LA ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL
Especial atención a la aplicación de la oralidad en la prueba pericial escrita

JOAN PICÓ I JUNOY
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Pompeu Fabra (España)

La oralidad es imprescindible al juez
como el aire es necesario para respirar

CHIOVENDA, Giuseppe, *L'oralità e la prova*,
"Rivista di Diritto Processuale Civile", 1924, vol. I, p. 17.

SUMARIO:

A) EL PRINCIPIO DE ORALIDAD
I. Introducción
II. La constitucionalización del principio de oralidad
III. La introducción del principio de oralidad en la LEC 1/2000
IV. Garantías para la efectividad del principio de oralidad
1. Inmediación
2. Concentración
3. Publicidad
V. Síntomas de fatiga del principio de oralidad en España
VI. Reflexión crítica
B) LA ORALIDAD EN LA PRUEBA PERICIAL ESCRITA
I. Introducción: exigencias mínimas para calificar a un proceso civil como "oral"
II. Formas de aportarse los dictámenes periciales
III. Condiciones mínimas para que la prueba pericial respete el principio de oralidad
1. Primera: la posibilidad de contradicción oral del dictamen pericial por las partes
2. Segunda: la posibilidad de contradicción oral por el juez sentenciador
3. Tercera: libertad de valoración judicial del dictamen pericial
IV. Libertad de valoración del dictamen pericial. Especial atención al problema de la prueba científica
V. Alcance de la oralidad en la prueba pericial
VI. Precauciones en la declaración oral del perito
VII. Reflexión final

VIII. Breve orientación bibliográfica

I. INTRODUCCIÓN

La oralidad o escritura son las dos formas externas que pueden adoptar las actuaciones procesales. En consecuencia, los principios de oralidad y escritura podrían definirse como aquellos en función de los cuales la sentencia debe basarse sólo en el material procesal aportado en forma oral o escrita, respectivamente. Sin embargo, en la actualidad, no existe un proceso totalmente oral u escrito, por lo que se hace necesario buscar un elemento que permita determinar cuando un proceso está inspirado por el principio de oralidad –o el de escritura-. En la doctrina, suele ser frecuente entender que estamos ante un proceso oral cuando existe un predominio de la palabra hablada como medio de expresión, si bien puede atenuarse por el uso de escritos de alegaciones y de documentación, por lo que debemos analizar la concreta regulación de cada procedimiento para advertir la vigencia del principio de oralidad[1] y, especialmente, la existencia de audiencias en las que exista un contacto directo del juez con las partes tanto para debatir oralmente cuestiones jurídicas o fácticas, como para apreciar directamente los elementos sobre los que deberá fundamentar su sentencia.

Más allá de lo comúnmente admitido por la doctrina desde hace más de un siglo, según lo cual los principios de oralidad y escritura no son posible en toda su plenitud y que ambos principios tienen sus ventajas e inconvenientes, por lo que dependiendo del concreto acto procesal de que se trate será preferible la oralidad o la escritura, lo cierto es que la Constitución Española (CE) lo ha recogido en su art. 120.2, y que la actual Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC) lo ha asumido en la regulación de los dos procesos declarativos ordinarios, por lo que esta Ponencia se limitará a examinar este nuevo marco normativo y su aplicación real por los tribunales de justicia.

Sin embargo, antes de continuar, y a pesar de los síntomas de fatiga que describiré, debe reconocerse que la oralidad en los procesos civiles supuso un aire fresco y rejuvenecedor de nuestra más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que es la novedad más bien acogida por todos los intervinientes en el proceso: jueces, abogados, peritos, testigos, parte –entre otras personas- cuando se les preguntan, muestran su plena satisfacción por la oralidad y todo lo que ello comporta de positivo.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE ORALIDAD

En España, siguiento las previsiones internacionales sobre garantias fundamentales de cualquier proceso[2], recogió el principio de oralidad en el art.

[1] Sobre la oralidad en el proceso civil sigue siendo fundamental la lectura de los grandes maestros del procesalismo alemán e italiano: así, vid. WACH, A., "Oralidad y escritura", *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, traducción de E. Krotoschin, Buenos Aires, 1958, pp. 1 a 50; y CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. III, traducción de E. Gómez Orbaneja, Madrid, 1940, p. 153 a 203.

[2] Así, por ejemplo, los arts. 10 de la Declararión Universal de Derechos Humanos de 1948, 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, o 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

120.2 CE, estableciéndose que "el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal". Sin ánimo de entrar en polémica, y admitiendo el poco acierto del constituyente en la formulación gramatical del principio, lo cierto es que su voluntad fue exigir que todos los procedimientos judiciales estuviesen presididos por la oralidad, como ya sucedía hasta ese momento en los ámbitos de la justicia penal y laboral. Por dicho motivo, la legislación procesal civil que pudiera aprobarse en un futuro debería asumir el principio de oralidad. Y así sucedió con la actual LEC de 2000, en cuya Exposición de Motivos afirma: "La Ley diseña los procesos declarativos de modo que la inmediación, la publicidad y la oralidad hayan de ser efectivas"[3].

III. LA INTRODUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN LA LEC ESPAÑOLA 1/2000

La LEC ha optado con claridad por estructurar la primera instancia de los dos procesos declarativos ordinarios bajo el principio de oralidad, utilizando para ello la técnica de las audiencias. En concreto, para el juicio ordinario[4] se producen al menos dos: a) la "audiencia previa" que, con carácter obligatorio, prevén los arts. 414 y ss. con cuatro claras finalidades, a saber, la conciliadora –al inicio y al final del acto-, la subsanadora de defectos procesales, la delimitadora de las cuestiones litigiosas, y la probatoria -proponiéndose y admitiéndose las pruebas-; y b) el "juicio", para la práctica de las pruebas y la formulación de las conclusiones. En ésta tiene lugar la realización de todas las pruebas, y, evidentemente, la oralidad se concreta en las pruebas personales, esto es, aquellas en las que interviene como fuente probatoria una determinada persona, pues su intervención en el proceso se hace, como regla general, a través del mecanismo de la palabra hablada (así, tanto para el interrogatorio de las partes como la prueba testifical, los arts. 302.1 y 368.1 LEC, respectivamente, establecen que las preguntas se formularán oralmente)[5]. Y, para el juicio verbal[6], se articula una "vista" en la que se procede de igual modo a discutir y resolver los defectos procesales, a fijar los hechos relevantes en que las partes fundamenten sus pretensiones, proponer, admitir (o

[3] Punto octavo del epígrafe XII de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

[4] Se deciden en el juicio ordinario las demandas cuya cuantía exceda de 3.000 € (art. 249.2 LEC), así como todas previstas en el art. 249.1 LEC cualquiera que sea su cuantía.

[5] No obstante, existen algunas excepciones a este principio, tal como el carácter escrito del interrogatorio al Estado, Comunidad Autónoma, Entidad local u otro organismo público, en cuyo caso su declaración se efectúa por escrito (art. 315.1). Si bien ni el Borrador ni el Anteproyecto de LEC establecían este privilegio, la Ley –no se sabe bien por que extraños motivos- lo introdujo pese a la justificada crítica efectuada por la doctrina, ya que estamos en presencia de un beneficio del Estado que lo coloca en una evidente situación privilegiada respecto de la parte contraria. Por ello, en orden a garantizar el derecho a la igualdad procesal de los litigantes, debería haber desaparecido el citado privilegio, obligando a la autoridad pública a comparecer también al acto del juicio para que oralmente conteste al interrogatorio de la contraparte. De igual modo, el principio de oralidad también sufre una limitación relevante en los recursos, tanto en el de apelación como en los extraordinarios por infracción procesal y casación, pues en todos ellos sólo se permite la oralidad en el supuesto de celebrarse una vista (arts. 464, 475 y 486, respectivamente).

[6] Se deciden en el juicio verbal las demandas cuya cuantía no exceda de 3.000 € (art. 250.2 LEC), así como todas previstas en el art. 250.1 LEC cualquiera que sea su cuantía.

denegar) y practicar toda la prueba (art. 443 LEC), y formular las conclusiones (art. 447.1 LEC).

Sin embargo, para la segunda instancia se ha optado por el principio de escritura, pues la LEC sólo permite la celebración de una vista ante los magistrados de la Audiencia Provincial en los escasos supuestos de prueba en segunda instancia o cuando lo consideren necesario (art. 464). Desgraciadamente, esta restrictiva regulación ha conducido a que en la práctica sea muy excepcional la realización de la citada vista.

Para que el principio de oralidad despliegue su máxima eficacia es preciso que los actos orales se desarrollen ante el juez, de manera concentrada y con posibilidad de ser controlados por terceras personas, esto es, con inmediación, concentración y publicidad, garantías todas ellas para la plena efectividad del principio de oralidad que paso seguidamente a estudiar.

