger, *op. cit.*, § 414 Rn. 3). Es decir, como perito (en su posición procesal y desde el punto de vista de los honorarios), al final, también se considera al que fue inicialmente citado como testigo perito, pero que fue interrogado como perito (ver OLG Colonia, MDR 1993, 391), incluso si esto ocurre solo durante el transcurso del interrogatorio (según Hartmann, *op. cit.*)» (traducción propia).

pronósticos o «valoraciones conclusivas» (*schlußfolgernden Wertungen*) (OLG Köln, de 27.11.1992 - 2 Ws 455/92)²⁵⁸. En tal caso, una vez rendido el testimonio, y no obstante haberse rendido con arreglo a las disposiciones reguladoras de la prueba testifical, es cuando se cuestiona la naturaleza de su declaración, puesto que parece razonable que la retribución a percibir por dicho experto se fije con arreglo a las normas que son de aplicación a los peritos, aunque su intervención se produjera como si de una testifical se tratara.

Con lo anterior se apunta ya una última conclusión que, a poco que se piense, se revela de todas las consideraciones precedentes; es la que se refiere a los problemas procesales que el testigo-perito ocasiona en Alemania por su ambivalencia.

Aquí nos hemos referido explícitamente a la discusión que ese está suscitando en relación con la determinación del pago que procedería según el contenido de su testimonio o de la teórica tarea o papel que finalmente haya desempeñado el llamado como experto. Desde esta perspectiva, lo que tal problemática viene a poner de manifiesto, más allá de que evidentemente se recurra a esta figura para sustraer del juzgador la decisión acerca de cuándo y sobre qué extremo o extremos se precisa conocimiento especializado en el procedimiento judicial, también es que el testigo-perito se puede convertir en una suerte de pericial «low cost», en una manera de introducir en un procedimiento judicial conocimiento experto con un coste previsiblemente muy inferior al que representaría el recurso a la prueba pericial.

4.2. El testimonio técnico en Italia

Ya indicamos que en Italia el subtipo de testigo-perito o técnico carece de consagración positiva. No está contemplado ni el Código de Procedimiento Civil (*Codice di Procedura Civile*) ni en el Código de Procedimiento Penal (*Codice di Procedura Penale*). Sin embargo, claro está, ambos códigos contemplan la prueba testifical (artículos 194 a 207 y artículos 244 a 257 del Código de Procedimiento Penal y Civil, respectivamente), concibiéndose el testimonio, de nuevo en ambos casos, como un medio de prueba que ha

²⁵⁸ Tribunal Regional Superior de Colonia. Resolución 2 Ws 455/92, de 27 de noviembre de 1992. Disponible en: <https://openjur.de/u/2072290.html>

de tener por objeto los «hechos», lo que deja traslucir tanto el citado artículo 244, como el artículo 194 del Código de Procedimiento Penal, sobre el que más adelante se volverá.

De otro lado, en cuanto a la pericial, tanto en el ámbito del proceso penal²⁵⁹ como en el civil²⁶⁰, se exige un encargo judicial, dada la condición de auxiliar judicial del perito, sustrayéndose por tanto al principio de aportación de parte. Además, y por lo que luego se verá, nos parece interesante reparar en que son en rigor tres las posibles tareas asignables al perito conforme al artículo 220 del Código de Procedimiento Penal italiano²⁶¹ susceptibles de justificar su designación: a saber «svolgere indagini» la primera, «acquisire dati» la segunda y, la tercera, «acquisire valutazioni», de forma que si seguimos en este punto a MIUCCI²⁶², la actividad perceptiva, aunque nunca esté absolutamente libre de una actividad de evaluación, sería la preponderante en la primera de las tareas, y con arreglo a la cual «l'esperto diventa una sorta di “cannocchiale” messo a disposizione del giudice, il quale non sempre dispone degli strumenti cognitivi utili a percepire dati processualmente rilevanti. Può trattarsi di dati di “percezione specialistica”»²⁶³. A partir de ahí, teóricamente al menos, la actividad perceptiva del perito iría disminuyendo hasta su degradación máxima en la tarea consistente en la «adquisición de valoraciones», si bien todavía sería notable con relación a la segunda de las tareas

²⁵⁹ Artículo 221.1 del Código de Procedimiento Penal: «Il giudice nomina il perito scegliendolo tra gli iscritti negli appositi albi o tra persone fornite di particolare competenza nella specifica disciplina. Quando la perizia è dichiarata nulla, il giudice cura, ove possibile, che il nuovo incarico sia affidato ad altro perito».

²⁶⁰ En el proceso civil es el artículo 61 el que se refiere a la figura del «consulente tecnica» como un auxiliar del juez cuya elección debe hacerse entre personas inscritas en registros especiales que cuenten con una competencia técnica específica. No obstante, la naturaleza de este instituto está lejos de ser una cuestión pacífica en la práctica. Así, al igual que sucedía en España, aunque la «Cassazione» italiana habría afirmado repetidamente que la «consulenza tecnica» no está entre los medios de prueba, pues su finalidad sería más bien la de suplir los conocimientos del juzgador, una parte amplia de la doctrina sostendría lo contrario. Cfr. BONATTI, R., «Riflessioni sulla prova scientifica nel processo civile e in quello amministrativo», en *Diritto.it*, 2 de octubre de 2019. <https://tinyurl.com/24uqg9vo>

²⁶¹ Concretamente, el artículo 220, que se refiere al objeto de la pericia establece: «La perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche».

²⁶² MIUCCI, C., *La Testimonianza tecnica nel processo penale*, op. cit., p. 50.

²⁶³ «El experto se convierte en una especie de “telescopio” puesto a disposición del juez, quien no siempre dispone de las herramientas cognitivas necesarias para percibir datos relevantes en el proceso. Puede tratarse de datos de “percepción especializada”» (traducción propia). La explicación nos evoca la que proporcionara ya Stein acerca de la actividad perceptiva del perito («El juez hace correceptor de la prueba al perito, por una parte, para convertir en percepción propia la explicación técnica de este y, por otra parte, para poder controlar en la medida de lo posible el dictamen pericial cuya valoración le corresponde»), lo que, a su vez, siguiendo ahora a Vázquez Rojas, nos lleva a la tradicional concepción acerca del conocimiento experto por parte del juez, que vendría a traducirse en «aquello que el juez pudiera percibir mediante el propio experto». VÁZQUEZ ROJAS, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, op. cit., p. 46.

referidas, la que se refiere a la «adquisición de datos», labor que, de nuevo en palabras de MIUCCI²⁶⁴, se habría definido por la doctrina italiana acudiendo a las fórmulas o términos de «constatazione tecnica» y «accertamento», caracterizándose por seguir «un metodo epistemico di conoscenza mediante generalizzazione, legittimato da un sistema rigoroso e coerente di nozioni, leggi scientifiche e regole tecniche»²⁶⁵. Frente a las anteriores, finalmente, la última de las posibles tareas encomendables al perito («acquisire valutazioni») apuntaría a una noción de la prueba de pericial con arreglo a la cual ya no es medio de percepción del juez, sino un «strumento di deduzione» o, en definitiva, «premessa maggiore del suo ragionamento decisorio»²⁶⁶.

Expuesto lo anterior, y volviendo al testimonio técnico, ya hemos dicho que aunque ninguna de las leyes procesales italianas se refiera a este tipo de testimonio, este no es – como se ha visto – un subtipo de testigo que haya ignorado la doctrina y es, de hecho, frecuente en la práctica judicial, particularmente en la jurisdicción penal, aun cuando según pone de manifiesto FERRARIS²⁶⁷, del análisis de la jurisprudencia italiana no cabe encontrar una sola definición de testimonio técnico, pero sí, en cambio, alusiones a este tipo de testimonio al tratar de los hechos como su único objeto, en el ánimo de advertir que «la prova testimoniale non può tradursi in un'interpretazione del tutto soggettiva o indiretta ed in apprezzamenti tecnici o giuridici del fatto, con ciò di fatto istituendo una barriera alla praticabilità dell'istituto»²⁶⁸. Sin embargo, es lo cierto que la misma jurisprudencia deja abierta la puerta a la testimonial técnica. Veremos enseguida de qué manera se hace posible la *testimonianza tecnica* en Italia, pero antes, recurriendo de nuevo MIUCCI, vamos a referirnos muy brevemente a los criterios que se han empleado para diferenciar al testigo técnico del perito y que son, como ya se adelantó, los mismos en lo sustancial que los registrados en Alemania.

Así, la doctrina italiana, que habría seguido en este punto a CARNELUTTI, sería prácticamente unánime al señalar como criterio distintivo principal que mientras que el

²⁶⁴ MIUCCI, C., *La Testimonianza tecnica nel processo penale*, op. cit., p. 56.

²⁶⁵ «Un método epistémico de conocimiento mediante generalización, legitimado por un sistema riguroso y coherente de nociones, leyes científicas y reglas técnicas» (traducción propia).

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 59.

²⁶⁷ FERRARIS, F., «La Testimonianza Tecnica», op. cit., p. 1234.

²⁶⁸ «La prueba testimonial no puede traducirse en una interpretación completamente subjetiva o indirecta ni en apreciaciones técnicas o jurídicas del hecho, estableciendo así de hecho una barrera para la viabilidad del instituto» (traducción propia).

perito ha recibido del juez un «un incarico a percepire e a dedurre», el testigo técnico representa aquello que ha conocido de forma casual antes e independientemente del proceso judicial²⁶⁹, derivándose de tal circunstancia, siguiendo a MIUCCI²⁷⁰ nuevamente, una supuesta «diversa spontaneità nella formazione della conoscenza, che è massima nella testimonianza tecnica, e ridotta al minimo nello svolgimento dell'incarico del perito»²⁷¹. Ahora bien, obviamente, no solo se habría invocado el encargo judicial como criterio de demarcación, sino que además –y como criterio teóricamente «sustancial» frente al anterior que sería «formal»– se habría señalado como diferencia fundamental la «percezione diretta del fatto», de la mano de la cual vendría una vez más la denominada la relación histórica del testigo con el hecho, el carácter infungible del testigo (su «infungibilità») ²⁷² y, adicionalmente, incluso, un pretendido valor añadido del testimonio del testigo técnico frente al perito, pues a este no le sería posible dar cuenta de los detalles que solo quien ha participado en el hecho puede conocer²⁷³.

Sentado lo anterior, en Italia, el reconocimiento del testimonio técnico se apoya en el artículo 194, apartado tercero, del vigente Código de Procedimiento Penal²⁷⁴. Se trata de una disposición que precisamente viene a recordar lo que ha de ser el objeto de la prueba testimonial –unos hechos determinados– pero que, a la vez, establecería una excepción. En definitiva, como se verá, una disposición a la que también subyace, de alguna manera, la regla de exclusión. Estos son sus términos:

«Il testimone è esaminato su fatti determinati. Non può deporre sulle voci correnti nel pubblico né esprimere apprezzamenti personali salvo che sia impossibile scinderli dalla deposizione sui fatti»²⁷⁵.

²⁶⁹ MIUCCI, C., *La Testimonianza tecnica nel processo penale, op. cit.*, p. 109.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 110. En definitiva, el mismo criterio teóricamente decisivo que en Alemania se expondría acudiendo a los términos «Anlaß der Wahrnehmungen».

²⁷¹ «Diferente espontaneidad en la formación del conocimiento, que es máxima en el testimonio técnico y reducida al mínimo en el desempeño de la tarea del perito» (traducción propia).

²⁷² En términos similares, a modo de resumen de las diferencias entre testigo técnico y perito, puede consultarse VIANELLO, E., *Consulenza tecnica d'ufficio*, ed. Utet Giuridica, Milán, 2015, p. 5.

²⁷³ MIUCCI, C., *La Testimonianza tecnica nel processo penale, op. cit.*, p. 113. En el mismo sentido, también Miucci se refiere a un caso resuelto por la Corte de Apelaciones de L'Aquila (Corte app. L'Aquila, 8 aprile 1992) en el que el tribunal habría observado que el médico que declaró como testigo técnico habría «goduto di una prospettiva di osservazione privilegiata». *Ibid.*, p. 117.

²⁷⁴ La disposición tendría su precedente en el Código de Procedimiento Penal italiano de 1930, concretamente, en su artículo 349.

²⁷⁵ «El testigo es examinado sobre hechos determinados. No puede declarar sobre los rumores corrientes en el público ni expresar juicios personales, salvo que sea imposible separarlos de la declaración sobre los hechos» (traducción propia).

Es decir, el precepto principia recalcando la asunción de que el único objeto de la prueba testifical son los hechos y, en consecuencia, prohíbe al testigo, por lo que ahora importa, realizar apreciaciones personales («*apprezamenti personali*»). Sin embargo, como también se adelantó, esta disposición recoge, a su vez, una excepción a la citada prohibición –en definitiva, una excepción a la regla de exclusión– para el supuesto de que resultara imposible separar dichas apreciaciones personales del testimonio sobre los hechos («*salvo che sia impossibile scinderli dalla deposizione sui fatti*»).

Es precisamente en esta excepción del artículo 194, apartado tercero, del Código de Procedimiento Penal italiano, en la denominada «*clausola di salvezza*», donde se viene a alojar el testimonio técnico en Italia, con arreglo a la doctrina jurisprudencial penal italiana iniciada ya bajo la vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1930 y que viene declarando, como lugar común, que la prohibición de realizar «*apreciaciones personales*» no opera si el testigo es una persona que cuenta con cierta preparación o experiencia profesional especializada y es preguntado acerca de sus percepciones sobre los hechos que han caído bajo su percepción sensorial; en tal caso, se insiste, sus «*apreciaciones personales*» se tornan inseparables de esos mismos hechos, lo que justifica su admisión. De esta manera, el citado apartado tercero del artículo 194 sería en Italia el único indicio normativo para el ingreso del testimonio técnico en el sistema procesal italiano²⁷⁶ aplicándose la doctrina jurisprudencial indicada en la interpretación de dicho precepto en el ámbito de la jurisdicción civil²⁷⁷.

En efecto, la Corte Suprema de Casación (*Sezione penale*) ha acudido repetidamente a la misma o similar fórmula ya referida. Así, por ejemplo, en relación con la posibilidad de que un inspector de la policía de tráfico declarase como testigo acerca del color original de la carrocería de un automóvil robado, la Corte señalaba, mediante Sentencia n. 2322 de 2 de marzo de 1996, Sección II ²⁷⁸, lo siguiente:

«Il tema di prova testimoniale, il divieto di esprimere apprezzamenti personali, posto dall'art. 194 c.p.p., non vale qualora il testimone sia una persona particolarmente qualificata per speciale preparazione professionale, che sia interrogata su fatti caduti sotto la sua percezione

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 77.

²⁷⁷ VIANELLO, E., *Consulenza tecnica d'ufficio*, *op. cit.*, p. 10.

²⁷⁸ Los extractos de las resoluciones referidas y transcritos han sido obtenidos de la web <https://www.avvocato.it/codice-di-procedura-penale-libro-terzo-titolo-ii-capo-i-art194>

sensoriale ed inerenti alla sua abituale e particolare attività, giacché in tal caso l'apprezzamento diventa inscindibile dal fatto»²⁷⁹.

Doctrina jurisprudencial que ha sido reiterada en diversas ocasiones, insistiendo en que la prohibición que impide al testigo formular apreciaciones personales no sería de aplicación cuando estamos ante «il testimone sia una persona particolarmente qualificata per speciale preparazione che sia interrogata sui fatti caduti sotto la sua percezione sensoriale ed inerenti alla sua abituale e particolare attività, giacché in tal caso l'apprezzamento diventa inscindibile dal fatto»²⁸⁰ (Sentencia n. 38221 de 7 de octubre de 2008, Sección III)²⁸¹.

Cabe entonces decir que en Italia el testimonio técnico se contempla no solamente sirviéndose de la misma *inscindibilità* que permite que el testigo ordinario pueda «esprimere apprezzamenti personali», sino que esta excepción opera directamente en el caso del testimonio técnico. Dicho de otra manera, la *inscindibilità* entre la «deposizione sui fatti» y el «apprezzamenti personali» se presume cuando se trata de personas particularmente calificadas por una preparación especial que son interrogadas sobre los hechos percibidos mediante sus sentidos y que están relacionados con la actividad habitual de aquellas. Y esto apunta, como ya se anticipó, a un argumento circular, a una noción de testimonio técnico que se agota en una tautología como –ya lo advertimos– ha observado MIUCCI²⁸².

Podríamos entonces ya con lo expuesto hasta el momento concluir, al menos de forma preliminar, que la presunción de la concurrencia del criterio normativo de la

²⁷⁹ «El tema de la prueba testimonial, el prohibido de emitir juicios personales, establecido por el art. 194 del Código de Procedimiento Penal, no se aplica cuando el testigo es una persona particularmente cualificada por su preparación profesional especial, que es interrogada sobre hechos que caen bajo su percepción sensorial y relacionados con su actividad habitual y específica, ya que en este caso el juicio se vuelve inseparable del hecho» (traducción propia).

²⁸⁰ «El testigo es una persona particularmente cualificada por una preparación especial, que es interrogada sobre los hechos percibidos mediante sus sentidos y relacionados con su actividad habitual y particular, ya que, en tal caso, la valoración se vuelve inseparable del hecho» (traducción propia).

²⁸¹ También Fornaciari proporciona algunas resoluciones judiciales en el mismo sentido: Corte Suprema de Casación. Sentencia n.º 42634, de 29 de septiembre a 3 de noviembre de 2004 y Corte Suprema de Casación. Sentencia n.º 1247, de 21 diciembre de 1998 a 30 de enero de 1999. FORNACIARI, M., «A proposito di prova testimoniale “valutativa”», *Rivista di Diritto Processuale*, 2013, pp. 1004 a 1020, pp. 1004 y ss.

²⁸² Concretamente, la citada autora concluye que estaríamos ante «un'affermazione di principio che risulta tautologica: al testimone tecnico è consentito esprimere apprezzamenti personali se è persona qualificata in relazione ai fatti caduti sotto la sua percezione; proprio questa sua percezione qualificata rende ineludibile l'enunciazione di apprezzamenti». MIUCCI, C., *La Testimonianza tecnica nel processo penale*, op. cit., p. 77.

inscindibilità en el caso del testimonio técnico en Italia obedece a aquella necesidad racional que en el Derecho angloamericano justificaba la admisión de las opiniones de los testigos comunes y, en definitiva, que la noción italiana de testimonio técnico está claramente alineada entonces con la noción primigenia del testigo-perito, con arreglo a la cual la experiencia especializada que es condición necesaria para poder percibir unos hechos²⁸³, se traslada y traduce al llegar el momento declarativo, en juicios de naturaleza técnica o especializada que se presumen también ineludibles para poder dar cuenta de esa percepción²⁸⁴. Y en efecto, una hipótesis como la anterior, encontraría confirmación en algunas de las interpretaciones que la doctrina y jurisprudencia italiana ha propuesto para la exégesis de la expresión «*apprezzamenti personali*», locución, evidentemente, clave para determinar la naturaleza y alcance de los juicios que, de tal forma ineludible, ofrecería por definición un testigo técnico. Así, siguiendo una vez más a MIUCCI²⁸⁵, desde la aprobación del vigente Código de Procedimiento Penal en Italia se habrían sucedido distintos intentos de definir dicha locución. Nos interesa ahora dar cuenta de una de las fórmulas ensayadas según señala la citada autora²⁸⁶, en la medida en que poniendo el foco en la función que el juicio desempeña en la declaración, se significan como propios del testigo técnico, aquellos juicios apenas conscientes y que serían imprescindibles para la adecuada descripción del hecho percibido. En sus palabras:

«Ciò che diventa dirimente, allora, è capire la funzione svolta dal «giudizio» all'interno del racconto testimoniale: se esso non si manifesta come rielaborazione inevitabile e inconsapevole dell'esperienza del fatto e assurge a scopo precipuo della dichiarazione testimoniale, allora si ricade nel divieto probatorio di cui all'art. 194 c. 3 c.p.p. Divieto sanzionato con l'inutilizzabilità della testimonianza, perché il testimone volontariamente

²⁸³ En similares términos, Ferraris, para quien «Il filtro delle conoscenze esperte deve assurgere, quindi, a vera e propria *condicio sine qua non*, in assenza de chatl quale il fatto non potrebbe essere adeguatamente compreso». FERRARIS, F., «La Testimonianza Tecnica», *op. cit.*, p. 1240.

²⁸⁴ Por ello, de nuevo Miucci llega a sostener que «l'inscindibilità dell'apprezzamento dal mero fatto sussiste ontologicamente sin dalle prime battute di formazione della testimonianza». Por eso, porque no cabe sino advertir que solamente cuando el testigo haya depuesto, puede el juzgador valorar si concurre efectivamente o no la consabida «inscindibilità», Miucci cree que, en realidad, la misma es «destinata ad essere svelata via via nelle varie fasi del procedimento probatorio». MIUCCI, C., *La Testimonianza tecnica nel processo penale*, *op. cit.*, p. 114.

²⁸⁵ Aunque también confiesa Miucci que en muchos casos más que definir, la doctrina habría propuesto locuciones teóricamente sinónimas como «valoraciones» y «opiniones», con lo que en realidad nada se aclara. *Ibid.*, pp. 77 a 86. Y también observa que del análisis de las resoluciones judiciales que se han referido al instituto —no abundantes, en cualquier caso— se concluye una tendencia al uso de fórmulas estándar y simplificadoras para explicar lo que sea «*apprezzamenti personali*». *Ibid.*, p. 193.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 195.

offre al giudice una sua deduzione che svilisce ad indebita intrusione nella sfera di competenza esclusiva dell'organo giudicante. Se invece tale giudizio è sì espresso nel corso della narrazione, ma solo come strumento utile, se non indispensabile, per la rappresentazione del fatto, allora esso diventa inscindibile dal racconto fattuale»²⁸⁷.

Lo que, se reitera, retorna al género de opiniones también típicamente admisibles de tratarse de un testigo ordinario o, cuando menos, al género que preferiría la regla de exclusión: una opinión apenas consciente que sería ya no conveniente, sino necesaria o inevitable para sintetizar lo que el sujeto en cuestión ha observado, en un concepto que vendría a recoger su percepción de los hechos de la forma más acabada posible según su experiencia. Por lo mismo, se ha escrito²⁸⁸ y declarado²⁸⁹ que de la *testimonianza tecnica* quedarían en todo caso excluidas las relaciones de causalidad:

«[...] che l'affermazione dell'esistenza di un nesso causale tra due fenomeni costituisce sempre il frutto di un'attività di giudizio e valutazione e non già di semplice percezione di un fatto concreto, ne discende che la prova testimoniale non potrebbe mai avere ad oggetto l'affermazione o la negazione dell'esistenza del nesso di causalità tra una condotta ed un fatto illecito, ma può solo limitarsi a descrivere i fatti obiettivi, restando poi riservato al giudice stabilire se quei fatti possano essere stati la causa del danno. Ciò perché l'affermazione della sussistenza di un nesso causale, che consiste nel collegamento tra due eventi (o fatti o stati di fatto) mediante una valutazione di idoneità configurata in astratto e poi riscontrata in concreto del primo a determinare il secondo, integrerebbe sempre e comunque un giudizio in senso tecnico, in risposta ad un'attività logica o inferenziale di applicazione di regole di esperienza in base alle quali affermare o negare il nesso stesso»²⁹⁰.

²⁸⁷ «Lo que se vuelve determinante, entonces, es entender la función desempeñada por el “juicio” dentro del relato testimonial: si no se manifiesta como una reelaboración inevitable e inconsciente de la experiencia del hecho y se convierte en el objetivo principal de la declaración testimonial, entonces se incurre en la prohibición probatoria establecida en el artículo 194, párrafo 3, del Código de Procedimiento Penal. Prohibición sancionada con la inutilización del testimonio, porque el testigo ofrece voluntariamente al juez una deducción que degrada la prueba a una indebida intrusión en la esfera de competencia exclusiva del órgano judicial. Si, en cambio, dicho juicio se expresa durante la narración, pero solo como una herramienta útil, si no indispensable, para la representación del hecho, entonces se vuelve inseparable del relato fáctico» (traducción propia).

²⁸⁸ VIANELLO, E., *Consulenza tecnica d'ufficio*, op. cit., p. 8.

²⁸⁹ Cfr. Corte Suprema de Casación. Sentencia n.º 13693, de 31 de julio de 2012.

²⁹⁰ «[...] dado que la afirmación de la existencia de una relación causal entre dos fenómenos es siempre el resultado de una actividad de juicio y evaluación y no de una simple percepción de un hecho concreto, se concluye que la prueba testimonial nunca podría tener como objeto la afirmación o negación de la existencia de un vínculo causal entre una conducta y un hecho ilícito. En cambio, se limitaría a describir los hechos objetivos, quedando luego reservado al juez el determinar si esos hechos pudieron haber sido la causa del

En la misma línea, si ahora estamos a las reflexiones de FERRARIS²⁹¹, existiría en Italia otra corriente doctrinal acerca del tipo de juicios admisibles en un testigo técnico, que tendría por precursor a FRANCHI, y con arreglo a la cual el testigo técnico se diferenciaría del testigo ordinario porque proporcionaría siempre una síntesis de lo que ha percibido, es decir, formularía siempre un juicio sintético, que solamente sería posible gracias a su «experiencia organizada intelectualmente», distinción con la que se vendría a remarcar fundamentalmente un diferente valor de la declaración frente al testimonio común, por cuanto que esa síntesis se equipara ya a la completitud de la observación²⁹².

En similares términos, es posible hallar resoluciones judiciales que entienden por apreciaciones personales inescindibles del hecho percibido aquellos «*apprezzamenti di assoluta immediatezza, praticamente inscindibile dalla percezione dello stesso fatto storico, essi possono concorrere al convincimento del giudice*»²⁹³, todo lo cual apunta, una vez más, a un tipo de juicios limitados, teóricamente circunscritos al hecho percibido y que serían también los propios del perito cuando a este se le encomiendan por el juez las tareas primera y segunda previstas en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal italiano a las que nos hemos referido antes y en las que la actividad perceptiva sería

daño. Esto se debe a que la afirmación de la existencia de un vínculo causal, que consiste en la conexión entre dos eventos (o hechos o estados de hecho) mediante una evaluación de idoneidad configurada en abstracto y luego verificada en concreto, donde el primero determina el segundo, siempre constituiría un juicio técnico, en respuesta a una actividad lógica o inferencial basada en reglas de experiencia que sirven para afirmar o negar el vínculo causal en cuestión» (traducción propia).

²⁹¹ FERRARIS, F., «La Testimonianza Tecnica», *op. cit.*, p. 1239.

²⁹² Cfr. FRANCHI, G., *La perizia civile*, *op. cit.*, 1959, p. 54: «Il fatto storico può essere rappresentato sia in virtù dell'esperienza che il dichiarante ha, come qualsiasi altra persona, sia in virtù di una specifica esperienza organizzata che consente a qualcuno di fare una dichiarazione di cui altri non sarebbero capaci. Sia la dichiarazione secondo la quale una persona è (o era) in determinate condizioni fisiche, sia quella secondo la quale la stessa ha una determinata malattia, corrispondente ai sintomi costituiti dalle predette condizioni fisiche, sono relative al medesimo oggetto, ma nella prima l'asserzione è analitica, nel secondo sintetica. Il passaggio dall'analisi alla sintesi è reso possibile da un'esperienza organizzata, nella specie diagnostica. Non è detto però, ed è anzi raro che la prima dichiarazione, ai fini del convincimento del giudice, equivalga alla seconda; cioè porti alla decisione un contributo intellettuale pari a quest'ultima. Per chi non abbia un'esperienza organizzata, non è facile cogliere tutti i sintomi relativi alla malattia o, lo stesso, avvertire che determinati elementi del fatto hanno un valore sintomatico, appunto perché egli non ha possibilità di controllarne i fatti alla stregua di un tipo, cioè verificare la completezza della sua osservazione. L'osservazione completa può essere fatta solo da chi abbia la possibilità di operare la sintesi».

²⁹³ La referencia se ha obtenido de FERRARIS, F., «La Testimonianza Tecnica», *op. cit.*, p. 1236.

teóricamente prevalente frente a la valorativa²⁹⁴, y a los que FERRARIS²⁹⁵ se refiere concluyendo que bajo esta noción el «testimone “técnico” è richiesto –solamente– di esporre il fatto percepito, valendosi della propria competenza sia nella comprensione che nella narrazione dello stesso, ma non anche di spingersi “troppo oltre”, ad esempio nella valutazione delle cause o nella formulazione di prognosi o ipotesi di sviluppo»²⁹⁶.

Y aún hay más. Existe otro dato que permite arribar a la misma conclusión y que tiene que ver con el tipo de capacidad cognitiva con la que la jurisprudencia italiana se ha referido al testigo técnico, expresada bajo la fórmula «speciale preparazione inerente alla sua abituale e particolare attività». Quiere con ello decirse que el testigo técnico cuenta con una competencia o capacidad de índole no teórica, sino práctica, derivada de una determinada experiencia profesional o del desarrollo de una actividad cotidiana que con el paso del tiempo y gracias a la observación reiterada de casos, termina proporcionando una experiencia, un saber-hacer y, por lo que ahora importa, un saber-ver no común; se trataría entonces de lo que la doctrina italiana ha llamado una «competenza altrimenti specializzata»²⁹⁷ y que, se reitera, nos parece que conviene subrayar en la medida en que busca un distanciamiento con la fórmula positiva empleada en Italia para justificar la intervención de un perito (aun en sus tres posibles tareas), es decir, la «specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche»²⁹⁸.

En definitiva, que con todo lo hasta aquí expuesto pudiera parecer que en Italia estaríamos ante una noción de testigo-perito adscribible a la que hemos venido aquí a llamar primigenia.

Y, sin embargo, es lo cierto que la otra noción de la figura, la que en definitiva asume que estos testigos también pueden ofrecer un testimonio pericial, también se haría

²⁹⁴ Y viceversa, así Pugliatti escribía que «en relación a la constatación (eventual) de específicos datos de hecho, el consultor técnico puede ser comparado al testigo», por lo que «se le atribuye en tal zona, la función de testigo cualificado». PUGLIATTI, S., *Conoscenza e Diritto*, ed. Giuffrè, Milán, 1961, p. 115. Lo que, ya se ha dicho, determinaría que al menos en esta función de la pericia no hubiera ninguna diferencia entre el testigo técnico y el perito, exceptuando las que marcarían las normas jurídico-procesales que sean de aplicación, entre ellas —también está dicho— el encargo judicial como la más significativa.

²⁹⁵ FERRARIS, F., «La Testimonianza Tecnica», *op. cit.*, p. 1237.

²⁹⁶ «Al testigo técnico se le exige únicamente exponer el hecho percibido, recurriendo a su competencia tanto en la comprensión como en la narración del mismo, pero no ir “demasiado lejos”, por ejemplo, en la evaluación de las causas o en la formulación de pronósticos o hipótesis de desarrollo» (traducción propia).

²⁹⁷ Miucci es particularmente clara a este respecto, al señalar que la «competenza altrimenti specializzata, alimentata dalla osservazione di un'infinità di casi nel loro verificarsi regolare, è quella più spesso valorizzata dalla giurisprudenza italiana in materia di testimone tecnico». MIUCCI, C., *La Testimonianza tecnica nel processo penale*, *op. cit.*, p. 47.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 108.

visible en Italia, al menos según recientes elaboraciones de la doctrina italiana, que acuden para ello a la equiparación semántica entre la locución «*apprezzamenti personali*» y «*giudizi di valore*». De nuevo, así lo resume MIUCCI²⁹⁹, quien no compartiría esta orientación³⁰⁰:

«Anzi, recenti elaborazioni identificano proprio gli apprezzamenti personali nei giudizi di valore, predicandone l'inammissibilità nella testimonianza comune e considerando, invece, quasi scontata la loro ammissibilità in quella tecnica: questa conclusione non pare tuttavia condivisibile»³⁰¹.

Al respecto, puede resultar paradójico constatar que el mismo DENTI le atribuyera tal significado a la referida expresión del artículo 194, apartado 3, del Código de Procedimiento Penal italiano. Concretamente, aquel señalaba que la citada disposición lo que venía a prohibirle al testigo no era (porque tal cosa no sería lógica) la narración de los hechos en un lenguaje inferencial, sino que el testigo adoptara una posición frente a los mismos. Tal cosa –advertía el profesor de Pavía– no sería posible en el testimonio, salvo que la valoración fuera inescindible de la narración del hecho lo que, escribía, sucede cuando la declaración versa sobre hechos que son adecuados para calificar la personalidad del imputado³⁰². Decíamos que podían resultar paradójicas estas consideraciones de DENTI porque a este le servían para, precisamente, sostener que la justificación del testimonio técnico no podía por tanto alojarse positivamente en la prohibición del citado artículo 194, dado que al testigo técnico también le estarían vedados los juicios de valor.

Y sin embargo, emparentar la locución «*apprezzamenti personali*» con los juicios de valor y, tras ello, con el tipo de juicios típicos de un perito, vale decir, genuino, sería coherente con el hecho de que no pocos procesalistas se han servido de los juicios de valor para referirse a los juicios característicos del testimonio que ofrecería un perito (ya

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 86.

³⁰⁰ Precisamente, la inutilidad del binomio «juicio de hecho» - «juicio de valor» para entender el significado de la enigmática locución «*apprezzamenti personali*» en relación con el testimonio técnico justifica que Miucci crea necesario superar la tradicional dicotomía para introducir un *tertium genus*, el «juicio técnico», lo que le lleva a defender la «*possibile ridefinizione degli apprezzamenti personali come "giudizi tecnici"*».

³⁰¹ «Es más, elaboraciones recientes identifican precisamente las valoraciones personales como juicios de valor, declarando su inadmisibilidad en el testimonio común y considerando, en cambio, casi obvia su admisibilidad en el técnico: sin embargo, esta conclusión no parece compartible» (traducción propia).

³⁰² DENTI, V., «*Testimonianza Tecnica*», *op. cit.*, p. 13.

se han transcrito aquí las reflexiones en este mismo sentido de DEVIS ECHANDÍA y SCARDACCIONE), justamente para diferenciarlo del testimonio del testigo (ordinario).

4.3. El testigo técnico en Colombia

Retornamos ahora y ahondamos en la disposición ya transcrita colombiana, es decir, en el artículo 220 del Código General (civil) de Proceso de Colombia (Ley 1564 de 2012), acudiendo para su exégesis a la doctrina científica y a algunas resoluciones judiciales de interés. Pero antes, hagamos algunos apuntes sobre el contexto normativo. Digamos al menos que con arreglo al citado código se regula en Colombia, de un lado, la prueba testifical (denominada «Declaración de Terceros») en los artículos 208 a 225. En lógico correlato, en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) también se contempla y regula la prueba de testigos (artículos 383 a 404), remarcando el artículo 402 que «el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiera tenido la ocasión de observar o percibir».

Obviamente, como medio de prueba distinto, se contempla también en el citado Código procesal civil la denominada «Prueba pericial» (artículos 226 a 235), que actualmente permite y distingue varias modalidades para su aportación, siendo la prevalente la aportación del dictamen de peritos por las partes (artículo 227). Conviene señalar que no sucedía así, sin embargo, bajo la vigencia del Código anterior (Decreto 1400 de 1970), pues con arreglo a los artículos 233 y siguientes el perito o peritos debían ser siempre designados por el juez, de oficio o a instancia de parte. Y lo mismo ocurría en el ámbito de la jurisdicción penal, bajo la vigencia del Código de procedimiento penal anterior al vigente del año 2004³⁰³, circunstancia (el encargo) que servía de claro criterio diferenciador entre perito y testigo³⁰⁴.

³⁰³ También el Código de Procedimiento Penal del año 2004 adopta como regla general la modalidad de pericial de parte. Cfr. SANABRIA VILLAMIZAR, R. J., «Análisis de los medios de prueba testimonial y pericial en el Código General del Proceso: un estudio desde la experiencia procesal penal», *Estudios de Derecho*, vol. 72, n.º 160, 2015, pp. 19 a 50.

³⁰⁴ «El perito se pone procesalmente en contacto con los hechos o cuestiones objeto de su dictamen, mediante un encargo específico del juez, y normalmente (al menos en nuestros procesos civiles, laborales, penales, etc.) debe tomar posesión del cargo antes de adelantar sus estudios especiales (aun cuando haya hecho estudios generales sobre la materia, lo que es normal, porque se trata precisamente de un experto), es decir, que no presta el servicio al proceso en virtud de una relación histórica previa con el hecho». DEVIS ECHANDÍA, H., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, op. cit., pp. 566 y 567.

En el vigente Código procesal penal colombiano, a la vez que se abandona el modelo único de prueba pericial de designación judicial, ya no se contempla una disposición análoga a la examinada del artículo 220 del Código General (civil) de Proceso de Colombia, como sí sucedía en el anterior (Ley 600 de 2000); es decir, ya no se contempla la figura del testigo técnico, si bien en la jurisdicción penal los Juzgados y Tribunales de Colombia han solventado esta ausencia cuando ha sido necesario en virtud del principio de integración acudiendo a la referida disposición del Código de Procedimiento Civil. También, nos parece conveniente destacar que la Ley 906 de 2004 está fuertemente inspirada en las FRE estadounidenses y en la jurisprudencia que conforma la conocida «trilogía Daubert»³⁰⁵, lo que ha supuesto importantes modificaciones en la regulación a la prueba pericial colombiana en el ámbito de la jurisdicción penal, tanto en lo relativo al tratamiento de su admisibilidad, a la denominada «base de la opinión pericial» (artículos 415 y siguientes), a la práctica de la prueba (en el artículo 417 se recogen incluso las llamadas «instrucciones para interrogar al perito») y a su valoración. Lo anterior, como decíamos, nos parece importante fundamentalmente porque tales reformas legislativas se producen precisamente para introducir un cambio de paradigma en relación con el razonamiento probatorio judicial respecto de la prueba pericial o, dicho de otro modo, «bajo el entendido de que los jueces no deben aceptar de forma irreflexiva lo que expresan los peritos, a partir de la simple autoridad de quien emite la opinión»³⁰⁶. Además, sucede que al hilo de las citadas reformas se ha llegado a registrar una particular catalogación de cuño jurisprudencial, de la mano de algunas resoluciones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, que diferencia entre, por un lado, el perito, de otro, el testigo-perito y, finalmente, el testigo técnico.

Lógicamente, trataremos de esta clasificación ahora, pero antes, traemos aquí nuevamente el referido artículo 220 del Código General (civil) de Proceso de Colombia, ubicado entre las disposiciones que regulan la práctica del interrogatorio de testigos, y que en lo que ahora importa establece:

³⁰⁵ RUIZ JARAMILLO, L. B., «La prueba pericial y su valoración en el proceso penal colombiano, hacia un régimen procesal holístico», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 45, n.º 123, 2015, pp. 481 a 511, p. 485.

³⁰⁶ Cfr. CSJ SP 2709-2018, de 11 de julio de 2018, rad. 50637, con cita, entre otras, de la CSJ SP 1786-2018, de 23 de mayo de 2018, rad. 42631 en relación con las teorías y leyes científicas y su relación con los enunciados de probabilidad.

«Artículo 220. Formalidades del interrogatorio. Los testigos no podrán escuchar las declaraciones de quienes les precedan. [...] El juez rechazará las preguntas inconducentes, las manifiestamente impertinentes y las superfluas por ser repetición de una ya respondida, a menos que sean útiles para precisar la razón del conocimiento del testigo sobre el hecho. Rechazará también las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, excepto cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia»³⁰⁷.

En esta norma, por tanto, se contiene un mandato al juez para que rechace aquellas preguntas que se dirijan a un testigo común u ordinario, cuando tales preguntas le puedan provocar «conceptos». Esta sería la regla; en definitiva, la que nos parece que podría ser una fórmula legal para consagrar la regla de exclusión. Empero, la disposición prosigue matizando que el juzgador no debe rechazar –luego, debe admitir– las preguntas que tiendan a provocar al testigo «conceptos» cuando estos resulten «necesarios para aclarar o precisar sus percepciones». Ya dijimos que la anterior, que sería la primera excepción a la citada regla, podría estar reconociendo la necesidad de que el testigo común acuda en su declaración a aquel tipo de juicios, espontáneos en apariencia, sobre sus percepciones que formando parte de una experiencia ordinaria parezcan lógicas para describirlas, en línea con las originarias excepciones del Derecho angloamericano a la regla de exclusión aplicables a un testigo ordinario.

Ahora bien, existe otra excepción a la regla (la segunda excepción entonces) para el caso de que el testigo sea «una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia». Es decir, si continuamos con la exégesis de la disposición podría sostenerse que cuando el testigo ya no común, sino

³⁰⁷ En su integridad, el artículo 220, que lleva por rúbrica «Formalidades del interrogatorio», establece: «Los testigos no podrán escuchar las declaraciones de quienes les precedan. Presente e identificado el testigo con documento idóneo a juicio del juez, este le exigirá juramento de decir lo que conozca o le conste sobre los hechos que se le pregunten y de que tenga conocimiento, previniéndole sobre la responsabilidad penal por el falso testimonio. A los menores de edad no se les recibirá juramento, pero el juez los exhortará a decir la verdad. El juez rechazará las preguntas inconducentes, las manifiestamente impertinentes y las superfluas por ser repetición de una ya respondida, a menos que sean útiles para precisar la razón del conocimiento del testigo sobre el hecho. Rechazará también las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, excepto cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia. Las partes podrán objetar preguntas por las mismas causas de exclusión a que se refiere el inciso precedente, y cuando fueren sugestivas. En este evento, el objetante se limitará a indicar la causal y el juez resolverá de plano y sin necesidad de motivar, mediante decisión no susceptible de recurso. Cuando la pregunta insinúe la respuesta deberá ser rechazada, sin perjuicio de que, una vez realizado el interrogatorio, el juez la formule eliminando la insinuación, si la considera necesaria».

técnico, en la medida en que posee «conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia», el juez ha de admitir aquellas preguntas que le provoquen «conceptos» aunque estos –y esto sería lo relevante– a diferencia del tratamiento que se sigue para el testigo ordinario, ya no sean «necesarios para precisar o aclarar su percepción». La anterior podría ser la interpretación de DEVIS ECHANDÍA³⁰⁸ en relación con el entonces vigente artículo 227 del Código de Procedimiento Civil, cuando escribía:

«Estos testigos exponen principalmente conceptos personales, basados en deducciones sobre lo percibido, que son el resultado de sus especiales conocimientos sobre la materia. Debido al error de creer que los testigos no pueden emitir conceptos, ha tenido dificultades la aceptación de esta clase de testimonios: pero actualmente los admite la doctrina y el inciso final del artículo 227 del C. de P.C. colombiano los acepta, cuando dice que son admisibles las preguntas que tiendan a “*provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones [...] cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia*”».

Y también, y de forma mucho más clara, parece ser la interpretación defendida por PARRA QUIJANO³⁰⁹ que siguiendo a CARNELUTTI retorna a la distinción entre hechos percibidos y hechos deducidos. En sus palabras:

«La norma del Código de Procedimiento Civil exegéticamente puede ser explicada así: al decir que “el juez rechazará las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante, que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, excepto...” está dando a entender, con la expresión “excepto” que al testigo técnico se le pueden hacer preguntas no sólo para aclarar sus percepciones sino también para que haga deducciones técnicas y para que las explique, sobre lo que ha percibido; esa persona que hace las deducciones debe ser idónea, por conocer (saber) la técnica, la ciencia o el arte sobre el cual conceptúa. Lo anterior es válido también para lo reglado en el Código de Procedimiento penal».

La misma conclusión parece haber alcanzado la jurisprudencia colombiana con relación a la interpretación del citado precepto. Así, en la Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Unitaria Civil-Familia, de 21 de febrero de 2023 (M.P. D. Jaime Alberto Saraza Naranjo) se confirma que en el citado artículo 220 quedó incluido el testimonio técnico, añadiendo que el mismo ha sido entendido por la doctrina como

³⁰⁸ DEVIS ECHANDÍA, H., *Compendio de la Prueba Judicial*, op. cit., p. 9.

³⁰⁹ PARRA QUIJANO, J., *Manual de Derecho probatorio*, op. cit., p. 290.

«aquel que rinde quien, además de haber percibido los hechos, tiene conocimientos técnicos, científicos o artísticos que le permiten emitir juicios de valor sobre ellos». Y proporciona algunos ejemplos seguidamente: el médico que trata al paciente, el ingeniero que interviene en la construcción o el contador que lleva la contabilidad de una empresa vinculada al proceso.

Así pues, podríamos ultimar que, en Colombia, la referencia positiva al testigo técnico se articula mediante una excepción a la regla de exclusión que ha sido tenida por distinta a la que operaría para los testigos comunes, con lo que bajo esta exégesis la norma colombiana se estaría claramente alejando de la noción primigenia de la figura.

En este mismo sentido, la resolución (auto) de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal de 22 de abril de 2021, AP2020-2015, rad.45711 (MP. Eugenio Fernández Carlier), al tratar de las diferencias entre un testigo técnico y un testigo común confirma claramente la posibilidad de otorgar un distinto tratamiento a uno y otro tipo de testigos en atención al tipo de juicios que pueden proporcionar. Así, se ha declarado que al testigo técnico le estaría permitido realizar «apreciaciones o impresiones personales»³¹⁰ habiéndose observado, en sentido parecido, que «el testigo técnico, por sus especiales conocimientos, puede ser interrogado, además de sus percepciones, sobre la valoración que tenga sobre ellas»³¹¹. De otro lado, se ha definido al testigo técnico como «un individuo con una particular cualificación académica, profesional o científica, en razón de la cual se hace plausible que la evocación de los hechos percibidos se vea enriquecida o complementada por las opiniones o apreciaciones que, precisamente en virtud de esa especial condición, pueda haberse formado el deponente»³¹² o como «aquella persona que, además de haber presenciado los hechos, posee especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre ellos (art. 227 C.P.C., inc. 3º; y art. 220 inc. 3º C.G.P.), cuyos

³¹⁰ Concretamente, se lee: «No obstante, el testigo experto se diferencia del común en cuanto, aunque ambos declaran sobre los hechos aprehendidos por los propios sentidos, el primero cuenta con cierta experticia en una determinada ciencia, técnica o arte de la que el segundo carece. *Esa distinción fáctica entre uno y otro permite dispensarles un tratamiento jurídico diferenciado, de modo que mientras al testigo común le está vedado exponer apreciaciones o impresiones personales en el curso de su deposición, al testigo experto le está permitido, siempre que aquellas, formadas como consecuencia de sus condiciones profesionales o académicas, se relacionen con los hechos objeto del testimonio y contribuyan a mejorar su ilustración*» (la cursiva es nuestra).

³¹¹ CSJ STC 14026-2022 de 20 de octubre de 2022, rad. 11001-02-03-000-2022-03432-00.

³¹² CSJ AP 2020-2015 de 22 de abril de 2015, rad. 45711.

conceptos y juicios de valor limitados al área de su saber aportan al proceso información calificada y valiosa sobre la ocurrencia de los hechos concretos que se debaten»³¹³

Llama así la atención que, a diferencia de lo que hemos advertido en Alemania, pero también en Italia, en Colombia no se acuda ya a la necesidad para justificar el tipo de juicios admisibles tratándose de un testigo técnico, ni se contemple ninguna distinción en cuanto a los tipos de saberes predicables de este testigo y de un perito ni, en definitiva, se cuestione ya, por norma, que los testigos técnicos pueden ofrecer juicios que se refieran directamente a relaciones de causalidad³¹⁴. De hecho, se ha dicho que lo único que diferenciaría el alcance de la declaración de aquellos de la que sería propia de un perito, sería que a los testigos técnicos les estarían vedado «extender su testimonio a aspectos propios de una ciencia, técnica o arte ajenos al objeto puntual del debate»³¹⁵. De este modo, sin embargo, nos parece que las posibles diferencias en el alcance de los testimonios devienen aun si cabe más irrelevantes y su eventual virtualidad práctica se anula, pues este tipo de juicios acerca de cuestiones especializadas, pero no relacionadas con el «objeto del debate», no tendrían en realidad cabida, ni en la declaración de un testigo técnico ni en la de un perito, por carecer de relevancia y ser inútiles.

Ahora bien, volviendo al artículo 220 del Código Procesal Civil colombiano, nos parece que la disposición permite, sin embargo, otra interpretación, siempre que asumamos como implícita la noción primigenia del testimonio técnico, según la cual este tiene lugar cuando la narración de los hechos que se refieren al objeto de prueba implica necesariamente el recurso a una experiencia específica del declarante³¹⁶. Es decir, cuando

³¹³ CSJ SC 9193-2017, de 28 de junio de 2017, rad. 11001-31-03-039-2011-00108-01.

³¹⁴ Precisamente, en relación con esta cuestión se pronunció la Corte Suprema de Justicia de Colombia (Sala de Casación Penal) mediante SP 196/2021, de 3 de febrero de 2021, rad. 48768, de la que fue magistrado ponente D. José Francisco Acuña Vizcaya, en relación con la procedencia de la declaración de un «policia de tránsito», que aun cuando no habría sido citado como testigo técnico, declaró sobre la causa de un accidente por invasión del carril contrario. Ahora bien, también debe tenerse muy en cuenta al respecto que el Código Nacional de Tránsito Terrestre colombiano (Ley 769 de 2002), en su artículo 146, establece precisamente que dichas autoridades «podrán emitir conceptos técnicos sobre la responsabilidad en el choque y la cuantía de los daños».

³¹⁵ Así se explica al menos en el Auto interlocutorio dictado por la Sala de Casación Penal (AP2020-2015) de 22 de abril de 2015, siendo magistrado ponente D. Eugenio Fernández Carlier, quien ilustra esta explicación con el siguiente ejemplo: «A modo de ejemplo, podría el médico que presencié una agresión física contra una persona sostener en juicio que, en su criterio, la magnitud de la embestida sería suficiente para causar la muerte al ofendido —para acreditar el aspecto subjetivo del delito de tentativa de homicidio—, pero escaparía al ámbito de su declaración cualquier opinión dirigida a ilustrar sobre situaciones médicas generales no relacionadas con ese caso concreto».

³¹⁶ Volvemos a citar a Denti, que diría que esta que se acaba de señalar sería, al menos en Italia, la «nozione comunemente accettata». DENTI, V., «Testimonianza Tecnica», *op. cit.*, p. 9.

se presume que el testigo-técnico es aquel que gracias a sus conocimientos especializados sobre esos hechos los ha podido percibir «en toda su dimensión»³¹⁷, entonces los «conceptos» que este ofrece serían, precisamente y no más, que los necesarios para aclarar o precisar sus percepciones. No obstante, aunque creemos que esta es una interpretación desde luego posible, no la hemos encontrado ya advertida o secundada, ni en la doctrina³¹⁸ ni, como se ha visto, en la jurisprudencia colombiana, salvo algunas excepciones³¹⁹.

Pese a lo anterior, es decir, aunque en Colombia se acoja la segunda noción de la figura (de «la doble cualidad»), las diferencias entre el testigo técnico y el perito no dejan por ello de subrayarse. A este respecto, hemos encontrado en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación penal) parecidas consideraciones a las ya revisadas en otras jurisdicciones, con arreglo a las cuales el acento para diferenciar al testigo técnico del perito (una vez desaparecido el encargo judicial), ha de ponerse, una vez más, en la percepción «directa» de los hechos solamente predicable del primero. Así, en Colombia –al igual que, se adelanta, sucede en España en buena medida– se viene señalando que solamente pueden intervenir como testigo-perito quien haya tenido un conocimiento directo de los hechos. Es más, incluso, en relación con la exigencia de «conocimiento directo», se encuentran resoluciones que insisten en la supuesta diferencia entre los objetos del testimonio: así, mientras que el testigo técnico se pronunciaría sobre

³¹⁷ PARRA QUIJANO, J., *Manual de Derecho probatorio*, op. cit., p. 290.

³¹⁸ Por ilustrar, Tirado Hernández sostiene que la declaración de estos testigos «tiene las características propias de la emitida por el perito, involucrando opiniones expertas (y no simples), pero en relación con los hechos que en su momento presenció de manera directa». Cfr. TIRADO HERNANDEZ, J., *Curso de pruebas judiciales. Parte especial*, ed. Doctrina y Ley, Bogotá, 2013, pp. 426 y 427.

³¹⁹ Así, por ejemplo, en el Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3.ªB). Sentencia Radicación 60012331000201000222 01 (46467), de 13 de julio de 2022. Nos parece necesario subrayar que, en esta resolución, relativa a la que habría de ser la declaración admisible de dos médicos llevados a declarar como testigos técnicos, se haga sin ambages alusión a la supuesta imparcialidad del perito frente al testigo. Se lee: «Y en relación con los conceptos técnicos que nuestra legislación permite que este tipo de declarantes incluyan en sus declaraciones, no debe olvidarse que tal permisión tiene como finalidad lograr el entendimiento de su dicho y en ocasiones permite también examinar su credibilidad. Tales declaraciones no pueden incluir conceptos propios de un perito y menos incluir opiniones sobre cuál fue la causa del daño o sobre si la atención o el servicio fueron correctamente prestados. No solo porque provienen de quien no tiene la condición de tercero imparcial, sino porque la prueba conducente para determinar estos aspectos es el dictamen pericial y es frente al mismo que la contraparte tiene la posibilidad y los medios adecuados para controvertir este tipo de opiniones».

los hechos, se ha llegado a afirmar que al perito «nada le consta acerca de los hechos motivo del litigio ya que no los ha percibido directa o indirectamente»³²⁰.

