

LA PRUEBA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL EN LA NUEVA LEC 1/2000

JULIO PICATOSTE BOBILLO

Magistrado

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Objeto. 3.-Proposición y admisión. 4.- Práctica. 5.- Concurrencia con otras pruebas. 6.- Documentación. 7.- Valoración.

Percibir equivale a recoger un hecho dado como si tuviese esta o aquella naturaleza; y, en consecuencia, equivale a pensar en él y a juzgarlo. (CROCE, Lógica).

1. INTRODUCCIÓN.-

La prueba de reconocimiento judicial se regula en los arts. 353 a 359 de la nueva LEC 1/2000. Aun manteniéndose sustancialmente las líneas maestras de la regulación precedente, presenta la actual algunas innovaciones, entre las que cabe destacar la específica previsión del reconocimiento de personas, el empleo de medios técnicos de grabación y reproducción de la imagen como instrumento auxiliar de documentación del reconocimiento o la posibilidad de utilización de cualesquiera medidas necesarias para la efectividad del reconocimiento.

La nueva LEC mantiene la denominación de la anterior y habla de “reconocimiento judicial” (el CC, cuyos preceptos sobre la materia –arts.1240 y 1241- han quedado derogados, hablaba de “inspección personal del juez”). Históricamente la terminología tendía a destacar la preponderancia del sentido de la vista, y así se hablaba de la prueba “por vista del juez” en las Partidas¹ o “prueba ocular” en la Instrucción del Marqués de Gerona

¹ También es denominada “prueba de ver el juez la cosa sobre que es fecha”

de 1853; esa misma inclinación se aprecia en la LECrm, que regula la “inspección ocular” (arts.326 y ss). Es, sin duda, más adecuada la expresión utilizada por la nueva LEC, porque el reconocimiento no sólo se apoya en el sentido de la vista – que será lo más frecuente - sino que puede servirse de otros como el del oído, cuando su objetivo sea percibir la producción de ruidos, o el del olfato, si se trata de apreciar, por ejemplo, los malos olores desprendidos por una industria o actividad molesta.²

Encontraremos en la LEC otras actuaciones de índole probatoria que, pese a cierta proximidad con el reconocimiento judicial por la especial situación del juez ante la fuente de prueba, no deben, sin embargo, ser confundidos o identificados con el reconocimiento; de hecho, se regulan en otros lugares, y a propósito de otras pruebas. Así el cotejo o comprobación de documentos públicos con sus originales (art.320.2) o la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes (art.382).

Por otra parte, al margen de la regulación general de que vamos a ocuparnos, la LEC contempla algunas manifestaciones específicas de reconocimiento judicial con ocasión de la regulación de algunos procesos en particular. Por ejemplo, al tratar del procedimiento que tiene por objeto que se resuelva judicialmente con carácter sumario la suspensión de una obra nueva, es decir, el hasta ahora denominado interdicto de obra nueva, dice el art.441.2 que el tribunal podrá disponer que se lleve a cabo reconocimiento judicial, pericial o conjunto, antes de la vista. Por su parte, en el procedimiento para la adopción de medidas cautelares también se prevé la posibilidad de que, cuando sea necesario para acreditar extremos relevantes, se practique reconocimiento judicial. (art.734.2).

La circunstancia de que, a diferencia de otras pruebas en las que entre el juez y el hecho objeto de prueba se interpone o media un elemento conductor (o de traslación) del hecho al proceso (testigo, documento), esta prueba se caracterice por la directa e inmediata percepción por el juez del hecho mismo que es objeto de prueba³, ha servido para que se haya puesto en cues-

² GARCIMARTÍN MONTERO, R, en *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1997, pág. 227, se plantea el problema de la incapacidad del juez para percibir determinados hechos a causa de una tara de tipo físico (daltonismo, anosmia). La solución práctica de delegar en el personal auxiliar las funciones que debería realizar el juez, no le parece la más deseable y se remite a la del auxilio judicial.

Situación distinta se da en los casos que comenta BARBOSA MOREIRA, J.C. en *Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas*, Rev. de Derecho Procesal, núm.3, 1999, pág. 542, cuando el Juez ha de recurrir a la percepción sensorial de otra persona dotada de una especial capacidad o técnica; por ejemplo, la audición de sonidos que solo oídos bien entrenados pueden percibir, o la percepción de olores que sólo un perfumista logra reconocer. En estos casos, estamos ante prueba pericial porque, como explica el citado autor, la información es recogida por un experto y transmitida al órgano judicial o recogida por éste con ayuda del experto.

ción que el reconocimiento sea, en puridad, una prueba. Sin embargo, esta condición no puede ponerse en duda. A tal fin, recuerda MONTERO AROCA que, al igual que en todas las pruebas también en la de reconocimiento estamos ante una afirmación de hechos, con cuya expresión se alude tanto a los pasados como a los presentes, y que el Derecho ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico; se trata, al igual que con las demás pruebas, de obtener certeza respecto de las afirmaciones de las partes; nada impide que los hechos afirmados por las partes sean presentes, es decir, permanezcan en el momento de la afirmación y de la verificación.⁴

Esta caracterización del reconocimiento judicial como prueba que coloca al juez en contacto inmediato y directo con el hecho a probar, de suerte que lo percibe de modo directo, debe ser matizada; en este sentido, hace notar DE LA OLIVA que si en algunos casos la inmediación es plena, porque el juez examina o reconoce la propia cosa litigiosa, en otras ocasiones, los objetos, lugares o personas con las que el juez entra en contacto directo pueden ser o contener fuentes de conocimiento de los hechos, o como máximo, vestigios y resultados de los hechos mismos⁵.

2. OBJETO.-

En lo atinente al objeto del reconocimiento, se sustituyen las expresiones “sitio” y “cosa litigiosa” de la Ley anterior, por las más adecuadas y precisas de *lugar, objeto y persona*; con los dos primeros términos está claramente aludiendo el legislador a inmuebles y muebles.⁶

³ Dice GORPHE, F. que “es la prueba más sencilla y segura, pues suprime generalmente toda discusión y dispensa de largo comentario; si bien no ha configurado, en derecho, un medio de prueba aparte. En efecto, no es, propiamente hablando, un medio de demostración –definición por demás estrecha de la prueba–; pero no deja de integrar un medio de convicción o de conocimiento, y el mejor de todos”. *Apreciación judicial de las pruebas*, trad. J. Guerrero, Bogotá, 1985, pág.133.

⁴ MONTERO AROCA, J. *La prueba en el proceso civil*, 3ª ed., Madrid 2002, págs.319-320. Añade que la distinción entre fuente y medio de prueba, es perfectamente aplicable al reconocimiento judicial; la fuente será el lugar, la cosa o persona que debe reconocerse, y el medio la actividad en que se resuelve el reconocimiento. Aunque esta actividad no presupone la existencia de un “algo” intermedio entre el juez y los hechos, sí existe una fuente que es introducida en el proceso por el medio.

⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesa civil. El proceso de declaración*. Madrid,2000, pág.366.

⁶ La expresión “lugares” comprenderá, obviamente, tanto las edificaciones como los parajes. Respecto de las cosas muebles, era tesis de GUASP que cualquier objeto con función probatoria que pudiera ser llevado a la presencia del Juez había de definirse procesalmente como documento – *La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales*, en “Estudios Jurídicos”, edición de P. Aragonese, Madrid, 1996, págs. 420 y 421, tesis que ahora debe entenderse incompatible con el texto legal actual al dar cabida a las cosas muebles como objeto de reconocimiento judicial.

Hay que entender que objeto de esta prueba pueden serlo, según venía señalando la doctrina, no sólo las cosas en sí mismas, sino su contemplación más allá de su aspecto estático, como, por ejemplo, el funcionamiento de una máquina.⁷ También deben admitirse como objeto de esta actividad probatoria elementos inmateriales o incorpóreos que sean susceptibles de percepción sensorial (ruidos, olores),⁸ para cuya comprobación —como ya anticipamos— entrarán en juego sentidos distintos de la vista, como el oído o el olfato, incluso el tacto.

Por último, también puede ser materia de reconocimiento judicial un documento, cuando la finalidad de su aportación al proceso no sea el conocimiento de su contenido sino de la propia materialidad del documento en cuanto objeto, y para que éste, en relación con sus cualidades o características, sea apreciado por el tribunal.

Supone una novedad la específica referencia a la *persona* como objeto de reconocimiento. La circunstancia de que el art. 355 de la nueva LEC diga que el reconocimiento judicial de una persona se practicará a través de un interrogatorio realizado por el tribunal, no creo que deba limitar el reconocimiento de personas a esa única modalidad, con exclusión de otros modos de comprobación de extremos diversos.⁹

El reconocimiento de la persona puede llevarse a cabo mediante la observación por parte del juzgador de particularidades físicas o corporales a que se refiera el examen pretendido; ej.: rasgos físicos, comprobación de la existencia y entidad de cicatrices, secuelas

⁷ GARCIMARTÍN MONTERO, ob.cit. págs. 227 y 234.

⁸ En este sentido GARCIMARTÍN MONTERO, ob.cit. pág. 231.

⁹ De opinión contraria es CORDÓN MORENO, F. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, obra colectiva coordinada por el citado autor y Armenta Deu T., Muerza Esparza J. J. y Tapia Fernández, I., Aranzadi, 2001, págs.1210 y 1211, para quien el precepto excluye la admisibilidad de la inspección o reconocimiento directo del cuerpo de la persona de que se trate, que por lo demás, sería contrario al derecho a la intimidad reconocido en el art. 18 de la CE (así sería, a mi juicio, si el reconocimiento tratara de realizarse sobre determinados espacios corporales íntimos, pero no en relación con la observación de otras zonas del cuerpo perceptibles sin violentar reserva alguna).

No cabe duda alguna que la regulación de la nueva LEC no excluye ni impide que el reconocimiento de personas pueda extenderse a las características físicas (y no simplemente a los rasgos o signos faciales); así, RIFÁ SOLER, J.M^º., en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, obra colectiva coordinada por el citado y, además, por Fernández-Ballesteros, M. A. y Valls Gombau, J.F., Barcelona, 2000, págs.1656 a 1658. En opinión de DE LA OLIVA, A. no podrá excluirse del reconocimiento la exhibición de una cicatriz, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con Díez-Picazo Giménez, I., Vegas Torres, J., y Banacloche Palao, J. Madrid, 2001, pág.613; también FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, Madrid, 2000, págs.220 y 221. GÓMEZ COLOMER, J. L., *El nuevo proceso civil*, con Montero Aroca, J., Montón Redondo, A. y Barona Vilar, S. Valencia, 2000, pág.326, señala como objeto del reconocimiento de las personas tanto el cuerpo como la capacidad intelectual.

limitativas o constitutivas de deformidad, etc. Pero la percepción del juez puede ir, también, orientada a la comprobación de capacidad o aptitudes psicológicas o mentales del sujeto examinado que el juez pueda advertir mediante percepción personal, hipótesis en la que parece estar pensando el art. 355 cuando, bajo la específica rúbrica referida al “reconocimiento de personas”, dice que se practicará a través de un interrogatorio realizado por el tribunal, que se adaptará a las necesidades de cada caso concreto.¹⁰ Este reconocimiento de persona tiene especial aplicación y concreta previsión en los procesos sobre capacidad de las personas (art.759) en los que la ley establece que el tribunal examinará por sí mismo al presunto incapaz, y en el procedimiento para internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (art.763), supuesto en el que también se impone el examen personal por el juez de la persona cuyo internamiento se pretende.

A la vista del actual art. 355 podemos entender que el examen del presunto incapaz sería catalogable como prueba de reconocimiento, a lo que se resistía la jurisprudencia del TS. Así la STS de 31-12-1991 estimaba que dicho examen es una actuación que ni puede calificarse de reconocimiento judicial (art. 633 LEC) ni de inspección personal (arts.1240 y 1241 del CC) y menos mezcla de ambos. Para la STS de 20-3-1991 la obligación que el art. 208 del CC imponía al tribunal de oír a los parientes más próximos, examinar al presunto incapaz y oír el dictamen de facultativo, constituía un requisito de fondo previo al fallo. De ahí que la misma jurisprudencia viniese advirtiendo que el tribunal de apelación, que puede formarse una opinión distinta a la del Juez de instancia que desestima la declaración de incapacidad, no pudiese, sin examinar al demandado, declarar su incapacidad (SSTS 20-2- y 12-6-1989).¹¹

Puesto que la norma no tiene limitación alguna, habrá que admitir que el reconocimiento de personas puede referirse tanto a las propias partes como a terceros. En este sentido, algunos autores admiten que aquél pueda tener por objeto la comprobación de las facultades o aptitudes físicas o intelectuales de un testigo cuya credibilidad, en relación con una declaración trascendente en el proceso, dependa de ciertas capacidades personales verificables mediante el reconocimiento personal.¹²

¹⁰ Hay aspectos vinculados al examen de ciertas características o datos corporales (ej. grupo sanguíneo), como otros rasgos psíquicos o de personalidad que escapan a lo que es percepción directa y sensorial del juez y, por ello, pasan a ser ya ámbito propio de prueba pericial.

¹¹ Hoy el art. 759.3 de la LEC dispone que “si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo”, es decir, audiencia de parientes, examen del presunto incapaz por el tribunal, dictamen pericial.