IV. GARANTÍAS PARA LA EFECTIVIDAD DEL PRINCIPIO DE ORALIDAD

1. Inmediación

Como acabo de indicar, para que la oralidad despliegue su máxima eficacia, las actuaciones procesales realizadas oralmente deben efectuarse ante el destinatario de las mismas, esto es, con la inmediación del juez. El contacto directo de éste con los sujetos intervinientes en el proceso da seriedad al acto oral y, en cierta medida, hacen que la justicia sea más cercano al justiciable, ya que se permite a las partes "ver la cara al Juez", en quien en definitiva han confiado la resolución de su conflicto. Este contacto permitirá al juez hacerse una recreación de la realidad lo más real posible, pues tendrá acceso directo a las declaraciones de todas las personas que conocen los hechos litigiosos, pudiendo formularles precisiones o aclaraciones que contribuyan a realizar su enjuiciamiento fáctico[7].

La exigencia de la inmediación la encontramos recogida en el art. 137 LEC, según el cual:

> "1. Los Jueces y los Magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente. 2. Las vistas y las comparecencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebrarán siempre ante el Juez o los Magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto".
>
> Y, de igual modo, el art. 289.2 LEC indica:

[7] Por ello, no debe limitarse la inmediación simplemente a la percepción directa de las actuaciones, sin intermediarios, pues ello también podría alcanzarse con las actuaciones escritas.

> "Será inexcusable la presencia judicial en el interrogatorio de las partes y de testigos, en el reconocimiento de lugares, objeto o personas, en la reproducción de palabras, sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos, así como en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales".

Para garantizar el pleno respeto a esta inmediación, la infracción de tales previsiones normativas se castiga con la máxima sanción procesal, a saber, la "nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones" (art. 137.3 LEC).

Salvo en raras ocasiones, y como excepción que confirma la regla general, la LEC permite que alguna actuación probatoria se realice ante un juez distinto del que deba dictar sentencia como, por ejemplo, el interrogatorio de la parte mediante el auxilio judicial, para cuando resida fuera de la demarcación judicial del tribunal y por razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancia personal, o por cualquier otro motivo análogo resulte imposible o muy gravosa su comparecencia en la sede del Juzgado o Tribunal (arts. 313 y 169). En este caso, la parte proponente puede presentar al juez que conozca del asunto un escrito con la relación de preguntas a efectuar, al objeto de que dicho juez pueda realizar el juicio de pertinencia de las mismas; o estar presente en el acto de interrogatorio y formular las preguntas oralmente ante el juez exhortado, con la dificultad que ello supone para realizar dicho juicio de pertinencia ante un juez que desconoce el objeto litigioso[8]. Para evitar este problema, y lograr plenamente la vigencia del principio de inmediación, resulta eficaz la práctica del interrogatorio mediante el uso de la videoconferencia o cualquier otro medio similar[9].

Además, para que la inmediación realmente surta efecto, es necesario que el juez que ha presenciado los actos probatorios orales sea el mismo que dicte sentencia pues, de lo contrario, de nada servirá la inmediación. Esta garantía se recoge en el art. 194 LEC, que ordena dictar sentencia a los jueces y magistrados que hayan asistido al juicio o vista, aunque con posterioridad dejen de ejercer sus funciones jurisdiccionales[10]. En caso contrario, cuando por cualquier motivo ello sea

---

[8] Respecto de esta problemática me remito al estudio de ABEL LLUCH, X, *Interrogatorio de parte por vía de auxilio judicial (art. 313 LEC)*, en "El interrogatorio de partes", coordinadores X. Abel y J. Picó, Barcelona, 2007, pp. 215 a 225.

[9] En este sentido, vid. el trabajo de FONS RODRÍGUEZ, C., *Declaración mediante exhorto y videoconferencia*, en "El interrogatorio de partes", cit., pp. 207 a 214.

[10] En este sentido, el art. 194 LEC dispone: "1. En los asuntos que deban fallarse después de la celebración de una vista o juicio, la redacción y firma de la resolución, en los tribunales unipersonales, o la deliberación y votación, en los tribunales colegiados, se realizarán, respectivamente, por el Juez o por los Magistrados que hayan asistido a la vista o juicio, aunque después de ésta hubieran dejado aquéllos de ejercer sus funciones en el tribunal que conozca del asunto.

2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior los Jueces y Magistrados que, después de la vista o juicio:

1º. Hubiesen perdido la condición de Juez o Magistrado. Se aplicará, no obstante, lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo a los Jueces y Magistrados jubilados por edad y a los Jueces sustitutos y Magistrados suplentes que hayan cesado en el cargo por renuncia, transcurso del plazo para el que fueron nombrados o por cumplir la edad de setenta y dos años.

2º. Hubiesen sido suspendidos del ejercicio de sus funciones.

imposible, deberá repetirse el acto oral, y así lo establece el art. 200 LEC[11], bajo pena de nulidad de actuaciones. En este sentido, y a modo de ejemplo, por su claridad y acierto, puede destacarse la SAP de Lugo –Seción 1ª- de 3 de mayo de 2006 (JUR 2006\199011), que destaca la nulidad de la sentencia por haber sido dictada por un juez distinto al que celebró el acto del juicio. Así, en su fundamento jurídico segundo afirma:

> "El primer motivo del recurso de apelación articulado consistió en solicitar la nulidad de actuaciones, en cumplimiento de lo prevenido en el art. 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, citando como infringidas, por su inaplicación, el art. 194 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 137 de la misma. Pues bien, el motivo al entender de la sala debe ser claramente admitido, no existiendo la menor duda en el entendimiento literal del precepto. El propósito del legislador es claro, y en este caso la totalidad de la vista se practicó por Juez adjunto o de apoyo, solicitándose una diligencia final consistente en documental, dictando ulteriormente la resolución (sentencia) el Magistrado titular. Ello provoca la nulidad, practicándose en la vista pruebas personales que solo puede valorarlas quien las presidió […].
>
> Ciertamente la economía procesal no resulta favorecida (…) pero es la única forma de garantizar el principio de inmediación proclamado en los artículos indicados"[12].

2. Concentración

La concentración, en relación a la actividad probatoria, comporta que ésta se desarrolle en una sola audiencia, o de ser imposible, en varias próximas en el tiempo al objeto de que no desaparezcan de la memoria del juez los actos orales que él ha presenciado. Este principio se materializa en diversos preceptos, y especialmente en el art. 291 LEC que establece la celebración de un "juicio o vista" para la práctica de toda la prueba en unidad de acto.

3º. Hubiesen accedido a cargo público o profesión incompatible con el ejercicio de la función jurisdiccional o pasado a la situación de excedencia voluntaria para presentarse como candidatos a cargos de elección popular".

[11] Así, el art. 200 LEC ordena: "En los tribunales unipersonales, cuando después de la vista se imposibilitare el Juez que hubiere asistido a ella y no pudiere dictar la resolución ni siquiera con la asistencia del Secretario Judicial, se celebrará nueva vista presidida por el Juez que sustituya al impedido.

Lo mismo se hará cuando el Juez que haya participado en la vista no pueda dictar la resolución por hallarse comprendido en alguno de los casos previstos en el apartado 2 del artículo 194".

[12] Por ello resulta censurable cierta doctrina del Tribunal Constitucional, como la contenida en su sentencia 55/1991, de 12 de marzo, en la que el recurrente invoca infracción del principio de inmediación, y en consecuencia, vulneración del derecho a no quedar indefenso del art. 24.1 CE, por haber dictado sentencia un juez distinto del que presenció el juicio y practicó la prueba, y se deniega el amparo por entender que "las pruebas han encontrado su fiel y exacto reflejo documental en autos, de forma que la totalidad de su contenido ha podido ser examinado por la titular del órgano para resolver el litigio. No existe, pues, limitación de conocimientos de lo actuado, sino, antes bien, transcripción fehaciente de todo lo que se alegó y acreditó por ambas partes en la causa, a efectos de la resolución final del proceso".

Para garantizar esta concentración de la actividad probatoria, la LEC prevé, por un lado, la posibilidad excepcional de realizar alguna prueba fuera del juicio, si bien condicionada a que se celebre en todo caso antes de su celebración (art. 290.II LEC); y por otro, la necesidad de repetir el juicio o la vista cuando se hayan interrumpido durante más de veinte días (art. 193.3 LEC).

3. Publicidad

Finalmente, para asegurar que la oralidad se cumple en la realidad, es menester garantizar el acceso de todo ciudadano a los trámites orales. La publicidad debe entenderse así, no tanto como acceso a los autos que, en la medida en que hagan referencia a intereses privados, deberán reservarse sólo a los afectados, sino como garantía de la efectiva oralidad, y ello puede alcanzarse mediante el acceso directo de los ciudadanos –y evidentemente de los medios de comunicación- a los juicios o vistas.