Nos ha parecido particularmente clara la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP 1561-2019 de 30 de abril de 2019, rad. 54589 (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa), que acude a la falta de conocimiento directo para confirmar la corrección en la denegación del testimonio de un psicólogo forense, toda vez que, a juicio de la Sala, sería «del todo necesario que haya percibido, por sus propios sentidos, los hechos investigados, dado que por la condición de *testigo* (art. 402 del C.P.P.), debe tener una relación de conocimiento directa —y ocasionalmente indirecta— de la situación fáctica objeto de controversia». También es expresivo de este criterio de admisión del testimonio técnico la ya referida Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Unitaria Civil-Familia, de 21 de febrero de 2023, que resuelve un recurso frente a una resolución denegatoria de la intervención como testigo técnico de un médico que había analizado el historial clínico de un accidentado y luego fallecido, a fin de acreditar la causa del deceso. Así, el citado Tribunal confirmó la decisión denegatoria de la prueba en la medida en que —argumentaba— el médico propuesto como testigo técnico no estuvo presente en el accidente ni fue uno de los facultativos que atendió al accidentado, por lo que —se concluía— «pretender de entrada con él obtener conceptos técnicos o científicos, es propio de una prueba diferente, que es el dictamen pericial, y en ello también han coincidido la doctrina y la jurisprudencia citadas en el sentido de que resulta inadecuado hacer pasar un testimonio como una experticia, porque no lo es»³²¹.

De otro lado, ya se adelantó que en Colombia hemos encontrado una clasificación, digamos, propia, que diferenciaría entre los peritos, los testigos-peritos y los testigos técnicos³²². Así, recibe la denominación de testigo-perito, el experto que percibió

³²⁰ CSJ SP de 16 de septiembre de 2009, rad. 26177. Otras resoluciones no son tan rotundas, pues reconocen al menos que el perito tiene un conocimiento de la situación de hecho, pero no «por su conocimiento personal, sino a través de documentos, exámenes físicos, valoraciones clínicas, videos, fotografías». Cfr. CSJ AP 350-2022 de 9 de febrero de 2022, rad. 58087.

³²¹ Por el contrario, se planteaba como hipótesis en la sentencia citada que si el testimonio hubiera sido de uno de los médicos que atendieron al accidentado, entonces, de este sí se hubiera podido provocar respuestas técnicas, porque además de haber presenciado los hechos, «contarían con la preparación suficiente para emitir juicios de valor sobre la causa de su deceso».

³²² Destacadamente, en las resoluciones de las que es magistrada ponente D.^a Patricia Salazar Cuéllar de la Sala de Casación Penal. Hemos analizado concretamente la SP 2709-2018 (50637) de 11 de julio de 2018. Sería esta, por tanto, una distinción que en realidad retorna a las aportaciones revisadas de Stein y, en definitiva, a la actividad perceptiva del perito, supuestamente diferente de la deductiva y, en suma, a la vieja diferencia dogmática entre «perito percipiendi» y «perito deducendi», que, como se ha visto,

directamente alguno de los hechos, lo que justificaría que la denominada base fáctica de su informe pericial precise para ser probada de su testimonio para ser sometida a un interrogatorio cruzado, en la medida en que, se insiste, habría tenido un conocimiento «personal y directo» de los hechos sobre los que posteriormente elaboró su informe. Frente a este llamado entonces por la Sala «testigo-perito», el «testigo técnico» según la misma resolución judicial colombiana también habría percibido los hechos directamente, pero el primero habría percibido «en ejercicio de su rol»³²³.

Finalmente, no podemos dejar de comentar que en Colombia también se registran, vinculados a la figura del testigo técnico, diferentes problemas de naturaleza procesal. Entre ellos, desde luego, con relación a la procedencia o improcedencia de algunas resoluciones relativas a la admisibilidad de la misma prueba, lo que se hace depender, como se ha dicho, de que la persona llamada a declarar haya tenido o no un conocimiento directo de los hechos³²⁴. Pero, además, también llaman nuestra atención aquellas controversias que guardan relación con las garantías que, tratándose del conainterrogatorio de un testigo técnico, debe respetar la contradicción, más allá de que la parte perjudicada por la admisión de algunas de las preguntas formuladas a aquel tuviera, de hecho, la posibilidad de conainterrogarle³²⁵.

Precisamente, en relación con esta última circunstancia, y por los paralelismos que creemos que cabe encontrar, vamos a volver a dirigir nuestra mirada al Derecho estadounidense para referirnos a los problemas que a partir de las *Rule 701* y *Rule 702*, ambas de las FRE y también de la *Rule 26* de las FRCP se están allí enfrentando en relación con cierto tipo de *fact witness* que cuenta, además, con una experiencia específica o inusual.

justificaría la aplicación de las normas reguladoras de la prueba testifical cuando se tratara de declarar acerca de lo que el perito observó o examinó directamente.

³²³ Cfr. *ibid.*, p. 22.

³²⁴ Sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial (Sala Unitaria Civil-Familia). Expediente 66001-31-03-003-2018-00390-01, de 21 de febrero de 2023.

³²⁵ Cfr. CSJ STC 14026-2022 de 20 de octubre de 2022, rad. 11001-02-03-000-2022-03432-00. Al respecto, dejamos aquí ya apuntado que el artículo 415 del Código Procesal Penal exige que, con anticipación a la comparecencia del perito para ser interrogado por las partes, se presente el llamado «Informe base de opinión pericial», a fin de poder ejercer de forma idónea la parte que no ha propuesto al perito su derecho de defensa.

5. EL DENOMINADO «HYBRID WITNESS» EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE, ALGUNOS APUNTES

Dijimos en el capítulo I que para acercarnos de forma preliminar a la figura del testigo-perito y, concretamente, de cara a proporcionar algunas primeras definiciones de la doctrina, nos parecía recomendable limitarnos a la tradición romano-germánica en la que, como se acaba ver, se diferencian y por tanto se regulan también de diferente manera, lo que serían dos tipos de pruebas distintas, la prueba pericial y la prueba testifical. Tal limitación nos parecía aconsejable hacerla entonces en la medida en que en el derecho angloamericano aquella distinción no es directamente apreciable, pues es sabido que conceptualmente ambos son *witnesses*, si bien a partir de esta unificación conceptual, y al menos desde finales del siglo XVIII³²⁶, en el derecho norteamericano se efectuó un primer distingo según se tratase de un testigo no experto (*lay witness*) o de un testigo experto (*expert witness*).

Partiendo de esta distinción, creemos que cabe hallar cierto tipo de *witness* que, como el testigo-perito, se manifiesta fundamentalmente por su carácter ambiguo y problemático, en la medida en que su testimonio puede caer en el ámbito tanto de las normas reguladoras del testimonio común como de las que regulan el testimonio experto. Y es que, según estemos ante uno u otro tipo de testimonio, su admisibilidad está allí sujeto a distintas reglas jurídico-procesales. En efecto, veremos seguidamente como las normas reguladoras de la admisibilidad de la evidencia a través de opiniones según se trate de un testimonio ordinario (*lay opinion testimony*) o de un testimonio experto (*expert opinion testimony*) –nos centraremos exclusivamente en las FRE en vigor en los Estados Unidos desde 1975– son distintas. Pero es que, adicionalmente, existen diferencias importantes en relación con las disposiciones que se refieren a la fase conocida como *discovery*, con arreglo a las FRCP³²⁷, según testimonios.

Nos asomaremos no más que a dichas normas y a una parte de su historia y evolución, esencialmente para tratar de patentizar cómo también en Estados Unidos, aquel testigo que nos parece homologable a la figura del testigo-perito y al que nos

³²⁶ Por todos, GOLAN, T., «Revisiting the History of Scientific Expert Testimony», *Brooklyn Law Review*, vol. 73, n.º 3, 2008, pp. 879 a 942.

³²⁷ Lo mismo cabría decir con relación a las «Federal Rules of Criminal Procedure», si bien, se reitera, estos apuntes únicamente se referirán a las normas civiles.

referiremos aquí empleando la expresión de *hybrid witness* –aunque en la literatura se encuentran otras designaciones– también ofrece dos nociones, e incluso y quizás fundamentalmente, ofrece la que aquí hemos tenido por tercera noción. Es decir, que se manifiesta como un atajo para sortear, en primer lugar, los deberes de revelación que se imponen al testimonio experto tanto para la protección del derecho de defensa en relación con la práctica del contrainterrogatorio, como en aras a la determinación de la calidad y fiabilidad que también le son exigibles a las opiniones expertas, sometidas a mayor escrutinio para evitar el riesgo de que el jurado acepte estas opiniones, pese a que no sean relevantes o siéndolo, no sean confiables. No nos vamos a extender aquí en las razones que han motivado que el testimonio experto se encuentre sometido en Estados Unidos a un escrutinio más riguroso, pero sí hemos al menos de apuntar que, como se imaginará, ello tiene mucho que ver, además de con la proliferación de una variadísima gama de expertos en los tribunales, con la histórica presencia del jurado como juzgador de los hechos, la tradicional configuración del *expert witness* como un testigo de parte incorporado al sistema de litigación adversarial y con la conciencia de la fuerte influencia que su testimonio tiene para la resolución de los casos. En definitiva, con el hecho de que, aun cuando no se desatienda su condición de testigos de parte, todavía sean vistos con un «aura de infalibilidad»³²⁸ y con el temor fundado a que, como consecuencia, de ello se resuelvan los asuntos acudiendo a la que se ha venido en llamar «junk science». En cualquier caso, como decíamos, la noción que subraya la condición de atajo que ofrece el testigo-perito es sobre la que, nos ha parecido, existe más conciencia en el derecho norteamericano, al punto de que podría decirse que sobre todo se revela como un testigo con un fuerte componente táctico o estratégico.

Comencemos señalando que la regla 602 (FRE 602)³²⁹ que exige que el sujeto que es traído a deponer como testigo acredite haber tenido un conocimiento personal de los

³²⁸ Cfr. DEVYVER, I., «Opening the door but keeping the lights off: Kumho Tire Co. v. Carmichael and the Applicability of the Daubert Test to Nonscientific Evidence», *Case Western Reserve Law Review*, vol. 50, n.º 1, 1999, pp. 177 a 202, p. 177.

³²⁹ FRE 602: «A witness may testify to a matter only if evidence is introduced sufficient to support a finding that the witness has personal knowledge of the matter. Evidence to prove personal knowledge may consist of the witness's own testimony. This rule does not apply to a witness's expert testimony under Rule 703». Se ha dicho por ello que la regla 602 FRE recogería la primera de las categorías de testimonio (la segunda sería «lay opinion testimony» y la tercera «expert testimony»), digamos, que se referiría a la categoría típica de testimonio ordinario en el que no cabrían las opiniones, basado en los hechos percibidos directamente por los sentidos. Cfr. REESE, A., «Employee and Inventor Witnesses in Patent Trials: the blurry line between expert and lay testimony», *Stanford Technology Law Review*, vol. 16, n.º 2, 2013, pp. 423 a 452.

hechos sobre los que vaya a declarar («first-hand knowledge») –y ello, adviértase, como teórica garantía de relevancia y credibilidad³³⁰–, no es de aplicación tratándose de un testimonio experto.

Precisamente, al respecto de las bases de la opinión de un testigo experto, hemos de tener en cuenta que históricamente a los expertos solamente se les permitía fundamentar su opinión en «facts in the record at the time he states his opinion or based partly on firsthand knowledge and partly on the facts of the record»³³¹. Por ello, la aprobación de las FRE representó en este punto un alejamiento de aquella tendencia, ya que según lo previsto en la regla 703 (FRE 703)³³² el basamento o fuente de las opiniones del testigo presentado como experto puede ser muy amplio, distinto de lo que el experto hubiera personalmente observado, pero también de lo que ya resultase de otras pruebas previamente incorporadas al procedimiento³³³. En definitiva, que bajo las FRE al testigo experto le es permitido sustentar sus opiniones en amplias y variadas fuentes de conocimiento como señalaba el Juez MCLAUGHLIN³³⁴:

«A moment of reflection indicates that the modern evidence rules permit an expert to rely upon the literature, studies, tests, experiments, and other hearsay matters that form the basis for nearly every recognized area of expertise. It goes further, however, in permitting, for example, a physician to give a diagnosis or prognosis based on a variety of sources, including

³³⁰ Las denominadas «Notes of Advisory Committee on Proposed Rules» de esta regla explican que lo que la misma requiere es que el testigo que declara acerca de un hecho percibido por los sentidos «must have had an opportunity to observe, and must have actually observed the fact», añadiendo que la regla sería «“the most pervasive manifestation” of the common law insistence upon “the most reliable sources of information” ». McCormick §10, p. 19.

³³¹ Cfr. ROSS ANDREW, O., «Testimonial Hearsay as the Basis for Expert Opinion: The Intersection of the Confrontation Clause and Federal Rule of Evidence 703’ after Crawford v. Washington», *op. cit.*, p. 1649, citando a McCormick.

³³² FRE 703: «An expert may base an opinion on facts or data in the case that the expert has been made aware of or personally observed. If experts in the particular field would reasonably rely on those kinds of facts or data in forming an opinion on the subject, they need not be admissible for the opinion to be admitted. But if the facts or data would otherwise be inadmissible, the proponent of the opinion may disclose them to the jury only if their probative value in helping the jury evaluate the opinion substantially outweighs their prejudicial effect».

³³³ En este caso, de acuerdo con las «Notes of Advisory Committee on Proposed Rules» serían tres las fuentes de las que podrían derivar los hechos o datos («facts or data») que sirven de fundamento a una opinión experta: en primer lugar, «firsthand observation of the witness»; en segundo lugar, «presentation of the trial»; y la tercera fuente, «presentation of data to the expert outside of court and other than by his own perception».

³³⁴ MCLAUGHLIN, J., «Discovery and Admissibility of Expert Testimony», *Notre Dame Law Review*, n.º 63, n.º 5, 2014, pp. 760 a 769, p. 766.

statements by patients and relatives; reports and opinions from nurses, technicians, and other doctors; hospital records; and x-rays»³³⁵.

Por el contrario, en el caso del *lay witness* el conocimiento personal de los hechos es la base de la opinión, erigiéndose por ello en el primer requisito para su admisión, según la regla 701 (FRE 701), disposición que regula la admisión de la «Opinión Testimony by Lay Witnesses» y cuya génesis tiene mucho que ver con las dificultades que se manifestaron por la aplicación rigurosa de la regla de exclusión a las que ya nos referimos.

En efecto, ya dijimos que en el *common law*, incluso en los momentos en los que la regla parecía estar recibiendo una interpretación más rígida, se admitieron excepciones tratándose del testimonio de un testigo común sustentadas en la que aquí hemos denominado la «necesidad racional» de la opinión. Sin embargo, los problemas y críticas que la aplicación desproporcionada de la regla ocasionó, motivadas en buena medida por lo ilusorio de la dicotomía hecho-opinión, pero también por la imposibilidad de apreciar cuándo una opinión era o no «necesaria», unido todo ello a la «general liberalization of all evidentiary rules that acted to keep evidence from the fact-finder»³³⁶ llevaron finalmente a la aprobación de la citada regla 701³³⁷.

Como consecuencia de lo anterior, aquella necesidad que había justificado la admisión de la opinión del testigo común fue sustituida por la utilidad³³⁸ y así, a la vez que se relajaba y flexibilizaba el criterio para la admisibilidad de las opiniones de un

³³⁵ «Un momento de reflexión revela que las reglas modernas de evidencia permiten que un experto se base en literatura, estudios, pruebas, experimentos y otros elementos de oídas que forman la base de casi todas las áreas reconocidas de especialización. Además, estas reglas permiten, por ejemplo, que un médico proporcione un diagnóstico o pronóstico basado en diversas fuentes, incluidas declaraciones de pacientes y familiares; informes y opiniones de enfermeras, técnicos y otros médicos; registros hospitalarios; y radiografías» (traducción propia).

³³⁶ CHANNICK, K., «You Must Be This Qualified to Offer an Opinion: Permitting Law Enforcement Officers to Testify as Laypersons Under Federal Rule of Evidence 701», *Fordham Law Review*, vol. 81, n.º 6, 2013, pp. 3439 a 3478, p. 3447.

³³⁷ Cfr. OSENTOSKI, K., «Out of bounds: why federal rule of evidence 701 lay opinion testimony needs to be restricted to testimony based on personal first-hand perception», *op. cit.*, p. 2003.

³³⁸ Nuevamente, en las «Notes of Advisory Committee on Proposed Rules» de la regla 701 FRE se explica: «Witnesses often find difficulty in expressing themselves in language which is not that of an opinion or conclusion. While the courts have made concessions in certain recurring situations, *necessity as a standard for permitting opinions and conclusions has proved too elusive and too unadaptable to particular situations for purposes of satisfactory judicial administration.* McCormick §11» (la cursiva es nuestra).

testigo común³³⁹ (se relajaba, en suma, la aplicación de la regla de exclusión³⁴⁰), la utilidad de las opiniones se convertía, como ya anticipamos, en la ratio común para determinar la admisibilidad de las opiniones, tanto si provenían de los testigos legos como de los expertos.

Concretamente, la regla en su versión de 1975 establecía lo que sigue:

«If the witness is not testifying as an expert, his testimony in the form of opinions or inferences is limited to those opinions or inferences which are (a) rationally based on the perception of the witness and (b) helpful to a clear understanding of his testimony or the determination of a fact in issue»³⁴¹.

En donde el requisito (a) como ya se ha adelantado, encarnaría la tradicional exigencia de que el testigo, para poder dar testimonio, haya conocido directamente los hechos, como teórica garantía de fiabilidad³⁴², habiendo el juzgador de valorar si la inferencia es o no lógica a partir de los hechos observados por el testigo³⁴³. En definitiva, la idea que subyace a la regla citada es que un testigo para declarar en forma de opinión debe tener un conocimiento derivado de la directa observación de los hechos capaz de justificar aquella opinión, de forma que cualquier persona razonable que sabe lo que el testigo sabe alcanzaría la misma conclusión³⁴⁴.

³³⁹ BOWEN POULIN, A., «Experience-Based Opinion Testimony: Strengthening the Lay Opinion Rule», *Pepperdine Law Review*, vol. 39, n.º 3, 2012, pp. 551 a 618, p. 557. Y, en el mismo sentido, CHANNICK, K., «You Must Be This Qualified to Offer an Opinion: Permitting Law Enforcement Officers to Testify as Laypersons Under Federal Rule of Evidence 701», *op. cit.*, p. 3439.

³⁴⁰ En este mismo sentido, Haack, quien también realiza seguidamente una consideración importante a nuestros efectos: que los testigos expertos, a diferencia de los denominados testigos comunes, «are still given much more latitude in expressing their opinions than lay witnesses are». HAACK, S., «The expert witness: Lessons from the U.S. experience», *op. cit.*, p. 47.

³⁴¹ «Si el testigo no está declarando como experto, su testimonio en forma de opiniones o inferencias está limitado a aquellas que (a) estén racionalmente basadas en la percepción del testigo, y (b) sean útiles para una comprensión clara de su testimonio o para la determinación de un hecho controvertido» (traducción propia).

³⁴² También en este punto las «Notes of Advisory Committee on Proposed Rules» son claras y reveladoras al señalar: «The rule retains the traditional objective of putting the trier of fact in possession of an accurate reproduction of the event. Limitation (a) is the familiar requirement of first-hand knowledge or observation».

³⁴³ En términos solamente en apariencia sencillos, el primero de los requisitos de la FRE 701 vendría a exigir en consecuencia que la opinión fuera aquella que «a person could normally form from observed facts». GRAHAM, M., «Lay Opinion Testimony and Expert Opinion Testimony Differentiated; Specific Knowledge Expert Witness Opinion Testimony; Proposed Amendments to Fed. R. Crim Proc. 16 (a) (1) (G) and Fed. R. Evid. 701 and 702», *Criminal Law Bulletin*, n.º 41, p. 9.
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2958402>

³⁴⁴ Cfr. OSENTOSKI, K., «Out of bounds: why federal rule of evidence 701 lay opinion testimony needs to be restricted to testimony base on personal first-hand perception», *op. cit.*, p. 2006.

Por su parte, la regla homónima en relación con la admisibilidad de la opinión del testimonio experto, la regla 702 (FRE 702), disponía en su versión de 1975 lo siguiente:

«If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise»³⁴⁵.

Los amplios términos en los que esta regla permitía el testimonio experto, sin exigir una concreta titulación o certificación académica, pero tampoco el desempeño de una profesión u oficio relacionado con los hechos en cuestión, justificaron las siguientes consideraciones del juez C. PRATT³⁴⁶:

«Since Rule 702 permits expert testimony if the witness possesses specialized knowledge that will assist the trier of fact, the rules potentially make virtually every person an expert in some field. Nearly every activity in which people engage involves specialized knowledge of one degree or another. For example, cleaning a house, cooking, running a Little League team, operating an office, processing a check through a bank, operating an automobile or an airplane, skiing, and caring for a horse all require expertise»³⁴⁷.

Por lo que el mismo juez C. PRATT terminaba concluyendo:

«The scope of expert testimony has been so expanded that many people, formerly thought of as a lay witness, now can be qualified as experts and can express an opinion even though it is not based on matters directly perceived»³⁴⁸.

³⁴⁵ «Si los conocimientos científicos, técnicos u otros conocimientos especializados ayudan al juzgador de hechos a comprender las pruebas o a determinar un hecho controvertido, un testigo calificado como experto por sus conocimientos, habilidades, experiencia, formación o educación puede testificar sobre ello en forma de opinión o de otra manera» (traducción propia).

³⁴⁶ PRATT, G. C., «A Judicial Perspective on Opinion Evidence under the Federal Rules», *op. cit.*, p. 317.

³⁴⁷ «Dado que la Regla 702 permite el testimonio de expertos si el testigo posee conocimientos especializados que ayudarán al juzgador de los hechos, las normas potencialmente convierten a prácticamente cualquier persona en un experto en algún campo. Casi todas las actividades en las que las personas participan implican conocimientos especializados en mayor o menor grado. Por ejemplo, limpiar una casa, cocinar, dirigir un equipo de béisbol infantil, gestionar una oficina, procesar un cheque en un banco, conducir un automóvil o un avión, esquiar y cuidar un caballo, todas estas actividades requieren pericia» (traducción propia).

³⁴⁸ «El alcance del testimonio de expertos se ha ampliado tanto que muchas personas, que antes se consideraban testigos legos, ahora pueden ser calificadas como expertas y expresar opiniones, incluso si no se basan en hechos percibidos directamente» (traducción propia).

Se advertía así, a partir de la citada regla, tal y como fue aprobada en sus orígenes, el riesgo de que cualquier persona con un determinado conocimiento o experiencia en relación con los hechos litigiosos, pudiera opinar como si fuera un experto, burlando de este modo la teórica garantía que supondría el conocimiento personal y directo que, como hemos visto, no se requiere, como única base de la opinión, en el testimonio experto y sí, en cambio, en el testimonio común.

Pero no solamente la redacción de la referida regla daba pie a esta situación de solapamiento. Ocurría, además, que determinadas personas que igualmente contaban con una experiencia, vamos a decir, específica y que, además, habían también tenido un conocimiento personal de los hechos, eran presentados por los abogados, precisamente atendiendo a ese conocimiento directo, como *lay witnesses*³⁴⁹ al amparo de la regla 701 FRE, admitiendo los tribunales su declaración en forma de opiniones conforme a la citada regla, aun cuando la naturaleza de estas opiniones no fuera la propia de un saber común. Así, por citar algunos ejemplos³⁵⁰, era posible, e incluso frecuente, que policías, agentes federales o inspectores (*law enforcement agents*, en general) depusieran en su condición de testigos no expertos acerca de lo observado por ellos con relación al comportamiento de los acusados (por ejemplo, en el asunto *United States v. Figueroa-López*, 125, F. 3d 1241, 1246, 9th Cir. 1997, se admitió que un policía declarase que el acusado «estaba actuando sospechosamente»); también que se permitiera que los dueños de cierto negocio declarasen como testigos no expertos acerca del valor de la empresa en cuestión (por ejemplo, *Lightning Lube, Inc. v. Witco Corp.* 4 F.3d 1153, 3d Cir. 1993) o que el empleado contable de una sociedad, en cuanto que conocedor directo de los libros contables de la misma, prestara declaración como testigo no experto acerca de las pérdidas sufridas por razón de un incumplimiento contractual (*Teen-Ed, Inc. v. Kimball Intern., Inc.*, 629 F.2d399, 403-04, 3d Cir.1989) y, para concluir, que en el caso *State v. Brown* 836 S.W.2d

³⁴⁹ Advierte Channick que, en la medida en que la regla 701 FRE daba pie a la admisión generalizada de las opiniones en los testimonios, los abogados gozaban de relativa discrecionalidad a la hora de determinar la calificación del «witness» de cuyo testimonio se valdrían en el juicio, es decir, si le presentaban como «lay persons» o como «experts», y también señala que no eran pocos los tribunales que contemplaban la distinción entre la regla 701 y 702 «with general indifference». CHANNICK, K., «You Must Be This Qualified to Offer an Opinion: Permitting Law Enforcement Officers to Testify as Laypersons Under Federal Rule of Evidence 701», *op. cit.*, p. 3448.

³⁵⁰ Se han obtenido de GRAHAM, M., «Lay Opinion Testimony and Expert Opinion Testimony Differentiated; Specific Knowledge Expert Witness Opinion Testimony; Proposed Amendments to Fed. R. Crim Proc. 16 (a) (1) (G) and Fed. R. Evid. 701 and 702», *op. cit.*, p. 17.

530, 1992, la enfermera que atendió al pequeño Eddie antes de fallecer, declarase como testigo no experto que la lesión encontrada «parecía una quemadura de cigarrillo».

El escenario referido, es decir, que los tribunales norteamericanos admitieran que estas personas fueran presentados o calificados de *lay witnesses* y declarasen bajo la regla 701 FRE, ponía de manifiesto en primer lugar la dificultad de diferenciar estas, digamos, opiniones basadas en el conocimiento o percepción directa de los hechos partiendo de una experiencia específica, de aquellas opiniones de un testigo experto sometidas a la regla 702 FRE, evocando esta dificultad aquella ya enfrentada antaño en torno a la distinción *fact-opinion*³⁵¹. Pero también, en segundo lugar, vino a revelar y de forma formidable, el diferente tratamiento que en relación con la fase teóricamente preparatoria³⁵² del denominado *pre-trial* y de los deberes de *discovery* se producía según el testigo fuera calificado como no experto, pues al amparo de la regla 701 FRE, es decir, tratándose de *lay opinions* no se consideraba preciso exigir ningún tipo de revelación al respecto de las credenciales del testigo o del fundamento de su opinión.

Esto ocurría porque las FRCP³⁵³, en su regla 26, imponían ya en 1970³⁵⁴ (por tanto, antes de la aprobación de las FRE en 1975), deberes de revelación a las partes cuando

³⁵¹ Cfr. IMWINKELRIED, E., «Distinguishing lay from expert opinion: The need to focus on the epistemological differences between the reasoning process used by lay and expert witnesses», *op. cit.*, p. 74.

³⁵² Recuerda Taruffo que, aunque existe una «imagen consolidada» que evoca dos secuencias o fases en los juicios de Estados Unidos, una fase de «pre-trial» que tendría por cometido permitir que las partes se preparen adecuadamente para el juicio, gracias fundamentalmente al procedimiento de «discovery» en relación con las pruebas de las que pretende valerse la parte contraria; y una fase de «trial» en la que se practican las pruebas en audiencia a través de interrogatorios directos («direct») y contrainterrogatorios («cross examination»), lo cierto es que, en la práctica, «el pre-trial se configura esencialmente como una fase de resolución de la controversia sin decisión y solo excepcionalmente desarrolla de verdad una función preparatoria». TARUFFO, M., *La Prueba, Artículos y Conferencias*, ed. Metropolitana, Santiago de Chile, 2009.

³⁵³ Con el objetivo general de «secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action and proceeding» (Advisory Comm. on Rules for Civil Procedure, *Report of the Advisory Committee on Rules for Civil Procedure Containing Proposed Rules of Civil Procedure for the District Courts of the United States*, abril 1937), las «Federal Rules of Civil Procedure» de aplicación a los procedimientos civiles seguidos ante los «District courts» de Estados Unidos entraron en vigor el 16 de septiembre de 1938. Aunque han sufrido muchas modificaciones desde entonces, la última en el año 2023, nosotros nos referiremos sucintamente no más que a las reformas de 1970, 1993 y 2010 en la medida en que afectaron a la regla 26 contenida en el título V que se refiere a «Disclosures y Discovery» en relación con el testimonio experto.

³⁵⁴ En su versión originaria de 1983, las FRCP no abordaban obligaciones de revelación especiales para los testimonios expertos, probablemente, según apunta McLaughlin, porque los expertos «were no ubiquitous» en ese momento. Sería a partir de la década de los sesenta fundamentalmente, con el incremento de la litigación, en especial, por la explosión de pleitos relativos a productos defectuosos que los expertos, de todo tipo, comenzarían a proliferar en los tribunales y con ello la conciencia de que su testimonio exigía

solicitaban la admisión de un testimonio experto³⁵⁵. Unos deberes que con el paso del tiempo se han ido haciendo más exigentes y costosos. Así, la referida regla 26 FRCP que, si seguimos en este punto a ROCCO³⁵⁶, operaría junto con la regla 37 FRCP en aras a eliminar «the element of unfair surprise that can affect the outcome of the case», fue ya en 1993 objeto de un endurecimiento al respecto de los deberes de revelación exigibles a los testimonios expertos, al imponerse a las partes la obligación de revelar, sin necesidad de requerimiento de la otra parte, la identidad de aquellas personas que fueran a declarar al amparo de la regla 702 FRE³⁵⁷.

Pero, en particular, lo que la reforma de la regla 26 FRCP supuso –y nos interesa subrayar aquí³⁵⁸–, fue la exigencia de un informe que había de ser presentado por el experto «intended to set forth the substance of the direct examination»³⁵⁹, ello con la finalidad de que el abogado no proponente de esa testifical experta tuviera la oportunidad de prepararse para llevar a cabo el contrainterrogatorio. Así, tras la reforma de 1993, la regla 26 de las FRCP en lo que ahora nos interesa quedaba como sigue:

«(a) (2) Disclosure of Expert Testimony. In addition to the disclosures required by paragraph (1), a party shall disclose to other parties the identity of any person who may be used at trial to present evidence under Rules 702, 703, or 705 of the Federal Rules of Evidence.

(B) Except as otherwise stipulated or directed by the court, this disclosure shall, with respect to a witness who is retained or specially employed to provide expert testimony in the case or whose duties as an employee of the party regularly involved giving expert testimony, be accompanied by a

reglas de «discovery» específicas. MCLAUGHLIN, J., «Discovery and Admissibility of Expert Testimony», *op. cit.*, p. 762.

³⁵⁵ Rocco se refiere a esta reforma de las FRCP de 1970 para destacar su importancia en relación con las «discovery rules» en la medida en que significó un intento de sistematización y homogeneización que, sin embargo, se revelaría a la postre demasiado limitado en cuanto al alcance de los deberes de revelación impuestos al testimonio experto y que tampoco daría los resultados anhelados en cuanto a uniformización de las prácticas judiciales. ROCCO, K., «Rule 26(a)(2)(B) of the Federal Rules of Civil Procedure: In the Interest of Full Disclosure?», *Fordham Law Review*, vol. 76, 2008, pp. 2227 a 2260, p. 2227.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 2228.

³⁵⁷ En rigor, la regla 26 FRCP hace referencia no solamente a la regla 702, también a las 703 y 705 FRE, igualmente aplicables al testimonio experto.

³⁵⁸ Vamos a referirnos aquí a la obligación de divulgación que resultó del apartado (a) (2) (B) de la regla 26 FRCP y sus modificaciones, si bien no se ignora que otras obligaciones de divulgación, como la resultante de la regla 26 (b) (3) vinculada a la denominada «Work-Product Doctrine», también juegan un papel y son relevantes, en definitiva, de cara a entender el carácter estratégico que ofrecen los testigos híbridos en el derecho estadounidense. Al respecto, por todos, BRENT MICKUM, G. y HAJEK, L. L., «Guise, Contrivance or Artful Dodging? The Discovery of Rules Governing Testifying Employee Experts», *The Review of Litigation*, vol. 24:2, n.º 301, 2005, pp. 302 a 368.

³⁵⁹ Cfr. «Notes of Advisory Committee on Rules—1993 Amendment».

written report prepared and signed by the witness. The report shall contain a complete statement of all opinions to be expressed and the basis and reasons therefor; the data or other information considered by the witness in forming the opinions; any exhibits to be used as a summary of or support for the opinions; the qualifications of the witness, including a list of all publications authored by the witness within the preceding ten years; the compensation to be paid for the study and testimony; and a listing of any other cases in which the witness has testified as an expert at trial or by deposition within the preceding four years»³⁶⁰.

El indicado informe del experto, por consiguiente, según lo previsto en la regla 26 (a) (2) (B) FRCP debía de contener una declaración completa de todas las opiniones que se expresarán y la base y las razones de las mismas, así como un amplio conjunto de información al respecto (entre otros, datos e información considerada, las calificaciones del testigo experto, la compensación a satisfacer por el informe y la declaración). Por lo demás, la consecuencia derivada del incumplimiento del referido deber de divulgación sin que concurriera una «substantial justification» era potencialmente muy lesiva para la parte, pues, sencillamente, se le prohibía recurrir a la testifical propuesta (regla 37 FRCP).

Ahora bien, interesa destacar que la regla 26 FRCP en su versión de 1993, siguiendo la distinción también sobrentendida en la versión de la norma tras su reforma de 1970³⁶¹, no impuso el citado informe a todos los expertos, pues en rigor en aquella disposición se contemplaban implícitamente dos tipos de testigos expertos sometidos a distintos tratamientos en cuanto a las *discovery obligations* se refiere. Concretamente, una

³⁶⁰ «(a) (2) Divulgación del Testimonio de Expertos. Además de las divulgaciones requeridas por el párrafo (1), una parte deberá revelar a las demás partes la identidad de cualquier persona que pueda ser utilizada en el juicio para presentar pruebas bajo las reglas 702, 703 o 705 de las Reglas Federales de Evidencia. (B) Excepto cuando se estipule lo contrario o lo ordene el tribunal, esta divulgación deberá, con respecto a un testigo contratado o empleado especialmente para proporcionar testimonio pericial en el caso, o cuyo trabajo como empleado de la parte regularmente implique proporcionar testimonio pericial, ir acompañada de un informe escrito preparado y firmado por el testigo. El informe deberá contener una declaración completa de todas las opiniones que se expresarán y las bases y razones de las mismas; los datos u otra información considerada por el testigo al formular las opiniones; cualquier material de apoyo o exhibiciones que se utilizarán como resumen o respaldo de las opiniones; las calificaciones del testigo, incluyendo una lista de todas las publicaciones realizadas por el testigo en los últimos diez años; la compensación que se pagará por el estudio y el testimonio; y una lista de cualquier otro caso en el que el testigo haya testificado como experto en un juicio o por declaración en los últimos cuatro años» (traducción propia).

³⁶¹ Así, con relación a los denominados «retained expert», ya en 1970 la regla 26 (b) (4) (A) FRCP les exigía someterse a interrogatorios en los que había de identificar su «expertise», pero también «summarizing the subject matter of his testimony and stating the substance of the facts and opinions to which he will testify and a summary of the grounds for each opinion». Por el contrario, los expertos de la segunda categoría, «non-retained», únicamente se podían ver obligados a someterse a una «discovery» similar cuando concurrieran «exceptional circumstances». Cfr. MCLAUGHLIN, J., «Discovery and Admissibility of Expert Testimony», *op. cit.*, p. 764.

categoría de testigos expertos que habrían sido específicamente contratados por las partes para declarar en el juicio –y referida bajo la denominación de *retained-experts* o *specially employed*³⁶²– a los que les era exigible la redacción y firma del citado informe previamente a su declaración, y una segunda categoría, que según qué casos habría recibido diferentes denominaciones, entre ellas, desde luego, la de *non-retained experts*, *skilled witnesses*, *percipient experts*, *testifying employee experts* y más recientemente, la ya referida de *hybrid witnesses*. La distinción entre dos categorías de expertos se remonta en el tiempo. Así, el juez LEARNED HAND³⁶³ se refería ya en 1901 a dos tipos de testimonios expertos según el experto hubiera tenido o no, un conocimiento personal acerca de los «actual facts upon which the issue turns» y de la misma distinción se hacía eco LADD³⁶⁴ (1952), acudiendo a la confrontación entre los denominados *skilled witnesses* y los *expert witnesses*, en estos términos:

«There are two general classes of experts, and some attempt has been made to divide them into skilled witnesses and expert witnesses. In the first class are grouped those who have personal knowledge about the subject in inquiry and provide both factual information and opinions or conclusions upon it. In the second class are the super-experts or specialists who may have no knowledge at all about the facts of the case but that are highly trained or educated in their field so that their opinion upon the subject in inquiry should have special value. This class will be referred to as super-experts and their testimony is confined to answering hypothetical questions. Both classes are regarded as experts witnesses or they would not be permitted to express opinions»³⁶⁵.

³⁶² Al decir de Brent Mickum y Hajek, «Some held that employee experts who did not testify could not be considered retained or specially employed for the litigation and, therefore, subject to discovery as ordinary witnesses under Rule 26 (b)(1). Under this interpretation, the term “retained or specially employed” referred only to the manner in which an independent expert was compensated. This view is supported in the Advisory Committee Notes, which state that an employee “not specially employed on the case” should not be considered an expert». BRENT MICKUM, G. y HAJEK, L. L., «Guise, Contrivance or Artful Dodging? The Discovery of Rules Governing Testifying Employee Experts», *op. cit.*, pp. 325-326.

³⁶³ HAND, L., «Historical and Practical Considerations regarding Expert Testimony», *Harvard Law Review*, vol. 15, n.º 1, 1901, pp. 40 a 58, p. 43: «First it must be remembered that an expert witness may have observed the actual facts upon which the issue turns; then he is able to testify to them as well as to his inference from them, and he may be therefore both a common and an expert witness in one».

³⁶⁴ LADD, M., «Expert Testimony», *op. cit.*, p. 421.

³⁶⁵ «Existen dos clases generales de expertos, y se ha intentado dividirlos en testigos cualificados y testigos expertos. En la primera clase se agrupan aquellos que tienen conocimiento personal sobre el tema en cuestión y proporcionan tanto información factual como opiniones o conclusiones sobre el mismo. En la segunda clase se encuentran los superexpertos o especialistas, que pueden no tener ningún conocimiento sobre los hechos del caso, pero que están altamente capacitados o educados en su campo, por lo que su opinión sobre el tema en cuestión debería tener un valor especial. A esta clase se les denominará

En cualquier caso, volviendo a las FRCP, lo relevante es que a esta última categoría de testigos no cabría exigirles la emisión del informe previsto en la regla 26 (a) (2) (B)³⁶⁶, no al menos según la interpretación literal de la aludida regla en su versión de 1993 confirmada por las notas del «Advisory Committee»³⁶⁷ que explícitamente habrían dejado fuera de su alcance a este tipo de testigos al señalar lo que sigue:

«The requirement of a written report in paragraph (2) (B), however, applies only to those experts who are retained or specially employed to provide such testimony in the case or whose duties as an employee of a party regularly involved the giving of such testimony. A treating physician, for example, can be deposed or called to testify at trial without any requirement for a written report»³⁶⁸.

Como decíamos nos parece importante subrayar lo anterior porque la correspondencia entre estos testigos y la figura del testigo-perito de las tradiciones romano-germánicas nos parece incuestionable. Así, adviértase que se ha definido al llamado *hybrid witness*³⁶⁹ como un «fact witness who also happens to have the requisite knowledge, skill or expertise to provide opinion testimony, and whose opinion is formed as a result of the witness's involvement in the underlying relevant events»; definición que se ha ilustrado señalando que el médico (*physician*) que declara acerca del tratamiento que debe de recibir su paciente atendiendo a sus observaciones personales constituiría el

superexpertos y su testimonio se limita a responder preguntas hipotéticas. Ambas clases son consideradas testigos expertos, ya que no se les permitiría expresar opiniones si no fuera así» (traducción propia).

³⁶⁶ Adviértase que, al excluir a estos testigos del deber de revelación, el legislador habría atendido a razones que nada tendrían que ver con el procedimiento judicial y sus principios inspiradores. Al respecto, en el asunto *Watson v. United States* 85 F.3d 1100 (10th Cir. 2007), el tribunal habría explicado que las razones citadas estaban vinculadas con los perjuicios que la exigencia de dicho informe podía ocasionar en los médicos, en cuanto que prototipo de esta categoría de testigos, y, por ende, a la correcta prestación de sus servicios sanitarios. Cfr. ROCCO, K., «Rule 26(a)(2)(B) of the Federal Rules of Civil Procedure: In the Interest of Full Disclosure?», *op. cit.*, p. 2238.

³⁶⁷ «Advisory Committee's notes» de la regla 26 (a) (2) (B) (1993). En las notas de la reforma de la misma regla 26, pero del año 1970, encontraríamos ya la misma salvedad con relación a los deberes de revelación que entonces se impusieron al testimonio experto. La nota en particular dice que tales deberes «not address itself to the expert whose information was not acquired in preparation for trial but rather because he was an actor or viewer with respect to the transactions or occurrences that are part of the subject matter of the lawsuit. Such witness should be treated as an ordinary witness».

³⁶⁸ «El requisito de un informe escrito en el párrafo (2) (B), sin embargo, se aplica únicamente a aquellos expertos que son contratados o empleados especialmente para proporcionar dicho testimonio en el caso, o cuyos deberes como empleados de una de las partes regularmente implican brindar ese tipo de testimonio. Un médico tratante, por ejemplo, puede ser interrogado bajo juramento o llamado a testificar en el juicio sin que sea necesario presentar un informe escrito» (traducción propia).

³⁶⁹ Adelantamos que esta categoría de testigos que hemos preferido llamar «híbridos» habría recibido realmente muchas denominaciones, como las de «non-retained experts», «employee-experts» y «skilled experts».

ejemplo acabado³⁷⁰. También se ha dicho que estos testigos híbridos «give both fact and opinion testimony based on their first-hand knowledge of relevant facts as well as their training and experience»³⁷¹. En parecidos términos, pero bajo la fórmula de los denominados *non-retained experts* se ha indicado que «exist in a grey area; they are hybrid experts who have knowledge of the underlying facts but can offer opinion testimony because of their specialized knowledge»³⁷². Y con relación a su testimonio en la forma de opiniones se ha advertido que estas «arise not from her enlistment as an expert, but rather from her ground level involvement in the events given rise to the litigation»³⁷³.

En definitiva, parece que estaríamos ante personas que, a diferencia de los denominados *specially retained-experts*, no han sido específicamente contratados por las partes para prestar declaración como expertos de cara a un litigio, pues no se dedican a ello, es decir, su profesión no es la de «ser experto»³⁷⁴; pero sí estaríamos hablando de profesionales que cuentan una experiencia específica con relación a los hechos litigiosos, y que, en no pocas ocasiones, ya mantienen al iniciarse el litigio una relación laboral o de colaboración con las partes –de ahí que también se les conozca bajo la voz de *employee experts*– siendo por razón de esta relación que han tenido un conocimiento directo de aquellos, lo que les convierte en *occurrence witnesses* y *percipient experts*.

Ahora bien, aunque la regla 26 FRCP en su versión de 1993, pareciera dejar claro que a este tipo de testigos no cabía demandarles el informe previsto en su apartado (2) (a) (B), los tribunales norteamericanos se comportaron en relación a esta exigencia de forma muy dispar³⁷⁵. Y junto a la falta de uniformidad en la aplicación judicial de la norma, los

³⁷⁰ La definición y el ejemplo paradigmático los hemos encontrado en TALOTTA, J. M. y SMITH, M. M., «Getting a Handle on the Basics of ‘Hybrid’ Witnesses in Virginia Federal and State Practice», *The Virginia Bar Association News Journal*, pp. 8 a 10. Disponible en: <https://tinyurl.com/28htsrkb>

³⁷¹ LAURICELLA, P. y HAIMSON, N., «Working Hybrid Witness» [entrada de blog], *Mondaq*, 22 de agosto de 2022. Disponible en: <https://tinyurl.com/2adj8wn3>

³⁷² Cfr. HUTCHINSON, C. y HUWE, S., «Turning the tables: non-retained experts for defendants», *Defense Counsel Journal*, octubre de 2021, p. 3. Disponible en: <https://tinyurl.com/292ax959>

³⁷³ BATES, D. B., STANLEY, C. R. y BURT III, J. L., «Federal Rule 26(a)(2) Expert Witness Disclosures: Strategies for Composing and Attacking Expert Disclosures», *Journal of Air Law and Commerce*, vol. 83, n.º 67, 2018, pp. 67 a 82.

³⁷⁴ No hace falta, creemos, ahondar aquí en el hecho de que ya desde la segunda mitad del siglo XX existe en el ámbito de la litigación civil y penal norteamericana una importante, variada y creciente industria o negocio de las opiniones expertas, que genera y mueve millones de dólares.

³⁷⁵ Al respecto, entre otros autores que dan cuenta de diferentes casos y de la disparidad de criterios de los tribunales en relación con la exigencia del informe previsto en la regla 26 FRCP tras las reformas de 1993,

litigantes (sus abogados) asumieron lo que parecía ser la exégesis literal de la misma y el recurso a estos expertos híbridos se incrementó, pues la decisión acerca de cómo presentarles o la calificación que había de recibir su testimonio se convertía, predominantemente, en una cuestión estratégica por las ventajas que reportaban frente a los testimonios expertos, digamos, sí profesionales³⁷⁶, todo ello, en detrimento del derecho de defensa del litigante contrario, pero también de las posibilidades de valorar correctamente la admisibilidad o inadmisibilidad del testimonio siendo experto, pues lo uno y lo otro, están vinculados por las razones que así se explicaban³⁷⁷:

«Without access to an expert report and the underlying documents and materials that an expert considered, an opposing party's ability to cross-examine an expert to expose bias, methodological flaws, or substantive inaccuracies in an expert's testimony at trial is severely compromised. Furthermore, an employee expert is able to shield earlier opinions, calculations, and other facts, the disclosure of which might otherwise be used to undermine an expert's testimony at trial. Just as important, the ability of a judge or jury to evaluate the reliability of an expert's testimony is greatly diminished by the absence of disclosure requirements»³⁷⁸

Se ponía de esta forma de relieve que la cuestión relativa al alcance de los deberes de revelación de estos testimonios expertos de cara a su examen mediante el conainterrogatorio no solamente puede y debe ponerse en relación con el derecho de

cfr. ROCCO, K., «Rule 26(a)(2)(B) of the Federal Rules of Civil Procedure: In the Interest of Full Disclosure?», *op. cit.*, pp. 2237 a 2255.

³⁷⁶ Nótese que, además, el privilegio abogado-cliente («Attorney-client Privilege») que protege las comunicaciones entre el abogado y su cliente, impidiendo su divulgación salvo consentimiento de este último, ofrece una protección que se pierde cuando las comunicaciones se comparten con el experto profesional, quien es tenido por un tercero, ajeno a aquella relación privilegiada. Así, desde la reforma de 1993 de la regla 26 FRCP, mientras la renuncia de aquel privilegio parecía clara cuando se compartían las comunicaciones con esos testigos profesionalmente expertos, la cuestión era más dudosa tratándose de otro tipo de expertos, como aquellos que mantenían relaciones laborales con las partes. Cfr. BRENT MICKUM, G. y HAJEK, L. L., «Guise, Contrivance or Artful Dodging? The Discovery of Rules Governing Testifying Employee Experts», *op. cit.*, pp. 348 y ss. Posteriormente, sin embargo, con la reforma del año 2010, se concedieron mayores protecciones en punto a las comunicaciones entre los abogados y los expertos profesionales. Cfr. «Committee Notes on Rules—2010 Amendment».

³⁷⁷ BRENT MICKUM, G. y HAJEK, L. L., «Guise, Contrivance or Artful Dodging? The Discovery of Rules Governing Testifying Employee Experts», *op. cit.*, pp. 306 y 307.

³⁷⁸ «Sin acceso a un informe pericial y a los documentos y materiales subyacentes que un experto tuvo en cuenta, la capacidad de la parte contraria para conainterrogar al experto y exponer posibles sesgos, fallos metodológicos o inexactitudes sustantivas en el testimonio del experto durante el juicio se ve gravemente comprometida. Además, un experto que sea empleado tiene la capacidad de ocultar opiniones anteriores, cálculos y otros hechos cuya divulgación podría, de otro modo, utilizarse para socavar su testimonio en el juicio. Igualmente importante es que la capacidad de un juez o un jurado para evaluar la fiabilidad del testimonio de un experto se ve considerablemente disminuida en ausencia de requisitos de divulgación» (traducción propia).

defensa, sino que también es una cuestión estrechamente vinculada a los requisitos o estándares de admisibilidad del testimonio experto por parte de los tribunales estadounidenses y, en definitiva, a los criterios para determinar su confiabilidad.

Llegados a este punto, y en relación con la admisibilidad del testimonio experto según la regla 702 FRE, se hace necesario referir, siquiera brevemente, el teórico endurecimiento, al menos en la jurisdicción civil³⁷⁹, de los estándares de admisibilidad impuestos a los tribunales norteamericanos tras la sucesión de los tres conocidos asuntos resueltos por el Tribunal Supremo durante la década de los noventa, denominados conjuntamente como la «trilogía *Daubert*³⁸⁰» –*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* 509 U.S. 379 (1993), *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997), y *Kumho Tire Co. v. Carmichael* 526 U.S. 137 (1999)– y que, a la postre, y tras años de vacilaciones interpretativas por parte de los tribunales respecto de los criterios que habían de aplicar para determinar la admisibilidad del testimonio experto³⁸¹, dieron lugar a la reforma, en el año 2000, de la regla 702 FRE³⁸². A raíz de dicha reforma, la regla 702 FRE pasó a identificar los cuatro criterios siguientes para la admisión de un testimonio experto en forma de opinión:

- «(a) the expert’s scientific, technical or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;
- (b) the testimony is based on sufficient facts or data;
- (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and
- (d) the expert’s opinion reflects a reliable application of the principles and methods to the facts of the case»³⁸³.

³⁷⁹ HAACK, S., «The expert witness: Lessons from the U.S. experience», *op. cit.*, p. 59.

³⁸⁰ Para una reflexión en castellano sobre el caso *Daubert* y los criterios de fiabilidad establecidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos, cfr. VÁZQUEZ ROJAS, C., «La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso *Daubert*», *Jueces para la Democracia*, n.º 86, 2016, pp. 92 a 112.

³⁸¹ Por todos, DEVYVER, I., «Opening the door but keeping the lights off: *Kumho Tire Co. v. Carmichael* and the Applicability of the *Daubert* Test to Nonscientific Evidence», *op. cit.*

³⁸² Las «Advisory Committee Notes» de la reforma de la regla 702 FRE son muy claras al respecto. En ellas se lee: «Rule 702 has been amended in response to *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), and to the many cases applying *Daubert*, including *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 119 S.Ct. 1167 (1999). In *Daubert* the Court charged trial judges with the responsibility of acting as gatekeepers to exclude unreliable expert testimony, and the Court in *Kumho* clarified that this gatekeeper function applies to all expert testimony, not just testimony based in science».

³⁸³ Al castellano, la regla 702 FRE establece: «Un testigo que esté calificado como experto por sus conocimientos, habilidades, experiencia, formación o educación, puede testificar en forma de opinión o de

De este modo, la reforma citada y el hecho de que con ella se asignara a los tribunales estadounidenses un *gatekeeper-role* para evitar la incorporación al procedimiento judicial de opiniones expertas no confiables, a la vez que hacía aún más patente la estrecha relación esa obligación impuesta a los jueces, las obligaciones de revelación hacia las partes y la eficacia del *cross-examination*³⁸⁴, evidenciaba la necesidad de tratar de perjurar la usual predisposición de los abogados de presentar o calificar de testigo ordinario a quien luego, sin embargo, declaraba realmente como un testigo experto y, en consecuencia, como tal, debía haber presentado el informe de la regla 26 FRCP y someterse a la valoración de la concurrencia de los requisitos de admisibilidad de estos testimonios³⁸⁵.

Ante esta situación, también en el año 2000, la regla 701 FRE, reguladora, recordemos, de la admisibilidad de la *Opinion Testimony by Lay Witnesses* fue modificada, con la finalidad de «eliminate the risk that the reliability requirements set forth in Rule 702 will be evaded through the simple expedient of proffering an expert in lay witness clothing»³⁸⁶. A tal efecto, se incorporó a la regla un nuevo apartado c), quedando la misma como sigue:

otra manera si quien lo presenta demuestra al tribunal que es más probable que: (a) el conocimiento científico, técnico u otro conocimiento especializado del experto ayudará al juzgador de los hechos a comprender la evidencia o a determinar un hecho en cuestión; (b) el testimonio se basa en hechos o datos suficientes; (c) el testimonio es producto de principios y métodos fiables; y (d) la opinión del experto refleja una aplicación fiable de los principios y métodos a los hechos del caso» (traducción propia).

