



Tribuna
Los medios de prueba a la luz de las reglas de la sana crítica **2**



Práctica Forense
Drones aéreos y peritaje **13**



Associació de
Probàtica
i Dret Probatori

PRESENTACIÓN

LA LEY 7635/2015

Presentación de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio

Lluís MUÑOZ SABATÉ
Presidente Honorario
APDP

En marzo de 2009 tuvo lugar en la Barcelona universitaria y académica un modesto pero prometedo acontecimiento. Se constituyó el Instituto de Probática y Derecho Probatorio, que con el tiempo y amplio desarrollo acabó implantándose legalmente como es ahora: Asociación de Probática y Derecho Probatorio. Su nombre delata ya sus objetivos, que no son otros que los de atender desde diversas perspectivas a una institución jurídica de suyo bastante marginada hasta hace poco tiempo: la prueba. Un inventario de las actividades y logros de la APDP no cabría en esta breve presentación.

Desde la colección bibliográfica «Estudios sobre los medios de prueba» dirigida por el magistrado Xavier Abel Lluch y el catedrático Joan Picó i Junoy, hoy día

ampliado con nuevas y constantes publicaciones sobre la materia, o la revista «Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio editado por LA LEY (Wolters Kluwer España) y dirigida por el abogado Frederic Munné Catarina hasta la organización de diversos encuentros y jornadas (la prueba de la mala praxis médica, la prueba de *bulling*, la prueba de la corrupción) o los cursos sobre probática impartidos en la Universidad Internacional de Catalunya bajo la tutela de su vicedecano el profesor Carlos de Miranda.

Pero tal vez el mérito más destacado sea el haber logrado consolidar el propio concepto de probática, en cuanto disciplina encaminada a la enseñanza de la prueba, en concreto en el proceso, es decir, una clínica del «como probar que». ■

Revista cuatrimestral de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio. Dirigida a juristas y otros colaboradores de la Justicia interesados en la semiótica, en como probar los hechos y en el Derecho probatorio.

Consejo de redacción

Prof. Dr. Xavier Abel Lluch
Prof. Dr. Frederic Munné Catarina
Prof. Dr. Lluís Muñoz Sabaté
Prof. Dr. Manuel Richard González

Prof. Dr. David Velázquez Vioque

Director

Frederic Munné Catarina
Abogado y doctor en Derecho.

Subdirector

Manuel Richard González
Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA.

Colaboradores en este número:

Xavier Abel Lluch
Juan Antonio Andino López

Ernesto Martínez de Carvajal Hedrich

Jesús Delgado Lorenzo
Luis Muñoz Sabaté

Vicente Pérez Daudí

Manuel Richard González

sumario

■ **Presentación**

Presentación de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio
Lluís MUÑOZ SABATÉ **1**

■ **Tribuna**

Los medios de prueba a la luz de las reglas de la sana crítica
Xavier ABEL LLUCH **2**

■ **Práctica Forense**

Drones aéreos y peritaje
Ernesto MARTÍNEZ DE CARVAJAL HEDRICH **13**
La firma es la esencia del yo
Jesús DELGADO LORENZO **14**

■ **Dossier**

Dossier de los tribunales sobre probática
Juan Antonio ANDINO LÓPEZ **16**
Jurisprudencia sobre derecho probatorio
Manuel RICHARD GONZÁLEZ **20**

■ **Preguntas con respuesta: la prueba a consulta**

¿Puede un tercero solicitar el historial clínico de la parte contraria a través de una diligencia preliminar?
Vicente PÉREZ DAUDÍ **24**

■ **Rincón de Lectura** **26**



Tribuna

Los medios de prueba a la luz de las reglas de la sana crítica

LA LEY 7690/2015

Los medios de prueba a la luz de las reglas de la sana crítica

Xavier ABEL LLUCH

Magistrado. Doctor en Derecho

En el presente artículo se analiza fundamentalmente las reglas de la sana crítica, como canon valorativo de la prueba, en relación con cada uno de los medios de prueba que lo contemplan en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, incluido también el reconocimiento judicial. Se ofrecen pautas, orientaciones y directrices concretas para valorar, conforme a las reglas de la sana crítica, todos y cada uno de los medios de prueba.

I. GENERALIDADES

Todo jurista resulta familiarizado con la expresión de las «reglas de la sana crítica» y particularmente los jueces cuya valoración de los medios de prueba descansa prioritariamente en este sistema de valoración, que históricamente se erige como una pauta entre la rigidez del sistema de prueba tasada y la absoluta discrecionalidad del sistema de la íntima convicción. Tal canon valorativo hunde sus raíces históricas en el art. 148 del Reglamento en los negocios contenciosos de la Administración de 30 de diciembre de 1846 (1), y fue recogido, por vez primera en un Código Procesal Civil, en el art. 317 de la LEC de 1855 (2), manteniéndose en la LEC de 1881, incrementándose en la vigente LEC de 2000, y resultando acogido en prácticamente todos los países iberoamericanos a través del Código Procesal Modelo para Iberoamérica de 1988 (arts. 130 y 131).

Se definen bien como «las [reglas] del raciocinio lógico» [SSTS, 24 de enero de 2013 y 18 de diciembre de 2013 (3)], bien como «normas de criterio fundadas en la lógica y la experiencia» [SSTS, 5 de febrero de 2013 y 20 de mayo de 2013 (4)], bien como «las reglas de la lógica, las máximas de experiencia o los criterios generalmente aceptados por la ciencia» [SSTS, 28 de diciembre de 2007 (5) y 3 de marzo de 2008 (6)].

Tradicional y sintéticamente se han definido como las «reglas de la lógica, de la experiencia y de la ciencia», y con un alcance más

descriptivo pueden definirse como «son las reglas no jurídicas derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia que sirven para fundar una valoración razonada de la prueba y permiten su control posterior por otro órgano de enjuiciamiento superior» (7), definición que permite incluir un elemento sustantivo —las reglas o principios no jurídicos—, un elemento constitutivo —la mención explícita a los parámetros de la lógica, la experiencia y la ciencia—, y un elemento funcional —la adscripción a la concepción racional de la prueba—.

Son reglas: a) no jurídicas, en cuanto no se hallan codificadas, ni recogidas en texto positivo alguno; b) de carácter mixto, en cuanto reglas lógicas e inmutables; y de carácter contingente, en cuanto reglas de experiencia, variables en tiempo y lugar (8); c) de carácter valorativo, pues sirven para fundar una valoración racional de la prueba, y d) tendencialmente expansivas, pues se aplicarán en defecto de prueba tasada y en defecto de previsión legislativa.

Debe combatirse la autosatisfacción de los juristas —y en particular de los procesalistas— que se limitan a proclamar que las reglas de la sana crítica son las reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia, sin explicitar que criterios lógicos se aplican, como funcionan las máximas de experiencia o qué criterios validan la ciencia. Aun cuando el presente estudio se centra en la operatividad de las reglas de la sana crítica en la LEC, me permito efectuar, siquiera de manera sucinta, algunas pinceladas sobre la lógica, las máximas de experiencia y la ciencia.

En cuanto a la lógica, ni la argumentación judicial se agota en la lógica —pues incluye también las máximas de experiencia y la ciencia, e incluso otros aspectos con la intuición o el sentido de justicia— ni puede desconocer las reglas básicas de la lógica —en particular los conocidos principios clásicos principios de identidad —«una cosa es una cosa y otra cosa es otra cosa»—; de no contradicción —«ninguna proposición puede ser verdadera y falsa al mismo tiempo» (9)—; de razón suficiente —«las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia»—; y de tercero excluido —«toda proposición es verdadera o falsa»— (10).

En cuanto a las máximas de experiencia, entendidas reglas no jurídicas, extraídas de la experiencia a partir de la observancia de numerosos y similares casos reales, pero independientes de los casos particulares, que permiten fundar la valoración probatoria del juez, y cuya eficacia probatoria dependerá de la solidez de la ley científica en que se ampare, desarrollan una función justificativa de la valoración probatoria, consistente en expresar las buenas razones que el juez utiliza para motivar su decisión sobre los hechos, resultando muy útil no una invocación genérica y abstracta a las máximas de experiencia sino a la concreta máxima de experiencia de cada medio probatorio. Ello significa que la justificación no debería limitarse a una referencia genérica a las máximas de experiencia, a modo de cláusula de estilo y vacía de contenido, sino que el juzgador debería dotar de contenido a la máxima con respecto a cada medio de prueba (ej. coherencia de la declaración del testigo, fiabilidad de la declaración de la parte, contextualización del documento, observancia de los parámetros científicos en la elaboración del dictamen, etc.).

En cuanto a la ciencia, y dado su auge en la valoración probatoria, debe distinguirse, ante todo, las funciones del juez y del perito, a cuyo efecto se ha propuesto que el tradicional paradigma de la individualización —en el que el perito expresa y valora los datos científicos y el juez se limita a darles forma jurídica— sea sustituido por el paradigma de la verosimilitud —en el que el perito expresa lo que dicen los datos y el juez los valora a la luz de los demás datos y prueba obrante en las actuaciones— (11). Y deben sentarse los criterios de validación de la buena ciencia, tales como la utilización del conocimiento científico disponible, la selección racional de los procedimientos de aplicación de los conocimientos utilizados, o los parámetros y referentes externos de fiabilidad: los protocolos (12).

II. LAS REGLAS DE LA LÓGICA Y LA RAZÓN DEL ARTÍCULO 218.2 LEC

La LEC contiene una referencia explícita a las «reglas de la lógica» en el apartado 2.º del

art. 218 —que fue introducido en tramitación parlamentaria (13)—, cuyo tenor literal es el siguiente: «Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del Derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y la razón» (14).

Del anterior artículo pueden deducirse las siguientes afirmaciones:

En primer lugar, la motivación no se agota en la observancia de las reglas jurídicas, sino que debe observar también las reglas de la lógica y la razón. En palabras del magistrado Fernández Seijo «la motivación no es más que una actividad lógica de quien resuelve, por lo tanto queda sometida no sólo a las reglas jurídicas —principio de legalidad— sino también a las reglas de la lógica y la razón» (15). Ello significa que la lógica y la razón constituyen uno de los parámetros que conforman la motivación legalmente exigible en una resolución judicial.

En segundo lugar, el legislador efectúa una mención conjunta a «las reglas de la lógica y la razón» susceptible de varias interpretaciones: a) si partimos de la premisa que el art. 218.2 LEC introduce como novedad imponer al juez el contenido mínimo de la motivación legalmente exigible (16), tendremos que concluir que constituye una apelación al deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales (art. 120.3 CE), y la referencia explícita a la «razón» alude a la necesidad de expresar el llamado «contexto de la justificación» y una apelación al uso de la recta razón judicial en sintonía con la conocida definición de GUASP de las reglas de la sana crítica como «los criterios normativos («reglas», pero no jurídicas) que permiten al hombre normal, en una actitud prudente y objetiva («sana») para emitir juicios de valor (estimar, apreciar: «crítica», acerca de una realidad» (17); b) si conceptuamos las reglas de la sana crítica como «reglas derivadas de la lógica, de la experiencia y de la ciencia», podemos concluir que la mención a la lógica resulta explícita, mientras que la referencia a la experiencia y la ciencia se encuentra implícita en el término «razón», en reconocimiento que la motivación no se agota en la lógica; c) el término «razón», que se añade al de la «lógica», marca el límite a partir del cual —lo irrazonable— se permite la revisión de la valoración probatoria, a través del recurso por infracción procesal; d) se trata de una simple redundancia porque «lógica» y «razón» en el contexto legal son expresiones sinónimas referidas a la exigencia de motivación.

En tercer lugar, la observancia de las «reglas de la lógica y de la razón» se extiende tanto al juicio de hecho cuanto al de derecho. Con respecto al juicio de hecho, la motivación exigirá determinar qué hechos han quedado probados y en virtud de qué medios de prueba. Con respecto al juicio de derecho la aplicación e interpretación de las normas jurídicas. El juicio de hecho debe ajustarse también a las reglas de la lógica, pues existe la tentación de circunscribir la lógica al estudio de las cuestiones jurídicas, con olvido de las cuestiones de hecho, siendo, por el contrario, éstas últimas las más decisivas, al permitir individualizar la respuesta judicial de la controversia.

En cuarto lugar, el ajuste a las «reglas de la lógica y la razón» aparece como un *desiderátum* que debe observarse «siempre», es decir, en todo caso y en toda resolución judicial que revista forma de sentencia, esto es, ponga fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez concluida la tramitación prevista en la Ley (art. 206.3.º LEC), bien sea una sentencia absolutoria en la instancia, una sentencia oral, una sentencia del tribunal de primera instancia, o de segunda instancia. Obviamente también a las sentencias del Tribunal Supremo. El adverbio «siempre» que precede a la necesidad de ajustarse a la lógica y la razón actúa como una barrera infranqueable y como límite legal y explícito a la argumentación judicial que, de rebasarse, puede justificar la revisión del juicio de hecho —y, por ende, la valoración probatoria— a través del recurso extraordinario de casación (actualmente con la vigente LEC el recurso por infracción procesal y al amparo del art. 469.1.4.º LEC).

La jurisprudencia interpreta la referencia a las reglas de la «lógica y la razón» en el art. 218.2 *in fine* LEC efectuando una distinción entre la «exposición argumentativa» del juez o tribunal decisor y «el carácter lógico de la interpretación o conclusión extraída», entendiéndose que se colma la exigencia legal con la formulación de la primera, por entender que el carácter lógico de la interpretación o conclusión es una cuestión de fondo y propia del recurso de casación. Con esta argumentación el Tribunal Supremo distingue entre: a) exigencia de motivación, entendida como coherencia formal y resolución fundada en derecho —«exposición argumentativa»— cuya denuncia se incluiría en el art. 469.1.2.º LEC —como infracción de una norma reguladora de la sentencia—; y b) la motivación lógica y acertada, que se entiende como una cuestión de fondo solo revisable en casación.

Así se deduce, entre otras muchas, de la STS de 12 de noviembre de 2010 que, en la parte que interesa, afirma:

«El motivo debe desestimarse porque la exigencia del art. 218.2 "in fine", de la LEC de que

la motivación debe ajustarse a las reglas de la lógica y de la razón se refiere a la exposición argumentativa del Tribunal y no a si es lógica la interpretación jurídica, ni la conclusión de este orden extraída, efectuadas por la resolución recurrida, pues se trata de cuestiones de fondo propios del recurso de casación» (18).

Paralelamente, en el ámbito penal y a partir de la emblemática STC 31/1981 se inició un cambio de doctrina en el Tribunal Constitucional y luego en el Tribunal Supremo, a propósito de la presunción de inocencia, que exige valorar las pruebas conforme a un criterio de racionalidad y expresar ese criterio en la fundamentación de la sentencia. Así en la década de los años 1980 se exige una valoración de la prueba conforme a los criterios de la lógica humana (19). Claro exponente de esta tendencia jurisprudencial es la STS de 29 de enero de 1988, que, en la parte que interesa, afirma:

«la estimación en conciencia a que se refiere el precepto penal [741 LECrim.] no ha de entenderse o hacerse equivalente a cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del Juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, que aboque a una historificación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo, de mayor o menor amplitud, de datos acreditativos o reveladores, que haya sido posible concentrar en el proceso» (20).

Atrás había quedado una jurisprudencia que no exigía el requisito de la motivación, tal como puede verse en la conocida STS de 10 de febrero de 1978 que afirmaba:

«el juzgador, a la hora de apreciar las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y las declaraciones o manifestaciones del acusado, lo hará no ya sin reminiscencias de valoración tasada o predeterminada por la Ley, o siguiendo las reglas de la sana crítica, o de manera simplemente lógica o racional, sino de un modo tan libérrimo y omnímodo que no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el de proceder al análisis y a la consecutiva ponderación con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume recta e imparcial» (21).

III. LAS REGLAS SANA CRÍTICA EN LOS DISTINTOS MEDIOS DE PRUEBA

A diferencia de la LEC de 1881 que había optado por «un sistema de prueba tasada con algunas concesiones al sistema contrario [de libre valoración]» (22), la vigente LEC ensancha el sistema de valoración conforme a las reglas de la sana crítica, hasta el punto de convertirse en el criterio por excelencia de la valoración de los medios de prueba, recoge-

do en diversos artículos: el interrogatorio de las partes (art. 316.2 LEC); los documentos privados no averados (art. 326.2 LEC); las copias reprográficas (art. 334.1 LEC); la prueba pericial (art. 348 LEC); el interrogatorio de testigos (art. 376 LEC); la prueba por instrumentos de filmación, grabación y semejantes (art. 382.2 LEC); y la prueba por instrumentos informáticos (art. 384.3 LEC). Se trata de un «sistema mixto que atenúa el alcance de la prueba legal (atribuido tradicionalmente a la confesión y los documentos) y opta como regla general por las reglas de la sana crítica (pericial, testifical y reconocimiento judicial)» [SAP Barcelona, 31 de octubre de 2012 (23)].

1. En el interrogatorio de las partes (artículo 316.2 LEC)

Bajo la vigencia de la LEC de 1881 la confesión en juicio accedía al proceso mediante un interrogatorio escrito (pliego de posiciones) en el que una de las partes contestaba a las preguntas (posiciones) formuladas a instancia de la adversa (art. 581 LEC 1881). Se trataba de un interrogatorio escrito, de carácter formal y asertivo, prestado bajo el ritual de un juramento (decisorio o indecisorio), cuya «pesadez técnica» denunciaba la doctrina, reclamando una declaración «nuda de toda formalidad no exigida por los modernos principios de la prueba civil» (24). La LEC prescinde del juramento y abandona la escritura, y responde al modelo de un interrogatorio oral, siquiera la deseada «espontaneidad de las respuestas» (Exposición Motivos, epígrafe XI, párrafo 7.º) queda aún encorsetada por la exigencia del sentido afirmativo de las preguntas (art. 302 LEC).

Por vez primera la LEC introduce la valoración conforme a las reglas de la sana crítica en el interrogatorio de las partes, puesto que la LEC de 1881 mantenía el criterio de la prueba tasada cuando la confesión se prestaba bajo juramento indecisorio y perjudicaba al confesante (arts. 580, III LEC 1881 y 1232 CC), siquiera la jurisprudencia ya había atemperado su carácter de *regina probatio* afirmando que no tenía valor superior al de los restantes medios de prueba y debía apreciarse con el resultado de las demás pruebas del juicio [entre otras muchas, STS 1 de septiembre de 1997 (25)].

La LEC opta por un sistema de valoración mixto, pues conserva vestigios del sistema de prueba tasada (art. 316.1 LEC) e incorpora el sistema de la sana crítica (art. 316.2 LEC), y en el que la regla general parece ser la valoración tasada, cuando examinado detenidamente, y por mor de la exigencia de elevados requisitos, se convierte prácticamente en la excepción.

La eficacia de prueba tasada exige que el declarante haya tenido intervención personal en los hechos —en el sentido de protagonismo en los hechos—, que la declaración le sea enteramente perjudicial —en el sentido de una *contra se declaratio* y de un reconocimiento claro y total de los hechos perjudiciales— y que no resulte contradicha por el resultado de las demás medios de prueba (art. 316.1 LEC).

Fuera de estos supuestos, esto es, «en todo lo demás» (art. 316.2 LEC), el interrogatorio de las partes se valorará conforme a las reglas de la sana crítica, comprendiendo, entre otros, los supuestos de las declaraciones sobre hechos no personales, las declaraciones favorables al declarante y las declaraciones contradichas por los demás medios de prueba.

Corresponde a Fernández Urzainqui el mérito de haber listado los supuestos de valoración de la declaración de las partes conforme a las reglas de la sana crítica del modo siguiente: a) las declaraciones que en sí mismas no comportan un claro e inequívoco reconocimiento de los hechos por el interrogado; b) las declaraciones en que el declarante no tuvo una intervención personal en los hechos; c) las declaraciones favorables al interrogado; d) el reconocimiento de hechos personales que aparece «matizado» (esto es, no es «enteramente perjudicial», según el art. 316.1 LEC) porque el declarante añade circunstancias que desvirtúan, neutralizan o anulan su perjudicialidad; e) el reconocimiento por alguno de los colitigantes de hechos personales cuya certeza perjudica a todos ellos; f) el reconocimiento de hechos por el sujeto de la relación jurídica controvertida o titular del derecho en cuya virtud se acciona, en relación con quien, legitimado por sustitución, actúa en el proceso como parte; g) el reconocimiento de hechos perjudiciales al declarante cuya certeza aparezca contradicha por el resultado de otros medios de prueba; h) el reconocimiento de hechos en procesos que tengan por objeto relaciones jurídicas indisponibles, como son los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, en los que el tribunal no queda vinculado por las disposiciones legales del interrogatorio de las partes (art. 752.2 LEC) (26).