La publicidad de los actos procesales, recogido en los arts 24.II y 120.1 de la Constitución, se exige para la realización de todas las actuaciones cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución (esto es, por ejemplo, la audiencia previa y juicio, en el juicio ordinario; y la vista, en el juicio verba), tal como se prevé con carácter general en el art. 138.1 LEC, no desvirtuándose el mismo por el hecho de que, excepcionalmente, pueda decretarse que las actuaciones se celebren a puerta cerrada cuando, como indica el art. 138.2 LEC. En concreto este artículo 138 LEC establece:

> "Publicidad de las actuaciones orales. 1. Las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución se practicarán en audiencia pública".
> 2. Las actuaciones a que se refiere el apartado anterior podrán, no obstante, celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia".

Pese a que es fácil intuir la voluntad del legislador, lo cierto es que en la redacción de esta norma se abusa de los conceptos jurídicos indeterminados, introduciendo excesivos términos ambiguos, por lo que cualquier resolución judicial limitadora de la publicidad procesal debe ir precedida de la preceptiva audiencia a las partes (art. 138.3 LEC) y estar debidamente motivada, debiéndose realizar siempre una interpretación restrictiva de todos los supuestos fácticos que, aparentemente, justifiquen la limitación de la publicidad procesal, al tratarse ésta de una garantía constitucional del proceso[13].

---

[13] Al respecto, vid. mi trabajo *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1996, pp. 116 y ss.

El control público de la oralidad también puede lograrse mediante la grabación de los actos orales, ya que a través de la misma las instancias judiciales superiores podrán comprobar su correcto desarrollo. En este sentido, resulta acertada la previsión del art. 147 LEC, según la cual:

> "Documentación de las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido. Las actuaciones orales en vistas y comparecencias se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen".

Y afortunadamente esta previsión ha tenido un éxito total en la práctica, ya que de manera unánime los juicios y vistas civiles en España se graban en soportes aptos de reproducir el sonido y la imagen, como el CD o el DVD.

V. SÍNTOMAS DE FATIGA DEL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN ESPAÑA

Partiendo de la plena vigencia del principio de oralidad en la primera instancia del sistema de enjuiciamiento civil español, lo cierto es que en la práctica plantea algún problema. El más relevante es la sistemática infracción judicial de los plazos procesales en el señalamiento de las actuaciones orales (vistas, juicios, comparecencias, etc.). En teoría, tanto para el juicio ordinario como para el verbal, la audiencia para la práctica de las pruebas debe tener lugar en el plazo de un mes desde la conclusión de la audiencia previa (en el jucio ordinario –cfr. art. 429.2 LEC-) o desde que se notifica la contestación a la demanda (en el juicio verbal –cfr. 440.1 LEC). Sin embargo, estos plazos son sistemáticamente infringidos, debido a que a los tribunales físicamente no puede atender, en su horario laboral, el alto número de señalamientos que legalmente debieran realizar. Pese a constatar esta evidente realidad, que no cuenta todavía con refrendo estadístico alguno en España, sin embargo, debe reconocerse que, por regla general, la infracción judicial de estos plazos es todavía asumible[14], si bien ello depende, en última instancia, de las circunstancias particulares de cada juzgado. En todo caso, estamos en presencia de un claro síntoma de fatiga de la oralidad, que como tratamiento requiere un mayor control del nivel de trabajo diario de los juzgados civiles españoles, y, si este es el óptimo y aun así no se cumplen los plazos, un incremento del número de juzgados para ajustar la realidad a la legalidad.

Igualmente problemático resulta el alto número de jueces sustitutos, juristas preparados pero alegados de los hechos enjuiciados, lo que en la práctica comporta que el lógico desconocimiento de tales hechos reduzca la eficacia del principio de oralidad en los casos en que intervienen.

[14] Si tomamos en consideración el alto grado de dilaciones indebidas que se producían con la antigua LEC. Así, en mi estudio "Análisis crítico de la situación actual de la Justicia civil" (publicado en *Justicia*, 1999, 3-4, pp. 405 a 432) se denunciaba como la duración media de la primera instancia de los procedimientos que tenían una incidencia superior al 75% del total de los litigios civiles era siete veces superior al plazo legalmente previsto (p. 407).

Al margen de estos problemas prácticos, día a día van apareciendo distintas zonas del sistema procesal civil en los que la oralidad está en retroceso. Basten dos ejemplos para ilustrar esta idea:

a) La sustitución de la audiencia previa cuando el demandado está en rebeldía. La audiencia previa, como he indicado, se configura como la primera comparecencia de las partes con el juez, que cumple una mutiplicidad de funciones (conciliadora, subsanadota, delimitadora y probatoria). Pues bien, cuando el demandado se encuentra en rebeldía, algunos jueces prefieren no celebrar la audiencia, ante su presunta inutilidad, y sustituirla por un escrito del actor de proposición de pruebas. En mi opinión, ello es del todo rechazable por infringir el art. 414.1.I.LEC.

b) O la introducción de escritos para sustituir el trámite oral de las conclusiones. Una vez se han practicado las pruebas, en el acto del juicio o la vista, las partes pueden formular oralmente sus conclusiones, valorando el resultado de la prueba (arts. 433.2 LEC para el procedimiento ordinario, y 447.1 LEC para el juicio verbal). Es éste un trámite de especial relevancia práctica, por cuanto se configura como el espacio de la dialéctica procesal en los casos en que anda en juego uno o varios juicios de hecho; hechos cuya fijación ha tenido lugar escasos momentos antes y que deben ser interpretados y valorados por el juez[15], por lo que una buena realización de las conclusiones facilita en gran medida esta función judicial. Sin embargo, en la práctica forense, el gran número de señalamientos diarios que fijan los juzgados civiles hace que se intente abreviar al máximo la duración de los mismos, por lo que al llegar al trámite de las conclusiones, en ocasiones, los jueces indican a las partes que sean breves, e incluso en algunos tribunales, llegan a permitir a las partes la complementación –e incluso sustitución- de sus conclusiones orales por escritos, lo que sin duda es un paso atrás en el éxito logrado con la LEC 1/2000.

VI. REFLEXIÓN CRÍTICA

El establecimiento de la oralidad en el proceso civil es relativamente sencillo desde el punto de vista legislativo. Sin embargo, si se desea su verdadera implantación en el foro judicial por tratarse de un elemento de calidad de la justicia, caracterizada por el contacto directo entre el juez y el justiciable, es preciso que se den unas condiciones objetivas mínimas que deben respetarse:

a) En primer lugar, debe existir el necesario número de jueces para hacer efectiva la oralidad, pues ésta exige tiempo para la adecuada dedicación al estudio de las causas en todos aquellos trámites en los que existe un contacto directo del juez con las partes;
b) En segundo lugar, debe haber un cambio de mentalidad, una plena concienciación de las ventajas de la oralidad, en los diferentes sujetos que deben hacerla efectiva, esto es, los jueces y los abogados. Éstos son los que hacen vivir al proceso, por lo que la comodidad que les puede reportar el no cambiar de hábitos puede frustrar la oralidad;

[15] MUÑOZ SABATÉ, L., "¿Estamos satisfechos los abogados con la fase de conclusiones en el proceso civil?", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2007, núm. 2, p. 553.

c) Y, finalmente, en tercer lugar, es preciso establecer mecanismos de control y sanción que permitan disuadir la infracción de la oralidad, como puede ser, por ejemplo, la grabación de las audiencias o la nulidad de actuaciones cuando se vulnere la oralidad.

Estas tres condiciones se han producido en España con la nueva LEC, y la oralidad se ha convertido, por méritos propios, como ya he indicado al inicio de esta Ponencia, en una de las novedades más bien valoradas por todas las personas que intervienen en la justicia civil española, por lo que su implantación práctica ha sido todo un verdadero éxito. Sin embargo, como he indicado, empiezan a manifestarse los primeros síntomas de fatiga, por lo que deben reforzarse dichas condiciones, y muy especialmente la primera, esto es, sería conveniente incrementar el número de jueces, reduciendo así su carga de trabajo, adecuándola a las necesidades actuales de la justicia civil española.