¹² Vid. ASENCIO MELLADO, J. M^{a.}, *Proceso Civil Práctico*, VV. AA., IV, pág.831. También RIFÁ SOLER, J.M. *Comentarios a la nueva Ley...*cit. pág. 1657. La hipótesis será, ciertamente., harto infrecuente. Aun no siendo descartable tal posibilidad, es lo cierto que el examen de la credibilidad del testigo, cuando ésta venga condicionada por las aptitudes psíquicas del sujeto, será, normalmen-

Los soportes materiales de grabaciones de imagen o sonido, que en otro tiempo pudieron considerarse materia, bien de prueba documental, bien de reconocimiento judicial, tienen hoy su específica previsión legal (arts. 299.2 y 382 a 384) como medio de prueba propio.

3. PROPOSICIÓN Y ADMISIÓN.-

La proposición de la prueba es a instancia de parte. Hacía notar SERRA –en comentario a la anterior regulación– que ningún inconveniente debe haber a que la iniciativa de la prueba judicial se atribuya al juez, que la ordenará cuando la estime necesaria; en su opinión, esta prueba no está regida por el principio dispositivo, y el fundamento de la carga de la prueba es de índole objetiva, sin conceder derecho alguno a las partes, que sólo indirectamente se verán gravadas por las consecuencias de la falta de prueba, independientemente de cuál sea el sujeto que produzca la prueba: la propia parte, el demandado o el juez¹³.

ORDOÑO ARTES también comenta que la práctica de un reconocimiento judicial de oficio no atenta contra la facultad de disposición de las partes sobre la relación jurídica material controvertida, siempre que el juez no introduzca un hecho nuevo, es decir, que se respeten los límites señalados por las alegaciones de las partes que determinan el *thema probandum*¹⁴.

Entiendo, no obstante, que el actual texto del art.282 constituye un serio valladar para admitir la posibilidad de que el tribunal asuma la iniciativa de acordar la práctica de un reconocimiento judicial. Añádanse a ello las limitadísimas facultades del tribunal en cuanto a la práctica de diligencias finales. Ello sin perjuicio de que el juez pueda hacer uso de las que le confiere el peculiar art. 429.1 de la LEC.

Dice el art. 353. 2 que, sin perjuicio de la amplitud que el tribunal estime que ha de tener el reconocimiento judicial, con la proposición de la prueba la parte deberá expresar

te, más propio de una prueba pericial. De otra parte, tratándose de la declaración de un testigo, la presencia de éste ante el Juez y, por ende, la directa percepción del testigo al prestar declaración le permitirá –sin necesidad de acordar un reconocimiento *ad hoc*– advertir y calibrar las condiciones o aptitudes de percepción o comprensión del testigo, en relación con los hechos por éste presenciados.

¹³ SERRA DOMÍNGUEZ, M. – *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XVI, vol.2, Madrid, 1991. págs.431 y 432.

¹⁴ ORDOÑO ARTES, C., *La prueba de reconocimiento judicial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en la obra colectiva “La Prueba”, Dir. J. Montero Aroca, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, págs. 216 y 217.

El Código Civil Portugués admite que, siempre que la juzgue conveniente, la prueba de “inspección ocular” pueda ser acordada por iniciativa del tribunal o a instancia de las partes (art.612)

los extremos principales a que quiere que éste se refiera e indicará si pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia. Y con el fin de preservar la contradicción en la práctica de la prueba, añade el mismo precepto, que la otra parte podrá, antes de la realización del reconocimiento judicial, proponer otros extremos que le interesen y asimismo deberá manifestar si asistirá con persona de las indicadas en el párrafo anterior (art.353.2.II).

El criterio para decidir la *admisibilidad* de la prueba lo proporciona el art. 353, según el cual el reconocimiento judicial se acordará cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona.¹⁵

Por innovador, es de señalar el nuevo criterio para decidir sobre la admisión de la prueba. Si la anterior LEC la subordinaba a la idea de la *necesidad* del examen de la cosa litigiosa por el juez, el actual art. 353 adiciona, en plano de equivalencia con aquel criterio, la *conveniencia* del examen personal del juez. Esta referencia –ser conveniente – amplía las razones de admisión de la prueba; no es preciso que se estime necesaria, basta con que el reconocimiento resulte conveniente para el esclarecimiento y apreciación de los hechos, para que el tribunal lo acuerde¹⁶. Tal precisión está llamada a influir en la resistencia a admitir la prueba de reconocimiento judicial por parte de algunos jueces, parapetados tras el criterio restrictivo de la necesidad¹⁷.

Aunque la ley impone a la parte que delimite los extremos que ha de comprender el reconocimiento, ello no constriñe en modo alguno la facultad de examen del juez que podrá dar al reconocimiento mayor o menor amplitud que la propuesta por la parte. En relación con la posibilidad de dar mayor dimensión al reconocimiento, entiendo que es admisible a la vista de los términos de la ley (“sin perjuicio de la amplitud que el tribunal estime que

¹⁵ Ya en su día SERRA DOMÍNGUEZ, -ob. cit. pág.433- señalaba que la dicción del art.633 de la anterior LEC era excesivamente limitada, por lo que apelaba a la mayor amplitud del art. 1240 del CC para entender que el reconocimiento judicial sería admisible no sólo cuando dicho examen fuese necesario sino también cuando resultase conveniente o útil para la formación del supuesto de hecho de la sentencia,

¹⁶ En opinión de ORTELLS, M. -*Derecho Procesal Civil*, VV. AA.- Aranzadi, 200, pág. 417- la conveniencia y necesidad a que se refiere el art. 353.1 LEC. deben interpretarse como las manifestaciones de la utilidad de este medio de prueba y que el solicitante del mismo debe describir.

¹⁷ Tal criterio era asumido por la propia jurisprudencia del TS, pues condicionaba la admisión de la prueba a que su práctica se estimase precisa y necesaria para el mejor esclarecimiento y fijación de los hechos (por todas STS 7-7-1995). Por otro lado, el TS ha venido censurando – y corrigiendo- la práctica judicial de reservar o posponer la decisión sobre la admisión de la prueba de reconocimiento para ulterior y eventual diligencia para mejor proveer (STS 18-5-1993)

ha de tener el reconocimiento judicial”), si bien con las matizaciones siguientes: puesto que estamos en una materia regida por el principio dispositivo, habrá que cohonestar la facultad que el art. 353.2 atribuye al juez con las consecuencias y límites que aquel principio impone. En consecuencia, hay que entender que el tribunal no podrá ampliar el objeto del reconocimiento, en el sentido de dirigirlo hacia cosas, lugares o personas distintos de los que la parte propuso; conviene hacer notar, en este sentido, que cuando se habla de las facultades del juez en relación con la amplitud del reconocimiento, lo hace cuando habla de los “extremos” a que se refiere la parte, no del objeto; pero, dentro ya del ámbito material u objetivo propuesto, no está constreñido a examinar sólo los extremos acotados por la parte, sino que podrá ampliar su observación a otros del mismo objeto. Y ello es lógico porque difícil es que pueda la parte cercar el ámbito de la realidad física a observar por el Juez, si éste, inevitablemente, ha de percibirla de manera directa en su integridad.