El carácter tasado del interrogatorio de las partes se funda en la máxima de experiencia de que «nadie miente mendazmente contra sí mismo», y ello junto con la mezcla de una institución como el juramento, condujo al legislador de 1881 a otorgar a la confesión en juicio el carácter de prueba plena, pero entendemos que las declaraciones personales (sean de las partes o de los testigos), y salvo supuestos muy concretos de reconocimiento perjudicial, deben valorarse conforme a las reglas de la sana crítica, pudiendo el juzgador ponderar la credibilidad de la declaración

por sí mismo, sin vinculación a un sistema de prueba legal. Con ello la declaración de las partes pierde su carácter de *regina probatio*, se equipara con el resto de los medios de prueba a efectos probatorios, y se obliga al juez a expresar las «buenas razones» de la credibilidad de la declaración de la parte, y entre ellas, «la precisión y claridad de las respuestas», así como la ausencia «de contradicciones en las declaraciones de la parte interrogada» [SAP Salamanca, 7 de febrero de 2012 (27)].

La «liberalización» del interrogatorio lo convierte en más espontáneo, tal como se pretende en la Exposición de Motivos de la LEC, y ya no es necesario que las preguntas se encabecen con fórmulas rituales (el tan consabido «confiese» o «diga ser cierto»), se formulen en sentido afirmado —puede ser también interrogativas (explique cómo sucedió el accidente)—, o se limiten a los hechos personales —puede ser un interrogatorio sobre hechos no personales—.

2. En el interrogatorio de testigos (artículo 376 LEC)

Se han distinguido tres períodos en la aplicación de las reglas de la sana crítica a la prueba de testigos. Un primer período, llamado empírico, hasta el siglo XVIII, en que la valoración se funda en las reglas derivadas de la observación práctica. Un segundo período, llamado lógico, con influencia de los principios racionales y de los razonamientos inductivos-deductivos, iniciado a partir del siglo XVIII y hasta el siglo XIX. Y un tercer período, llamado psicológico o científico, iniciado a partir del siglo XIX, fechado con la publicación de una obra de BINET (*La suggestibilité*, París, Schleider, 1900) y con un trabajo sobre la psicología del testigo de Stern en 1902 (28).

En el periodo empírico domina la apreciación aritmética de la prueba de testigos. Así sucedía en el Fuero Viejo de Castilla, en el Fuero Real, en el Espéculo y en las Partidas. En el Fuero Viejo de Castilla, el número de testigos para verificar un hecho variaba en función de que versara sobre muebles o inmuebles o fueran testigos del mismo pueblo o distinto. Así para reclamar un bien mueble era necesario la declaración de dos testigos del pueblo, y para un bien inmueble la declaración de cinco testigos (29). En el Fuero Real, y como regla general, no admitía la declaración de la mujer, salvo si se tratara de cosas que fueran oídas «en baño, horno, molino, río, fuente, hilados, tejidos, partos, hechos mujeriles y no en otra cosa» (30). En el Espéculo, se contenían criterios de ponderación de testigos, tales como que los ancianos deben ser más creídos que los mancebos «porque vieron más y pasaron más las cosas» (31). Y en Las Partidas domi-

naban las pruebas aritméticas, tales como que dos testigos hacen prueba plena que obliga al juez o que si dos partes presentan testigos en igual número, prevalecen los que son de mejor fama. Si los testigos de ambas partes son de igual fama, predomina el mayor número (32).

Sobre la declaración del testigo Couture afirma: 1.^a Que los testigos deben ser examinados conforme a las reglas de la sana crítica, sin descartar que el error es propio e inherente a la declaración testifical. 2.^a Que el error inherente a la declaración no le priva de valor probatorio, pues pueden existir leves contradicciones entre testigos que, lejos de debilitar su testimonio, lo refuerzan. 3.^a Que los preceptos relativos al número, edad, sexo, raza, categoría social o económica de los testigos carecen de base científica, pero debe ponderarse la idiosincrasia del testigo, su moralidad, su inteligencia y su penetración (33).

La LEC de 1881 introdujo dos parámetros para la valoración de la prueba testifical, cuales eran la razón de ciencia de los testigos y las circunstancias que en ellos concurrían (art. 659.I LEC 1881), pero aún conserva la exigencia de un determinado número o calidad de testigos para el otorgamiento de determinados actos (art. 659.II LEC 1881). La LEC, siguiendo el precedente del art. 659.I LEC 1881, conserva los parámetros de la razón de ciencia y las circunstancias concurrentes, y añade el de la tacha de los testigos y su resultado (art. 376 LEC).

La razón de ciencia, que exageradamente se exige para «cada una de las respuestas» (art. 370.3 LEC), se ha identificado con «las circunstancias de tiempo, modo y lugar que hagan verosímil el conocimiento de los hechos por el testigo y la ocurrencia del mismo hecho» (34) y también con «una justificación de la declaración, es decir, la expresión del cómo, cuándo, y dónde se percibió lo que se declara» [SAP Tarragona, 16 de enero de 2006 (35)]. La prueba testifical es un medio de prueba indirecto consistente en una declaración oral que presta un tercero, con uso de razón suficiente, a instancia de cualquiera de las partes y en el curso de un proceso, sobre hechos controvertidos y generalmente pasados de los que ha tenido noticia, bien directa, por haberlos presenciado, bien indirecta, por habérselos referido otra persona.

Tan importante como la declaración de conocimiento es la «fuente de la noticia», así como el proceso de conservación, retención y deposición de la noticia. La razón de ciencia del testigo puede fluir espontáneamente en la declaración oral del testigo, pero también puede obtenerse a través de las aclaraciones y adiciones que interesen las partes (art. 372.1 LEC) o el propio juez (art. 372.2 LEC).



Las circunstancias concurrentes se refieren a «las relaciones del testigo con las partes y con los hechos sobre los que declara» [SAP Córdoba, 13 de enero de 1997 (36)]. Estas circunstancias han sido objeto de múltiples clasificaciones, tanto por los procesalistas como por los psicólogos del testimonio, y de entre ellas destacamos la de GUASP DELGADO, quien distinguía entre circunstancias: a) subjetivas del testigo —físicas, intelectuales, morales, afectivas y sociales—; b) objetivas —lugar, tiempo, forma, relaciones entre objetos o entre algunas de estas cualidades—; y c) de actividad —percepción y apreciación del dato por el testigo y conservación en la mente— (37).

Los textos procesales civiles han fijado unas preguntas —llamadas generales de la ley o generales al testigo (art. 367.1 LEC)— tendientes a detectar cualquier dato que pueda *a priori* restar objetividad a la deposición del testigo. Igualmente, se exigen ciertos requisitos para las preguntas, de modo que deben formularse oralmente, con la debida claridad y precisión, y prescindiendo de calificaciones y valoraciones (art. 386.1 LEC). A ello hay que añadir que deben versar sobre hechos controvertidos y relativos al objeto del juicio (art. 368.2 LEC), así como sobre los conocimientos propios del testigo (art. 368.3 LEC). El requisito del sentido afirmativo de la pregunta, previsto en la redacción originaria de la LEC, fue acertadamente suprimido por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que debió eliminar también tal exigencia con respecto al interrogatorio de las partes.

La tacha y su resultado es el tercer parámetro para la valoración de la prueba testifical. Para asegurar la objetividad e imparcialidad del testigo la LEC dispone de un incidente de tachas, que son unos motivos —relativos al

parentesco, interés, dependencia, amistad, enemistad o previa condena penal por falso testimonio (art. 377 LEC)— que constituyen una advertencia, a modo de prevención, dirigida al juez en el momento de valorar la prueba testifical en la sentencia. Tales circunstancias «no convierten al testigo en inidóneo ni impiden al tribunal tener en cuenta su testimonio» [STS 5 de septiembre 2012 (38)], pero la sujetan a una mayor cautela en su valoración. La parte que estime que en el testigo concurre algún motivo de tacha deberá alegarlo antes de su declaración, abriéndose un incidente en el que puede practicarse prueba —salvo incomprensiblemente la testifical (art. 379.1 LEC)—, y en el que no es preciso que recaiga una declaración expresa sobre la concurrencia del motivo o no de tacha, sino que el juez deberá tenerlo presente en la sentencia, y de estimarse que el testigo *suspectus* merece credibilidad, deberá emplear una motivación reforzada.

Como ya expusimos en otro lugar los tres criterios expuestos —la razón de ciencia, las circunstancias concurrentes, y la tacha y su resultado— comparten unos caracteres comunes (39). Se trata de criterios:

a) no tasados: el juez no puede ceñirse exclusivamente a los tres criterios citados, sino que puede atender a cualesquiera otros. A título de ejemplo, otra de las reglas de la sana crítica es que las «manifestaciones [de los testigos] han de ser consideradas en su globalidad, sin aislar del contexto una determinada aseveración» (40). La referencia a los tres criterios descritos no agota el cúmulo de reglas de la sana crítica.

b) de contenido heterogéneo: mientras que la «razón de ciencia» o la «tacha» son conceptos jurídicos determinados, de contenido perfec-

tamente identificable, la expresión «circunstancias que en ellos concurren» constituye un concepto jurídico indeterminado, susceptible de múltiples y variadas clasificaciones.

c) orientativos de la valoración judicial: el legislador ha pretendido no tanto vincular al juez en su función valorativa, cuanto ofrecerle unas pautas de seguridad jurídica y de racionalización de la decisión judicial. Han sido considerados como tres criterios orientativos —o en terminología jurisprudencial como «admoniciones»—, en el proceso lógico de valoración (41).

d) eventualmente concurrentes: mientras la razón de la ciencia y las circunstancias concurrentes en el testigo son criterios necesarios, pues deben atenderse en cualquier valoración de un testimonio, la tacha es un criterio eventual, cuya valoración dependerá de que haya sido formulada por alguna de las partes.

e) de contrastada utilidad: como lo demuestra su utilización en las resoluciones judiciales y su pervivencia en textos legales centenarios. Además, las tachas y las circunstancias relativas a la imparcialidad del testigo son también invocadas con frecuencia por las partes.

La valoración de la prueba testifical conforme a las reglas de la sana crítica exige atender que los testigos se pesan —por la exactitud y credibilidad de su declaración— y no se cuentan —por el número de los presentados—. En palabras de la STS de 20 de julio de 2001, «todo enjuiciamiento es esencialmente valorativo, y por ello la admisión de una u otra versión no debe resolverse por el número de testimonios a favor o en contra, porque los testimonios se pesan, no se cuentan» (42). Atrás han quedado las leyes medievales que exigían un determinado número o calidad de los testigos. En la concepción racional de la prueba, lo decisivo es la coherencia y solidez de la declaración del testigo, cualesquiera que sea el número o condición de ellos. Puede resultar más convincente la declaración firme de un solo testigo que la vacilante o contradictoria de dos o más de ellos.

El firme propósito aclaratorio del letrado de la parte adversa, o incluso del juez, puede resultar decisivo para poner de manifiesto las contradicciones de testigos no presenciales, los testigos preparados *ad hoc*, o de los «testigos falsos involuntarios». Estos últimos son aquellos que no prestan una declaración deliberadamente falsa, sino aquellos cuyo relato no se ajusta, total o parcialmente, a la verdad, por razones ajenas a su voluntad, tales como defectos de percepción, fallos de memoria, sugestión, circunstancias relativas a la edad, problemas de expresión, etc. (43).

Las reglas de la sana crítica deben primar la valoración de la declaración sobre la perso-

nal del testigo. La sobredimensión de la oralidad ha comportado que algunos autores piensen que el juez posee unos especiales conocimientos psicológicos que le permiten distinguir el falso testigo del creíble. Y otros piensan, en palabras de Andrés Ibáñez, que la convicción judicial surge «a partir de una concepción carismática del juez y de su función...y como una suerte de *raptus* con algo de místico» (44). En la mayoría de los casos el juez carece de esos conocimientos psicológicos y puede erróneamente dejarse llevar por unas «primeras impresiones» de la declaración (titubeos, sonrojos o baluceos) u otras circunstancias de la declaración [el aspecto externo, el lenguaje corporal o la manera de hablar del testigo (45)]. Es preferible aplicar la sana crítica no a la persona del testigo, sino a su declaración, y atender a una serie de parámetros que sean controlables de modo intersubjetivo, tales como la coherencia de los relatos, la contextualización del relato, las llamadas «corroboraciones periféricas» y la existencia de detalles oportunistas a favor del declarante (46).

Como colorario de lo expuesto, puede resultar ilustrativa una sentencia algo lejana en el tiempo, pero perdurable en su argumentación, como la SAP Córdoba de 13 de enero de 1997 entre cuyas afirmaciones destacamos las siguientes:

«La libertad de apreciación de las declaraciones testificales no quiere decir apreciación arbitraria del resultado de la prueba, sino operación crítica y lógica. La LEC prescinde de indicar circunstancias y formular reglas para esta apreciación, remitiéndose a la experiencia y buen sentido del juzgador, debiendo tenerse en cuenta las relaciones del testigo con las partes y con los hechos sobre los que declara, la razón de ciencia de sus contestaciones, las respuestas que da a las preguntas, desconocidas por el testigo hasta el momento que se le formulan, explicaciones que el juez puede pedirle para el esclarecimiento de los hechos, y resto de circunstancias concurrentes en el testigo, tanto por lo que se refiere a su conducta procesal, como respecto a los datos personales de él, como son su cultura, condición social, cualidades físicas y demás elementos de referencia que servirán para determinar y valorar la certeza de los juicios emitidos por el testigo» (47).

3. En la prueba pericial (artículo 348 LEC)

La prueba pericial se valorará conforme a las reglas de la sana crítica (art. 348 LEC), suprimiéndose la apostilla de que «los jueces no están obligados a seguir el dictamen pericial» (art. 632 LEC 1881).

Se ha discutido si el juez viene vinculado por el parecer de los peritos. La prueba pericial

se practica cuando son necesarios especiales conocimientos científicos, artísticos, técnicos, o prácticos para la resolución del juicio (art. 335.1 LEC). El perito tiene por finalidad aportar unas máximas de experiencia técnicas, distintas de las máximas de experiencia comunes, de las que el juez, en principio, carece. Pudiera parecer, *a priori*, que si se recurre al perito, el juez debe quedar sujeto al parecer del experto.

Sin embargo, ello supondría confundir las funciones del perito y del juez, y atribuir al perito una función que no le es propia. Al perito le corresponde ofrecer unos datos y al juez interpretar los datos en función de la hipótesis sujeta a controversia. El perito aporta unas máximas de experiencia técnicas, y el juez declara o no probados unos hechos controvertidos, atendiendo a la valoración de la prueba pericial, conjuntamente con el resto de las pruebas practicadas. Por otra parte, y aun admitiendo la crisis del brocardo *iudex est peritus peritorum*, al juez le corresponde revisar el razonamiento del perito, particularmente en sus aspectos metodológicos, lo que precisa una mayor formación en epistemología y aun, como se ha propuesto *de lege ferenda*, que el juez pudiera recabar la ayuda de un perito que le proporcionara conocimientos específicos en el área de conocimiento objeto del litigio (48).

La valoración conforme a las reglas de la sana crítica se extiende tanto a los dictámenes de peritos a instancia de parte cuanto a los de designación judicial. El decimonónico sistema de pericial única, judicial e intrajudicial ha sido sustituido por un novedoso sistema mixto de pericia dual y opcional que admite tanto el dictamen por peritos designados libremente por las partes (pericial de parte) cuanto el dictamen de peritos designados, a instancia de parte, por el tribunal (pericial de designación judicial). En la pericial de parte son las partes quienes deciden la oportunidad de aportación del dictamen, eligen a un perito de su confianza, determinan los extremos del dictamen y, finalmente, le abonan sus honorarios profesionales, sin ninguna intervención del juez. En la pericial de designación judicial las partes proponen la prueba, y el juez, previo juicio de pertinencia y utilidad, se limita a designar un perito conforme al sistema conocido de «lista corrida» (49) (art. 341 LEC), sin intervención en la designación del concreto perito.

El sistema de pericia dual y opcional, en el que coexisten dictámenes de parte y designación judicial, ha llevado a algunos afirmar que el juez, conforme a las reglas de la sana crítica, otorgará mayor credibilidad al dictamen de designación judicial, al haber sido elaborado por un perito que reúne mayores garantías de objetividad e imparcialidad, dado que no ha sido designado por una de

las partes. Sin embargo, la anterior afirmación debe matizarse, pues lo cierto es que la Ley de Enjuiciamiento Civil, somete a las reglas de la sana crítica los dictámenes periciales, sin establecer ninguna distinción entre ellos, ni jerarquía de uno sobre otro en atención al sistema de designación del perito (art. 348 LEC). Por otra parte, todo perito, sea de parte o de designación judicial, antes de rendir el dictamen, debe prestar el juramento de que «actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes» (art. 335, II LEC). Y aun los peritos de parte, se someten al sistema de tachas (art. 343.1 LEC), que constituyen una advertencia de la concurrencia de alguna circunstancia que, en abstracto, puede comprometer la fiabilidad del perito.

Aun cuando «subjetivamente el tribunal puede tener una lógica propensión a atribuir mayor verosimilitud al dictamen emitido por perito designado por el tribunal» [SAP Zaragoza, 18 de junio de 2004 (50)], puesto que «la parte ha podido escoger a un perito de su conveniencia, lo que le puede garantizar un control sobre el resultado, en el sentido que si éste no es favorable puede encomendar un nuevo dictamen a otro perito hasta así obtener uno que sea favorable a sus tesis» [SAP Baleares, 3 de octubre de 2006 (51)], lo cierto es que la valoración conforme a las reglas de la sana crítica comporta relativizar (que no ignorar) el sistema de designación del perito, y destacar la razonabilidad y objetividad que se desprenda del resultado del dictamen o, en otras palabras, «el detalle, la exactitud, conexión y resolución de los argumentos, que soporten la exposición, así como la solidez de las deducciones» [AAP Álava, 15 de marzo de 2006 (52)].

El sistema dual y opcional consagrado por la LEC ha comportado una proliferación de los dictámenes de parte con los escritos de alegaciones, mayormente cuando los juicios verbales de cuantía inferior a 3.000 euros ya no tienen acceso a segunda instancia [art. 455.1 LEC (53)]. El actor deberá aportar su dictamen pericial con el escrito de demanda (arts. 265.1.4.º y 336 LEC) y el demandado con el escrito de contestación a la demanda (arts. 265.1.4.º y 336 LEC), bajo sanción de preclusión (art. 269 LEC), consagrándose una opción legislativa por un sistema de pericia del actor y de contra-pericia del demandado, con dificultad de encaje para una pericial dirimente [SAP Barcelona, 31 de marzo de 2006 (54)]. Esta proliferación es particularmente evidente en supuestos de pluralidad de demandados (ej. piénsese en una demanda por vicios de la construcción dirigida contra la constructora, el arquitecto superior, el arquitecto técnico y la aseguradora; o en supuestos de responsabilidad profesional

médica dirigida contra el centro hospitalario, el médico y la aseguradora), en los que, frente al dictamen inicial del actor y, a modo de contra-pericias, se aportan las pericias de los codemandados —y aun las que el juez admita como dictámenes de designación judicial—, debiendo el juez someter a las reglas de la sana crítica, cuando menos, tres o cuatro dictámenes periciales contradictorios.

Para someter el dictamen pericial a las reglas de la sana crítica es fundamental revisar las máximas de experiencia técnicas empleadas por el perito

Aun cuando cierta orientación jurisprudencial ha respaldado el criterio de la «mayoría coincidente» —también llamado «principio de la pluralidad coincidente» (55)—, según el cual «el dictamen conteste de varios técnicos es racional que prevalezca sobre el contradictorio de uno de ellos» [STS 11 de mayo de 1981 (56)], lo cierto es que el juez, ante la pluralidad de dictámenes periciales concurrentes, puede adoptar, cuando menos, las siguientes opciones: a) asumir íntegramente las conclusiones de alguno de los dictámenes periciales; b) separarse de las conclusiones de los dictámenes periciales, aun siendo unánimes; c) aceptar en parte y rechazar en parte la opinión del dictamen pericial; d) estimar la opinión del perito minoritario; y e) no quedar convencido por ninguna de las dictámenes periciales. En cualesquiera de las anteriores opciones, la sana crítica supone aportar las buenas razones del seguimiento o alejamiento de las máximas de experiencia contenidas en los dictámenes.

Un aspecto fundamental para someter el dictamen pericial a las reglas de la sana crítica es revisar las máximas de experiencia técnicas empleadas por el perito. El juez no es perito, y salvo que se procure unos conocimientos particulares sobre una determinada materia, le resultará complejo poner en cuestión las máximas de experiencia técnicas aportadas por el perito. Pero el juez, de oficio o a instancia de parte, puede ponderar —y, por ende, revisar— los criterios relativos a las operaciones periciales, tales como la intervención de las partes en la pericia, la metodología empleada por el perito, las condiciones del reconocimiento o la práctica conjunta con otras pruebas (57)/ (58). Veamos separadamente estos cuatro criterios.