³⁸⁴ También a este respecto las «Advisory Committee Notes» de la regla 705 FRE que lleva por rúbrica «Disclosing the Facts or Data Underlying an Expert» son significativas, al poner de manifiesto que la fórmula del «cross-examination» asume que el litigante que conainterroga «has the advance knowledge which is essential for effective cross-examination», conocimiento anticipado que precisamente vendría de la mano de la regla 26 FRCP. Concretamente, dice así: «This advance knowledge has been afforded, though imperfectly, by the traditional foundation requirement. Rule 26(b)(4) of the Rules of Civil Procedure, as revised, provides for substantial discovery in this area».

³⁸⁵ Nótese que las obligaciones de «discovery» que se imponían al experto de profesión suponían un coste adicional y, además, aumentaban la duración del «pre-trial».

³⁸⁶ El problema en cuestión —la práctica de hacer pasar a un experto por un testigo común— habría alcanzado «epidemic proportions», siendo particularmente frecuente en el caso de los agentes de policía («police officer») en el contexto de procedimientos judiciales penales (como se ha dicho, también las «Federal Rules of Criminal Procedure» imponen obligaciones de revelación a los expertos similares a las de la regla 26 FRCP). Lo explica así Graham: «Traditionally prosecutors frequently have attempted to avoid disclosure of requirements and incidentally the reliability requirements inherent in expert witness testimony by proffering police officer expert testimony as lay witness testimony». Cfr. GRAHAM, M., «Lay Opinion Testimony and Expert Opinion Testimony Differentiated; Specific Knowledge Expert Witness Opinion Testimony; Proposed Amendments to Fed. R. Crim Proc. 16 (a) (1) (G) and Fed. R. Evid. 701 and 702», *op. cit.*

«If a witness is not testifying as an expert, testimony in the form of an opinion is limited to one that is:

- (a) rationally based on the witness's perception;
- (b) helpful to clearly understanding the witness's testimony or to determining a fact in issue; and
- (c) not based on scientific, technical, or other specialized knowledge»³⁸⁷.

Es decir, tras la reforma del año 2000, la regla 701 FRE comenzó a exigir para la admisibilidad del testimonio de un testigo común en forma de opinión, ya no solamente que la opinión se sustentara de forma razonable en la percepción personal del testigo y que se tratase de una opinión útil, sino que, además, la misma no estuviera fundamentada en un conocimiento científico, técnico u otro conocimiento especializado³⁸⁸.

Dos son las consideraciones que sobre la reforma del año 2000 de la regla 701 FRE nos interesa hacer ahora atendiendo una vez más a lo que resulta de las Advisory Committee Notes correspondientes:

La primera, que no buscando la aludida reforma establecer una distinción entre testigo común y experto, sino entre un testimonio común y uno experto (puesto que se asume que una misma persona puede proporcionar ambos tipos de testimonio), la diferencia entre ambos tipos de testimonio se viene a establecer en atención a la distinta naturaleza del proceso de razonamiento empleado, en la medida en que –se escribe– el testimonio ordinario «results from a process of reasoning familiar in every day life» mientras que el testimonio experto «results from a process of reasoning that can be mastered only by specialist in the field»³⁸⁹.

³⁸⁷ Al castellano, tras la reforma del año 2000, la regla 701 FRE establecía: «Si un testigo no está testificando como experto, el testimonio en forma de opinión se limita a uno que: (a) esté basado de manera racional en la percepción del testigo; (b) sea útil para comprender claramente el testimonio del testigo o para determinar un hecho en cuestión; y (c) no se base en conocimientos científicos, técnicos u otros conocimientos especializados» (traducción propia).

³⁸⁸ Adviértase que, en el año 2011, la regla 701 FRE sería objeto de una nueva reforma, teóricamente estilística, que la dejaría en sus términos actuales: «If a witness is not testifying as an expert, testimony in the form of an opinion is limited to one that is: (a) rationally based on the witness's perception; (b) helpful to clearly understanding the witness's testimony or to determine a fact in issue; and (c) not based on scientific, technical, or other specialized knowledge, *within the scope of Rule 702*» (la cursiva, que es nuestra, subraya la incorporación del año 2011).

³⁸⁹ Ya hemos indicado que el criterio de distinción se traía del asunto *State v. Brown*, 836 S.W.2d 530, 549 (1992), en donde la Corte de Tennessee declaró que un testigo podría testificar como «lay person» que una

Y la segunda, que con la citada reforma tampoco se pretendía afectar ciertos supuestos que ya desde mucho tiempo atrás habían permitido excluir la aplicación de la regla de exclusión de la opinión³⁹⁰ y en los que la admisión de la opinión no se justificaba en la «experience, training or specialized knowledge within the realm of an expert» sino en un «particularized knowledge» que poseía el testigo. Al respecto, para ilustrar la distinción, se recurría a dos ejemplos: al asunto *Lightning Lube, Inc. v. Witco Corp.* 4 F.3d 1153 (3d Cir. 1993) ya citado, y también al asunto *United States v. Westbrook*, 896 F.2d 330 (8th Cir. 1990), en el que se permitió que dos personas que eran «heavy amphetamine users» declarasen bajo las normas del testimonio común que cierta sustancia era una anfetamina, a la vez que se aclaraba que, sin embargo, si a través de su testimonio se hubiera pretendido explicar cómo se fabrica un narcótico o los intrincados detalles de una red de distribución de narcóticos, entonces sí, el testimonio debía de calificarse de testimonio experto, debiendo de determinarse su admisión por tanto según la regla 702 FRE.

Nos interesaban estas dos consideraciones, porque nos parece que ponen de manifiesto cuestiones que hemos tratado ya relacionadas con la figura del testigo-perito en la versión que hemos llamado primigenia, pero que aquí, como hemos adelantado, emergerían con particular intensidad.

Así, que se trate de diferenciar dos formas de razonar teóricamente distintas, una cotidiana o familiar, que a partir de cierto *particularized knowledge*³⁹¹ derivado de la observación reiterada de unos hechos permite alcanzar una opinión que se presume entonces carente de metodología³⁹². En definitiva, una forma de razonar que, de nuevo, para no invadir el territorio de lo que sería el otro tipo de razonamiento (aquel que únicamente dominarían los expertos en la disciplina o área correspondiente).

sustancia parecía ser sangre, pero que un testigo tendría que ser calificado de experto antes de poder declarar que los moratones alrededor de los ojos son indicativos de un traumatismo craneal.

³⁹⁰ Y que, recordemos, suponía que un testigo que no era calificado de experto pudiera ofrecer su opinión sobre cuestiones muy diversas, entre ellas «the appearance of persons or things, identity, the manner of conduct, competency of a person, degrees of light or darkness, sound, size, weight, distance, and an endless number of items that cannot be described factually in words apart from inferences».

³⁹¹ Teóricamente diferente del conocimiento que proporciona la «experience, training or specialized knowledge within the realm of an expert».

³⁹² En este sentido, por ejemplo, Bowen Poulin, quien sostiene directamente que el empleo de una metodología confiable sería el criterio diferenciador que introduce la reforma de la regla 701 FRE a la luz de los asuntos precedentes *Daubert* y *Kumho Tire*. BOWEN POULIN, A., «Experience-Based Opinion Testimony: Strengthening the Lay Opinion Rule», *op. cit.*, p. 566.

Ello, decíamos, nos parece que evoca la noción que aquí hemos denominado primigenia del testigo-perito en cuanto que nos sitúa ante una persona poseedora de un saber de carácter más bien práctico resultado de su experiencia o de su familiaridad con ciertos hechos por la observación habitual de los mismos, lo que justificaría la admisión de su opinión bajo las reglas reguladoras de la admisión del testimonio común si su opinión puede ser tenida por lógica partiendo de sus observaciones. Todo ello frente al otro tipo de opinión, que ya no es propiamente el resultado de esa experiencia adquirida por el contacto reiterado y habitual con los hechos antes del inicio del procedimiento, sino que se sustenta en otras fuentes (*hearsay sources*) y en un conocimiento fundamentalmente teórico, no empírico.

Lo cierto, sin embargo, es que, pese a los esfuerzos por sentar criterios de distinción entre uno y otro tipo de testimonio, en la práctica, la dificultad persiste cuando estamos ante personas que contando con una determinada experiencia especializada en relación con los hechos objeto del litigio han tenido además una intervención o participado en los mismos, en la medida en que su testimonio puede encontrar amparo tanto en la 701 FRE como en la 702 FRE³⁹³. En estos casos, se pone en evidencia en definitiva, que las pautas de demarcación que se han venido manejando a partir de las dos reglas referidas, ya se refieran estas a la distinción entre dos tipos distintos de conocimiento –«scientific, technical or specialized knowledge» / «particularized knowledge»– o bien a las fuentes de ese conocimiento –«firsthand experience or knowledge» / «second-hand information»³⁹⁴ – o, incluso, a las ocasiones que dieron lugar a la opinión –«opinions formed during the course of the underlying events» / «opinions formed after-the-fact»– parecen no ser válidas o ser insuficientes.

³⁹³ *Ibid.*, p. 568.

³⁹⁴ Al respecto, los casos de agentes de policía que son propuestos al amparo de la regla 701 FRE, pero que sin embargo terminarían proporcionando un testimonio que es considerado experto, parecen ser particularmente frecuentes y han sido objeto reiterado de comentarios. Por ejemplo, Osentoski explica que cabría encontrar entre las «Courts of Appeals» hasta tres tendencias a este respecto en función de la interpretación que se lleve a cabo del requisito del «first-hand knowledge» exigible para proporcionar un testimonio común en forma de *opinion*. Así, resume: «The Fifth, Tenth and Eleventh Circuits hold that lay opinion testimony is admissible even if based solely on information gathered during and after-the-fact investigation. The Seventh and Ninth Circuits hold that lay opinion testimony is admissible in certain cases when based on a mixture of first and second-hand knowledge. The First, Second, Third, Fourth, and Eight Circuits hold that lay opinion testimony is not admissible unless the witness personally participated in or contemporaneously observed the subject of their testimony». OSENTOSKI, K., «Out of bounds: why federal rule of evidence 701 lay opinion testimony needs to be restricted to testimony based on personal first-hand perception», *op. cit.*, p. 2012.

En suma, que tampoco la aludida reforma de las FRE del año 2000 consiguió poner fin a la disparidad de criterios existente en los tribunales federales cuando, a la postre, se trataba de determinar cómo había de admitirse el testimonio, si como testimonio experto o común, en el supuesto de testigos que a la vez que tienen un conocimiento directo de los hechos son también, en alguna medida, expertos, por contar con una experiencia particular o específica con relación a esos hechos.

Por lo mismo, también han persistido las dudas con relación a los deberes de *disclosure* exigibles a este tipo de testigos, los cuales –se habrá advertido– tienen un encaje fácil en la categoría de los denominados *non-retained experts* que resulta de la regla 26 FRCP y que, como ya hemos referido, viene encarnada modernamente y de forma frecuente, por profesionales de diversa condición que mantienen una relación laboral con las partes.

Precisamente, y volviendo a esta última disposición de las FRCP, merece la pena dar cuenta de una reforma adicional de la regla 26 que reviste importancia a nuestros efectos ocurrida en el año 2010, y motivada por el hecho de que a aquellos *non-retained experts* se les eximiera de la emisión del informe previo a su declaración, privilegio este que no encontraba respaldo unánime ni entre los jueces³⁹⁵ ni entre los comentaristas, ni tampoco parecía cohonstar con los criterios *Daubert*. Así, en relación con esta decisión legislativa, ya en el año 2008 se escribía:

«Case law, scholars, practitioners, and *Daubert* all support a broad interpretation requiring reports from employee experts and physicians. Moreover, the underlying purposes of Rule 26 of the Federal Rules of Civil Procedure in general support boarder disclosure than allowed by the plain meaning of Rule 26 (a) (2) (B)»³⁹⁶.

Con la finalidad de resolver estos desacuerdos, en diciembre de 2010, la regla 26 FRCP sufrió otra modificación que, por lo que ahora importa, introdujo nuevos deberes de divulgación en el apartado de la misma atinente a «Disclosures of Expert Testimony»; según la nueva redacción de la regla todos aquellos testigos expertos que según la reforma

³⁹⁵ Sobre la diversidad de criterios en relación con la exigencia del informe previsto en la regla 26 (a) (2) (B) FRCP, cfr. ROCCO, K., «Rule 26(a)(2)(B) of the Federal Rules of Civil Procedure: In the Interest of Full Disclosure?», *op. cit.*

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 2255.

del año 1993 no debían presentar un informe³⁹⁷ sí quedaban ahora, sin embargo, obligados a revelar al menos dos aspectos de su testimonio, en relación con las opiniones expertas³⁹⁸, concretamente: (i) el asunto sobre el cual se espera que el testigo presente pruebas según las FRE 702, 703 o 705, y (ii) un resumen de los hechos y opiniones sobre los cuales el testigo testificará³⁹⁹. Aun cuando también parece haber diferentes criterios en cuanto a su precisión y alcance entre los tribunales federales⁴⁰⁰ se trata, como puede comprobarse, de un deber de revelación que se concreta en un informe más escueto (*summary report*), mucho menos gravoso que el exigido a los testigos expertos de profesión, pero que en alguna medida contribuye a disminuir el *unfair surprise* de cara a la *cross-examination* de aquellos *expertos non-retained*.

Con todo, el efecto de la reforma que más llama nuestra atención es el que vuelve sobre la vertiente fundamentalmente estratégica de esta categoría de testigos. Y es que la imposición del citado informe abreviado también se convirtió en un incentivo para, ahora de forma más decidida, presentar el testimonio de aquellos como *lay opinion testimony*. Así, poco después de haberse modificado la regla 26 FRCP en el sentido indicado, ya se estaba escribiendo⁴⁰¹:

«The 2010 amendments to Rule 26 likely lessen the reporting burden for employee experts, although further case law interpreting the new rules is necessary before litigants can know exactly what is required for a Rule 26 (a) (2) (C) report. Regardless of how these cases turn out, the path of least resistance is still to simply designate employee witnesses as lay witnesses rather than experts, thereby avoiding the report requirement entirely. If a party can successfully shoehorn the witness's testimony into the lay rather

³⁹⁷ Adviértase que en las «Advisory Committee Notes» se dice abiertamente que este tipo de testigos que no vienen obligados a presentar el informe previsto en el apartado (a) (2) (B) de la regla 26 vienen frecuentemente encarnados por «physicians or other health care professionals and employees of a party who do not regularly provide expert testimony», y también que estos testigos «may both testify as a fact witness and also provide expert testimony under Evidence Rule 702, 703 or 705».

³⁹⁸ Evidentemente, esta nueva obligación de divulgación que ha de materializarse en un «summary report» solamente sería aplicable en relación con las opiniones que sean tenidas por expertas. Cfr. «Advisory Committee Notes».

³⁹⁹ Tras la reforma de 2010, en el apartado que trata de la regla 26 FRCP se lee: «(C) *Witnesses Who Do Not Provide a Written Report*. Unless otherwise stipulated or ordered by the court, if the witness is not required to provide a written report, this disclosure must state: (i) the subject matter on which the witness is expected to present evidence under Federal Rule of Evidence 702, 703 or 705; and (ii) a summary of the facts and opinions to which the witness is expected to testify».

⁴⁰⁰ LYONS, T. y HUFFMAN, R., «Non-retained experts in Federal Court», *DRI Commercial Litigation Committee*, pp. 20 a 25. Disponible en: <https://tinyurl.com/23zjt8p6>

⁴⁰¹ Reese, A., «Employee and Inventor Witnesses in Patent Trials: the blurry line between expert and lay testimony», *op. cit.*, p. 433.

than the expert category, the party can be certain of avoiding Rule 26 report in any form»⁴⁰².

Si la declaración del testigo propuesto se revela difícilmente encajable en la categoría de testimonio ordinario⁴⁰³, entonces las opciones son dos: que ese testimonio ya calificado de experto deba de estar precedido del informe extenso previsto en la regla 26 (a) (2) (B) o, por el contrario, que baste con la presentación del informe más breve del apartado 26 (a) (2) (C).

Como se aventurará, los jueces federales para determinar cuál de las dos anteriores opciones procede, qué tipo de informe resulta aplicable cuando se trata, por ejemplo, de las opiniones de los denominados *employee experts* (que, como ya se ha dicho, es el prototipo de testigo híbrido actualmente, junto con los *treating physicians*), han acudido, también aquí, al conocimiento directo como criterio distintivo⁴⁰⁴ (una vez más, a las dicotomías «firsthand experience or knowledge» vs. «second-hand information» opinions formed during the course of the underlying events» vs. «opinions formed after-the-fact») y, en consecuencia, no han dado una respuesta unánime⁴⁰⁵. Con todo, según los

⁴⁰² «Las enmiendas de 2010 a la regla 26 probablemente reduzcan la carga de informes para los expertos empleados, aunque será necesario un mayor desarrollo de la jurisprudencia que interprete las nuevas reglas para que las partes en litigio puedan saber con exactitud qué se requiere para un informe según la regla 26 (a) (2) (C). Independientemente de cómo se resuelvan estos casos, el camino de menor resistencia sigue siendo simplemente designar a los testigos empleados como testigos legos en lugar de expertos, evitando así por completo el requisito del informe. Si una parte logra encajar con éxito el testimonio del testigo en la categoría de lego en lugar de experto, puede estar segura de evitar el requisito de informe de la regla 26 en cualquier forma» (traducción propia).

⁴⁰³ Levantthal advierte que, de hecho, en virtud de la reforma de la regla 26 FRCP referida, algunos tribunales habrían concluido que, al menos por lo que se refiere a los «treating physicians», estos han de ser calificados «as *per se* experts», mientras que otros tribunales permiten su declaración como «lay persons», pero solamente cuando su testimonio pueda circunscribirse a los hechos que conocieron de forma personal: «to personal knowledg concerning consultation, examination or the underlying treatment». LEVANTHAL, M., «Retained and non-retained experts: cases after 2010 amendments to Rule 26 (a) (2)», *New York Law Journal*, vol. 248, n.º 123, 2012. Disponible en: <https://tinyurl.com/24zc5tdr>

⁴⁰⁴ Al respecto de esta cuestión, el asunto *Downey v. Bob's Discount Furniture Holdings, Inc.*, 633 F.3d 1 (1st Cir. 2011) es considerado un «leading case». El demandante Downey, que había sufrido una plaga de chinches en su casa, demandó a la empresa que le había vendido los cabeceros de las camas, en la medida en que el exterminador (Edward Gordinier) que acudió a su casa para acabar con la plaga le indicó que las chinches procedían de los cabeceros. El Tribunal Federal consideró que Gordinier, llamado a declarar por el demandante como experto, no tenía que haber presentado el informe de la regla 26 (a) (2) (B) porque, se escribía, «his opinion testimony arises not from his enlistment as an expert but, rather, from his ground-level involvement in the events giving rise to the litigation», a lo que añadía que «his opinion about causation is premised on personal knowledge and observations made in the course of treatment».

⁴⁰⁵ Cfr. SNOW, B., «Expert disclosures: navigating the distinction between retained and non-retained experts» [entrada de blog], *Butler Snow*, 2 de octubre de 2019. Disponible en: <https://tinyurl.com/275a8ft2>

comentaristas⁴⁰⁶ la mayoría de los tribunales exigen a los expertos el informe amplio del apartado (a) (2) (B) cuando sus opiniones «depend on information obtained outside the course of treatment». Así, por ejemplo, en el asunto *Goodman v. Staples The Office Superstore, LLC*, 644 F.3d 817, 827 (9th Cir. 2011) se concluía que «when a treating physician morphs into a witness hired to render expert opinions that go beyond the usual scope of a treating doctor's testimony, those doctors fell outside the scope of the treating physician exception insofar as their additional opinions are concerned and Rule 26 (a) (2) (B) required disclosure of written reports». Se viene pues a sostener que si las opiniones del testigo están basada en el conocimiento personal formado antes del litigio, entonces este sujeto no puede ser considerado como un experto profesional y por tanto, solamente vendría obligado a presentar el informe abreviado antes de su declaración; por el contrario, si sus opiniones recaen sobre hechos de los que no tenía un conocimiento directo, sino que los conocieron para o de cara al litigio, entonces si deben, al menos con relación a estas opiniones, ser tratados como expertos de profesión a efectos de la regla 26 FRCP⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ LEVANTHAL, M., «Retained and non-retained experts: cases after 2010 amendments to Rule 26 (a) (2)», *op. cit.*

⁴⁰⁷ Como era de esperar, en atención a este criterio, las denominadas «causation opinions» parecen ser objeto de mayores exigencias, requiriendo con frecuencia los tribunales en estos casos el informe extenso del apartado (a) (2) (B). Cfr. *ibid.*

Capítulo IV. El testigo-perito en España

1. EL TESTIGO-PERITO EN ESPAÑA ANTES DE LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Es sabido que nuestro Derecho positivo anterior a la LEC no contemplaba, ni expresa ni implícitamente, el subtipo del testigo-perito. Sin embargo, la figura no le era desconocida a la doctrina por las aportaciones de los procesalistas a las que nos hemos referido fundamentalmente en el capítulo II y también por encontrarse expresamente recogida en la ZPO alemana, código procesal que fue objeto de traducción al castellano en el año 1936 por PRIETO-CASTRO⁴⁰⁸.

En la literatura científica procesal española las referencias al testigo-perito y al testigo técnico, en todo caso nunca extensas, siempre aparecen en el marco de los esfuerzos doctrinales por diferenciar la prueba por testigos y la pericial, igualmente provistas, cada una de ellas, de distintos diseños procesales. No consideramos que sea necesario profundizar aquí en todas y cada una de las normas procesales de aplicación a un medio de prueba u otro con arreglo a la LEC 1881, pero sí parece aconsejable realizar al menos algunas consideraciones previas, fundamentalmente acerca de la regulación, pero también de la concepción de la prueba pericial, para enmarcar mínimamente las explicaciones sobre la figura del testigo-perito que han proporcionado algunos procesalistas españoles y a las que seguidamente nos referiremos.

⁴⁰⁸ Nos referimos a la traducción del Prof. Prieto-Castro que se incluía, como apéndice, en la obra traducida de GOLDSCHMIDT, J., *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*

1.1. Unas consideraciones previas sobre la prueba de testigos y la prueba de peritos y las denominadas periciales extrajudiciales bajo la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

La «prueba de peritos» reconocida en la LEC 1881 en su artículo 610, se configuraba procesalmente como un medio de prueba, pues se debía acordar con carácter general a instancia de parte. Así, previa solicitud o proposición por las partes (al Juez solamente le era dado ordenar la práctica de la prueba de peritos como diligencia para mejor proveer y excepcionalmente), era objeto de admisión o de inadmisión judicial.

Ahora bien, que la Ley contemplase la prueba pericial como un «medio de prueba» no ha de llevarnos a pensar que doctrinalmente fuera tenida de forma unánime como tal, pues entre la doctrina patria subyacía la idea de que el perito realmente no suministra prueba alguna, ya que la prueba pericial consistía más bien en «ser apreciación o juicio sobre lo ya adquirido por otros medios de prueba»⁴⁰⁹, lo que hacía del perito un «auxiliar del Juez en la búsqueda de circunstancias o de máximas o reglas de la experiencia que no se hallen a su alcance»⁴¹⁰. Como ponía de manifiesto FONT SERRA, en este punto, emergía de nuevo el concepto de «máximas de la experiencia especializadas» como elemento distintivo entre el perito y el testigo, pues el perito integraría la actividad del juez aportando normas técnicas, mientras que el testigo no aportaría más que hechos acaecidos⁴¹¹.

Con todo –debemos insistir– voces autorizadas no dejaban de reconocer que los dictámenes periciales eran diversos en sus objetos y finalidades, lo que apuntaba a un concepto de actividad pericial que conducía a concebirla más como un medio de prueba, incluso si la actividad pericial se limitaba no más que a indicar máximas de la experiencia, principios o reglas de una ciencia, técnica o arte. Desde esta consideración la actividad

⁴⁰⁹ GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal*, vol. 1: *Derecho Procesal Civil*, ed. Gráfica Administrativa, Madrid, 1949, p. 336. Se trata de una concepción que se defendía bajo la LEC 1881, pero que todavía se defiende. Así, Montero Aroca ha indicado que «la especialidad de la prueba pericial puede radicar en que no se trate tanto de introducir una fuente de prueba como de conocer o apreciar una fuente ya introducida en el proceso por las partes», a la vez que cita una resolución de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2000 en la que se declara que «la prueba pericial ha de recaer sobre unos hechos o datos aportados al proceso para ser valorados y apreciados técnicamente, constituyendo lo antedicho la regla de oro de la prueba pericial en el área jurisdiccional civil». MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ed. Cívitas, Madrid, 2011, p. 342.

⁴¹⁰ PRIETO-CASTRO, L. y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 168.

⁴¹¹ FONT SERRA, E., *La prueba de peritos en el proceso civil español*, *op. cit.*, p. 111.

pericial se definía como aquella en virtud de la cual, a instancia de parte, personas expertas transmitían al juez «información especializada dirigida a permitir a éste el conocimiento y apreciación de hechos y circunstancias fácticas relevantes en el proceso»⁴¹².

Este debate subyacente, dotaba a la prueba pericial bajo la LEC 1881 de unas singulares características frente a los demás medios de prueba⁴¹³, en particular, por lo que ahora importa, frente a la prueba por testigos regulada en los artículos 637 a 666 de aquella LEC.

Con relación a este medio de prueba se partía positivamente del principio de admisibilidad general⁴¹⁴, una vez que los testigos eran seleccionados y luego propuestos por cada una de las partes, produciéndose la intervención judicial fundamentalmente en relación con las preguntas y repreguntas que las partes también propusieran formular a cada uno de los testigos por escrito⁴¹⁵ a través de los denominados «pliegos de preguntas» y «pliegos de repreguntas», las cuales eran susceptibles de admisión o no por el juez según su pertinencia (artículo 638), en el marco de un interrogatorio «escrito, formal, recíproco y sucesivo»⁴¹⁶.

Frente a este régimen normativo propio de la prueba testifical, volviendo a la regulación de la prueba de peritos, interesa subrayar ahora, en primer lugar, que la LEC 1881 solamente contemplaba una prueba pericial, la «pericial judicial». Esta única modalidad se conformaba asimismo con arreglo a unas normas procesales que la dotaban de particularidades propias y distintas, a las que nos referiremos concisamente a continuación.

⁴¹² *Ibid.*, p. 376.

⁴¹³ En el mismo sentido, el apartado XI de la Exposición de Motivos de la LEC: «*la actividad pericial, cuya regulación decimonónica reflejaba el no resuelto dilema acerca de su naturaleza —si medio de prueba o complemento o auxilio del juzgador—*», responde ahora plenamente a los principios generales que deben regir la actividad probatoria, adquiriendo sentido su libre valoración» (la cursiva es nuestra).

⁴¹⁴ GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 332. Aunque lo cierto es que había algunas excepciones, por ejemplo, las previstas en los artículos 1552 V (procedimiento de apremio en negocios de comercio) y 1579.11 V (juicio de desahucio por falta de pago). Cfr. RODRÍGUEZ TIRADO, A. M., *El interrogatorio de testigos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 99, o MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, *op. cit.*, p. 394.

⁴¹⁵ Aunque, tras la modificación operada por la Ley 34/1998 en el artículo 652, se hizo posible introducir preguntas y repreguntas orales, que no estuvieran en los pliegos, y también se permitió que el juez solicitara aclaraciones y adiciones.

⁴¹⁶ ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *El interrogatorio de testigos*, *op. cit.*, p. 18.

La primera de esas particularidades consistía en la necesaria existencia de un encargo judicial como fundamento de la intervención del perito en el proceso judicial, aunque la proposición de prueba –con «cierta paradoja» observaba PRIETO-CASTRO⁴¹⁷–, correspondiera a las partes. En cualquier caso, apuntaba también GÓMEZ ORBANEJA, la proposición de parte era condición necesaria, pero no suficiente, pues solamente correspondía al juez la decisión acerca de su admisión, ya que el dictamen se entendía elaborado para él⁴¹⁸ y una vez aceptado el encargo, el perito debía jurar llevarlo a cabo.

La segunda particularidad estribaba en la teórica objetividad predicable de dicha prueba, derivada de las garantías procesales previstas a tal efecto. Así, para empezar, la imparcialidad del perito se pretendía garantizar, de un lado, por aquella designación judicial que sustraía a las partes la capacidad de seleccionar unilateralmente al perito, pero también por la bilateralidad y amplias posibilidades de contradicción, que trataba de presidir la regulación de esta prueba y que se materializaba en el procedimiento al que se sometía la selección del perito o peritos y la elaboración del dictamen (que podía ser de palabra o escrito); así, comenzando por el hecho de que se confería a ambas partes litigantes la facultad de convenir acerca de la persona del perito y pronunciarse sobre su número, y que el objeto del dictamen pericial también era susceptible de ser delimitado por ambas partes –no solamente por la proponente–, pudiendo también ambas partes estar presentes en las operaciones periciales y solicitar «que el Juez exija al perito o peritos las explicaciones oportunas para el esclarecimiento de los hechos»⁴¹⁹.

En consecuencia, la LEC 1881 no regulaba la incorporación al proceso de informes de naturaleza experta, técnicos o científicos, elaborados antes del inicio del procedimiento por encargo de las partes, como sí sucede ahora, desde la aprobación de la LEC. Ahora bien, que no fueran entonces objeto de regulación no quiere decir que no se produjera la aportación de tales informes, ni que, una vez aportados, se excluyera la información que proporcionasen como elementos de juicio o no se les atribuyera ningún valor probatorio.

⁴¹⁷ PRIETO-CASTRO, L. y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 169. Son incontables las referencias que cabe hacer con relación a este histórico debate en España. Por citar un ejemplo de las alusiones en nuestra doctrina reciente al respecto de la disparidad de criterios entre los procesalistas bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, López-Muñiz escribía que Gómez Orbaneja y Prieto-Castro estiman que los peritos son auxiliares del juez. Sin embargo, Guasp, Fenech y Florián los califican como elemento de prueba. Cfr. LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *La prueba pericial. Guía práctica y jurisprudencia*, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

⁴¹⁸ GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 336.

⁴¹⁹ PRIETO-CASTRO, L. y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 170.

De hecho, su acostumbrada existencia en la praxis forense dio pie al empleo y confrontación de las expresiones «periciales judiciales», por un lado y «periciales extrajudiciales» o «periciales irregulares», por otro.

Así, si por pericial judicial se entendía la prueba de peritos que se desarrollaba de acuerdo con las normas procesalmente previstas a las que brevemente nos acabamos de referir, a través de las segundas se referían otras formas de introducir en el procedimiento judicial información que se asumía igualmente experta. Concretamente, si seguimos a FONT SERRA, serían dos las formas o dos los tipos de «peritos extrajudiciales»: por un lado, el «testigo que, en su declaración, emite un dictamen pericial» y, por el otro, el «autor de un documento con contenido pericial, que sea aportado al proceso»⁴²⁰. Diferenciaba aquí ya el citado autor entre el perito extrajudicial que denominaba «testigo técnico» y definía como «aquel testigo que, por medio de su declaración, a través del procedimiento de la prueba testifical emite un dictamen pericial» y el «autor de un documento con contenido pericial», un supuesto que FONT SERRA igualmente defendía que no podía asimilarse procesalmente al perito, aun cuando nos hallásemos —así lo escribía—«ante una persona experta que emite un dictamen con finalidad probatoria»⁴²¹. Es decir, defendía el citado autor que bajo la LEC 1881, aunque no se prohibía que pudiera proponerse una pericia a través de la prueba de testigos o de la prueba documental, la proposición de tales pruebas sería fraudulenta por «burlar las garantías de intervención de la parte contraria en la prueba de peritos», y por ello proponía, siguiendo a FAIRÉN, que frente a la providencia que admitiera tales pruebas se promoviese un incidente de nulidad de actuaciones (artículo 745.1º LEC 1881)⁴²².

Ahora bien, pese a estas visiones doctrinales, conviene insistir en que a nivel jurisprudencial no resultaba en absoluto pacífico si estas periciales extrajudiciales podían ser atendidas como elementos de juicio, ni bajo qué medio de prueba típico, ni cuál hubiera de ser su valor probatorio. Y así, se les atribuía el carácter y valor de la prueba

⁴²⁰ FONT SERRA, E., *La prueba de peritos en el proceso civil español*, op. cit., p. 112.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 120.

⁴²² Solamente contemplaba Font Serra una excepción para el caso de que la pericial extrajudicial propuesta tuviera como finalidad sustituir una prueba pericial anticipada. En sus palabras: «si en el momento del proceso no fuera posible verificar una prueba pericial, porque haya desaparecido o haya sufrido modificación la cosa objeto de reconocimiento», en cuyo caso sostenía que estas periciales extrajudiciales «no vulneraran el principio de bilateralidad de la prueba de peritos por la sencilla razón de que tal prueba no puede practicarse». *Ibid.*, pp. 141 y 142.

documental⁴²³ o de prueba no documental, sino documentada⁴²⁴, bien recibían la denominación de «conclusiones técnicas» y se defendía su valoración junto con los demás medios de prueba⁴²⁵, o bien se permitía su valoración como prueba testifical —aunque no sin vacilaciones⁴²⁶— siempre que se produjera la ratificación del autor del documento en juicio y se sometiera su declaración a contradicción, al ofrecerle a la otra parte la posibilidad de formular repreguntas según las normas reguladoras de la prueba de testigos⁴²⁷. Así, por todas, cita FONT SERRA⁴²⁸ una Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1971 en la que se declaraba:

⁴²³ Para ejemplificar esta corriente, citamos la STS n.º 6622/1985, de 30 de diciembre, en la que se declara: «Solo constituye prueba pericial la propuesta y practicada ajustándose a lo dispuesto en los artículos seiscientos diez a seiscientos treinta y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero no los dictámenes técnicos recabados por la parte antes del juicio y reflejados en un documento que luego es ratificado a presencia judicial, a la que solo cabe reconocer el carácter de prueba documental con arreglo a los artículos seiscientos dos y siguientes de la Ley Rituaria —Sentencia de 15 de enero de 1982 (RJ 1982\304)—, pero no la de pericia *stricto sensu*»; y la STS n.º 138/1988, de 20 de febrero, en la que se lee: «Esta Sala tiene reiteradamente declarado, que solo tiene el carácter de prueba pericial la propuesta y practicada ajustándose a lo dispuesto en los arts. 610 y siguientes de la LECiv, y que las certificaciones aportadas que contengan opiniones técnicas emitidas fuera del juicio, solo merecen la consideración de documentos si concurren en ellos las características de estos (Sentencia de 15 de enero de 1982 [RJ 1982\304], entre otras)».

⁴²⁴ Por ejemplo, STS de 9 de febrero de 2020. La cita la hemos encontrado en FLORES PRADA, I., *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, op. cit., p. 217, advirtiendo este autor que tal distinción entre prueba documental y prueba documentada impedía aplicar a los dictámenes extrajudiciales los efectos de la prueba legal y alegar en casación el error en su valoración.

⁴²⁵ Cfr. ABEL LLUCH, X., «Algunas reformas en la regulación de la prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 17, 2013, pp. 519 a 552, p. 522.

⁴²⁶ La SAP Guipúzcoa 211/2006 de 12 de septiembre refiere una Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de diciembre de 1995, con arreglo a la cual se rechaza que los dictámenes extrajudiciales puedan valorarse como declaraciones testificales, dado que incorporaban juicios de valor.

⁴²⁷ Aunque lógicamente también fue cuestionado que por la vía de la prueba testifical pudieran los autores de estas periciales extrajudiciales formular opiniones o valoraciones. Por ejemplo, Serra Domínguez, justamente para evitar que estas personas pudieran emitir opiniones o valoraciones, abogaba por que fueran tenidas por impertinentes y por tanto no llegaran a ser respondidas aquellas preguntas dirigidas al perito extrajudicial sobre cuestiones técnicas. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «De la prueba de peritos», en M. Albadalejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales (t. XVI, vol. 2): artículos 1214 a 1253 del Código Civil*, ed. Derecho Reunidas, 2.ª ed., Madrid, 1991, p. 418.

⁴²⁸ FONT SERRA, E., *La prueba de peritos en el proceso civil español*, op. cit., p. 117. Muchos años después de aquella sentencia, la misma postura con relación a los informes extrajudiciales con un contenido pericial parece haber mantenido la Sala Primera del Tribunal Supremo, mediante la STS 331/2006 de 29 de marzo. En la misma se declara: «Es cierto que esta Sala en numerosas sentencias ha negado el carácter de prueba pericial de los informes extrajudiciales al no observarse en ellos las formalidades rituarías a que ha de ajustarse su práctica; no obstante, si los mismos son ratificados a través de la prueba testifical con intervención de las demás partes personadas, la Sala permite su valoración como prueba testifical (STS de 9 de junio de 1987, STS de 4 de junio de 1992 y STS de 14 de julio de 2000), que es precisamente lo que hizo el Juzgador de Primera Instancia que expresamente se refiere al testigo don Guillermo, arquitecto autor del informe extrajudicial, valoración de la prueba que es aceptada por la Sala de instancia que expresamente acepta los fundamentos de derecho de la apelada».

«[...] si bien el requerido informe (una valoración efectuada por el arquitecto director de las obras, cuyo documento se denomina «peritación» por la sentencia recurrida) fue hecho antes del pleito, en su intento de conciliación entre las partes quedó, como expresa la sentencia, incorporado a éste, siendo ratificado y explicado por su autor al prestar declaración como testigo, circunstancia esta que le confiere el valor que respecto de la prueba testifical establecen los artículos 1248 del C.C. y 659 de la LEC».

En resumen: la LEC 1881 solamente regulaba una modalidad de prueba pericial, sujeta al encargo judicial (aunque a instancia de parte) y a otro conjunto de normas procesales que, en definitiva, buscaban garantizar la objetividad y fiabilidad del dictamen encomendado al perito o a los peritos designados, a la vez que respetar la bilateralidad y la confrontación en la práctica de esta prueba.

Aun así, en el foro devino frecuente el empleo de «periciales extrajudiciales», como otra forma de introducir informes periciales en un procedimiento judicial que, aun carente de regulación procesal, tenían su importancia. En primer lugar, según apuntaba MUÑOZ SABATÉ⁴²⁹ por razón de «la fugacidad» de los hechos que hace imposible esperar al inicio del procedimiento y a la eventual designación judicial del perito, circunstancia que en la medida en que bajo la LEC 1881 no se contemplaba la prueba pericial anticipada, también ponía en valor FONT SERRA⁴³⁰ para, solamente a la vista de su concurrencia, defender la procedencia de atender y valorar una pericial extrajudicial, defensa que –también observaba el referido autor–, la jurisprudencia habría avalado. Así, escribía:

«[...] puede suceder que un hecho, de imposible reconocimiento pericial en el momento del proceso -porque el objeto del reconocimiento haya desaparecido, por ejemplo- no pueda verificarse a través de la prueba pericial. Entonces, será oportuno y conveniente la aportación de un documento pericial, cuando sea posible».

A lo que añadía:

«Por ello, nuestra jurisprudencia ha estimado acertadamente que, cuando es imposible verificar la prueba pericial pertinente, la pericia extrajudicial

⁴²⁹ Font Serra interpretaba que la LEC 1881 no admitía la prueba pericial anticipada o el dictamen pericial para futura memoria según resultaba de su artículo 502, por lo que concluía que «la única diligencia de prueba permitida para futura memoria en nuestra legislación procesal civil es la testifical. Solo cabrá por tanto acreditar un punto técnico anticipadamente a través de un testimonio técnico, es decir, por medio de una pericia extrajudicial, pero no con un dictamen pericial anticipado». FONT SERRA, E., *La prueba de peritos en el proceso civil español*, op. cit., p. 115.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 120.

documental puede sustituir a la prueba pericial judicial (cfr. SS. de 29 de septiembre de 1960 y 3 de noviembre de 1960). No existe infracción alguna del principio de bilateralidad de la prueba de peritos, si el documento pericial tiene por objeto dar a conocer un hecho acaecido en tiempo y lugar distintos, de imposible verificación a través de la prueba de peritos».

Junto a la «fugacidad» de los hechos citada como criterio legitimador de las denominadas periciales extrajudiciales, se apuntaba también que las mismas resultaban necesarias para que los abogados pudieran elaborar y también respaldar, mediante la aportación del documento técnico en cuestión, las afirmaciones de naturaleza técnica o especializada que la naturaleza del asunto les obligaba a formular en sus escritos de alegaciones⁴³¹.

Lo que nos importa en cualquier caso es que esta práctica acuñó una acepción de testigo técnico o de testigo-perito⁴³² estrechamente vinculada a aquellas periciales extrajudiciales que –insistimos– podían o no venir emparentadas con la previa aportación de un documento al procedimiento judicial con un contenido teóricamente pericial y que, precisamente, gracias al posterior testimonio de sus autores en contradicción y en presencia judicial podía ser valorado como un elemento de juicio. Con todo, nunca dejó de cuestionarse el valor probatorio tanto de aquellos documentos preconstituidos como el testimonio de sus autores (también MUÑOZ SABATÉ⁴³³ se refería a la actitud hipovaluatoria que se mantenía respecto de aquellas periciales extrajudiciales), lo que sucedía, fundamentalmente, porque acudiendo a esta fórmula se venían a eludir las exigencias y garantías procesales que presidían la prueba de peritos con arreglo a la LEC 1881.

Nos referiremos a este y otros puntos de vista doctrinales a continuación.

⁴³¹ MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de Prueba Judicial Civil L.E.C.1/2000*, ed. Bosch, Barcelona, 2001, p. 331.

⁴³² Al menos, según escribe Ríos López, los autores de estas periciales extrajudiciales también habrían recibido la denominación de «testigos-peritos». RÍOS LÓPEZ, Y., «Testigo-perito y proposición. ¿Puede admitirse como tal la declaración de un perito que no ha sido testigo accidental de los hechos, sino que se trata de una prueba preconstituida? ¿Cabe admitir la declaración del perito de la compañía de seguros demandada que examina los daños de un coche y posteriormente, no aportando en plazo el informe pericial, es propuesto como testigo-perito?», en Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), *El interrogatorio de testigos*, *op. cit.*, pp. 229 a 238, p. 233.

⁴³³ MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de Prueba Judicial Civil L.E.C.1/2000*, *op. cit.*, p. 332.

1.2. El testigo-perito a nivel dogmático antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Hemos considerado conveniente realizar estas consideraciones previas para contextualizar las alusiones a la figura del testigo-perito o testigo técnico anteriores a la entrada en vigor de la LEC, en la medida en que, como se ha visto, es una figura que aparece vinculada en España a un cierto tipo de «pericial extrajudicial».

En cualquier caso, lo que ahora nos proponemos es revisar las aportaciones doctrinales que se refieren exclusivamente al testigo-perito bajo la forma o manifestación de no más que un testimonio, sin aportación al procedimiento de ningún documento cuya autoría quepa atribuir a aquella persona cuya declaración como testigo se propone. En general, en estas referencias doctrinales son habituales las citas a F. STEIN y a CARNELUTTI⁴³⁴, pero sin que encontremos alusiones que subrayen diferencias en sus aportaciones. Tampoco aparece, por lo general⁴³⁵, relacionada la figura con la regla de exclusión ni se encuentran reflexiones de naturaleza epistemológica al respecto de los diferentes tipos de conocimiento o de razonamiento como criterios distintivos del testimonio pericial y del que sería propio del testigo-perito.

Sin embargo, no se puede decir que las dos teóricas nociones de la figura fueran desconocidas. Así, ya hemos transcrito las palabras de PRIETO-CASTRO a este respecto, y como, según el citado profesor, en el caso de que el sujeto en cuestión declarase «sobre hechos percibidos» y al mismo tiempo extrajera «consecuencias o deducciones de ellos», entonces le «serían aplicables las reglas de una y otra prueba». No obstante, suponiendo que en tal caso nos encontramos ante un testimonio que cabría calificar de mixto (testifical-pericial), PRIETO-CASTRO nada decía de cómo deslindar unos juicios de los otros (asumiendo, suponemos, su diferenciación), ni añadía nada tampoco acerca de cómo conciliar los diseños legales ya establecidos o, en definitiva, regular en estos casos la intervención en el procedimiento de esta persona.

También en la obra GÓMEZ ORBANEJA encontramos referencias a la figura en tal doble cualidad o condición. Así, tras señalar que es testigo y no perito «la persona que ha

⁴³⁴ Por ejemplo, Garciandía González, quien manifestaba no ver inconveniente en «que una persona experta declarase como testigo acerca de un hecho percibido o deducido merced a su aptitud o preparación técnica [...] para emitir testimonio sobre los hechos». GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M., *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1999, p. 319.

⁴³⁵ Nos parece encontrar una excepción, mediante una breve digresión, en DE LA OLIVA, A., FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. y VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil II*, op. cit., p. 349.

percibido con anterioridad casualmente los hechos, pero solo gracias a su saber particular», indicaba: «Naturalmente, nada se opone a que una misma persona pueda figurar en el proceso en ambas calidades». Y proporcionaba el siguiente ejemplo:

«(...) el médico a quien le traen el herido inmediatamente después de la agresión, o, mejor aún, que habiendo presenciado casualmente el atropello, lo extrae de debajo de las ruedas, podrá *referir*, en cuanto testigo, no solo cómo ocurrió el accidente, sino cuántas y cuáles eran las heridas que presentaba la víctima; y *dictaminar*, como perito, si con un tratamiento adecuado esas heridas hubiesen podido curarse en tantos días en vez de en tantos otros»⁴³⁶.

Sin embargo, tampoco se explicitaba cómo, en tal caso, debía, procesalmente hablando, producirse ese testimonio comprensivo a la vez de juicios típicamente testificales, de un lado, y típicamente periciales diferenciables.

Precisamente, en relación con lo anterior, nos han llamado la atención las reflexiones de VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, que sí advertía la dificultad en la determinación de «dónde termina el *relato* y comienza el *informe*»⁴³⁷, y también las consideraciones de SERRA DOMÍNGUEZ, quien tras enumerar algunas de las reglas jurídico-procesales que permitían distinguir al testigo y al perito, se manifestaba contrario a la inclusión del testigo-perito en nuestro ordenamiento, advirtiendo su imposible encaje con la regulación de ambos medios de prueba en la medida en que entendía que se trataba de una «figura que comprende en una sola persona los dos conceptos de testigo y de perito». Así, concluía:

«Para nosotros, no puede darse semejante confusión. La persona que observa directamente los hechos es testigo, y debe declarar como tal aun cuando posea especiales conocimientos técnicos. Por el contrario, quien no haya observado los hechos y haya sido llamado al proceso para que aporte al mismo sus conocimientos técnicos, es Perito, aunque en el transcurso de la pericia realice actividades de percepción (...)»⁴³⁸.

En las reflexiones de este autor subyace la distinción doctrinal entre fuentes –como los elementos materiales o personales que existen independientemente del proceso– y

⁴³⁶ GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal*, op. cit., p. 325.

⁴³⁷ VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, C., «Naturaleza jurídica de la pericia», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 4, fasc. 1, 1951, pp. 43 a 70, p. 60.

⁴³⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, M., «De la prueba de peritos», op. cit., p. 414.

medios de prueba –como la actividad o actuación procesal a través de la cual se incorporan las fuentes– y, asociada a ella, pues le sirve de herramienta metodológica indiscutible, el principio de legalidad como requisito a tener presente el juicio jurisdiccional de admisibilidad de las pruebas.

Es esta una diferenciación a la que de alguna manera ya se refería BENTHAM, y también CARNELUTTI, y a la que, entre nosotros, ha acudido particularmente MONTERO AROCA para, por lo que ahora nos importa, poner de manifiesto lo problemático que puede resultar introducir una nueva fuente en el proceso por alguno de los medios de prueba, en la medida en que la regulación de cada medio de prueba se hace legalmente pensando en una única fuente⁴³⁹. Así, como decíamos, desde esta asunción nos parece que se comprenden muy bien las consideraciones de SERRA DOMÍNGUEZ, quien precisamente subrayaba que cuando en una sola persona coincide el conocimiento directo y los conocimientos especializados, su admisión resulta imposible porque los diseños legales de cada uno de los medios de prueba (testifical y pericial) están configurados sobre la base de que no hay tal coincidencia en la fuente.

Es interesante también volver sobre la visión de FONT SERRA, que ya hemos visto que consideraba al testigo técnico como «un perito extrajudicial», en la medida en que «por medio de su declaración, a través del procedimiento de la prueba testifical emite un dictamen pericial», aunque tras esta primera observación el citado autor reconocía que «la distinción entre el testigo técnico y el perito se complica, cuando un testigo ha podido percibir los hechos sobre los que es preguntado gracias a sus conocimientos especializados. En tales casos –continuaba– se había de diferenciar entre:

«a) la declaración testifical sobre la existencia histórica del hecho (declaración testifical) y b) el dictamen sobre aspectos técnicos del hecho testificado (actividad pericial del testigo). Por tanto, en el caso del testigo técnico hallamos una doble actividad probatoria de una misma persona; actividad pericial y actividad testifical. Esta última declaración sobre aspectos técnicos se podría haber emitido, en el caso del médico, tras el examen del enfermo, incluso sin que aquel hubiera presenciado el desarrollo de la enfermedad, por regla general.

Por tanto, en el caso del testigo técnico, hallamos una doble actividad probatoria en una misma persona: actividad testifical y actividad pericial.

⁴³⁹ MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil, op. cit.*, p. 151.

Una misma persona actúa como testigo y como perito, a través del procedimiento de la prueba de testigos»

Por lo que terminaba observando que «si las partes litigantes no solicitan el nombramiento –y el Juez no considera necesaria la designación– de peritos que aseveren la declaración del testigo técnico –procesalmente tal prueba es testifical, pues no se ha seguido el procedimiento probatorio de la prueba pericial–, se tiene en cuenta una pericia desarrollada sin atender a los trámites establecidos por la LEC». Y concluía: «en nuestro sistema procesal no se preceptúa la prueba testifical técnica. Por ello, no es arriesgado afirmar que el dictamen pericial emitido por un testigo puede llegar a ser, teniendo en cuenta la bilateralidad prevista para la prueba de peritos, una verdadera corruptela»⁴⁴⁰.

Para finalizar, mencionaremos la visión de MUÑOZ SABATÉ⁴⁴¹ que acude a una terminología más propia del *common law*, basada en la confrontación entre los hechos y las opiniones:

«En sentido estrictamente procesal, testigo es la persona que declara ante el juez sobre un hecho percibido, o del que tiene noticia, o sobre el cual puede emitir una opinión. Estas tres circunstancias son las que respectivamente permiten distinguir entre testigo directo, testigo de referencia y testigo técnico».

Y seguidamente añadía:

«Por lo que hace a la figura del testigo-perito cuyo ensamblaje en el derecho anglosajón es sobradamente conocido, ningún inconveniente existe en nuestro ordenamiento, no para practicar una pericial por medio de testigos, sino para que un testigo con experiencia técnica o científica pueda ser preguntado o repreguntado sobre opiniones de dicha índole».

Es por tanto incuestionable que en la doctrina procesal española se reconocía efectivamente la posibilidad de que aquellas personas que contaban con un conocimiento o experiencia especializada y habían, sin encargo judicial, conocido los hechos que resultaban luego objeto de un procedimiento judicial, pudieran actuar como testigos y peritos en aquel procedimiento, pero nos parece que, con alguna excepción (VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER), esta afirmación se hacía bajo la asunción de que al prestar testimonio sus juicios, según desempeñara un papel u otro, eran fácilmente distinguibles

⁴⁴⁰ FONT SERRA, E., *La prueba de peritos en el proceso civil español*, op. cit., p. 117.

⁴⁴¹ MUÑOZ SABATÉ, L., *Cuadernos de probática I y II*, op. cit., p. 230.

y separables⁴⁴² y, en todo caso, sin que fuera propuesta la fórmula para que en tales ocasiones fuesen respetadas las reglas procesales de aplicación según el tipo de juicio (PRIETO-CASTRO y GÓMEZ ORBANEJA). Lo cierto, sin embargo, es que esa compatibilidad resultaba imposible como advertía SERRA DOMÍNGUEZ, en la medida en que, según su configuración normativa, es decir, desde un punto de vista jurídico-procesal, el perito bajo la LEC 1881 no conocía los hechos sino una vez iniciado el procedimiento y tras el encargo judicial. Todo lo cual, a la postre, conducía a la noción según la cual el testigo técnico era aquella persona que sin encargo judicial, emitía una «opinión» (según MUÑOZ SABATÉ) y que justificaba que se concibiera la figura como una «corruptela» (FONT SERRA) por cuanto, como se ha explicado, las reglas aplicables a la prueba pericial, señaladamente la existencia del encargo judicial, estaban preordenadas para tratar de garantizar la fiabilidad del dictamen a la vez que a asegurar el principio de contradicción.