Una última observación – tal vez innecesaria –: porque no vulnera los límites del principio dispositivo, sí podrá el juez reducir, no ya los extremos sobre los que ha de versar la observación, sino el objeto u objetos del reconocimiento.

Otra nota a destacar es la exigencia de que la parte que propone la prueba indique si pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia (art. 353.2 y 3). La finalidad de tal anuncio es clara: se trata de prevenir a la parte contraria para que ésta pueda acudir a la práctica en igualdad de armas haciéndose acompañar también de persona práctica o técnica.

La anterior LEC hablaba sólo de personas prácticas en el terreno¹⁸; la actual amplía la referencia; de una parte, y al igual que en la ley precedente, están las que llama personas prácticas en la materia, que son quienes aun careciendo de titulación, tienen conocimientos

¹⁸ Ha sido discutida la naturaleza de la intervención de estas personas. Para algunos autores se trata de testigos (MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1905, pág.315) o bien de testigos con formación cuasi-pericial (PRIETO-CASTRO, L. *Derecho Procesal Civil. Primera parte*, Madrid, 1964, pág.453); para otros no son ni peritos ni testigos, sino personas que pueden dar noticias, datos o informaciones sobre lo que es objeto de reconocimiento (FONT SERRA, ob. cit. pág. , 251). Según ORTELLS - ob.cit. – pág. 419- son “asistentes de las partes”, pues coadyuvan a la defensa de la posición que sustenta la parte que los presenta. ORDOÑO ARTES, C., en *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil español*, Madrid, 1987, pág.147, aun entendiendo que no son ni testigos ni peritos, estimaba que su función se asemeja más a los segundos, por lo que los califica de *pseudoperitos*; en su posterior trabajo, más arriba citado (*La prueba de reconocimiento judicial en la nueva Ley...*pág.221), opina que la intervención de estas personas en el reconocimiento se asemeja a la del “testigo-perito” del art. 370.4 de la LEC/2000. MUÑOZ SABATÉ, L. *Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000*, Barcelona, 2001, pág.380, dice que esta figura se acerca a la del perito, si bien, dado que lo que se le pide son meras “observaciones”, su intervención constituye, como máximo, una mera pericia *percipiendi*.

relativos a la materia sobre la que ha de versar el reconocimiento. Pero, según la ley 1/2000, la parte puede hacerse acompañar también de personas técnicas, es decir tituladas, y por lo tanto los que, en sentido estricto, llamamos peritos, si bien tal intervención será con el alcance y para los fines previstos en el art. 354. 3, es decir, no para emitir dictámenes, sino para hacer observaciones o declaraciones. Ello comporta, a la vez, que no quepa en este caso ni la recusación ni la tacha, lo que no será óbice para que la parte contraria, al amparo de la oportunidad que para hacer observaciones le confiere el art. 354.2, pueda poner de manifiesto datos o circunstancias que prevengan contra la parcialidad de las apreciaciones de dichos técnicos o prácticos.

Por lo demás, si de oficio o a instancia de parte, el tribunal considerase conveniente oír las observaciones o declaraciones de los prácticos o técnicos, les recibirá previamente juramento o promesa de decir verdad (art.354.3)

4. PRÁCTICA.-

Esta prueba, en palabras de FONT SERRA, no es que deba practicarse en presencia del tribunal, sino que debe practicarse *por* el tribunal, protagonista principal del reconocimiento.¹⁹

Tratándose de una cosa mueble (que pueda fácilmente ser trasladada al juzgado) o de una persona, el reconocimiento podrá tener lugar en unidad de acto en el juicio o vista; en este caso, deberá practicarse a continuación del interrogatorio de las partes y de los testigos y después de las declaraciones de los peritos, de conformidad con el orden impuesto en el art. 300, salvo que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, acuerde alterar dicho orden.

A causa de la especial naturaleza de este medio probatorio, se romperá con frecuencia la exigencia de unidad de acto, dado que normalmente el juez se verá obligado a desplazarse fuera del local del juzgado, hasta el lugar o inmueble objeto de reconocimiento o al punto donde se encuentre la cosa mueble que no haya podido ser transportada hasta el juzgado. En estos casos será de aplicación lo que dispone el art. 290, y, en consecuencia, por tratarse de prueba que no puede practicarse en el juicio o vista, el tribunal señalará con al menos cinco días de antelación el día y la hora en que haya de practicarse y, en todo caso, se llevará a cabo antes de tales actos. Esta situación es la que está contemplando –aun sin decirlo expresamente– el art. 353.3 cuando dispone que el tribunal señalará con cinco días de antelación, por lo menos, el día y hora en que haya de practicarse el reconocimiento judicial.

Esta posibilidad de práctica de la prueba antes de la celebración del juicio puede darse en el juicio ordinario (donde, por otro lado, cuenta con expresa previsión, en el art. 429.4)

¹⁹ Ob.cit. págs.242 y 243

porque propuesta la prueba en la audiencia previa, podrá llevarse a cabo el señalamiento para su práctica anterior a dicho acto. Pero no puede ocurrir así en el caso del juicio verbal, puesto que en éste la proposición de prueba tiene lugar en el mismo acto de la vista (art.443.4), por lo que, tratándose de un reconocimiento que haya de realizarse fuera de la sede del juzgado, no hay modo alguno de que la prueba pueda practicarse antes de la celebración de la vista. Para estos casos no hay otra solución que la de recurrir a la interrupción de la vista basada en la causa segunda del art. 193 que la prevé para el caso en que se deba practicar alguna diligencia de prueba fuera de la sede del tribunal y no pudiera verificarse en el tiempo intermedio entre una y otra sesión.²⁰

Cuando el reconocimiento haya de practicarse fuera de la sede del juzgado debemos distinguir dos hipótesis:

a) Que la prueba deba realizarse dentro de la circunscripción del juzgado; en este caso, aunque el objeto del reconocimiento esté situado en localidad distinta a la del juzgado, a fin de mantener la exigencia de inmediación, el juez deberá desplazarse al lugar. No podrá cometerse al Juzgado de Paz, cuya intervención deberá quedar limitada a la práctica de actos de comunicación (art.170).