La intervención de las partes en las operaciones periciales. Se ha afirmado que un dictamen pericial comprende las fases de reconocimiento, emisión y contradicción. Prescindiendo de las fases de emisión y contradicción, por reconocimiento judicial, siguiendo a Font Serra, entendemos «la observación y apreciación —percepción y deducción— de los hechos objeto de prueba por los peritos, que son los sujetos activos de la práctica de la prueba» (59), distinguiéndose hasta cuatro fases distintas, consistentes en el examen, análisis, recogida de datos y estudio pertinente (60). Un dato que no puede ignorarse es que los dictámenes a instancia de parte se caracterizan porque la contraparte no ha tenido ninguna intervención en las operaciones periciales. Y aun en los dictámenes de designación judicial, deberá atenderse a la intervención de las partes en las operaciones periciales, esto es, y por citar un ejemplo, si el examen de los vicios de la vivienda se ha efectuado con previa citación de ambas partes o el propietario de la vivienda ha impedido el acceso a la contraparte.

La metodología empleada por el perito es también decisiva, y una correcta presentación formal del dictamen exige la referencia a este extremo, a ser posible en capítulo específico y con el detalle suficiente. Un ejemplo son los dictámenes de especialistas en los procesos de familia (art. 92.9 CC), elaborados por psicólogos y trabajadores sociales, en los que es frecuente un apartado dedicado a narrar el trabajo previo de los informantes, a modo de entrevistas separadas con ambos progenitores, entrevista conjunta con ambos, práctica de test de personalidad al menor, entrevistas con los educadores del centro escolar, y aun observación directa de la conducta del menor en el recreo del patio escolar y su relación con los demás alumnos. Otro ejemplo, son las periciales científicas en las que el perito debe justificar la utilización de un conocimiento científico de calidad contrastada, el seguimiento de los protocolos propios de la especialidad, así como el grado de error del método utilizado o los parámetros y referentes externos de fiabilidad. Cualesquiera que sea la metodología empleada debe otorgarse particular relevancia al examen por el perito del lugar, cosa o persona objeto del dictamen, de modo que parece razonable otorgar preferencia al dictamen del perito que, por citar algún ejemplo, ha examinado una mercancía defectuosa sobre el que no lo ha efectuado o al que ha inspeccionado los cables dañados sobre el que ha prescindido de su examen.

Las condiciones del reconocimiento. En palabras de SEOANE SPIELGEBERG «es racional dar mayor valor a un informe psiquiátrico basado en la valoración clínica de un paciente ingresado en un centro durante meses, que quien lo elabora basado en una entrevista de poco o escaso tiempo, o del arquitecto que efectúa el reconocimiento un día que llueve

y comprueba las filtraciones» (61). La percepción directa por el perito del objeto del dictamen y en las condiciones en las que se somete a su consideración debe redundar en un mayor detalle, exactitud y coherencia de sus argumentos y una mayor certeza de sus conclusiones. Las condiciones del reconocimiento (ej. percepción del enfermo en su entorno clínico habitual o de las filtraciones en día que llueve y es posible comprobar *in situ* si el agua penetra o no en el edificio) constituye un *prius* o presupuesto necesario del examen pericial, para un mejor estudio de los extremos sometidos a su parecer técnico.

La práctica conjunta de la prueba pericial con otros medios de prueba. Sabido es que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de la apreciación conjunta de la prueba consistente en «poner en relación unos medios de prueba con otros a fin de otorgar a cada uno, en consideración a los restantes, el valor o grado de eficacia acreditativa que —legalmente o según el criterio discrecional del juzgador— le corresponda» (62). Se trata de una figura de creación jurisprudencial, positivizada en algunos textos procesales civiles, como el art. 218.1 LEC, según el cual: «las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación del Derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón». En particular, y por lo que respecta a la prueba pericial, se admite que pueda practicarse conjuntamente con el reconocimiento judicial (art. 356 LEC) y ello sucede, a título de ejemplo, cuando se práctica el examen de un presunto incapaz por el juez con la asistencia del médico forense en un proceso de incapacitación. La presencia de éste último le permitirá indicar al juez el tipo de cuestiones a formular para apreciar si el presunto incapaz puede gobernar su persona y sus bienes, así como graduar su incapacitación (art. 760.1 LEC). No se trata que el médico forense sustituya al juez en el examen del presunto incapaz, sino que le facilite dicho acto sugiriendo los extremos o las preguntas objeto de examen, aportándole su conocimiento científico en una materia objeto de un particular litigio.

4. En la prueba documental (artículos 326.2 y 350 LEC)

La valoración de la prueba documental conforme a las reglas de la sana crítica debe efectuarse por exclusión, esto es, enunciando y delimitando las normas procesales y civiles que otorgan eficacia tasada a la prueba documental.

Estas normas, con respecto al documento público, son: «los documentos públicos

hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y la fecha de éste» (art. 1218 CC) y «harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, la fecha en que se produce esta documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella» (art. 319 LEC).

Con respecto al documento privado se establece que tendrán eficacia tasada cuando no hayan sido impugnados (art. 326 LEC). También se prevé: a) «el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes» (art. 1255 CC), y b) «la fecha del documento privado no se contará con respecto de terceros sino desde el día en que se hubiese incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualesquiera que le firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio» (art. 1227 CC).

El ámbito de eficacia tasada del documento público y del documento privado no impugnado se limita a determinados extremos. En primer lugar, el hecho, acto o estado de cosas que documente, lo que significa que la eficacia tasada se extiende a que ciertas personas comparecieron a presencia notarial y efectuaron unas declaraciones, sin que la fe pública cubra la veracidad intrínseca de tales declaraciones. En segundo lugar, a la fecha en que se produce la documentación, y aun cuando no se mencione explícitamente en el art. 319 LEC, a otras circunstancias objetivas, tales como el lugar del otorgamiento del documento público. Y en tercer lugar, a la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan, aun cuando técnicamente sería más preciso afirmar la intervención del fedatario público que, junto con la competencia y la formalidad, es un requisito inherente a todo documento público (art. 1216 CC).

Por otra parte, las apreciaciones subjetivas del notario autorizante no están cubiertas por la eficacia privilegiada del documento público, que no se extiende a los juicios que emita el notario sobre la capacidad de las partes o sobre la calificación del contrato. Tales juicios versan sobre cuestiones jurídicas, son totalmente ajenos a la prueba, lo que no impide que sobre los mismos puedan formarse presunciones, y carecen de otro valor que el de su fundamentación que puede ser libremente revisada por el juez (63).

El documento privado impugnado no carece de eficacia probatoria, pues los arts. 326.2 y 350 LEC recogen reiterada jurisprudencia conforme a la cual cuando no se haya podido determinar la autenticidad del documento privado, el tribunal valorará su fuerza probatoria

conforme a las reglas de la sana crítica. Así puede verse, entre otras muchas, en la STS de 24 de octubre de 2000, al afirmar:

«Tampoco concurre una vulneración del art. 1225 del Código Civil, el cual, como tiene declarado profusa jurisprudencia, no impide otorgar relevancia a un documento privado no reconocido conjugando su contenido con otros elementos de prueba (SS. 6 mayo 1994, 26 febrero, 21, 27 y 30 julio y 28 noviembre 1998, y 26 mayo 1999, entre otras), pues la falta de reconocimiento o adveración del tal documento no le priva en absoluto de valor y fuerza probatoria, "pudiendo" ser tomado en consideración (no tiene que serlo necesariamente, como matiza la Sentencia de 18 noviembre 1996), ponderando su grado de credibilidad, atendidas las circunstancias del caso y del debate (SS. 10 mayo 1994, 19 julio 1995, 8 mayo y 10 julio 1996, 21 julio 1997 y 3 abril, 27 julio y 23 diciembre 1998, entre otras). Obviamente no cabe atribuir fuerza probatoria (función de probar) a un documento privado inauténtico (falta de autenticidad constatada), como tampoco cabe desconocer, respecto de un documento privado de autenticidad contrastada (por admisión expresa o implícita, reconocimiento, o adveración por otros medios de prueba), el carácter de prueba legal o tasada entre las partes contratantes (y, en su caso, causahabientes) de la norma del art. 1225, en relación con el 1218, ambos del Código, en cuanto al hecho, fecha y haberse efectuado las declaraciones que contiene (que si bien no se extiende a su veracidad, en principio ha de partirse de su verosimilitud). Fuera de estos supuestos es aplicable la doctrina jurisprudencial expresada, que conlleva a la libre apreciación probatoria, con aplicación de las reglas de la sana crítica (en este sentido se manifiesta de modo expreso la LECiv 1/2000, en el art. 326.2, párrafo segundo, inciso segundo), las cuales no cabe denunciar en casación como infringidas, salvo el supuesto excepcional de error patente, arbitrariedad o contradicción palmaria con los principios de la lógica o del raciocinio humano» (64).

Para la interpretación y valoración conforme a la sana crítica del contenido del documento se ha destacado la importancia de la semiótica textual. Es una ciencia que señala un doble punto de partida en la interpretación de un documento. Por una parte, la contextualización del texto escrito, porque todo escrito ha sido redactado en unas circunstancias espacio-temporales precisas y porque deberá atenderse a la voluntad de su autor. Por otra parte, la llamada «modalidad» porque todo escrito ha sido redactado bajo un estado o reflejando una actitud del autor del texto (65).

Algún ejemplo puede clarificar las anteriores afirmaciones. En el ámbito de los contratos de arrendamientos urbanos, suscritos con posterioridad a la Ley de Arrendamientos

Urbanos de 24 de noviembre de 1994, se ha suscitado la cuestión de interpretación sobre la duración de los contratos, cuando la duración fuera inferior a tres años. Aun cuando en el contrato se hubiera estipulado que la duración era de uno o dos años, deberá entenderse que se prorrogaba hasta la duración mínima de tres años para el arrendatario, salvo que el arrendador expresara, en el momento de concertar el arrendamiento, la necesidad de ocupar la vivienda arrendada antes del transcurso de tres años para destinarla a vivienda permanente para sí o para sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de divorcio o nulidad matrimonial (art. 9.3.º LAU). Aplicar las reglas de la sana crítica en la interpretación del período contractual pactado significa atender que el contrato fue redactado en una determinada fecha y bajo un contexto normativo—LAU de 1994— que fijaba que la duración mínima del contrato de arrendamiento de vivienda era de tres años y que este se prorrogaba obligatoriamente por plazos anuales hasta que alcanzase la duración mínima de tres años, salvo que el arrendatario manifestara al arrendador con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de sus prórrogas, su voluntad de no renovarlo (art. 9.1.º LAU).

En la interpretación de los documentos, y particularmente en el ámbito contractual, la aplicación de las reglas de la sana crítica debe inspirarse en los criterios hermenéuticos del Código Civil, enunciados en el art. 3.1, y que, resumidamente expuestos, son el criterio gramatical—constituido por el elemento literal y filológico, que es la letra del texto—; el criterio sistemático—constituido por el ordenamiento jurídico y, dentro del mismo, la interpretación del texto conforme a la Constitución—; el criterio histórico—formado tanto por los antecedentes remotos del Derecho romano y los derechos históricos como los antecedentes inmediatos del estado anterior a la legislación vigente y los trabajos preparatorios (materiales legislativos)—; el criterio sociológico—comúnmente identificado con la realidad social del tiempo y que demanda del juez una interpretación del texto según los valores dominantes en el lugar y tiempo determinado—; el criterio teleológico—representado por el espíritu y la finalidad de las normas; y, por último, y aun cuando no conste explícitamente en el art. 3.1 CC, el criterio lógico, que significa que en la interpretación de los documentos está proscribida la contradicción y el resultado absurdo.

5. En los medios e instrumentos (artículos 382.3 y 384.3 LEC)

A pesar de su reconocimiento jurisprudencial (66), la LEC del año 2000 no reguló expresamente

—*nominatim*— la prueba electrónica, ni aludió a la misma en la enumeración de los medios de prueba tradicionales (art. 299.1 LEC), sino que hizo referencia a unos novedosos medios e instrumentos (art. 299.2 LEC) distinguiendo entre los «instrumentos de filmación, grabación y semejantes»—sometidos a las reglas de la «sana crítica» (art. 382.3 LEC)— y los «instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso» (léase «instrumentos informáticos») —para someterlos a unas novedosas y crípticas «reglas de la sana crítica aplicables a aquellos según su naturaleza» (art. 384.3 LEC)—.

Las reglas de la sana crítica para la valoración de los instrumentos de la imagen y semejantes (art. 382.3 LEC) aluden a las pruebas de cassettes, cintas de video, etc. En la práctica forense estas pruebas no suelen presentarse en el soporte original sino mediante un «volcado en papel», convirtiéndose en un «medio de prueba documental» mediante la preconstitución de un documento (privado o público), con posibilidad de acompañarse por un dictamen pericial.

Las reglas de la sana crítica para la valoración de los instrumentos informáticos, y particularmente, la ambigua apostilla contenida en el inciso final «según su naturaleza» (art. 384.3 *in fine* LEC) ha suscitado diversas interpretaciones doctrinales, que podemos agrupar en tres sectores doctrinales.

Como ya expusimos en otro lugar (67), un primer sector doctrinal sostiene que la apostilla «según su naturaleza» no aporta nada, dado que las reglas de la sana crítica, por definición se refieren siempre a las circunstancias del caso concreto (68), y se trata de una simple redundancia, en la medida que la libre valoración supone tener en cuenta la naturaleza propia del medio que se aplica (69), llegándose a afirmar que se podría incluso haber prescindido de esta previsión legal (70).

Para un segundo sector doctrinal la expresión «según su naturaleza» permitiría distinguir entre: a) aquellos instrumentos informáticos que son semejantes a los audiovisuales, a los que se aplicarán las mismas reglas de valoración, y que por disposición del art. 382.3 LEC son las reglas de la sana crítica; b) aquellos otros medios, que por su naturaleza se aproximan o equiparan a los documentos, en cuyo caso habrá que tener en cuenta las distintas reglas de valoración de los documentos, según sean públicos, privados o electrónicos (71). Desde esta posición se afirma que la expresión «según su naturaleza» constituye una pauta interpretativa que facilita la puesta en conexión de la prueba electrónica con los documentos, ya que pueden considerarse análogos cuando sean la forma de docu-

mentación más apta, tal y como sucede, por ejemplo, en la contratación electrónica (72).

Un tercer sector doctrinal ha afirmado que la valoración de la prueba electrónica se halla sujeta a una «sana crítica especialísima» (73). La cualificación de «especialísima» referida a la sana crítica es una apelación a una mayor sensibilidad judicial, a una *plus*—si se quiere expresar de este modo— puesto que la valoración de un hecho o una prueba electrónica puede demandar una especial atención o una mejor información sobre aspectos técnicos. A ello cabría añadir que la valoración de la prueba electrónica, especialmente cuando se ha impugnado su falta de autenticidad o integridad, puede precisar el auxilio de una prueba pericial, cuya libre valoración es incontrovertida.

6. En el reconocimiento judicial

Ni la LEC de 1881 ni la vigente LEC contiene un criterio—tasado o libre—de valoración de la prueba de reconocimiento judicial, silencio interpretado por un sector doctrinal como una manifestación de un *tertium genus* de prueba, no sujeta ni a reglas de valoración tasadas ni libres. Se argumenta que «si el juez ha observado unos hechos determinados en forma directa, no puede humanamente sus- traerse a declararlos probados» (74).

Pese a la solidez de dicha argumentación, el reconocimiento judicial no es una prueba de rango superior a las restantes, y sin desconocer que existe una percepción judicial directa y que el juez es el destinatario y el protagonista principal de la prueba, deben sujetarse a las reglas de la sana crítica tanto las percepciones y apreciaciones del juez (art. 358 LEC) como, en su caso, la grabación por medios técnicos (art. 359 LEC). En este sentido, la STS de 23 de octubre de 1999, recaída con anterioridad a la vigente LEC, ya señalaba:

«ni el CC ni la LEC de 1881 contienen norma alguna de valoración de la prueba de reconocimiento judicial, por lo que es de apreciación discrecional por el órgano judicial de instancia, estando sujeta a su exclusivo criterio. [...] será inatacable la interpretación que se haga de ella, salvo constancia de un dato irrefutable apreciado por los sentidos y reflejado en la diligencia, ignorado a la hora de la decisión final» (75).

El juez recibe, a través de cualesquiera de los sentidos, una impresión, y desde ese instante se inicia el proceso de formación de la convicción judicial. Ello no obstante, y a nivel dogmático, puede distinguirse entre la fase de la percepción (redacción del acta de reconocimiento judicial) y la fase de la decisión (motivación de la sentencia). La práctica de la prueba concluye con la redacción de un

acta del reconocimiento judicial en la que el juez debe hacer constar sus percepciones y apreciaciones de forma clara y detallada, así como las observaciones efectuadas por las partes y demás intervinientes (art. 358 LEC). Para evitar los errores judiciales (objetivos o subjetivos), los errores de transcripción en el acta, y las deducciones prematuras, el juez debe limitarse a dejar constancia de sus percepciones, sin pretender una resolución final al litigio. En la fase de motivación de la sentencia, el juez, atendiendo a las percepciones y apreciaciones del reconocimiento, junto con el resto de las pruebas practicadas, y en apreciación conjunta de la prueba, debe declarar probados unos determinados hechos.

El juez no viene vinculado por el contenido del acta, salvo por los llamados «datos extrínsecos formales» (día, hora, lugar y asistentes) y por los datos objetivos irrefutables, pero no por las apreciaciones y percepciones del acta de reconocimiento judicial. Para ello puede esgrimirse un doble razonamiento. Primero, porque siendo una prueba de percepción directa, pueden producirse errores de percepción y errores de transcripción en el acta. Y segundo, porque el resultado del acta de reconocimiento judicial debe ser ponderado con el resultado de las demás pruebas practicadas.

Resultan muy sugestivos los ejemplos propuestos por NIEVA FENOLL: «en una playa supuestamente contaminada por los vertidos de una determinada empresa, es posible que [el juez] no se dé cuenta de la proximidad de las viviendas de la zona, que pueden haber arrojado sus desechos y aguas fecales justamente allí, provocando dicha contaminación con carácter previo a la actividad de la empresa» (76). Y otro ejemplo del mismo autor: «Si [el juez] observa la dificultad de la movilidad de la pierna de un sujeto que ha sufrido un accidente laboral, es posible que achaque la minusvalía a ese accidente, si no se da cuenta que esa persona padece artrosis en la mayoría de las articulaciones derivada de circunstancias naturales, y que podría percibir simplemente fijándose en las manos del sujeto. Normalmente ello se lo va a advertir un médico» (77).

Además del Juez y el Secretario judicial, en el acto del reconocimiento pueden intervenir las partes, los abogados y los procuradores y, en su caso, los peritos o los prácticos sobre el terreno, todo los cuales pueden efectuar «observaciones» (art. 354.2 LEC) o, en su caso, aportar máximas de experiencia técnicas (art. 354.3 LEC). Las «observaciones» de los abogados y procuradores tienen un carácter más limitado, tendentes a poner de manifiesto algún extremo soslayado por el juzgador o algún error de transcripción en el acta de reconocimiento judicial, y en orden

a su valoración no dejan de ser manifestaciones de parte. Las máximas de experiencia técnicas aportadas por el perito se consideran como una prueba pericial y deben valorarse como tal.

Se admite que el acto de reconocimiento judicial se practique por medios técnicos —cintas de audio o video, CDs, DVDs o cámaras de videograbación— (art. 359 LEC), que no exoneran de levantar un acta detallada —y a ser posible con una primera elaboración de las apreciaciones y percepciones judiciales—. En este caso las reglas de la sana crítica se han de aplicar tanto sobre las imágenes grabadas como, en su caso, sobre las percepciones y apreciaciones del acta, pudiéndose producir problemas de valoración en caso de imágenes defectuosas o contradicción entre las imágenes y las percepciones y apreciaciones del acta, que pueden obviarse bien mediante una repetición del acta de reconocimiento, bien —de modo más práctico— efectuando una suerte de «reconstrucción del acto de reconocimiento» a partir de la memoria del juez (78).

Un juez puede tener que valorar el reconocimiento judicial practicado por otro juez distinto, sea porque se haya incorporado un testimonio de un acta practicado en otro juicio, sea porque —excepcionalmente— el acta de reconocimiento se ha tenido que practicar por auxilio judicial. En tal caso, el juez deberá someter a las reglas de la sana crítica las percepciones y apreciaciones del acta de reconocimiento judicial y únicamente quedará vinculado en cuanto a los extremos cubiertos por la fe pública judicial, esto es, a) el hecho que motivo el otorgamiento (la existencia del reconocimiento judicial; b) el día, hora, lugar y personas asistentes al reconocimiento (datos extrínsecos formales), y c) el lugar, objeto o persona sobre la que versó el reconocimiento.