B) LA ORALIDAD EN LA PRUEBA PERICIAL ESCRITA

I. INTRODUCCIÓN: EXIGENCIAS MÍNIMAS PARA CALIFICAR A UN PROCESO CIVIL COMO "ORAL"

Más allá de lo comúnmente admitido por la doctrina desde hace más de un siglo –como ya he advertido- lo cierto es que los principios de oralidad y escritura no son posibles en toda su plenitud y que ambos principios tienen sus ventajas e inconvenientes, por lo que dependiendo del concreto acto procesal de que se trate será preferible la oralidad o la escritura[16]. En esta Ponencia me voy a plantear cómo debería ser la regulación de la prueba pericial –escrita- en un proceso civil inspirado por el principio de oralidad.

En principio, como destacó CHIOVENDA, es oral aquel proceso en el que la sentencia es pronunciada por el magistrado bajo los ojos del cual se ha desarrollado la prueba[17]. Ello es correcto, desde la perspectiva del juez, pero el proceso tiene lugar entre partes, a las que también afecta la oralidad, razón por la cual en un proceso oral también es exigible permitir la contradicción de la prueba entre las partes. De igual modo, el maestro de Roma destacó, con acierto, que la oralidad exige además la libre valoración de la prueba por parte del juez. Con suma elegancia nos enseñó que "la libertad de convencimiento necesita el aire y la luz de la oralidad de las vistas judiciales"[18]. En la actualidad, esta libertad de valoración debe entenderse en sus justos términos, esto es, para diferenciarla de la

[16] Insiste en esta misma idea TARUFFO, M., *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil*, en "Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente", eds. Federico Carpi y Manuel Ortells, Universitat de Valencia, 2008, p. 217 (en concreto, al final de su estudio, destaca: "En primer lugar, debemos recalcar que en términos de eficiencia [del proceso civil] no se puede conceder una preferencia absoluta ni a la oralidad ni a la escritura. Por otro lado, cada uno de estos dos modos puede ser eficiente para unos propósitos y para otros no").

[17] CHIOVENDA, G., *L'oralità e la prova*, ob. cit., pp. 9 y 12.

[18] También insiste en esta misma idea CAPPELLETTI, en su estudio *Valor actual del principio de oralidad*, publicado en "La oralidad y las pruebas en el proceso civil", traducción de Santiago Sentís Melendo, edit. EJEA, Buenos Aires, 1972, pp. 85 y ss.

arbitrariedad judicial, debe relacionarse con la debida motivación, lo que nos conduce a la exigencia de que el juez razone en debida forma su valoración del dictamen pericial, esto es, someta su resultado a las clásicas "reglas de la sana crítica".

En consecuencia, puede entenderse que la oralidad se da en aquel proceso en el que el resultado probatorio practicado ante el juez, y con contradicción entre las partes, es valorado como él estime más razonable (motivadamente).

Partiendo de esta definición de proceso oral es obvio que la prueba pericial, para que encaje en el sistema de la oralidad, debe desarrollarse de forma contradictoria ante el juez sentenciador que la valorará de forma razonada. Pero ¿Cómo puede hacerse esto?, es decir, ¿De qué formas pueden introducirse los dictámenes periciales en el proceso? ¿Es realmente la prueba pericial de libre convencimiento judicial? ¿Cuáles son las condiciones mínimas para que pueda afirmarse que la prueba pericial respeta el principio de oralidadl? A estos interrogantes daré cumplida respuesta en los siguientes epígrafes.

Finalmente, debo destacar que el establecimiento de la oralidad en el proceso civil es relativamente sencillo desde el punto de vista legislativo. Sin embargo, si se desea su verdadera implantación en el foro judicial por entender que se trata de un elemento de calidad de la justicia, caracterizada por el contacto directo entre el juez y el justiciable, es preciso que se den unas condiciones objetivas mínimas que deben respetarse:

a) En primer lugar, debe existir el necesario número de jueces para hacer efectiva la oralidad, pues ésta exige tiempo para la adecuada dedicación al estudio de las causas en todos aquellos trámites en los que existe un contacto directo del juez con las partes;

b) En segundo lugar, debe haber un cambio de mentalidad, una plena concienciación de las ventajas de la oralidad, en los diferentes sujetos que deben hacerla efectiva, esto es, los jueces y los abogados. Éstos son los que hacen vivir el proceso, por lo que la comodidad que les puede reportar el no cambiar de hábitos puede frustrar la oralidad;

c) Y, finalmente, en tercer lugar, es preciso establecer mecanismos de control y sanción que permitan disuadir la infracción de la oralidad, como puede ser, por ejemplo, la grabación de las audiencias y la nulidad de actuaciones cuando se vulnere la oralidad.

En España estas tres condiciones se han producido en la vigente LEC 1/2000, y la oralidad se ha convertido, por méritos propios, como he indicado, en una de las novedades más bien valoradas por todos los profesionales que intervienen en la justicia civil española, razón por la cual su implantación práctica ha sido todo un verdadero éxito.

II. FORMAS DE APORTARSE LOS DICTÁMENES PERICIALES

En la mayoría de los países los dictámenes periciales se presentan por escrito, y ello es lógico atendiendo a la estabilidad propia que da todo documento. Sin

embargo, ello no es óbice para que igualmente, y en especial cuando el objeto de la investigación no sea compleja, se permita su aportación oral que puede tener lugar por el propio perito (así, en Italia, cfr. los arts. 62, 194 y 197 del *Codice di Procedura Civile* [CPC]; y en Francia, vid. el art. 256 del *Nouveau Code de Procédure Civile* [NCPC]), o por el denominado testigo-perito (como sucede en España: vid. art. 370.4 LEC).

En algunos estados, los dictámenes periciales de parte deben aportarse necesariamente junto a los escritos iniciales de alegaciones (como sucede en España: vid. art. 336 LEC). Sin embargo, en otros, tales dictámenes sólo pueden aportarse vez iniciado el proceso, debiendo realizarse por peritos elegidos judicialmente de una lista de expertos (así, vid. por ejemplo el § 404 de la *Zivilprozessordnung* [ZPO]; o el art. 61 CPC). Y en ocasiones, se permite un sistema mixto: la aportación inicial de dictámenes privados y la posterior introducción de dictámenes elaborados por peritos judicialmente designados (en esta línea, algunos tribunales españoles entienden que ello es posible en función de la nueva LEC[19]-[20]).

Y finalmente, en la mayoría de los países se permite al juez ordenar, *ex officio iudicis*, la presentación de dictámenes periciales, atendiéndose al carácter auxiliar que tienen para la completa y más justa convicción judicial (como sucede con los §§ 144 y 412 ZPO; el art. 61 CPC; los arts. 10, 143 y 144 NCPC; el art. 962 del Código Judicial belga; la *rule* 706 de las *Federal Rules of Evidence* estadounidense; o las *rules* 35.3 y 6 de las *Civil Procedure Rules* inglesas; y se recoge igualmente en las últimas tendencias normativas en material procesal civil, que configuran igualmente a la prueba pericial como un mecanismo de auxilio del juez: así, por ejemplo, cfr. las reglas 23.1 y 23.2 de las *Transnational Rules of Civil Procedure,* elaboradas por el *American Law Institute* en cooperación con la UNIDROIT –y con anterioridad también vid. los arts. 33.4º, 129 y 165.2 *in fine*

[19] Y en la doctrina también encontramos esta misma disparidad de opiniones: al respecto, cfr. mi libro *La prueba pericial en el proceso civil español*, edit. J.Mª. Bosch editotr, Barcelona, 2001, pp. 106-107; y mi trabajo *La prueba pericial de parte y la de designación judicial: ¿son compatibles, esto es, pueden las partes en la demanda o contestación aportar un dictamen privado y solicitar la designación judicial del perito?*, en "La prueba pericial", coords. X. Abel y J. Picó, edit. J.Mª. Bosch editor, Barcelona, 2009, pp. 299 a 309.

[20] La configuración de la prueba pericial en la LEC 1/2000 española es sumamente criticable, pues la duplicidad de pericias plantea multitud de problemas procedimentales de gran trascendencia práctica. Probablemente, por éste y otros muchos motivos, entiendo que estamos ante una de las peores regulaciones de toda la LEC, y en este sentido ya tuve ocasión de manifestarme en mi trabajo *La prueba pericial en el proceso civil español*, ob. cit., p. 17. Y similares opiniones encontramos en la doctrina: así, por ejemplo, se afirma que estamos ante una regulación "retrógrada", "innecesaria" y "perturbadora" (SERRA); que "constituye un verdadero caos normativo, en donde todo un amplio y desorganizado conjunto de preceptos desperdigados a lo largo y ancho de la LEC incapaz de "vertebrar un régimen jurídico completo, racional y no contradictorio de este medio probatorio" (GARBERÍ LLOBREGAT); convirtiéndose dicha regulación "en un entramado algo denso y confuso", en un "auténtico galimatías procesal", que de forma reiterada viene a "mostrar fatigables defectos sistemáticos", y que en ciertos casos no son otra cosa que "una muestra más de obnulación legislativa" (MUÑOZ SABATÉ).

del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica-)[21]. Sin embargo, en otros estados, se niega dicha posibilidad bajo un erróneo entendimiento del principio dispositivo o una exacerbada aplicación del principio de aportación de parte[22] (este es el caso de España, en el que se impide al juez cualquier iniciativa probatoria –y no sólo en materia de prueba pericial-. No obstante, el art. 429.2.I LEC le permite al juez "sugerir" a las partes aquella prueba –incluida la pericial- que estime conveniente para formar su enjuiciamiento, sugerencia que de ser asumida por la parte conduce a su admisión y práctica).