En cualquier caso, es decir, pese a que doctrinalmente recibiera un tratamiento que diríamos más bien escaso, se constata que el testimonio técnico en España si se caracterizaba por algo era por su carácter problemático y hasta subversivo. Se comprende entonces que los ansiados proyectos reformistas a la totalidad de la LEC 1881, conscientes de lo anterior, trataran de ponerle fin mediante su reconocimiento legal. Quizás con esta aspiración, ya en el trabajo denominado de «Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil» de los años 1972 y 1974, se contemplaba, en términos parecidos al vigente artículo 370.4 de la LEC, la figura del testigo-perito.

⁴⁴² Tal posibilidad de distinción también la encontramos, de alguna manera, en la jurisprudencia. Cfr. STS 406/1994 de 24 de septiembre y STS 1742/1994 de 29 de septiembre, que observan que el testigo-perito no es «infrecuente en la práctica judicial» «como sucede con la persona que presencia un atropello o agresión y, por su cualidad de médico, presta al herido su primera asistencia, y en tales casos no hay ningún inconveniente para que su declaración consista, por una parte en describir lo que vio y por otra las circunstancias del herido como experto». Aunque decir esto y nada es parecido, pues no se explicita en qué consiste eso de «describir lo que vio» ni tampoco «las circunstancias del herido como experto».

2. LA CONSAGRACIÓN POSITIVA DEL TESTIGO-PERITO EN ESPAÑA: EL ARTÍCULO 370.4 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

2.1. Antecedentes y tramitación

Parece incuestionable que la consagración positiva de la figura del testigo-perito en España en los términos hoy vigentes tiene su origen directo, como tantas otras disposiciones de la LEC⁴⁴³, en la obra publicada en dos tomos en los años 1972 y 1974, respectivamente, bajo la denominación de «Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil»; un trabajo que es conocido como el «Proyecto de los Profesores» en la medida en que significó, en efecto, el trabajo conjunto de un buen número de profesores de Derecho Procesal de distintas Universidades españolas.

En el esfuerzo de actualización al siglo XX de la LEC 1881, los Profesores postulaban la conveniencia de que el testigo-perito fuera objeto de reconocimiento positivo en nuestra legislación procesal civil, entroncando de forma inequívoca sus razones con una doble necesidad: clarificar la naturaleza y objeto de la prueba por testigos (carente de una definición en aquella Ley y cuya primera disposición revelaba ya la tradicional desconfianza del legislador en este medio de prueba⁴⁴⁴) frente a la pericial, pero sin por ello dejar de reconocer otras «categorías» probatorias que pudieran ser convenientes o necesarias en el proceso judicial.

Así, para empezar, se proponía el empleo de una fórmula que viniera a indicar, se escribía, «para qué vale la declaración de un testigo y cuál es la materia de la misma», plasmándose esta finalmente así:

⁴⁴³ Al tratar de los antecedentes que podrían haber influido en la elaboración del Borrador del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil se ha señalado: «Los materiales y fuentes inspiradoras han sido, sin duda, amplios y variados. En el terreno estricto de los antecedentes, sin embargo, el único que sin riesgo de equivocación puede y debe mencionarse es la denominada «Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil», realizada por un nutrido de destacados profesores de Derecho procesal y publicada en 1972 —el tomo I— y en 1974 —el tomo II—. Su influencia en muchos contenidos del Borrador es clara». DÍEZ-PICAZO, I., «Planteamiento, sistema y caracteres del Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil* (organizadas por la Escuela de Práctica Jurídica de Murcia los días 7 a 10 de octubre de 1997), pp. 4-45. Disponible en: <https://zenodo.org/records/10655643>

⁴⁴⁴ Repárese en que la primera disposición reguladora de la prueba de testigos en la LEC 1881 (artículo 637 LEC) trataba de su exclusión en relación con los hechos probados por confesión judicial. Al hilo de lo anterior, los profesores se hacían eco, a la vez que lamentaban, el desprestigio de la prueba testifical, situación que atribuían en parte a «la insinceridad que se ha adueñado de todos los estamentos sociales, no precisamente inclinados a la lucha por la verdad».

«Las partes podrán solicitar la declaración de testigos para probar los hechos controvertidos en juicio de los que tengan noticia» (artículo 517.I del Proyecto)⁴⁴⁵.

Escribían los Profesores que a través de esta disposición habría quedado «al propio tiempo esclarecida la diferencia entre el testigo y el perito», si bien llegados a este punto, añadían:

«[...] pero puesto que existe legalmente (en otras legislaciones) y doctrinalmente (también entre nosotros) la figura del testigo-perito, parecía que la ocasión adecuada era el párrafo II del mismo artículo 517, en el que señalan los rasgos que la distinguen, estableciendo al mismo tiempo su admisibilidad expresada en la disposición de que el «el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos [sus] conocimientos agregue respecto de los hechos». Las categorías tradicionales no pueden actuar creando impedimentos para una mejor justicia, y no cabe duda de que el testigo-perito puede ser un auxiliar del órgano jurisdiccional en la busca de la verdad y de sus consecuencias».

Así, la disposición completa en cuestión quedaba en el proyecto de los Profesores como sigue:

«Contenido de la prueba por testigos. Testigo-perito.

I. Las partes podrán solicitar la declaración de testigos para probar los hechos controvertidos en juicio de los que tengan noticia.

II. Cuanto el testigo, por razón de su profesión u oficio, posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que afecten a los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue a las respuestas sobre los hechos».

En el texto del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobado en diciembre de 1997, la referencia al testigo-perito la encontramos ya ubicada en otro lugar al inicialmente propuesto, concretamente en el artículo 422, que llevaba por rúbrica «Examen del testigo sobre las preguntas admitidas. Testigo-perito». Desde aquella propuesta de los Profesores, el texto contemplado en el Anteproyecto no variaba sustancialmente. En su integridad, el artículo 422 citado establecía:

⁴⁴⁵ *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, p. 95.

«Artículo 422: Examen del testigo sobre las preguntas admitidas. Testigo-perito.

1. A continuación de lo expresado en el artículo anterior, el testigo será examinado por el tribunal a tenor de cada una de las preguntas que hubieren sido admitidas, comenzando por las del interrogatorio de la parte que le hubiera propuesto.
2. El testigo responderá por sí mismo, de palabra, sin valerse de ningún borrador de respuestas. Cuando la pregunta se refiera a cuentas, libros o documentos, se permitirá que los consulte antes de responder.
3. En cada una de las respuestas, el testigo expresará la razón de ciencia de lo que diga.
4. Cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos.

En cuanto a dichas manifestaciones, las partes podrán hacer notar al tribunal la concurrencia de cualesquiera de las circunstancias relacionadas con el artículo 391⁴⁴⁶ de la Ley».

Merece la pena hacer referencia al Informe del Consejo General del Poder Judicial de 11 de mayo de 1998 sobre el Anteproyecto, por cuanto aplaudía la «expresa regulación del supuesto en que un testigo posea conocimientos científicos, artísticos o técnicos y el valor probatorio de sus manifestaciones», a la vez que reconocía que la figura había presentado «tradicionalmente límites controvertidos, camuflándose auténticas pruebas pseudopericiales a modo de testifical». De otro lado, pero también en relación con el testigo-perito, ponía de relieve la ausencia de prevenciones en el Anteproyecto al respecto de «las exposiciones fácticas realizadas por los detectives o investigadores privados», recomendando en consecuencia, también por su tratamiento problemático a nivel dogmático y jurisprudencial⁴⁴⁷, que se regulara el acceso de sus investigaciones al

⁴⁴⁶ Con relación a la positivización del testigo-perito, el Dictamen del Consejo de Estado de 17 de septiembre de 1998 se limitaba a observar que la remisión al artículo 391 «se dirige, en realidad, a su artículo 394». El artículo 394 del Anteproyecto se refería a las tachas y tiempo y forma de las tachas de los peritos.

⁴⁴⁷ Sobre el carácter igualmente controvertido del detective privado y sus informes antes de la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cfr. MORALES PRATS, F., «La naturaleza

proceso, eso sí, «con las necesarias reservas sobre una prueba preconstituida y objeto de previo encargo».

En el Proyecto de Ley publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 13 de noviembre de 1998⁴⁴⁸, la figura del testigo-perito aparece ya en el artículo 373 con idéntica redacción que la correspondiente al Anteproyecto, pero también, en respuesta a las consideraciones del Informe del Consejo del Poder Judicial, la voz de testigo-perito aparece en el proyecto por segunda vez, concretamente en el artículo 382 acerca del «Interrogatorio acerca de los hechos que consten en informes escritos» en los siguiente términos:

«1. Si, conforme a lo dispuesto en el apartado quinto del artículo 265 o en otro momento ulterior, al amparo del apartado sexto del mismo precepto, se hubiesen aportado a los autos informes sobre hechos y éstos no hubiesen sido reconocidos como ciertos por todas las partes a quien pudieren perjudicar, se interrogará como testigos a los autores de los informes, en la forma prevenida en esta Ley, con las siguientes reglas especiales:

1ª. No procederá la tacha del testigo por razón de interés en el asunto, cuando el informe hubiese sido elaborado por encargo de una de las partes.

2ª. El autor del informe habrá de reconocerlo y ratificarse en su contenido, antes de que se le formulen las preguntas pertinentes.

3ª. El interrogatorio se limitará a los hechos consignados en los informes.

2. Si los informes contuvieren también valoraciones fundadas en conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos de sus autores, se estará a lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 373, sobre el testigo-perito»⁴⁴⁹.

En el texto del Proyecto remitido por el Congreso de los Diputados el 5 de octubre de 1999⁴⁵⁰ se recoge ya la figura del testigo-perito en el artículo 370.4 en términos idénticos a los que luego se aprobarían en la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

jurídico-procesal del detective privado: el testigo-perito (Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998)», *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 396, 1999, pp. 1 a 5.

⁴⁴⁸ Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L6/CONG/BOCG/A/A_147-01.PDF

⁴⁴⁹ El apartado segundo de lo que en esta versión del Proyecto de Ley era el artículo 382 no habría sufrido ningún cambio, de forma que lo encontramos con esos mismos términos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, aunque ahora en el apartado 2 del artículo 380, en donde se encuentra la misma remisión al testigo-perito.

⁴⁵⁰ Disponible en: <https://tinyurl.com/29ml19bf>

No se puede decir, por tanto, que la consagración positiva de la figura del testigo-perito en el artículo 370.4 LEC fuera objeto de debate ni, aparentemente al menos, de alteraciones de calado hasta llegar al texto finalmente aprobado.

Por el contrario, las disposiciones reguladoras de la prueba pericial y de la prueba testifical sí que sufrieron, atendiendo a las previstas en la LEC 1881 pero también a las propuestas de aquel académico proyecto reformista de la década de los setenta, modificaciones importantes durante la larga y nada fácil tramitación de la vigente LEC. Entonces, una sucinta descripción de sus diseños legales, vigentes desde el año 2000, se hace precisa, al menos para subrayar algunas notas características y esenciales que dan cuenta de las razones por las que en España el testigo-perito se ha revelado también (al igual que sucedía con aquellas periciales extrajudiciales, luego ratificadas por sus autores que eran llamados a declarar como testigos) bajo la que aquí nos hemos referido como una tercera noción, como una forma de eludir las normas probatorias del dictamen de peritos, llegando incluso a declarar algunos Tribunales, como ya se advirtió, que el recurso a la figura constituye un fraude procesal.

2.2. Unas notas necesarias sobre la configuración positiva del dictamen de peritos y del interrogatorio de testigos conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil

2.2.1. Sobre la configuración positiva de la prueba del dictamen de peritos

Iniciaremos estas notas con la prueba pericial, a la que la LEC se refiere como medio de prueba en su artículo 299.4º LEC bajo el rótulo de «Dictamen de peritos». Como es sabido, la LEC, rompiendo con el modelo de prueba pericial único y judicial, reconoce y regula un «modelo dual electivo de prueba pericial»⁴⁵¹: de un lado, los dictámenes de peritos que son designados por las partes y, de otro, la prueba pericial de designación judicial, en todo caso, a instancia de parte⁴⁵², regulando ambas modalidades en lo esencial en la Sección 5ª del Capítulo VI del Título I del Libro II de la LEC, artículos 335 a 352.

⁴⁵¹ Cfr. FLORES PRADA, I., *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, *op. cit.*, p. 224; y FLORES PRADA, I., «Veinte años de vigencia del modelo dual de prueba pericial en el proceso civil. Breve balance y propuestas de reforma», en Andino López, J. A. y Cerrato Guri, E. (coords.) y Picó i Junoy, J. (dir.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, *op. cit.*, pp. 367 a 412.

⁴⁵² En rigor, habríamos de matizar esta afirmación, pues en el supuesto de algunos de los denominados procesos especiales regulados en el Libro IV de la LEC se les permite a los jueces acordar de oficio, sin que sí se lo soliciten las partes, una prueba pericial (artículo 339.5 LEC).

En las líneas que siguen nos centraremos en la primera de las modalidades, por ser la que la LEC configuró como prevalente y porque como tal se ha revelado durante estos casi veinticinco años de vigencia.

Comenzaremos insistiendo en que la LEC otorga a la prueba pericial, sin hacer distinción en relación con las dos modalidades que contempla, el carácter de medio de prueba (al respecto, ya transcribimos un fragmento significativo de su Exposición de Motivos), lo que en relación con la cuestión relativa a los poderes del juez en materia probatoria, supuso, como ha puesto de manifiesto FLORES PRADA, devolver a las partes «la disponibilidad de la fuente, permitiéndoles la búsqueda de opiniones especializadas que sirvieran para elaborar y fundamentar sus opiniones»⁴⁵³, concibiéndose entonces el dictamen pericial de designación de parte como el producto de un encargo que el perito recibe de la parte y que le concede el a aquel en consecuencia el derecho al cobro de unos honorarios.

Además, estaríamos ante un medio de prueba con independencia de las finalidades del dictamen. Es decir, tanto si –empleando la expresión del artículo 335 LEC– la pericia tiene como finalidad «valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto» como «adquirir certeza» sobre esos hechos o circunstancias relevantes. Es esta una distinción en la que emergen los dos tipos de juicios posibles y supuestamente distintos sobre los hechos relacionados con las dos nociones de la figura del testigo-perito referidas. De un lado, aquellos juicios supuestamente derivados no más que de la actividad perceptiva del perito y relativos a las características y cualidades de los objetos, juicios que también FLORES PRADA⁴⁵⁴ ha calificado de «información objetiva (*verificación*)» y, de otro lado, aquellos juicios que –en palabras del mismo autor– tendrían por finalidad «indagar sobre los antecedentes o efectos que han podido causar hechos determinados»⁴⁵⁵.

Como medio de prueba, es claro que el juez debe entonces valorar la prueba pericial con arreglo a las reglas de su sana crítica (artículo 348 LEC), tarea que por su particular dificultad, ha motivado el cuestionamiento del brocardo según el cual el juez debe ser un

⁴⁵³ FLORES PRADA, I., *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, op. cit., p. 148.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 151.

⁴⁵⁵ En la misma línea, nos parece, Montero Aroca diferencia entre peritaje objetivo y peritaje de opinión; en el primer caso, la función del perito sería la «verificación de un hecho», dando lugar a un peritaje que califica de objetivamente científico, y el perito desempeñaría una actividad de auxiliar del juez, pues «lo que dice el perito, el juez no puede dejar de asumirlo en la sentencia». Cfr. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, op. cit., p. 343.

peritus peritorum, al que se ha acudido clásicamente para postular su capacidad para entender los fundamentos y conclusiones de un informe pericial. Con todo, lo que interesa subrayar ahora es que bajo esta concepción de la prueba pericial se aspira a que los jueces lleven a cabo una valoración racional también, pese a sus innegables dificultades, de la prueba pericial, lo que impone, evidentemente, que entiendan en la medida de lo posible el razonamiento, las premisas y las inferencias en los que el experto sustente sus conclusiones.

El reconocimiento como prueba pericial de los informes elaborados por peritos designados por las partes provocó en su momento no poca perplejidad y recelos al entenderse que la imparcialidad del perito quedaba seriamente cuestionada⁴⁵⁶, y ello porque –cabe asumir– ninguna de las partes presenta un informe pericial que no le favorece. No obstante, como se ha advertido, que tal forma de imparcialidad concorra no quiere decir que el dictamen que se presente siguiendo esta modalidad sea necesariamente incorrecto o escasamente fiable. Al respecto, VÁZQUEZ ROJAS⁴⁵⁷ ha insistido en la ambigüedad del término «imparcialidad», diferenciando tres sentidos posibles de parcialidad. Entre ellos, en primer lugar, la que viene de la mano de la relación directa con una de las partes por su selección y que daría lugar *solamente* a una imparcialidad de origen estructural –hablamos, pues, de esta– pero que, como se ha dicho, no entraña necesariamente que el dictamen carezca de objetividad o sea incorrecto⁴⁵⁸.

Partiendo de estas dos premisas, el diseño legal del dictamen de peritos, aunque sea como lo es todo susceptible de mejoras, articula un conjunto de normas conducentes a tratar de asegurar la fiabilidad del dictamen pericial, a la vez que procura que el juez esté en condiciones para valorar racionalmente la calidad del mismo, aspiración para cuyo logro la práctica en contradicción de la prueba pericial juega un papel importante.

No es este el lugar para extendernos en este principio de naturaleza constitucional inherente a toda la estructura del proceso civil, ni de su vinculación con el principio de

⁴⁵⁶ Cfr. GONZÁLEZ PILLADO, E. e IGLESIAS CALLE, I., «La Prueba Pericial en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista Jurídica Galega*, n.º 27, 2.º trimestre, 2000, pp. 307 a 344.

⁴⁵⁷ VÁZQUEZ ROJAS, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, *op. cit.*, pp. 72 y 73.

⁴⁵⁸ Con todo, todavía se constata cierta predisposición favorable, por definición, a la prueba pericial de designación judicial, frente a las periciales de designación de parte. Así, por ejemplo, Magro Servet apuntó hace unos años: «No debemos olvidar que al fin y al cabo se trata de un dictamen que encarga una de las partes a un profesional y que este recibe su retribución directa de la parte que lo contrata». Cfr. MAGRO SERVET, V., «¿Prueba pericial judicial versus prueba pericial de parte?», *Diario La Ley*, n.º 6637, 25 de enero de 2007, p. 3.

igualdad de armas. Nos parece suficiente con recordar su necesario reconocimiento y manifestación en la práctica de las pruebas (289.1 LEC) e insistir en que no solamente tiene una dimensión vinculada al derecho defensa, sino que también, como ha destacado singularmente TARUFFO, juega un papel importante en relación con la «adquisición y valoración de las pruebas a los efectos de la decisión sobre el hecho»⁴⁵⁹. Se trataría, en suma, de que el principio de contradicción también desempeñe una función de «herramienta cognoscitiva del juez»⁴⁶⁰. Así, en el diseño legal del dictamen de peritos que lleva a cabo la LEC no se ignora el papel decisivo que la contradicción desempeña⁴⁶¹.

Abordando primero las credenciales que la LEC solicita como presupuesto previo para ser tenido por perito⁴⁶², el artículo 335.1 requiere, aunque implícitamente, que la persona en cuestión cuente con «conocimientos, científicos, artísticos, técnicos o prácticos». Además, el artículo 340 LEC exige que los peritos dispongan de un «título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de este» y en su defecto, que la designación recaiga sobre «personas entendidas en aquellas materias». No obstante, existe disparidad de pareceres doctrinales y jurisprudenciales al respecto de la aplicación del artículo 340 LEC a la modalidad de dictamen pericial por peritos designados por las partes⁴⁶³, por lo que según la posición que se adopte, cabría concluir que la LEC (por lo que se refiere a esta modalidad al menos) no requiere del tercero al que se le encomienda un peritaje más que disponer de aquellos conocimientos especializados, sin que sea preciso acreditar otras circunstancias (por ejemplo, años de

⁴⁵⁹ TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 431.

⁴⁶⁰ VÁZQUEZ ROJAS, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, op. cit., p. 175.

⁴⁶¹ Al respecto, por ejemplo, Muñoz Sabaté escribía que se trataba de una «esmerada y tensa oportunidad de contradicción». Cfr. MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de Prueba Judicial Civil L.E.C.1/2000*, op. cit., p. 334. Para unas reflexiones recientes sobre la contradicción en la prueba pericial, ABEL LLUCH, X., «La contradicción del dictamen pericial», en Picó i Junoy, J. (dir.), *Principios y Garantías Procesales. Liber Amicorum en Homenaje a la profesora M.^a Victoria Berzosa Francos*, ed. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 219 a 232.

⁴⁶² GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. M., «Competencia profesional y objetividad en la actuación de perito: un examen de sus garantías procesales en el marco de una posible reforma», en Andino López, J. A. y Cerrato Guri, E. (coords.) y Picó i Junoy, J. (dir.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, op. cit., pp. 321 a 365, p. 321.

⁴⁶³ Sobre esta controversia y algunas propuestas de reforma atendiendo a la importancia que tienen las credenciales del experto para la prueba pericial, cfr. SANJURJO RÍOS, E. I., «En la búsqueda del buen perito. Una propuesta de reforma razonada para el art.340 LEC», en Andino López, J. A. y Cerrato Guri, E. (coords.) y Picó i Junoy, J. (dir.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, op. cit., pp. 413 a 442.

experiencia mínima en relación con la materia del dictamen, o de experiencia en la realización de informes periciales, colegiación, etc.).

Por lo que se refiere a las normas procesales tendentes a asegurar la objetividad del dictamen, es de necesaria cita lo dispuesto en el artículo 335.2º LEC, es decir, la exigencia de que el perito manifieste «bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado o en su caso actuará con la mayor objetividad posible»⁴⁶⁴. Y también la prohibición (salvo pacto en contrario) de no solicitar dictamen de un perito que haya intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto (art.335.3º)⁴⁶⁵. Igualmente, entre aquellas normas probatorias debe ser citado el artículo 343 LEC, ya mencionado relativo a las tachas de los peritos⁴⁶⁶. En relación con este mecanismo de control de la posible falta de imparcialidad en la actuación pericial, la LEC sí hace una salvedad evidente según se trate de la modalidad de dictamen de perito designado por las partes o de designación judicial, pues como es sabido solamente estos últimos son objeto de recusación⁴⁶⁷. Acerca de las causas de tacha contempladas respecto de los peritos de designación de parte, vamos a hacer notar ya que son coincidentes sustancialmente con las previstas en el artículo 377 LEC de aplicación a los testigos, si bien también aquí debemos observar una excepción relevante: la causa que, como cláusula abierta, se contempla en el ordinal 5º del artículo 343.1 LEC, que se refiere a «cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional».

Entrando ya en cuestiones normativas vinculadas con la oportunidad de contradicción, se revela fundamental la previsión de que los dictámenes periciales de los que las partes pretendan valerse se formulen por escrito y que los mismos deban de ser

⁴⁶⁴ Aunque creemos que no le falta razón a Vázquez Rojas cuando señala que este tipo de juramentos suponen no más, y solo en el mejor de los casos, que un «incentivo para *no mentir*», pero que en nada afecta al caso de un perito que llega a conclusiones que cree verdaderas. Cfr. VÁZQUEZ ROJAS, C., «La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales», *Doxa*, n.º 38, 2015, pp. 101 a 130, p. 112.

⁴⁶⁵ Repárese en que se trata de una previsión incorporada a la LEC mediante la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Al respecto, cfr. FLORES PRADA, I., *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, *op. cit.*, p. 375.

⁴⁶⁶ Para un análisis reciente de los supuestos de tacha pericial atendiendo a criterios jurisprudenciales, CASANOVA MARTÍ, R., «Los supuestos de tacha del perito a la luz de la doctrina judicial», en Andino López, J. A. y Cerrato Guri, E. (coords.) y Picó i Junoy, J. (dir.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, *op. cit.*, pp. 483 a 492.

⁴⁶⁷ Circunstancia que se habría contemplado por algunos autores como una concesión a la naturaleza de auxiliar judicial del perito que designa el juez. Cfr. GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M., «Competencia profesional y objetividad en la actuación de perito: un examen de sus garantías procesales en el marco de una posible reforma», *op. cit.*, p. 336.

aportados, ordinariamente, junto con los escritos de demanda y de contestación, respectivamente (artículo 265.1. 4º y 336.1 LEC). Evidentemente, en la LEC se contemplan, en diferentes normas, otros tantos momentos procesales para la aportación de dictámenes periciales en atención a diferentes circunstancias. Así, incluyendo también la posibilidad de solicitar la designación judicial de un perito como prueba anticipada, se han anotado hasta doce momentos procesales distintos⁴⁶⁸. Sin embargo, de ordinario e idealmente, la aportación de los dictámenes periciales se produce con la presentación de los escritos de demanda y contestación (y, en su caso, demanda reconvenzional y contestación a la demanda reconvenzional) o, a lo sumo, y para el supuesto justificado de que las partes no puedan aportar con sus escritos iniciales los dictámenes periciales, el artículo 337.1 de la LEC obliga a las partes a expresar al menos en estos escritos los dictámenes de los que pretendan valerse y también a aportarlos «en cuanto dispongan de ellos» y, en todo caso, cinco días antes de la celebración de la audiencia previa al juicio ordinario o en treinta días desde la presentación de la demanda o contestación en el juicio verbal⁴⁶⁹. En cualquier caso, estamos siempre ante plazos preclusivos (artículos 136 y 269 LEC), tendentes a que los dictámenes periciales obren en las actuaciones judiciales antes de la celebración del juicio, en el juicio ordinario o de la vista, en el juicio verbal.

Pero además de obligar la LEC a que los dictámenes periciales se formulen por escrito y a que se aporten en los momentos apuntados, también se impone que junto a estos dictámenes se acompañen los «documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito sobre lo que haya sido objeto de la pericia»⁴⁷⁰, pudiendo adicionalmente aportarse «los documentos que se estimen adecuados para su más acertada valoración» (artículo 336.2 LEC).

⁴⁶⁸ Cfr. ABEL LLUCH, X., «Algunas reformas en la regulación de la prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», *op. cit.*, p. 525.

⁴⁶⁹ En su versión original, el artículo 337.1 LEC imponía no más que la aportación del dictamen pericial antes de la audiencia previa, en el caso del juicio ordinario, o de la vista, en el caso del juicio verbal. Sin embargo, debido a la tendencia constatada de algunos litigantes a «apurar» el citado plazo y presentar el dictamen el día anterior a la audiencia previa o a la vista, el artículo 337.1 LEC fue objeto de una modificación en este punto, en virtud de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Oficina Judicial. Más recientemente, mediante el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, el precepto ha sido de nuevo modificado en punto al plazo para la aportación del dictamen pericial en el caso del juicio verbal y también para atribuirle al juez una facultad de prórroga de los plazos previstos en ambos casos «cuando la naturaleza de la prueba pericial así lo exija y exista una causa justificada».

⁴⁷⁰ Si bien es cierto que la misma disposición concede que aquellos materiales o instrumentos no se aporten, por no «ser posible» o no «ser conveniente», en cuyo caso se contenta con que en el dictamen contenga acerca de los mismos «indicaciones suficientes».

Todos los anteriores son, en suma, preceptos conducentes a procurar que las partes dispongan del dictamen pericial de la parte contraria con antelación suficiente, para poder así examinarlo y ejercer su derecho de defensa: con ello, queremos decir, ya no solamente para poder tachar al perito tras haber examinado aquel, sino también y fundamentalmente, analizar y entender las afirmaciones expertas que en estos informes se vierten, rebatirlas mediante el recurso a otros dictámenes –el contrainforme pericial de la parte demandada podría decirse que se da por supuesto en su escrito de contestación– manifestar al respecto del dictamen en cuestión lo que «convenga a su derecho» (artículo 427.2 LEC) y, desde luego, proponer otras pruebas en el momento de la audiencia previa⁴⁷¹, así como, finalmente, preparar y prepararse para la confrontación que puede llegar a mantener con el perito designado por la contraparte en el acto del juicio o de la vista.

Y es que la prueba pericial, bajo la concepción de la LEC, ha de entenderse de una manera amplia, comprensiva no solamente del dictamen o de los dictámenes periciales (los aportados por todas las partes y que de ordinario cabe presumir contrarios entre sí), sino también de la intervención que el perito o peritos puedan realizar y del debate que su intervención genere con las partes y con el mismo juez. En particular, nos parece relevante el papel de la contradicción en la formación de la prueba o pruebas periciales, pues bajo aquella concepción y la forma en la que el principio se implementa se permite realmente que las partes intervengan «en la formación de pruebas aceptables, empleando sus conocimientos y sus facultades defensivas para evitar que se formen pruebas que no sean aptas para fundar una decisión sobre el hecho correcta»⁴⁷².

En este sentido, hay que acudir al artículo 347 LEC que contempla la «posible actuación de los peritos en el juicio o vista». Es esta una intervención que si bien han de solicitarla las partes –no podría el juez acordarla de oficio– tampoco puede el juez denegar salvo cuando por su «finalidad» o «contenido» la considere inútil o impertinente. Al

⁴⁷¹ Entre nuestra doctrina, Muñoz Sabaté señalaba de forma crítica: «Lo que la Ley pretende en definitiva, aunque muy mal regulado, es que en el momento de la audiencia previa (o del juicio verbal) las partes dispongan ya de aquella información pericial que les va a resultar muy útil y necesaria no solamente para poder formular en su caso alegaciones complementarias, sino sobre todo para fijar definitivamente su posición respecto a la admisión o inadmisión de hechos, así como para elaborar su fórmula probática. No olvidemos que la audiencia previa o el acto de juicio verbal es también el momento de proposición de la prueba, siendo de todo punto necesario que cada parte tenga ya noticia del dictamen que en su contra esgrime su oponente para así determinar los medios de prueba que pueden ayudarle a rebatirlo». MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de Prueba Judicial Civil L.E.C.1/2000*, op. cit., pp. 336 y 337.

⁴⁷² TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 430.

respecto, e idealmente al menos como ha puesto de manifiesto VÁZQUEZ ROJAS⁴⁷³, la confrontación de los peritos y las partes, a los efectos de, en definitiva, explicar el dictamen o dictámenes periciales –no se trata de una mera ratificación ya que el artículo 347 LEC contiene un listado de actividades posibles muy amplio, que va desde la exposición completa del dictamen, a aspectos particulares de cara al cuestionamiento de los «métodos, premisas, conclusiones» de la pericia– permite que el juez adquiera información que puede ser muy relevante para comprender los juicios expertos que se contienen en el dictamen pericial, paso lógicamente imprescindible para poder luego justificar racionalmente la valoración que le corresponde hacer de la prueba.

Enfatizamos, no obstante, que esta forma de concebir la contradicción de forma que se ponga también al servicio de la aspiración a una valoración racional de la prueba pericial va a depender en gran medida del papel más o menos activo que se le atribuya al juez en este punto, en relación con el cual hemos de señalar que el artículo 347.2 LEC confiere al juez, al menos, la posibilidad de «formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea el objeto del informe pericial». En segundo lugar, y siguiendo de nuevo a TARUFFO⁴⁷⁴, la actuación de las partes en el interrogatorio directo, pero fundamentalmente, en el contrainterrogatorio es también importante a la hora de que el principio de contradicción adquiera realmente un peso significativo en el proceso cognoscitivo del juzgador, exigiendo de aquellas que no conviertan los interrogatorios en instrumentos de retórica o en una sucesión de «golpes de efecto», sino en una fórmula para poner de manifiesto con fundamento las debilidades y las fortalezas de la información especializada que proporcionan sobre los hechos del caso los dictámenes periciales.

Esa orientación general y prevalente que subyace al diseño de la prueba de dictamen de peritos conducente al descubrimiento tanto de las opiniones periciales en los momentos iniciales de los procedimientos judiciales, como del razonamiento o razonamientos que fundamentan esas opiniones, es extraña a la prueba del interrogatorio de testigos. En relación con este medio de prueba, el «leitmotiv» es más bien y fundamentalmente confirmar con exactitud y concisión un hecho que el declarante conoce típicamente,

⁴⁷³ VÁZQUEZ ROJAS, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, op. cit., en especial pp. 174 y ss.

⁴⁷⁴ TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 434.

porque lo ha visto u oído directamente⁴⁷⁵, de donde a la vez se colige aquella noción de los hechos como objeto de la prueba testifical ya indicada, que se presumen simples, basados en una lógica compartida, y susceptibles por tanto de ser, en su caso, verificados en su corrección o cuestionados con arreglo a aquella misma lógica a través del contrainterrogatorio.

2.2.2. *Sobre la configuración positiva del interrogatorio de testigos*

El medio de prueba que la LEC denomina «Interrogatorio de testigos» (artículo 299.6º) se regula en la Sección 7ª del Capítulo VI del Título I del Libro II de la LEC, artículos 369 a 381.

Siguiendo también en este punto el Proyecto de los Profesores –ya nos hemos referido al artículo 517.I de aquel– la LEC no define lo que sea un testigo (como tampoco define lo que sea un perito). Sin embargo, sí se refiere al contenido de esta prueba en su artículo 360 para reafirmar que el objeto de la declaración testifical han de ser «los hechos» (los «controvertidos» y también los «relativos a lo que sea objeto del juicio») de los que aquel que pretenda declarar testigo debe haber «tenido noticia». Aunque volveremos sobre esta cuestión, nos interesa señalar que con esta expresión se ha entendido que la forma de adquisición de esa noticia puede ser directa, por haber presenciado (visto u oído) la persona en cuestión los hechos, o indirecta, por habérselos referido alguien⁴⁷⁶. En definitiva, nos interesa remarcar que la LEC habría abandonado el requisito estructural del testigo basado en la supuesta percepción directa de los hechos⁴⁷⁷.

Desde ese abandono, se han proporcionado definiciones de lo que sería ser un testigo con arreglo a la LEC que se aproximan más a lo que, desde una perspectiva

⁴⁷⁵ MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de Prueba Judicial Civil L.E.C.1/2000*, op. cit., p. 272. De ahí que, como señala Taruffo, el interrogatorio de un testigo normalmente vaya dirigido a «confirmar y confrontar su credibilidad» de la «fiabilidad de su recuerdo y su narración de los hechos». Cfr. TARUFFO, M., *La prueba*, op. cit., p. 203.

⁴⁷⁶ Por todos, Montero Aroca, quien observa: «En la LEC no se dice nada de que el testigo tenga que ser de conocimiento directo, y así el artículo 360 se refiere simplemente a “tener noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio” y el artículo 370.3 a que “el testigo expresará la razón de ciencia de lo que diga”, lo que supone la admisión del testigo de referencia, sin perjuicio del valor que le conceda». MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, op. cit., p. 392.

⁴⁷⁷ Precisamente, el abandono de esta tradición posibilitaría la entrada entre las normas regulatorias de la prueba de interrogatorio de testigos, del testimonio de personas jurídicas o entidades públicas, que se incorpora como especialidad en el artículo 381 LEC. Cfr. RODRÍGUEZ TIRADO, A. M., *El interrogatorio de testigos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., pp. 160 y ss.

epistemológica, sería un testimonio⁴⁷⁸. Así, por ejemplo, ABEL LLUCH ha escrito que nos encontraríamos ante una «declaración de ciencia sobre hechos controvertidos prestada durante el proceso, por un tercero con uso de razón suficiente a instancia de cualquiera de las partes»⁴⁷⁹. Y ASECIO MELLADO ha concluido que es testigo «un sujeto, tercero ajeno al proceso y a su objeto, que es llamado al mismo con el fin que aporte su conocimiento personal sobre determinados hechos controvertidos y que son relevantes para la decisión del litigio y de los que tiene noticia bien de forma directa por haberlos presenciado o incluso tomado parte en ellos, bien indirectamente y por tanto de referencia»⁴⁸⁰.

La forma a través de la cual el testigo aporta al procedimiento ese conocimiento personal se articula en la LEC bajo la modalidad de una prueba personal, únicamente a través del interrogatorio o examen del testigo. Es decir, es consustancial al medio de prueba en cuestión la contradicción, que los testigos trasladen al juez lo que conocen de los hechos mediante sus respuestas orales a las preguntas que también oralmente les formulan las partes⁴⁸¹. Apuntamos ya que, sin embargo, la LEC contempla dos excepciones al respecto que subvierten así la tradicional definición de testigo y cómo se realice este medio de prueba, una, la prevista en el artículo 380 LEC en relación con los informes realizados por detectives privados y la otra, la contemplada en el 381 LEC, que se refiere a la tradicionalmente conocida como «prueba de informes» a cargo de personas jurídicas y entidades públicas.

Pero lo que nos interesa ahora es destacar que la LEC, como se adelantó, modificó notablemente la LEC 1881 en este punto, de manera que aquel interrogatorio que bajo esta última era «escrito, formal, recíproco y sucesivo» se convirtió en un interrogatorio libre, oral, presidido por los principios de contradicción, publicidad e inmediación y practicado –como regla– en unidad de acto.

⁴⁷⁸ Por todos, cfr. de nuevo VÁZQUEZ ROJAS, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁷⁹ ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *El interrogatorio de testigos*, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁸⁰ ASECIO MELLADO, J. M., «Comentario al artículo 369», en Gimeno Sendra, J. V. (dir.), *Proceso civil práctico*, ed. La Ley, Madrid, 2005, t. IV, p. 822.

⁴⁸¹ De ahí que se haya sostenido que no es prueba testifical la declaración que un testigo hace por escrito, pues la ausencia de contradicción determina que a ese documento no pueda atribírsele carácter probatorio. Por todos, MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, *op. cit.*, p. 153.

Concretamente, la LEC puso fin, con carácter general⁴⁸², a la lista previa de preguntas escritas a formular a los testigos, lista que había de elaborarse y adjuntarse al escrito de proposición de las pruebas que presentaban las partes, debiendo el juez por su parte decidir acerca o no de su admisión y solo posteriormente y, en su caso, dictar la resolución en virtud de la cual se admitía la prueba testifical o se rechazaba. Es decir, la admisión de la prueba testifical se hacía solamente tras conocer las preguntas y, en su caso, repreguntas⁴⁸³, que se le formularían al testigo y que eran, al menos teóricamente⁴⁸⁴, objeto de una purga judicial.

En definitiva, es necesario recalcar que bajo la LEC 1881 las partes conocían antes de producirse el examen del testigo las preguntas que la parte contraria formularía al testigo⁴⁸⁵, lo que les permitía aventurar, cuando menos, una respuesta y preparar un contrainterrogatorio.

Pero, además, el planteamiento de aquella LEC en relación con el juicio de admisibilidad del medio de prueba resultaba integrador, en el sentido de que ponía en relación este con lo que sería, a la vista de las preguntas formuladas, el objeto del testimonio. Con la LEC se fragmenta esta visión unitaria. Así, suprimidos los pocos vestigios excluyentes o limitadores de la legalidad de este medio de prueba que mantenía la LEC 1881 (a las que habría que sumar las disposiciones del Código Civil también de aplicación), bajo la vigente LEC el juez ha de admitir o inadmitir la práctica de la prueba testifical atendiendo a los criterios generales de pertinencia, utilidad⁴⁸⁶ (artículo 283.1 y

⁴⁸² La lista de preguntas se mantiene fundamentalmente para supuestos excepcionales: interrogatorio por medio de auxilio judicial cuando las partes no pueden acudir ante al juez exhortado (artículo 364.1 LEC) y cuando el tribunal no considere conveniente que las partes acudan a la declaración en el domicilio del testigo (artículo 364.2 LEC).

⁴⁸³ El artículo 641.I LEC 1881 permitía a las partes distintas de la parte proponente de la prueba testifical formularle al testigo, en cualquier momento anterior al comienzo del examen de los testigos, el llamado interrogatorio de repreguntas.

⁴⁸⁴ Decimos teóricamente porque era poco frecuente en la práctica que se filtraran por los órganos jurisdiccionales las preguntas a formular a un testigo. Al respecto, De la Oliva se lamentaba de que lo habitual era que no se «depuren por el juzgador, las impurezas de las preguntas, como son la implicación de las valoraciones, los procesos de intenciones, los adjetivos o adverbios que desbordan el ámbito de lo fáctico, etc. Luego, hay preguntas enteras que debieran declararse impertinentes y no son excluidas por tal razón, lo que ni mucho menos es siempre inocuo». DE LA OLIVA, A., FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. y VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil II*, op. cit., p. 349.

⁴⁸⁵ PRIETO-CASTRO, L. y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 181.

⁴⁸⁶ Siguiendo a De la Oliva, por prueba inútil habría de entenderse «aquella que, según la experiencia, cabe lógicamente conjeturar que no logrará el resultado apetecido, pues existe inadecuación de medio a fin». La impertinencia de las pruebas, por su parte, aludiría a la ausencia de cierta relación (la de pertenencia) con los hechos relevantes, siendo entonces una prueba pertinente aquella «que tiende a producir la certeza —positiva o negativa— de hechos que, siendo controvertidos, son relevantes». DE LA OLIVA, A., DÍEZ-

2 LEC) y licitud de (artículos 11.1 LOPJ y 287 LEC), pero también, antes, cabe señalar que se debe atender a su legalidad. Al respecto, debemos subrayar que sin embargo en la LEC no se recoge el requisito de la conducencia de la prueba, asociado al requisito de la legalidad⁴⁸⁷, aunque se ha recurrido al artículo 1 de la misma LEC que rubra el principio de legalidad procesal, para defender que también la actividad probatoria tiene que someterse a dicho principio y, en consecuencia, que los medios de prueba –el interrogatorio de testigos, pues, entre ellos– tienen que proponerse y practicarse en la forma que se establece en la ley y no de otra manera, con lo que se realzar que «lo que importa al proceso es, sí y desde luego, que se llegue a la verificación de las afirmaciones de hecho realizadas por las partes, pero también que se llegue a ello precisamente por el camino establecido en la ley»⁴⁸⁸.

El juicio de admisibilidad de la prueba del interrogatorio de testigos se produce a partir de la proposición de prueba que formulan las partes, proposición que se lleva a cabo oralmente, sin perjuicio de la obligatoria aportación de la denominada nota de prueba (artículo 429 LEC) en el juicio ordinario en el acto de la audiencia previa y en el juicio verbal al inicio de la vista (artículo 443.4 LEC)⁴⁸⁹.

Esto se traduce en que en el caso de la prueba de interrogatorio de testigos el juez contará únicamente con los datos de identificación del testigo (nombre y apellidos, profesión y domicilio) según obliga el artículo 362 LEC, más una referencia, frecuentemente tan genérica como escueta, a los hechos de los que la persona que se pretende que declare como testigo «tiene noticia» y sobre los que vendría a declarar, aunque tampoco esto exige siquiera el citado artículo 362 de la LEC⁴⁹⁰. Lo anterior, debe

PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Editorial Universitaria Ramon Areces, Madrid, 2021, p. 106.

⁴⁸⁷ La asociación entre «conducencia» y «legalidad» la encontramos en DEVIS ECHANDÍA, H., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 24.

⁴⁸⁸ Cfr. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, op. cit., p. 157.

⁴⁸⁹ Cabría también contemplar como un momento para la proposición de la prueba testifical en el juicio verbal, al menos implícita como apunta Montero Aroca, el que refiere el artículo 440 LEC, es decir, dentro del plazo de tres días siguientes a la notificación de la citación para la vista, concedido para solicitar la citación por el tribunal de aquellas personas que se desea que declaren como testigos y no pueden ser presentadas por las partes. MONTERO AROCA, J., *La prueba civil*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 415.

⁴⁹⁰ Recordemos que el artículo 362 de la LEC solamente obliga a las partes al proponer la prueba de testigos a «expresar su identidad, con indicación en cuanto sea posible, del nombre y apellidos de cada uno, su profesión y su domicilio o residencia». Adicionalmente, pero de modo facultativo, contempla este mismo precepto que las partes también pueden expresar «el cargo que ostentare o cualesquiera otras circunstancias de identificación, así como el lugar donde pudiera ser citado».

subrayarse, no ofrece además ninguna excepción ni matices para el supuesto de que el testigo propuesto cuente con conocimientos especializados sobre los hechos respecto de los cuales se pretenda su declaración. Es más, la LEC no requiere siquiera que esta persona sea específicamente propuesta como «testigo-perito».

Por eso, en relación con la prueba de interrogatorio de testigos se ha dicho con razón que el juicio de utilidad y pertinencia se postpone al momento del examen del testigo⁴⁹¹, a las preguntas que, en lo fundamental⁴⁹², le sean formuladas por las partes, debiendo proceder entonces el juez a realizar un juicio de admisibilidad de aquellas a medida que se van formulando oralmente, pues el artículo 368 LEC, en aras a que las respuestas del testigo ganasen en naturalidad, contempló finalmente⁴⁹³ un interrogatorio oral y libre. Ello ocasiona que, en la práctica, no se formule expresamente ningún juicio de admisibilidad, limitándose el juez a guardar silencio frente a cada una de estas preguntas, por lo que, implícitamente, se entienden admitidas, luego son también respondidas⁴⁹⁴.

Ahora bien, la LEC proporciona algunas pautas para la formulación de las preguntas a los testigos; y así, una vez suprimida la disposición según la cual estas tenían que realizarse en sentido afirmativo, es necesario detenernos en la circunstancia de que el mismo precepto 368.1 LEC obliga a los abogados a que la pregunta no incluya «valoraciones» ni «calificaciones» con la sanción de que, si estas se incorporaran se tendrán por no realizadas. La proscripción en cuestión es tan ambigua⁴⁹⁵, como importante a nuestros efectos, por cuanto puede ser considerada como una manifestación de la regla de exclusión; de ahí que, como luego se verá, algún autor la haya relacionado con la figura objeto de esta investigación, postulándose entonces que las preguntas que contengan tales valoraciones si son dirigidas a un testigo-perito sí serían posibles lo que,

⁴⁹¹ RODRÍGUEZ TIRADO, A. M., *El interrogatorio de testigos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 102.

⁴⁹² Decimos en lo fundamental porque la LEC le atribuye al juez la posibilidad de efectuar ciertas preguntas al testigo. Concretamente, en virtud del artículo 372.2 LEC podrá interrogarle con la finalidad de obtener «aclaraciones y adiciones».

⁴⁹³ En el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil se preveían todavía las preguntas por escrito. Sin embargo, con la aspiración de procurar espontaneidad en las respuestas (espontaneidad perdida, se entendía, por los formalismos del interrogatorio según la LEC 1881), en la LEC se optó finalmente por un interrogatorio oral.

⁴⁹⁴ De hecho, Montero Aroca asume como lógica y correcta la equiparación del silencio a la admisión, en la medida en que otra cosa, dice, sería contraria a la esencia de lo que es un interrogatorio libre y cruzado. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, op. cit., p. 419.

⁴⁹⁵ Cfr. MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de Prueba Judicial Civil L.E.C.1/2000*, op. cit., pp. 274 y 275.

en buena lógica, debería llevar a concluir que tampoco es de aplicación la facultad de impugnación que al respecto contempla el artículo 369.1 LEC y a la que seguidamente nos referimos.

En efecto, la Ley no prevé que estas preguntas con «valoraciones» deban inadmitirse, aunque evidentemente el que no se contemple expresamente no quiere decir que no existan interpretaciones que en la medida en que recurren a la «Gran Distinción» de HUME⁴⁹⁶, la distinción entre juicios de hecho y juicios de valor, consideran que aquellas preguntas son susceptibles de ser inadmitidas, precisamente por ser más propias de la prueba pericial. Pero, debemos insistir en que no creemos que la LEC señale explícitamente que esas preguntas deban ser inadmitidas; lo que previene el artículo 368.2 LEC es que el juez debe solamente admitir las preguntas «conducentes a la averiguación de hechos y circunstancias controvertidos, que guarden relación con el objeto del juicio»⁴⁹⁷ e inadmitir aquellas que no se refieran a «los conocimientos propios del testigo», una previsión esta última que, como apuntaba MUÑOZ SABATÉ⁴⁹⁸, difícilmente motivará la inadmisión, pues dada la indeterminación con la que es formulada la proposición de prueba, el juez desconocerá en la mayoría de las ocasiones hasta donde alcanza el conocimiento de los hechos por parte del testigo.

Por tanto, a la veterana ausencia de un juicio expreso de admisibilidad de cada una de las preguntas se vienen a unir las dudas interpretativas que la proscripción del artículo 368.1 LEC suscita, ello con independencia de que estemos ante un testigo común o no. Con todo, no se ha de olvidar que, admitida la pregunta, si la parte que no haya propuesto la prueba testifical correspondiente considera que en ella se han incluido «valoraciones» o «calificaciones», el artículo 369.1 LEC sí le faculta para impugnar la admisión y «hacer notar» esas valoraciones que deberían tenerse por no realizada. Ahora bien, se trata de una facultad cuya virtualidad práctica puede ser nula por varios motivos, por la ambigüedad ya indicada, por lo que exige del abogado en cuestión agilidad y atención, pero también porque presupone una resolución judicial de admisión que, como ya se ha dicho, no se produce explícitamente en general.

⁴⁹⁶ TARUFFO, M., *La prueba*, op. cit., p. 241.

⁴⁹⁷ Nótese que en el caso de las preguntas formuladas por la parte que no haya propuesto la prueba testifical, la LEC es más concisa pues se refiere a la obligación del tribunal de repeler las preguntas que sean «impertinentes o inútiles» (artículo 372 LEC).

⁴⁹⁸ MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de Prueba Judicial Civil L.E.C.1/2000*, op. cit., p. 364.

En cualquier caso, con independencia de la oponibilidad de aquella facultad o de su ejercicio efectivo, la pregunta en cuestión será habitualmente respondida en su integridad por el sujeto. Es entonces cuando, tratándose de una persona que cuenta con conocimientos especializados sobre los hechos objeto de su declaración, se revela que el examen del testigo en contradicción se podría producir de manera solamente formal.

Concretamente, se manifiesta en este punto claramente la inadecuación del conainterrogatorio al que se refiere de forma muy breve el artículo 372.1 LEC, pues el abogado de la parte no proponente de la prueba no estará en condiciones para controvertir realmente los juicios técnicos o especializados sobre los hechos que pueda ofrecer aquel testigo, juicios que –subrayamos– pueden, al menos en teoría, en la medida en que se admite al testigo de referencia, no derivar exclusivamente de su conocimiento directo.

Llegados a este punto, interesa subrayar que se ha sostenido que lo dispuesto en el artículo 370.3 LEC que, recordemos, obliga al testigo a expresar en cada una de sus respuestas «la razón de ciencia de lo que diga», supone la admisión del testigo de referencia⁴⁹⁹, pero también VALENTÍN DOMÍNGUEZ⁵⁰⁰ ha observado que aquella «razón de ciencia» cabe entenderla como «la lógica del razonamiento que el testigo necesariamente hace cuando responde». Es precisamente esa lógica, que idealmente cabe esperar que proporcione el testigo en relación con cada una de sus respuestas, la que determina que, en según qué casos, el testimonio del que es capaz un testigo-perito puede no permitir, no realmente, el interrogatorio en contradicción.

Es decir, teóricamente, se trata de un quebranto que se produciría siempre que la lógica de aquellos juicios no sea común, por tanto, compartida. De ahí que la atención para discriminar qué juicios causan aquella quiebra y qué juicios no, deba dirigirse no tanto a si el sujeto que depone ha tenido o no un conocimiento directo de los hechos, como a aquella «razón de ciencia»; ello con la finalidad de, como ya se ha dicho, tratar de determinar qué concretos juicios están sustentados no más que en una experiencia determinada derivada de la observación reiterada de unos hechos según un razonamiento que cabría calificar de ordinario o, por el contrario, estamos ante afirmaciones que exigen,

⁴⁹⁹ Cfr. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil, op. cit.*, p. 392.

⁵⁰⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V. M. y DAMIÁN MORENO, J. (coords.), *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Tecnos, Madrid, 2000, p. 1096.

para ser comprendidos y valoradas adecuadamente, de explicaciones e información adicional (por lo que el medio de prueba adecuado sería entonces la prueba pericial)

Ahora bien, sucede que, en la práctica, según se ha comprobado, distinguir entre unos y otros se ha revelado muy problemático, lo que se explica porque atendiendo a los conocimientos especializados con los que cuentan quienes habitualmente depondrán como testigos-peritos sus juicios pueden igualmente involucrar información con una carga teórica compleja.

Precisamente, en relación con el contrainterrogatorio de un testigo-perito y aquella «razón de ciencia», de nuevo VALENTÍN DOMÍNGUEZ⁵⁰¹ ha escrito que el abogado de la parte no proponente ha de tener la oportunidad «siguiendo el esquema del art.347 LEC, de plantear preguntas y objeciones sobre el método, las premisas, las conclusiones y cualquier otro aspecto de la respuesta dada, para demostrar al órgano judicial la certeza de la opinión o para lo contrario»⁵⁰². Estamos, en efecto, de acuerdo en que tal actividad de refutación prevista para la intervención en juicio del perito en nuestra LEC sería la deseable tratándose de los juicios especializados que cabe esperar de un testigo-perito en la medida en que, según creemos –volveremos sobre esta cuestión a continuación–, la LEC parece haber optado por acoger la noción de la figura de «la doble cualidad», siendo entonces tal actividad necesaria ya no solamente para un ejercicio efectivo del derecho de defensa sino también, como se ha sostenido, para que este ejercicio sirva a los fines de una valoración racional de aquella información por parte del juez.