La mejor aplicación de las reglas de la sana crítica exige tener en cuenta algunas pautas. Primera, el juez debe evitar las deducciones prematuras en el acto del reconocimiento, siquiera es útil y conveniente que efectúe una primera elaboración de sus percepciones y apreciaciones al levantar el acta. Segunda, el juez debe proceder a una práctica ordenada de la prueba, identificando los extremos del reconocimiento; procediendo al examen del lugar, objeto o persona; recogiendo las observaciones o declaraciones —en su caso— de personas prácticas o entendidas; las observaciones —en su caso— de partes, abogados y procuradores; y la aportación —en su caso— de máximas de experiencia por el perito. Tercera, el juez debe contrastar las percepciones y apreciaciones del acta de reconocimiento con el resultado de las demás pruebas, en una apreciación conjunta de la prueba.

IV. ALGUNA PROPUESTA DE LEGE FERENDA

Efectuamos tres propuestas de normativa para la LEC, relativas respectivamente al interrogatorio de las partes, la prueba pericial y el reconocimiento judicial.

Primera propuesta. Artículo. Interrogatorio de las partes.

El juez valorará la declaración de las partes conforme a las reglas de la sana crítica, salvo que una parte haya reconocido simple y llanamente un hecho perjudicial en el que haya intervenido personalmente, y dicho reconocimiento no resulte contradicho por otro medio de prueba.

Se justifica dicha propuesta porque la regla general, en la interpretación de las declaraciones de las partes debe ser su valoración conforme a las reglas de la sana crítica, y la excepción debe ser cuando concurren los tres requisitos —reconocimiento enteramente perjudicial, reconocimiento sobre hechos personales y reconocimiento no contradicho por otros medios de prueba— que permiten estimar una *contra se declaratio*.

Segunda propuesta. Artículo. Pericial.

El juez valorará el dictamen de peritos conforme a las reglas de la sana crítica, sin sujetarse al parecer de los peritos, y sin que prime un dictamen sobre otro por el sistema de designación del perito.

Se justifica esta propuesta por la doble necesidad de precisar que el juez no se halla vinculado por el dictamen de los peritos y por la idea que en un sistema dual de dictámenes —de parte y de designación judicial— ningún de ellos prevalece sobre el otro.

Tercera propuesta. Artículo. Reconocimiento judicial.

El juez valorará el reconocimiento judicial sometiendo a las reglas de la sana crítica las percepciones y apreciaciones del acta de reconocimiento judicial y, en su caso, la grabación efectuada, sin que quede vinculado ni por el acta ni por la grabación.

Se justifica esta propuesta por la necesidad de introducir un sistema de valoración de la prueba de reconocimiento judicial, rompiendo el tradicional silencio del legislador, y optar por el sistema mayoritario de valoración conforme a las reglas de la sana crítica, con la precisión de que el juez debe atender al acta de reconocimiento manuscrito y a la grabación por medios técnicos, pero sin que resulte atado a ninguno de ellos. ■

NOTAS

- (1) Dicho artículo dispone: «Las demás personas serán examinadas como testigos, sin perjuicio de que las partes puedan proponer acerca de ellas, y el Consejo calificar según las reglas de la sana crítica, las circunstancias conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de sus declaraciones».
- (2) Art. 317 LEC 1855: «Los jueces y tribunales apreciarán según las reglas de la sana crítica la fuerza probatoria de los testigos».
- (3) SSTS, Sala 1.ª, de 24 de enero de 2013, FJ 3.º (LA LEY 2580\2013) y 18 de diciembre de 2013, FJ 5.º (LA LEY 199082\2013).
- (4) STS, Sala 1.ª, de 5 de febrero, FJ 3.º (LA LEY 7029\2013) y 20 de mayo de 2013, FJ 3.º (LA LEY 11051\2013).
- (5) STS, Sala 1.ª, de 28 de diciembre de 2007, fto. jco.5.º (LA LEY 256481\2007).
- (6) STS, Sala 1.ª, de 3 de marzo de 2008, FJ 2.º (LA LEY 86332\2008), la cual, a su vez, cita las SSTS de 23 y 18 de mayo de 2006, y 15 y 21 de junio de 2006.
- (7) ABEL LLUCH, X., Configuración de las reglas de la sana crítica en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, tomo XXV, 2013-2, págs. 139-140.
- (8) COUTURE, E.J., Estudios de Derecho Procesal Civil, t.II, 3.ª de., ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, pág. 194.
- (9) ECHAVE, D.T.; URQUIJO, M.ª E.; GUIBOURG, R.A., Lógica, proposición y norma, ed. Astrea, pág. 84.
- (10) Sobre el contenido de estos principios puede verse COUTURE, E.J., Fundamentos de Derecho Procesal, 4.ª ed., editorial Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2004, pág. 222. Los entrecuadrados son definiciones extraídas de ECHAVE, D.T.; URQUIJO, M.ª E.; y GUIBOURG, R.A., Lógica, proposición y norma, ob. cit., págs. 83-85.
- (11) GASCÓN ABELLÁN, M., y LUCENA MOLINA, J.J., Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma, rev. Jueces Para la Democracia, 2010, pág. 102.
- (12) PÉREZ GIL, J., El conocimiento científico en el proceso civil, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 168.
- (13) El pfo 2.º del actual art. 218 LEC fue introducido en tramitación parlamentaria, con el actual redactado, en el Informe de la Ponencia, tal como puede verse en DORREGO DE CARLOS, A., Ley de Enjuiciamiento Civil. Trabajos parlamentarios, t.I, Publicaciones de las Cortes Generales, 2001, pág. 984.
- (14) La cursiva es mía.
- (15) FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.ª, Comentario al art. 218 LEC, en «El Proceso Civil», vol.II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 1610.
- (16) COLOMER HERNÁNDEZ, I., La motivación de las resoluciones judiciales: sus exigencias constitucionales y legales, Valencia, 2003, pág. 111.
- (17) GUASP, J., Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, t.II, vol.1.º, 2.ª parte, M. Aguilar editor, Madrid, 1947.
- (18) STS, Sala 1.ª, de 12 de noviembre de 2010, FJ 2.º. En sentido similar la STS de 30 de diciembre de 2010 afirma: «la lógica a que se refiere el art. 218.2 LEC es la de la argumentación —entramado argumentativo—, exposición de razones o consideraciones en orden a justificar la decisión, sin que se extienda al acierto o desacierto de las mismas, ni quepa al socaire de dicho precepto traer al campo del recurso extraordinario por infracción procesal el debate sobre las cuestiones de fondo, dentro de las que se comprenden los juicios de valor en relación con la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, que corresponden al ámbito del recurso de casación». También puede verse la STS de 26 de octubre de 2012, FJ 3.º.
- (19) LLERA SUÁREZ DE BARCENA, E. La prueba testifical: su apreciación por el Juez penal, en «Valoración de la capacidad y eficacia del testimonio», ed. Triascastela, Madrid, 2010, pág. 158.
- (20) STS, Sala 2.ª, de 29 de enero de 1988, FJ 1.º. Y en parecidos términos la STS de 24 de abril de 1990 afirma: «el juzgador no puede ampararse en la omnimoda y libérrima facultad de juzgar, para llegar a conclusiones contrarias a la lógica».
- (21) STS (Sala 2.ª) de 10 de febrero de 1978. Y de igual modo la STS de 9 de octubre de 1980 afirma «en el sistema español de enjuiciar, las Audiencias, a tenor de lo dispuesto en el art. 741 LECrim., gozan de la facultad de valorar las pruebas de modo libérrimo y sin más freno o cortapisa que el de su propia conciencia y, excepcionalmente, del de la presencia de algún documento auténtico...por cuyo necesariamente hayan de pasar». Y la STS 11 de octubre de 1978 «la facultad de apreciación de la prueba en conciencia que concede a los Tribunales el art. 741 LECrim. no exige explicación ni razonamiento».
- (22) MONTÓN REDONDO, A., Valoración de la prueba e interpretación de los resultados probatorios, en Revista de Derecho Procesal, 1978, 2-3, págs. 390-391.
- (23) SAP Barcelona, secc.13.ª, de 31 de octubre de 2012, FJ 3.º (LA LEY 201766/2012).
- (24) BONET NAVARRO, A., La prueba de confesión en juicio, ed. Libería Bosch, Barcelona, 1979, pág. 330.
- (25) STS, Sala 1.ª, de 1 de septiembre de 1997, fto. jco.4.º.
- (26) FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., Comentario al art. 316 LEC, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», t.II, ed. Atelier, Barcelona, 2000, pág. 1510.
- (27) SAP Salamanca, 7 de febrero de 2012, FJ 2.º (LA LEY 11177/2012).
- (28) COUTURE, E.J., Estudios de Derecho Procesal Civil, t.II, ob. cit., pág. 196.
- (29) Fuero Viejo de Castilla, Lib.III, tit.II, párr.V.
- (30) El Fuero Real de España, Lib.II, tit. VII, ley VIII.
- (31) Especulum, Lib. VI, t. VII, ley XXXII.
- (32) Partida II, tit. XVI, ley XL.
- (33) COUTURE, E.J., Estudios de Derecho Procesal, t.II, ob. cit., págs. 217-218.
- (34) DEVIS ECHANDÍA, H., Teoría general de la prueba judicial, t. II, 6.ª ed., ed. Temis, Bogotá, 2012, pág. 114.
- (35) SAP Tarragona, secc. 1.ª, 16 de enero de 2006, FJ 2.º.
- (36) SAP Córdoba, secc.2.ª, de 13 de enero de 1997, FJ 3.º (LA LEY 1997/3810).
- (37) GUASP, J. y ARAGONESES, P., Derecho Procesal Civil, t.I, 6.ª ed, ed. Civitas, Madrid, 2003, pág. 405.
- (38) STS, Sala 1.ª, de 5 de septiembre de 2012, FJ 5.º (LA LEY 155300/2012), la cual, a su vez, cita la STS de 24 de abril de 2012.
- (39) ABEL LLUCH, X., Derecho Probatorio, J.M.Bosch, Barcelona, 2012, pág. 637.
- (40) SAP Baleares, secc.3.ª, de 8 de febrero de 2006, FJ 3.º.
- (41) CHOZAS ALONSO, J.M., El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal. Su práctica ante los tribunales, ed. LA LEY, Madrid, 2010, pág. 256.
- (42) STS, Sala 1.ª, de 20 de julio de 2001, FJ 3.º.
- (43) CAROFIGLIO, G., El arte de la duda, ed. Marcial Pons, 2010, pág. 55 y ss.
- (44) ANDRÉS IBÁÑEZ, P., Prueba y convicción judicial en el proceso penal, ob. cit., pág. 123.
- (45) Puede verse un análisis de estos tres aspectos en CAROFIGLIO, G., El arte de la duda, ob. cit., págs. 165-168. Y más ampliamente en DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., El mito de la influencia de la inmediatez judicial en la valoración de la prueba personal: una revisión crítica, rev. Justicia, 2014, núm.2, págs. 354 y ss.
- (46) NIEVA FENOLL, J., La valoración de la prueba, ed. Marcial Pons, 2010, págs. 223-230.
- (47) Citada por DÍAZ FUENTES, A., La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2.ª ed., ed. Bosch, Barcelona, 2004, págs. 343 y 344. La cursiva es nuestra.
- (48) DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «¿Es realmente el juez peritus peritorum? (Propuesta de reformulación del brocardo y análisis efectivo de la valoración de la prueba pericial)», en «Derecho Probatorio Contemporáneo. Prueba Científica y técnicas forenses», Universidad de Medellín, 2013, pág. 308.
- (49) Los colegios profesionales y los sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas aportan un listado de profesionales aptos para ejercer como peritos y, previo sorteo por el tribunal, es nombrado un primer perito y así sucesivamente los restantes por el orden en el que figuran en el citado listado (art. 341 LEC).
- (50) SAP Zaragoza, secc. 4.ª, de 18 de junio de 2004, FJ 4.º.
- (51) SAP Baleares, secc. 3.ª, de 3 de octubre de 2006, FJ 4.º.
- (52) AAP Álava, secc. 2.ª, de 15 de marzo de 2006, FJ 2.º.
- (53) Art. 455 LEC, apartado 1.º, modificado por el art. 4.10 de la Ley núm. 37/2011, de 10 de octubre.
- (54) SAP Barcelona, secc. 14.ª, de 31 de marzo de 2006, ftos. jcos. 1.º y 2.º.
- (55) SAP Coruña, secc. 4.ª, de 24 de abril de 2006, FJ 5.º.
- (56) STS, Sala 1.ª, 11 de mayo de 1981, considerando primero.
- (57) ABEL LLUCH, X., Derecho Probatorio, ob. cit., págs. 733-734.
- (58) Como criterios orientativos de la valoración del dictamen pericial hemos sistematizado los siguientes: a) criterios personales, inherentes a la persona del perito y su relación con las partes, tales como la cualificación del perito, la vinculación del perito con las partes y la concurrencia de algún motivo de tacha; b) criterios relativos al objeto del dictamen, tales como la clase de dictamen pericial, la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los extremos del dictamen, la correlación entre los hechos hechos probados y los extremos del dictamen pericial; c) criterios relativos a las operaciones periciales, ya citados; d) criterios relativos a la emisión y al contenido del dictamen, tales como la proximidad con los hechos, la concurrencia de varios dictámenes y el criterio mayoritario, el carácter detallado y la solidez de las conclusiones del dictamen, la conclusividad del

dictamen, la revisión de las máximas de experiencia técnica empleadas por el perito; e) criterios relativos a la contradicción del dictamen, derivados de la intervención del perito en el acto de la vista o del juicio, tales como la ratificación o rectificación del perito, la posibilidad del careo entre peritos, y la ampliación de extremos de la prueba pericial; f) criterios derivados de principios del Derecho Probatorio y de la doctrina jurisprudencial, tales como la valoración de los criterios orientadores, el principio de apreciación conjunta de la prueba, y la proscripción de la arbitrariedad judicial. Con mayor amplitud ABEL LLUCH, X., *Derecho Probatorio*, ob. cit., págs. 727-741. En la jurisprudencia, y entre otras muchas, puede verse la SAP Guipúzcoa, secc. 3.ª, de 24 de mayo de 2007, FJ 4.º (LA LEY 174572/2007) en la que también se efectúa una enumeración de criterios para la valoración de la prueba pericial.

(59) FONT SERRA, E., *La prueba por peritos en el proceso civil español*, ob. cit. ed. Hispano Europea, Barcelona, 1974, pág. 172.

(60) GÓMEZ ORBANEJA, E., citado por FONT SERRA, E., *La prueba por peritos...*, ob. cit., pág. 172.

(61) SEOANE SPIELGEBERG, J.L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, ed. Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 409.

(62) JIMÉNEZ CONDE, F., *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978, pág. 337.

(63) SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La prueba documental*, en «Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, de

Enjuiciamiento Civil», vol. II, ed. Dijusa, Barcelona, 2000, págs. 266-267.

(64) STS, Sala 1.ª, de 24 de octubre de 2000, FJ 3.º (La cursiva es nuestra). Y en sentido similar STS, Sala 1.ª, de 17 de julio de 2011, FJ 4.º.

(65) NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, ob. cit., págs. 321-332.

(66) La STS, Sala 4.ª, de 3 de noviembre de 1997, FJ 10.º, dictada cuatro años de la promulgación de la vigente LEC, apostaba ya por un concepto amplio de documento que incluyese también los documentos electrónicos y argumentaba: «Estamos asistiendo, en cierto modo, en algunas facetas de la vida, incluso jurídica, al ocaso de la civilización papel, de la firma manuscrita y del monopolio de la escritura sobre la realidad documental. El documento, como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica, no puede identificarse ya, en exclusiva, con el papel, como soporte, ni con la escritura, como unidad de significación. El ordenador y los ficheros que en él se almacenan constituyen, hoy día, una nueva forma de entender la materialidad de los títulos valores y, en especial, de los documentos mercantiles».

(67) ABEL LLUCH, X., *Derecho Probatorio*, ob. cit., págs. 998-1000.

(68) ORMÁZABAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar o conocer datos*, ed. LA LEY, Madrid, 2000, pág. 202.

(69) SACRISTÁN REPRESA, G., *Comentario al art. 384 LEC*, en «Comentarios a la nueva Ley de

Enjuiciamiento Civil», t. II, ed. Atelier, Barcelona, 2001, pág. 1773.

(70) SAMANES ARA, C., *Comentario al art. 384 LEC*, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», vol. I, ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 1286.

(71) ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R. y otros, *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, ed. Colex, Madrid, 2004, pág. 185.

(72) PÉREZ GIL, J., *Documento informático y firma electrónica: aspectos probatorios*, en «El comercio electrónico», Echebarría Sáenz, J.A. (coord.), ed. Edisofer, Madrid, 2001, pág. 238.

(73) GARCÍA PAREDES, A., *La prueba en juicio: ¿y si es electrónica?*, en *Revista Contratación Electrónica*, núm. 62, julio, 2005, pág. 9.

(74) JIMÉNEZ CONDE, F., *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, ob. cit., pág. 348; SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Reconocimiento judicial», en *Estudios de Derecho Probatorio*, ed. Communitas, Lima, 2009, pág. 559.

(75) STS, Sala 1.ª, de 23 de octubre de 1999, FJ 2.º (LA LEY 1021/2000).

(76) NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, ob. cit., pág. 339.

(77) NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, ob. cit., pág. 339.

(78) NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, ob. cit., pág. 343, alude a «tratar el recuerdo del juez del mismo modo que se trata un testigo».



Wolters Kluwer

ESADE

Universidad Ramon Llull

EMMLS

Executive Master
in Management
Legal Services

Madrid. Abril 2016



El único Máster
en gestión para
profesionales
del derecho

Infórmate ahora | 902 333 383 | emmls@wke.es



Práctica Forense

Drones aéreos y peritaje

LA LEY 7691/2015

Drones aéreos y peritaje

Ernesto MARTÍNEZ DE CARVAJAL HEDRICH

Licenciado en Náutica y Transporte Marítimo (UPC-FNB). Piloto de la Marina Mercante. Técnico Superior Informático. Perito Judicial Informático. Operador de Drones Civiles Aéreos. Miembro de la Associació Catalana de Perits Judicials

El artículo expone las múltiples aplicaciones que la captación de imágenes con drones aéreos permite en el campo de los peritajes al permitir ver mucho más allá del espectro visible y accesible para el ojo humano

Desde que irrumpieron con fuerza los drones aéreos se ha encontrado infinidad de aplicaciones en las que el denominador común es la captación de imágenes aéreas por lo que, en realidad, más que drones dotados con cámaras, podríamos calificarlos de «cámaras voladoras».

La propia captación de imágenes aéreas en sí no es una novedad, siendo algo habitual el uso de avionetas y helicópteros para estas tareas. El cambio radica en el hecho de que, gracias al uso de los drones, esta observación aérea se puede hacer de forma inmediata y a un coste muy inferior. Estos pequeños cópteros permiten incluso obtener tomas que antes eran imposibles para comprobar, por ejemplo, el estado de la parte inferior de un puente, tal como puede verse en la fotografía adjunta.



En muchos casos de siniestros en inmuebles no es factible, sobre todo por una cuestión de costes, la toma de fotografías aéreas, lo que obliga a los peritos a encaramarse a cubiertas y todo tipo de estructuras que, precisamente por ser objeto de inspección, pueden estar dañadas en mayor o menor medida, lo que supone un elevado riesgo. El uso de drones permite en cuestión de minutos obtener fotografías de alta definición de toda la cubierta para un análisis detallado que permita llegar a conclusiones

perfectamente sustentadas y documentadas, sin necesidad de que el perito se juegue el tipo.

Un caso real, que ilustra las ventajas que ofrecen estos aerodinos, es el uso de drones aéreos en la localidad de Somerville (Massachusetts), para prevenir el colapso de los techos tras una nevada copiosa, identificando rápidamente los que presentan mayor riesgo.



Por otro lado, los drones pueden ir dotados de cámaras que les permiten ver mucho más allá del espectro visible para el ojo humano. Un dron equipado de una cámara termográfica, por ejemplo, puede evaluar en escasos minutos el estado de los paneles solares de una instalación fotovoltaica, identificando no solo aquellos que tengan daños o un rendimiento inferior al esperado, sino que pueden señalar con precisión qué parte concreta de la placa es la que está dañada.

Este tipo de cámaras también son de gran utilidad para evaluar de forma rápida daños en cultivos extensos, ya sea por un exceso o defecto de riego o, incluso, por plagas, señalando los puntos que deben ser tratados y la cantidad de agente a utilizar. De hecho, incluso la propia configuración de los rotores facilita la dispersión del producto sobre la zona deseada.