En cualquier caso, entiendo que sea cual sea el modo de presentación de los dictámenes periciales, ello no afecta a la mayor o menor vigencia del principio de oralidad, pues éste, como indicaré seguidamente, incide no en la forma de introducirse el dictamen –escrita u oral, previa o durante el proceso, de parte o *ex officio iudicis*- sino en la posibilidad de contradicción oral de su contenido.

III. CONDICIONES MÍNIMAS PARA QUE LA PRUEBA PERICIAL RESPETE EL PRINCIPIO DE ORALIDAD

Atendiendo a la configuración de lo que debe entenderse como proceso oral, considero que las condiciones mínimas para que pueda afirmarse que la prueba pericial respeta el principio de oralidad son las siguientes tres:

1. Primera: la posibilidad de contradicción oral del dictamen pericial por las partes

Como es obvio, en la mayoría de los países los dictámenes periciales se aportan por escrito para así asegurar la fijeza propia que aporta todo documento. Pero ello no condena a que necesariamente no pueda tener incidencia decisiva la oralidad en esta prueba, y de hecho ello se consigue permitiendo a la parte perjudicada por dicho dictamen preguntarle al perito, ante el juez y de forma oral, todo lo que considere necesario sobre su elaboración. Así, por ejemplo, en España –donde se ha instaurado plenamente el principio de oralidad en el enjuiciamiento civil- el art. 347. LEC establece que durante el juicio al perito se le podrá exigir: "1º. Exposición completa del dictamen […]. 2º. Explicación del dictamen o de alguno o algunos de sus puntos, cuyo significado no se considere suficientemente expresivo a los efectos de la prueba. 3º. Respuestas a preguntas y objeciones, sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen. 4º. Respuestas a solicitudes de ampliación del dictamena otros puntos conexos, por si pudiera llevarse a cabo en el mismo acto y a efectos, en cualquier caso, de conocer la opinión del perito sobre la posibilidad y utilidad de la ampliación […]. 5º. Crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria". Gracias al apartado 5º del art. 347 LEC es posible la declaración conjunta de todos los peritos intervinientes e, incluso, la contradicción directa entre ellos, esto es, el

[21] Sobre esta problemática, vid. por todos PARRA QUIJANO, J., *Tratado de la prueba judicial. La prueba pericial*, T.V, edit. Librería del Profesional, Bogotá, 1996, pp. 10 a 43.
[22] Al respecto, me remito a mi trabajo *El juez y la prueba*, edit. J.Mª. Bosch editor, Barcelona, 2007, pp. 99 a 104.

careo entre los peritos, y ello debe valorarse positivamente pues la contradicción entre personas de similares características profesionales permite al juez valorar mejor el contenido del dictamen pericial[23].

Y la práctica judicial nos confirma que esta oralidad esta dando grandes resultados: extensos y rotundos dictámenes periciales sucumben ante la fragilidad de las respuestas orales de sus autores. Es relativamente frecuente ver en la sala de vistas como el perito se retracta de alguna de sus conclusiones -o las mantiene sin la misma fuerza de convicción que había establecido en su escrito-; manifiesta lagunas en cuanto al método empleado o al propio objeto de estudio; e incluso, incurre en contradicciones.

2. Segunda: la posibilidad de contradicción oral por el juez sentenciador

La prueba va destinada a formar la convicción del juez, razón por la cual éste debe poder preguntar al perito todo aquello que no le haya quedado claro de su dictamen. Por ello, esta intervención judicial no debe limitarse a formularle meras aclaraciones a las respuestas dadas por el perito a las preguntas de las partes, sino que debe permitirse interrogarle sobre lo que estime oportuno, lo que incluye la posibilidad de formularle cuestiones nuevas y diferentes a las ya preguntadas, con el único límite, como es lógico, de lo que constituya el objeto del proceso.

En definitiva, como puede comprobarse, el proceso no deja de ser oral por el hecho de que los dictámenes periciales se aportan por escritos: ello es indiferente si se cumplen las dos condiciones que estoy comentando.

3. Tercera: libertad de valoración judicial del dictamen pericial

Finalmente, la última condición mínima para que pueda afirmarse que la prueba pericial respeta el principio de oralidad radica en la exigencia de la libertad de valoración razonada por el juez de sus resultados. De nada sirve la presencia judicial en la contradicción oral que se hace al perito si la valoración de su declaración está fijada de antemano por la ley, esto es, si se le impide al juez valorar la pericia al margen de las propias apreciaciones que haya podido obtener en el citado acto de contradicción. Afortunadamente, en la mayoría de los estados se prevé esta libertad de valoración (así, por ejemplo, en España vid. el art. 348 LEC; en Italia, el art. 116; en Alemania, el § 286.1; y en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, los arts. 130 y 172), si bien es cierto que, como indiqué con anterioridad, esta libertad de apreciación judicial de la prueba, en la práctica, se ve en gran medida limitada en las pruebas científicas (no así ya en las que hemos denominado "pseudociencias" ni menos aún en las "ciencias malas o

[23] Así ya me pronuncié pocos meses después de aprobarse la LEC en mi libro *La prueba pericial en el proceso civil español*, ob. cit., p. 158. Y afortunadamente los tribunales permiten el careo entre peritos: así, a modo de ejemplo, vid. la SAP de Barcelona, secc. 13ª, de 30 de marzo de 2007; o la SAP de Barcelona, secc. 17ª, de 4 de junio de 2006; así como la multitud de resoluciones de otras muchas audiencias provinciales indicadas por QUERAL CARBONELL en su estudio *¿Es posible el careo entre peritos?* publicado en "La prueba pericial", coords. X. Abel Lluch y J. Picó i Junoy, edit. J.Mª. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 422 a 432.

basura"), en las que el control o valoración judicial debe versar no tanto sobre el resultado final de la pericia sino sobre el método científico aplicado, esto es, para darle mayor o menor credibilidad a dicho resultado probatorio, deberá examinar especialmente si el dictamen se ha realizado siguiendo la metodología estándar propia del específico conocimiento científico objeto de la pericia.

IV. LIBERTAD DE VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL. ESPECIAL ATENCIÓN AL PROBLEMA DE LA PRUEBA CIENTÍFICA

Como acabo de indicar, la instauración de la oralidad en el proceso civil comporta la necesidad de que el resultado probatorio directamente apreciado por el juzgador sea libremente valorado por él, esto es, no esté sujeto a las conclusiones apreciadas por el perito. El juez es el verdadero *peritus peritorum*, por lo que debe ser capaz de valorar y someter a crítica el contenido del dictamen pericial. Sin embargo, como destaca TARUFFO, ésta es solo la teoría, ya que en la práctica el juez no tiene ni los conocimientos especializados sobre la materia objeto de peritaje y, a menudo, tampoco posee el entrenamiento suficiente para conocer los criterios o parámetros básicos que le permitan someter a crítica el dictamen pericial[24]. Ello conduce, inexorablemente, a que en muchos casos la libertad de valoración judicial sea un simple *desideratum*[25], pues el juez, bajo la excusa de no tener el conocimiento especializado del perito, suele sucumbir aceptando acríticamente los resultados ofrecidos por el experto técnico[26]. Y ello se acentúa en las denominadas "pruebas científicas", esto es, aquellas en las que, normalmente a través de la alta tecnología, el resultado obtenido es fruto de la aplicación de una metodología admitida como válida por la generalidad de una determinada comunidad científica (médica, genética, química, física, ingeniera, etc.), esto es, un método científico. Así, por ejemplo, imaginemos la determinación del síndrome de down mediante la detección de la trisomía del cromosoma 21, la revelación del SIDA en función de los test ELISA y Western Blot, o la datación de un fósil mediante el método del carbono 14. En estas situaciones, ante la especificidad de las pruebas periciales, el juez no puede desconocer la existencia del síndrome de down, del SIDA o de la edad del fósil testado. Entonces, en estos casos, ¿en qué queda la libertad de valoración judicial del dictamen pericial?. Aquí, la libertad judicial de valoración de la prueba también impera, pero no ya tanto sobre el resultado probatorio sino especialmente sobre si se ha aplicado con rigor la metodología científica estándar que se sigue en el concreto ámbito del conocimiento científico sobre el que incida la pericia para, en función de ello, dar mayor o menor credibilidad al resultado final de la pericia[27] . Como es obvio, todo lo que acabo de indicar no incide ni sobre lo que podríamos

[24] TARUFFO, M., *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer, edit. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 96.