Ahora bien, ya hemos señalado que en el caso de la prueba del dictamen de peritos tales cuestionamientos (sobre el método, las premisas y las mismas conclusiones), son posibles porque las partes conocen de antemano aquellas ya que, idealmente, se encuentran comprendidas en los dictámenes periciales⁵⁰³, lo que permite a su vez someterlos a crítica a través de otros dictámenes y luego, aun con las dificultades

⁵⁰¹ *Idem.*

⁵⁰² Esa dinámica lleva implícita un cambio de actitud al enfrentar el interrogatorio de un testigo-perito, de manera que, como ha apuntado Mauricio Duce, se sigan «lógicas similares a las que se debieran aplicar a los peritos» al menos en relación con «aquellas porciones del relato del testigo en que se comportará como experto». MAURICIO DUCE, J., *La prueba pericial, op. cit.*, pp. 107 a 109.

⁵⁰³ Al respecto de la importancia para encarar el interrogatorio de un perito, ya sea el interrogatorio directo o el contrainterrogatorio, pero fundamentalmente este último, Mauricio Duce ha observado, con expresión coloquial, que sin tener acceso previamente al informe pericial la tarea del contraexamen al perito es como «salir de pesca». *Ibid.*, p. 151.

inegables que ofrece este interrogatorio, permite que las partes se encuentren preparadas para afrontar la intervención de los peritos en el juicio.

Como ya se adelantó, en nuestra jurisprudencia civil se ha advertido este posible quebranto y por ello se ha insistido en la necesidad de diferenciar entre un testigo-perito y un perito, enfatizándose muy particularmente en la importancia que reviste la aportación previa del dictamen pericial. Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo en una Sentencia de 22 de octubre de 2014⁵⁰⁴ sobre la que luego se volverá, ha indicado cuando «la pericia se trae directamente al juicio, mediante el interrogatorio del experto, sin previa aportación del informe escrito, se puede privar a la parte contraria de esa garantía que supone el conocimiento anticipado del informe».

2.3. Descifrando el artículo 370.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: ¿una apuesta final por la versión de la figura de «la doble cualidad»?

Decíamos antes de iniciar las anteriores notas acerca del diseño legal según LEC del dictamen de peritos y del interrogatorio de testigos, que la consagración positiva final del testigo-perito del artículo 370.4 LEC no había sufrido cambios aparentemente significativos desde aquella versión del Proyecto de los Profesores. En las líneas que siguen profundizaremos en esta disposición, pero también y fundamentalmente en otras previsiones de la LEC que deben relacionarse con la figura del testigo-perito y que no se encontraban en aquel Proyecto. Nuestro propósito es tratar de determinar cuál de las dos nociones dogmáticas del testigo-perito se pretendía refrendar positivamente.

Evidente es que la positivización de la figura en España desde esa proyectada disposición debe ponerse en relación con el interés en demostrar aperturismo en el empleo de los instrumentos de prueba típicos⁵⁰⁵ (si bien nunca se propuso como un medio de prueba distinto), quizás porque se pensaba, exclusiva o fundamentalmente, en el caso del médico asistencial que tiene un conocimiento de los hechos anterior al inicio de un proceso judicial como consecuencia del ejercicio de su profesión, y que en la medida en que dispone a su vez de conocimientos especializados sobre esos hechos puede servir de

⁵⁰⁴ Cfr. STS 588/2014 de 22 de octubre.

⁵⁰⁵ Al respecto, recordaba Font Serra que, en los debates parlamentarios del Proyecto de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, se dijo que su incorporación representaba una de las novedades que la convertían en un texto normativo moderno y avanzado. FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2000, p. 175.

auxilio al órgano jurisdiccional en su tarea⁵⁰⁶. No sería extraño que así fuera pues ya hemos visto –desde el ejemplo que proporciona F. STEIN, pasando por aquella tan comentada Sentencia del Tribunal de Cremona de 12 de febrero de 1957 hasta el *treating physician* del Derecho estadounidense– que históricamente se ha contemplado como el testigo-perito por antonomasia. Sin ánimo de abordar aquí siquiera mínimamente la cuestión relativa al secreto médico y a la legislación específica que le es de aplicación, lo que sí nos parece al menos necesario poner de manifiesto es que en España desde un punto de vista deontológico⁵⁰⁷ se entiende incompatible la posibilidad de que un médico asistencial actúe como perito en un procedimiento judicial, en definitiva, su doble condición de perito y médico asistencial⁵⁰⁸.

Junto a lo anterior, es decir, además de que la positivización de la figura pudiera haber tratado de dar respuesta a la particular situación del médico asistencial, también es necesario recordar que en el Proyecto de los Profesores se continuaba proponiendo, como modelo único, una prueba pericial de designación judicial (un modelo, por tanto, vinculado a la consideración del perito como auxiliar del juez⁵⁰⁹), por lo que también creemos razonable considerar que al proponerse la inclusión del testigo-perito en la LEC se buscaba principalmente evitar que determinados hechos apreciables por quienes tenían una experiencia o conocimientos especializados quedaran huérfanos de prueba, ante la imposibilidad de practicarse una pericial judicial.

Con todo, la fórmula de positivización propuesta en el citado proyecto se aleja de la disposición alemana (§ 414 ZPO), lo que nos parece incuestionable y también coherente con el concepto de testigo que se proponía en el mismo, y en el que desaparece la exigencia de la percepción personal o directa, para dar paso a una definición de testigo al que le basta haber «tenido noticia» de los hechos controvertidos para ser llamado a un

⁵⁰⁶ Recordemos las palabras de los profesores: «Las categorías tradicionales no pueden actuar creando impedimentos para una mejor justicia, y no cabe duda de que el testigo-perito puede ser un auxiliar del órgano jurisdiccional en la busca de la verdad y de sus consecuencias».

⁵⁰⁷ El Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, artículo 76.7, establece: «El cargo de perito es incompatible con ser o haber sido médico asistencial de la persona peritada, habida cuenta de la lealtad que el médico debe a sus pacientes y de la imparcialidad que debe tener todo acto pericial».

⁵⁰⁸ Al respecto, puede consultarse, con cita de otras, la SAP Asturias 523/2017 de 17 de noviembre.

⁵⁰⁹ Tan es así que en el artículo 447 del Proyecto de los Profesores se proponía distinguir entre los medios de prueba y el dictamen de peritos, es decir, el dictamen pericial no se consideraba un medio de prueba, sino, se escribía, un «auxiliar del juez en el ámbito de la misión específica que en el mismo se le atribuye». *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, p. 81.

proceso judicial en tal condición, lo que, en suma, da cabida al denominado testigo directo como al testigo de referencia. Volveremos sobre esto.

En cualquier caso, insistimos, no parece que el propósito de la fórmula fuera solamente reafirmar que una persona que es llamada a declarar para acreditar hechos que ha percibido directamente, aunque percibidos gracias a sus conocimientos especializados, es un testigo, pretendiendo con ello sustraerle a la figura, como apuntara DENTI, su relevancia práctica; por el contrario, más bien diríamos que la técnica de positivización española buscaba tal relevancia y también la distinción con el tratamiento que habría de recibir un testigo ordinario, en relación con lo cual es clave el mandato⁵¹⁰ que se dirige a los jueces a fin de que admitan ciertos juicios a los que la disposición se refiere bajo el ambiguo término de «manifestaciones».

En relación con el significado y naturaleza de esas «manifestaciones», nada se aclara en el meritado proyecto; ni en qué consisten, ni por qué se prevé que serán «agregadas» por el declarante ni tampoco por qué el juez debe admitirlas. Bien es cierto –y debemos destacarlo– que lo que sí parece claro es que estas parece que se anticipan como seguras en la declaración de un testigo-perito. Que esto sea así obedece, creemos, al hecho de que la previsión es en este punto deudora de la noción primigenia, por lo que al igual que sucede con la interpretación que cabría hacer de los «conceptos» en la disposición colombiana correspondiente, o como los «*apprezamenti personali*» en Italia, en España esas «manifestaciones» se prevén en la declaración que ofrece un testigo-perito porque se asumen para el testigo inevitables o inseparables de su declaración sobre los hechos. No obstante, también es verdad que el empleo del verbo «agregar» es equívoco; con ello queremos decir que puede apuntar a una dirección distinta, a juicios diferentes y separables de los hechos, y ya no necesarios sino útiles para el juez, lo que nos situaría ante la ratio de la segunda de las nociones de la figura.

En todo caso, las dudas que ofrece la fórmula legal en cuestión, nos parece que comienzan a disiparse a favor de la noción de «la doble cualidad», atendiendo a la mutilación que la proyectada disposición sufrió ya en el Anteproyecto al suprimirse en la redacción finalmente aprobada la alusión al origen de los conocimientos especializados

⁵¹⁰ También Rodríguez Tirado es concluyente a este respecto y observa que «la forma verbal *admitirá*, utilizada en el artículo 370.4 LEC, implica un mandato al juzgador, no deja a su discrecionalidad el que acepte o no». RODRÍGUEZ TIRADO, A. M., *El interrogatorio de testigos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 47.

(recuérdese que en el Proyecto se escribía que esos conocimientos «científicos, técnicos, artísticos o prácticos» habían de serlo «por razón de su profesión u oficio»). Así, decíamos que el saber del testigo-perito en su versión primigenia evoca el recurso fundamentalmente a una experiencia que obedece a la reiteración de una práctica profesional, por lo que, a lo sumo, sería predicable del mismo un saber que solamente podría ser calificado de pericial por ser de orden práctico. Se trata entonces de una supresión no poco importante porque permitía una distinción entre el testigo-perito y el perito al nivel del distinto fundamento de sus saberes y razonamientos⁵¹¹ que de esta manera desaparece, quedando igual la fórmula positiva empleada para referir los conocimientos especializados con los que un testigo-perito y un perito han de contar (ambos han de poseer «conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos»).

Sería esta una conclusión que, según creemos, encuentra confirmación fundamentalmente en otras dos circunstancias más.

Primera, la remisión que también en el artículo 422 *in fine* del Anteproyecto encontramos ya al régimen de tachas previsto para los peritos (actualmente, artículo 343 LEC) en relación con las «manifestaciones» del testigo-perito que el juez vendría obligado a admitir. En efecto, recordemos que el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 370 LEC dispone que, en relación con dichas manifestaciones, «las partes podrán hacer notar al tribunal la concurrencia de cualquier de las circunstancias de tacha relacionadas en el artículo 343». Sin perjuicio de que la previsión plantea dudas por su imposible conciliación con los momentos procesales que para la formulación de tachas contempla el artículo 343 y 378 LEC⁵¹², no creemos que la remisión pueda ser obviada, ni tampoco atribuible, sin más, un error del legislador. Para nosotros, patentiza que el legislador consideró que aquellas «manifestaciones» son juicios o, genéricamente, afirmaciones que cabría equiparar a los que formula un perito bajo las normas probatorias del dictamen de peritos, equiparables en definitiva a los que cabe encontrar en un dictamen pericial. De ahí que el testigo-perito en cuanto que fusión de «testigo» y

⁵¹¹ Ya hemos visto la importancia que tales consideraciones alcanzan en el derecho estadounidense.

⁵¹² Recordemos que tratándose de las tachas a un perito (artículo 343.2 LEC), las mismas deben formularse, en los juicios verbales, antes del juicio o de la vista, y en el caso de los juicios ordinarios, asumiendo que las partes ya disponen de los dictámenes periciales, en la audiencia previa al juicio. Por lo que se refiere a las tachas de los testigos y su tiempo (artículo 378 LEC), la tacha debe formularse desde la admisión de la prueba testifical hasta el juicio o vista. Evidentemente, en el caso de un testigo-perito, la parte solamente podrá formular tacha «en cuanto a dichas manifestaciones» una vez que estas han sido proferidas.

«perito» quedara, teóricamente al menos, sometido a un doble sistema de tachas según la naturaleza de sus juicios⁵¹³.

En segundo lugar, si en la disposición proyectada no se hacía referencia alguna al significado que había de concedérsele a la voz «manifestaciones», en el texto finalmente aprobado de la LEC, y acudiendo ya a una interpretación sistemática, nos parece que puede encontrarse, cuando menos, un criterio interpretativo favorable a la tesis de que el legislador español pretendió consagrar la figura del testigo-perito en su doble condición. Nos referimos a la circunstancia de que en el apartado 2 del artículo 380 LEC, se recurra a la voz «valoraciones».

Como anticipamos, conviene que nos detengamos algo más en este precepto (artículo 380 LEC), que se refiere, según su rúbrica, a «los interrogatorios sobre hechos que consten en informes escritos» para llamar la atención sobre el hecho de que, bajo una interpretación literal, esta disposición se circunscribe exclusivamente a los informes propios de un investigador o detective privado⁵¹⁴.

Asumimos aquí por tanto, como en general se ha asumido por la doctrina⁵¹⁵, que la referencia del artículo 380.1 LEC al número 4º del apartado 1 del artículo 256 LEC es una errata inexplicablemente no rectificadas durante estos casi veinticinco años⁵¹⁶, y que lo que debe entenderse por tanto es que la remisión se realiza al número 5º del mismo apartado 1, es decir, que sería aplicable exclusivamente a los informes elaborados por profesionales de la investigación privada⁵¹⁷ cuya incorporación al proceso, como se ha visto, el Consejo General del Poder Judicial proponía al hilo del reconocimiento de la figura del testigo-perito en el Anteproyecto⁵¹⁸. Siendo esto así, ya dijimos que el apartado

⁵¹³ Lógicamente, quien por el contrario le ha negado un carácter híbrido al testigo-perito, se ha limitado a observar lo inapropiado de la remisión a las tachas periciales. Cfr. RODRÍGUEZ TIRADO, A. M., *El interrogatorio de testigos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 47.

⁵¹⁴ Por ejemplo, SAP Guipúzcoa 328/2010 de 14 de diciembre.

⁵¹⁵ Por ejemplo, LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *La prueba pericial. Guía práctica y jurisprudencia*, op. cit., pp. 49 y 50.

⁵¹⁶ Como también hemos señalado, la redacción original del precepto se remitía al apartado 5.º del artículo 265, por lo que cabe pensar que el Grupo Parlamentario Popular en el Senado (Enmienda n.º 255), tratando de enmendar el error en la remisión (no había apartado 5.º en tal precepto), cometió otro error.

⁵¹⁷ Artículo 265.1.5.º LEC: «Los informes, elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados, sobre hechos relevantes en que aquellas apoyen sus pretensiones. Sobre estos hechos, si no fueren reconocidos como ciertos, se practicará prueba testifical».

⁵¹⁸ Sin embargo, adelantamos ya que algún autor, haciendo una interpretación flexible del citado precepto, considera que al amparo del artículo 380 LEC pueden las partes presentar informes suscritos por otros profesionales no detectives, con conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, con lo que se

2 del artículo 380 LEC se remite al testigo-perito y lo hace precisamente para señalar que cuando dichos informes de detectives ya no solamente contuvieran hechos, sino «valoraciones fundadas en conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos de sus autores» se ha de estar a lo previsto en el apartado 4 del artículo 370. De ahí, concluimos que para el legislador aquellas «manifestaciones» del apartado 4 del artículo 370 son semánticamente equiparables a esas «valoraciones». Y no hace falta, creemos, insistir en que la voz «valoraciones» se ha empleado tradicionalmente tanto por la doctrina como jurisprudencialmente para referirse a los juicios típicos y distintivos de los peritos.

En suma, que las modificaciones que a lo largo de la tramitación de la LEC se produjeron desde la proyectada disposición del proyecto previsto en el «Libro de los Profesores» hasta el precepto 370.4 LEC aprobado, nos llevan a concluir finalmente que el legislador español pretendía dar carta de naturaleza a otra forma de «actividad pericial»⁵¹⁹, a otra forma de introducir información o juicios expertos o especializados, con independencia de que estos fueran de naturaleza científica, artística, técnica o práctica, y sin distinguir tampoco si esos conocimientos contribuyen a «valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto» o «adquirir certeza sobre ellos» (artículo 335 LEC) que podía tener lugar sin recurrir a la prueba del dictamen de peritos.

Ahora bien, lo cierto es que bajo la LEC la figura aparece sujeta, a excepción de la remisión al régimen de tachas citado (y, evidentemente, la excepción a la regla de exclusión)⁵²⁰, a las normas probatorias para la proposición, práctica y valoración de la prueba de interrogatorio de testigo que recoge la LEC en los artículos 369 a 381.

Como consecuencia de esta elección legislativa, lo que se sostiene por la doctrina mayoritariamente, según veremos seguidamente, es que el testigo-perito es, *ante todo* un

legítima la aportación de informes de diversos profesionales seguida luego por su declaración en el juicio en calidad de testigo-perito.

⁵¹⁹ Precisamente la expresión «actividad pericial» resulta de la Exposición de Motivos de la LEC en punto a la nueva regulación del «Dictamen de Peritos»; concretamente, por lo que ahora importa, nos han parecido significativas las siguientes líneas: «Mas, por otra parte, la presente Ley, al entender la enorme diversidad de operaciones y manifestaciones que entraña modernamente la pericia, se aparta decididamente de la regulación de 1881 para reconocer sin casuismos la diversidad y amplitud de este medio de prueba, con atención a su frecuente carácter instrumental respecto de otros medios de prueba, que no solo se manifiesta en el cotejo de letras».

⁵²⁰ En el mismo sentido, se ha escrito que «con carácter general, el tratamiento procesal del testigo-perito es el del testigo, salvo las dos excepciones antedichas (admisión de conocimientos especializados y régimen de tachas)». Cfr. TORIBIO FUENTES, F., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp. 589 y 599.

testigo⁵²¹ (un subtipo de testigo, si se quiere) del que es predicable, en consecuencia, su estatuto jurídico –en lo fundamental, sin extendernos en ello– un deber de declarar, salvo concurrencia del deber de secreto o existencia de materias clasificadas (artículo 371 LEC); el deber de prestar juramento o promesa de decir verdad (artículo 365.1 LEC), y el derecho a obtener no más que una indemnización por atender su deber de prestar declaración (artículo 371.1 LEC), pero también –como rasgo esencial– una relación de conocimiento de los hechos que exige la «percepción directa y fuera del proceso de los hechos por el testigo y su declaración en juicio sin valoraciones»⁵²².

3. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN CON EL TESTIGO-PERITO TRAS SU CONSAGRACIÓN POSITIVA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

3.1. Formulaciones doctrinales

Cabe decir como consideración general y previa, que la revisión de las definiciones e interpretaciones –una vez más, tampoco extensas– que a lo largo de estos ya casi veinticinco años desde que la LEC entrase en vigor se han propuesto sobre la figura del testigo-perito, ha supuesto el resurgimiento de las históricas disquisiciones doctrinales en torno a las diferencias entre el testigo y el perito.

En este contexto, sin embargo, tratándose ahora de establecer las diferencias de orden sustantivo entre un testigo-perito y un perito, las dificultades son aún mayores, pues desaparece la experticia como criterio diferenciador⁵²³, pero también se hace preciso modular en algún punto el criterio de la ocasión de la percepción, dado que desde la

⁵²¹ Son palabras de Abel Lluch: «Es, ante todo, un testigo. Sistemáticamente porque se regula en la sección del interrogatorio de testigos (sección 7.ª, del Capítulo VI, del Título I, del Libro I), y no en la destinada a regular el dictamen de peritos u otra distinta. Nominativamente, porque el legislador utiliza de forma reiterada —por dos veces en el párrafo cuarto del art. 370 LEC— y explícitamente el término “testigo” para referirse a la fuente de conocimiento y al sujeto informante. Y conceptualmente, porque la dicción legal presupone un interrogatorio oral a un testigo, y no un dictamen escrito o la ratificación de un perito. Además, la declaración del testigo-perito se introduce a través de un medio de prueba como es el interrogatorio —propio del testigo— y no a través de un dictamen pericial». ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *El interrogatorio de testigos*, op. cit., pp. 49 y 50.

⁵²² RIFÁ SOLER, J. M., RICHARD GONZÁLEZ, M. y RIAÑO BRUN, I., *Derecho Procesal Civil. Volumen II*, 2.ª ed. adaptada a la Ley 13/2009 de reforma de la Oficina Judicial, ed. Gobierno de Navarra, Pamplona, 2011, p. 165.

⁵²³ Nosotros no hemos encontrado, tampoco a partir del año 2000, referencias doctrinales a un distinto tipo de saberes o conocimientos, que contribuyan por ese lugar a diferenciar el testimonio de un testigo-perito del testimonio de un perito.

aprobación de la LEC tanto los peritos como los testigos pueden conocer los hechos con anterioridad al inicio del procedimiento⁵²⁴. Adquiere entonces una importancia fundamental, como se verá, la cuestión relativa a si el conocimiento de los hechos fue directo, y en relación con lo anterior, al menos para algunos autores, si el conocimiento de los hechos se produjo o no por encargo de las partes⁵²⁵.

Efectivamente, ya anticipamos que como sucede en otras jurisdicciones a las que nos hemos aproximado, también en España para tratar de aprehender esta figura (definir es delimitar), se ha acudido al «conocimiento directo de los hechos»⁵²⁶ como criterio sustantivo diferenciador del testigo-perito frente al perito. Vinculado a ese criterio, también en España se recurre a circunstancias relacionadas con la «ocasión de la percepción», en particular, se ha opuesto la relación «histórica» y «natural» del testigo con los hechos, frente a la relación con los hechos que mantendrían los peritos, derivada de un encargo, ya proceda este de las partes o del tribunal.

Así, RIFÁ SOLER⁵²⁷ ha escrito que «se trata de un testigo, porque se pone en relación directa, histórica y natural con los hechos; pero en ningún caso su relación con los hechos deriva de encargo alguno, sea de la parte o del tribunal». La Magistrada QUERAL CARBONELL⁵²⁸ observa igualmente que el testigo-perito «es un testigo, porque se pone en relación directa, histórica y natural con los hechos; contrariamente al perito, cuya relación de (sic) los hechos deriva de un encargo de la parte o del tribunal» y también se ha dicho que «le caracteriza su carácter infungible o no sustituible, pues es la persona que ha percibido el hecho, mientras que el perito puede ser sustituido por otro»⁵²⁹. MARÍN

⁵²⁴ Evidentemente, nos referimos exclusivamente a los peritos de designación de parte.

⁵²⁵ Una cuestión, por cierto, a la que el mismo Stein le restaba importancia. Concretamente, escribía: «Ciertamente, es inatacable esta proposición: el que informa sobre una percepción preprocesal es siempre testigo, *siendo indiferente que haya llegado a la percepción por casualidad o intencionadamente*» (la cursiva es nuestra). STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, op. cit., p. 65.

⁵²⁶ López-Muñiz, por ejemplo, define al testigo-perito como un «conocedor de los hechos de forma directa». LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *La prueba pericial. Guía práctica y jurisprudencia*, op. cit., p. 46.

⁵²⁷ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F. (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Iurgium, Barcelona, 2000, p. 1717.

⁵²⁸ QUERAL CARBONELL, A. y RÍOS LÓPEZ, Y., «Testigo interrogado. Especial consideración del testigo-perito», en Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), *El interrogatorio de testigos*, op. cit., pp. 219 a 248, p. 219.

⁵²⁹ Aunque se debe apuntar que ya en relación con el carácter insustituible del testigo-perito, Abel Lluch hace algún matiz, y así observa que el testigo-perito «posee un saber subjetivamente infungible —tercero conocedor de hechos pasados con relevancia procesal— y objetivamente fungible —su conocimiento científico, técnico, artístico o práctico lo puede poseer cualquier otro técnico de la misma rama del saber humano—. Cfr. ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *El interrogatorio de testigos*, op. cit., p. 50. También matiza Rodríguez Tirado, para postular que debe prevalecer «el carácter infungible del testigo

CASTÁN⁵³⁰, en términos similares, pero enfatizando ya en lo que de teóricamente genuino tendría la condición de testigo en relación con la que sería la típica declaración testifical, explica:

«El testigo-perito es, ante todo, un testigo, esto es, una persona que ha tenido una relación directa, histórica y natural con los hechos y, por ello, insustituible, ya que solamente él puede trasladar su percepción de lo sucedido al tribunal por medio de su interrogatorio».

Ahora bien, ILESCAS RUS⁵³¹ ha observado las dudas que, atendiendo a la LEC, suscitan estos criterios de distinción tradicionales. Y es que la medida en que se adopta como modelo el dictamen pericial de designación de parte, la relación del perito con los hechos, al igual que la del testigo, cabe calificarla de histórica en el sentido de que se puede producir antes del inicio de las actuaciones judiciales (típicamente, así será de ordinario en el caso del perito designado por la parte demandante). Por lo que al necesario carácter espontáneo del conocimiento de los hechos por parte del testigo se refiere, ya hemos visto que tradicionalmente éste se vinculó con la ausencia de encargo judicial, por lo que lógicamente, desde aquella asociación, también debe de decaer el criterio citado, en la medida en que la LEC adopta el modelo de pericial de designación de parte como principal. De otro lado, ocurre que tampoco en la LEC se explicita que el conocimiento que de los hechos tenga un testigo deba de ser espontáneo como, por ejemplo, sucede en el Código Procesal Penal de la Nación de Argentina. Es decir, que podría concluirse que no hay impedimento legal para que las partes propongan como testigos (no como peritos) a personas con conocimientos especializados a quienes se les han dado a conocer unos hechos o a quienes se les ha pedido su observación personal antes de iniciarse el procedimiento judicial y en previsión de este.

Así, advertido lo anterior, la jueza RÍOS LÓPEZ también observa que habría una «esfera dudosa» pues con arreglo a la LEC los dictámenes de la prueba pericial son elaborados por peritos «que acceden a los hechos de forma directa y por encargo de las partes», por lo que «una misma persona podría ostentar el rango de testigo-perito o perito

frente al carácter fungible del perito». RODRÍGUEZ TIRADO, A. M., *El interrogatorio de testigos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 48.

⁵³⁰ MARÍN CASTÁN, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., pp. 1776 y 1777.

⁵³¹ ILESCAS RUS, A. V., *La Prueba Pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 497.

en función de la aportación o no en el futuro, iniciado el pleito, del dictamen pericial junto al escrito de alegaciones»⁵³². Es precisamente esa «esfera dudosa» la que ha llevado a algunos autores a sostener que «en el caso del testigo-perito quedaría prohibida la utilización de testigos de referencia, ya que en ese caso el testigo sería un perito»⁵³³.

Profundizando en el conjunto de supuestos contemplables al amparo del artículo 370.4 LEC, FLORES PRADA⁵³⁴ indica que el mismo proporcionaría cobertura tanto a los casos en los que la relación anterior con los hechos del sujeto que declara como testigo-perito es casual (y ofrece entonces como ejemplo típico del médico que presencia un accidente) como aquellos casos en los que la relación de la persona con los hechos es consecuencia del ejercicio de su profesión (y proporciona entonces el ejemplo del médico tratante pero también el del detective privado). Se individualizan así unos supuestos que remiten a la disposición originaria, que contemplan que las partes, al amparo del artículo 370.4 LEC, soliciten la intervención de testigos a los que se les supone poseedores de conocimientos especializados («científicos, técnicos, artísticos o prácticos») por razón de su trabajo o profesión. Plantea entonces el citado autor la posibilidad de que las partes opten por no llamar a declarar a estos sujetos como testigos y, en cambio, les encomiende la elaboración de un dictamen pericial para su aportación al procedimiento con arreglo a lo previsto en la LEC a tal efecto, en cuyo caso sugiere que entonces se produciría una inversión en el orden, que nos encontraríamos ante un perito-testigo.

A nuestro juicio, siendo atinada la identificación de estos supuestos de intervención de profesionales que conocieron los hechos por el ejercicio de su profesión (asoma aquí el tipo de testigo experto calificado en el derecho estadounidense como *employee expert*), el escenario que nos parece que debería ser objeto de mayor atención por ser el que ofrece una mayor proyección práctica, no es precisamente el que ahí se plantea el autor⁵³⁵. El caso al que nos referimos es el que se produce cuando las partes aportan documentos que pueden ser (y son) genéricamente denominados «informes» que pueden, o no, haber sido

⁵³² QUERAL CARBONELL, A. y RÍOS LÓPEZ, Y., «Testigo interrogado. Especial consideración del testigo-perito», *op. cit.*, p. 233.

⁵³³ *Ibid.*, p. 220.

⁵³⁴ FLORES PRADA, I., *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, *op. cit.*, pp. 183 y 184.

⁵³⁵ Adviértase, en todo caso, que el mismo Flores Prada sí ha abordado en otro lugar el escenario que se apunta seguidamente, en particular, en relación con la naturaleza jurídico-procesal de los informes clínicos y su distinción con los informes médico-periciales. FLORES PRADA, I., «Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico-procesal de los informes clínicos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.ºs 15-17, 2003, artículo 17.

elaborados en atención a un proceso, y de los que son autores aquellos profesionales. Su contenido puede ser muy distinto, pueden contener datos, información y declaraciones de conocimiento acerca de los hechos relativos a lo que sea el objeto del procedimiento que pueden exceder de los saberes comunes, por lo que cabría decir de los mismos que tienen un contenido pericial. No obstante, estos documentos no son aportados como dictámenes periciales en virtud del artículo 265.1. 4º LEC⁵³⁶, sino como «documentos» al amparo del artículo 265.1. 1º LEC, o bien como «informes» de conformidad con el artículo 380 LEC. Y es que, como se adelantó, también se ha defendido que por mor del artículo 380 LEC pueden aportarse a un procedimiento judicial no solamente los informes de los detectives privados, sino cualesquiera otros «en los cuales hubieran participado profesionales con conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos que, además de dejar constancia escrita y/o gráfica de hechos, aporten valoraciones de los mismos fundadas en conocimientos propios de aquella naturaleza»⁵³⁷, siendo entonces, atendiendo a esta interpretación, legalmente admisible proponer la declaración de aquellos como testigo-perito, de conformidad con lo previsto en el artículo 380.2 LEC.

Pero si las dificultades son ya constatables al nivel de las confrontaciones entre, digamos, el elemento personal de ambas pruebas –las personas del testigo-perito y del perito–, generando esa «esfera dudosa» referida, se hacen aún más evidentes cuando llega el momento de precisar lo que el testigo-perito puede y no puede trasladarle al juez, es decir, cómo deba ser la declaración de un testigo-perito o, en otros términos, cuál deba ser su alcance según lo previsto en el artículo 370.4 LEC. Es entonces también cuando, de alguna manera, aparecen en España las distintas nociones de la figura.

Así, adscribiéndose a la primera de ellas, RIFÁ SOLER ha sostenido de forma tan concisa como aparentemente definitiva que «se trata genuinamente de un testigo»⁵³⁸, y MONTERO AROCA ha escrito «que el llamado testigo-perito no es más que un testigo,

⁵³⁶ Así lo advierte también la magistrada Rivas Velasco: «No es infrecuente encontrar que bien, porque no se haya aportado el dictamen pericial o bien como apoyo del que se propuso como prueba, se aporte lo que se autodenomina “informe” que posteriormente es ratificado en el acto del juicio como prueba testifical. Las partes solicitan esta declaración testifical habitualmente indicando que la petición se formula al amparo del artículo 370 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, invocando la condición de testigo-perito del llamado». RIVAS VELASCO, M.ª J., «Nexo causal y su prueba tras la Ley 35/2015», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, 2019.

⁵³⁷ RIFÁ SOLER, J. M., RICHARD GONZÁLEZ, M. y RIAÑO BRUN, I., *Derecho Procesal Civil. Volumen II, op. cit.*, p. 187.

⁵³⁸ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F. (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, p. 1717.

aunque el testimonio del mismo pueda tener más valor, atendida su mayor capacidad de percepción y comprensión de determinados hechos»⁵³⁹. En esta misma línea, otros autores han querido justificar al menos la figura frente al testigo común, lo que parece haberles llevado, en lo esencial, a otorgarle apriorísticamente a su declaración frente a la declaración del testigo ordinario, un valor adicional, apareciendo entonces la figura como un «testigo cualificado». Y así, considerando que el legislador habría optado por concederle un carácter preferente al «saber subjetivo inherente al testigo», se ha apuntado que aquellos conocimientos especiales del testigo-perito no darían lugar sino a una «*percepción más detallada* respecto de la que hubiera podido apreciar cualquier otro ciudadano carente de dicha cualificación técnica, lo que repercutirá en que la declaración tenga un mayor grado de precisión o no»⁵⁴⁰. Igualmente, ABEL LLUCH considera que el testigo-perito se limitaría a «*adornar* su declaración con unos conocimientos especializados de los que carece el simple testigo»⁵⁴¹ y acercándose más claramente a la noción primigenia, se ha asegurado que el testigo-perito puede «colorear» «la pura descripción de la situación observada por él, con una serie de *detalles y particularidades* que, escapando de la apreciación del observador normal, *aparecen en él como evidentes*»⁵⁴². Finalmente, DÍAZ FUENTES ha defendido que la variante que representa el testigo-perito se justifica por un «*rasgo o matiz* en su declaración»⁵⁴³, añadiendo a continuación:

«No se debe entender como una fusión de perito y testigo, pese a la aposición de los términos con que lo denominamos, ni sería equivalente alterar su orden para anteponer la condición de perito, porque se trata básicamente de una persona que conoció los hechos por percepción común, como otra cualquiera, pero cuyos conocimientos especializados pueden permitirle la *apreciación de detalles* o la *realización de precisiones* que el

⁵³⁹ MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, op. cit., p. 419.

⁵⁴⁰ RODRÍGUEZ TIRADO, A. M., *El interrogatorio de testigos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 47.

⁵⁴¹ Son palabras de Abel Lluch, quien en consideración a esa capacidad de «adornar» su declaración escribe que, aunque el testigo-perito tendría una naturaleza indiscutiblemente testifical, también sería «si se quiere *sui generis*». ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *La prueba pericial*, op. cit., p. 54.

⁵⁴² Siguiendo aquí a CHOZAS ALONSO, J. M., *La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2001, pp. 49 a 51. Cfr. QUINTANA FERREIRA, F., «La valoración del interrogatorio de testigos en supuestos específicos: el testigo tachado y el testigo-perito», en Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2008, pp. 93 a 117, p. 110.

⁵⁴³ DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: tratamiento y práctica*, ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 330.

ciudadano común no hubiera captado o entendido» (las cursivas son nuestras).

Algo más eclécticas en sus posturas, nos parecen RÍOS LÓPEZ y FERNÁNDEZ-FIGARES. La primera, porque distanciándose de los autores que hemos citado hasta ahora, asimila ya las «manifestaciones» del artículo 370.4 LEC con la voz «valoraciones»⁵⁴⁴ y afirma que, aunque este testigo deba declarar fundamentalmente sobre los hechos de los que tuvo «subjetivamente noticia» puede luego realizar «valoraciones técnicas pero ceñidas y limitadas a los hechos de los que conoció y no a otros diversos»⁵⁴⁵. La segunda, FERNÁNDEZ-FIGARES⁵⁴⁶ afirma que si se interroga a un testigo-perito se le debe permitir «la aportación de apreciaciones o consideraciones que implican una cierta valoración o calificación, pero solamente cuando las mismas se refieran, precisamente, a la materia a que contengan los hechos del interrogatorio».

Frente a la anterior postura, mayoritaria, se ha defendido que el testimonio de un testigo-perito puede tener un carácter híbrido, y apuntan igualmente a que es precisamente ese carácter híbrido la razón del régimen de tachas dual que prevé la LEC. Claramente así, FONT SERRA⁵⁴⁷, que indicaba:

«Así pues, en la declaración del testigo-perito se puede diferenciar, por una parte, su declaración sobre los hechos (representación histórica o declaración propiamente testifical) y, por otra, sus manifestaciones o pareceres sobre aspectos técnicos, artísticos o prácticos en torno a los hechos declarados (opinión pericial o dictamen pericial)».

También MUÑOZ SABATÉ⁵⁴⁸, que se pronuncia al respecto de la figura al hilo de la prohibición de formular a los testigos preguntas que incluyan «valoraciones» o «calificaciones» contenida en el artículo 368.1 LEC, defendiendo que la misma sufriría una excepción en el caso del testigo-perito. Y reflexiona:

⁵⁴⁴ Concretamente, la jueza afirma que el testigo-perito «puede añadir a su declaración valoraciones sobre los hechos de los que tuvo noticia realizadas a partir de sus previos conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos».

⁵⁴⁵ QUERAL CARBONELL, A. y RÍOS LÓPEZ, Y., «Testigo interrogado. Especial consideración del testigo-perito», *op. cit.*, pp. 243 y 244.

⁵⁴⁶ Cfr. FERNÁNDEZ-FIGARES MORALES, M.^a J., *Alcance y límites del interrogatorio de testigos en el Proceso Civil (con revisión de las tecnologías aplicadas)*, ed. Dykinson, Madrid, 2002, p. 194.

⁵⁴⁷ FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, *op. cit.*, p. 175.

⁵⁴⁸ Cfr. MUÑOZ SABATÉ, L., *Fundamentos de Prueba Judicial Civil L.E.C.1/2000*, *op. cit.*, p. 363.

«Cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieren los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos. Adviértase que la norma no se muestra permisiva con las preguntas de naturaleza científica o técnica, sino únicamente con la en todo caso voluntaria agregación que haga el testigo. Estimo sin embargo que cabe dispensar una interpretación más flexible y operativa: caben preguntas sobre tales conocimientos si el testigo tiene reconocida capacidad (o titularidad) para responder y además quiere hacerlo».

Asimismo, PICÓ I JUNOY⁵⁴⁹ que al tratar sobre el principio de buena fe en el ámbito de la prueba de interrogatorio de testigos (volveremos sobre estas reflexiones) nos parece que apuntala claramente a la posibilidad de que un testigo-perito actúe como un perito, cuando escribe:

«Si se pretende que un testigo, al margen de declarar sobre los hechos litigiosos, sea interrogado igualmente sobre aspectos científicos, técnicos, artísticos o prácticos, esto es, intervenga como testigo-perito, la LEC parece permitir que se le formulen preguntas especializadas en el mismo acto del juicio (art.370.4 LEC)».

Igualmente, GASCÓN INCHAUSTI⁵⁵⁰, escueta pero claramente escribe:

«A pesar de que la distinción entre testigo y perito parece sencilla, es posible que quien ha percibido los hechos (testigo) disponga a su vez de las aptitudes y conocimientos científicos, artísticos o técnicos para apreciarlos debidamente (perito). El art. 370.4 LEC habla entonces del «testigo-perito», permitiéndole declarar no solo sobre sus percepciones personales –como testigo–, sino también formular manifestaciones sobre tales hechos fundadas en sus conocimientos: respecto de estas segundas se le considerará perito y podrá ser objeto de tacha».

También creemos que ASECIO MELLADO⁵⁵¹ se adscribe a esta línea, pues tras afirmar que en relación con el testimonio de un testigo-perito estaríamos ante una «declaración compleja» ya que el testigo-perito no solamente aporta «una noticia acerca de determinados hechos» sino también su «saber específico», todavía añade que no habría inconveniente en que «declaren como testigos peritos auténticos llamados por las

⁵⁴⁹ PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, ed. Bosch, 2.ª ed., Barcelona, 2013, p. 189.

⁵⁵⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal Civil. Materiales para el estudio*, op. cit., pp. 301 y 302.

⁵⁵¹ ASECIO MELLADO, J. M., «Proceso Civil Práctico» (dir. V. Gimeno Sendra), ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, t. II, vol. I, p. 1345.

partes para presenciar un hecho, esto es, no espontáneos» y finaliza concluyendo que si un testigo-perito falta a la verdad «se someterá al delito de falso testimonio siendo aplicables bien los preceptos referidos a los testigos (arts. 458 y 460 CP) o bien a los peritos (arts. 459 y 460 CP) en función de la parte de su declaración que afecte a su deber de ajustarse a la verdad».

En resumen, a nivel doctrinal nos parece constatar en España las dos nociones de la figura, si bien la tesis que postula «la doble cualidad», esto es, que el testigo-perito puede actuar como un testigo y como un perito al prestar declaración, habría recibido menos apoyos, pese a que, por las razones ya expuestas, la regulación de la figura en la LEC esté alineada con la segunda de las nociones.

3.2. Análisis jurisprudencial: un abordaje desde la exigencia del conocimiento directo como criterio distintivo del testigo-perito frente al perito

No sería correcto decir que el testigo-perito se ha manifestado como una figura irrelevante o de escasa importancia práctica durante estos años de vigencia de la LEC. Además, dado su carácter supletorio, el recurso a la figura del testigo-perito por los litigantes se constata en todas las jurisdicciones, aunque hemos ya de señalar que es particularmente notable su invocación en la jurisdicción penal, en buena medida por la mayor importancia que la prueba testifical ha tenido y tiene en esta jurisdicción frente a otros medios de prueba⁵⁵². No obstante, de cara al análisis de la jurisprudencia española en lo que se refiere al testigo-perito, aquí nos vamos a circunscribir al orden jurisdiccional civil.

Pero antes de centrar nuestra atención en este orden, no podíamos dejar de reseñar algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo, concretamente, de las Salas de lo Civil,

⁵⁵² De forma explícita en cuanto al reconocimiento de la figura del testigo-perito por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y referencias a su positivización en la vigente LEC, citamos, por ejemplo, la STS 553/2008 de 18 septiembre, en la que se lee: «la figura del testigo-perito no es ajena a nuestro sistema jurídico. Esta Sala la ha admitido de forma expresa (cfr. SSTS 423/2007 de 23 de mayo, STS 119/2007 16 de febrero, 1393/1999 de 6 de octubre y 1742/1994, 1742/1994 de 29 de septiembre), siendo figura usual en el ámbito del procedimiento civil, en el que se permite que, cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieren los hechos, pueda el Tribunal admitir las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos (cfr. art. 370.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892])». Se aprecia en esta resolución la cita de resoluciones judiciales anteriores a la entrada en vigor de la LEC, lo que no debe sorprender porque la figura del testigo-perito y, en general, el testimonio técnico siempre ha tenido en esta jurisdicción una mayor proyección.

Contencioso-Administrativo y Penal con el ánimo de demostrar que los mismos visibilizan ya la adopción de varias posturas ante las posibles valencias de la figura.

Comenzando por la Sala Primera del Tribunal Supremo, preciso es indicar que en el año 2014 tuvo ya aquella la oportunidad de pronunciarse acerca de la figura tipificada en el artículo 370.4 LEC si bien, debemos también subrayar, fue este un pronunciamiento efectuado con carácter de *obiter dictum*. Nos referimos a la Sentencia núm. 588/2014 de 22 de octubre⁵⁵³. El pronunciamiento en cuestión se produjo con ocasión de la resolución del primero de los motivos de un recurso extraordinario por infracción procesal, sustentado en la «vulneración de lo dispuesto en los artículos 360, 370.4, 335, 304, 309 LEC, y relacionados, así como 336 y 337 del mismo cuerpo legal, en relación con la indebida admisión y práctica de prueba testifical-pericial» (con lo que, en suma, el recurrente se quejaba de que al admitir y practicarse el interrogatorio de un testigo-perito se habría admitido y practicado en realidad una «pericial encubierta»). En apretada síntesis, el litigio se originó como consecuencia de la firma de un contrato de cesión de derechos sobre una telenovela venezolana para su difusión audiovisual en España, discutiéndose si la extensión realizada entre los capítulos 252 y 375 (capítulos totales que finalmente fueron emitidos en España) se encontraba o no amparada por el contrato de cesión citado, por cuanto que en el mismo también se habría previsto la cesión de «formato». Lo cierto, como se ha adelantado, es que el Tribunal Supremo, siguiendo en este punto el mismo criterio de la Audiencia Provincial (Sentencia núm.485/2012 de 19 de octubre, de 19 de octubre de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª)⁵⁵⁴ consideró que el hecho de que el Juzgado hubiese admitido la declaración del testigo-perito en la instancia, no constituía una infracción procesal determinante de indefensión en la medida en que el objeto de aquella declaración era una cuestión jurídica⁵⁵⁵, consistente en el significado de la voz «formato» de una obra audiovisual, por lo que entendía que podía «considerarse irrelevante la intervención de dicho experto en el juicio»⁵⁵⁶.

⁵⁵³ Cfr. STS 588/2014 de 22 de octubre.

⁵⁵⁴ Cfr. SAP Madrid 485/2012 de 19 de octubre.

⁵⁵⁵ Hemos de llamar la atención sobre el hecho de que, según resulta del Fundamento Jurídico Primero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid recurrida, en la proposición de la prueba se habría señalado como objeto de la prueba del testigo-perito «que diga qué es lo que se entiende por formato en el ámbito audiovisual».

⁵⁵⁶ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

Sin perjuicio de que aquella interpretación acerca de la naturaleza jurídica del término «formato» pueda cuestionarse (el mismo Tribunal reconoce estar ante un «caso límite»), lo significativo ahora es que aquel motivo del recurso dio pie al Alto Tribunal para realizar algunas consideraciones acerca de las diferencias entre un testigo-perito y un perito. Concretamente, la Sala Primera enfatizaba –como lo ha hecho la doctrina mayoritaria– la distinta relación con los hechos predicable de un testigo-perito frente al perito, lo que motivaría que, al igual que el testigo simple, el testigo-perito no fuera sustituible, pues, se escribía «es la persona que ha percibido el hecho». En definitiva, se subrayaba una vez más como criterio diferenciador del testigo-perito frente al perito, la necesaria relación «directa, histórica y extraprocesal con los hechos»⁵⁵⁷.

Sin embargo, y pese a la proyección que estas líneas sobre la figura han tenido en la jurisprudencia menor en la jurisdicción civil, nos parece que la Sala no ahondaba entonces en la cuestión, para nosotros capital, de cómo ha de ser en tal caso el testimonio de un testigo-perito, limitándose a declarar que, a diferencia del testigo simple, el testigo-perito «puede valorarlo (el hecho) desde un punto de vista científico, técnico, artístico o práctico porque posee conocimientos de esta naturaleza»⁵⁵⁸.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sí ha sido más explícita y significativa a este respecto. Nos vamos a referir a la Sentencia de 5 de junio de 2013⁵⁵⁹ en relación con la resolución del primero de los motivos del recurso de casación, en respuesta a la denegación por la Sala sentenciadora de la petición interesada por la recurrente consistente en la práctica, de conformidad con lo previsto en el artículo

⁵⁵⁷ Concretamente, en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia se lee: «El testigo-perito es un testigo porque ha de tener una relación directa, histórica y extraprocesal con los hechos. La relación del perito con los hechos, a diferencia de lo que sucede con el testigo, deriva de un encargo de la parte o del tribunal en relación al proceso que quiere iniciarse o que está ya iniciado. El testigo-perito, al igual que el testigo ordinario, no es sustituible, pues es la persona que ha percibido el hecho, solo que, además, en el caso del testigo-perito, puede valorarlo desde un punto de vista científico, técnico, artístico o práctico porque posee conocimientos de esta naturaleza, mientras que el perito puede ser sustituido por otro, pues carece de esa relación previa con los hechos objeto del litigio».

⁵⁵⁸ En todo caso, las consideraciones en punto a las diferencias entre un testigo-perito y un perito (que bien podían haber sido omitidas, atendiendo a las razones por las que desestimó finalmente el motivo), parecen animadas por la necesidad de advertir lo que venimos anticipando: que diferenciar entre un testigo-perito y un perito no es una cuestión sin importancia, dadas las diferentes normas probatorias, reguladoras de la prueba de interrogatorio de testigos, de un lado, y de la prueba de dictamen de peritos, del otro, destacando a este respecto el Alto Tribunal la circunstancia de que la LEC exige, como se ha visto, la aportación anticipada del informe pericial, lo que le llevaba a concluir que cuando «la pericia se trae directamente al juicio, mediante el interrogatorio del experto, sin previa aportación del informe escrito, se puede privar a la parte contraria de esa garantía que supone el conocimiento anticipado del informe».

⁵⁵⁹ Cfr. STS de 5 de junio de 2013.

381 LEC, de un informe a emitir por el Servicio de Cultura y Patrimonio Histórico del Cabildo Insular de Tenerife sobre la composición de cierta zona de la Playa de las Américas⁵⁶⁰. Al respecto, la Sala Tercera desestima este primer motivo en virtud del razonamiento que se transcribe:

«Sin perjuicio de que la prueba testifical, a la que se asimila la del informe del artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento civil (respuestas por escrito a cargo de personas jurídicas o entidades públicas), puede proyectarse eventualmente sobre elementos técnicos o científicos, y así resultaría de la regulación de la figura del testigo perito (artículo 370 de la Ley de Enjuiciamiento civil), esa posibilidad no alcanza a la realización de una pluralidad de juicios técnicos típicamente valorativos, como en realidad se interesaba».

A lo que luego añade:

«No se trataba, simplemente, de informar o describir los elementos o componentes detectados en los terrenos (o como dice la recurrente de la mera constatación o «accertamento») sino de establecer (por un órgano no técnico), a través de un juicio de valor, si éstos se corresponden con una formación fósil o con los de una playa actual, distinción decisiva, que para ser resuelta exige realizar una evaluación de un conjunto de circunstancias específicas, con arreglo a parámetros de carácter científico y no simplemente a través de una mera descripción acrítica de la información disponible».

Aunque como hemos dicho en el asunto referido no se había solicitado propiamente la intervención de un testigo-perito al amparo del artículo 370.4 LEC, sino una prueba de informes⁵⁶¹, en el razonamiento judicial sí se hace referencia a dicho precepto y a la figura, y se advierte claramente que entonces la Sala se alinea con la que aquí hemos

⁵⁶⁰ Según resulta de la misma sentencia de la Sala Tercera, interesaba concretamente que «se informase si los componentes de valor paleontológico responden a una playa fósil, pero no se corresponden con ninguna formación de playa actual, si los componentes se ubican en capas situadas bajo la superficie y no son superficiales, si se hallaban en la finca del recurrente y si se encuentran en otras parcelas tierra adentro».

⁵⁶¹ Sobre los riesgos de esta conocida como prueba de informes, por su cuestionada naturaleza jurídica procesal también se ha advertido frecuentemente en la doctrina española, en particular, por su posible confusión con la prueba pericial. Para su distinción, se ha recurrido fundamentalmente a una supuesta actividad; así, se ha escrito que la actividad del informante consistiría fundamentalmente en atender y ordenar unos archivos documentales que, todo lo más, habría que relacionar entre sí para establecer conclusiones, mientras que la actividad pericial estaría constituida por la «percepción y deducción de hechos en torno a los cuales el perito ha recibido el encargo de examinar». Cfr. FONT SERRA, E., *La prueba de peritos en el proceso civil español*, op. cit., p. 122. También Montero Aroca advierte de los riesgos de este medio de prueba por su potencialidad para que, a través de esta, se disfracen pruebas testificales de periciales. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, op. cit., pp. 426 y 427.

denominado noción primigenia del testigo-perito, recurriendo fundamentalmente a la distinción entre juicios de hecho y juicios de valor, patentizando también cómo bajo esta versión se asume que las aportaciones de quienes en tal condición intervengan habrán de ser poco significativas cuando no irrelevantes («una mera descripción acrítica de la información disponible»).

Por lo que se refiere a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se insiste en que la figura del testigo-perito habría tenido una particular acogida en buena medida, como también hemos visto que sucede en otros países, por la frecuente intervención en los procesos penales de los agentes de los cuerpos de policía (aunque también cabría referir otras instituciones o servicios técnicos estatales o dependientes de las administraciones públicas) que participaron o dirigieron las investigaciones de los hechos criminales enjuiciados, que por ello son llamados como testigos, a la vez que son vistos como expertos en la investigación criminal⁵⁶², pese a que la figura del testigo-perito no esté consagrada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵⁶³.

⁵⁶² De hecho, en relación con la participación de los citados agentes de policía en su condición de testigos-peritos, no se ignora su asociación con los denominados «informes de inteligencia» o «pruebas periciales de inteligencia», los vaivenes de la Sala Segunda al respecto de la calificación y valor probatorio de estos informes (pues se cuestiona que aporten realmente, al menos en todos los casos, un saber pericial) y el tratamiento procesal que haya de dispensarse a los agentes policiales que los elaboran y comparecen en el juicio oral, sometiendo entonces su testimonio a contradicción. Al respecto de estas cuestiones y de las diferentes posturas adoptadas, pueden verse, por ejemplo, la STS 1097/2011 de 25 de octubre de 2011, recusación 10344, sin que pueda obviarse el voto particular que precisamente en relación con esos informes de inteligencia formula Andrés Ibáñez. Y también la STS 507/2020 de 14 de octubre, en la que se concluye: «se trata de un medio probatorio que no está previsto en la Ley, siendo los autores de dichos informes personas expertas en esta clase de información que auxilian al Tribunal, aportando elementos interpretativos sobre datos objetivos que están en la causa, siendo lo importante si las conclusiones que extraen son racionales y pueden ser asumidas por el Tribunal, racionalmente expuestas y de forma contradictoria ante la Sala» (hemos cambiado el subrayado original de la resolución por cursiva).

⁵⁶³ Al respecto, merece la pena mencionar que la figura del testigo-perito sí se contempla en cambio en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal 2020. Concretamente, el artículo 670 del Anteproyecto, al hilo de la denominada «razón de ciencia» del testigo, se refiere en su apartado 2 a la regla de exclusión de la opinión y también a su excepción prototípica en el caso del testigo común, basada en el carácter inseparable de la opinión y el hecho, y, así, se establece: «No se admitirá que el testigo exprese las opiniones que tenga sobre los hechos salvo cuando sea imposible separarlas de las respuestas sobre los mismos». Es a continuación, ya en el apartado 3 del mismo artículo 670 y acudiendo a la fórmula empleada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se positiviza la figura señalando: «Sin embargo, cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a la que se refieren los hechos del interrogatorio, se admitirán las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos el testigo agregue a sus respuestas». Se trata, a nuestro juicio, de una positivización que acogería más claramente que en el ámbito civil la noción del testigo-perito de «la doble cualidad», en la medida en que a través del apartado 3 parece contemplarse una excepción distinta a la regla de exclusión de la opinión que la prevista para el testigo común. También es muy significativo (eso nos parece) que el Consejo General del Poder Judicial, en el Informe sobre el Anteproyecto del mes de abril de 2023, pidiese una delimitación más precisa de la figura, que reconozca que estos sujetos que conocen los hechos enjuiciados de forma extraprocesal intervienen en juicio en una doble condición de testigo y de perito y que, además, lo hacen «mediante la

Aquí nos vamos a referir muy brevemente a otro de los ámbitos en los que el testigo-perito también ha sido objeto de un mayor tratamiento doctrinal y jurisprudencial, el de los delitos económicos frente a la Hacienda Pública, a propósito de la intervención en las causas de los funcionarios (inspectores actuarios) que durante la fase de comprobación tributaria detectan el hecho delictivo y participan en el proceso de elaboración del expediente o informe de delito que actúa como fundamento de la querrela durante la instrucción⁵⁶⁴. En este contexto, en la Sentencia de la Sala Segunda núm. 212/2021 de 10 marzo⁵⁶⁵ encontramos una calificación que nos parece interesante al respecto de las tres posibles formas de intervención en el proceso de estos funcionarios de la Agencia Tributaria. En particular, en esta sentencia se observa que estos funcionarios pueden intervenir bien (i) como *testigos*, cuando el funcionario «que, habiendo realizado actuaciones de comprobación de investigación en el procedimiento administrativo donde se detectaron los indicios de delito, declare exclusivamente sobre tales actuaciones»; o bien (ii) como *testigo-perito*, cuando el funcionario «además de declarar sobre hechos conocidos personalmente en el desarrollo de las actuaciones, aporte, a requerimiento del Juez, sus conocimientos especiales y emita sus opiniones y pareceres como técnico en la materia para la apreciación de los hechos» y, finalmente, (iii) como *perito*, cuando el funcionario «sin realizar actuaciones materiales de comprobación o investigación, colabore en la emisión del informe relativo a la existencia de indicios de delito o sea llamado por el Juez para desempeñar un servicio pericial»⁵⁶⁶. Completaremos el anterior pronunciamiento con el contenido en la Sentencia núm. 436/2023 de 7 junio⁵⁶⁷ procedimiento (asunto «Caja de Ahorros del Mediterráneo») en relación con la intervención en el juicio, en su condición de testigo-perito, del inspector del Banco de

formación de informes que son aportados al procedimiento», todo ello, prosigue, «con la finalidad de abordar los aspectos controvertidos de las declaraciones efectuadas en estos términos por los testigos, cuáles son los suscitados por la eventual privación a las partes del derecho a prever y preparar adecuadamente el interrogatorio en cuestión».

⁵⁶⁴ Cfr. BLÁZQUEZ LIDOY, A., «La problemática jurídica de los testigos y/o peritos inspectores de hacienda en los delitos contra la Hacienda Pública», *Diario La Ley*, n.º 10225, Sección Tribuna, 9 de febrero de 2023.

⁵⁶⁵ Cfr. STS 212/2021 de 10 marzo.

⁵⁶⁶ La misma clasificación sobre las modalidades en las que cabe que intervenga el funcionario de la Agencia Tributaria en la más reciente STS 439/2024 de 22 de mayo. Curiosamente, son las mismas modalidades de intervención que se encuentran en ALONSO AYALA, M., PICAZO GONZÁLEZ, P. y MELÓN MUÑOZ, A. (coords.), *Memento experto Perito Judicial*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2014, p. 66.

⁵⁶⁷ Cfr. STS 436/2023 de 7 de junio.

España. Concretamente, la recurrente en aquel recurso cuestionaba, ya no la admisión de la declaración del citado inspector en la citada condición, sino la imparcialidad del mismo⁵⁶⁸, respondiendo la Sala a tal cuestión mediante la siguiente reflexión:

«(...) está ya admitida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo la figura del testigo-perito, sobre todo a propósito de los peritos de la Hacienda Pública, entre otras la STS 611/2009, de 29 de mayo (RJ 2009, 4202), en el sentido de que una persona puede declarar sobre los hechos que directamente, o por referencia, ha presenciado, y a la vez declarar en su condición de perito con la finalidad de ilustrar al Tribunal acerca de una serie de conocimientos específicos en una determinada materia, lo cual no invalida sus manifestaciones ni tiene por qué afectar a su imparcialidad. En todo caso, como testigo y como perito se le toma juramento o promesa de decir verdad y de realizar la pericia según su saber y entender apercibiéndole de que en caso contrario podría cometer un delito contra la Administración de Justicia, y, sobre todo, es el Tribunal el que en la sentencia deberá valorar sus declaraciones en el juicio oral y si son o no incompatibles entre sí dada esta doble condición, dándosele el valor probatorio que se estime conveniente a sus declaraciones, tanto como testigo de los hechos como perito experto en la materia que se propone».

En definitiva, nos parece claro que la Sala Segunda del Tribunal Supremo acoge la noción del testigo-perito en su doble cualidad, pero también, como resulta concretamente de la segunda de las Sentencias citadas, que no requiere como condición de admisibilidad para que un sujeto intervenga como testigo en un proceso judicial, el conocimiento personal directo, subrayándose además en las resoluciones citadas la importancia de atender fundamentalmente a la racionalidad de las conclusiones que alcancen estos

⁵⁶⁸ El cuestionamiento de la imparcialidad del funcionario de la Hacienda Pública también es frecuente en la práctica jurisdiccional penal, pero el Tribunal Supremo se viene pronunciando de forma reiterada en el sentido de que la vinculación funcional de estos funcionarios no tiene necesariamente que perjudicar su imparcialidad. Por todas, cfr. STS 2069/2002 de 5 de diciembre de 2002, recurso n.º 594/2001. También la cuestión ha recibido un tratamiento en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, pues en lo que se refiere a las causas de abstención y en su caso de recusación de los peritos (designados por el Ministerio Fiscal), se contempla en su artículo 477.2.9.º la siguiente causa: «Haber intervenido en el procedimiento previo, en vía administrativa, por los mismos hechos, sin perjuicio de que al prestar declaración como testigo-perito pueda incorporar los conocimientos técnicos, artísticos o prácticos que tenga sobre los mismos». De esta manera, siguiendo aquí a Ramírez Ortiz, se abordaría en el Anteproyecto citado la controvertida polémica doctrinal acerca de la posible actuación como peritos en el proceso penal de los inspectores de la Agencia Tributaria u otros técnicos que han intervenido en el procedimiento administrativo previo, concluyendo el citado magistrado que, aunque no puedan participar como peritos, sí pueden «aportar los conocimientos expertos propios de su ámbito», por lo que concluye: «la misma fuente probatoria podrá aportar informaciones testificales y también periciales, debiendo distinguirse entre unas y otras». RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «Un cambio de paradigma probatorio: prueba pericial y prueba científica en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020», *Diario La Ley*, n.º 9901, Sección Tribuna, 28 de julio de 2021.

sujetos, frente a la circunstancia de que su intervención no encuentre encaje en un medio de prueba, es decir, a costa del principio de legalidad.

Centrándonos ya en el ámbito de la jurisdicción civil, y en la jurisprudencia menor, debe anticiparse que no son numerosas las resoluciones judiciales en las que se aborde la figura directamente y, menos todavía, cuál haya de ser el testimonio admisible tratándose de un testigo-perito. Ciertamente, a este respecto, lo que más interesaría es conocer qué concreta información ha venido accediendo a los procedimientos judiciales mediante el recurso al testigo-perito en cada caso, es decir, cuáles han sido los juicios que han sido admitidos, pero también en qué contexto y condiciones (de qué personas se trata y cuál era su relación con los hechos, bajo qué concretos términos de proposición de prueba, ante la formulación de qué preguntas, ante qué reacciones del juez o de las partes). No son estos extremos ni circunstancias que resulten de la lectura de las resoluciones judiciales, a salvo, y solamente en alguna medida, en aquellos casos en los que la prueba del testigo-perito ha sido cuestionada. En particular, al atender a estos pronunciamientos judiciales se constata que ello ha obedecido al cuestionamiento por las partes de dos juicios jurisdiccionales distintos: el juicio de admisibilidad⁵⁶⁹ de la proposición de la prueba del testigo-perito, de un lado, y de otro, el juicio valorativo, el juicio acerca de la valoración atribuida a las declaraciones de quien ha intervenido en tal condición, cuestionamientos que se traducen en motivos de impugnación de la sentencia finalmente dictada en el procedimiento en el recurso de apelación⁵⁷⁰.

Al constatar lo anterior, hemos considerado conveniente aunar bajo el presente epígrafe varias cuestiones que surgen de la revisión de algunas de aquellas resoluciones judiciales, de la jurisdicción civil –las que nos han parecido más significativas– centrandó nuestra atención en la exigencia del conocimiento directo como criterio distintivo del

⁵⁶⁹ Hacemos nuestra una definición sencilla de Garciandía González, según la cual el «juicio de admisibilidad» de la prueba es «aquella decisión, emitida por el tribunal que conoce del proceso, por la que se pronuncia en sentido afirmativo o negativo acerca de la práctica de cada concreto medio de prueba propuesto, una vez comprobada la concurrencia en él de determinados requisitos materiales y procesales de admisibilidad». GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. M., «Los juicios de admisibilidad y de suficiencia de la prueba propuesta: extensión y límites al amparo de la doctrina de los tribunales», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 46, 2018, p. 13.

⁵⁷⁰ A tener en cuenta que la impugnación del juicio de admisión supone una infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia, denunciabile en apelación al amparo del artículo 459 LEC, por lo que habrá de citarse en el recurso las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida, amén de acreditar que fue denunciada la infracción, de haber tenido la oportunidad procesal para ello.

testigo-perito frente al perito, para examinar cómo opera realmente en la praxis judicial y atendiendo además a las diferentes «formas» en las que se manifiesta la figura. Y es que, como ya se advirtió, cabe hablar de varias formas.

Precisamente, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14) entre otras, en la Sentencia núm. 379/2009⁵⁷¹ de 18 de junio y en la Sentencia núm.299/2018 de 19 de septiembre⁵⁷² (en ambos casos, siendo magistrado ponente Quecedo Aracil) se ha referido a estas posibles manifestaciones del testigo-perito con la finalidad de evidenciar su carácter subversivo, tan es así que denomina a estas manifestaciones «deformaciones». Las llamadas por la Audiencia «deformaciones» de la figura serían dos: de un lado, la del «testigo-perito puro y simple» «que no emite informe previo por escrito, y que vienen a juicio citado como testigo, pero al que se le hacen preguntas técnicas como si fuese un perito»; y, de otro lado, aquella que se produce «cuando el dictamen técnico, con o sin juramento previo del art. 335 L.E.C. se aporta con la demanda, no se pide intervención en el acto de la vista como perito, pero se cita al interesado para que comparezca como testigo, y ratifique su informe, haciéndole las preguntas típicas de un perito».

A poco que se reflexione, se constata que estas manifestaciones o formas del testigo-perito que refieren las citadas resoluciones de la Audiencia Provincial de Madrid revisten un paralelismo claro con las que, antes de la entrada en vigor de la LEC y de la positivización por tanto de la figura, refería FONT SERRA al tratar de los tipos posibles de las entonces denominadas «periciales extrajudiciales» y advertir de sus riesgos. Así, recordemos que este autor diferenciaba entre el testigo-técnico, que definía como el «testigo que, en su declaración, emite un dictamen pericial» y, por el otro, el «autor de un documento con contenido pericial», que es aportado al proceso⁵⁷³.

También ahora estas resoluciones judiciales de la Audiencia Provincial de Madrid rechazan que el testigo-perito pueda servir para dar cobertura a aquellos casos en los que un sujeto es llamado a un procedimiento judicial para ratificar primero un documento de su autoría y responder entonces a las preguntas que al respecto le puedan ser formuladas⁵⁷⁴. Además, se rechaza que una misma persona pueda actuar como testigo y

⁵⁷¹ SAP Madrid 379/2009 de 18 de junio.

⁵⁷² SAP Madrid 299/2018 de 19 de septiembre.

⁵⁷³ FONT SERRA, E., *La prueba de peritos en el proceso civil español*, op. cit., p. 112.

⁵⁷⁴ Aunque ya vimos que es cuestionable si tal actuación procesal está o no prevista en la LEC según la interpretación que se haga del artículo 380 LEC.

perito a la vez, aunque, de nuevo, debemos llamar la atención sobre el hecho de que tampoco queda clara la naturaleza y alcance de los juicios admisibles de la noción de testigo-perito que parece defenderse⁵⁷⁵. Cabría decir que, en general, la censura se produce porque se entiende que procesalmente no están previstas tales actuaciones, al punto de que la Sala no duda en calificar estas maneras de actuar de «abuso del proceso» (artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Ahora bien, los argumentos que ha dado la Audiencia Provincial de Madrid difieren en cierto modo, según se trate de una forma u otra.

En particular, por lo que se refiere a la forma de la figura del testigo-perito en su manifestación denominada «pura y simple» (sin haber aportado informe previo), la Sala pone de manifiesto fundamentalmente, aunque no solo, el hecho indicado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en la Sentencia ya comentada relativo a la privación que sufre la parte contraria a aquella que propone la prueba al desconocer de forma anticipada el informe. Concretamente, la Audiencia Provincial de Madrid ha argumentado que:

«Los peritos no judiciales pueden ser tachados, y en cambio los testigos solo se les interrogan por las generales de la ley; se evita la tacha y el juramento del Art. 335 L.E.C. sustituyéndolo por las generales de la Ley. Además, con esta forma de actuar se evita la aportación inicial del informe y su documentación accesoria tal y como ordenan los Arts. 265 y 336 L.E.C., y lo que es más grave, esa falta de aportación inicial evita la crítica del informe desde el primer momento, hurtando a la parte contraria las posibilidades del Art. 427 L.E.C., eliminando sus ampliaciones y la posibilidad de nuevas pruebas periciales contradictorias, e incluso la exposición amplia del dictamen ex Art. 347 L.E.C., incluido el hipotético careo con el perito contrario. De esa forma, el intercambio de la figura permite que el propio informe pericial quede oculto hasta momentos en los que no es posible reaccionar en su contra, reduciendo las posibilidades de defensa del contrario, hasta el punto de dificultar las preguntas que pueden hacerse al perito al amparo de los Arts. 346 y 347 L.E.C.».

⁵⁷⁵ En esta resolución se define al testigo-perito como «el sujeto, que no siendo parte, conoce los hechos procesales antes de que el proceso se incoe, y los conoce de ciencia propia, y no por referencia, y cuyo saber es particular; el del hecho que presencia, aunque matizado por su saber universal propio de su profesión», añadiendo que «estaba en el momento preciso y en el lugar preciso, y cuando se le pregunta por ellos su versión no es la común de cualquier mortal; es la del profesional que da la versión de los hechos anteriores al proceso y los valora según sus conocimientos, lo que lo hace infungible, pero no por razón de ser perito, sino por ser testigo».

La situación nos parece que ofrece un matiz no poco importante al menos desde el punto de vista del principio de contradicción cuando se trata de la segunda de las manifestaciones referida (con aportación previa de un «informe»), pues en este caso es más cuestionable que quepa aquí hablar de reducción de las posibilidades de defensa en la medida en que obrará en el procedimiento un documento expresivo de los juicios especializados acerca de los hechos relativos a lo que sea el objeto del procedimiento de quien luego declarará como testigo-perito; de ahí, se insista, que ya no parezca razonable decir entonces que las opiniones técnicas han quedado «ocultas» hasta el momento en el que este declare.

Consciente de lo anterior, en la Sentencia núm.299/2018 de 19 de septiembre, la Audiencia critica esta segunda manifestación de la figura atendiendo a consideraciones que, evidentemente, apuntan al principio de legalidad en la admisibilidad de los medios de prueba. Y así señala:

«Esa forma de hacer no nos convence. El dictamen no merece la consideración de informe pericial porque no cumple las prescripciones del Art. 335 L.E.C., ni acompaña los trabajos auxiliares o de campo para su mejor comprensión como ordena el Art.336.2 L.E.C., ni la parte pide la intervención del perito con la amplitud del Art.347 L.E.C., ni el interrogatorio posterior como testigo es bastante para suplantar el contenido del Art. 347 L.E.C. ya citado. En esas condiciones, el valor de su informe no pasa de ser el de un documento en que la parte funda su derecho, que da cuenta de un hecho documentado, y que no hace prueba por sí mismo; refiere un hecho por probar por los demás medios de prueba, sin que la ratificación de su autor lo convierta en prueba pericial; solo le añade la autenticidad, a los efectos de levantar la carga de la prueba de la autenticidad que viene impuesta por el Art. 362.2 L.E.C. si la parte contraria impugna el documento. Dicho de otro modo, su valor es de prueba testifical valorable, como todas las pruebas, de acuerdo con la sana crítica».

En suma, lo primero que parece desprenderse de estas dos resoluciones y sobre lo que ahora nos interesa llamar la atención es que la exigencia de un conocimiento directo de los hechos («histórico», «natural») en la persona que pretende deponer como testigo-perito, lo que excluye al testigo de referencia (volveremos sobre esta exclusión), debería

conducirnos, sin más, a una noción de esta figura que no invadiría la función que es propia de la prueba pericial⁵⁷⁶.

Sin embargo, del análisis de algunas resoluciones judiciales a las que en un primer lugar nos vamos a referir, se sigue que cuando han depuesto como testigos-peritos sujetos de los que cabría predicar tal conocimiento directo por proceder su relación con los hechos del ejercicio de su profesión –concretamente, hemos seleccionado casos en los que hablamos de profesionales de la medicina, el testigo-perito por excelencia– han sido admitidos y, además, se les ha concedido un valor determinante, a juicios que podríamos calificar de *stricto sensu* periciales en la medida en que versaban sobre nexos causales. Es decir, estas resoluciones son reveladoras de que no basta con exigir que el sujeto que interviene como testigo haya tenido un conocimiento directo de los hechos para evitar que estos actúen como peritos.

Revisaremos a continuación resoluciones judiciales de las que resulta el acogimiento de la versión del testigo-perito en su doble cualidad. Comenzaremos por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª) núm. 472/2010 de 10 de diciembre⁵⁷⁷. Se trata de una resolución en la que en apariencia se constata una preocupación por remarcar las diferencias existentes entre el testigo-perito y el perito. De hecho, en esta resolución encontramos una enumeración o listado al respecto de dichas diferencias que habría hecho fortuna, repitiéndose en otras tantas resoluciones de varias Audiencias Provinciales españolas⁵⁷⁸. La fórmula dice así:

«Es cierto que entre el perito y el testigo perito existen bastantes diferencias:

a) El perito es llamado al proceso por sus conocimientos técnicos o especializados. El testigo-perito es traído al juicio por haber presenciado

⁵⁷⁶ En el mismo sentido, cfr. Abel Lluch, al comentar precisamente la SAP Madrid 379/2009 de 18 de junio, quien ha escrito: «La exigencia de un conocimiento preprocesal y la inexistencia de un previo encargo permite excluir del régimen jurídico del testigo-perito el supuesto contemplado en la sentencia comentada del “testigo-perito” puro y simple, que no emite informe previo por escrito, y que viene al juicio citado como testigo, pero al que se le hacen preguntas técnicas como si fuera un (sic) testigo». ABEL LLUCH, X., «Dossier jurisprudencia sobre derecho probatorio: II. El testigo-perito no es una pericial extemporánea», *Diario La Ley*, n.º 8187, Sección Dossier, 1 de octubre de 2010, pp. 15 a 17.

⁵⁷⁷ Se trata de la SAP Tarragona 472/2010 de 10 de diciembre.

⁵⁷⁸ Entre otras, por la SAP Asturias 453/2012 de 30 de noviembre, la SAP Guipúzcoa 351/2013 de 25 de noviembre, la SAP Valencia 214/2017 de 9 de junio, la SAP La Rioja 20/2020 de 22 de enero, la SAP Barcelona 100/2020 de 10 de junio, la SAP Castellón 390/2022 de 15 de junio, y la SAP Cáceres 50/2023 de 1 de febrero.

los hechos, esto es, al margen de sus conocimientos técnicos o especializados.

b) El perito no tiene antes de realizar el dictamen pericial conocimiento de los hechos discutidos en el juicio; mientras que el testigo-perito posee un conocimiento directo de los mismos, por haberlos presenciado.

c) Al perito se le llama al proceso por su cualificación técnica, que le permite valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto que requieren de una serie de conocimientos científicos, artísticos o técnicos. Sin embargo, al testigo-perito se le llama por la posibilidad de haber percibido a través de sus sentidos determinados hechos relativos al proceso al que es llamado.

d) El perito es sustituible; y el testigo-perito es insustituible en tanto se le llama por poseer unos conocimientos directos de los hechos relevantes.

e) La emisión del dictamen del perito es escrita; por el contrario, el testigo-perito efectúa sus manifestaciones oralmente.

f) La realización del dictamen pericial puede tener lugar con carácter previo al juicio (cuando se acompaña a los escritos de alegaciones). Sin embargo, la intervención del testigo-perito se realiza en el acto del juicio.

g) Los conocimientos aportados por los peritos tienen el valor de una prueba pericial. Sin embargo, los conocimientos técnicos aportados por el testigo-perito tienen el valor probatorio que se concede a la prueba testifical (art. 376 LEC).

h) El perito puede ser objeto de tacha o de recusación, según sea de parte o de designación judicial; mientras que el testigo-perito sólo puede ser tachado, al haber sido llamado al pleito como testigo».

La enumeración transcrita contiene la distinta relación con los hechos ya señalada como criterio que justifica el recurso a uno u otro tipo de medio probatorio, pero, además, en ella se hacen referencia a otras cuestiones formales, derivadas de la sujeción a diferentes normas probatorias⁵⁷⁹.

Ahora bien, a poco que se atiende, se advierte que las distinciones reseñadas suponen sustraerle al testigo-perito su carácter particular, pues en ellas se omite la circunstancia de que este testigo también posea conocimientos científicos, técnicos,

⁵⁷⁹ De forma más sistemática y completa, Abel Lluch ha propuesto también un listado de diferencias entre el testigo-perito y el perito. Concretamente y por este orden: 1.ª- Fungibilidad; 2.ª- Relación histórica con los hechos; 3.ª- Llamada al proceso y proposición; 4.ª- Deber, forma y modo de declaración; 5.ª- Juramento y objetividad; 6.ª- Garantías de imparcialidad; 7.ª- Remuneración. ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *La prueba pericial*, *op. cit.*, p. 54.

artísticos o prácticos, como el perito. La única salvedad que cabría hacerle a esta afirmación viene de la mano de la distinción listada bajo la letra g) que apunta a un diferente valor probatorio, diferencia que de forma apriorística no puede justificarse si tenemos en cuenta que la LEC sujeta la valoración de la prueba testifical y la valoración de la prueba del dictamen de peritos a las mismas reglas, a una valoración con arreglo a las denominadas reglas de la sana crítica (respectivamente, artículos 376 y 348 LEC).

En cualquier caso, lo que ahora nos importa destacar es que, aunque la redacción dice ser expresiva de dichas diferencias, lo relevante es que en el procedimiento judicial de que se trata el testigo-perito en cuestión actuase como un perito al ofrecer el que sería un juicio típicamente pericial, en concreto, su opinión sobre la causa de un fallecimiento. El asunto que resuelve esta resolución traía causa de una reclamación ejercitada al amparo del artículo 1902 del Código Civil por los familiares de D. Dimas, fallecido supuestamente de la enfermedad de la legionella, también supuestamente contraída tras su estancia en un establecimiento hotelero en el que existirían elementos causantes de dicha enfermedad. Tras haber estimado el Juzgado la demanda dirigida contra la entidad que regentaba dicho establecimiento, al considerar acreditada la relación de causalidad entre la infección citada y aquella estancia del fallecido en el citado hotel, la Sentencia fue recurrida en apelación por entender la demandada que el juez *a quo* había incurrido en una errónea valoración de la prueba, en la medida en que la relación de causalidad se había entendido acreditada atendiendo a las declaraciones, en su condición de testigo-perito, del médico D. Gerónimo, quien había seguido la evolución de las últimas horas de vida del fallecido⁵⁸⁰.

En este contexto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona en su función revisora del juicio valorativo de las pruebas llevado a cabo por el juez *a quo*, confirmó su corrección y por tanto la procedencia de atribuirle mayor peso probatorio a la declaración del Sr. Gerónimo acerca de la causa del fallecimiento que al dictamen pericial presentada por la demandada, y ello atendiendo a la «la intermediación y proximidad al paciente» predicable del médico⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ En concreto, del Fundamento de Derecho Segundo resulta que la parte apelante consideró que la decisión del juez de instancia no se habría basado, como debiera, en una prueba pericial, sino en una prueba testifical.

⁵⁸¹ Textualmente, el razonamiento de la Sala en relación con el valor del testimonio de un testigo-perito dice así: «Así, la prueba testifical de estas personas aporta al proceso un valor añadido ya que, a su percepción de los hechos de los que posee un conocimiento directo anterior a la existencia del proceso,

En el mismo sentido –y aún más clara si cabe– nos ha parecido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª) núm. 100/2020 de 10 de junio⁵⁸², en la que también se recurre a la enumeración acerca de las diferencias entre un testigo-perito y un perito de la citada resolución de la Audiencia Provincial de Tarragona. En esta ocasión, el recurso de apelación traía causa de un accidente de circulación, y también resultaba una cuestión controvertida la prueba relativa a la relación de causalidad entre el accidente y las lesiones cuya indemnización pretendía la demandante. La apelante, compañía aseguradora del vehículo causante del accidente, cuestionó la sentencia de instancia por entender que el juzgado *a quo* habría valorado incorrectamente la prueba testifical propuesta por la actora, consistente en que declarasen como testigos-peritos tres médicos que le habían prestado asistencia tras el accidente y durante su curación. Concretamente, la apelante sostenía que la sentencia de instancia habría llevado a cabo una valoración incorrecta de la prueba testifical por ir «más allá de una evaluación sobre los hechos percibidos por dichos testigos, valorando y teniendo en cuenta también sus opiniones y juicios de valor, tanto a nivel del nexo de causalidad como a nivel secular». Y ello –además– cuando se habían practicado pruebas periciales (otros tres médicos especialistas designados por la demandada habían emitido sus correspondientes dictámenes periciales) acreditativa de la inexistencia de la relación causal. Pues bien, también en este caso, la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó el juicio valorativo de la prueba efectuado en la instancia, atendiendo a que «las explicaciones dadas por los médicos que han asistido a la actora durante todo el proceso de curación son sin duda más concretas y certeras, por cuanto son fruto de la observación directa», sin que, de otro lado, entendiera la Sala que había inconveniente en que aquellos médicos pudiera declarar «no solo sobre los hechos que conocen, sino también valorarlos conforme a sus conocimientos médicos, valoración ésta de la que no hay motivo para excluir la relación de causalidad o las secuelas».

Un caso similar, también motivado por la reclamación de cantidad en concepto de daños y perjuicios causados con motivo de la circulación de vehículos a motor, es el que da pie al recurso de apelación que resolvió la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en su

debe sumarse la valoración técnico-científica que le permite su cualificación técnica. Es decir, a la percepción individual de los hechos se unirá la aportación de máximas de la experiencia personalizadas».

⁵⁸² Cfr. SAP Barcelona 100/2020 de 10 de junio.

Sentencia de 28 de marzo de 2017⁵⁸³, recurso también sustentado, como único motivo en esta ocasión, en la errónea valoración de la prueba efectuada por el juez *a quo* y con un esquema probatorio similar al anterior, en el sentido de que también la apelante en este asunto había presentado un dictamen pericial, mientras que la parte demandante únicamente había propuesto la declaración de un testigo-perito. La resolución reviste un interés particular a nuestros efectos porque en ella se transcriben las respuestas de D. Carlos Alberto, el testigo-perito que fue propuesto por la demandante, por haber sido el médico traumatólogo que la atendió durante varios meses, concretamente, transcurrido «un mes y diez días desde el accidente»⁵⁸⁴. Así, las respuestas que han sido transcritas en la resolución ponen de manifiesto que aquel médico habría proporcionado un testimonio que cabría calificar de complejo: es decir, que habría actuado como un testigo ordinario, por ejemplo, al informar acerca de cuántos días duro el tratamiento rehabilitador o cuándo le dio el alta a su paciente, pero que también habría proporcionado juicios técnicos diferentes, como que al paciente «le dolían las cervicales, dorsales, lumbares y tenía mareos y cefaleas» u otros relacionados con el origen traumático por accidente atendiendo a los padecimientos referidos y a la posibilidad de que la sintomatología percibida al explorar a la paciente pudiera solamente haber aparecido transcurrido un tiempo desde aquel. Incluso merece la pena observar que –a preguntas formuladas por el juez– se le pidió que diera su parecer acerca del criterio de la perita designada por la apelante (críticas a un informe pericial), consistente en calificar el juicio diagnóstico del servicio de urgencias en un cierto grupo del denominado «protocolo de Barcelona» (guía clínica para la valoración de las lesiones sufridas en accidentes viales).

Por último, nos referiremos a la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1ª), el 22 de enero de 2020, en la que también se resuelve acerca de un recurso de apelación sustentado en la inadecuada valoración de las pruebas practicadas en la instancia, en un procedimiento judicial que tenía por objeto la declaración de nulidad de un poder y del último testamento otorgado por Dª. Beatriz, quien –en tesis de las

⁵⁸³ Cfr. SAP Guipúzcoa 59/2017 de 28 de marzo.

⁵⁸⁴ Precisamente, la circunstancia de que el médico que compareciera como testigo-perito no hubiera atendido a la demandante sino transcurrido ese periodo, unido al hecho de que tampoco hubiera analizado el informe elaborado por el servicio de urgencias del hospital en el que fue atendida aquella tras el accidente, son circunstancias que la Sala menciona, no obstante lo cual, en punto a la cuestión relativa al nexo de causalidad, confirma el criterio mantenido por el Juzgado de Primera Instancia que otorgó mayor valor probatorio a las declaraciones de este testigo-perito que al dictamen pericial presentado por la demandada.

demandantes, hijas de aquella— carecía de la capacidad mental necesaria para prestar consentimiento a tales negocios jurídicos. En este caso, las demandantes propusieron el testimonio, como testigos-peritos de dos médicos del sistema público de salud, D. Cándido y D. César, también firmantes de varios informes médicos que se aportaron junto al escrito de demanda. El apelante, en relación con la admisión de su intervención en el procedimiento, denunciaba que habían sido propuestos como testigos, no como testigos peritos ni como peritos, a pesar de lo cual el juez de instancia habría admitido que «llevaran a cabo valoraciones propias de peritos», lo que le habría provocado indefensión. Además, y, en cualquier caso, defendía el recurrente la «escasa trascendencia» de sus testimonios por haberse producido su intervención en fechas muy alejadas de la del otorgamiento de poder y su testamento. La lectura de la Sentencia que ahora nos ocupa revela que en el razonamiento probatorio efectuado por el juzgado *a quo* se habrían atendido opiniones vertidas en su declaración por los dos médicos citados que más allá del juicio diagnóstico y pronóstico, se referían directamente a la capacidad mental de la paciente para prestar el testamento cuya nulidad se demandaba⁵⁸⁵. En cualquier caso, el recurso fue desestimado íntegramente, recibiendo la denuncia referida a la intervención de los dos testigos-peritos realizada por el apelante la siguiente respuesta de la Sala:

«[...] en este caso, los médicos propuestos por la parte actora no son peritos, son testigos, por haber tenido conocimiento directo de los hechos, pero no solo, sino que a su conocimiento directo y personal de los hechos se añaden sus conocimientos científicos, por razón de su condición profesional de médicos, de modo que aun propuesta y admitida su declaración como testigo, sin mayor precisión, fue correcta la decisión del juez *a quo* de permitir no solo que declarasen sobre los hechos de los que tenían conocimiento, sino también que valoraran los mismos conforme a sus conocimientos médicos, pues así lo dispone expresamente el artículo 370.4 de la LEC, sin que se haya causado indefensión alguna a la parte demandada, que pudo intervenir en el interrogatorio y formular a aquellos las preguntas que estimó oportunas, por lo que en modo alguno se ha vulnerado el principio de contradicción».

⁵⁸⁵ En rigor, un juicio que nos parece que tampoco es pericial, sino el propiamente reservado a la apreciación judicial. Así, el médico D. Cándido habría declarado que «cuando la vio [a D.^a Beatriz] en su consulta es una paciente que considera que no tenía capacidad de decisión». Y por lo que se refiere a las declaraciones del neurólogo D. César, habría declarado que «tendría dificultades para otorgar testamento, estos pacientes parece que manejan la situación y entienden cosas, pero cuando se profundiza no, aparentemente tienen lucidez, pero duda de que la tengan, es una opinión, no tienen fases de lucidez».

En suma, y para concluir con este primer análisis, resulta que bajo cierto razonamiento judicial el hecho de que una persona deponga sobre hechos que conoció personalmente por el ejercicio de su profesión⁵⁸⁶, unida a la circunstancia de que también cuente con especiales conocimientos acerca de dichos hechos, no solo parece no haber impedido su actuación como peritos, sino que la habría justificado, sirviendo además tal circunstancia –como ya se anticipó– de criterio para atribuirle un mayor peso probatorio a estas declaraciones que a los dictámenes de parte. No puede entonces dejar de sorprender que en estos casos se haya desatendido la situación que parecía preocupar al Tribunal Supremo y a la Audiencia Provincial de Madrid en las sentencias antes referidas, respecto de la posibilidad de que a través del expediente del artículo 370.4 LEC «quede oculto» el dictamen pericial, produciéndose entonces otra situación que nos parece de nuevo paradójica, pues podría llegar a concluirse que en estos casos, sí está justificado privar a la parte contraria de la garantía que representa el conocimiento anticipado del informe.

Sin embargo, cuando se ha puesto el foco en las garantías procesales que son propias de la prueba del dictamen de peritos, la exigencia del conocimiento directo se ha hecho valer a modo de criterio para la admisión de la prueba del testigo-perito, un criterio por tanto al que se dice que tendrían que haber recurrido los juzgadores *a quibus* para verificar su concurrencia y determinar según qué casos si la proposición de la prueba del testigo-perito es o no admisible. Tales son los razonamientos que se encuentran en la Sentencia núm. 115/2019 de 12 de marzo de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª)⁵⁸⁷ y en la Sentencia núm. 423/2007 de 19 de noviembre de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª)⁵⁸⁸. Por ejemplo, en relación con esta última, y aunque fuera rechazado el motivo del recurso la apelación que nos importa⁵⁸⁹ –lo que se justificó en

⁵⁸⁶ Como se ha visto, en todas las sentencias comentadas los testigos-peritos son médicos que por el desempeño de su profesión tenían una relación previa con los hechos. Pero, evidentemente, existen otras resoluciones judiciales en las que parece haberse acogido la noción del testigo-perito de «la doble cualidad» y los sujetos que intervinieron como testigos-peritos desempeñaban otras profesiones. Por ejemplo, sobre el origen de unas humedades, un fontanero que había intervenido en la reparación de unas humedades: SAP Burgos 270/2009 de 9 de junio; o sobre la correcta ejecución de una obra, un arquitecto: SAP Huesca 56/2021 de 23 de febrero.

⁵⁸⁷ Cfr. SAP Madrid 115/2019 de 12 de marzo.

⁵⁸⁸ Cfr. SAP Asturias 423/2007 de 19 de noviembre.

⁵⁸⁹ El motivo en cuestión se basaba en la supuesta vulneración de los artículos 360 y 355 y ss. LEC, en particular, según se escribe en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia, por «haber admitido y valorado para formar su convicción la declaración como testigo del médico especialista en valoración del daño corporal propuesto por la aseguradora demandada, y ello pese a que tal facultativo no había reconocido

que la recurrente no protestó ante la admisión de la prueba como testifical, ni manifestó disconformidad con las preguntas que le estaban siendo formuladas al testigo-perito—, la Sala quiso manifestar que compartía los argumentos de la recurrente con esta explicación:

«La diferencia entre el testigo y el perito está en que mientras el primero declara sobre hechos de los que hubiera tenido conocimiento en un momento previo a que estos fueran incorporados al proceso, dado que tiene esta cualidad la persona que sin ser parte en el proceso emite en el mismo, una declaración sobre hechos de los que ha tenido conocimiento, bien directo o por referencia, con anterioridad a su incorporación al mismo, el segundo se pone en relación con tales hechos por la circunstancia de ser requerido para valorarlos por sus conocimientos técnicos. No debió por ello ser admitida esa prueba testifical, dado que la figura del testigo perito del art. 370.4 de la LEC, la contempla el legislador como referida a una persona que declara sobre hechos que ha percibido con anterioridad al proceso pero sobre los que además posee conocimientos especializados esto es como un propio testigo cualificado y no como un perito cuya característica esencial es aportar a un proceso conocimientos técnicos para valorar un determinado hecho del que no ha tenido conocimiento previo, sobre todo cuando en este caso su proposición como tal vino motivada por el hecho de que había precluido el momento en que según la LECiv (art. 336 y 337) debió ser propuesta la prueba pericial que era la procedente».

En parecido sentido, puede citarse también el supuesto que enfrentó la Audiencia Provincial de Las Palmas en el año 2006, resuelto por una Sentencia de 22 de diciembre⁵⁹⁰ en virtud de un recurso de apelación sustentado, en lo que ahora importa, en la incorrecta admisión de la declaración en concepto de testigo-perito de quien, sin embargo, a juicio de la apelante, habría acudido al procedimiento no más que para «declarar como perito». La Audiencia acogió el motivo, pues, conforme señalaba la recurrente, entendió que el sujeto que intervino como testigo-perito solamente tuvo conocimiento de la controversia por un encargo que recibió de la parte que lo propuso «tiempo después de haberle sido notificada a la parte demandada la demanda inicial», lo que lleva a la Sala a concluir que entonces «la parte demandada pretendió y obtuvo en la primera instancia la admisión de

en ningún momento a la lesionada, además de que su intervención como tal testigo-perito no había sido anunciada en la contestación a la demanda, proponiéndolo, como era preceptivo, como perito en tal momento. Su admisión como testigo le habría producido efectiva indefensión al verse sorprendida en el acto del juicio por la opinión profesional de un técnico, emitida indebidamente como testigo, que no tuvo la oportunidad de contradecir, como lo hubiera hecho de haber sido propuesto como perito ya en la contestación».

⁵⁹⁰ Nos referimos a la SAP Las Palmas 555/2006 de 22 de diciembre.

una prueba propiamente pericial presentándola como testifical-pericial, sin observar los requisitos que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en los artículos 335 y siguientes y especialmente, el momento preclusivo de aportación o anuncio de dictámenes previsto en los artículos 336 y 337».

La Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona el 3 de abril de 2019⁵⁹¹ es interesante por dos circunstancias. La primera, porque ejemplifica que la ausencia de conocimiento directo opera más bien llegado el momento del juicio valorativo sobre los elementos del juicio, como criterio que justificaría no tener en consideración alguna de las preguntas formuladas a un testigo-perito. La segunda, porque el conocimiento directo se pone en relación muy claramente con la idea de objetividad y con cierta noción de testigo que se asume que declara libre de injerencias de las partes.

Así, en este caso, sobre un conflicto por infracción de los derechos de marca y, subsidiariamente, competencia desleal, el Juzgado decidió que ciertas preguntas formuladas a alguno de los testigos-peritos que habían intervenido como tales, concretamente, aquellas cuestiones relacionadas con el informe pericial de la parte demandada se tuvieran por no formuladas, lo que en aquel caso se explicaba de la siguiente manera:

«La figura del testigo-perito no puede servir, como ha pretendido la sociedad demandante, para introducir en el pleito un dictamen pericial defectuoso, encubierto o extemporáneo. La parte demandante ha pretendido transmutar diversos documentos para introducir extemporánea y encubiertamente diversos dictámenes periciales, tantos como testigos-peritos le fueron admitidos (SAP Sevilla, Secc. 5ª, de 20 de abril de 2006, FJ 4º). De igual modo, el tratamiento procesal del testigo-perito es el mismo que el del testigo, no existe un régimen especial o diferenciado para el testigo-perito. Por este motivo, resulta cuando menos discutible la licitud de la actuación procesal de la parte demandante conforme a la cual, y así lo reconoció abiertamente en el acto del plenario, se reunió con los testigos y testigos-peritos propuestos a su instancia para exhibirles el dictamen pericial de la parte contraria, con lo que inexcusablemente se les predispuso sobre qué debían responder y cómo debían refutar los razonamientos y las conclusiones del dictamen del Dr. D. J. C. F., cuando el testigo tiene la obligación legal de decir la verdad en todo caso, aun cuando posea "conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio".

⁵⁹¹ Cfr. SJM Barcelona 123/2019 de 3 de abril.

En resumen: parece constituir un fraude procesal, proscrito por el artículo 247.2 LEC, intentar configurar, una vez iniciado el juicio, una especie de dictamen pericial encubierto basado en el interrogatorio de testigos que a su vez explican los documentos en cuya elaboración han intervenido directa o indirectamente. Todas las preguntas hechas a los testigos y a los testigos-peritos relacionadas con el dictamen pericial de la parte demandada, por lo expuesto, no podrán ser tomadas en consideración y se tendrán por no hechas: los testigos-peritos no pueden formular críticas sobre un dictamen pericial. Y esta conclusión es decisiva en la valoración del cuadro probatorio, pues hace ceder notablemente la fuerza probatoria de todos aquellos testigos y testigos-peritos afectados por esta ilícita forma de actuación procesal».

En línea a la anterior, la Sentencia de Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6ª) en una Sentencia de 29 de mayo de 2012⁵⁹² se decide, como en la anterior, no atender a algunas de las opiniones vertidas por dos arquitectos que por su intervención profesional en unas obras (se discutía sobre la condición de pared medianera de un muro) habían intervenido como testigos-peritos, porque –se explicaba– «ese carácter no permite la emisión de opiniones que corresponden a un dictamen de perito», conclusión que se alcanzaba en la medida en que declararon sobre materias con relación a las cuales ya se habían producido dictámenes periciales genuinos (de donde, suponemos, la Audiencia concluye que estos testigos habían tenido acceso a esos informes):

«(...) una cosa es que quien es testigo-perito declare sobre hechos que conoció por su intervención profesional y en tal declaración -y respecto de esos hechos- haga uso de sus conocimientos técnicos y el tribunal admita entonces manifestaciones de esta índole, y otra muy distinta es que, extravasando su condición de testigo (que lo es estrictamente y ante todo, pues se regula -art. 370- dentro de la prueba testifical, y en tal concepto presta juramento) sea aprovechada su condición de técnico para obtener de él la emisión de juicios y opiniones sobre cuestiones que corresponden a materias sobre las que ya han emitido dictamen quienes sí fueron llamados al proceso como peritos. La figura del testigo-perito no supone una suerte de fusión de ambas figuras. La frontera del testigo perito está claramente definida en el art.370.4 LEC; se trata de que el tribunal admita que en relación con los hechos sobre los que aquel declara y cuyo conocimiento ha obtenido por percepción directa -como cualquier testigo- haga manifestaciones que en virtud de sus conocimientos agregue en sus respuestas sobre los hechos. Es, simplemente, un testigo cuya declaración

⁵⁹² SAP Pontevedra 439/2012 de 29 de mayo.

está cualificada por sus conocimientos técnicos sobre los hechos por él percibidos».

Junto a los anteriores supuestos, se encuentran otros en los que en la primera instancia la circunstancia de haber recibido un encargo de la parte para conocer unos hechos sí justificó la inadmisión de la prueba del testigo-perito. Ahora bien, debemos recalcar que los casos que a continuación vamos a referir son muy particulares, en el sentido de que en estos el recurso a la figura fue inadmitido cuando previamente las partes ya habían tratado de presentar un dictamen pericial, que resultó inadmitido por extemporáneo. Es decir, que se propuso la declaración, como testigo-perito, del autor del dictamen pericial porque la aportación del dictamen pericial fue rechazada. Con todo, ni siquiera es un criterio al que se haya atendido siempre y en todos los casos, como ponen de relieve otras resoluciones que también referiremos, en particular, relativos a supuestos en los que el dictamen pericial que se trató de aportar como tal carecía del juramento o promesa del artículo 335. 2 LEC.

Así, en relación con los casos, vamos a decir, de dictámenes periciales extemporáneos, podemos citar la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) Sentencia núm. 322/2013 de 19 julio⁵⁹³ y la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 4ª) en su Sentencia núm. 258/2006 de 31 de mayo⁵⁹⁴. Deteniéndonos en esta última, la Audiencia resuelve un recurso de apelación sustentado, por lo que interesa, en la vulneración del artículo 281 de la LEC, en relación con el artículo 24 CE. En este caso, el demandado en la instancia, que había incurrido voluntariamente en rebeldía, precluyéndole el plazo para formular contestación a la demanda y acompañar los dictámenes periciales de los que pretendía valerse, trató de aportar en el acto de la audiencia previa un dictamen pericial. El Juzgado lo inadmitió por extemporáneo y entonces la parte propuso la declaración del autor de dicho informe al amparo del artículo 370.4 LEC que también fue inadmitida. El juez *ad quem* rechazó el motivo de apelación, calificando la actuación de la recurrente de fraude procesal, con el siguiente argumento:

«No ofrece duda que testigo-perito y perito aportan o pueden aportar al proceso conocimientos técnicos, científicos o artísticos de una determinada rama del saber humano, ahora bien a los efectos de determinar si nos hallamos ante una u otra figura va a depender de la forma de ponerse en

⁵⁹³ Cfr. SAP Pontevedra 322/2013 de 19 de julio.

⁵⁹⁴ Cfr. SAP La Coruña 258/2006 de 31 de mayo.

relación con los hechos enjuiciados, de modo histórico (testigo) o por la circunstancia de ser requerido para valorar un hecho con trascendencia para un eventual proceso sin previo conocimiento (perito), condición ésta que ostenta el Sr. Alfredo, designado a tales efectos por el demandado, por lo que, al inadmitirse la prueba pericial, no cabe reproducir su dictamen, transmutando su condición jurídica en testigo, lo que perfectamente comprendió la parte apelante, que siempre aportó el dictamen por el mismo elaborado como prueba pericial».

A un caso parecido a los anteriores, pero en relación con una prueba pericial de designación judicial se refiere el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª), núm. 207/2006, de 20 de julio⁵⁹⁵. El juez de instancia convino dejar sin efecto el nombramiento de un perito judicial al no haber depositado la parte proponente la provisión de fondos correspondiente, ante lo cual, y una vez firme dicha resolución, la misma parte solicitó que interviniera como testigo-perito quien había sido nombrado como perito judicial, proposición que el juzgado rechazó (confirmando en su corrección la Sala tal rechazo).

Ahora bien, como se ha adelantado, también se encuentran pronunciamientos judiciales en los que, frente a los anteriores, sí fue admitida la declaración como testigo-perito de quien figuraba como autor de un dictamen pericial que, sin embargo, no llegó a formar parte de las actuaciones. Es el caso del que se ocupó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6.ª) de fecha 22 de octubre de 2007⁵⁹⁶ en resolución de un recurso de apelación frente a una sentencia que había estimado íntegramente una demanda en reclamación de una indemnización por las consecuencias derivadas de un accidente de circulación. La compañía aseguradora apeló la Sentencia porque entendía que la cantidad que había sido condenada a satisfacer para la reparación del vehículo, muy superior –en tesis de la asegurada– a su valor de reposición al tiempo del accidente, era desproporcionada y entrañaba en consecuencia un enriquecimiento injusto. Lo cierto, sin embargo, es que en el escrito de contestación a la demanda no se adjuntó ningún dictamen pericial del que resultara tal circunstancia, aunque sí había referencias en el escrito al mismo dictamen y a sus conclusiones. Advertido el olvido en la audiencia previa, la aseguradora trató de presentar el dictamen que fue inadmitido por el juzgado. Con todo, el juzgado sí admitió el interrogatorio, en condición del testigo-perito del autor

⁵⁹⁵ Cfr. AAP Sevilla 207/2006 de 20 de julio.

⁵⁹⁶ Cfr. SAP Asturias 393/2007, 22 de octubre de 2007.

de dicho informe, testimonio al que la Sala atendió para estimar el citado motivo de la apelación, en estos términos:

«En el acto del juicio el testigo don David, que fue el autor del mencionado informe no acompañado ni admitido, declaró que inspeccionó el vehículo y que su valor de reposición se aproximaba a los 5.500 €, siendo por ello la reparación hecha por el actor antieconómica por superar el valor real del vehículo a la fecha del accidente. Su declaración se apoyaba en los boletines o revistas especializadas en el mercado de coches de segunda mano. Estamos ante lo que la actual LEC denomina como “testigo-perito”, es decir, aquel medio de prueba que, sin dejar de constituir testimonio, sin embargo, por razón de los conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieren los hechos del interrogatorio debe el tribunal tener en cuenta las manifestaciones del testigo por virtud de sus conocimientos técnicos, como así lo señala el art. 370.4 de la LEC. Por lo tanto, no estamos ante un perito, ya que no informó como tal, pero sí ante un testigo cualificado por razón de su profesión, en cuanto observó el vehículo y puede manifestar lo oportuno fundamentado en dichos conocimientos técnicos. Esa es la razón por la que la propia LEC, aun tratando su declaración como un testimonio, la sujeta (art. 370.4, pfo. 2º) a una posible impugnación por concurrir alguna de las tachas relativas a los peritos (art. 343 LEC)»

Hablamos ahora de supuestos en los que faltaba el juramento o promesa del artículo 335.2 LEC⁵⁹⁷. Da cuenta de esta postura la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) de 25 de octubre de 2016⁵⁹⁸, en el que se cuestionaba por la apelante la valoración del dictamen aportado por D. Doroteo, cuya declaración como testigo-perito fue admitida tras haber inadmitido la juzgadora *ad quem* aquel dictamen como prueba pericial por la ausencia del citado juramento. Aunque la Audiencia cuestiona esta decisión, indicando que sin haber solicitado su subsanación no debía el juez de instancia haber inadmitido *ab initio* y de plano la pericia, prosigue argumentando:

«En último extremo podría declarar válidamente en calidad de testigo-perito, que es lo que aquí ha sucedido, conforme a lo dispuesto en los arts. 360 y 370.4 de la LEC, pues se trata de una persona que tiene noticia de los hechos controvertidos, ya que ha estado analizando la cubierta del

⁵⁹⁷ La ausencia del juramento o promesa que exige el artículo 335.2 LEC dio lugar a resoluciones de Audiencias Provinciales de diferente sentido, acerca del valor que se le debía entonces atribuir (documento o prueba pericial) y su carácter subsanable. La Audiencia Provincial de Madrid convino unificar criterios en el año 2009 en favor de su subsanación. Cfr. «Acuerdos de Unificación de Criterios del Orden Civil de la Audiencia Provincial de Madrid. Actualización octubre 2011».

⁵⁹⁸ Cfr. SAP Valladolid 289/2016 de 25 de octubre.

edificio y la obra realizada sobre la misma, constatando su estado, realizando las debidas comprobaciones, etc..., poseyendo los conocimientos técnicos sobre la materia propios de su titulación y cualificación profesional, por lo que no hallamos inconveniente para que sus manifestaciones sean valoradas en tal calidad conforme a las reglas de la sana crítica y en relación con el resto de probanzas obrantes en autos, según lo preceptuado en el art. 376 de la LEC».

Y también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 3ª) de 23 de abril de 2004⁵⁹⁹, en la que se razona de la siguiente manera:

«A este respecto, ante las contrapuestas valoraciones que se recogen en los dos informes técnicos obrantes en autos como coste de la reparación de los desperfectos constructivos apreciados- daños en cuya delimitación coinciden sustancialmente ambos dictámenes- y si bien es cierto, como argumenta el Arquitecto recurrente, que el aportado con la demanda no es propiamente un informe pericial al adolecer del requisito de redactarlo bajo promesa o juramento de veracidad, objetividad e imparcialidad establecido en el art. 335 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, tal omisión, por sí sola, no enerva en absoluto el valor del mismo siquiera sea como documento privado adverbado por su autor en el acto del juicio a través de la correspondiente prueba testifical o, dicho con mayor propiedad, como testigo-perito del art. 370.4 LEC, cuya eficacia probatoria es de libre apreciación judicial (art. 376), valorable, al igual que un dictamen genuinamente pericial, conforme a las reglas de la sana crítica (art. 348), en aplicación de las cuales este Tribunal considera que el informe del Arquitecto Sr. Iván, que se acompaña al escrito de demanda, resulta mucho más exhaustivo y riguroso en la concreción de las operaciones necesarias para subsanar y reparar los vicios ruinógenos detectados, pues a diferencia del informe del Perito Don Mauricio que valora cada uno de los daños relacionados en un tanto alzado más o menos aproximado, el primero ofrece una relación detallada y convenientemente cuantificada en su coste económico de las actuaciones específicas necesarias a realizar en cada caso, con expresión de los materiales y equipos técnicos adecuados para llevarlos a cabo y el importe preciso de cada una de las partidas, que por otro lado, no han sido eficazmente desvirtuadas o enervadas por los demandados».