La mayoría de drones utilizados son de tipo multicóptero. Al ir dotados de altímetros,



sensores de ultrasonidos y GPS, son capaces de mantenerse estáticos por sí solos en un determinado punto. Adicionalmente disponen de funcionalidades muy avanzadas, como realizar por sí solos tomas de 360.º en torno a un punto de interés, seguir una ruta fijada por el piloto o, incluso, volver al punto de partida por sus propios medios en caso, por ejemplo, de perder la señal con la estación de control o al descender la carga de la batería por debajo de un determinado nivel. Algunos modelos permiten incluso el vuelo en primera persona, de forma que el piloto puede ver en tiempo real la imagen captada por la cámara.



Imagen cedida por el operador de drones aéreos FlyCam-Drone

No obstante se ha de tener en cuenta que la normativa es muy restrictiva en cuanto al uso de estos aerodinos, y solo pueden ser manejados por personas acreditadas como Pilotos y, por otro lado, solo pueden ser utilizados en actividades profesionales por empresas constituidas como Operadores de RPAS. Para ser Piloto de Drones se ha de superar un curso teórico de aeronáutica general, equivalente al de un Piloto de avioneta, y un curso práctico que culmina con un examen práctico para evaluar su destreza en el uso de estos cópteros.

Los peritos especializados en actividades en las que les pueda ser de ayuda los drones aéreos pueden sacarse el correspondiente título de Piloto y, seguidamente, constituirse como Operadores, o bien pueden requerir puntualmente los servicios a un Operador en los casos en los que la inspección a realizar aconseje el uso de estos aerodinos, teniendo en cuenta además que los informes que emitan mejoraran en calidad y profesionalidad al incluir en ellos las imágenes aéreas obtenidas por los drones. ■



Práctica Forense

Enfermedades con nombre pero sin señas de identidad

LA LEY 7692/2015

La firma es la esencia del yo

Jesús DELGADO LORENZO

Perito Grafólogo forense, de la Asociación Catalana de peritos judiciales y Forenses

El autor, partiendo de la etimología del vocablo «firma» y su devenir histórico, constata que, aún con los avances de las nuevas tecnologías para su posible falsificación, sigue siendo uno de los signos personales más fiables, por sus rasgos idiosincráticos.

El vocablo firma vine del latín firmare, es decir, «afirmar». Con ello se «da fuerza» a todo el contenido escrito que se encuentra previo a la firma.

A lo largo de la historia, la firma ha representado un elemento esencial en todo acuerdo suscrito entre personas, pero no siempre la firma ha existido como tal.

En Roma, por ejemplo, los documentos no eran firmados, si no que existía una ceremonia denominada *manufirmatio*, que consistía en la lectura del documento que fuera por su propio autor o por un funcionario. Luego se extendía el documento sobre la mesa del escribano (el notario de entonces) y después de pasar la mano sobre el pergamino, se realizaba un juramento solemne en signo de aceptación. Después de realizada esta ceremonia era cuando se estampaba el nombre del autor o autores del documento. Este actuar no ha cambiado mucho con respecto al actual protocolo Notarial.

En la Edad Media se utilizaban sellos, marcas y signos, Estos últimos se componían de una cruz a la que se le añadían diversas letras y rasgos de forma entrelazada. Estos signos eran usados por todos los escribanos o fedatarios de entonces, ya que si no se ponían, podrían ser condenados a la hoguera ya que la inquisición decía que de no ponerse, el diablo entraba y cambiaba las letras.



Documento de 1754, colección privada de Jesús Delgado.

La nobleza comenzó a reemplazar esta práctica con el uso de los sellos, no firmando todavía en los documentos debido a que prácticamente no sabían escribir. Con el tiempo, ya fue siendo costumbre que se autenticaran los documentos con sello y firma a la vez, aunque ésta siguiera teniendo más un concepto de signo que de escritura en sí.



Firma de Cristóbal Colon

En Francia en el siglo XIV, Carlos V obligó a los escribanos a añadir en los documentos que suscribían sus propias firmas además de los signos que les identificaban. Entonces era muy poca la gente que sabía escribir, y por eso durante mucho tiempo, fue el signo, que entendido como elemento gráfico dibujado, se interpretaba como firma.

Como ya se ha dicho, la firma autógrafa es la que plasma la persona de su puño y letra, y puede estar hecha mediante un conjunto de letras (identificando así al nombre y apellido o apellidos, aunque solo sea por sus iniciales), acompañados o no por una rúbrica.

La rúbrica es un elemento muy importante que acompaña, por lo general a la firma. Es un elemento gráfico tan importante que en muchas ocasiones ella misma compone únicamente la firma. Data de la Edad Media, y al parecer proviene etimológicamente del latín *rubrum* (rojo). La costumbre de rubricar viene de que en aquellas épocas se escribía

al pie del documento, y después de poner el nombre y apellido, tres palabras latinas con tinta de color rojo: «scripsit firmavit recognovit», que de alguna manera daban fe de la autenticidad oficial del documento. Con el tiempo, estas palabras se fueron deformando hasta hacerse ilegibles, convirtiéndose posteriormente en dibujos embrollados. De este modo, el pueblo llano, totalmente ignorante de su verdadero significado y propósito, interpretó aquel garabato como un signo de buen gusto y distinción, y procedió así a reproducirlo y a imitarlo, hasta nuestros días.



Documento de 1754, colección privada de Jesús Delgado.

La plasmación de una firma en un documento conlleva por sí misma varias consecuencias. Permite en primer lugar, identificar al autor de la misma, bien porque es legible y se puede leer perfectamente el nombre del autor, o bien por que aunque sea ilegible es un «dibujo» repetido por dicha persona de forma constante, y por tanto, conocido y reconocido por los demás.

También la firma tiene efectos declarativos, puesto que al ejecutarse en un documento implica que la persona asume el contenido del mismo y, por tanto, se hace también responsable de lo declarado en él. Y por último, por supuesto, tiene también un valor probatorio, ya que aunque la persona afirme no haber firmado el documento, será elemento de prueba la verificación de dicha autoría mediante cotejos periciales caligráficos.

A pesar de que la era de los avances tecnológicos ha perjudicado a la escritura manuscrita, hoy en día todavía se sigue firmando, y se sigue exigiendo en todos los contratos que se plasmen las correspondientes firmas por parte de los implicados, como una manera de responsabilizarse, social y jurídicamente.

Por tanto, aunque sea un elemento gráfico proclive a su imitación y falsificación, la firma manuscrita, sin embargo, sigue siendo uno de los signos personales de identificación más fiables, al ser totalmente imposible que alguien pueda usurpar todos sus componentes gráficos y propios del verdadero autor de la misma. Esta circunstancia probablemente, es uno de los facto-

res fundamentales que asegure la supervivencia de la firma manuscrita en el futuro, a pesar de que se pueda ver arrinconada por la tecnología, que cada día hace más impersonal dar fe de nuestros deseos, lo que sin duda traerá problemas de resolución judicial, al no tener los suficientes elementos de garantía (salvo los ya implantados legalmente), que permitan, como en una firma manuscrita, comprobar si la persona que aparece como otorgante de una obligación documentada es realmente la que consistió. Porque a diario firmamos gran cantidad de documentos en medios de pago electrónicos, como tabletas que acreditan compras, entregas de mensajería, y que nos dan por notificados, pero no tenemos garantía de que sea realmente nuestra firma original, puesto que algunos programas informáticos permitirían capturar una imagen de nuestra firma y trasladarla a un documento para darle una apariencia de veracidad.

Es muy fácil hacer un corta y pega de nuestra firma por medios informáticos, basta con el escaneado y ya se tiene una firma que puede autenticar todo tipo de comunicaciones, entregas de documentación, paquetería y correspondencia... y ya nos han entregado esa documentación vital que



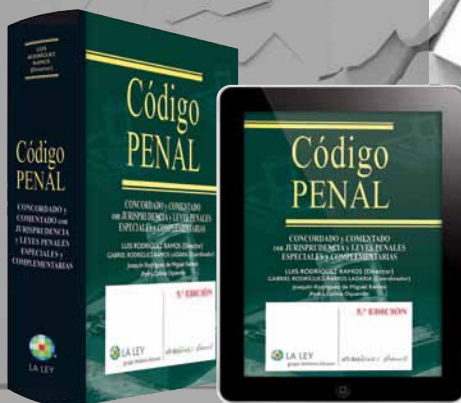
esperábamos, por qué está nuestra firma, firma carente de todo rasgo identificativo, salvo y en el mejor de los casos, una morfología coincidente, que sin duda un perito grafólogo nunca daría por buena, en un informe judicial.

Las firmas de una persona serán distintas, distintas al resto que realice. Aún considerando la existencia de una relativa igualdad entre las firmas de una persona, lo que es realmente determinante son, precisamente, sus rasgos idiosincráticos incorporados, y no su mera estructura formal. Esos rasgos característicos son tan propios, tan espontáneos y consustanciales, que están integrados tanto en la firma como en la escritura en general.

Por tanto, podemos decir que si dos firmas atribuidas a una persona son iguales, con toda seguridad una de ellas será falsa. ■

► NOVEDAD EN VERSIÓN PAPEL O DIGITAL

**ROMPE CON TODO
Y ACCEDER A LA MEJOR
INFORMACIÓN
PENAL**



Director: Luis Rodríguez Ramos

**5%
descuento** **ELIGE
TU
VERSIÓN**

CÓDIGO PENAL

Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias

**5.ª Edición. Nuestro mejor título
YA ACTUALIZADO**

Análisis completo y puesto al día de los preceptos del Código Penal tras la reforma que, junto con las completas y actualizadas concordancias y la jurisprudencia cuidadosamente seleccionada, resumida y sistematizada, facilitan la interpretación de las normas penales.

smarteca
biblioteca inteligente profesional

Páginas: 2.280 • ISBN: 978-84-9020-458-0
Encuadernación: Tapa dura.

 **Wolters Kluwer**
LA LEY

ADQUIERE HOY MISMO TU EJEMPLAR:

902 250 500 tel. / clientes@wke.es

PAPEL: <https://tienda.wolterskluwer.es> / **DIGITAL:** www.smarteca.es

Wolters Kluwer

Tu mejor socio



Dossier

Dossier de los tribunales sobre probática

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

LA LEY 7640/2015

Dossier de los tribunales sobre probática

Neurociencia y prueba personal (1)

Juan Antonio ANDINO LÓPEZ

Abogado. Doctor en Derecho. Profesor Asociado de la Universitat Internacional de Catalunya.

La neurociencia abre la posibilidad de enfocar cualquier materia desde el punto de vista del funcionamiento del cerebro, naciendo así disciplinas tan dispares como la neurobiología, la neuroeducación, etcétera. Entendemos que el conocimiento sobre el funcionamiento del cerebro puede ayudar al juzgador a valorar la prueba personal en el marco del procedimiento, analizando tres elementos de dicha prueba: la percepción, la retención y la evocación de los hechos por parte del deponente.

I. INTRODUCCIÓN

La neurociencia es la «disciplina que estudia el desarrollo, estructura, función, farmacología y patología del sistema nervioso» (2). De hecho, la neurociencia parte de un postulado bastante sencillo: el cerebro humano está diseñado para mantenernos vivos; en consecuencia, el cerebro percibe la realidad del mundo y la adapta (inconscientemente) para intentar lograr la supervivencia del ser humano cuanto más tiempo mejor (3). Nuestra especie no percibe, por ejemplo, la luz ultravioleta, porque simplemente no es relevante para nuestra supervivencia. De hecho, el reputado doctor en neurociencia MORA incluye un sugerente capítulo titulado «el mundo que vemos ¿existe realmente fuera del cerebro?» (4).

Los conocimientos que nos brinda la neurociencia han llevado a afirmar que nos hallamos ante una nueva cultura, la neurocultura, que hace que nazcan nuevas disciplinas científicas, como la neurofilosofía, la neuroética, la neurosociología, la neuroeconomía, la neuroestética o la neuroeducación, preocupándose esta última tanto por la materia que estudian los alumnos, por cómo la explica el docente, cómo es el centro de estudio (iluminación, mobiliario), llegando quizás a una neuroarquitectura, donde los edificios se

construyan con base y fundamento a potenciar las facultades de nuestro cerebro (5).

Lo anterior, tarde o temprano, llegará al ámbito jurídico. Desde la probática, interesa, entre otras cuestiones, cómo puede afectar la neurociencia a la valoración de la prueba personal en el marco del procedimiento. La tarea de condensar toda la materia en unas solas páginas es tarea inasumible. Por ello, que no espere el lector un análisis exhaustivo tanto de neurociencia como de valoración de la prueba orientada a ella. La pretensión de este artículo es más modesta: se pretende llamar la atención sobre esta nueva corriente e intentar esbozar unas líneas de trabajo que, sin duda, deberán ser objeto de profundo análisis para ayudar a los operadores jurídicos con elementos de neurociencia.

Además, entendemos justo y necesario hacer referencia a la tarea llevada a cabo por el Prof. Lluís MUÑOZ SABATÉ. La neurociencia necesariamente lleva consigo la participación de diversos profesionales, tales como psiquiatras, psicólogos, pedagogos, neurólogos, etcétera. Pues bien, la visión jurídica de la psicología o la aplicación de conocimientos de psicología al ámbito jurídico se la debemos al Prof. Lluís MUÑOZ SABATÉ. Por ello, no podemos sostener que la neurociencia sea una doctrina total y absolutamente novedosa, sino que se nutre de conocimientos de

la psicología del testimonio, donde el Prof. MUÑOZ SABATÉ lleva años aportando a la doctrina procesalista su conocimiento y ofreciendo enfoques alternativos, y es justo su reconocimiento y agradecimiento.

Por otra parte, el desarrollo desde un punto de vista psicológico de la psicología del testimonio se la debemos fundamentalmente a la obra del Prof. Antonio MANZANERO, al que haremos referencia a lo largo de los siguientes párrafos.

Como decimos, la neurociencia, tarde o temprano, afectará al ámbito jurídico, si es que no lo ha empezado a hacer ya (6). Merece un estudio más profundo, y el juez debería disponer de conocimientos suficientes para valorar la prueba de declaración personal (de parte o de testigo) teniendo en cuenta tres parámetros que proponemos en el presente trabajo: (i) la percepción del testigo: ¿cómo presencia o conoce el testigo los hechos controvertidos? ¿a qué distancia estaba el testigo del accidente de tráfico? ¿qué edad tiene el testigo? ¿qué atención prestó al suceso?; ii) la retención del testigo: ¿cómo influye la edad de la persona en la memoria? ¿cuánto tiempo ha pasado desde el suceso hasta el acto del juicio?, y iii) la evocación que realiza el testigo de los hechos: ¿cuántos detalles aporta a su declaración? ¿es precisa o vaga?

En definitiva, entendemos que el conocimiento sobre el funcionamiento del cerebro puede ayudar al operador jurídico a determinar y valorar con mayor precisión la prueba personal. Veremos que los elementos anteriores (percepción, retención y evocación) no representan una novedad, sino que aparecen esbozados en la probática clásica y tratados en manuales actuales de valoración probatoria. No obstante, entendemos que merece la pena darles un enfoque más evolucionado con la ayuda de la neurociencia.

II. DE LA PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO

La doctrina clásica trataba la percepción y la retención de la información por parte del testigo, obviamente, sin conectar su argumentación a la neurociencia.

Así, BENTHAM dedica un capítulo de su «Tratado de las pruebas judiciales» a las causas psicológicas de la verdad o de la mendacidad del testigo, donde trata la percepción y las causas que pueden hacerla imperfecta, de la memoria desde el punto de vista de qué es lo que más contribuye a conservar el recuerdo de los hechos, así como de los falsos recuerdos y de la imaginación (7).

Por su parte, MITTERMAIER (8) trata los medios de apreciar el grado de fe debida a

los testigos, analizando la percepción de los hechos a través de sus sentidos, las circunstancias personales de los testigos, etcétera.

Finalmente, y desde el punto de la época más clásica, debemos citar a GORPHE (9), quien estudia al testigo desde el punto de vista de sus capacidades (disposiciones afectivas del testigo, estado psíquico del testigo), las condiciones de su percepción y de su memoria.

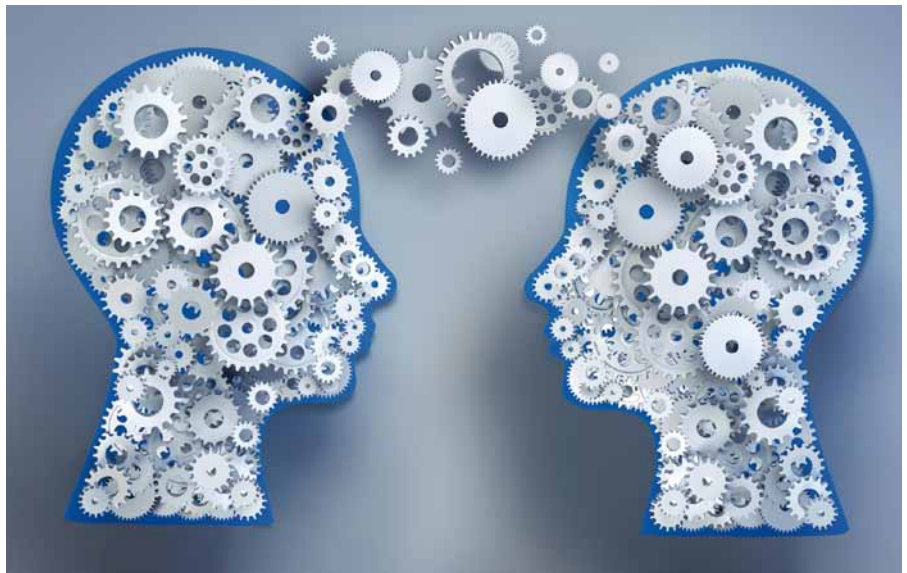
En cuanto a una verdadera historia de la psicología del testimonio, MANZANERO (10) indica las siguientes fases, de las que exponemos un breve resumen, ya que dicho autor las trata más profundamente en su obra de referencia:

- Fase inicial, que abarcaría los siglos XIX y primeras décadas del siglo XX. Desde un punto de vista de práctica del derecho, cita a MARBE, discípulo de WUNDT, quien en el año 1892 intervino en un procedimiento judicial para determinar el tiempo de reacción de una persona en el caso de un accidente de tren. Desde un punto de vista empírico, MANZANERO cita a CATTELL (1893) como el primer investigador que estudia sobre la exactitud de las declaraciones de los testigos en Estados Unidos. El primer manual específico sobre psicología del testimonio lo debemos al alemán Münsterberg titulado *On the Witness Stand* (1908). En Italia, no podemos olvidar los estudios de Lombroso, quien publicaría en 1905 un estudio sobre psicología del testimonio, y en España Mira publicó el Manual de Psicología Jurídica (1932).

- Fase de crisis, desde 1940 a finales de la década de los sesenta, donde decrece el interés por el estudio de la psicología del testimonio, por el auge del conductivismo, desde un punto de vista teórico-experimental, y la Segunda Guerra Mundial, y hace surgir el interés por la identificación de las personas, destacando la obra de WAGENAAR (1988), *Identifying Ivan*, sobre la identificación del criminal nazi conocido como Iván el Terrible.

- Renacimiento de la psicología del testimonio, a partir del final de la anterior fase, básicamente por el interés en implementar los derechos humanos en occidente, generando nuevos campos de investigación. Dice MANZANERO que la importancia de la psicología del testimonio en las tres últimas décadas del siglo XX se centran en la psicología cognitiva en el marco de los paradigmas de procesamiento de la información, fundamentalmente representados por los estudios que describen e identifican el proceso de la memoria, con numerosos estudios y congresos que, con origen en el mundo anglosajón, tuvo su impacto positivo en Europa.

- En España, sin perjuicio de citar al Prof.



MUÑOZ SABATÉ a continuación, debemos asimismo citar la obra de Emilio MIRA I LÓPEZ (con su *Manual de Psicología Jurídica* (11)), a mediados de los años treinta, y citar la introducción de la psicología cognitiva (de la mano de DE VEGA, en 1984), lo que dará sus frutos y principalmente la Universidad Autónoma de Madrid (el equipo de M. DIGES: MANZANERO, MIRA y PÉREZ-MATA) y la Universidad de La Laguna (el equipo de M. L. ALONSO-QUECUTY: CAMPOS y HERNÁNDEZ-FERNAUD), ampliándose a otros grupos de investigación en Galicia (ARCE y FARIÑA), País Vasco (GARCÍA-BAJOS, IBAÑE y MIGUELES), y Salamanca (GARRIDO, HERRERO y MASIP).