b) Que la prueba deba realizarse fuera de la circunscripción del juzgado. En este caso el tribunal podrá acudir a la vía del auxilio judicial, expresamente prevista para el reconocimiento judicial en el art. 169.2, si el tribunal no considera conveniente hacer uso de la facultad contemplada en el art. 129.3, de desplazarse fuera de su circunscripción para practicar el reconocimiento conforme a lo prevenido en el art.275 LOPJ.²¹

A diferencia de lo que ocurría con la anterior LEC que limitaba la posibilidad de *prueba anticipada* a la de confesión y testifical, la vigente no restringe en modo alguno los medios probatorios susceptibles de anticipación (arts. 293 a 298), por lo que, dentro de las específicas condiciones de admisibilidad (temor fundado de imposible realización poste-

²⁰ En opinión de DE LA OLIVA, - *Comentarios...* pág.611-, nada impide que esta prueba, por exigir con frecuencia un desplazamiento fuera de la sede del tribunal, se proponga en la demanda o en la contestación, cuando ésta esté prevista. Estimo, sin embargo, que es excesiva la anticipación de la propuesta, pues, sobre estar admitiéndose una proposición de prueba fuera del momento procesal legalmente previsto, en los casos de juicios verbales en los que no hay contestación a la demanda por escrito, al faltar ésta, no podrá conocer el juez el ámbito de discrepancia, es decir, cuáles sean los hechos realmente controvertidos, por lo que carecerá de elementos de juicio para decidir sobre la pertinencia de la prueba.

²¹ Según el art. 275 LOPJ el tribunal podrá practicar diligencias de prueba fuera del territorio de su jurisdicción cuando no se perjudique la competencia del Juez correspondiente y venga justificado por razones de economía procesal.

rior), práctica (contradicción) y vigencia (interposición de la demanda en los dos meses siguientes, salvo fuerza mayor) que los citados preceptos imponen, no puede haber obstáculo alguno para que el reconocimiento judicial pueda ser practicado anticipadamente, siempre que se trate, naturalmente, de dejar constancia de hechos percederos o cuando sea necesaria o urgente la reposición de las cosas al estado anterior. El acta que se extienda y la constancia de la diligencia en medios técnicos audiovisuales, y, en su caso, las piezas de convicción recogidas, serán custodiados por el Secretario (art.296).

Otro extremo donde hemos de anotar nueva orientación legislativa es en la práctica de esta prueba por tribunal colegiado. No cabe ya, en el sistema de la actual LEC, que la práctica de la prueba corra a cargo del magistrado ponente, como disponía la LEC de 1881 en los arts. 254 y 336-3º, y también el 205.3 de la vigente LOPJ. De la lectura del art. 180 de la nueva LEC resulta evidente que ha desaparecido de entre las facultades atribuidas al magistrado ponente la de presidir la práctica de la prueba, por lo que en ella habrán de intervenir todos los miembros que integran el tribunal.²²

El reconocimiento se llevará a cabo por el juez que actuará asistido por el secretario judicial. Las partes, sus procuradores y abogados podrán concurrir al reconocimiento judicial y hacer al tribunal, de palabra, las observaciones que estimen oportunas. Como ya se anticipó, si, de oficio o a instancia de parte, el tribunal considerase conveniente oír las observaciones o declaraciones de las personas técnicas o prácticas en la materia de que pueden hacerse acompañar las partes, les recibirá previamente juramento o promesa de decir verdad. (art.354.2 y 3).

Para el reconocimiento de las personas el art. 355 dice que se practicará a través de un interrogatorio realizado por un tribunal, que se adaptará a las necesidades de cada caso concreto; se trata, como advierte MUÑOZ SABATÉ, de un interrogatorio informal cuyo designio no es extraer noticia de los hechos en general, sino acerca de algún hecho referido al cuerpo o psique del propio interrogado²³. Es claro que el interrogatorio no es el

²² Es de hacer notar, por otro lado, y a mayor abundamiento de lo dicho, que la idea del legislador es la de potenciar al máximo la inmediación (y no sólo la presencia del juez) y que tal inmediación, cuando de tribunal colegiado se trate, afecte a éste en cuanto tal, es decir, implicando a todos sus componentes. Basta, por ejemplo, con leer los arts. 194.1 y 137 de la LEC 1/2000 para comprobar que la prueba ha de ser practicada por quien vaya a dictar sentencia, y esa actividad procesal ahora, en el nuevo sistema legal, sea en la primera o en la segunda instancia, tiene lugar en la vista o juicio, y son el juez o magistrados que hayan asistido a ellos – y no otros- los que han de dictar sentencia, es decir, los mismos que presenciaron la prueba. El segundo de los preceptos citados expresamente dice que todo acto de prueba que deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente será presenciada por “los magistrados miembros del tribunal”.

²³ Ob. cit. pág.381.

único modo de proceder al reconocimiento de personas; el legislador, sin duda, está pensando en el examen de presuntos incapaces; pero éste puede tener por finalidad la comprobación personal de extremos que hayan de percibirse por la vista simplemente.

En todo caso sí conviene advertir que en esta modalidad de reconocimiento, el interrogatorio podrá practicarse, si las circunstancias lo aconsejaren, a puerta cerrada o fuera de la sede del tribunal, e incluso la intervención de las partes en el mismo, que en principio la ley admite, estará subordinada a que el tribunal no la considere perturbadora para el buen fin de la diligencia (art.355.1)

Recuérdese que, como quedó dicho más arriba, en todo caso en la práctica del reconocimiento judicial se garantizará el respeto a la dignidad e intimidad de la persona (art.355.2).

Ciertamente novedosa es la facultad prevista en el art. 354.1 en cuanto que dispone que el tribunal podrá acordar *cualesquiera medidas* que sean *necesarias* para lograr la *efectividad del reconocimiento*, incluida la de ordenar la entrada en el lugar que deba reconocerse o en que se halle el objeto o la persona que se deba reconocer. Del tenor del precepto se desprende que las medidas pueden ser decididas por el juez, sin petición de parte.

Sin duda, el precepto persigue evitar resistencias u obstáculos en la puesta de las cosas a disposición del tribunal, que estorben a la práctica de la prueba y, al mismo tiempo, causen retraso en el procedimiento. La previsión legal es de suma amplitud, en dos vertientes, subjetiva y objetiva (o de medios). En relación con los sujetos, porque al no hacer la LEC distinción alguna y hablar de forma genérica de cualesquiera medidas que sean necesarias, permite entender que podrán éstas adoptarse no sólo respecto de las partes, sino incluso de terceras personas, en cuyo poder se encuentre la cosa que haya de ser objeto de reconocimiento. Desde el punto de vista de los medios la amplia previsión legal admite tanto las medidas que consistan en requerimientos o intimaciones, como en la entrada en lugar objeto de reconocimiento o en el que se encuentre la persona o cosa que ha de ser reconocida, lo que comportaría, entonces, la entrada en domicilio de particular, sea de la parte o de un tercero.