Finalmente, encontramos otras resoluciones en las que el conocimiento directo –en rigor, la ausencia del mismo– no aparece como criterio atendible en la fase de admisión, ya sea de la misma proposición de prueba o de las preguntas que son formuladas al testigo-perito, sino que aquel opera solamente como criterio de valoración, concretamente

⁵⁹⁹ Cfr. SAP Almería 99/2004 de 23 de abril (JUR\2004\151038)

nos parece para sostener una actitud hipovaluatoria de esos testimonios especializados frente al o a los que serían genuinos dictámenes periciales. Esto se comprueba, por ejemplo, en el recurso de apelación que resuelve la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª) mediante Sentencia de 21 de enero de 2004⁶⁰⁰, en relación con un supuesto de negligencia médica, y en encontramos el siguiente argumento:

«La parte demandada no ha realizado una verdadera prueba pericial, pues se limitó a aportar un informe documental con el escrito de contestación a la demanda elaborado por el Doctor Donato, y a la proposición del mismo como testigo, evacuando contestaciones sobre la materia por sus conocimientos científicos, de acuerdo con el artículo 370.4 de la LEC. Y sin dejar de valorar la cualificación, capacidad y conocimientos técnicos que demostró este testigo, lo cierto es que su exposición es meramente teórica, hablando tan sólo de posibilidades en relación con el caso que nos ocupa, pero nunca ofreciendo opiniones desde la certeza y convicción sobre lo verdaderamente acontecido en el caso objeto de enjuiciamiento, sencillamente porque el Dr. Donato nunca ha visto, examinado ni reconocido a la Sra. Araceli, habiendo elaborado su informe y opinado del caso simplemente por la lectura del informe pericial obrante en autos, del informe del Dr. Gustavo y de los documentos facilitados por el demandado».

3.3. Reflexiones críticas

Buena parte de nuestra doctrina y también de nuestra jurisprudencia parece rechazar la noción del testigo-perito de «la doble cualidad». Esto es así porque aceptar esa noción supondría también aceptar lo que también en esta investigación hemos denominado su tercera noción, es decir, sería tanto como sostener que no constituiría entonces ni un fraude, ni un abuso de derecho, como se ha dicho, eludir las normas procesales reguladoras del medio de prueba del dictamen pericial. Lo reconoce llanamente, por ejemplo, RÍOS LÓPEZ cuando señala que «adscribir a esta figura la naturaleza jurídica del perito comportaría la vulneración del régimen que la LEC establece para la aportación del dictamen pericial de parte, dando lugar a prácticas viciosas sobre la introducción extemporánea de dictámenes periciales encubiertos»⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ Cfr. SAP Sevilla 31/2004 de 21 de enero.

⁶⁰¹ QUERAL CARBONELL, A. y RÍOS LÓPEZ, Y., «Testigo interrogado. Especial consideración del testigo-perito», *op. cit.*, p. 245.

Esta afirmación acerca de las «prácticas viciosas» debe hacerse, sin embargo, caso por caso. Así, no parece no ofrecer dudas en determinados casos, como los resueltos por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sentencia núm. 322/2013 de 19 julio) y la Audiencia Provincial de La Coruña (Sentencia núm. 258/2006 de 31 de mayo) en los que, recordemos, se propuso la declaración como testigo-perito del autor de un dictamen pericial tras el rechazo del dictamen por su aportación extemporánea. Sin embargo, también creemos que la contradicción en la práctica de la prueba puede verse comprometida cuando se admite la declaración como testigos-peritos a sujetos que –como los médicos– se asume que han tenido un conocimiento típicamente directo por razón de su profesión y, sobre la base de ese conocimiento, se les permite pronunciarse sobre relaciones de causalidad o que den su parecer sobre dictámenes periciales ya aportados a las actuaciones.

Entonces, para evitar la vulneración de las normas procesales propias de la prueba del dictamen de peritos, lo que se propone mayoritariamente, decíamos, es una noción de la figura del testigo-perito que lo confina al testigo directo⁶⁰². Ello a la vez que parte de la doctrina, hace accesorios los conocimientos especializados que son consustanciales del testigo-perito, al punto de que aquellas «manifestaciones» previstas en el artículo 370.4 LEC las reduce la doctrina a «adornos» y «precisiones», buscando en definitiva sustraerle toda su relevancia práctica, asimilándole al testigo común.

Es esta pues una forma de entender la figura que está teóricamente anclada en la noción primigenia que hemos expuesto aquí, conectada por tanto con la regla de exclusión y con su excepción basada en la necesidad racional⁶⁰³ y para cuya preservación, como luego veremos, se hace preciso imponer criterios que no están previstos en la LEC, a fin de que operen en la fase de admisión de esta prueba y, con ello, evitar que se llegue a

⁶⁰² Ya nos referimos a Rifá Soler, pero también cabe mencionar a Gutiérrez Sanz, quien de forma muy clara sostiene que para que sea admitida la prueba de interrogatorio de un testigo-perito, ha de tratarse de un testigo directo. GUTIÉRREZ SANZ, M. R., «Comentarios al art. 370.4», en Córdón Moreno, F., Armenta Deu, T., Muerza Esparza, J. J. y Tapia Fernández, I. (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, 2.ª ed., Cizur Menor, 2011, vol. I, p. 1242. También, siguiendo al anterior, ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *El interrogatorio de testigos*, *op. cit.*, p. 51.

⁶⁰³ Sin embargo, es cierto que, por lo general, entre la doctrina española no hemos encontrado quien caracterice los juicios admisibles tratándose de un testigo-perito como juicios necesarios o inescindibles del hecho percibido, ni tan siquiera de juicios sintéticos; solamente y más bien de juicios a los que cabría atribuirles un mayor valor probatorio que a los propios del testigo común.

practicar el interrogatorio de aquellos sujetos de los que no sea predicable ese supuesto conocimiento directo. Volveremos sobre estas sugerencias enseguida.

Pero antes, y sin que ello suponga rechazar de plano estas propuestas, nos parece que merece la pena insistir en que aquella noción creemos que viene en parte auspiciada porque no hemos terminado de abandonar la idea –en la que está fuertemente implícita la dicotomía hecho-opinión– de que entre el testigo y el perito habría una diferencia ontológica; una idea basada en que es testigo quien por haberlos percibido directamente puede ofrecer hechos –realidades *objetivas*, que impactan en nuestros sentidos– lo que permitiría preservar que la aportación de lo no-conocido directamente por los sentidos, se produzca a través de las opiniones de los peritos, con las garantías procesales que se contemplan para ello.

Es posible encontrar algunas consideraciones en las que asoman con más claridad estos planteamientos propios del objetivismo ingenuo. Por ejemplo, de nuevo otra Magistrada, RIVAS VELASCO, ha indicado que la diferencia entre ambas figuras es ineludible desde un punto de vista procesal, en tanto que –escribe– el testigo (testigo-perito) ofrece *datos objetivos* de los que ha tenido conocimiento directo, configurándose como un testigo cualificado por sus conocimientos y el perito *valora posteriormente dichos datos*» (la cursiva es nuestra)⁶⁰⁴. Y FERREIRA, entendiendo que no basta con exigir como criterio de admisión un conocimiento directo en la fase de proposición, sino que esa exigencia debe desplazarse a las preguntas y respuestas que cabe hacer y puede responder quien es llamado a declarar como testigo-perito, ha escrito:

«Así, el objeto de la deposición del testigo-perito son los hechos que presencié, y las adiciones se han de referir a los mismos, motivado por sus especiales conocimientos. Pero el juez debe evitar, rechazándolas por impertinentes, las preguntas que vayan dirigidas a transmitirle, *no la realidad de los hechos, sino máximas de la experiencia*, en la medida que este último es el objeto de la prueba pericial y por ello sometida a su específico régimen jurídico de proposición y valoración» (la cursiva es nuestra)⁶⁰⁵.

Por su parte, CREMADES MORANT defiende que, dado que el testigo solamente debe declarar sobre los hechos que ha observado, aquellas preguntas basadas en los

⁶⁰⁴ RIVAS VELASCO, M.^a J., «Nexo causal y su prueba tras la Ley 35/2015», *op. cit.*

⁶⁰⁵ Cfr. QUINTANA FERREIRA, F., «La valoración del interrogatorio de testigos en supuestos específicos: el testigo tachado y el testigo-perito», *op. cit.*, p. 110.

conocimientos especializados del testigo-perito pueden llegar a inadmitirse con fundamento en el artículo 369.1 LEC⁶⁰⁶.

También se pone de manifiesto que podemos estar incurriendo en un tratamiento en exceso simplificador de lo que significa conocer directamente unos hechos cuando se ha tratado de dar respuesta a supuestos concretos. Así, de nuevo, RÍOS LÓPEZ, se plantea el caso de un vehículo que sufre daños en un siniestro y que es depositado entonces en un taller. La cuestión que trata de responder es si el dueño del turismo causante del accidente podría proponer en un procedimiento judicial como testigo-perito al perito de su compañía aseguradora, siendo su respuesta que si este experto acude al taller y observa directamente los daños del vehículo podría declarar como testigo-perito, pero si los daños solamente le son referidos «a través de algún medio indirecto» como una fotografía del resultado dañoso «creado *ad hoc*» –escribe– que «aspira a reflejarlos» –añade– entonces tendrá la condición de perito⁶⁰⁷. Nos parece que este razonamiento ejemplifica, como decíamos, la ingenuidad con la que todavía se sigue concibiendo lo que sea «conocer directamente» unos hechos y exigir correlativamente que se informe no más que sobre ellos.

Sin embargo, al respecto, debemos insistir en la arbitrariedad a la que el criterio del conocimiento directo de los hechos conduce a los efectos de acotar lo que sería el testimonio admisible de un testigo-perito. Así, volviendo al ejemplo propuesto, habría que preguntarse qué quiere decir que un testigo-perito solo podría declarar como tal si sus juicios resultan de lo directamente observado: ¿que solamente podrá describirlos? ¿y esto, a su vez, supone que podría referirse, por ejemplo, a su gravedad con relación a una conducción segura? ¿y podría también cuantificarlos, proponer una cifra estimativa de lo que suponga su reparación, sin por ello «convertirse» en perito? ¿y declarar acerca de la causa o causas que originaron estos daños, cuando el nexos causal no es, según hemos visto, observable?

En definitiva, nos parece que también se desatiende lo problemático y, como ya se dijo, hasta arbitrario, que resulta tratar de identificar y acotar cuáles son los juicios

⁶⁰⁶ Cfr. CREMADES MORANT, J., «Comentario al artículo 370. Examen del testigo sobre las preguntas admitidas. Testigo-perito. Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil», en *La controvertida figura del testigo-perito*, ed. Sepín, Madrid, 2019.

⁶⁰⁷ QUERAL CARBONELL, A. y RÍOS LÓPEZ, Y., «Testigo interrogado. Especial consideración del testigo-perito», en Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), *El interrogatorio de testigos*, op. cit., pp. 219 a 248, p. 236.

admisibles con el único criterio de que proceden de lo observado directamente, cuando, como ya se ha dicho, estamos ante hechos complejos y la percepción puede estar saturada de teoría.

Precisamente estas dificultades, a las que creemos que cabe añadir el principio de relevancia como principio general de inclusión de las pruebas –seguidamente volveremos a este– son razones que explica ese conjunto de resoluciones judiciales civiles a las que nos hemos referido en primer lugar⁶⁰⁸ que parece que solamente de forma inadvertida acogen la noción de la figura en su doble cualidad y que son expresivas de que el conocimiento directo predicable de quienes intervinieron como testigos-peritos (recuérdese, en todos los casos, todos médicos) no excluye que estos actúen como peritos⁶⁰⁹, ni que, es más, reciban precisamente sus testimonios una consideración desde el punto de vista del valor probatorio que les convierte en algo así como «súper-peritos», lo que se encuentra en los antípodas de la noción primigenia de la figura⁶¹⁰.

Pero, como decíamos, la vigencia de aquellos planteamientos, unido a la constatación de que, en particular cuando se trata de un testigo-perito en la versión que la Audiencia Provincial de Madrid ha denominado «puro y simple», la intervención en el procedimiento de quien es llamado en esta condición puede suponer un menoscabo del principio de contradicción, ha determinado que, entre nosotros y al menos en este ámbito doctrinal y jurisdiccional civil, las propuestas para preservar el cumplimiento de los diferentes diseños legales, se centren en la exigencia de un «conocimiento directo» para poder deponer como testigo-perito, un criterio que, por tanto, solamente sería aplicable al

⁶⁰⁸ De nuevo, nos referimos a la SAP Tarragona 472/2010 de 10 de diciembre, la SAP Barcelona 100/2020 de 10 de junio, la SAP Guipúzcoa 59/2017 de 28 de marzo, y la SAP La Rioja 20/2020 de 22 de enero.

⁶⁰⁹ El reconocimiento de lo anterior ha llevado a Hernández Martínez-Campello a sostener que estos testigos-peritos médicos que finalmente deponen con fundamento en sus conocimientos científicos o técnicos, al igual que un perito, puedan «instar la reclamación de unos auténticos honorarios profesionales por su aportación pericial al proceso». HERNÁNDEZ MARTÍNEZ-CAMPELLO, C. y SÁNCHEZ LEÓN, M. (coords.), *La prueba pericial médica ante la jurisdicción civil*, ed. La Ley, Madrid, 2008, p. 288.

⁶¹⁰ Una noción a la que, por cierto, también parece responder el Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, que en su artículo 76.3 contempla la posibilidad de que el médico sea citado como testigo en virtud de nombramiento judicial, señalando expresamente que en tal caso debe «limitarse a exponer los hechos que, en virtud de su condición de médico, *haya visto y oído* y que sean relevantes para la causa». Y en la misma línea, en relación con la figura del testigo-perito, el artículo 76.8 del mismo código deontológico establece lo que sigue: «Es contrario a la Deontología Médica que el médico asistencial se ofrezca como testigo-perito de sus pacientes. Si es obligado a ello, se debe limitar a trasladar los hechos conocidos en la condición en la que ha sido citado».

subtipo de prueba testifical del testigo-perito⁶¹¹, no contemplado en la LEC ni para aquel ni para el testigo común.

Nos ha parecido muy clara a este respecto, la Magistrada BELHADJ BEN GÓMEZ⁶¹² que propone:

«En conclusión, ante el silencio legal, han de establecerse criterios de admisión de la citada prueba testifical-pericial en evitación de ese fraude, entendiéndose que la condición de testigo supone un contacto simultáneo a los hechos litigiosos en el momento de producirse, casual y nunca dirigido por quien presenta con vistas al proceso, porque en caso contrario no habría ninguna diferencia con el perito de aportación de parte, salvo en el concreto momento de emisión del dictamen. Por consiguiente, el presupuesto de admisión de dicha prueba es que se trate realmente de un testigo y no de una persona dotada de conocimientos técnicos, a la que se hace entrar en contacto con los hechos litigiosos para su posterior aportación al proceso».

En efecto, ya hemos dicho que la LEC admite la intervención como testigos de sujetos que conocen de los hechos porque se los han referido, sin que esto encuentre excepción en el caso del testigo-perito⁶¹³. Y, de otro lado, también parece razonable concluir que de cara al menos al juicio de admisibilidad de un testigo, tampoco la LEC se preocupa de cómo se obtuvo esa noticia, de si se alcanzó naturalmente o porque la misma le fue transmitida a la persona en cuestión por terceros o por las propias partes. Distinto de lo anterior es que se puedan tener en cuenta dichas circunstancias *de cara al juicio de valoración*⁶¹⁴.

Desde ese prisma, la exigencia de conocimiento directo para determinar en definitiva si se ha actuado como un testigo-perito o como un testigo y perito, nos parece

⁶¹¹ Lo que no deja de ser paradójico si se atiende a la circunstancia de que lo que la fórmula legal contempla es precisamente una dispensa del juicio de admisibilidad al menos en lo que respecta a esas «manifestaciones» que se anticipa que el testigo agregará a sus respuestas sobre los hechos.

⁶¹² BELHADJ BEN GÓMEZ, C., «El testigo-perito, proposición y práctica de prueba. Distinción con el perito», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2014, pp. 21 a 27.

⁶¹³ Por el contrario, la disposición alemana sí impone como presupuesto para poder recurrir a la figura la *percepción* de los hechos, así como el carácter necesario o indispensable de los conocimientos especializados para la prueba de esa percepción, a partir del cual se hace seguir que quien es llamado en tal condición debe limitarse a dar cuenta de esas observaciones que hizo gracias a esos saberes especializados (evidentemente, esto se dice con todo lo cuestionables que son aquel presupuesto y esta limitación).

⁶¹⁴ Sobre la necesidad de no confundir ambos juicios, cfr. TARUFFO, M., *La prueba*, *op. cit.*, p. 39. En particular, en los sistemas de nuestra tradición, en los que es el mismo juez el que admite las pruebas en una fase inicial y, tras la práctica de esas pruebas admitidas, las valora, jugando entonces su papel, de indudable importancia, la motivación que necesariamente debe realizarse en relación con esa valoración.

que se encuentra en España (insistimos, al menos en el ámbito jurisdiccional civil), a diferencia de lo que se ha sugerido en Italia y se pondera más claramente aún en Estados Unidos, habitualmente desconectada de la invocación a otro tipo de saber, distinto del que cabría calificar de pericial. Dicho de otro modo, se desconecta de la naturaleza de los juicios (del testimonio) que la persona en cuestión haya ofrecido y del análisis de sus fundamentos, para enlazar fundamentalmente con la supuesta mayor fiabilidad que se atribuye *ex ante* a la información que procede de la, también presumida, exclusiva observación directa de unos hechos (volvemos a ese saber genuino), frente a la que proporcionaría quien ha conocido los hechos porque le han sido referidos por un tercero y, muy particularmente, porque le han sido referidos por las partes. Así nos parece que resulta claramente de algunas de las resoluciones judiciales analizadas⁶¹⁵, en las que, o bien se rechaza la admisión de la prueba del testigo-perito, o bien se rechaza atender a alguna de las respuestas proporcionadas por quien deponía en tal condición, en la sola medida en que se advierte que los sujetos en cuestión se reunieron con las partes o se les dio a conocer información que ya se encontraba en las actuaciones.

Nos parece que desde esta forma de razonar la admisión de la prueba del testigo-perito se sujeta a una cuestión de fiabilidad que, como tal, parece más propia que sea atendida y sopesada en el momento de valoración de las pruebas⁶¹⁶, no de la admisibilidad.

Y es que respecto de los criterios legales de admisibilidad de la prueba del testigo-perito con arreglo a la LEC, ya dijimos que resulta de aplicación el régimen de admisibilidad general de las pruebas, de forma que el juez o tribunal viene obligado a admitir aquellas pruebas que sean pertinentes y útiles e inadmitir las que, por el contrario, considere impertinentes o inútiles. A través de esos dos parámetros (utilidad y pertenencia) la LEC acoge como fundamental criterio para la selección de las pruebas admisibles el principio de relevancia, un principio de orden epistemológico y relacionado con la averiguación de la verdad como fin institucional de la prueba⁶¹⁷, que vendría a exigir la inclusión de todas las pruebas que aporten información relevante, entendiendo

⁶¹⁵ Nos referimos a los asuntos que resuelven la SAP Pontevedra 439/2012 de 29 de mayo y la SJM Barcelona 123/2019 de 3 de abril.

⁶¹⁶ Es el caso de la SAP Sevilla 31/2004 de 21 de enero.

⁶¹⁷ Por todos, FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 42.

que una prueba es relevante «si aporta apoyo o refutación de alguna de las hipótesis fácticas del caso a la luz de los principios generales de la lógica y la ciencia»⁶¹⁸, lo que habría de prevalecer aun cuando estemos ante pruebas atípicas según la LEC⁶¹⁹.

Siendo esto así, defender que la admisión del interrogatorio de un sujeto como testigo-perito solamente se puede producir si aquel tuvo un conocimiento directo de los hechos, es tanto como defender una excepción del citado principio general de inclusión de las pruebas⁶²⁰. Así, con arreglo no más que al criterio de la relevancia, cabría oponer que la circunstancia de que una persona con conocimientos especializados haya conocido de primera mano unos hechos o, por el contrario, los conozca porque le han sido referidos por terceros o por las partes, no debería impedir que fuera admitida su declaración, como tampoco debería impedir su declaración, o determinar que se le conceda un valor probatorio a la misma igual a cero, el hecho de que antes de declarar se le hayan dado a conocer otras opiniones especializadas que se encuentren en las actuaciones, para emitir la suya propia, pues esto, teóricamente al menos, debería enriquecer el debate y contribuir a mejorar las posibilidades de acierto del juzgador.

Por tanto, postular la exclusión del testigo de referencia para el juicio de admisión, además de poder perjudicar el objetivo de averiguación de la verdad al excepcionar aquel principio general de relevancia, pone en juego el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes del artículo 24.2 de la CE⁶²¹ y su relación con el derecho a una tutela judicial efectiva, que pudiera incluso llegar a tener relevancia constitucional si es causante de indefensión.

Adicionalmente, para hacer valer estas excepciones al criterio de la relevancia, se hace necesario que los jueces desempeñen un papel de control, lo que entronca con otra

⁶¹⁸ Cfr. *idem.*, que sigue en este punto a Twining.

⁶¹⁹ Recordemos que el artículo 299.3 LEC indica: «Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias». Precisamente, Montero Aroca se ha manifestado en contra de esta disposición en la medida en que parece abrir la puerta a medios de prueba distintos a los previstos en el apartado 1 del mismo precepto, a juicio del autor, porque en la LEC tampoco se habría terminado de entender la distinción entre fuentes y medios de prueba.

⁶²⁰ Cfr. TARUFFO, M., *La prueba*, *op. cit.*, p. 42; y FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, *op. cit.*, p. 44.

⁶²¹ Según jurisprudencia reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el alcance de este derecho está sujeto a una delimitación de diverso sentido, que se traduce en las características de pertinencia y relevancia, pero también en la denominada «diligencia», pues tratándose de un derecho de configuración legal es preciso que el medio de prueba esté autorizado por el ordenamiento y la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecido. Por todas, STS 152/2006 de 22 de febrero.

cuestión ya apuntada anteriormente, la relativa a los poderes probatorios de las partes y de los jueces y a su reparto. Así, si en virtud del principio de aportación de parte la iniciativa probatoria corresponde a estas, y si estas, en consecuencia, son libres en la búsqueda de las fuentes de prueba, resulta, primero, de difícil implementación en la práctica y, en todo caso, cuestionable, requerir de los jueces una verificación de control en la relación o la actuación que las partes lleven a cabo con esas fuentes⁶²² para convertirlo en criterio determinante de la admisión de una prueba⁶²³. Con todo, la doctrina ha realizado propuestas que nos parece que van en esta precisa línea. Así, por ejemplo, PEITEADO MARISCAL, entiende que para «evitar que mediante la figura del testigo-perito sean introducidas periciales de parte extemporáneas y encubiertas» en el momento de la proposición «el tribunal debe asegurarse de que el conocimiento del testigo no deriva exclusivamente de que la parte que lo propone lo haya puesto en antecedentes para posibilitar que, al ser interrogado, introduzca valoraciones técnicas propias de una pericial de parte»⁶²⁴. Y lo mismo cabe decir de la sugerencia de RÍOS LÓPEZ, quien, como ya se ha visto, asumiendo que la LEC no atiende de cara al juicio de admisibilidad a si la noticia de los hechos se adquirió casualmente o motivada por un encargo de las partes, considera que lo que deben los jueces verificar antes de admitir la prueba del testigo-perito es que «el encargo no se realice con la voluntad de elaborar un dictamen pericial que, por desidia de la parte, no se aporta a las actuaciones»⁶²⁵.

En relación con todo lo expuesto hasta ahora, el análisis de la jurisprudencia a la que nos hemos referido revela precisamente la dificultad de llevar a la práctica aquella excepción, pues ya se ha dicho que, por lo general, los jueces disponen en el momento en el que deben de decidir acerca de la admisión de la prueba de muy poca información

⁶²² En sentido parecido, pero en relación con la prueba pericial, FLORES PRADA, I., *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, op. cit., p. 147.

⁶²³ Evidentemente, como ha puesto de manifiesto Ferrer Beltrán, estos poderes e intervención de las partes también permiten que se defiendan intereses que pueden no coincidir con el descubrimiento de la verdad. A lo que añade, como ejemplos: «a través de la presentación de medios de prueba adulterados (por ejemplo, una declaración testifical falsa) o mediante la omisión de presentar medios de prueba que pudieran resultar perjudiciales para los intereses subjetivos de la parte, aunque pudieran resultar útiles para la determinación de la verdad sobre lo ocurrido». FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, op. cit., p. 39.

⁶²⁴ ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I. J., HINOJOSA SEGOVIA, R., PEITEADO MARISCAL, P. y TOMÉ GARCÍA, J. A., *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, ed. Colex, Madrid, 2004, p. 78.

⁶²⁵ QUERAL CARBONELL, A. y RÍOS LÓPEZ, Y., «Testigo interrogado. Especial consideración del testigo-perito», op. cit. p. 222.

acerca de la relación que con los hechos ha tenido quien es propuesto para declarar como testigo y tampoco conocen en el momento de admisión de la prueba testifical qué preguntas pretenden las partes formularles ni sobre qué concretas circunstancias o aspectos controvertidos. Ello explica que solo muy rara vez el reiterado conocimiento directo de los hechos opere realmente como filtro de admisión en la fase inicial en la primera instancia, y sea sin embargo con más frecuencia un criterio al que se atiende para excluir ciertas respuestas (aquellas que son entendidas como propias de un perito al descubrirse la intervención de las partes) de quien depuso como testigo-perito ya sea en el momento de valoración de la prueba en la primera instancia⁶²⁶ o de revisión de ese juicio valorativo en segunda instancia⁶²⁷.

De hecho, conviene insistir en que, cuando ha sido rechazada la prueba del testigo-perito en primera instancia⁶²⁸, ha sido porque su proposición vino precisamente motivada y seguida de la inadmisión, por extemporáneo, de un dictamen pericial, por lo que, en rigor, la respuesta judicial se sustentó en la preservación de los principios de preclusión, igualdad y contradicción que, ante la inadmisión del dictamen pericial, se consideró que podían quebrarse si se permitía que el autor del dictamen declarase sin disponer la parte contraria de aquel. Sin embargo, cuando el dictamen pericial sí había sido aportado a las actuaciones, pero el mismo carecía del juramento o promesa de objetividad, la práctica del interrogatorio del autor de aquel en calidad de testigo-perito sí fue admitida ⁶²⁹, decisión que puede contemplarse como más adecuada atendiendo al criterio de la relevancia, de un lado y, del otro, al hecho de que la parte contraria disponía del informe (aun carente de ese requisito de carácter no esencial) por lo que aquellos principios y garantías procesales no se veían mermadas con su declaración.

Así, la admisibilidad de la prueba del testigo-perito se revela en estos casos como una cuestión que obliga a una ponderación judicial en la que entrarían en conflicto, por un lado el derecho a la prueba, y, por el otro, el principio de contradicción y el de igualdad, tal y como ambos se expresan procesalmente en relación con la prueba pericial, una de cuyas manifestaciones fundamentales, como venimos reiterando, la encontramos en la

⁶²⁶ Es el caso de la SJM Barcelona 123/2019 de 3 de abril.

⁶²⁷ Es el caso de la SAP Asturias 423/2007 de 19 de noviembre.

⁶²⁸ Conforme dan cuenta la SAP Pontevedra 322/2013 de 19 de julio y la SAP La Coruña 258/2006 de 31 de mayo.

⁶²⁹ Son los casos resueltos en virtud de la SAP Valladolid 289/2016 de 25 de octubre y la SAP Almería 99/2004 de 23 de abril.

anticipada aportación de los dictámenes periciales que está ausente en la configuración de la prueba del testigo-perito, particularmente cuando su intervención no viene precedida y puede ponerse en relación con ningún documento del que aquel pueda ser autor o en cuya elaboración pueda haber participado y que haya sido aportado a las actuaciones.

De este modo, queda a la discreción judicial la valoración de los principios y derechos que están en juego y, en definitiva, en qué casos excepcionar el principio general de inclusión de los elementos de juicio cuando de la prueba de un testigo-perito se trata, atendiendo a diferentes factores, el grado en el que según las circunstancias se pongan en peligro garantías procesales, pero también la suficiencia probatoria que ofrezca el caso, dando lugar a respuestas judiciales que, como se ha visto, son heterogéneas y hasta contradictorias.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿QUÉ HACEMOS CON LA FIGURA DEL TESTIGO-PERITO?

Adelantaremos que no vamos a plantear aquí propuestas concretas para una reforma legislativa, si acaso algunas sugerencias y nuevas reflexiones para tratar de dar una respuesta, desde distintas premisas, a lo que ahora vamos a contemplar esencialmente como una realidad problemática en el ámbito procesal.

Efectivamente, la realidad es que existen personas que son profesionales en diferentes ámbitos y que entran en contacto con hechos que pueden luego, en algún momento, ser hechos relevantes y cuestionados en un procedimiento judicial. Lo que convierte esa realidad en problemática en el marco del procedimiento tiene que ver –en su aproximación más directa– con el hecho de que estas personas son potencialmente capaces de ofrecer testimonios sobre esos hechos que remiten a dos medios de prueba diferentes, contruidos, como se ha tratado de poner de manifiesto a lo largo de este trabajo, a partir de dicotomías (hecho-opinión, conocimiento directo-conocimiento indirecto, juicios de hecho-juicios de valor) que en realidad no son tales, porque a lo sumo designan polos opuestos de una línea continua, remitiendo no más que a cuestiones de grado.

Como decíamos, en este estudio hemos intentado visibilizar cómo estas dicotomías están implícitas, respectivamente, en la regulación jurídica procesal de la prueba testifical y de la prueba del dictamen de peritos y, por lo mismo, cómo también están en el

fundamento de las dos concepciones doctrinales que ofrece la figura del testigo-perito. Asimismo, hemos querido subrayar la ingenuidad y hasta del carácter arbitrario derivado del empleo de aquellas categorías a los efectos de resolver el problema de su naturaleza y admisibilidad. Y así, partiendo de lo que se acaba de exponer muy resumidamente, hemos propuesto comenzar por asumir que tanto el testigo-perito como el perito proporcionarían, en todo caso, interpretaciones que cabría calificar de «especializadas» acerca de los hechos.

El reconocimiento de lo anterior nos parece que posibilita superar la concatenación «conocimiento directo»-«testigo»-«hecho»-«objetividad» que parece servir para legitimar el recurso a la prueba del testigo-perito y que, realmente –eso pensamos– se puede convertir más bien en un fórmula ritual para admitir sin más las afirmaciones que estos hagan, a la vez que justificar que, sin más también, se le conceda mayor credibilidad a su testimonio que al juicio que pueda haber vertido, sobre la misma cuestión, un perito.

Además, en segundo lugar, si partimos del reconocimiento de que en todo caso nos encontramos ante interpretaciones acerca de los hechos, resulta más fácil redirigir el foco en una dirección igualmente muy problemática, pero que nos parece en cualquier caso más adecuada; y es que el acento debe ponerse no tanto en si cierta persona es o no testigo o perito –lo que nos lleva irremediabilmente a la pregunta por si el sujeto en cuestión percibió directamente los hechos o si depone o no sobre hechos conocidos directamente (con la problemática asociada a estas preguntas y sobre la que no insistiremos más aquí)– sino en si su testimonio, las afirmaciones particulares que formula en su intervención requieren o no de una explicación que va más allá de una concreta experiencia (la que le sería propia a la persona en cuestión) que puede ser específica de un determinado ámbito socio-cultural o profesional, pero que, en cualquier caso, es posible que el juez y las partes examinen y cuestionen con sus propios recursos porque no descansan en nada distinto de la observación reiterada de fenómenos cotidianos para quien depone. En definitiva y resumiendo, se trataría de redirigir la atención hacia una dirección que lo que propone, esencialmente, es excluir las máximas de la experiencia⁶³⁰ como fundamento único de los saberes genuinamente periciales.

⁶³⁰ Bajo la premisa, obviamente, de que la noción de «máximas de la experiencia» nos remite ahora a un conocimiento que nunca es resultado del estudio ni de la investigación.

Como se adelantó, la noción primigenia de la figura, aunque adulterada por el carácter normativo del concepto de máximas de la experiencia (y su equivalente angloamericano, la necesidad racional o lógica, propia de la excepción prototípica a la regla de exclusión para el testimonio ordinario), evoca ya la remisión a un conocimiento de signo distinto al que le sería propio al testimonio pericial *sui generis*. También hemos señalado que en Italia se ha hecho referencia, como criterio distintivo, a una *competenza altrimenti specializzata* y, de forma más notable, en Estados Unidos, se ha acudido un *particularized knowledge* e igualmente a la distinción entre dos tipos de razonamiento, confrontando aquel que resultaría de un proceso de razonamiento cotidiano, de aquel que resulta de un proceso de razonamiento que solamente especialistas en una determinada materia o disciplina son capaces de dominar.

Desde estos planteamientos, si alguna característica apriorística cabe atribuir al tipo de juicios que —siempre con el objetivo de no desnaturalizar los cánones clásicos de la prueba testifical— solamente deberían ser admitidos y valorados tratándose de una persona que depone como testigo-perito, sería más bien la de no tener estos, desde luego, un carácter científico, pero tampoco propiamente pericial. Dicho de otra manera, la de no ser, no *realmente*, juicios expertos⁶³¹.

En efecto, ya hemos apuntado también alguna de las notas con las que se han venido a caracterizar estos juicios, que remiten al concepto de intuiciones o qualias, a juicios que si se distinguen por algo es por no contar con una auto-reflexión sobre sus propias razones y su ámbito de aplicación⁶³², lo que, evidentemente, les excluye de lo que cabría entender por conocimiento científico⁶³³. Esa sería, vale decir, la idiosincrasia de estos juicios y lo

⁶³¹ Claro, esto inmediatamente suscita en nosotros otra reflexión en la medida en que tampoco en la LEC se regula una fase de admisión tendente a excluir que a través de la prueba pericial se incorporen a un procedimiento judicial afirmaciones sobre los hechos que no sean *realmente* expertas. Lo anterior parece apuntar a que serían precisas modificaciones legales también en relación con la fase de admisión de las pruebas periciales que obliguen a los jueces a velar por que solamente determinado tipo de conocimientos especializados, que cumplan ciertas condiciones, accedan al procedimiento. A este respecto, es significativo que Vázquez Rojas considere que el criterio indispensable para la admisión de pruebas periciales de parte debería centrarse en la calidad, pero no, lógicamente, en la evaluación de la calidad en ese momento de admisión, sino en «la posibilidad de formarse un juicio sobre la calidad de la información». VÁZQUEZ ROJAS, C., «La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales», *op. cit.*

⁶³² Cfr. NAGEL, E., *La Estructura de la Ciencia. Problemas de la lógica de la investigación científica*, *op. cit.*, p. 19.

⁶³³ Entre nosotros, y últimamente, al hilo de las modificaciones que plantea el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020 al respecto de la regulación específica que se propone para la denominada prueba pericial *científica*, el magistrado Ramírez Ortiz ha observado a este respecto —si bien acudiendo a

que habría de verse, caso por caso, es cuál sería su valor. Es decir, bajo estas premisas la concatenación a derribar sería más bien la de «conocimiento directo»-«testigo»-«sensación»-«subjetividad» como categorías legitimadoras para, también sin mayor reflexión, concederle más credibilidad al juicio conclusivo alcanzado por una persona que actúa como perito, frente al que, sobre la misma cuestión, puede haber llegado quien ha intervenido como testigo-perito.

Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que la labor de discriminar qué juicios están o no basados exclusivamente en ese conocimiento de clase distinta por ser no más que empírico, no está exento de dificultad y estamos de acuerdo en que cabría objetar que también peca de cierta ingenuidad pretender tal tarea, más si cabe en una sociedad como la presente, en la que son muchos los «profesionales» pero no solamente, pues también estos conocen bien la teoría vinculada a su desempeño, y son conscientes y capaces, de identificar y justificar desde esa teoría lo que hacen y por qué en el ámbito del que se trate⁶³⁴. En otros términos y sirviéndonos una vez más de las reflexiones de VÁZQUEZ ROJAS⁶³⁵ (y de una nueva dicotomía): si ser experto es una propiedad disposicional, un *saber cómo* realizar ciertas actividades y no solamente un *saber qué* («poseer un conjunto de conocimientos proposicionales»), también, creemos, aquellos profesionales bien pueden, en algún punto de su declaración, ser expertos.

Con todo, atendiendo a la revisión patria, doctrinal y jurisprudencial que hemos llevado a cabo, nos parece que conviene insistir en que en la medida que se quiera defender la prevalencia del principio de legalidad procesal en materia de prueba y la preservación de las garantías procesales propias de la prueba pericial, lo más correcto es hacerlo desde estas consideraciones. Es decir, no creemos que fuese suficiente promover

una terminología que nosotros hemos buscado rehuir— que, aunque el problema de la demarcación sea inabordable en una regulación normativa, sí que cabría singularizarlo por ser «racional, en tanto que basado en conceptos y juicios y no en percepciones o sensaciones, organizados en teorías o conjuntos sistemáticos de proposiciones, así como por ser objetivo o independiente del punto de vista del sujeto que emite el enunciado». RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «Un cambio de paradigma probatorio: prueba pericial y prueba científica en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020», *op. cit.*

⁶³⁴ Nos parece que aquí es adecuada, y por ello la traemos ahora, la reflexión de Nieva Fenoll sobre la figura. Así, llama la atención este autor sobre el carácter inevitable de las «manifestaciones» que refiere el artículo 370.4 LEC y observa que «en la mayoría de las ocasiones esas manifestaciones técnicas serán difícilmente deslindables de su expresión neutra sobre los hechos, porque cualquier profesional que observa unos hechos sobre los que es técnicamente experto no puede evitar calificarlos científicamente ni explicarlos ya con esa calificación». NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal II*, *op. cit.*, p. 231.

⁶³⁵ VÁZQUEZ ROJAS, C., «La imparcialidad pericial y otras cuestiones afines. Confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos», *op. cit.*, p. 85.

reformas para limitar la admisión del testimonio técnico al testigo directo (lo que parece necesario, aún con los problemas y cuestionamientos que tal limitación entraña)⁶³⁶, sino que habría además y, fundamentalmente, que atender al razonamiento en el que los juicios sobre los hechos que ofrezca la persona que deponga como testigo-perito se sustenten, pues si estos no están exclusivamente basados en la experiencia, deberían, siempre desde aquellos postulados, ser excluidos como elementos de juicio, no por su falta de relevancia (pues podrían ser relevantes), sino por haber sido incorporados al procedimiento judicial a través de un medio de prueba inadecuado.

Todo lo anterior, repetimos, en aras a preservar la, digamos, concepción canónica de la prueba testifical.

Ahora bien, en este estudio hemos defendido que la LEC parece haber relegado aquellos postulados canónicos, al haber optado por una versión de la figura que legitima la introducción de juicios que cabría calificar también de genuinamente periciales a través, en lo sustancial, de las normas reguladoras de la prueba del interrogatorio de testigos.

Es esta una opción que podría entenderse desde la premisa de que quien declare como testigo-perito idealmente ofrecerá interpretaciones especializadas de los hechos controvertidos y relevantes, que se sujetarán a contradicción, siendo lo importante –lo más importante desde estas premisas– que los jueces valoren racionalmente la corrección y calidad de esas interpretaciones. Ahora bien, aun cuando se adopte esta postura que –

⁶³⁶ Efectivamente, en tal caso, parece necesario realizar reformas en la LEC. Concretamente, diseñar una fase de admisibilidad específica para este subtipo de prueba testifical y otorgarle también de forma explícita a los jueces facultades para su inadmisión basadas en la circunstancia de no haber tenido el sujeto cuya intervención se proponga un conocimiento directo de los hechos. Para ello, lógicamente, sería a su vez preciso endurecer los requisitos adicionales a los existentes actualmente en lo relativo a la proposición de la prueba, exigiendo a las partes que especificaran pormenorizadamente al formular sus escritos de proposición los hechos controvertidos sobre los que versará la declaración del testigo-perito, y seguidamente refirieran aquellas circunstancias relativas a la llamada «ocasión de la percepción» atinentes al sujeto en cuestión, debiendo acreditarse que aquella observación de los hechos se produjo de forma casual, sin intervención de las partes. Así, por ejemplo, sucedería en Colombia, en donde al menos el artículo 402 de la Ley 906 de 2004 establece que el testigo solamente podrá declarar sobre aspectos que «en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir», lo que, según ha declarado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, requiere que quien propone una prueba testifical «deba en todo caso señalar, en la sustentación de la pertinencia, conducencia y utilidad de dicho medio de prueba, si el declarante tiene conocimiento personal de los hechos, pues solo sobre aquellas circunstancias fácticas que ha conocido directamente por los sentidos, al tenor del artículo 402 de la Ley 906 de 2004, le está permitido atestar». Cfr. CSJ AP 2020-2015 de 22 de abril de 2015, rad. 45711.

concedemos— puede ser vista como más racional⁶³⁷ y, desde luego, pragmática (si bien algunos dirían más cómoda), creemos que ese objetivo de valoración racional se puede ver perjudicado por el hecho de que el principio de contradicción solamente sea aparente, lo que, como un argumento circular, perjudicaría asimismo las posibilidades de que los jueces comprendan aquellas interpretaciones y, en consecuencia, las valoren racionalmente.

Por ello, si y solo si son estas las premisas, sería conveniente —esto pensamos— procurar no el alejamiento entre ambos medios de prueba⁶³⁸, sino, por el contrario, la aproximación de sus normas procesales reguladoras, al menos con relación al testimonio de quien pretenda deponer como testigo-perito⁶³⁹. Entre nosotros son pocos los que han propuesto tal acercamiento, que puede ensayarse además con relación a distintos aspectos, como, por ejemplo, dotando de importancia desde momentos anteriores al interrogatorio del sujeto en cuestión sus credenciales y experticia. Así, PICÓ I JUNOY⁶⁴⁰ considera aconsejable que en la audiencia previa, al identificar al sujeto que vaya a deponer como testigo-perito, se indiquen sus conocimientos técnicos «y, en consecuencia, la posibilidad de que se le puedan formular preguntas especializadas sobre la materia objeto del proceso».

⁶³⁷ Decimos «racional» en la medida en que supone asumir una afirmación que parece difícilmente cuestionable: que hay personas que, aunque no hayan recibido un encargo de las partes para intervenir en un procedimiento judicial según las normas que regulan la prueba pericial, son capaces de procurar información genuinamente pericial.

⁶³⁸ Si, por el contrario, nos alineamos con la concepción canónica de la prueba testifical (del testimonio) y con la preservación de las garantías procesales de la prueba pericial, se revela *a priori* como más adecuado el alejamiento de los diseños legales, mediante el establecimiento de una fase de admisibilidad que permita discriminar de antemano cuáles serían los juicios que solamente pueden incorporarse por medio de la prueba del interrogatorio de testigos y cuáles aquellos que, por el contrario, son propios de la prueba pericial. Esta parece ser la tendencia actual, acudiendo al endurecimiento de los requisitos exigibles a la prueba pericial, tendentes a que solamente accedan a través de este medio de prueba aquellos testimonios que reúnan ciertas condiciones (lo que también encarecerá, de ordinario, las pruebas periciales). Sin embargo, debemos hacer notar que esta tendencia provoca, paradójicamente, un efecto contrario al pretendido entre los litigadores, pues cuantos mayores sean los requisitos que se impongan a las pruebas periciales mayor será, digamos, la tentación de incorporar conocimientos especializados a través de la prueba testifical.

⁶³⁹ Al respecto, adviértase que ya Guasp en 1944 se manifestaba favorable a «fundir en una sola» la institución de la pericia y el testimonio. Cfr. GUASP DELGADO, J., «La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales. Texto de las conferencias dadas en la Universidad de Oviedo los días 31 de agosto, 1 y 2 de septiembre de 1944», *Revista de la Universidad de Oviedo*, vol. VI, n.ºs 27-28, 1945, pp. 21 a 82. Y, recientemente, también González Coulon ha propuesto una regulación unitaria de las pruebas personales. Cfr. GONZÁLEZ COULON, M. A., *El testimonio como prueba: una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial*, *op. cit.*, p. 332.

⁶⁴⁰ Cfr. PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, *op. cit.*, p. 189.

A nosotros nos parece sin embargo más perentorio que el acercamiento propuesto se produzca primordialmente con el fin de evitar el efecto indeseado anudado a que una interpretación de los hechos que no es posible controvertir por su carga teórica se traiga a un procedimiento, por primera vez, en el momento en el que se interroga al sujeto que depone como testigo. Precisamente, en esta línea, VILLAGÓMEZ CEBRIÁN⁶⁴¹ ha observado que la regulación del testigo-perito en la LEC es escasa para las implicaciones que puede tener la figura, sugiriendo como propuesta de reforma que se exija a las partes que en sus escritos de demanda o contestación anuncien ya la proposición de esta prueba y los hechos sobre los que versará su declaración, pero también «que se otorgue a la parte contraria la posibilidad de manifestar en la audiencia previa lo que a su derecho convenga acerca de las declaraciones que pudieran tener carácter pericial, proponiendo en su caso, que sean ampliadas a otros extremos; que en el acto del juicio, preste el juramento exigido por el artículo 335.2; y en definitiva, que se practique la prueba en la forma que previene el artículo 347 de la Ley (por ejemplo, aceptando que las apreciaciones del testigo-perito sean criticadas por el perito de la parte contraria)».

Bien mirado, la aproximación que se propone pone el foco en la misma problemática que en la experiencia estadounidense diera pie a la reforma de la regla 26 FRCP efectuada en el año 2010, con el fin de que el testimonio del que son capaces estos profesionales que, sin embargo no son «expertos profesionales», se sujete a un mayor escrutinio, para que, cuando menos y aunque sea de forma sucinta, se anticipen las cuestiones sobre las que versará su declaración y las razones por las que han llegado a aquellas interpretaciones de los hechos.

⁶⁴¹ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. A., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III: *La prueba. Los recursos* (coords. V. Cortés Domínguez, V. M. Moreno Catena y J. Damián Moreno), ed. Tecnos, Madrid, 2000, p. 61.

Conclusiones

I

Desde un punto de vista epistemológico, el reconocimiento de la figura del testigo-perito se debe poner en relación con la comprobación de algo que hoy en día puede parecer una obviedad: que el proceso de percepción no es pasivo, sino que forzosamente depende y está condicionado por las experiencias de cada sujeto, por su marco conceptual y por su léxico.

Asumir lo anterior obliga a concluir que disponer de determinados conocimientos o experiencias no comunes puede ser determinante para poder conocer ciertos hechos, lo que a su vez conlleva cierto cambio en la manera de concebir los «hechos» como único objeto posible de una declaración testifical, dando paso a la asunción de que, al menos hasta cierto punto, cualquier testigo al prestar testimonio para dar cuenta de lo que ha percibido emite una opinión o un juicio, en cuanto que acto lógico del entendimiento, pero también, en su dimensión verbal, en cuanto que proposición.

La comprobación, en suma, de que, a partir de las determinadas experiencias y saberes de un sujeto, con independencia de que sean comunes o especializadas, toda percepción se traduce en un juicio, abre la puerta al reconocimiento jurídico-procesal de la figura del testigo-perito.

II

En otros términos, más propios de los sistemas del *common law* y fundamentalmente del derecho estadounidense, el reconocimiento de que implicado en la percepción también hay un proceso inferencial, resignificó la regla de exclusión de la opinión que, al menos en sus orígenes, aparece vinculada con la exclusión del testimonio de referencia, lo que había obligado a excepcionar aquella regla para dar cabida al testimonio de los expertos

(*expert witness*), sujetos que no habían, por lo general, presenciado los hechos como los testigos comunes (*lay witness*).

Así, con arreglo a ese nuevo sentido de la regla de exclusión, los jueces podían rechazar ciertos dichos de los sujetos que deponían como testigos comunes, incluso cuando estos hubieran tenido un conocimiento personal de los hechos. En estos casos, las excepciones originarias y prototípicas a la regla de exclusión de la opinión se hicieron depender de la necesidad de la inferencia u opinión, permitiéndose que aquellos proporcionaran un testimonio en forma de opinión cuando la misma, precisamente por formar parte del ámbito de la común experiencia, resultaba ineludible para dar cuenta de los hechos.

Por el contrario, cuando se trataba de sujetos que disponían de conocimientos especializados sobre hechos relevantes en un procedimiento judicial, la razón por la que se permitió que estos declarasen en forma de opiniones fue la utilidad que estas opiniones tenían para los juzgadores (carentes de esos saberes) y no su necesidad, pues –se decía– aunque el experto le proporcionase al juez todos y cada uno de los elementos que había observado, no sería, por sí mismo, capaz de alcanzar una conclusión.

A partir de las dos ratios citadas empleadas en el derecho angloamericano para justificar la admisión de las opiniones según se trate de un testigo común o de un testigo experto, es posible llegar a las dos nociones teóricas de la figura del testigo-perito.

III

Con arreglo a la noción que aquí hemos llamado primigenia del testigo-perito, se hace referencia a aquella persona que ha podido percibir directamente los hechos gracias a una experiencia específica, entendiendo por esta un saber de orden práctico que obedece fundamentalmente a la realización de un oficio o al ejercicio de una profesión más que a un conocimiento teórico.

La preservación de esta noción requiere, por lo que respecta al testimonio, un alcance limitado del tipo de juicios admisibles tratándose de un testigo-perito, que habrían de estar teóricamente circunscritos a la comprobación o identificación de unos hechos y de sus propiedades sobre la base de lo observado directamente, de forma que no invade el campo que le sería propio a la prueba pericial. Estaríamos, entonces, ante unos juicios derivados de un razonamiento distinto al que sería propio de un perito. Por tanto, con

estas premisas, no habría diferencias entre el testigo común y el testigo-perito en la medida en que ambos se limitarían no más que a formular un juicio por el que se constataría un hecho observado según una experiencia (ya sea experiencia común o especializada) que sería en ambos casos y, por definición, necesario para dar cuenta de sus percepciones.

Y es que estrechamente conectado a lo anterior, esta es una noción de la figura en la que está implícita una cierta concepción del «juicio de hecho» basada en la lógica escolástica-aristotélica y en una concepción normativa de «máximas de la experiencia» que determina que sea tenido por necesario o ineludible el juicio conclusivo sobre los hechos observados por aquel testigo que es, además, presentado como un experto en relación con esos hechos, lo que obligaría a la admisión de aquel juicio, resolviéndose la figura en una tautología.

De todo ello que bajo esta noción esté justificada la aplicación, en su integridad, de las normas jurídico-procesales reguladoras de la prueba testifical.

La figura así considerada tiene entonces escasa importancia práctica y un carácter siempre subsidiario con relación a la prueba de peritos o prueba pericial, pues la misma se justificaría solamente cuando sea preciso probar hechos *pasados* que ya no pueden ser observados por quien pueda llegar a ser designado como perito en un procedimiento judicial, ya que la figura surge en un contexto en el que la prueba pericial se configura bajo el modelo único de prueba de designación judicial y, en consecuencia, solamente se puede dar una vez iniciado el procedimiento.

IV

Con arreglo a la otra noción –de «la doble cualidad»– un testigo-perito sería aquel sujeto que además de haber tenido un conocimiento de los hechos anterior al inicio de un procedimiento judicial posee conocimientos especializados, por lo que durante su declaración puede, atendiendo a dichos conocimientos, añadir a sus percepciones valoraciones o apreciaciones acerca de los hechos relevantes.

Bajo esta segunda noción, el testigo-perito es una figura que al menos, en lo que se refiere a su testimonio, es un híbrido de testigo y perito, en la medida en que, frente a la primera de las nociones, aquí han de admitirse junto a aquellos juicios que descansan exclusivamente en los hechos observados gracias a la experiencia (hechos), otros que

irían más allá de aquellas observaciones y de esa experiencia (opiniones), pudiendo declarar este sujeto ya, en atención a sus conocimientos especializados, sobre las reglas, principios o técnicas aplicables a los hechos relevantes que sean objeto de un procedimiento e igualmente sobre cuestiones relacionadas con aquellos que se refieran a relaciones de causalidad (nunca observables).

Siendo esto así, las normas procesales aplicables al testimonio de este testigo, que puede actuar a la vez como perito, debían ser las propias de la prueba de testigos, de un lado, y las propias de la prueba de peritos o pericial, de otro, según se trate de unos u otros juicios, lo que sería posible en la medida en que estos se suponen distintos y diferenciables.

V

En esta investigación, tratando de superar la dicotomía hecho-opinión (y vinculada a esta, la de conocimiento directo-conocimiento indirecto) en la que la figura del testigo-perito se encuentra profundamente instalada, nos hemos referido a una tercera noción desde la cual emergen otros enfoques y también otros problemas.