Sin duda, también debe ser resaltada la aportación del Prof. Lluís MUÑOZ SABATÉ a la disciplina de la psicología del testimonio. El Prof. MUÑOZ SABATÉ es abogado y también psicólogo. Con ello, su aportación une ambos campos y aplica jurídicamente principios psicológicos, enriqueciendo la doctrina y guiando a jóvenes investigadores para que profundicen sobre sus conclusiones.

De hecho, el Prof. MUÑOZ SABATÉ fundó, junto con Federico MUNNÉ y Ramón BAYES, en el año 1974 el Anuario de Psicología y Sociología Jurídica, revista que se publicó hasta el año 1987. La bibliografía del Profesor es extensa (12), pero no puedo resistirme a recordar lo que pretendía en su artículo «Psicología jurídica: sobre la previa culturización de sus operadores», opinión que compartimos, pues decía «séame permitido apuntar la consideración de que lo que más importa *todavía en este momento* al derecho no es que se le habilite a cualquier precio de una sub-parcela de la psicología general, sino algo mucho más sencillo: gozar de una cierta culturización psicológica, que a su vez tenga como correlato una cierta culturización jurídica de determinados investigadores provenientes del campo de la psicología» (13).

Con la neurociencia quizás sería positivo hacer la misma recomendación: deberíamos culturizar a los operadores jurídicos en relación al conocimiento del funcionamiento del cerebro, pero aplicado a la práctica jurídica. Proponemos, de entrada, un cierto conocimiento sobre aspectos cognitivos como la percepción, la atención, la memoria, la retención, y aspectos relativos a la evocación. Para ello, entendemos deberíamos contar con la ayuda de profesionales de otras ramas del conocimiento, como neurólogos, psicólogos, psiquiatras, pedagogos, etcétera. No sostenemos que en cada procedimiento judicial tengamos que contar con todos ellos, pero sí que no tengamos reparos en acudir en su ayuda en aquellos supuestos de duda, y que los operadores jurídicos se formen y aprendan de la neurociencia, para aplicar sus conocimientos en el ámbito jurídico.

III. DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El art. 376 LEC regula la valoración de la prueba testifical por parte del juzgador, al indicar que «los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado».

La doctrina (14) ha señalado diversos criterios técnicos experimentales en torno a la valoración de la prueba testifical. Entre ellos encontramos el análisis de la percepción directa del testigo de los hechos sobre los que declarará en el juicio (parte de la llamada «razón de ciencia» del testigo).

Entrando de lleno en el ámbito de la neurociencia, resulta muy sugerente el análisis que

realiza NIEVA FENOLL (15) respecto a la valoración de la prueba: cita a neurofilósofos que niegan la libertad del ser humano. El planteamiento de entrada consiste en recordar que el cerebro es un órgano que se altera y se adapta a las circunstancias y experiencias que vive el sujeto a lo largo de su vida. Por ello, el sujeto piensa erróneamente que es libre cuando, en realidad, es el cerebro quien «somete» al sujeto reaccionando de una u otra forma predeterminada.

Así, cuando el sistema de valoración de la prueba legalmente se configura como de libre apreciación por parte del juez, dicha libertad no sería posible, ya que el cerebro del juez se hallaría predeterminado para valorar la prueba de una forma u otra. El autor llega a la conclusión de que no se puede sostener tajantemente que la libertad no existe, sino que la libertad existe, aunque quizás no como la imaginábamos. En definitiva, comparemos las conclusiones del autor y añadimos que la valoración de la prueba con base en las máximas de experiencia del juez o conforme a las reglas de la sana crítica, toman o se nutren de la experiencia previa del juez y/o de la jurisprudencia que, en ambos casos, serán condicionadas por su cerebro, bien porque ya ha tenido alguna experiencia previa, o bien, sin tenerla, porque considera que debe acudir a la jurisprudencia para llenar ese vacío de experiencia.

En cualquier caso, y pese a lo anterior, nos atrevemos a sostener que la neurociencia podría ser útil para proporcionar al juez y a los operadores jurídicos, de algún estándar que pudieran aplicar para valorar tres aspectos que se nos antojan fundamentales para valorar la prueba personal, esto es, la percepción, la retención y la evocación que lleva a cabo la parte o el testigo. Sólo conociendo bien los mecanismos cerebrales que permiten esas tres operaciones tendremos la llave para determinar cuándo un testigo puede ser creíble y cuando no. El cómo conseguir ese objetivo entendemos que es el gran reto al que nos enfrentamos, aunque no huérfanos de esfuerzos previos, como hemos indicado en el breve viaje por la psicología del testimonio anteriormente resaltada.

IV. PERCEPCIÓN

La percepción de los hechos por parte de la persona es fundamental y condiciona la calidad del testimonio posterior que pueda proporcionar.

En primer lugar, debemos entender cómo funcionan los mecanismos de atención del cerebro. Podemos definir la atención como el «proceso neuropsicológico que dispone para seleccionar entre varios estímulos a aquel al que responder» (16).

Aunque sea desde la perspectiva educativa, MORA explica que «la atención es el mecanismo cerebral que se requiere para ser consciente de algo. El mecanismo de la atención consigue el ensamblaje funcional de neuronas dispersas de corteza cerebral y tálamo activando el mecanismo de la conciencia» (17).

Por otra parte, debemos estudiar la percepción, que se puede definir como «el proceso mediante el cual se toma consciencia del mundo exterior. En este proceso hay una parte objetiva y otra subjetiva. El estudio de la relación entre ambas constituye el campo de la Psicofísica», y la Psicofísica trata el «estudio de los sistemas sensoriales (percepciones por los órganos de los sentidos, percepción de la postura, el movimiento y el dolor) y las correlaciones cuantitativas entre los aspectos específicos de los estímulos físicos y las respuestas o sensaciones subjetivas que éstos provocan» (18).

En cuanto a la percepción por parte de los sentidos, hay que profundizar sobre los mecanismos del cerebro para percibir y atender los estímulos visuales, auditivos, olfativos, etcétera (19).

V. RETENCIÓN

La retención por parte del testigo exige un estudio sobre la memoria, su concepto, tipos de memoria, etcétera. Excede del objeto del presente estudio un análisis detallado del concepto de memoria y sus tipos (memoria a corto y a largo plazo, ecoica, ecónica, operativa y sensorial, etcétera), así como los sistemas ideados para explicar la misma (desde el Modelo Modal de la Memoria, Modelo de Memoria de Broadbent, etcétera).

En el ámbito de la psicología del testimonio, resulta fundamental la aportación en España de MANZANERO, quien recoge y analiza todos los aspectos referenciados en el apartado anterior que nos limitamos a apuntar, sin perjuicio de profundizar sobre los mismos en futuras entregas de los Cuadernos de Probática en esta revista (20).

Desde el punto de vista de la neurociencia, se entiende por memoria «la capacidad de evocar respuestas aprendidas previamente» (21). La memoria servirá, en definitiva, para guardar lo que aprende el sujeto y la neurociencia nos explica cómo se produce ese archivo de información en nuestro cerebro (22), existiendo incluso alguna referencia doctrinal a la memoria del testigo aplicando la neurociencia (23).

¿Y en el ámbito procesal? Entendemos que el conocimiento del proceso de la información (hechos controvertidos) por parte del testigo o de la parte debe ser tomados en consideración

por parte del juez para valorar «conforme a las reglas de la sana crítica» (24), y tanto la neurociencia como la psicología del testimonio ayudarán a formar a los operadores jurídicos en ese sentido, consiguiendo esa «culturización» que reclamaba el Prof. MUÑOZ SABATÉ, como hemos indicado anteriormente.

VI. EVOCACIÓN

La evocación se refiere a la explicación que ofrece el testigo delante del juez, quien podrá controlar y analizar la propia declaración que realiza el testigo, intentando que el juez evite juicios de valor basados en la apariencia externa del testigo (cómo va vestido, cómo declara, sus gestos, etcétera) (25).

Para analizar la evocación del testigo, resultará de gran ayuda para el jurista el conocer cómo se produce la recuperación de la información en el cerebro, esto es, cómo funcionan los recuerdos y, por supuesto, las falsas ayudas en la obtención de las declaraciones, como pueden ser el uso de la tortura, el suero de la verdad y la hipnosis (26).

Finalmente, entendemos que también ayudará al jurista el estudio de la distorsión de la información, ya que, con el paso del tiempo, el sujeto puede no recordar completamente lo sucedido, llenando los «vacíos de memoria» inconscientemente con la información que le sugiera el propio cerebro, así como el estudio del olvido y de la amnesia.

VII. CONCLUSIÓN: NECESIDAD DE UN ESTUDIO MÁS PROFUNDO QUE RELACIONE NEUROCIENCIA Y PRUEBA PERSONAL

Lo anteriormente expuesto nos lleva a una clara conclusión: la necesidad de trabajar codo con codo con neurólogos, psicólogos, psiquiatras, pedagogos, etcétera para que los operadores jurídicos conozcamos el proceso de percepción, retención y evocación de hechos por parte del ser humano. Con ello, tendremos datos suficientes para enfrentarnos a la valoración de la prueba personal con garantías de éxito respecto al análisis de credibilidad del testimonio. No partimos de cero, ya que disponemos de la experiencia de la psicología del testimonio, ya utilizada en manuales sobre la valoración de la prueba (27). Conforme avancen los estudios en materia de neurociencia y comprendamos mejor los mecanismos de funcionamiento de nuestro cerebro, entendemos que debemos aprovechar esos conocimientos e intentar aplicarlos al ámbito jurídico, como por ejemplo, para analizar la credibilidad del testimonio, en el sentido de determinar cómo percibió el sujeto los hechos, cómo los ha retenido y cómo los evoca. ■

NOTAS

(1) Quiero agradecer al Prof. Carlos de Miranda y a mi compañera de despacho Patricia Esteve sus comentarios y aportaciones que, sin duda, mejoran la versión inicial de este trabajo.

(2) MORA, Francisco, y SANGUINETTI, Ana María, «Diccionario de neurociencias», Alianza Editorial, Madrid, 1994, pág. 190.

(3) Por todos, vid. MORA, Francisco, «Cómo funciona el cerebro», 2.ª edición, Alianza Editorial, Madrid, 2009; «Neuroeducación. Solo se puede aprender aquello que se ama», Alianza Editorial, Madrid, 2013; «¿Es posible una cultura sin miedo?», Alianza Editorial, Madrid, 2015.

(4) MORA, Francisco, «Cómo funciona el cerebro», op. cit., págs. 105 a 133.

(5) MORA, Francisco, «Neuroeducación», op. cit., página 19. En cuanto a reflexiones sobre la luz en las aulas y cómo están diseñadas, vid. el capítulo titulado «Aprendiendo con mucha luz», págs. 139 a 143.

(6) Es de destacar la obra de TARUFFO, Michele y NIEVA FENOLL, Jordi, «Neurociencia y proceso judicial», Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2013.

(7) BENTHAM, Jeremy, «Tratado de las pruebas judiciales», Editorial Comares, Granada, 2001, págs. 35 a 45. No obstante, conviene advertir que la obra original se titula «Rationale of judicial evidence», publicado por Hunt and Clarke, Londres, 1827.

(8) MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, «Tratado de la prueba en materia criminal», 11.ª edición (con traducción y adiciones de Pedro Aragoneses Alonso), Editorial Reus, S.A., Madrid, 2004, págs. 299 a 304 (obra original «Die Lehre vom Beweise», Darmstadt 1834).

(9) GORPHE, François, «La crítica del testimonio», 6.ª edición, Editorial Reus, Madrid, 2003 (obra original «La critique du témoignage», Librairie Dalloz, Paris, 1924).

(10) MANZANERO, Antonio L., «Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria», Ediciones Pirámide, Madrid, 2008, págs. 17 a 24.

(11) MIRA Y LOPEZ, Emilio, «Manual de Psicología Judicial», 6.ª edición, Librería «El Ateneo» Editorial, Buenos Aires, Argentina, 1980.

(12) Condensar la bibliografía del Profesor en una breve cita es tarea imposible. No obstante, resalto,

las siguientes: «Métodos y elementos para una psicología jurídica», en Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas, Barcelona, 1975; «Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso», 4.ª edición, Editorial Praxis, Barcelona, 1993; «Curso de probática judicial», LA LEY, Madrid, 2009.

(13) MUÑOZ SABATÉ, Lluís, «Psicología Jurídica: sobre la previa culturización de sus operadores», publicado originariamente por Editorial C.E. Ramón Aceres. Estudios en homenaje a Antonio Hernández Gil, 2001, aunque el autor lo ha consultado dentro de su libro «Técnica Procesal. 25 años de estudios forenses», J.M. Bosch, editor, Barcelona, 2012, página 579. La cursiva del texto es la resaltada en cursiva en el original por el autor.

(14) Por todos, vid. MUÑOZ SABATÉ, Lluís, «Técnica probatoria», 2.ª edición, Editorial Praxis, Barcelona, págs. 331 y siguientes. Asimismo, vid. ABEL LLUCH, Xavier, «Derecho probatorio», J.M.ª Bosch, editor, Barcelona, 2012, págs. 634 y 635; del mismo autor «La valoración de la prueba en el proceso civil», Editorial LA LEY, Madrid, 2014, págs. 120 a 126; DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, «El mito de la influencia de la intermediación judicial en la valoración de la prueba personal: una revisión crítica», en la revista Justicia, núm. 2, 2014, págs. 339 a 371; NIEVA FENOLL, Jordi, «La valoración de la prueba», editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 222 a 230; MONTERO AROCA, Juan, «La prueba en el proceso civil», 7.ª edición, Editorial Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 428 a 431; PICÓ I JUNOY, Joan, «Comentario al art. 376 LEC», en la obra colectiva dirigida por Antonio María Lorca Navarrete, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo II, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 2004 a 2009; SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, «La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones», 2.ª edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, página 424; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Estudios de Derecho Probatorio», editorial Communitas, Lima (Perú), 2008, págs. 456 a 461.

(15) NIEVA FENOLL, Jordi, «Proceso judicial y neurociencia: una revisión conceptual del derecho procesal», en la obra colectiva dirigida por dicho autor junto con Michelle Taruffo, Neurociencia y proceso judicial, op. cit., págs. 176 a 178.

(16) MORA, Francisco y SANGUINETTI, Ana María, «Diccionario de neurociencias», op. cit., pág. 38.

(17) MORA, Francisco, «Neuroeducación. Solo se puede aprender aquello que se ama», op. cit., pág. 81.

(18) MORA, Francisco y SANGUINETTI, Ana María, «Diccionario de neurociencias», op. cit., págs. 230 y 246. Sobre la psicofísica y la prueba del dolor, vid. PICÓ I JUNOY, Joan, «La prueba del dolor», en la obra colectiva dirigida por Michelle Taruffo y Jordi Nieva Fenoll, Neurociencia y proceso judicial, op. cit., págs. 82 a 96.

(19) Vid. ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio, «Sobre la percepción del testigo», en el Diario LA LEY, núm. 8535, 8 de mayo de 2015, págs. 8 a 10. Sobre todo, vid. MANZANERO, Antonio L., «Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria», op. cit., págs. 105 a 118.

(20) MANZANERO, Antonio L., «Psicología del testimonio», op. cit., págs. 27 a 40, sólo en cuanto a los diferentes tipos de memoria y a su concepto, tratando otros aspectos de la memoria en el resto del manual. Del mismo autor, vid. «Memoria de testigos», Ediciones Pirámide, Madrid, 2010.

(21) MORA, Francisco y SANGUINETTI, Ana María, «Diccionario de neurociencias», op. cit., pág. 172.

(22) MORA, Francisco, «Neuroeducación. Solo se puede aprender aquello que se ama», op. cit., págs. 99 a 106. Del mismo autor, «Cómo funciona el cerebro», op. cit., págs. 191 a 221.

(23) MOLINA GALICIA, René, «Neurociencia, neuroética, Derecho y proceso», en la obra colectiva dirigida por Michelle Taruffo y Jordi Nieva Fenoll, «Neurociencia y proceso judicial», op. cit., págs. 68 a 70.

(24) Sobre este particular, vid., por todos, ABEL LLUCH, Xavier, «Las reglas de la sana crítica», Editorial LA LEY, Madrid, 2015.

(25) Como así señala NIEVA FENOLL, Jordi, «La valoración de la prueba», op. cit., pág. 223. Dicho autor señala que, para que el juez pueda valorar la prueba testifical, resulta importante atender a (i) la coherencia de los relatos, (ii) la contextualización del relato, (iii) a la llamada «corroboración periférica», y (iv) a la existencia de detalles oportunistas a favor del declarante, criterios recogidos y explicados en las págs. 223 a 230 de la obra citada.

(26) Vid. MANZANERO, Antonio L. «Memoria de testigos», op. cit., págs. 45 a 81.

(27) Por ejemplo, vid. NIEVA FENOLL, Jordi, «La valoración de la prueba», op. cit., págs. 213 a 215 (psicología del testimonio); págs. 215 a 219 (la memoria de las personas).

2015 PRÁCTICA FISCAL

PARA ABOGADOS

LOS CASOS MÁS RELEVANTES EN 2014 DE LOS GRANDES DESPACHOS EN MATERIA FISCAL

Coordinadores: R. Gómez-Barreda y R. Tejada.
Páginas: 488 / ISBN: 978-84-9020-424-5 / Rústica



VERSIÓN PAPEL:

403,85 € (+IVA)

AHORA: 98,66 € (+IVA)



VERSIÓN

DIGITAL (smarteca)

72,73 € (+IVA)

AHORA: 69,09 € (+IVA)

5%
descuento

ELIGE
TU
VERSIÓN



Wolters Kluwer
LA LEY

Wolters Kluwer

ADQUIERE HOY MISMO TU EJEMPLAR:

902 250 500 tel. / clientes@wke.es

PAPEL: <https://tienda.wolterskluwer.es/> / DIGITAL: www.smarteca.es

Tu mejor socio



Dossier

Jurisprudencia sobre derecho probatorio

LA LEY 7641/2015

Jurisprudencia sobre derecho probatorio

Un análisis crítico sobre la eficacia y validez de los tests neurocientíficos

Manuel RICHARD GONZÁLEZ

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA.

A raíz de la denegación de la admisibilidad de la práctica de la prueba P-300, por «extraer datos cognitivos que únicamente se hallan en el cerebro del sujeto y debe ser considerada jurídicamente como una declaración, que sólo puede llevarse a cabo con la voluntad del sujeto», el autor se plantea cuál sea la eficacia y validez que deba darse a las pruebas neurológicas y, más concretamente, la denominada prueba pericial neurológica Test P-300 que se empleó en ese supuesto concreto. Se realiza un comentario al ATSJ de Aragón Sala de lo Civil y Penal de 21 Jul. 2015, Rec. 6/2015 (La Ley 96956/2015) que declara la nulidad de la prueba P-300 o «test de la verdad» practicada al imputado por el crimen de Ricla.

I. INTRODUCCIÓN SOBRE EL CASO DEL QUE SE CONOCE EN EL AUTO DEL TSJ DE ARAGÓN

El auto que se comenta en este trabajo (ATSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 21 de julio de 2015, Rec. 6/2015) se pronuncia sobre distintas cuestiones previas planteadas por la defensa del acusado en el juicio por jurado que se está sustanciando por el denominado «crimen de Ricla», en el que se imputa la muerte de una mujer a su esposo, del que consta una confesión efectuada ante la policía, en presencia del Secretario Judicial, en la que decía haber descuartizado a su esposa, pero no haberla matado. Según su confesión habría discutido con su esposa tras lo cual salió de su casa. Al volver se la habría encontrado muerta, lo cual achacó a una caída por las escaleras. En ese momento habría confesado que optó por descuartizarla. Cabe señalar que la policía halló restos de sangre en el desagüe del garaje, en algunas baldosas y en una columna, aunque sin determinar a quién pertenecen.

Durante la investigación de este suceso se practicó un acto de prueba consistente en una exploración neurológica denominada «Potencial de Evocación Cognitiva», también

llamado test P-300 o de la verdad. La diligencia se practicó con la oposición del imputado por entender que tal examen vulneraba su derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia. Esta alegación fue desestimada por la Audiencia Provincial de Zaragoza que en Auto de 19 de febrero de 2014 resolvió, desestimándolo, el recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juez que autorizaba la práctica del examen neurológico al imputado. Este auto fue impugnado por el imputado ante el TSJ de Aragón que se pronuncia en el comentado Auto de 7 de septiembre de 2015 (LA LEY 96956/2015) declarando la nulidad del resultado obtenido con el acto de investigación por considerar el TSJ de Aragón que: «... la práctica de la prueba P-300, por extraer datos cognitivos que únicamente se hallan en el cerebro del sujeto, debe ser considerada jurídicamente como una declaración y, por tanto, sólo puede llevarse a cabo con la voluntad del sujeto, pues éste no está obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable - artículo 24 de la Constitución Española-. En el caso presente consta que el señor Andrés, cuando fue informado de que había de someterse a esta prueba pericial manifestó que estaba «en total desacuerdo con la prueba», añadiendo que «si su Señoría lo ordena él se somete» y que «por su orden me

someto, porque si no, que iba a hacer» (folios 2241 y 2242)». En su virtud, el TSJ de Aragón declara la nulidad del resultado obtenido por la prueba P-300 que puede calificarse de neurocientífica. Y ello a pesar que el resultado de la prueba, conforme aducía el Fiscal: «no ha dado resultado positivo en este caso ni se va a traer a juicio oral como prueba de cargo».