[25] Una "mera ficción" indica TARUFFO (ob. cit., p. 97).

[26] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Conocimiento científico y decisión judicial ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?*, en "Jueces para la Democracia", 2005, núm. 54, p. 81; y ANSANELLI, V., *Problema di corretta utilizzacione della prova scientifica,* en "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 2002, núm. 4, p. 1351.

[27] Así, por ejemplo, deberá comprobar que no ha habido ninguna manipulación o alteración en la cadena de custodia del bien objeto de peritaje.

denominar las "ciencias blandas o pseudociencias", esto es, aquellas en las que no existe propiamente una metodología científica estandarizada, y normalmente afectan al ámbito de conocimiento de las ampliamente denominadas "ciencias sociales", como la psicología, la sociología, la antropología, la economía, etc.; ni sobre la que suelen denominarse "ciencias malas o basura", esto es, aquellas en las que presuntamente se aplica una metodología científica sin ser tal, basándose sólo en valoraciones subjetivas del perito, que podrá tener mayores o menores conocimientos especializados pero no habrá aplicado un método científico (así, por ejemplo, la grafología para fijar la capacidad intelectual o aptitudes de una persona, o determinar con plena exactitud la autenticidad de la firma del documento impugnado judicialmente).

Como puede comprobarse la incidencia de la ciencia en el ámbito procesal plantea una multiplicidad de problemas: primero, determinar qué métodos están de verdad dotados de fiabilidad o validez científica; segundo, establecer el mecanismo de selección de los expertos más adecuado posible para la emisión del dictamen pericial; y tercero, examinar la capacidad del juez para el uso decisional de los conocimientos científicos aportados al proceso[28]:

a) El primer problema, esto es, determinar qué métodos están realmente dotados de validez científica, puede afrontarse de dos formas distintas:

a.1. Exigiendo al juez que antes de admitir el dictamen pericial aplique un estandar mínimo de cientificidad del dictamen pericial para, en función de ello, abrirle o cerrarle su acceso al proceso. Este es el caso, por ejemplo, de USA: así, la regla 702 de las *Federals Rules of Evidence*, para la admisión de la prueba pericial, establece: "Si determinado conocimiento científico, técnico o especializado es necesario para el juez de los hechos para entender las pruebas o determinar los hechos litigiosos, podrá admitir que un perito calificado como experto por sus conocimientos, habilidades, experiencia, capacitación o educación, dictamene al respecto en forma de opinión o de otra manera, siempre que: (1) Su testimonio se base en hechos o datos suficientes. (2) El testimonio se base en principios y métodos fiables. (3) El perito aplique los principios y métodos fiables a los hechos del caso". Esta norma es el fruto de la peculiar evolución jurisprudencial del tema en la doctrina de la *Supreme Court* estadounidense: partiendo del rigor del caso Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. (1993), en el que se exige una valoración judicial previa sobre la "cientificidad" del conocimiento o metodología subyacente en la pericia presentada, obligando que el método o técnica empleada reúna hasta cuatro condiciones: que pueda ser contrastada, que haya sido publicada o sujeta a *peer review*, que se valore su margen de error conocido o posible, y que sobre su validez haya una mínima aceptación general por la comunidad científica; (b) paulatinamente se va ampliando la posibilidad de admisión de la prueba pericial científica hasta llegar al caso Kuhmo Tire Co. Vs. Carmichael (1999), en la que se admite cualquier conocimiento experto del perito –sea científico, técnico e incluso práctico- si es relevante para la acreditación del hecho litigioso, esto es, lo relevante para la admisión de la prueba ya no es la "cientificidad" de la técnica o

[28] Así, cfr. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., op. cit., p. 73.

método empleado sino los conocimientos que puede ofrecer el perito en relación a la naturaleza u objeto litigioso.

a.2. Dejando a la libertad del juez la valoración que estime más adecuada del conocimiento científico, y ello atendiendo a criterios o principios clásicos de la materia, como suele ser la remisión a las "reglas de la sana crítica", a "la valoración conjunta de la prueba" o al denominado "principio de libre valoración de la prueba". Este es el caso, por ejemplo, de la mayoría de los códigos procesales civiles de *civil law* (cfr. art. 348 LEC; art. 116 CPC; o § 286 ZPO).

b) El segundo problema, es determinar cuál es el mejor mecanismo de selección de los peritos. Como ya he indicado, en el derecho comparado encontramos, básicamente, los siguientes dos modos: (a) a través de la elección directa por el propio justiciable; y (b) mediante la elección judicial. E incluso, cabe una combinación mixta de ambos mecanismos, como sucede en España, en la que se permite la aportación del dictamen pericial de parte y la realización de otro dictamen por un perito judicialmente designado –ambos a cargo de la parte que propone la prueba pericial[29]-. De todos estos mecanismos, lo más lógico es pensar que la elección judicial propicia una mayor objetividad en el resultado final del dictamen pericial, en la medida en que se garantiza la participación de ambas partes en su redacción[30]. En todo caso, para evitar al máximo la introducción en el proceso de conocimientos erróneos, las leyes procesales suelen exigir al perito la acreditación de su conocimiento científico, técnico o especializado mediante la posesión del correspondiente título académico (así, por ejemplo, cfr. el art. 340 LEC).

c) El tercer problema que plantea la incidencia de la ciencia en el ámbito procesal es el la capacidad del juez para el uso decisional de los conocimientos científicos aportados al proceso. Dicho de otro modo: ¿cómo puede el juez valorar críticamente conocimientos que no posee? ¿en qué medida esta obligado el juez a admitir las conclusiones del dictamen pericial?. Como destaca la doctrina, el juez en un buen número de supuestos donde el componente científico de la decisión cobra un peso relevante sigue enfrentándose a los mismos desde el canon cultural del hombre medio, prescindiendo, por desinterés o falta de responsabilidad, de instrumentos epistemológicos y metodológicos de control de las inferencias científicas, lo que convierte a la prueba científica en una suerte de prueba legal[31]. La única solución a este problema, como advierte TARUFFO, pasa por la

[29] Sin perjuicio, como es obvio, de recuperar el pago del dictamen si existe condena en costas a la parte contraria (241.1.4º LEC).

[30] Incluso cuando se solicita un dictamen por un perito judicialmente designado sólo a instancia de una parte, la otra debe tener la oportunidad de estar presente en su realización: así, por ejemplo, el art. 345 LEC establece: "1. Cuando la emisión del dictamen requiera algún reconocimiento de lugares, objetos o personas o la realización de operaciones análogas, las partes y sus defensores podrán presenciar uno y otras, si con ello no se impide o estorba la labor del perito y se puede garantizar el acierto e imparcialidad del dictamen. 2. Si alguna de las partes solicitare estar presente en las operaciones periciales del apartado anterior, el tribunal decidirá lo que proceda y, en caso de admitir esa presencia, ordenará al perito que dé aviso directamente a las partes, con antelación de al menos cuarenta y ocho horas, del día, hora y lugar en que aquellas operaciones se llevarán a cabo".

[31] HERNÁNDEZ GARCÍA, J., ob. cit., p. 74.

motivación de la sentencia, y el análisis en ella del grado de conocimientos del experto, de la cientificidad del dictamen, y la metodología aplicada por el perito al caso concreto que el juez debe resolver[32]. Podrá objetarse que, de esta forma, se configura una tarea del juez de muy difícil cumplimiento, dado que requiere una formación cultural superior a la media que muchos jueces pueden no tener, pero la respuesta a esta objeción es muy simple: la función de decidir sobre los hechos no es, y no puede ser, siempre sencilla y fácil, requiere un esfuerzo intelectual del juez a la altura de la complejidad de los hechos que debe enjuiciar. No se trata de que el juez juegue a ser científico -lo que le convertiría en un "aprendiz de científico"- sino que disponga de una sólida formación epistemológica que le permita realizar una adecuada valoración crítica de la validez y fiabilidad de las pruebas científicas[33].