CORDÓN MORENO²⁴ entiende que, dados los amplios términos en que se concibe la adopción de medidas, la solución es dudosamente constitucional. Esa amplitud quedaría obviada ajustando la medida de entrada en domicilio a las exigencias, ya conocidas, de la jurisprudencia constitucional, aunque el texto legal no hiciese referencia específica a ellas; así no cabe duda de que la decisión habría de adoptarse por auto motivado (en todo caso, y no sólo cuando afectase a tercero, como limitadamente entiende el autor antes citado²⁵) en

²⁴ Ob. cit.pág.1209.

²⁵ Vid. la nota anterior

el que se expresará el lugar, el momento y la concreta finalidad; además, el Juez habría de valorar la proporcionalidad de la medida.²⁶ y ²⁷

Por su parte, ORDOÑO ARTES opina que si el objeto está en poder de un tercero o el inmueble es de su propiedad, es aconsejable oírle antes.²⁸ La LEC no exige en este caso

²⁶ En este sentido ASENSIO MELLADO, ob.cit. pág. 826.

²⁷ MORENO CATENA, V. *-Derecho Procesal Civil. Parte general.* Madrid, 2000, pág.174 - plantea dudas sobre la constitucionalidad de la diligencia de entrada y registro que para la ocupación de documentos, cuya entrega o exhibición se resiste, regula el art. 261-2ª LEC dentro de las diligencias preliminares, y no por la medida ni por el tipo de órgano judicial, sino por el rango de norma que la habilita, toda vez que la medida de que se trata supone restricción o injerencia en un derecho fundamental y la LEC no es Ley orgánica (art.81 CE). Se mueve en esta misma tónica la cuestión de constitucionalidad que el Juzgado de 1ª Inst. núm.8 de A Coruña ha planteado – y la Sección Tercera del TC ha admitido a trámite- en relación con el art. 763-1 LEC que se refiere al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, precisamente porque el precepto que lo regula debía tener rango de Ley orgánica (y no lo es la LEC), dado que el internamiento de que el precepto trata afecta al derecho a la libertad personal consagrado en el art. 17 CE.

¿Podría suscitarse la misma duda en relación con la facultad que la LEC reconoce al tribunal de llevar a cabo la entrada en domicilio (de un litigante o de un tercero) con el fin de practicar el reconocimiento judicial acordado en autos? A la vista de anteriores pronunciamientos del TC en relación con la interpretación del término “desarrollo” utilizado por el art. 81 CE, no parece que esta previsión legal del art.354 deba revestir rango de Ley orgánica; así, con ocasión, precisamente, de conocer de un recurso de inconstitucionalidad del art. 211 del CC, relativo al procedimiento e internamiento de presuntos incapaces, y en lo atinente al rango de la norma de cobertura, el TC dijo en sentencia del Pleno 129/1999 de 5 de julio: “... desde la STC 5/1981 este Tribunal ha destacado de forma ininterrumpida la necesidad de aplicar un criterio estricto para determinar el alcance de la reserva y ello tanto en lo referente al término “desarrollar”, como a “la materia” objeto de reserva. Se trata, dice el Tribunal en reiteradas resoluciones, de evitar petrificaciones del Ordenamiento y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas (por todas, STC 173/1998, fundamento jurídico 7º). Más concretamente, se ha afirmado que requiere ley orgánica únicamente la regulación de un derecho fundamental o de una libertad que “desarrolle” la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero igualmente relativa a aspectos esenciales del derecho, y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho” (STC 12 7/1994, fundamento jurídico 3º). Desarrollar no puede equipararse a simplemente afectar. Aplicando esta doctrina al caso aquí enjuiciado no cabe duda de que las reglas procedimentales contenidas en el párrafo segundo del art. 211 C.C. no contienen una regulación directa del derecho a la libertad personal encaminada a la delimitación y definición del mismo y, en consecuencia, dicha regulación no puede considerarse incluida en el ámbito reservado a la Ley orgánica.”

Habrà de estarse a la espera de los criterios (¿nuevos?) y conclusiones que puedan extraerse de la respuesta que el TC dé a la cuestión planteada por el Juzgado de A Coruña.

²⁸ *La prueba de reconocimiento judicial en la nueva...*cit. pág. 215. Así lo entiende también CORDÓN MORENO, vid. supra nota 19.

que se oiga al eventual afectado por la medida; pero dada la naturaleza de la medida, puede tenerse la recomendación dicha como regla de prudencia y medio, a la vez, de que el tribunal pueda ponderar la oportunidad, necesidad, inconveniencia o inutilidad de la medida.

Especiales prevenciones han de adoptarse cuando se trate de reconocimientos corporales, porque en este caso, no podrá contra su voluntad ser obligado el sujeto a un reconocimiento corporal. Desde el momento en que en el proceso civil existen para las partes cargas, pero no obligaciones que puedan justificar una imposición coactiva de un hacer, no podría una parte verse forzada materialmente a someterse a un reconocimiento judicial. Si tal reconocimiento afecta a una parte íntima de su cuerpo, una coacción en tal sentido sería ya abiertamente atentatoria a su dignidad. La LEC previene expresamente que en la práctica del reconocimiento judicial se garantizará el respeto a la dignidad e intimidad de la persona (art. 355.2).

La resistencia a someterse al reconocimiento judicial cuando se trate de exámenes que no sean atentatorios a la dignidad, será valorable en el contexto probatorio, como elemento indiciario que contribuya a tener por probado el hecho cuya prueba se pretendía mediante el reconocimiento. Como advierte MONTERO AROCA²⁹, la negativa a someterse al reconocimiento debe afrontarse desde la perspectiva del no levantamiento de una carga (pero no obligación, como ya se ha dicho) y, por esa razón, no puede entenderse como un reconocimiento tácito o *ficta confessio* en sentido estricto, referible sólo a la prueba de interrogatorio de parte.³⁰

5. CONCURRENCIA CON OTRAS PRUEBAS.-

Por razones de economía procesal y de mayor eficacia en la práctica de la prueba, la LEC admite que el reconocimiento se realice en unidad de acto, en *conurrencia, con otras pruebas, como la pericial y la testifical*.

a) Respecto de la *pericial*, y según el art. 356, podrán practicarse en un solo acto el reconocimiento judicial y el pericial, sobre el mismo lugar, objeto o persona. Así puede acordarse de oficio por el tribunal, por considerarlo conveniente, o a instancia de parte y si el tribunal accede a dicha petición por estimarla procedente (art.356). Obviamente, lo que el juez puede acordar de oficio no es la práctica de las pruebas –cuya iniciativa corresponde a la parte, según el art. 282- sino la de su realización conjunta.