Se asume en primer lugar que la dicotomía señalada carece de una base epistemológica sólida, en la medida en que en la percepción siempre hay implicado un proceso de razonamiento y, emparentado con lo anterior, también que la manera de concebir los hechos como objeto único del testimonio de un testigo que está implícita en la dogmática tradicional, peca de cierta ingenuidad. Desde estas premisas, se plantea que los hechos son en todo caso interpretaciones, con independencia de cómo haya accedido a los mismos el sujeto que las ofrece, y que lo importante es tratar de entender el razonamiento que se ha seguido para llegar a las mismas, de qué premisas parte, si las inferencias que las sustentan obedecen y en qué grado a la experiencia, o si cabe encontrar en ellas un fundamento que pueda ser calificado de científico o, al menos, de genuinamente pericial.

Así, partiendo de esta tercera noción, se visibiliza que el conocimiento directo o personal de los hechos no puede servir de justificación para evitar la identificación y el análisis de la inferencia o inferencias que siempre implica la percepción y que, en todo caso, habrá de examinar el juzgador para tratar de determinar y valorar cómo de correctas, justificadas y fiables sean esas interpretaciones

Sin embargo, la figura del testigo-perito se ha manifestado y se puede manifestar esencialmente como un atajo para introducir en un procedimiento judicial tales interpretaciones especializadas sobre los hechos, dispensando al juez anticipadamente de llevar a cabo un juicio sobre su admisibilidad en la medida en que proceden de quien conoció los hechos directamente y, además, es presentado como experto. Así, en Italia tal circunstancia se produciría al presumirse que en el caso de un testigo técnico las «apreciaciones personales» de este son inescindibles de los hechos que observó; en Colombia, ocurre lo mismo porque el mandato que el legislador dirige al juez para que rechace las preguntas que se formulen a los testigos cuando estas sean capaces de provocarles «conceptos» no aplica cuando el testigo sea un testigo técnico, y en España, porque al juez se le impone la admisión de las «manifestaciones» que por razón de sus conocimientos especializados «agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos».

Pero, además, y dado que la prueba testifical y la prueba pericial cuentan con diseños legales diferentes y que, por lo general, el diseño legal de la segunda impone mayores requisitos procedimentales y exigencias tendentes a garantizar su calidad y confiabilidad, el testigo-perito se revela como una figura-atajo para introducir en un procedimiento judicial interpretaciones especializadas sobre los hechos relevantes sin necesidad de seguir las normas procesales reguladoras de la prueba pericial. Así, bajo un modelo de prueba pericial de designación judicial, la figura permite que sean las partes las que señalen al experto que introduce tales interpretaciones, eludiendo el encargo judicial, pero igualmente, bajo otros modelos de prueba pericial, permite sortear normas jurídico-procesales propias de este medio de prueba, relativas a la presentación, admisibilidad, práctica y hasta a la retribución que debiera satisfacerse a la persona que interviene como perito.

De nuevo, partiendo de esta tercera noción, es posible llegar a la conclusión de que la atención para tratar de discriminar qué interpretaciones acerca de los hechos deberían de producirse a través del medio de prueba del interrogatorio de testigos y qué interpretaciones a través de la prueba pericial, tampoco debe ponerse en cómo o a través de quién en su caso conoció el sujeto los hechos, sino fundamentalmente, en el razonamiento seguido para llegar a aquellas interpretaciones: así, cuando ese razonamiento no deja de ser ordinario por estar sustentado en un conocimiento

fundamentalmente empírico, solamente entonces, serían adecuadas y en consecuencia aplicables las normas reguladoras de la prueba testifical.

VI

Las tres nociones de la figura a las que nos acabamos de referir se dan cita en los ordenamientos jurídicos a los que nos hemos aproximado, Alemania, Italia y Colombia, pero también, *mutatis mutandis*, en el derecho estadounidense en relación con una categoría de testigo que, de forma muy significativa, ha sido denominada *hybrid witness*.

En cuanto a la aproximación a la figura en los citados países de tradición civilista, cabe constatar que la noción primigenia del instituto se va alejando progresivamente desde Alemania hasta Colombia.

Así, esta primera noción está más presente en Alemania, amparada por una norma procesal que contempla indiscutiblemente la percepción personal de hechos solamente pasados para poder recurrir a la prueba del testigo-perito, sin insinuar siquiera una diferente modalidad narrativa predicable de este testigo frente al común u ordinario.

También, en buena medida, se encuentra reconocida en Italia, en donde la jurisprudencia viene excepcionando la prohibición que se impone al testigo ordinario de hacer «apreciaciones personales» en su testimonio si el sujeto en cuestión es interrogado sobre hechos que ha percibido directamente y que están relacionados con su actividad habitual, pues en tal caso se presume que sus «apreciaciones personales» son inseparables de esos mismos hechos, lo que justifica su admisión. Con todo, no debe dejar de mencionarse que en Alemania e Italia también se han constatado dificultades para acotar los juicios admisibles tratándose de un testigo con conocimientos especializados a aquellos que descansen en su conocimiento personal, reconociéndose que durante su declaración puede un testigo transformarse en un perito sin ser tal transformación advertida.

En Colombia, sin embargo, la norma procesal civil que hace referencia al testigo técnico parece ya reflejar una excepción a la regla de exclusión de la opinión que es distinta de la prevista para el testimonio común, una excepción que haría posible que el testigo técnico, en cuanto que también posee conocimientos especializados sea interrogado ya no solamente sobre su conocimiento directo sino, además, sobre sus

valoraciones en relación con los hechos relevantes, actuando entonces estos testigos también como peritos.

En Estados Unidos despuntan las cuestiones de naturaleza epistemológica atinentes a los posibles tipos de opiniones de los que es capaz el denominado *hybrid witness*, y se subraya la dificultad, pero también la importancia, de identificar el razonamiento subyacente a las opiniones que este proporcione para determinar si el testimonio en cuestión debe someterse a las normas procesales reguladoras del testimonio común (*lay opinion testimony*) o del experto (*expert testimony*).

También se ha evidenciado que, desde un punto de vista procedimental, existen fuertes incentivos para presentar las opiniones de estos *hybrid witness*, ignorando, en su caso, la distinta naturaleza del razonamiento que las sustente, bajo la primera de las categorías citadas. De este modo, se evitan tanto las amplias obligaciones de revelación que se contemplan para la protección del derecho de defensa en relación con la práctica del contrainterrogatorio tratándose de un testimonio experto, como los requisitos de admisibilidad a las que se sujeta la opinión experta para que solamente acceda al procedimiento información confiable. Para combatir estos incentivos en Estados Unidos y resolver la falta de contradicción que se producía ante determinados tipos de opiniones emitidas por estos testigos híbridos, se han llevado a cabo reformas procesales que a la vez que tratan de remarcar la necesidad de distinguir entre los dos tipos posibles de opiniones atendiendo al razonamiento seguido, incrementan las exigencias de revelación para el caso de que estos emitan opiniones que puedan ser calificadas de expertas.

VII

En España la figura del testigo-perito no le era extraña ni a la doctrina ni a la jurisprudencia antes de la entrada en vigor de la LEC, por tanto, bajo un modelo en el que la prueba de peritos únicamente podía producirse por encargo judicial y con arreglo a unas normas presididas por la contradicción y bilateralidad, también tendentes a asegurar la objetividad del dictamen.

Ahora bien, las referencias al instituto tampoco eran entonces unívocas.

Así, se asumía por algunos autores como admisible que aquellas personas que habían conocido los hechos directamente (sin encargo judicial) y a la vez contaban con un conocimiento o experiencia especializada pudieran, al prestar declaración, actuar a la

vez como testigos y como peritos en un procedimiento, si bien tales afirmaciones, hechas desde la asunción de que según desempeñara un papel u otro, sus juicios eran distinguibles, no iban seguidas de propuestas para que en estos casos se siguieran las reglas procesales que resultarían de aplicación según el tipo de juicio. Frente a lo anterior, había quien sostenía la imposibilidad de reconocer en España ese testimonio híbrido y tampoco faltaba quien, atendiendo precisamente a este carácter, advertía que a través de estos testimonios se incurría en una corruptela por vulnerar las normas reguladoras de la prueba de peritos, reconociéndola únicamente como legalmente admisible si el testimonio se refería a hechos pasados, cuya observación por el perito que fuera judicialmente designado resultaba ya imposible.

Ya entonces, la figura aparece entre nosotros bajo dos formas de asunción de prueba que son tenidas en cualquier caso como periciales extrajudiciales, la que se produce exclusivamente a través del interrogatorio del sujeto en cuestión, y aquella en la que el interrogatorio viene precedido de la aportación de un documento con un contenido que se presenta como pericial y del que aquella persona es su autor, documento que así, en atención a su ratificación por este y en presencia judicial, puede llegar a ser valorado como un elemento de juicio de naturaleza especializada. El paralelismo con las dos formas bajo las cuales se presenta el testigo-perito actualmente es inmediato.

VIII

Acerca de la noción de la figura que se positiviza en la LEC, nuestra tesis es que finalmente se habría acogido la segunda de las nociones.

La consagración positiva de la figura del testigo-perito en España en los términos hoy vigentes del artículo 370.4 LEC tiene su origen en la obra publicada bajo la denominación «Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (1972 y 1974). En aquel proyecto la positivización de la figura nos parece que pudiera haber tratado de dar respuesta esencialmente a la particular situación del médico asistencial, buscando evitar que determinados hechos solamente apreciables por quienes tenían una experiencia o conocimientos especializados quedasen huérfanos de prueba ante la imposibilidad de practicarse una prueba pericial que, al ser únicamente posible por designación judicial, había necesariamente de aguardar al inicio del procedimiento judicial.

En cualquier caso, la fórmula positiva propuesta se aleja de la alemana, desapareciendo la exigencia de la percepción personal o directa para poder recurrir a la prueba del testigo-perito y parece ya apuntar a una distinta modalidad narrativa que sería predicable de este testigo, frente al testigo ordinario.

Además, las modificaciones que sufre la disposición hasta llegar a su redacción actual unida a otras referencias positivas aledañas, nos parece que reafirman aquella segunda noción y, en consecuencia, el reconocimiento de la legalidad de otra actividad procesal distinta de la que le es propia al medio de prueba del dictamen de peritos, pero que también permite introducir en un procedimiento judicial juicios genuinamente periciales, necesarios para la valoración de los hechos relevantes o para adquirir certeza sobre los mismos.

En síntesis, se alcanza esta conclusión porque finalmente se acude a la misma fórmula empleada para referir los conocimientos que serían propios de un perito («científicos, técnicos, artísticos o prácticos») suprimiendo la original limitación del origen de aquellos conocimientos a la profesión u oficio; también porque se contempla un doble sistema de tachas, y finalmente porque se equipara la voz «manifestaciones» a la voz «valoraciones» en el apartado 2 del artículo 380 LEC.

IX

Con arreglo al diseño legal previsto en la LEC del medio de prueba del dictamen de peritos se impone en todos los casos la emisión escrita de un dictamen pericial en el que, idealmente, se contiene la opinión del perito, sus bases y el razonamiento efectuado para llegar a aquella. A partir de ahí, la aportación del dictamen pericial se somete a plazos de preclusión, lo que en el caso de la prueba pericial de designación de parte, supone que el dictamen pericial deba ser aportado de ordinario en momentos iniciales del procedimiento judicial, para que la parte contraria disponga del mismo con tiempo suficiente para examinarlo y comprender sus conclusiones a fin de poder ejercer su derecho de defensa, de forma que, también idealmente al menos, el principio de contradicción se ponga igualmente al servicio de una valoración racional de la prueba pericial por parte del juez.

Por el contrario, en la prueba del interrogatorio de testigos, cuyo diseño legal busca la espontaneidad en las respuestas que proporcione el testigo, este expone lo que conoce de los hechos oralmente, sin que las partes puedan saber de antemano cuál será esa

respuesta. Por ello, cuando el testigo en cuestión posee conocimientos especializados, salvo que sea posible diferenciar cuál o cuáles de sus respuestas están exclusivamente fundamentados en un razonamiento ordinario y en una lógica compartida, la parte no proponente de la prueba carecerá de una oportunidad real de confrontación.

El problema reside entonces, obviamente, en la dificultad de distinguir en la práctica cuando estamos ante juicios de aquel orden y cuándo ante juicios que sí cabría calificar de genuinamente periciales por remitir a otro tipo de conocimiento, no exclusivamente empírico.

X

Tras la positivización de la figura en la LEC, la mayoría de la doctrina española parece defender la primera noción del testigo-perito, restándole importancia al hecho de que estos sujetos también dispongan, como los peritos, de conocimientos especializados. A lo sumo, se le concede apriorísticamente a este testigo, frente al simple, un mayor valor probatorio, que determina que aparezca fundamentalmente como un «testigo cualificado».

De otro lado, ya que bajo la LEC los peritos son personas con conocimientos especializados que pueden conocer los hechos extraprocesalmente, por indicación de las partes, se defiende que de cara al juicio de admisión de la prueba del testigo-perito se debe excluir a los testigos de referencia y exigir, en suma, de quien se proponga deponer como tal un conocimiento directo y casual (sin intervención de las partes) de los hechos. Se trata de una propuesta que, aunque puede ser adecuada para evitar que se puedan sortear las normas procesales propias de la prueba del dictamen de peritos, es problemática, por varias razones.

Primero, porque exige recurrir a criterios para la admisibilidad de la prueba del testigo-perito que no están previstos en la LEC, pues en esta se desatiende la manera en la que se tuvo noticia de los hechos por parte de quien se propone intervenir como testigo de cara al juicio de admisibilidad, en el entendimiento, creemos, de que se trata de una cuestión que debe ser, en su caso, objeto del juicio de valoración de las pruebas.

Además, porque puede resultar contraria al principio general de inclusión de pruebas que es la relevancia y, en tercer lugar, porque exigiría de los jueces un difícil y cuestionable control de verificación acerca la actividad preprocesal llevada a cabo por las partes con relación a las fuentes de prueba.

La revisión que en esta investigación hemos llevado a cabo de las resoluciones judiciales del orden jurisdiccional civil que tratan de la figura del testigo-perito, pone de manifiesto la dificultad de llevar a la práctica aquella excepción, en la medida en que la LEC no impone que en la proposición de prueba se refiera la relación que con los hechos ha tenido el sujeto que se propone como testigo y tampoco se obliga a las partes a indicar sobre qué hechos o aspectos controvertidos vaya a declarar. Ello explica que solo muy rara vez el reiterado conocimiento directo de los hechos opere realmente como criterio que permita inadmitir la proposición de la prueba y sea, sin embargo, con más frecuencia, un criterio al que se atiende para excluir ciertas respuestas de quien depuso como testigo-perito por entender que, con relación a las mismas, la parte interfirió en sus respuestas, quedando finalmente ambas cuestiones (admisión de la prueba y exclusión de las respuestas ofrecidas como elemento de juicio) supeditadas a la ponderación judicial de diversos factores, al grado en el que se advierta que se ponen en peligro garantías procesales y la suficiencia probatoria que ofrezca cada caso.

XI

No creemos que pueda darse una respuesta al problema del testigo-perito, sino desde distintas premisas.

Si se trata de preservar una concepción canónica de la prueba testifical y las garantías procesales propias de la prueba pericial, la propuesta efectuada por nuestra doctrina consistente en limitar la admisibilidad de la prueba del testigo-perito al testigo directo puede ser igualmente insuficiente. Debería quizá atender también al razonamiento seguido por quien como testigo-perito declara para llegar a cada uno de sus juicios sobre los hechos. Si ese razonamiento exige claramente de una explicación que remite a una teoría, aquellos habrían de ser excluidos como elementos de juicio.

Por el contrario, asumiendo, como aquí se asume, que la LEC ha legitimado que a través de las normas reguladoras de la prueba del interrogatorio de testigos se incorporen al procedimiento juicios genuinamente periciales, entendemos conveniente que se hiciera explícito con antelación suficiente en el procedimiento judicial cuáles van a ser las interpretaciones acerca de los hechos que ofrecerá quien pretende declarar como testigo-perito. Se trataría entonces de procurar en algún punto un acercamiento de las normas

procesales reguladoras del dictamen de peritos y las que sean de aplicación al testigo-perito, para lo cual podrían plantearse modificaciones que vayan en línea de las reformas llevadas a cabo en Estados Unidos en la Regla 26 FRCP, al objeto de que se anticipe, aunque sea de manera concisa, las cuestiones sobre las que versará su declaración y las razones por las que ha llegado a aquellas interpretaciones de los hechos.

Bibliografía

Doctrina

- ABEL LLUCH, X., «Dossier jurisprudencia sobre derecho probatorio: II. El testigo-perito no es una pericial extemporánea», *Diario La Ley*, n.º 8187, Sección Dossier, 1 de octubre de 2010, pp. 15 a 17.
- ABEL LLUCH, X., «Algunas reformas en la regulación de la prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 17, 2013, pp. 519 a 552.
- ABEL LLUCH, X., «La contradicción del dictamen pericial», en Picó i Junoy, J. (dir.), *Principios y Garantías Procesales. Liber Amicorum en Homenaje a la profesora M.ª Victoria Berzosa Francos*, ed. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 219 a 232.
- y PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *El interrogatorio de testigos*, ed. Bosch, Barcelona, 2008.
- y PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *La prueba pericial*, ed. Bosch, Barcelona, 2009.
- AGUILAR GORRONDONA, J. L., «El perito-testigo en el proceso civil venezolano», *Revista de Derecho Probatorio*, n.º 2, 1993, pp. 207 a 220.
- ALLEN, R., «The conceptual challenge of expert evidence», *Discusiones Filosóficas*, vol. 14, n.º 23, 2013, pp. 41 a 65.
- ALONSO AYALA, M., PICAZO GONZÁLEZ, P. y MELÓN MUÑOZ, A. (coords.), *Memento experto Perito Judicial*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2014.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, ed. Global Economist & Jurist, Barcelona, 2000, vol. II.
- ALSINA, H., *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, vol. III: *Juicio ordinario*. ed. Ediar Sociedad Anónima Editores, 2.ª ed., Buenos Aires, 1961.
- ANDERSON, T., SCHUM, D. y TWINNING, W., *Analysis of evidence*, ed. Cambridge University Press, 2.ª ed., Nueva York, 2005.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *Doxa*, n.º 12, 1992, pp. 257 a 299.

- y GONZÁLEZ LAGIER, D., *La prueba de los hechos*, ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2022.
- ANSANELLI, V., «El modelo italiano de la consulenza tecnica d'ufficio. Falta de caracterización probatoria de los instrumentos de adquisición del conocimiento científico en el proceso civil», en Andino López, J. A. y Cerrato Guri, E. (coords.) y Picó i Junoy, J. (dir.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, ed. Bosch, Barcelona, 2020, pp. 241 a 254.
- ARAGONESES MARTÍNEZ, S., CUBILLO LÓPEZ, I. J., HINOJOSA SEGOVIA, R., PEITEADO MARISCAL, P. y TOMÉ GARCÍA, J. A., *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, ed. Colex, Madrid, 2004.
- ASENCIO MELLADO, J. M., «Comentario al artículo 369», en Gimeno Sendra, J. V. (dir.), *Proceso civil práctico*, ed. La Ley, Madrid, 2005, t. IV.
- «Proceso Civil Práctico» (dir. V. Gimeno Sendra), ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, t. II, vol. I.
- BALMES, J., *Curso de Filosofía elemental*, 12.^a ed., imp. Diario de Barcelona, Barcelona, 1925.
- BATES, D. B., STANLEY, C. R. y BURT III, J. L., «Federal Rule 26(a)(2) Expert Witness Disclosures: Strategies for Composing and Attacking Expert Disclosures», *Journal of Air Law and Commerce*, vol. 83, n.º 67, 2018, pp. 67 a 82.
- BELHADJ BEN GÓMEZ, C., «El testigo-perito, proposición y práctica de prueba. Distinción con el perito», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2014, pp. 21 a 27.
- BELTRÁN CALFURRAPA, R., «Las máximas de la experiencia y su reconstrucción conceptual y argumentativa en sede jurisdiccional», *Ius et Praxis*, año 27, n.º 2, 2021, pp. 136 a 155.
- BLÁZQUEZ LIDOY, A., «La problemática jurídica de los testigos y/o peritos inspectores de hacienda en los delitos contra la Hacienda Pública», *Diario La Ley*, n.º 10225, Sección Tribuna, 9 de febrero de 2023.
- BOWEN POULIN, A., «Experience-Based Opinion Testimony: Strengthening the Lay Opinion Rule», *Pepperdine Law Review*, vol. 39, n.º 3, 2012, pp. 551 a 618.
- BRENT MICKUM, G. y HAJEK, L. L., «Guise, Contrivance or Artful Dodging? The Discovery of Rules Governing Testifying Employee Experts», *The Review of Litigation*, vol. 24:2, n.º 301, 2005, pp. 302 a 368.
- CAPPELLETTI, M., *El proceso civil en el Derecho Comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, ed. Olejnik, Santiago de Chile y Buenos Aires, 2018.
- CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2018.
- CASANOVA MARTÍ, R., «Los supuestos de tacha del perito a la luz de la doctrina judicial», en Andino López, J. A. y Cerrato Guri, E. (coords.) y Picó i Junoy, J. (dir.),

- La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, ed. Bosch, Barcelona, 2020, pp. 483 a 492.
- CHANNICK, K., «You Must Be This Qualified to Offer an Opinion: Permitting Law Enforcement Officers to Testify as Laypersons Under Federal Rule of Evidence 701», *Fordham Law Review*, vol. 81, n.º 6, 2013, pp. 3439 a 3478.
- CHIN, J. M., TOMISKA, J. y LI, C., «Drawing the line between Lay and Expert Opinion Evidence», *McGill Law Journal*, vol. 63, n.º 1, 2017, pp. 89 a 131.
- CHOZAS ALONSO, J. M., *La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2001.
- Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1974, t. II.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V. M. y DAMIÁN MORENO, J. (coords.), *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Tecnos, Madrid, 2000.
- COUTURE, E., *Fundamentos do Direito Processual Civil*, ed. Editores Livreiros e Industriais, São Paulo, 1946.
- CREMADES MORANT, J., «Comentario al artículo 370. Examen del testigo sobre las preguntas admitidas. Testigo-perito. Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil», en *La controvertida figura del testigo-perito*, ed. Sepín, Madrid, 2019.
- DE LA OLIVA, A., FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. y VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil II*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Editorial Universitaria Ramon Areces, Madrid, 2021.
- DE PAULA PÉREZ, A., *La prueba de testigos en el Proceso Civil Español*, ed. Reus, Madrid, 1968.
- DE PAULA RAMOS, V., *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología*, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2019.
- DENTI, V., «Testimonianza Tecnica», *Rivista di Diritto Processuale*, año XVII, n.º 1, 1962, pp. 9 a 18.
- «L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei», *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XX, n.º 1, 1965, pp. 31 a 70.
- «Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador», *Boletín Mexicano De Derecho Comparado*, vol. 5, n.º 13, 1972, pp. 3 a 22.
- DEVIS ECHANDÍA, H., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. IV: *De la prueba en particular*, ed. Temis, Bogotá, 1969.
- *Compendio de la Prueba Judicial*, ed. Culzoni, Buenos Aires, 2007, t. II.

- DEVYVER, I., «Opening the door but keeping the lights off: Kumho Tire Co. v. Carmichael and the Applicability of the Daubert Test to Nonscientific Evidence», *Case Western Reserve Law Review*, vol. 50, n.º 1, 1999, pp. 177 a 202.
- DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: tratamiento y práctica*, ed. Bosch, Barcelona, 2002.
- DOSI, E., *La prueba testimonial. Estructura y función*, ed. Olejnik, Argentina, 2018.
- DWYER, D., *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, ed. Cambridge University Press, Nueva York, 2008.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F. (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Iurgium, Barcelona, 2000.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana», *Revista Jurídica*, n.º 12, 2005, pp. 117 a 142.
- FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES, M.^a J., *Alcance y límites del interrogatorio de testigos en el Proceso Civil (con revisión de las tecnologías aplicadas)*, ed. Dykinson, Madrid, 2002.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ed. Trotta, Madrid, 2006.
- FERRARIS, F., «La Testimonianza Tecnica», *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 67, n.º 5, 2012, pp. 1231 a 1249.
- FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.
- «La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba Cuasi-Benthamiana», *Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo*, vol. IX, n.º 18, 2017, pp. 150 a 169.
- FLORES PRADA, I., «Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico-procesal de los informes clínicos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.ºs 15-17, 2003, artículo 17.
- *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- «Veinte años de vigencia del modelo dual de prueba pericial en el proceso civil. Breve balance y propuestas de reforma», en Andino López, J. A. y Cerrato Guri, E. (coords.) y Picó i Junoy, J. (dir.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, ed. Bosch, Barcelona, 2020, pp. 367 a 412.
- FONT SERRA, E., *La prueba de peritos en el proceso civil español*, ed. Hispano Europea, Barcelona, 1974.
- *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2000.

- FORNACIARI, M., «A proposito di prova testimoniale “valutativa”», *Rivista di Diritto Processuale*, 2013, pp. 1004 a 1020.
- FRANCHI, G., *La perizia civile*, Tipografia Editricie, Padua, 1959.
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M., *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1999.
- «Los juicios de admisibilidad y de suficiencia de la prueba propuesta: extensión y límites al amparo de la doctrina de los tribunales», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 46, 2018, pp. 2-52.
- «Competencia profesional y objetividad en la actuación de perito: un examen de sus garantías procesales en el marco de una posible reforma», en Andino López, J. A. y Cerrato Guri, E. (coords.) y Picó i Junoy, J. (dir.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, ed. Bosch, Barcelona, 2020, pp. 321 a 365.
- GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999.
- *Cuestiones probatorias*, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.
- «Prueba científica. Un mapa de retos», en Vázquez, C. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 181 a 202.
- «Conocimientos expertos y deferencia del Juez (Apunte para la superación de un problema)», *Doxa*, n.º 39, 2016, pp. 347 a 365.
- GOLAN, T., «Revisiting the History of Scientific Expert Testimony», *Brooklyn Law Review*, vol. 73, n.º 3, 2008, pp. 879 a 942.
- GOLDSCHMIDT, J., *Derecho Procesal Civil* (trad. L. Prieto-Castro), ed. Labor, Barcelona, 1936.
- GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal*, vol. 1: *Derecho Procesal Civil*, ed. Gráfica Administrativa, Madrid, 1949.
- GONZÁLEZ COULON, M. A., *El testimonio como prueba: una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial*, ed. Bosch, Barcelona, 2021.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, ed. Temis, Bogotá, 2005.
- GONZÁLEZ PILLADO, E. e IGLESIAS CALLE, I., «La Prueba Pericial en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista Jurídica Galega*, n.º 27, 2.º trimestre, 2000, pp. 307 a 344.
- GORPHE, F., *Crítica del testimonio*, ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2022.

- GRACIA GUILLÉN, D., *La cuestión del valor* (Discurso de recepción del académico de número Excmo. Sr. D. Diego Gracia Guillén: sesión del día 11 de enero de 2011, Madrid), ed. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2010.
- GROOS, S. R. y MNOOKIN, J. L., «Expert information and expert evidence: A preliminary taxonomy», *Seton Hall Law Review*, vol. 34, n.º 1, 2003, pp. 141 a 189.
- GUASP DELGADO, J., «La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales. Texto de las conferencias dadas en la Universidad de Oviedo los días 31 de agosto, 1 y 2 de septiembre de 1944», *Revista de la Universidad de Oviedo*, vol. VI, n.ºs 27-28, 1945, pp. 21 a 82.
- GUTIÉRREZ RODILLA, B. M., *La ciencia empieza en la palabra. Análisis e historia del lenguaje científico*, ed. Península, Barcelona, 1998.
- GUTIÉRREZ SANZ, M.ª R., «Comentarios al art. 370.4», en Cordón Moreno, F., Armenta Deu, T., Muerza Esparza, J. J. y Tapia Fernández, I. (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, 2.ª ed., Cizur Menor, 2011, vol. I.
- HAACK, S., «The expert witness: Lessons from the U.S. experience», *Humana.Mente*, 2015, vol. 28, pp. 39 a 70.
- HAND, L., «Historical and Practical Considerations regarding Expert Testimony», *Harvard Law Review*, vol. 15, n.º 1, 1901, pp. 40 a 58.
- HANSON, N. R., *Observación y explicación: guía de la filosofía de la ciencia. Patrones de descubrimiento. Investigación de las bases conceptuales de la ciencia*, ed. Alianza, Madrid, 1977.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ-CAMPELLO, C. y SÁNCHEZ LEÓN, M. (coords.), *La prueba pericial médica ante la jurisdicción civil*, ed. La Ley, Madrid, 2008.
- HESS, B. y JAUERNIG, O., *Manual de Derecho procesal civil*, ed. Marcial Pons, 30.ª ed., Madrid, 2015.
- HUME, D., *A treatise on human nature* (ed. L. A. Selby-Bigge), ed. Clarendon Press, Oxford, 1978.
- ILLESCAS RUS, A. V., *La Prueba Pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- IMWINKELRIED, E., «Distinguishing lay from expert opinion: The need to focus on the epistemological differences between the reasoning process used by lay and expert witnesses», *SMU Law Review*, vol. 68, n.º 1, 2015, pp. 73 a 105.
- KANT, I., *Crítica de la razón pura* (ed. P. Ribas), ed. Alfaguara, Madrid, 1995.
- LADD, M., «Expert Testimony», *Vanderbilt Law Review*, vol. 5, n.º 3, 1952, pp. 414 a 431.

- «Expert and other opinion testimony», *Minnesota Law Review*, vol. 40, 1956, pp. 437 a 454.
- LESSONA, C., *La prueba en Derecho civil*, ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1942, t. IV.
- LOEVINGER, L., «Facts, evidence and legal proof», *Western Reserve Law Review*, vol. 9, n.º 2, 1958, pp. 154 a 175.
- LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *La prueba pericial. Guía práctica y jurisprudencia*, ed. Colex, Madrid, 2004.
- LÖSING, N., «La prueba pericial en el proceso civil alemán», en Andino López, J. A. y Cerrato Guri, E. (coords.) y Picó i Junoy, J. (dir.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, ed. Bosch, Barcelona, 2020, pp. 227 a 239.
- MAGRO SERVET, V., «¿Prueba pericial judicial versus prueba pericial de parte?», *Diario La Ley*, n.º 6637, 25 de enero de 2007.
- MARÍAS, J., «Prólogo», en *Miguel de Unamuno. Obras selectas*, ed. Pléyade, Madrid, 1946.
- MARÍN CASTÁN, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, t. II.
- MAURICIO DUCE, J., *La prueba pericial*, ed. Didot, Buenos Aires, 2013.
- MCLAUGHLIN, J., «Discovery and Admissibility of Expert Testimony», *Notre Dame Law Review*, vol. 63, n.º 5, 2014, pp. 760 a 769.
- MICHELI, G. A., *Corso di Diritto Processuale Civile*, vol. II: *Il processo di cognizione*, ed. Giuffrè, Milán, 1960.
- MIUCCI, C., *La Testimonianza tecnica nel processo penale*, ed. Giuffrè, Milán, 2011.
- MONTERO AROCA, J., *La prueba civil*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- *La prueba en el proceso civil*, ed. Cívitas, Madrid, 2011.
- MORALES PRATS, F., «La naturaleza jurídico-procesal del detective privado: el testigo-perito (Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1998)», *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 396, 1999, pp. 1 a 5.
- MOULINES, C., «Hechos y valores: falacias y metafalacias. Un ejercicio integracionista», *Isegoría*, n.º 3, pp. 26 a 42.
- MUÑOZ SABATÉ, L., *Técnica Probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, ed. Praxis, Barcelona, 1967.
- *Cuadernos de probática I y II*, ed. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 1999.
- *Fundamentos de Prueba Judicial Civil L.E.C.I/2000*, ed. Bosch, Barcelona, 2001.

- MUÑOZ-TORRES, J. R., «Objetivismo, subjetivismo y realismo como posturas epistemológicas sobre la actividad informativa», *Comunicación y Sociedad*, vol. 8, n.º 2, 1995, pp. 141 a 172.
- NAGEL, E., *La Estructura de la Ciencia. Problemas de la lógica de la investigación científica* (trad. N. Míguez), ed. Paidós, Buenos Aires, 1978.
- NIETZSCHE, F., *Fragmentos póstumos (1885-1889)* (trad. J. L. Vermal y J. B. Llinares Chover), ed. Tecnos, Madrid, 2008, vol. IV.
- NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal Civil II: Proceso Civil*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.
- *Derecho procesal II*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- OSENTOSKI, K., «Out of bounds: why federal rule of evidence 701 lay opinion testimony needs to be restricted to testimony based on personal first-hand perception», *University of Illinois Law Review*, vol. 2014, 2014, pp. 1999 a 2046.
- PADILLA MORENO, J., «Los hechos y su interpretación», *Revista de Teoría de Historia*, vol. 24, n.º 1, 2021, pp. 92 a 103.
- PARRA QUIJANO, J., *Manual de Derecho probatorio*, ed. Librería Ediciones del Profesional, 16.ª ed. amp. y act., Bogotá, 2007.
- PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, ed. Bosch, 2.ª ed., Barcelona, 2013.
- PRATT, G. C., «A Judicial Perspective on Opinion Evidence under the Federal Rules», *Washington and Lee Law Review*, vol. 39, n.º 313, 1982, pp. 313 a 331.
- PRIETO-CASTRO, L. Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil*, vol. I: *Conceptos generales. Procesos declarativos. Recursos*, ed. Tecnos, Madrid, 1973.
- PUGLIATTI, S., *Conoscenza e Diritto*, ed. Giuffré, Milán, 1961.
- PUTNMAN, H., *The collapse of the fact/value dichotomy and other essays*, ed. Harvard University Press, Cambridge, 2002.
- «La Ciencia y algunos filósofos», *Solar*, año 3, n.º 3, 2007, pp. 171 a 187.
- QUERAL CARBONELL, A. y RÍOS LÓPEZ, Y., «Testigo interrogado. Especial consideración del testigo-perito», en Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), *El interrogatorio de testigos*, ed. Bosch, Barcelona, 2008, pp. 219 a 228.
- QUESADA, D., *Saber, opinión y ciencia*, ed. Ariel, Barcelona, 1998.
- QUINTANA FERREIRA, F., «La valoración del interrogatorio de testigos en supuestos específicos: el testigo tachado y el testigo-perito», en Abel Lluch, X. y Picó i Junoy, J. (dirs.), *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2008, pp. 93 a 117.

- RAMÍREZ ORTIZ, J. L., «Un cambio de paradigma probatorio: prueba pericial y prueba científica en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020», *Diario La Ley*, n.º 9901, Sección Tribuna, 28 de julio de 2021.
- REESE, A., «Employee and Inventor Witnesses in Patent Trials: the blurry line between expert and lay testimony», *Stanford Technology Law Review*, vol. 16, n.º 2, 2013, pp. 423 a 452.
- RENGEL ROMBERG, A., «El testigo técnico o calificado en el Derecho Venezolano», *Revistas ICDP*, n.º 21, 2015, pp. 103 a 107.
- RHEINGOLD, P., «The Basis of Medical Testimony», *Vanderbilt Law Review*, vol. 15, n.º 2, 1962, pp. 473 a 534.
- RIFÁ SOLER, J. M., RICHARD GONZÁLEZ, M. y RIAÑO BRUN, I., *Derecho Procesal Civil. Volumen II*, 2.ª ed. adaptada a la Ley 13/2009 de reforma de la Oficina Judicial, ed. Gobierno de Navarra, Pamplona, 2011.
- RÍOS SALMERÓN, B., «Pruebas de confesión, testimonio y pericial. Otros medios», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 23, 1997, pp. 45 a 112.
- RIVAS VELASCO, M.ª J., «Nexo causal y su prueba tras la Ley 35/2015», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, 2019.
- ROCCO, K., «Rule 26(a)(2)(B) of the Federal Rules of Civil Procedure: In the Interest of Full Disclosure? », *Fordham Law Review*, vol. 76, 2008, pp. 2227 a 2260.
- ROCHA DEGREEF, H., *El testigo y el testimonio*, ed. Jurídicas Cuyo, Argentina, 1999.
- RODRIGO ENNES, L., *La Prueba testifical y algunas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en Roma y en el Antiguo Régimen. Homenaje al Prof. Armando Torrent*, ed. Dykinson, Madrid, 2016.
- RODRÍGUEZ TIRADO, A. M., *El interrogatorio de testigos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- ROSENBERG, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil* (trad. R. Vera), ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
- ROSS ANDREW, O., «Testimonial Hearsay as the Basis for Expert Opinion: The Intersection of the Confrontation Clause and Federal Rule of Evidence 703' after Crawford v. Washington», *Hastings Law Journal*, vol. 55, n.º 6, 2004, pp. 1539 a 1562.
- RUIZ JARAMILLO, L. B., «La prueba pericial y su valoración en el proceso penal colombiano, hacia un régimen procesal holístico», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 45, n.º 123, 2015, pp. 481 a 511.
- SANABRIA VILLAMIZAR, R. J., «Análisis de los medios de prueba testimonial y pericial en el Código General del Proceso: un estudio desde la experiencia procesal penal», *Estudios de Derecho*, vol. 72, n.º 160, 2015, pp. 19 a 50.

- SANJURJO RÍOS, E. I., «En la búsqueda del buen perito. Una propuesta de reforma razonada para el art.340 LEC», en Andino López, J. A. y Cerrato Guri, E. (coords.) y Picó i Junoy, J. (dir.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, ed. Bosch, Barcelona, 2020, pp. 413 a 442.
- SCARDACCIONE, A., *Le prove*, ed. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1971.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., «De la prueba de peritos», en M. Albadalejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales (t. XVI, vol. 2): artículos 1214 a 1253 del Código Civil*, ed. Derecho Reunidas, 2.^a ed., Madrid, 1991.
- SILVA MELERO, V., *La prueba procesal*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- SOBA BRACESCO, I. M., «De la declaración representativa a la reconstructiva. Las opiniones de los testigos y el caso del testigo técnico», *Revista Ítalo-española de Derecho Procesal*, n.º 2, pp. 67 a 90.
- STEIN, F., *El conocimiento privado del juez* (trad. D. Andrés de la Oliva), ed. Temis, Argentina, 2017.
- TARUFFO, M., *La prueba de los hechos* (trad. J. Ferrer Beltrán), ed. Trotta, Madrid, 2002.
- *La prueba* (trad. L. Manríquez y J. Ferrer Beltrán), ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.
- *La prueba, artículos y conferencias*, ed. Metropolitana, Santiago de Chile, 2009.
- *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2018.
- «El juez y el historiador: consideraciones metodológicas» (trad. M. A. Aramburo), *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 44, 2021, pp. 13 a 39.
- *Contribución al estudio de las máximas de la experiencia* (trad. P. Andrés Ibáñez), ed. Marcial Pons, Madrid, 2023.
- TIRADO HERNÁNDEZ, J., *Curso de pruebas judiciales. Parte especial*, ed. Doctrina y Ley, Bogotá, 2013.
- TORIBIO FUENTES, F., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Thomson Reuters, Madrid, 2014.
- UBERTIS, G., *Elementos de epistemología del proceso judicial* (trad. P. Andrés Ibáñez), ed. Trotta, Madrid, 2017.
- VÁZQUEZ LOBEIRAS, M. J., «Inmanuel Kant: el giro copernicano como ontología de la experiencia», *Endoxa*, vol. 1, n.º 18, 2004, pp. 69-93.
- VÁZQUEZ ROJAS, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.

-
- «La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales», *Doxa*, n.º 38, 2015, pp. 101 a 130.
- «La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert», *Jueces para la Democracia*, n.º 86, 2016, pp. 92 a 112.
- «La im/parcialidad pericial y otras cuestiones afines. Confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos», *Isonomía*, n.º 48, 2018, pp. 69 a 107.
- «El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comparecencia judicial», *Discusiones*, Sección Principal, n.º 24.1, 2020, pp. 29 a 60.
- *Guía sobre el contenido de los informes periciales y su impacto en el debido proceso*, ed. Escuela Federal de Formación Judicial, Ciudad de México, 2023.
- VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C., «Naturaleza jurídica de la pericia», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 4, fasc. 1, 1951, pp. 43 a 70.
- VIANELLO, E., *Consulenza tecnica d'ufficio*, ed. Utet Giuridica, Milán, 2015.
- VICENTE BURGOA, L., *Introducción al estudio sobre el conocimiento sensible y la experiencia. Ensayo filosófico: fenomenología y crítica*, ed. Editum, Murcia, 2014.
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. A., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III: *La prueba. Los recursos* (coords. V. Cortés Domínguez, V. M. Moreno Catena y J. Damián Moreno), ed. Tecnos, Madrid, 2000.
- WIGMORE, J. H., *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law including the statutes and judicial decisions of all jurisdictions of the United States*, ed. Little, Brown, and Company, 1904-1905, 4 vols.

Webgrafía

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Máximas de experiencia en el razonamiento probatorio* [video]. Youtube. Disponible en:
https://www.youtube.com/watch?v=dS_rWVwPkv0&t=1593s
- BIONDI, P., «La distinzione fra perizia e testimonianza», *Il Foro Italiano*, vol. 62, n.º 15, 1937. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/23138324>
- BONATTI, R., «Riflessioni sulla prova scientifica nel processo civile e in quello amministrativo», en *Diritto.it*, 2 de octubre de 2019. <https://tinyurl.com/24uqg9vo>
- DÍEZ-PICAZO, I., «Planteamiento, sistema y caracteres del Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil* (organizadas por la Escuela de Práctica Jurídica de

Murcia los días 7 a 10 de octubre de 1997), pp. 4-45. Disponible en:
<https://zenodo.org/records/10655643>

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal Civil. Materiales para el estudio* (6.ª ed.; Curso 2023/2024; adaptados al RD-ley 6/2023). Disponible en:
<https://hdl.handle.net/20.500.14352/93811>

GONZÁLEZ LAGIER, D., «Hechos y conceptos», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 15, 2007. Disponible en: <https://tinyurl.com/2c77mtla>

GRAHAM, M., «Lay Opinion Testimony and Expert Opinion Testimony Differentiated; Specific Knowledge Expert Witness Opinion Testimony; Proposed Amendments to Fed. R. Crim Proc. 16 (a) (1) (G) and Fed. R. Evid. 701 and 702», *Criminal Law Bulletin*, 2016, n.º 41. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2958402>

HUTCHINSON, C. y HUWE, S., «Turning the tables: non-retained experts for defendants», *Defense Counsel Journal*, octubre de 2021. Disponible en:
<https://tinyurl.com/292ax959>

LAURICELLA, P. y HAIMSON, N., «Working Hybrid Witness» [entrada de blog], *Mondaq*, 22 de agosto de 2022. Disponible en: <https://tinyurl.com/2adj8wn3>

LEVANTHAL, M., «Retained and non-retained experts: cases after 2010 amendments to Rule 26 (a) (2)», *New York Law Journal*, vol. 248, n.º 123, 2012. Disponible en:
<https://tinyurl.com/24zc5tdr>

LYONS, T. y HUFFMAN, R., «Non-retained experts in Federal Court», *DRI Commercial Litigation Committee*, pp. 20 a 25. Disponible en: <https://tinyurl.com/23zjt8p6>

PODER JUDICIAL, *Acuerdos de Unificación de Criterios del Orden Civil de la Audiencia Provincial de Madrid. Actualización Octubre 2011*. Disponible en:
<https://tinyurl.com/22ynbj5f>

SLOVENKO, R., «The opinion rule and Wittgenstein's Tractatus», *University of Miami Law Review*, vol. 14, n.º 14, 1959, pp. 1 a 21. Disponible en:
<https://repository.law.miami.edu/umlr/vol14/iss1/3>

SNOW, B., «Expert disclosures: navigating the distinction between retained and non-retained experts» [entrada de blog], *Butler Snow*, 2 de octubre de 2019. Disponible en: <https://tinyurl.com/275a8ft2>

TALOTTA, J. M. y SMITH, M. M., «Getting a Handle on the Basics of 'Hybrid' Witnesses in Virginia Federal and State Practice», *The Virginia Bar Association News Journal*, pp. 8 a 10. Disponible en: <https://tinyurl.com/28htsrkb>

Jurisprudencia

Alemania

Tribunal Administrativo Federal. Resolución 6B 26.10, de 12 de octubre de 2010.

Tribunal Administrativo Superior de Baja Sajonia. Resolución 5 OB 411/11, de 23 de diciembre de 2011.

Tribunal Administrativo Superior de Renania del Norte-Westfalia. Resolución 8 A 1075/06, de 18 de julio de 2007.

Tribunal Federal de Justicia. Veredicto IZR 59/72, de 23 de noviembre de 1973.

Tribunal Regional Superior de Coblenza. Resolución 14 W 735/04, de 12 de noviembre de 2004.

Tribunal Regional Superior de Colonia. Resolución 2 Ws 455/92, de 27 de noviembre de 1992.

Tribunal Regional Superior de Düsseldorf. Resolución AZ: 10 W 88/04, de 18 de noviembre de 2004.

Tribunal Regional Superior de Rostock. Resolución 1 U 32/08, de 8 de abril de 2008.

Colombia

Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3.^aB). Sentencia Radicación 60012331000201000222 01 (46467), de 13 de julio de 2022.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (Sala de Casación Civil). Sentencia, de 15 de febrero de 2008 (Ref: Exp. n.º 41001-3110-001-1999-00269-01).

Corte Suprema de Justicia de Colombia (Sala de Casación Civil). Acción de Tutela 14026-2022 (11001-02-03-000-2022-03432-00), de 20 de octubre de 2022.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (Sala de Casación Penal). Sentencia, rad. 26177, de 16 de septiembre de 2009.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (Sala de Casación Penal). Sentencia 196/2021 (48768), de 3 de febrero de 2021.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (Sala de Casación Penal). Sentencia 2709-2018 (50637), de 11 de julio de 2018.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (Sala de Casación Penal). Sentencia 1786-2018 (42631), de 23 de mayo de 2018.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (Sala de Casación Penal). Auto 1561-2019 (54589), de 30 de abril de 2019.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (Sala de Casación Penal). Auto 2020-2015 (45711), de 22 de abril de 2021.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (Sala de Casación Penal). Auto 2020-2015 (45711), de 22 de abril de 2015.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (Sala de Casación Penal). Auto 350-2022 (58087), de 9 de febrero de 2022.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia 9193-2017(11001-31-03-039-2011-00108-01), de 28 de junio de 2017.

Tribunal Superior del Distrito Judicial (Sala Unitaria Civil-Familia). Expediente 66001-31-03-003-2018-00390-01, de 21 de febrero de 2023.

España

Audiencia Provincial de Almería (Sección 3.^a). Sentencia n.º 99/2004, de 23 de abril de 2004.

Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5.^a). Sentencia n.º 453/2012, de 30 de noviembre de 2012.

Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6.^a). Sentencia n.º 393/2007, de 22 de octubre de 2007.

Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6.^a). Sentencia n.º 423/2007, de 19 de noviembre de 2007.

Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.^a). Sentencia n.º 523/2017, de 17 de noviembre de 2017.

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17.^a). Sentencia n.º 100/2020, de 10 de junio de 2020.

Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2.^o), Sentencia n.º 270/2009, de 9 junio de 2009.

Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1.^a). Sentencia n.º 50/2023, de 1 de febrero de 2023.

Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3.^a). Sentencia n.º 390/2022, de 15 de junio de 2022.

Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 3.^a). Sentencia n.º 211/2006 de 12 de septiembre de 2006.

Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 3.^a). Sentencia n.º 328/2010, de 14 de diciembre de 2010.

Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 3.^a). Sentencia n.º 351/2013, de 25 de noviembre de 2013.

Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 3.^a). Sentencia n.º 59/2017, de 28 de marzo de 2017.

Audiencia Provincial de Huesca (Sección 1.^a). Sentencia n.º 56/2021, de 23 de febrero de 2021.

Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 4.^a). Sentencia n.º 258/2006, de 31 de mayo de 2006.

Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1.^a). Sentencia n.º 20/2020, de 22 de enero de 2020.

Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª). Sentencia 555/2006, de 22 de diciembre de 2006.

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª). Sentencia n.º 299/2018, de 19 de septiembre de 2018.

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª). Sentencia n.º 379/2009 de 18 junio de 2009.

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª). Sentencia n.º 485/2012, de 19 de octubre de 2012.

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª). Sentencia n.º 115/2019, de 12 de marzo de 2019.

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª). Sentencia n.º 402/2007, de 22 de octubre de 2007.

Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª). Sentencia n.º 322/2013, de 19 julio de 2013.

Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6ª). Sentencia n.º 439/2012, de 29 de mayo de 2012.

Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª). Sentencia n.º 31/2004, de 21 de enero de 2004.

Audiencia Provincial de Sevilla. Auto n.º 207/2006, de 20 de julio de 2003.

Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª). Sentencia n.º 472/2010, de 10 de diciembre de 2010.

Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª). Sentencia n.º 214/2017, de 9 de junio.

Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª). Sentencia n.º 289/2016, de 25 de octubre de 2016.

Juzgado de lo Mercantil Barcelona (n.º 8). Sentencia n.º 123/2019, de 3 abril de 2019.

Tribunal Supremo (Sala 1ª de lo Civil). Sentencia de 9 de febrero de 2020.

Tribunal Supremo (Sala 1ª de lo Civil). Sentencia de 30 de diciembre de 1985.

Tribunal Supremo (Sala 1ª de lo Civil). Sentencia de 9 de junio de 1987.

Tribunal Supremo (Sala 1ª de lo Civil). Sentencia n.º 138/1998, de 20 de febrero de 1988.

Tribunal Supremo (Sala 1ª de lo Civil). Sentencia n.º 152/2006, de 22 de febrero de 2006.

Tribunal Supremo (Sala 1ª de lo Civil). Sentencia n.º 331/2006, de 29 de marzo de 2006.

Tribunal Supremo (Sala 1ª de lo Civil). Sentencia n.º 439/2024, de 22 de mayo de 2024.

Tribunal Supremo (Sala 1ª de lo Civil). Sentencia n.º 588/2014, de 22 de octubre de 2014.

Tribunal Supremo (Sala 2ª de lo Penal). Sentencia n.º 1393/1999, de 6 de octubre de 1999.

Tribunal Supremo (Sala 2ª de lo Penal). Sentencia de 4 de junio de 1992.

Tribunal Supremo (Sala 2.^a de lo Penal). Sentencia n.º 1097/2011 de 25 de octubre de 2011.

Tribunal Supremo (Sala 2.^a de lo Penal). Sentencia n.º 119/2007, de 16 de febrero de 2007.

Tribunal Supremo (Sala 2.^a de lo Penal). Sentencia n.º 1742/1994, de 29 de septiembre de 1994.

Tribunal Supremo (Sala 2.^a de lo Penal). Sentencia n.º 1857, de 4 de junio de 1992.

Tribunal Supremo (Sala 2.^a de lo Penal). Sentencia n.º 2069/2002, de 5 de diciembre de 2002.

Tribunal Supremo (Sala 2.^a de lo Penal). Sentencia n.º 212/2021, de 10 marzo de 2021.

Tribunal Supremo (Sala 2.^a de lo Penal). Sentencia n.º 406/1994, de 24 de septiembre de 1994.

Tribunal Supremo (Sala 2.^a de lo Penal). Sentencia n.º 423/2007, de 23 de mayo de 2007.

Tribunal Supremo (Sala 2.^a de lo Penal). Sentencia n.º 436/2023 de 7 junio de 2023.

Tribunal Supremo (Sala 2.^a de lo Penal). Sentencia n.º 507/2020, de 14 octubre de 2020.

Tribunal Supremo (Sala 2.^a de lo Penal). Sentencia n.º 553/2008, de 18 septiembre de 2008.

Tribunal Supremo (Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia de 5 de junio de 2013.

EE. UU.

Blackburn vs. Murphy, 737 S.W.2d 529 (1987).

Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993).

Downey v. Bob's Discount Furniture Holdings, Inc., 633 F.3d 1 (1st Cir. 2011).

General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997).

Goodman v. Staples The Office Superstore, LLC, 644 F.3d 817, 827 (9th Cir. 2011).

Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999).

Lightning Lube, Inc. v. Witco Corp., 4 F.3d 1153 (3d Cir. 1993).

State v. Brown, 836 S.W.2d 530, 549 (1992).

Teen-Ed, Inc. v. Kimball Intern., Inc., 629 F.2d399, 403-04 (3d Cir.1989).

United States v. Figueroa-López, 125, F. 3d 1241, 1246 (9th Cir. 1997).

United States v. Westbrook, 896 F.2d 330 (8th Cir. 1990).

United States v. Yazzie, 976 F.2d 1252 (9 th Cir.1992).

Watson v. United States 85 F.3d 1100 (10th Cir. 2007).

Italia

Corte Suprema de Casación (Sección Penal). Sentencia n.º 1247, de 21 diciembre de 1998 a 30 de enero de 1999.

Corte Suprema de Casación (Sección Penal). Sentencia n.º 13693, de 31 de julio de 2012.

Corte Suprema de Casación (Sección Penal). Sentencia n.º 2322, de 2 de marzo de 1996, Sección II.

Corte Suprema de Casación (Sección Penal). Sentencia n.º 38221 de 7 de octubre de 2008, Sección III.

Corte Suprema de Casación (Sección Penal). Sentencia n.º 42634, de 29 de septiembre a 3 de noviembre de 2004.