Se añade aquí el problema de si la clásica prohibición del uso del conocimiento privado del juez le impide utilizar el conocimiento especializado que pueda tener de la concreta materia objeto de la pericia. En mi opinión, la respuesta debe ser negativa: en la medida en que la finalidad de dicha prohibición es proteger el principio dispositivo, esto es, impedir que el juez pueda introducir hechos más allá de los voluntariamente alegados por las partes[34], con el mencionado conocimiento especializado del juez no se introducen hechos litigiosos nuevos, pues sólo sirven para contrastar los conocimientos del perito sobre los hechos litigiosos, por lo que no interfiere en el principio dispositivo[35]. Por ello, debe admitirse que el juez pueda separarse de las conclusiones del dictamen pericial siempre que lo justifique o razone debidamente: en España, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante en destacar que el dictamen de peritos no acredita irrefutablemente un hecho, sino simplemente el juicio personal o la convicción formada por el informante con arreglo a los antecedentes suministrados, por lo que no vincula en absoluto a los Jueces y Tribunales, quienes no están obligados a sujetarse al dictamen pericial, sino tan sólo respetar las reglas de la sana crítica[36].

---

[32] TARUFFO, M., *Ciencia y proceso*, en "Páginas sobre justicia civil", traducción de Maximiliano Aramuro, edit. Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 455 a 480; idem, en *La prueba científica*, en "La prueba", traducción de María del Carmen Vázquez, edit. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 277 a 295. En ambos trabajos, el autor destaca la siguiente paradoja: por un lado, el juez recurre al perito porque no tiene los conocimientos científicos necesarios para decidir sobre los hechos del caso; pero, por otro, se le exige que sea capaz de valorar la fiabilidad de los resultados de la prueba científica y de atribuirles la fuerza probatoria que, sobre la base de su propia convicción, considere adecuado. Esto es, se excluye que los resultados de la prueba científica sean vinculantes para el juez, y se le obliga a motivar algo que, en principio, desconoce, máxime cuando en la sentencia discrepe o pretenda apartarse de los resultados de dicha prueba.

[33] TARUFFO, M., *La prueba científica*, ob. cit., p. 295.

[34] Al respecto, me remito a mi trabajo *El juez y la prueba …*, ob. cit., pp. 22, 23 y 162.

[35] De igual modo, vid. ZUBIRI DE SALINAS, F., *Valoración de la prueba pericial*, en "La prueba pericial en el proceso civil", edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 241-242.

[36] En este sentido, la STS de 23 de mayo de 2006 (rec. núm. 495) nos recuerda: "En suma, los peritos no tienen la función de sustituir la decisión judicial, sino de ayudar a conformala, de tal suerte que el juez actúa como *peritus peritorum* (perito de peritos), en cuanto se le confía la valoración del dictamen emitido por éstos. La casi totalidad de la bibliografía se muestra desde tiempo inveterado conforme con este principio –limitado por el principio constitucional de proscripción de la arbitrariedad, por el mandato legal de respetar las reglas de la lógica que forman parte del común sentir de las personas y por la obligación de motivar las sentencias- […]. Para justificarlo se acude a la insuficienia de la ciencia, y en particular a la naturaleza relativa de la

Y en el supuesto de existir dictámenes contradictorios, como destaca la STS de 12 de diciembre de 2005 (rec. núm. 982) "la prueba pericial más apropiada es aquella que se presenta mejor fundamentada y aporta mayores razones de ciencia y objetividad, y que, a su vez, tiene en cuenta todas aquellas circunstancias que pudieran servir para emitir dictamen neutral", pudiendo el juez atender en parte a las diversas pericias concurrentes en aquello que estime de interés y en relación a las demás pruebas[37]. En este caso, como he destacado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige que el juez motive el razonamiento seguido para no aceptar o discrepar de las conclusiones a las que ha llegado el perito, o exponga los argumentos que utiliza para dar más credibilidad a un dictamen que a otro[38].

V. ALCANCE DE LA ORALIDAD EN LA PRUEBA PERICIAL

El perito debe tener un ámbito de actuación amplísimo en el acto contradictorio del juicio, al objeto permitir la crítica de su dictamen por las partes y el juez. Como ejemplo válido de esta actuación podemos analizar el art. 347 LEC, que establece cinco posibles contenidos de dicha actuación:

- Primera: la exposición completa del dictamen, siempre que esta exposición requiera la realización de otras operaciones complementarias. Como es obvio, la intervención del perito en la vista oral debe limitarse a lo que constituya objeto de su dictamen pericial, sin que pueda ampliarse a otros extremos no contemplados en el mismo pues, de lo contrario, puede causarse una evidente indefensión a la parte contraria, al introducirse sin posibilidad efectiva de defenderse;
- Segunda: la explicación del dictamen o de alguno o algunos de sus puntos, cuyo significado no se considere suficientemente expresivo a los efectos de la prueba;
- Tercera: las respuestas a preguntas y objeciones, sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen;
- Cuarta: las respuestas a solicitudes de ampliación del dictamena otros puntos conexos, por si pudiera llevarse a cabo en el mismo acto y a efectos, en cualquier caso, de conocer la opinión del perito sobre la posibilidad y utilidad de la ampliación; y

---

ciencia médica, que impide reconocer a los pareceres expertos virtualidad absoluta e indiscutible. Incluso en campos que se estiman científicamente más avanzados y de técnica muy compleja se admite la facultad valorativa del juez (*dictum expertorum nunquam transit in rem iudicatam* [el parecer de los expertos nunca pasa en cosa juzgada]), dadas las posibles discrepancias hermenéuticas provenientes no sólo del nivel relativo alcanzado por la ciencia, sino también del diverso grado de conocimiento que sobre ella tienen los distintos peritos y la posibilidad de que el dictamen se ajuste con mayor o menor rigor al método científico y formule conclusiones asequibles de ser apreciadas desde el punto de vista de su posible refutación o aceptación general y frecuencia estadística, junto con la necesidad de que el juez considere las aportaciones de los expertos en su conexión global con la realidad social (artículo 3.1 CC) y desde el punto de vista de su trascendencia jurídica en conexión con los principios y valores que informan el ordenamiento jurídico en su conjunto".

[37] Cfr. las SSTS de 6 de abril de 2000; o la de 30 de julio de 1999.

[38] Así, vid. las SSTS de 23 de mayo de 2006; 4 de abril de 2000; 25 de enero de 2000; 21 de enero de 2000; o la de 30 de diciembre de 1997.

- Quinta: la crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria. Se discute aquí si cabe el careo entre peritos. Por mi parte, aun reconociendo que expresamente no se prevé esta posibilidad –como así sucede, por ejemplo, respecto de la prueba de interrogatorio de testigos- como he indicado con anterioridad, no veo inconveniente alguno en admitirlo si el juez entiende que ello puede contribuir a esclarecer mejor los aspectos técnicos, científicos o especializados de los hechos litigiosos, y es evidente que la contradicción entre personas de similares características profesionales le permite valorar mejor el contenido del dictamen pericial[39]. De igual modo, tampoco veo ningún inconveniente en que pueda solicitarse la declaración conjunta de todos los peritos para que, tras formularse la concreta pregunta, puedan contestar como estimen oportuno y puedan intercambiarse las opiniones entre ellos.

Como puede comprobarse, la riqueza de matices que introduce la oralidad en la prueba pericial es básica para permitirle al juez hacerse la mejor opinión crítica del dictamen escrito. Y de hecho, como he destacado en este trabajo, la práctica diaria de nuestro tribunales confirma que esta oralidad esta dando grandes resultados, pues magníficos dictámenes periciales escritos muestras su debilidad ante las respuestas orales de sus autores, lográndose en ocasiones ver en la sala de vistas como el perito se retracta de alguna de sus conclusiones -o las mantiene sin la misma fuerza de convicción que había establecido en su escrito-; manifiesta lagunas en cuanto al método empleado o al propio objeto de estudio; e incluso, incurre en contradicciones.

VI. PRECAUCIONES EN LA DECLARACIÓN ORAL DEL PERITO

La introducción de la oralidad en la prueba pericial –exigiéndose la presencia del perito en el acto del juicio o vista- es imprescindible para dar mayor o menor credibilidad a su dictamen. De ello se colige, inmediatamente, la trascendencia del acto del abogado a la hora de elegir al perito: éste debe ser, científica o técnicamente, un excelente profesional pero, además, emocionalmente, debe ser un buen comunicador. Pero, ¿qué precauciones deben tomarse para lograr la máxima convicción judicial?.