²⁹ *La prueba...*cit.pág.331

³⁰ En opinión de ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento judicial en la nueva...*cit. pág.214, el reconocimiento psiquiátrico a que se refiere el art. 759.1 y 3 de la LEC, sí hay que entenderlo como obligatorio, a la vista del contenido del precepto.

Una vez practicados los reconocimientos – por el juez y por el perito – éste emitirá por escrito su dictamen que hará llegar al tribunal (art.346).

b) También puede acordarse que con la práctica del reconocimiento judicial se lleve a cabo la *testifica* (art. 357.1). Esta concurrencia sólo puede decidirse a instancia de parte y a su costa, sin que la LEC prevea que pueda decidirse de oficio por el juez. Habrá razón para practicar la testifical conjuntamente con el reconocimiento cuando la vista del lugar o de las cosas o personas pueda contribuir a la claridad de su testimonio. En tal caso, decidida la concurrencia de ambas pruebas, los testigos serán examinados acto continuo del reconocimiento judicial.

Como se ve, el precepto ordena de modo sucesivo la práctica de las pruebas, disponiendo la de testigos a continuación del reconocimiento; sin duda es el orden lógico y que propicia una más fructífera práctica de la prueba testifical; conocido el lugar, el juez, condecor ya del objeto (lugar, cosa, inmueble) sobre el que versa la prueba, se encontrará en mejor situación para, en su caso, hacer uso de la facultad que el art. 372.2 le concede para interrogar por sí al testigo con objeto de obtener aclaraciones o adiciones.

c) Novedad de la ley (art.357.2) lo es que se prevea también el *interrogatorio de partes* en concurrencia con el reconocimiento judicial (aunque no aparece anunciado en la rúbrica del precepto); al igual que en el supuesto de la prueba testifical, requiere instancia de parte y, en todo caso, que se den las mismas circunstancias, es decir, que tal declaración, a la vista de las cosas o del lugar, pueda ser clarificadora de la declaración.

6. DOCUMENTACIÓN.-

Del reconocimiento judicial practicado se levantará por el secretario judicial *acta* detallada en la que se consignarán con claridad, según los arts. 358 y 359:

a) Las percepciones y apreciaciones del tribunal; queda claro, pues, que lo que se incorpora al acta es lo que el juez – no el secretario - percibe y aprecia. El secretario da fe de lo que el juez manifiesta percibir y apreciar. No da fe de que lo que el juez dice sea verdad, sino de que es verdad que el Juez dice lo que en el acta se recoge. Explica MUÑOZ SABATÉ que se produce aquí un efecto que denomina diplopético, porque el secretario que levanta acta del reconocimiento no da fe de lo que él percibe, sino de las percepciones que el juez le dicta; el secretario –dice- se convierte así en un fedatario de lo que oye, pero no de lo que ve.³¹

³¹ Ob. cit. pág.384.

b) Las observaciones hechas por las partes; tratándose de la petición de constancia de datos objetivos, el juez deberá recogerlos; si las observaciones consisten en personales valoraciones o conclusiones, se incluirán en cuanto que manifestaciones de las partes, pero no que ellas se correspondan con la realidad.

c) Las observaciones hechas por los técnicos o personas entendidas que acompañen a las partes.

d) El resultado de las actuaciones probatorias que, en su caso, se hubieren practicado en el acto.

e) Los datos identificadores de los medios técnicos utilizados a que se refiere el art. 359

En relación con el contenido del acta la doctrina suele distinguir entre *datos extrínsecos o formales*, relativos al día, hora, lugar, personas que concurren (litigantes, procuradores, abogados, personas técnicas o prácticas en la materia) y firmas de los concurrentes; y datos *intrínsecos o materiales*, unos de carácter *objetivo* (referencia a los datos relativos al lugar, objeto, o persona a que el reconocimiento se refiere, como también las manifestaciones u observaciones hechas por los asistentes al acto (abogados o personas técnicas o prácticos); y otros datos *intrínsecos subjetivos*, es decir, las apreciaciones, conclusiones, deducciones o juicios de valor, que, con base en los datos observados, hagan el tribunal y los asistentes al acto.³²

Además de la extensión del acta la LEC prevé la utilización de medios técnicos de constancia del reconocimiento. Dispone al efecto el art. 359 que se utilizarán medios de grabación de imagen y sonido u otros instrumentos semejantes para dejar constancia de lo que sea objeto de reconocimiento judicial y de las manifestaciones de quienes intervengan en él.

Debe, sin embargo, tenerse en cuenta que, según dispone el mismo precepto, la utilización de tales medios técnicos no exime del levantamiento del acta; dice el art.359 que, no obstante el empleo de aquellos, no se omitirá la confección del acta y se consignará en ella cuanto sea necesario para la identificación de las grabaciones, reproducciones o exámenes llevados a cabo, que habrán de conservarse por el tribunal de modo que no sufran alteraciones.

El art. 147, por su parte, nos dice que la grabación se hará bajo la fe del secretario judicial, a quien corresponde la custodia de las cintas, discos o dispositivos en los que la grabación se hubiere efectuado.

³² Vid. FONT SERRA, ob.cit. págs.259-260; también, MONTERO AROCA, ob. cit., págs. 344-345

Cuando sea posible la copia, con garantías de autenticidad, de lo grabado o reproducido por los antedichos medios o instrumentos, la parte a quien interese, a su costa, podrá pedirla y obtenerla del tribunal.

7. VALORACIÓN.-

Ante la ausencia de norma alguna en la anterior LEC – y en el CC- se ha venido entendiendo que se trata de una prueba de libre valoración.³³ La actual LEC tampoco contiene precepto alguno sobre la valoración de esta prueba. Y la omisión hay que entenderla deliberada. Tal vez sea ello debido a las particularidades de esta prueba que, en palabras de MUÑOZ SABATÉ, más que tratarse de un caso de demostración, lo es de *mostración*³⁴, lo que supone que el juez, ante la cosa misma que es objeto de prueba, se persuade de la realidad.

Hay, en efecto, un primer momento o estadio que consiste en la directa percepción por el juez de la cosa, lugar o persona a que la prueba se refiere, que es fuente de la impresión sensorial que nutrirá su convicción. Esa percepción personal del juez, así como las manifestaciones y observaciones de los concurrentes al acto son trasladadas al acta. Para el propio juez que practica el reconocimiento la base de su convicción está, como decimos, en la inmediatez del conocimiento de la cosa misma; el acta – donde se hacen constar datos objetivos y se plasman apreciaciones subjetivas- no tiene para él sino un mero valor instrumental de documentación de la diligencia para constancia en autos y de recordatorio o rememoración de sus propias percepciones y apreciaciones,³⁵ y, en su caso, para su posterior apreciación por otros.

Desde luego el juez valorará libremente lo que ha percibido por sus sentidos, así como las observaciones de las partes y de los técnicos y personas prácticas; es obvio, sin embargo, que no podrá ir en contra de una realidad física incontestable, desconociendo aquellos datos objetivos por él mismo constatados (medidas de un muro, distancia medida entre propiedades, etc);³⁶ cuestión distinta es que esos datos, comprobados *in situ* y personalmente,

³³ Explica ORDOÑO ARTES: “El juez, al examinar el objeto reconocible, extrae una serie de juicios de hecho, de los cuales, conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia, deduce argumentos de prueba que le proporcionan la convicción acerca de la certeza de los hechos. De este modo, el juez se convence o no de la existencia de tales hechos, declarándolos o no probados en su sentencia”, *La prueba de reconocimiento...cit.*, pág.293. En iguales términos en *La prueba de reconocimiento judicial en la nueva...*, cit., pág.237.

³⁴ Ob. cit. pág.378.

³⁵ FONT SERRA, ob.cit.pág.264.

³⁶ MONTERO, ob. cit. pág.348, dice que en estos casos en que el mismo juez que practica el reconocimiento es el mismo que luego dicta sentencia, “pareciera como si la distinción entre prueba

servan de base para una determinada interpretación, que, lógicamente, el juez hace libremente, siempre ateniéndose a normas de sana crítica, de buen criterio. También es lógico que se atenga en su sentencia a las percepciones que como propias ha hecho constar en el acta; en otro caso, como dice ORTELLS, incurriría en arbitrariedad, salvo motivación expresa en la sentencia de modificaciones en la interpretación que se hizo constar en acta.³⁷

Para la doctrina jurisprudencial, esta prueba es de apreciación discrecional por el tribunal de instancia, sujeta a su criterio y, por tanto, no impugnabile en casación, salvo que del reconocimiento conste un dato irrefutable apreciado por los sentidos, reflejado en la diligencia, pero ignorado a la hora de la decisión final (STS 23-10-1999, y las que en ella se citan; también SSTS 31-12-1993, 9-10-1998).

Cuando se trate de reconocimiento hecho por otro juez o tribunal distinto del que lo practicó (por razón de auxilio judicial o cuando se trate de su apreciación por el tribunal de apelación), falta la observación directa del que ha de dictar sentencia; se pierde entonces lo que es esencia de esta prueba, su sentido propio, que no es sino la intermediación en la percepción de las cosas.

El tribunal habrá de basarse, en estos casos, en el contenido del acta. Ésta tiene entonces un aspecto documental, como elemento probatorio, del que carece para el juez que practicó el reconocimiento. El acta tiene la consideración de documento público, a tenor de lo que dispone el art.317.1º, que goza de su propio régimen de valoración (art.319.1); en consecuencia, el acta hace prueba plena del hecho mismo del reconocimiento, fecha en que se produce la documentación, identidad del fedatario y personas que intervengan, también del lugar y cosas sobre que ha versado el reconocimiento y de las manifestaciones consignadas en cuanto que hechas por las partes, pero en cuanto juicios de valor o apreciaciones no vinculan al tribunal. ³⁸Dicho de otro modo, el tribunal se atenderá, en principio, a los datos

legal y prueba libre careciera de sentido, pues el juez ineludiblemente estará a aquello que ha percibido por sus sentidos y no podrá sustraerse a lo que ha constatado. En este caso podría incluso sostenerse que se trata de un medio de prueba legal”. En cuanto que sería arbitrario haber hecho constar un dato objetivo en el acta y que luego en sentencia se llegara a conclusión diferente, “a este efecto de poner de manifiesto el absurdo, la prueba puede considerarse de valoración legal, aunque no exista una norma expresa en ese sentido”.

Vid. también CABAÑAS GARCÍA, J.C., *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*. Madrid, 1992, pág.115.

³⁷ Ob.cit.pág.421.

³⁸ CABAÑAS GARCÍA, ob. cit., pág.116 considera que es una desnaturalización de la prueba de inspección la llevada a cabo por algunos autores (cita a GUASP y SERRA), cuando imputan el carácter de prueba documental pública al acta valorada por otro juez diverso de que la redactó. “En verdad el juez –dice- que practica el reconocimiento no deja de ser un testigo de excepción (cualificado por su cargo),y su dicho en relación al acta carece del valor de fe pública, grado de verdad ínsito, del resto,

objetivos trasladados al acta, y normalmente también dará crédito a las apreciaciones del juez que practicó el reconocimiento, pero no hay que descartar la posibilidad del error de apreciación o de que ésta resulte desvirtuada por otras pruebas, por lo que el tribunal que ha de dictar sentencia no tiene por qué asumir las deducciones o valoraciones del juez que practicó el reconocimiento.

Es expresiva en este sentido la STS de 8-11-1982 a cuyo tenor: “no es la de reconocimiento judicial una prueba privilegiada que haya de prevalecer sobre las otras practicadas, ni el acta en que se documenta conforme a lo dispuesto en el párr. 3.º del art. 634 de la LEC. merece la conceptualización de documento auténtico a los fines del recurso extraordinario de casación -SS., entre las últimas, de 15 y 18 febrero 1982 - y ello ni siquiera -en términos generales-, respecto de aquella parte en que dicha acta refleje «las exterioridades de la cosa inspeccionada», conforme a lo que dispone el art. 1240 del C. Civ., esto es, cuando lo consignado proceda de lo que el Juez haya percibido personalmente por sus sentidos, cuanto menos aquella parte en que vierta calificaciones o juicios de valor aún emanados del propio Juez, y menos todavía la parte que constate observaciones de las litigantes, sus representantes y letrados o las observaciones o declaraciones de las personas prácticas que pueden acompañarles conforme al art. 634 de la L. E. Civ”.³⁹

En lo sucesivo, el tribunal que no haya practicado el reconocimiento, dada la nueva regulación de la LEC 1/2000, contará con un instrumento auxiliar de especial valor, como son los medios técnicos de grabación que, sin duda, aventajan a la redacción del acta y colocan al tribunal en situación similar a la del que estuvo en el lugar.

al imperio de su oficio; por lo que su eficacia es vencible por la infirmación producida por prueba en contrario”

³⁹ En la STS de 8-11-1986 se dice que la inspección ocular practicada por un juez no tiene que ser apreciada necesariamente en la sentencia que otro dicte, lo que excluye la eficacia vinculante de su contenido, sino, también, porque la conclusión de la sentencia recurrida respecto a la no concurrencia de culpa en el actuar de los demandados se obtiene de la valoración conjunta de la prueba y no sólo de la inspección ocular practicada por el juez de lo penal.