El fundamento de la denegación de la admisibilidad de la prueba se halla, según el TSJ de Aragón, en la consideración de que esta clase de test ofrece una declaración que no puede obtenerse contra la voluntad del sujeto que conforme con el art. 24 CE no está obligado a declarar ni a confesarse culpable. Sobre este particular, resulta evidente que determinados actos de investigación realizados sobre la persona del individuo permiten obtener información que puede resultar relevante para probar los hechos objeto del proceso penal y, en su caso, la condena del acusado. En este punto se plantea la discusión sobre hasta que punto esta clase de actividad de investigación vulnera el derecho del individuo a no declarar cuando, por ejemplo, se obtienen de sus ropas rastros o evidencias físicas o ADN que posteriormente puede ser analizado y fundar una condena. Sobre este particular no me acaba de convencer el fundamento de la decisión del TSJ de Aragón en cuanto afirma que: «Para la resolución de este motivo de recurso debemos valorar el sentido y contenido de la prueba pericial denominada P-300. Se trata de una prueba que, practicada sobre el sujeto mediante la colocación de terminales que detectan las ondas cerebrales, permite obtener los potenciales evocados, como respuestas eléctricas del sistema nervioso central ante la aplicación de un estímulo, que puede ser auditivo o visual. El potencial eléctrico que se registra por el perito consiste en una secuencia de ondas, ligadas temporalmente al estímulo que las provoca, de modo que poseen una latencia, amplitud y polaridad específica. La denominación P-300 resulta de que, conforme a los estudios realizados al respecto, el potencial evocado requiere 300 milisegundos para ser obtenido. Estos potenciales se detectan a través de la electroencefalografía o de la electromiografía. Es importante destacar que la señal eléctrica P-300 está fuera del control consciente del sujeto». Pues bien, no acabo de hallar la diferencia entre obtener ADN o señales cerebrales del imputado, siendo que en el caso del ADN no se considera que se vulnere el derecho a no declarar del imputado, lo que sí sucedería, según el TSJ de Aragón, en el caso de los tests neurológicos. En cualquier caso, a pesar del interés del asunto, no esa la cuestión que motiva este comentario, sino la cuestión previa referida a cual sea la eficacia y validez que deba darse a las pruebas neurológicas y, más concretamente, la denominada prueba pericial neurológica Test P-300 que se empleó en este supuesto.

II. QUE ES, PARA QUE SIRVE Y QUE ACREDITA LA DENOMINADA PRUEBA PERICIAL NEUROLÓGICA P-300

A riesgo de que el lector con poco tiempo deje aquí la lectura anticipemos ya la conclusión: La prueba pericial neurológica P-300 no sirve para nada y no acredita nada, puesto que no cumple con ninguno de los estándares establecidos para atribuir a una pericia el carácter de científica. De modo que más allá de la decisión que adopta el TSJ de Aragón sobre si se está vulnerando, o no, el derecho a declarar del imputado, existe una cuestión previa que consiste en plantearnos si la prueba neurológica P-300, sirve para lo que se dice que sirve. A saber, permitir conocer si un sujeto dice la verdad o no sobre un hecho determinado y relevante para el proceso. Esto se conseguiría mediante el examen de las ondas cerebrales obtenidas mediante el procedimiento del test P-300.

Nótese que el TSJ de Aragón, parece dar por sentado que el procedimiento es válido y eficaz. En este sentido señala el TSJ de Aragón que la denominada prueba: «permite obtener los potenciales evocados, como respuestas eléctricas del sistema nervioso central ante la aplicación de un estímulo, que puede ser auditivo o visual». Es cierto, que las consideraciones que hace el TSJ de Aragón se emiten a modo de *obiter dicta*, ya que finalmente se desestima el resultado de la prueba. Ahora bien, me parece oportuno examinar si tal test cumple los requisitos de validez de la prueba científica. En este punto conviene recurrir a los principios contenidos en la socorrida Sentencia Daubert Vs. Merrell dow pharmaceuticals de 1993 en la que se definen los criterios que debe observar un dictamen o prueba científica para poder ser tenida en esa condición. A esos criterios me refiero en el siguiente apartado, por el momento podemos ya afirmar que la citada prueba o test de la verdad P-300 no cumple ninguno de los establecidos para considerar que una prueba científica pueda ser admitida. Para fundar mi aseveración veamos primero que es y en que consiste la prueba neurológica P-300.

La P-300 consiste en un procedimiento denominado «prueba neurológica de evocación cognitiva» o «P300 Paradigma Odd Ball», en el que se utiliza la electroencefalografía (EEG) o la electromiografía (EMG). Estas técnicas consisten en la captación de señales eléctricas originadas en el cerebro que aparecen como en respuesta a una estimulación externa que suele ser sensorial como un sonido, una imagen o también una pregunta. En esta prueba se analizaría, concretamente, la onda EP 300 respecto a su presencia, magnitud, topografía y duración. La existencia de ondas cerebrales es bien conocida y utilizada en ciencia. Concretamente, la onda cerebral



P300 se manifiesta como una reacción ante determinados estímulos que puede ser captada por aparatos de EEG, especialmente en la región parietal, aunque también en otras partes del cerebro como son las regiones frontales y temporales. Esta clase de onda se caracteriza por la posibilidad de tomar muestras aisladas de la señal directamente de ciertas partes del cerebro mediante electrodos situados sobre la piel del cráneo. A ese fin la señal se estimula mediante el procedimiento de «paradigma odd-ball» mediante el cual se intenta captar una respuesta específica al estímulo que sobresalga sobre la señal (o «ruido») de fondo. En este punto, son distintos los procedimientos y formulaciones para obtener la señal P300, pero en cualquier caso se obtiene una señal que constituiría un suerte de reflejo inconsciente y distintivo que destacaría sobre el ruido de fondo de la actividad cerebral. Hasta aquí la ciencia, que nos muestra que el cerebro reacciona antes estímulos y que esas reacciones se pueden captar, medir y analizar. También se puede cotejar la clase e intensidad de la señal con la clase de estímulo que se ofrece al examinado.

En este punto aparece la propuesta de LAWRENCE FARWELL que es el creador de la prueba utilizada en el procedimiento que comentamos en este trabajo denominado test de la verdad o P-300. Esta es una prueba que se dice tiene por finalidad la detección de «conocimientos inculpatórios» a partir de la presunción de que el test permite acreditar si un sujeto tiene un determinado recuerdo y, en definitiva si dice o no la verdad. En el procedimiento de FARWELL se interroga al sujeto mediante paradigma «odd-ball» del mismo modo que se haría con un polígrafo. Primero se somete al sujeto a una pruebas preliminares para fijar el «ruido cerebral de fondo» y a continuación se le preguntaría o se le expondrían hechos referentes al suceso que se pretende investigar, sean preguntas, fotografías o sonidos. Según la teoría de

FARWELL la existencia en el cerebro del sujeto examinado de un recuerdo del hecho clave inculpatório produciría una onda P300 que se manifestaría nítidamente, una vez aislada la señal P300 del ruido de fondo mediante un algoritmo específico. De ese modo el investigador descubriría la verdad o la mentira de la respuesta, al delatarse el sujeto por la onda P300. En definitiva, el referido procedimiento no es otra cosa que un detector de mentiras que pretendería descubrir cuando se dice o no la verdad con base en la detección de la onda PS300 que manifestaría una especial actividad mental producida por el estímulo de la pregunta o la imagen relacionada con el delito. Según FARWELL su máquina tiene un 99% de fiabilidad y afirma poder saber si un sujeto guarda o no en su cerebro recuerdos de un hecho pasado, de modo que: «Si los criminales saben que podemos meternos en su cerebro, se lo pensarán antes de cometer un crimen, porque sabrán que no saldrán inocentes». Así, el recuerdo del hecho cometido se manifestaría en un impulso cerebral que sería captado por la máquina.

Pues bien, como ya hemos anticipado, «no hay nada nuevo bajo el sol», sino que este procedimiento es una puesta al día, para su mejor venta, de una técnica ya conocida como es la de una improbable máquina de la verdad. Antes se nos presentaba en forma de polígrafo y ahora en forma de electroencefalograma. Efectivamente, tanto en el polígrafo como en esta prueba de EEG lo que se pretende es obtener la verdad a partir de la medición de ciertas magnitudes obtenidas del individuo al que se le formulan determinadas preguntas. En lo que se diferencian los procedimientos es en la clase de señales detectadas y analizadas. El polígrafo es un tipo particular de instrumento de medición que registra variaciones de respuestas fisiológicas como son la presión arterial, el ritmo cardíaco, la frecuencia respiratoria y la respuesta galvánica o conductancia de la piel. Mientras

que en la prueba de EEG lo que se obtiene es una señal eléctrica a partir de electrodos adheridos al cuero cabelludo del sujeto. En ambos casos las variaciones de las señales captadas por la máquina reflejarían el conocimiento, y en su caso, la comisión de un determinado hecho pasado. Nada de ello está acreditado y confirmado por la ciencia.

Es por ello que se decía al principio de este apartado que esta clase de técnica no servía para nada en el ámbito del proceso, porque nada acredita. Ello no es óbice para admitir que mediante las técnicas neurológicas de examen cerebral pueden obtenerse datos y a partir de ahí se pueden extraer conclusiones sobre distintas cuestiones que afectan a los individuos tales como enfermedades mentales, afectaciones o limitaciones de la conducta, déficits respecto a algún tipo de actividad, etc. Así, un examen neurológico puede revelar la existencia de un tumor, de enfermedades mentales como la epilepsia u otras conclusiones que pudieran tener, en su caso, relevancia en el ámbito del derecho a efectos de probar hechos relevantes para el proceso judicial como una exención de responsabilidad o una atenuante. Ahora bien, cuestión distinta es pretender, como afirma FARWELL y otros, acreditar el conocimiento de la verdad y la mentira que anida en el cerebro de una persona y se revelarían científica e inexorablemente mediante el examen neurológico de su test de la verdad.

III. LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA CIENTÍFICA. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS CONTENIDOS EN LA SENTENCIA DAUBERT VS MERELL DOW PHARMACEUTICAL A LA PRUEBA NEUROLÓGICA P-300

La importancia de la prueba científica en la resolución de procesos es cada vez mayor, especialmente en el proceso penal. Rastros, vestigios y sustancias de cualquier clase son objeto de análisis técnicos que ofrecen una muy útil aproximación a la realidad pretérita que en el proceso penal se intenta esclarecer. Todo ello sin perjuicio de que la prueba científica no es más que otra prueba cuya principal virtud es la de ofrecernos conclusiones, en algunos casos con una razón de verosimilitud o probabilidad, en algunas materias, muy alta. Podemos decir que mediante la pericial científica podemos acercarnos más a la realidad de lo sucedido que mediante la práctica de otra clase de prueba. Pero, sin que de esa inicial distinción se puedan predecir mayores consecuencias que su mayor grado de probabilidad inicial. En realidad, la conclusión científica es siempre, por esencia, refutable y está sujeta a crítica y revisión. De forma que sin perjuicio del mayor detalle en la aproximación de la realidad, la pericia científica interpreta, nos explica o nos da cuenta de una realidad que por no ser obvia precisa

de pericia y, por tanto, de interpretación del perito. Ahora bien, esa interpretación técnica debe estar siempre sometida a la contradicción por las partes y siempre a la última y definitiva valoración por el Juez.

La admisibilidad de una prueba científica debe quedar condicionada al cumplimiento de unos criterios que determinen que, precisamente, lo que se viste y se presenta como ciencia, lo es efectivamente. Esta es una cuestión poco tratada en nuestro país pero que, sin embargo, tiene una especial trascendencia en el sistema anglosajón en el que rigen con especial fuerza las normas sobre la admisión de la prueba. Esto es así debido a que el juicio penal se desarrolla, normalmente, ante un Jurado de ciudadanos legos en Derecho que deben valorar la prueba que se practique. Esta circunstancia determina que sea necesario que el Juez «vigile» o «controle» la incorporación al juicio de la prueba, especialmente la pericial científica para evitar que se introduzcan en el proceso pruebas aparentemente científicas, que en realidad no lo son, que puedan inclinar el criterio del Jurado. Es por ello que en el sistema anglosajón resulta esencial aplicar un test de admisibilidad de la prueba mediante el cual se persigue que la prueba científica que se incorpora al juicio esté validada por la comunidad científica y no se trate de ciencia basura (*junk science*). A ese fin sirve el denominado Test de DAUBERT. Se trata de un test establecido a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América del año 1993 (Merrill Vs Daubert) en la que el Tribunal Supremo se planteó que criterios debían exigirse a una prueba pericial científica para poder ser admitida en un procedimiento judicial determinando que cualquier prueba científica debía superar un test de validez que consiste en el examen de las siguientes cuestiones:

- 1.º Si la técnica ha sido comprobada o refutada.
- 2.º Si ha sido sometida a examen y publicación en el ámbito científico del que procede.
- 3.º Cual es la tasa de error o de acierto de las conclusiones obtenidas.
- 4.º La existencia y mantenimiento de normas y controles en cuanto a su práctica.
- 5.º El grado de aceptación de la técnica en el marco de la comunidad científica.

Pues bien, ninguna de estas condiciones o criterios se dan respecto a la técnica de evocación cognitiva mediante el análisis de la onda P300. Esta es una conclusión válida para cualquiera de las pruebas neurocientíficas que se pueden realizar en la actualidad que no están validadas o admitidas por la Ciencia respecto a las conclusiones que se pretenden obtener. Esto es así, porque en realidad no se sabe en que parte

del cerebro se generan las ondas cerebrales ni tampoco cual sea su significado e interpretación más allá de determinadas hipótesis. Así, se han descrito variaciones de la onda P300 en supuestos de determinadas patologías o situaciones como la esquizofrenia, el alcoholismo o el simple proceso de envejecimiento. También parece que existe una relación entre la onda P300 y los procesos de toma de decisiones. Se trata, en definitiva, de meras hipótesis de trabajo que tienen cierta utilidad, pero que no ofrecen resultados científicos contrastados. Por esa razón asociar las variaciones positivas de la onda P300 con la existencia de recuerdos de un hecho hay un gran salto al vacío... sin red. A mayor abundamiento, ni siquiera dando por supuesta la relación entre una actividad cerebral detectada y la existencia de un recuerdo en el cerebro podríamos admitir sin ninguna duda que ese recuerdo corresponda a un hecho real, ya que podría ser un recuerdo falso generado por el individuo por distintas razones.

En el caso concreto del procedimiento de FARWELL (creador del análisis de la onda P300) el incumplimiento de los estándares de garantía de la prueba es palmaria, por ello no es de extrañar que no se admita en los tribunales de justicia. También es engañosa la presentación de la técnica en España al afirmarse que la prueba de FARWELL ha sido utilizada en los tribunales de justicia tanto para acusar como para exculpar citándose, en las informaciones periodísticas, que daban cuenta de la aplicación del test. Así se afirma en la propia página web de FARWELL (<http://www.larryfarwell.com>) donde se citan los casos GRINDER y HARRINGTON. Sin embargo, y en realidad, la prueba de FARWELL no se admite en los tribunales de justicia en los Estados Unidos. Lo que sucedió en el caso GRINDER fue que este sujeto confesó el crimen y llegó a un acuerdo con el fiscal. Según FARWELL ante el temor de que el resultado pudiera ser utilizado como prueba ante el tribunal. Sin embargo, lo más probable sería que el sujeto pactara por cualquier razón, entre otras el temor a ser condenado por muchos otros indicios en su contra. El caso HARRINGTON es bien distinto, ya que se trataba de obtener un nuevo juicio. En ese caso efectivamente se utilizó la máquina como un examen de parte destinado a fundar una petición de revisión del juicio, pero lo que sucedió fue que el testigo de cargo se retractó de su anterior declaración y, finalmente, se obtuvo un nuevo juicio en el que se absolvió al Sr. HARRINGTON. En definitiva, basta acudir a la página web de FARWELL para advertir que ni la apariencia ni los contenidos que se muestran tienen demasiada relación con la ciencia. En realidad, lo que parece venderse es humo, eso sí saliendo de un matraz, probeta o, en este caso, un humo virtual que surge de una computadora conectada a un sistema de EEG. Se trata, no obstante, de un humo caro que se puede comprar no sólo a FARWELL,

sino también a otras empresas que ofertan pruebas neurológicas con finalidades de selección o investigación de personal o también como pericia ante los tribunales. Véanse, por ejemplo, las siguientes: <http://www.noliemri.com/>; <http://www.governmentworks.com> (no dejarse engañar por el nombre: no es una página gubernamental); <http://truth-justice.org>.

IV. CONCLUSIÓN

La relevancia del derecho a la prueba en nuestro sistema de justicia ha venido determinando una amplia flexibilidad para admitir toda aquella que cumpla con los criterios de licitud, pertinencia y necesidad. Ahora bien, existe un criterio previo, o si se quiere implícito, que en ocasiones se olvida y es que el medio de investigación y/o prueba ofrezca la suficiente garantía de que lo que se vierte al proceso lo sea en condiciones adecuadas de que la fuente y el medio de prueba son aptos para aportar conclusiones válidas e imparciales al proceso. Esto es especialmente importante en el caso de la prueba pericial, en la que tanto el tribunal como las partes depositan una confianza inicial en que el procedimiento científico utilizado es el adecuado y prescrito por la comunidad científica y

que el técnico que realiza el análisis y vierte sus conclusiones en un informe está debidamente capacitado a ese fin. Es por ello que no cabe admitir en el proceso un informe astrológico u ofrecido por un espiritista, puesto que tales conocimientos no se halla entre los científicos, de modo que no pueden fundar una prueba pericial válida. Igual sucede con la prueba del test de la verdad P-300 que amparado en su carácter de prueba neurocientífica se presenta como ciencia, cuando no es más que una interpretación de los resultados ofrecidos por las pruebas neurológicas mediante un procedimiento no validado por los criterios expuestos. Como se ha expuesto, no cabe duda de que el «estado mental» de las personas puede resultar determinante para determinar la responsabilidad de los ciudadanos acusados de delitos. Así, a partir de la constatación de un hecho criminal atribuido a un individuo la imposición o no de una pena y cual sea su cuantía se halla condicionada por la prueba del estado mental y los condicionantes del individuo responsable. A ese fin pueden servir perfectamente los informes periciales médicos que pueden quedar complementados con pruebas científicas realizadas con escáneres (CAT y PET), Funcional MRI o pruebas con electroencefalografía (EEG) o electromiografía (EMG) de EGG. Estas son

pruebas que pueden mostrar lesiones o particularidades que fundamenten determinadas conclusiones científicas.

Ahora bien, lo que no cabe admitir, porque la ciencia no lo hace, es que las citadas técnicas puedan ofrecer conclusiones sobre si un sujeto dice o no la verdad. Esto es lo que pretende la prueba del test de la verdad P-300. Acto de investigación que en procedimiento del que conoce el ATSJ de Aragón debiera haberse rechazado por no cumplir los estándares que debe observar cualquier prueba científica. Ciertamente, en este punto se plantea la dificultad que el Tribunal pueda tener para disponer de tales criterios, lo que se resuelve exigiendo a la parte que solicita la práctica de una prueba pericial de una naturaleza no debidamente contrastada que aporte tal acreditación sin la cual no debiera aceptarse la prueba pericial. En este caso, y afortunadamente, el test de la verdad practicado no ofreció resultados o bien lo hizo y la acusación no los pretende utilizar como prueba. El problema se plantearía en el caso que los resultados, fueren los que fueren, se pretendieran hacer valer en el proceso ante un jurado que merece que los que se le muestra como ciencia lo sea de verdad y mera especulación pseudocientífica. ■

BOSCH NOVEDAD EN VERSIÓN PAPEL O DIGITAL



ESTRATEGIAS A SEGUIR EN CASOS DE EXCESO DE OBLIGACIONES DE PAGO

EL SOBREENDEUDAMIENTO DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y FAMILIAS

Mecanismos de Segunda oportunidad, Código de Buenas Prácticas Bancarias y otras medidas de protección al deudor sobreendeudado. Análisis de las soluciones que los agentes sociales han dado al problema del sobreendeudamiento con el fin de defender, en lo posible, la riqueza personal del deudor a través del aplazamiento de la insolvencia. Muy práctica, está dirigida a juristas y puede ser utilizada por los deudores como manual de ayuda para hacer frente a la reestructuración de la deuda.