En la doctrina suele ser frecuente referirse a las tres siguientes precauciones:

a) Primera: el perito debe adoptar una postura colaboradora con el juez y las partes. Al margen de la discusión acerca de si el dictamen pericial es un medio de prueba o un mecanismo de auxilio judicial ante la falta de conocimientos técnicos del juzgador, lo cierto es que la declaración del perito tiene por objeto convencer al juez, y determinadas porturas arrogantes, soberbias o cualesquiera otras de las que pueda inducirse su falta de colaboración con el juez no contribuyen en nada a dicho objetivo, pues pueden dar a entender que pretende esconder datos o, al menos, no decir todo lo que sabe en perjuicio de conocer la realidad de los hechos litigiosos. En todo caso, si entendemos que hay una extralimitación en las preguntas formuladas al perito, antes que éste se "cierre en banda" y se niegue a

[39] Al respecto, vid. la nota 9 de este trabajo.

contestar, debe ser el abogado que ha aportado el dictamen pericial quien debería advertir dicha extralimitación para evitar que su perito adopte una postura defensiva y se plantee no contestar a preguntas del juez o de las partes.

b) Segunda: el perito debe responder con claridad y precisión. La citada postura colaboradora del perito se concreta en la necesidad de que sus respuestas sean claras y precisas, procurando que el lenguaje técnico del dictamen sea lo más comprensible posible para el juez. El acto del juicio oral se perfila como el momento procesal más adecuado para que el perito, en los dictámenes más complejos o en aquellos en los que ha faltado la debida claridad expositiva, pueda "descodificar" su contenido y hacerlo lo más entendible posible para el juez.

c) Tercera: el perito debe transmitir sus conocimientos con credibilidad. Ello se concreta en dos importantes exigiencias del perito: en primer lugar, en la necesidad de efectuar su dictamen con rigor y seriedad, atendiendo a la metodología asumida por la generalidad de especialistas en el concreto ámbito del saber científico sobre el que verse el informe; y en segundo lugar, debe poder rebatir con facilidad los argumentos de la parte contraria –y de su perito-, esto es, en definitiva, la declaración del propio perito y su dictamen debe ser más creible que el de la parte contraria. Para alcanzar este fin son incontables las reglas que la psicología nos da para reforzar el estímulo de la credibilidad de un perito. Así, pueden destacarse las siguientes cuatro reglas: a) es importante la primera impresión física que ofrece el perito, pues toda persona, cuando se la ve por primera vez, causa una determinada preconfiguración de su capacidad, que podrá posteriormente verse refrendada o mitigada, pero que, en todo caso, cuesta en ocasiones borrarse de la mente del juzgador[40]. Por ello, una imagen descuidada o abandonada puede compartar un signo de dejadez que, del campo personal, puede trasladarse también al profesional. En consecuencia, es fundamental destacarle esta circunstancia al perito para cuando deba declarar en la sede judicial; b) el perito debe contestar con tranquilidad y cierta rotundidad, sin muestras de dudas o titubeos que induzcan a pensar que esta intentando evitar sus propias contradicciones –o incluso mintiendo-; c) el perito debe contestar con plena complacencia, sin mostrar signos de enfado, antipatía o animadversión contra la parte contraria –y, evidentemente, contra el juez- pues todo ello es relevante para darle mayor o menor credibilidad judicial a su informe; y d) en la medida de lo posible, el perito debe reforzarar sus conclusiones con la de otros estudios asumidos como válidos por la generalidad de los científicos, para así dar a entender que no se trata de su mera opinión personal sino que estamos ante una certeza asumida por la comunidad científica, esto es, de la apariencia de la máxima objetividad posible[41].

---

[40] GARCÍA RAMÍREZ, J., *Estrategias oratorias aplicables a la prueba pericial*, en "Estrategia de oratoria práctica para abogados", edit. COLEX, Madrid, 2007, p. 90. De igual modo, vid. SANROQUE, D., *¿Qué debe esperarse de un perito?*, en "Economis & Jurist", núm. 134, 2009, p. 42.

[41] En este sentido, GARCÍA RAMÍREZ, al analizar la "transmisión de credibilidad" del informe del perito destaca que "el orador debe apoyar cada argumento que exponga con evidencias. Por ejemplo: "mi opinión se basa en los estudios de uno de los mejores técnicos de la materia que es …", o "trabajo en un resumen de los mejores manuales que versan sobre el asunto, entre los que

VII. REFLEXIÓN FINAL

La vigencia del principio de oralidad en la prueba pericial no depende de la forma escrita o hablada en que el experto aporte su conocimiento especializado; ni de que el dictamen pericial deba aportarse junto a los escritos iniciales de alegaciones o puede hacerse una vez iniciado el proceso; ni, finalmente, tampoco depende de que se introduzca en el proceso a instancia de parte o de oficio.

Para que pueda afirmarse que la prueba pericial se encuentra sujeta al principio de oralidad, entiendo que es fundamental la concurrencia de las siguientes tres condiciones: la posibilidad de contradicción oral del dictamen pericial por la parte perjudicada por el mismo; la posibilidad de contradicción oral por el propio juez sentenciador; y la libertad judicial de valoración –razonada o justificada- del dictamen pericial.

En estas condiciones, la oralidad aparece como la garantía más importante para que el juez pueda realizar eficazmente su función decisoria sobre materias que, en principio, escapan al conocimiento medio de las personas, pues le facilita su labor interpretativa de los resultados del dictamen pericial.

VIII. ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Respecto de la vigencia de la oralidad en la prueba pericial –escrita- debo destacar que la prueba pericial es una de las materias de la LEC que ha merecido mayor atención en la doctrina española. Sobre la misma he tenido ocasión de pronunciarme en mi monografía *La prueba pericial en el proceso civil español*, edit. J. Mª. Bosch editor, Barcelona, 2001, y en la obra colectiva que codirigí *La prueba pericial*, edit. J. Mª. Bosch editor, Barcelona, 2009; al margen de publicar distintos trabajos, como *La dinámica de la prueba pericial*, en "Tratado Pericial Judicial", coord. Xavier Abel, edit. La Ley, Madrid, 2014, pp. 79 a 153; *Valoración de la prueba y segunda instancia: hacia la búsqueda del necesario equilibrio*, en "Revista Jurídica de Cataluña", 2009, 3, pp. 51 a 64; *La prueba pericial en el arbitraje*, en "Anuario de Justicia Alternativa", núm. 6, 2005, pp. 145 a 170; y *Del dictamen de peritos*, en "Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", T. II, dirigidos por LORCA NAVARRETE, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 1882-1921.

Al margen de estas aportaciones, deben destacarse la siguiente veintena de monografías (por orden alfabético): ABEL/PICO (dir.), *La prueba pericial*, edit. J. Mª. Bosch editor, Barcelona, 2009; idem (coord.), *Tratado Pericial Judicial*, coord. Xavier Abel, edit. La Ley, Madrid, 2014; BALAGUÉ DOMÉNECH, *La prueba pericial contable en las jurisdicciones civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, 6ª edic., Bosch, Barcelona, 2012; BALLESTERO PASCUAL (coord.),

---

destacan …". Pues bien, en el caso de la prueba pericial debe regir el mismo método para que el Juez piense que lo que dice el perito no es sólo su opinión, sino que cada conclusión que aporte está basada en los mejores estudios, en los mejores trabajos publicados en revistas o libros técnicos, o en las más influyentes opiniones de quienes son los mejores especialistas sobre la materia a peritar" (ob. cit., pp. 90-91).

Psicología del testimonio y prueba pericial, CGPJ, Madrid, 2006; DOLZ LAGO (dir.), *La prueba pericial científica,* edit. Edisofer, Madrid, 2012; ESPARZA LEIBAR, *El dictamen de peritos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; FLORES PRADA, *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; FONT SERRA, *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, Edit. La Ley, Madrid, 2000; GUTIERREZ MUÑÓZ, *La prueba pericial en el proceso civil*, edit. Bosch, Barcelona, 2009; HERNÁNDEZ MARTÍNEZ (coord.), *La prueba pericial médica*, edit. La Ley, Madrid, 2008; ILLESCAS RUS, *La prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002; JURADO BELTRAN, *La prueba pericial civil*, edit. Bosch, Barcelona, 2010; LEDESMA/ZUBIRI, *La prueba pericial en el proceso civil*, CGPJ, Madrid, 2006; LÓPEZ-MUÑÍZ GOÑI, *La prueba pericial: guía práctica y jurisprudencia*, 3ª edic., edit. Colex, Madrid, 2008; MAGRO SERVET (coord.), *La prueba pericial en la LEC y en la LOE*, edit. La Ley, Madrid, 2007; RODRÍGUEZ, M.J., *Manual básico del perito judicial*, edit. Dykinson, Madrid, 2011; SANJURJO RÍOS, E.J.: *La prueba pericial civil. Procedimiento y valoración*, edit. Reus, Madrid, 2013; SANROQUE, D., *Peritos, abogados y viceversa*, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2010; UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS (edición), *La prueba pericial económica en el ámbito procesal español*, Madrid, 2008; VÁZQUEZ, C.: *De la prueba científica a la prueba pericial*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2015; y YÁÑEZ VELASCO, *El peritaje en el proceso civil*, edit. Difusión Jurídica, Barcelona, 2006.