5%
descuento

ELIGE
TU
VERSIÓN

Autor:
José M.ª. García Rodríguez

Páginas: 312 • Rústica
ISBN: 978-84-9090-071-0

smarteca
biblioteca inteligente profesional

 Wolters Kluwer

ADQUIERE HOY MISMO TU EJEMPLAR:

902 250 500 tel. / clientes@wke.es

PAPEL: <https://tienda.wolterskluwer.es> / DIGITAL: www.smarteca.es

Wolters Kluwer

Tu mejor socio



Preguntas con respuesta

La prueba a consulta

LA LEY 7693/2015

Preguntas con respuesta: la prueba a consulta

Esta sección está destinada a consulta de los lectores, a cuyo efecto invitamos a nuestros lectores a formular aquellas consultas relacionadas con la probática o el derecho probatorio que estimen conveniente

Las respuestas a las consultas de los lectores se coordinan entre el Instituto de Probática, a través del Director de esta publicación Dr. Frederic Munné Catarina y la Sección de Derecho Procesal del Colegio de Abogados de Barcelona, a través de su Secretario Dr. Vicente Perez Daudí, quien además es profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona.

¿PUEDE UN TERCERO SOLICITAR EL HISTORIAL CLÍNICO DE LA PARTE CONTRARIA A TRAVÉS DE UNA DILIGENCIA PRELIMINAR?

Vicente PÉREZ DAUDÍ

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de Barcelona. perezdaudi@ub.edu

El caso concreto analiza si una entidad aseguradora puede requerir el historial clínico de un tercero perjudicado cuando se niegue a entregárselo de forma voluntaria, y si ello puede hacerse a través de una diligencia preliminar, debiendo en tal caso valorar el tribunal si el centro sanitario está obligado a facilitar dicho historial clínico o sólo los elementos necesarios para cuantificar el daño derivado del siniestro litigioso.

De forma general se puede afirmar que la entidad aseguradora está obligada a realizar las investigaciones o peritaciones necesarias para determinar la existencia y el importe de los daños (art. 18 de la Ley del contrato de Seguro). Por este motivo la Agencia Española de Protección de Datos ha declarado que concurre la excepción prevista en los arts. 6.1, 7.3 y 11.2 A de la LOPD (1). Las entidades aseguradoras podrán recabar información relativa a la salud de los terceros que deban ser indemnizados como consecuencia de un seguro de responsabilidad civil.

Doctrinal y jurisprudencialmente se ha debatido sobre la obligación del centro sanitario de facilitar la historia clínica amparándose en el secreto profesional (2). Respecto del mismo confluyen un conjunto de derechos implicados como el derecho a la intimidad del perjudicado, el deber de secreto profesional del centro médico y el derecho a la tutela judicial efectiva de la entidad aseguradora. Será el tribunal competente el que deberá realizar un juicio de proporcionalidad y motivar

si reclama la historia clínica del centro hospitalario y si se extiende a la totalidad o sólo a los elementos necesarios para cuantificar el daño derivado del siniestro.

Lo que es evidente es que el historial clínico será una prueba decisiva y fundamental para cuantificar los daños y perjuicios que realmente se hayan producido. Y ésta será pertinente cuando el hecho controvertido sea el alcance de las lesiones sufridas por el demandado o la existencia de patologías previas que puedan haber influido en las mismas.

Es aconsejable que la entidad aseguradora requiera la aportación de los datos clínicos que permitan calcular la indemnización tanto al perjudicado como al Centro Sanitario. Con estos datos recibidos deberá realizar un cálculo de la indemnización y ofrecerla al perjudicado. Será en el caso en que la rechace por estar disconforme con la cuantía cuando éste deberá justificar un importe mayor.

En el caso en que el perjudicado o el centro médico no colaboren con la entidad aseguradora sometiéndose a una revisión por un perito para valorar los daños o aportando el historial médico, la entidad aseguradora puede acudir a un proceso civil que tenga por objeto la declaración de que la oferta motivada que ha realizado es suficiente. Para acreditarlo deberá tener acceso al historial clínico del perjudicado y uno de los mecanismos que la LEC prevé son las diligencias preliminares (art. 256.1, regla 5.ª LEC).

Las diligencias preliminares tienen la finalidad de preparar el juicio, pero no se pueden utilizar como prueba anticipada (3). La jurisprudencia (4) ha determinado que los requisitos para solicitarlas son:

- La necesidad de que las diligencias pedidas sean adecuadas a la finalidad que el solicitante persigue.
- La relación con el objeto del juicio que se quiere preparar.
- La concurrencia de justa causa e interés legítimo.
- Que la intervención judicial esté justificada porque el solicitante no pueda obtener la información o documentación sin la ayuda de los Tribunales.

De esta forma para solicitarlas será necesario que la entidad aseguradora haya requerido previamente al centro hospitalario donde se ha prestado la asistencia el historial clínico y los datos necesarios para ofrecer la indemnización, tal como permite la Agencia Española de Protección de Datos. También se debe haber solicitado esta información al perjudicado.

Ante la negativa de ambos la entidad aseguradora podrá solicitar una diligencia preliminar en la forma prevista en los arts. 256 y siguientes de la LEC solicitando la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie.

La regla 5.ª bis del art. 256.1 LEC prevé que se realizará en las condiciones y con el contenido que establezca la ley. En este caso será conveniente citar las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos que declaran que en el caso analizado concurre la excepción prevista en los arts. 6.1, 7.3 y 11.2 A de la LOPD.

A continuación se debe alegar y acreditar la concurrencia de cada uno de los requisitos exigidos para la solicitud de las diligencias preliminares. Es aconsejable estructurar la solicitud desarrollando de forma independiente cada uno de los requisitos expuestos. Así realizaría las siguientes alegaciones:

- Indicar el objeto del proceso que se va a iniciar. En este apartado informaría al Tribunal de la pretensión que se va a ejercitar en el proceso

para cuya preparación se solicita la práctica de la diligencia preliminar de exhibición del historial clínico del perjudicado.

— La concurrencia de justa causa e interés legítimo. En este apartado distinguiría por un lado entre el interés para ejercitar la acción, que consiste en la reclamación que efectúa el perjudicado que se niega a aceptar o considera insuficiente la indemnización ofrecida por la parte contraria. Y por otro en la justa causa para solicitarla que concurre por el hecho de haber solicitado la historia clínica al centro sanitario y haberse negado a facilitarlo.

— A continuación analizaría la procedencia de la medida afirmando que está prevista en la regla 5 bis del art. 256 LEC. En este apartado también citaría las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos que declaran que la cesión de los datos de la historia clínica del perjudicado por un accidente de circulación a las entidades aseguradoras a los efectos de ofrecer la indemnización correspondiente se integra en la excepción prevista en los arts. 6.1, 7.3 y 11.2 A de la LOPD.

— En la siguiente alegación pondría de manifiesto la necesidad que tiene la entidad aseguradora de conocer el historial clínico para valorar la negativa del perjudicado a aceptar la oferta realizada y como puede servir para reiterar la ya realizada o modificarla, y pudiendo así determinar exactamente la cuantía a los efectos de preparar correctamente el juicio consistente en el ejercicio de la acción declarativa de que la indemnización ofrecida es suficiente, bien se ejercite con carácter principal o de forma subsidiaria a la acción de declarativa de no existencia de responsabilidad.

— Finalmente concluiría con el ofrecimiento de caución que se cuantifica en los gastos que ocasionara a la persona que deba intervenir la práctica de la diligencia. En este caso se cuantificará en el desplazamiento del representante del centro médico al juzgado para aportar el historial clínico solicitado.

La práctica de la diligencia preliminar se solicitará ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del centro hospitalario donde esté depositado el historial clínico cuya exhibición y aportación de copia se solicita.

El art. 260 LEC regula la oposición a la práctica de las diligencias. La persona que se puede oponer es la citada o requerida. En este caso deberá presentarla en el plazo de cinco días siguientes a que reciba la citación y se citará a las partes para la celebración de una vista, que se celebrará en la forma establecida para el juicio verbal. Uno de los motivos de oposición puede ser la posible vulneración del derecho a la intimidad del paciente y el carácter secreto de los datos.

El Tribunal, al decidir sobre la oposición, deberá valorar la posición de la Agencia Española de Protección de Datos, en las resoluciones ya citadas, que el supuesto para el que se solicita constituyen la excepción prevista en los arts. 6.1, 7.3 y 11.2 A de la LOPD. Por otro lado respecto de la

NOTAS

(1) En este sentido el informe 411/2010 de la Agencia Española de Protección de Datos. Del mismo modo se pronuncia la AEPD en la resolución del expediente 1154/2009, de 30 de diciembre de 2009, que se remite a la resolución de la AEPD de 11 de agosto de 2003, recaída en el procedimiento PS/27/2003.

(2) Ver el análisis y la situación doctrinal y jurisprudencial que realizan de esta cuestión ORTIZ RODRIGUEZ, «Aportación de historias clínicas», en *La prueba documental*, coord. ABELL LLUCH Y PICO JUNOY, edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2010, pp. 377 y ss. y RÍOS LÓPEZ, «Aportación historias clínicas», en *La prueba documental*, coord. ABELL LLUCH Y PICO JUNOY, edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2010, págs. 358 y ss.).

(3) En este sentido se pronuncia, por ejemplo, el Auto de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Asturias número 57/2009, de 6 de mayo.



intimidad del paciente el tribunal ha realizado un juicio de proporcionalidad y ha declarado su limitación por constituir el fin para el que se solicita una de las excepciones al carácter secreto de la historia clínica.

La resolución del tribunal se pronunciará sobre las costas del incidente y será recurrible en apelación.

Si el centro requerido se niega a llevar a cabo la diligencia el art. 261.2 prevé que «si se hubiese solicitado la exhibición de títulos y documentos y el tribunal apreciara que existen indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, ordenará la entrada y registro de dicho lugar, procediéndose, si se encontraren, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante, en la sede del Tribunal».

En todo caso se exige que en el requerimiento que se efectúe se le advierta de las consecuencias de la negativa a realizarlo (5).

Desde un punto de vista práctico es una de las opciones procesales que se pueden utilizar, pero hay que delimitar correctamente la solicitud ya que no debe confundirse con una prueba anticipada (6). Es indudable que la frontera entre la preparación del juicio y la práctica de prueba en este tipo de procesos está muy difuminada. En cada caso concreto deberá valorarse la solicitud de las diligencias preliminares, teniendo en cuenta que en muchos casos se denegará. No se puede dar un criterio general porque dependerá de la apreciación de cada tribunal y del caso concreto para que se acuerde o no.

Una vez iniciado el proceso se podrá requerir la aportación solicitando la exhibición de documentos por la parte contraria o por terceros (arts. 328 y 330 LEC) la prueba pericial solicitando que se permita el examen del perjudicado por un facultativo a fin de preparar el informe (art. 336.5 LEC), o a través de la prueba de informes (art. 381 LEC). Finalmente si no queda acreditado el perjuicio deberán aplicarse las normas de carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC (7). ■

(4) Entre otros los Autos de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de la Coruña número 52/2011, de 28 de abril y de la sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Valencia número 88/2012.

(5) De esta forma el Auto de la sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Madrid número 281/2005, de 12 de diciembre ordena requerir de nuevo la aportación del historial clínico al centro médico advirtiéndole de las consecuencias de su negativa o incomparecencia el día citado.

(6) En este sentido ver el Auto de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Asturias número 567/2009, de 6 de mayo que deniega la solicitud de diligencias preliminares con considerar que «más bien parece obedecer a una práctica de prueba anticipada», que debe dilucidarse en el proceso correspondiente.

(7) Ver el análisis que realiza RÍOS LÓPEZ (op. cit. pág. 387).



rincón

DELECTURA



LA LEY 7680/2015

El testafarro. Su prueba en el Derecho y lo político

Autor: MUÑOZ SABATÉ, L.

Edita: Colección Probática y Derecho Probatorio n.º 1, Ed. LA LEY. Madrid 2015, 226 páginas.

La obra que se presenta en esta ocasión está escrita por Lluís MUÑOZ SABATÉ autor reconocidísimo que es el creador del concepto de la probática como una suerte de expansión natural y necesario del ámbito tradicional de estudio de la prueba. Esta obra es la primera de la colección: «probática y derecho probatorio» que anteriormente se ha presentado y consideramos que representa muy adecuadamente el espíritu y finalidad de la misma. Al inicio del libro, Lluís MUÑOZ SABATÉ hace una sucinta relación de aquellos casos que, relacionados con la corrupción, han utilizado la figura del testafarro como medio instrumental para la comisión del delito —así, Filesa, Roldán, Madrid Arena, EREs de Andalucía, Emperador, Noos, Malaya, Gürtel, Blasco o Campeón—. Tan simple enumeración pone en evidencia la participación cada vez más frecuente de personas interpuestas para la ocultación de la verdadera personalidad que subyace tras un patrimonio que quiere sustraerse al examen de legalidad. Con todo, pese a su proliferación en estos últimos tiempos, el testafarro apenas ha recibido atención por parte de la doctrina. Y, sin embargo, es innegable que desde el punto de vista del Derecho es una cuestión que presenta un singular atractivo, máxime en lo relativo a la prueba, dado que por su propia entidad, tiene su razón de ser en hacer opaca la estructura bajo la que se esconde el delincuente que pretende burlar los controles establecidos en las normas. En definitiva se trata de una obra actual, práctica y necesaria para entender uno de los elementos centrales sobre los que opera el fenómeno de la corrupción económica y política. ■



rincón

DELECTURA



LA LEY 7681/2015

Las reglas de la sana crítica

Autor: ABEL LLUCH, Xavier

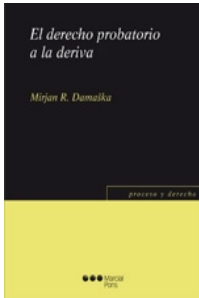
Edita: Ed. La Ley, Colección Probática y Derecho Probatorio n.º 2, Madrid 2015, 198 páginas.

Este es un libro que aborda uno de los temas esenciales en la práctica del Derecho y que, sin embargo, no ha merecido el debido estudio por la doctrina científica. Precisamente, el prologista de la obra JOAN PICO señala ¿Cómo es posible que una institución procesal tan arraigada en nuestra tradición jurídica como la de las reglas de la sana crítica no ha merecido un estudio monográfico en profundidad? Y a continuación aduce a la complejidad del tema. Pues bien XAVIER ABEL afronta el reto sin complejos y nos ofrece un estudio serio y riguroso de la institución. Pocos conceptos resultan tan familiares como complejos al procesalista y al jurista en general como el de las reglas de la sana crítica. También es un concepto muy familiar al juez, que debe valorar las pruebas siguiendo mayoritariamente tales pautas. La misma Ley de Enjuiciamiento Civil las convierte en criterio de valoración probatoria preferente, y así, en su art. 295 establece que «el tribunal admitirá que se practique la prueba de que se trate y valorará según las reglas de la sana crítica tanto la realizada anticipadamente como la efectuada con posterioridad». Con ser un procedimiento determinado legalmente para la valoración de la prueba, es lo cierto que las normas no ofrecen un concepto de lo que significan las reglas de la sana crítica, que finalmente se entiende como un sistema flexible entre la prueba legal y la libre convicción, en el cual el juzgador aprecia los elementos probatorios conforme a los criterios de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. Se ha dicho con precisión que frente a otros sistemas jurídicos, el ordenamiento español pone el énfasis en la racionalidad que ha de estar en la base de la valoración probatoria. Y esa racionalidad exige necesariamente que la decisión sea explicada y sujeta, a su vez, a la crítica de un tribunal superior. Todos estos conceptos son tratados con absoluta maestría por el autor que nos ofrece una obra que es una referencia en la materia. ■



rincón

DELECTURA



LA LEY 7688/2015

El derecho probatorio a la deriva

Autor: DAMAŠKA, Mirjan R. (Traducción al español de JOAN PICO)

Edita: Ed. Marcial Pons, 2015, 158 páginas.

En este interesante libro, un distinguido jurista examina cómo la cultura y las instituciones jurídicas de los países angloamericanos influyen en la aportación, admisión y valoración judicial de las pruebas. Mirjan DAMAŠKA centra su atención en la importancia del tribunal de primera instancia dividido (en juez y jurado), el carácter concentrado del proceso (juicios «en un solo día») y el papel destacado de las partes en el juicio (el sistema adversarial). A lo largo de la obra, el autor contrasta el sistema angloamericano con la justicia continental, en la que los jueces legos se sientan con jueces profesionales en tribunales unificados, los procesos se dividen por etapas y las partes tienen menos responsabilidades que en la tradición del *common law*. DAMAŠKA describe el impacto que la cultura e instituciones jurídicas angloamericanas tradicionalmente han tenido en la aportación y práctica de la prueba y después explora sus transformaciones: los juicios por jurado han disminuido espectacularmente, los procedimientos previos al juicio han proliferado de forma notable y el sistema adversarial muestra signos de debilitamiento en algunas tipologías de casos. Como consecuencia, muchas reglas y prácticas que fundamentan su derecho probatorio están en peligro de extinción. Además, según Damaška, el creciente uso de métodos científicos de investigación puede poner más presión a la prueba del *common law* tradicional. En el futuro, deberíamos esperar más variedad en la actividad de toma de decisiones, con investigación de los hechos a medida de los diferentes procedimientos y un derecho probatorio del *common law* restringido a una esfera más reducida. Finalmente cabe destacar la incorporación a la obra de explicaciones y añadidos del traductor JOAN PICO que nos ha permitido disfrutar de la obra en español. ■



versión
PAPEL



versión DIGITAL
en smarteca






NOVEDAD

RÉGIMEN DE DEBERES Y RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

La obra trata un tema central en materia del Derecho de sociedades: Analizar la modificación que ha supuesto la mejora del gobierno corporativo en la Ley de Sociedades de Capital en el relevante ámbito del régimen de deberes y responsabilidad de los administradores.

Principalmente fija su atención en la tipificación más precisa que se hace de los deberes de diligencia y lealtad y de los procedimientos en caso de conflicto de interés, y en su incidencia en otras ramas del Derecho mercantil, como el concurso de acreedores, o en las relaciones con otros órganos sociales, como la Junta general.

Coordinador: Luis Hernando Cebría
 ISBN: 978-84-9090-057-4
 Páginas: 480
 ISBN digital: 978-84-9090-058-1
 Sello: BOSCH

ADQUIERE HOY MISMO TU EJEMPLAR

902 250 500 tel. / clientes@wke.es
 papel: tienda.wolterskluwer.es / digital: www.smarteca.es

Wolters Kluwer Tu mejor socio



Más de 30 años dando el apoyo necesario a nuestros clientes, en 150 países, para que tomen las decisiones acertadas.

Wolters Kluwer es la compañía global líder en el mercado de soluciones de gestión y servicios de información, que provee a los profesionales de los sectores jurídico, fiscal, financiero, laboral, contable, de la educación y de la salud del software, la información, la formación y los servicios óptimos para tomar decisiones con seguridad y confianza a través de sus diferentes marcas.

Solo alguien que conoce tu negocio como tú, puede ser el mejor socio_

Tu mejor socio



Wolters Kluwer

A3 Software | LA LEY | CISS | EL CONSULTOR | Ovid | LWW



PUBLICIDAD
C/ Collado Mediano, 9. Las Rozas (Madrid)
Tel.: 902 250 500
e-mail: publicidad@wke.es

SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE
Tel.: 902 250 500 / Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wke.es

REDACCIÓN: Collado Mediano, 9. 28231 Las Rozas (Madrid)
Tel.: 902 250 502 / e-mail: diariolaley@wke.es
JEFE DE PUBLICACIONES: Mercedes Rey García
COORDINADORA: María José Hierro Romero
EQUIPO DE REDACCIÓN: Belén Arranz Fernández, Gemma Bruno García, Pilar Muñoz Mendo, Sonsoles Navarro Salvador
ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN: Centro de Análisis Documental LA LEY
DISEÑO GRÁFICO: Fran Vizuete González
EQUIPO DE DESARROLLO: Emérita Cerro Durán, Juan José García Lozano, Nieves García Cruz, Diana Gómez Fernández, Gloria Lalanda Marcos, Julián Maillo Arnaiz, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Rubén Ortiz, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Sergio Tiscar Medina, Ramón Zapata Julià
PREIMPRESIÓN E IMPRESIÓN por Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain



© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. El contenido de esta publicación no podrá utilizarse con fines comerciales sin su expresa autorización, incluyendo reproducción, modificación, o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato.

El texto de las resoluciones judiciales contenido en esta publicación es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP).