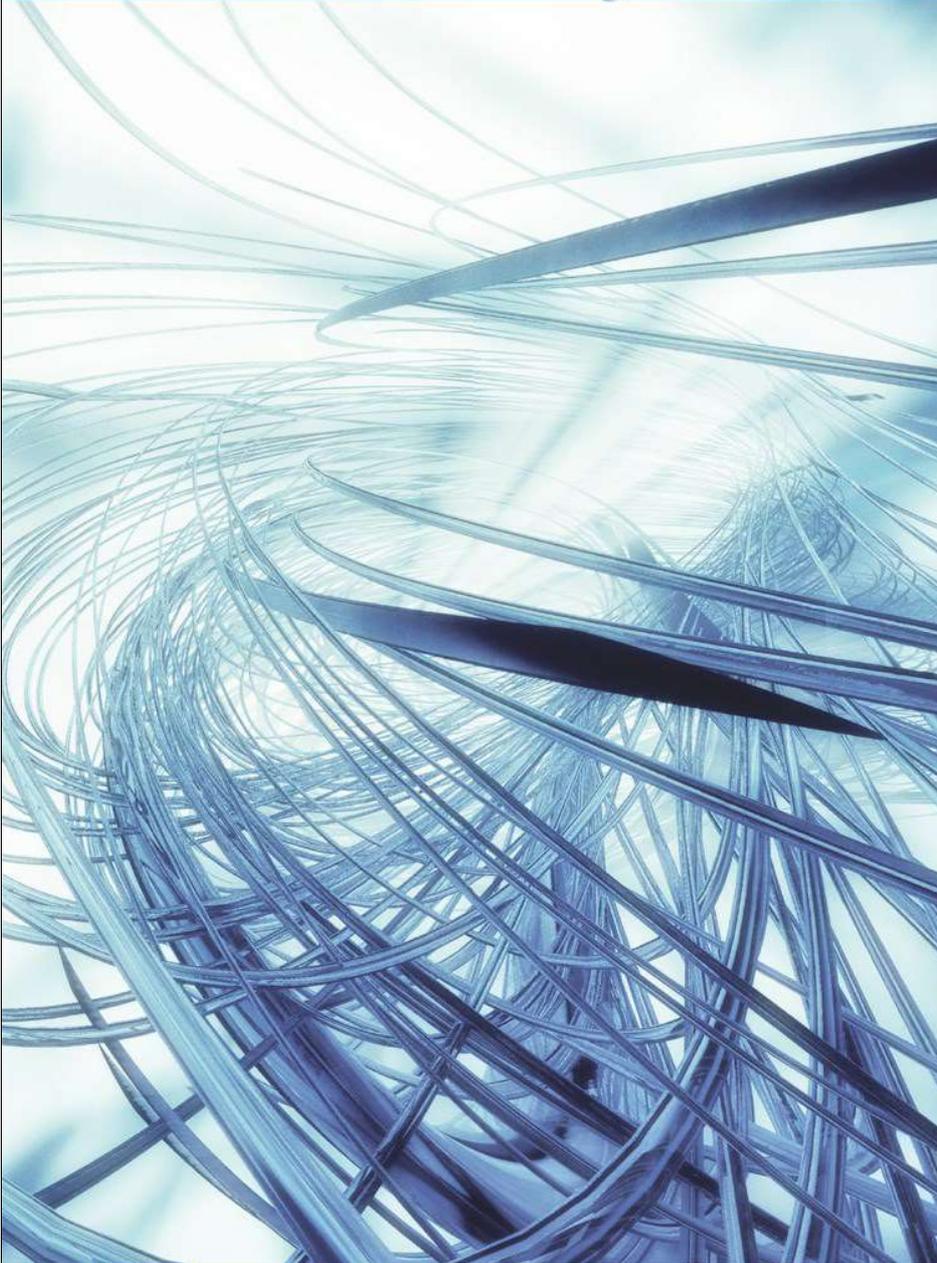


diariolaley

www.diariolaley.es



11 Julio
2018

9236



Wolters Kluwer

Redacción

Directora de Publicaciones: Marta Tovar Torres (marta.tovar@wolterskluwer.com)

Gerente de Publicaciones: Fernando Cameo Bel (fernando.cameo@wolterskluwer.com)

Jefe de Publicaciones edición diaria: Mercedes Rey García (mercedes.rey@wolterskluwer.com)

Coordinadora edición diaria: Isabel Desviat Manzanares (isabel.desviat@wolterskluwer.com)

Jefe de Publicaciones Ciberderecho y Legal Management: Carlos Fernández Hernández (carlos.fernandez@wolterskluwer.com)

Coordinadora LA LEY Unión Europea: Patricia Esteban López (patricia.esteban@wolterskluwer.com)

Análisis de la Documentación: Wolters Kluwer España, S.A.

e-mail Redacción: ES-diariolaley@wolterskluwer.com

e-mail Publicidad: publicidad@wolterskluwer.es

Diseño y Preimpresión: Wolters Kluwer España, S.A.

ISSN Electrónico: 1989-6913

© Wolters Kluwer España, S.A.

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

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

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

Nota de la Editorial:

El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de Wolters Kluwer España, S.A., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los

datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.es>



Créditos

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 éste número:

Juan Antonio Andino López

Jorge Azagra Malo

Jose María Fernández Seijo

Mireia Hernández Esteban

Lluís Muñoz Sabaté

Manuel Richard González

Álvaro Rifá Brun



Compliance penal y responsabilidad civil y societaria de los administradores

Compliance penal y responsabilidad civil y societaria de los administradores

Coordinador:
Manuel Ruiz De Lara
Oscar Serrano Zaragoza
Luis Ángel Gollonet Teruel
Cristina Pérez-Piaya Moreno

BOSCH

BOSCH

Wolters Kluwer

El artículo 31bis del Código Penal establece un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas que establece nuevas responsabilidades para los ADMINISTRADORES SOCIALES que pueden ser exigidas ante la jurisdicción mercantil por la sociedad, socios y acreedores perjudicados.

EL INCUMPLIMIENTO de dicho DEBER NORMATIVO por parte de los administradores sociales, tanto por omisión imprudente como dolosa, conllevará su RESPONSABILIDAD CIVIL/SOCIETARIA, siempre y cuando de dicho incumplimiento se haya derivado cualquier clase de DAÑO o PERJUICIO PATRIMONIAL para la sociedad, y de modo reflejo, para los socios y acreedores. Dichas responsabilidades societarias de los administradores sociales serán susceptibles de ser exigidas ante la jurisdicción mercantil por la sociedad, socios y acreedores perjudicados.

Autores: Manuel Ruiz De Lara (Coordinador),
Óscar Serrano Zaragoza, Luis Ángel Gollonet Teruel
y Cristina Pérez-Piaya Moreno

También en digital



Tu libro en Smarteca, ahora mucho más que un libro:

Consulta en las bases de datos de Wolters Kluwer todas las referencias legales y jurisprudenciales citadas.

Consulta las condiciones de compra de esta obra en: →

tienda.wolterskluwer.es
902 250 500
clientes@wolterskluwer.com

Más información →

Sumario

TRIBUNA

- «*Lo que se sabe y lo que no se sabe: la prueba en los procedimientos que afectan a los consumidores*», por **JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO**, Magistrado en Comisión de Servicio en la Sala 15ª de la AP Barcelona especializada en materia mercantil.

PRACTICA FORENSE

- «*El plagio al servicio de la cultura*», por **MIREIA HERNÁNDEZ ESTEBAN**, Experta en Lingüística forense. Miembro de la Associació Catalana de Perits Judicials i Forenses.
- «*El fallecimiento del perito de parte durante el transcurso del procedimiento ordinario*», por **ÁLVARO RIFÁ BRUN** y **JORGE AZAGRA MALO**, abogados

DOSSIER DE LOS TRIBUNALES SOBRE PROBÁTICA

- «*Los sospechosos habituales*», por **JUAN ANTONIO ANDINO LÓPEZ**, Abogado en Adesse Abogados, S.L.P., Profesor Asociado Universitat Internacional de Catalunya.
- «*Buenísimo*», por **LLUIS MUÑOZ SABATÉ**, Abogado. Psicólogo clínico

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO PROBATORIO

- «*La aplicación de la tecnología al proceso: sobre la deficiente grabación de los juicios orales: problemas, consecuencias y soluciones*», por **MANUEL RICHARD GONZÁLEZ**, Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA.

TRIBUNA



Lo que se sabe y lo que no se sabe: la prueba en los procedimientos que afectan a los consumidores

Jose María Fernández Seijo

Magistrado en Comisión de Servicio en la Sala 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona especializada en materia mercantil

Resumen

El marco comunitario de protección de consumidores ha cambiado las reglas de funcionamiento del procedimiento civil. Los deberes de actuación de oficio del juez, destinados a evitar las situaciones de desequilibrio producidas en el momento de la contratación, deben completarse con la posibilidad de proponer y practicar prueba al margen del impulso de las partes. Este trabajo tiene por objeto analizar los principios y garantías que han de regir en la práctica de esta actuación.

«Qué gran libro se podría escribir con lo que se sabe y otro mucho mayor se escribiría con lo que no se sabe.»

Julio Verne. La Isla Misteriosa.

I. Una reflexión inicial sobre lo que se sabe

La Directiva de la Unión Europea 93/13 (1) y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea (TJUE) que la desarrolla han tenido un impacto incuestionable en el marco de protección de consumidores en el derecho español.

Los intentos del legislador español por adaptar el ordenamiento jurídico interno a las exigencias comunitarias han sido insuficiente, ni la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), ni el Texto Refundido de 2007 para adaptar la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU) (2) han acertado al transponer la Directiva 93/13 y, fundamentalmente, la copiosa jurisprudencia europea que ha perfilado el alcance y significación del marco europeo de protección de consumidores.

Esos esfuerzos del legislador español han sido todavía más frustrados y frustrantes cuando se ha intentado realizar la adaptación de las normas procesales para ser consecuentes con el principio de efectividad en la protección del consumidor. Pese a que la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) vigente se aprobó cuando el TJUE ya había dictado sus primeras sentencias en la materia, lo cierto es que ni en su redacción originaria, ni en las múltiples reformas parciales se ha dado con el *tono* que permita afirmar que la legislación procesal española tutela suficientemente a los consumidores en el proceso civil, ni en el proceso declarativo, ni en los procesos de ejecución, ni en los llamados procesos especiales, tampoco en el procedimiento de insolvencia.

El fracaso del derecho procesal español en materia de consumo se debe a muchas causas, no sólo puede reducirse a la impericia o precipitación del legislador, hay un problema estructural que difícilmente puede superarse ya que las bases del derecho procesal español, las bases dogmáticas, siguen viviendo a espaldas de lo que debe ser un nuevo derecho procesal, volcado en la configuración del proceso como un marco de garantías efectivas. En este sentido es muy actual el aforismo que inspiró uno de los ensayos más populares de Rafael SÁNCHEZ FERLOSIO: *Mientras no cambien los dioses nada habrá cambiado* (3) .

Este fracaso además ha obligado a los jueces a adoptar un papel especialmente activos a la hora de abordar las carencias del sistema, a la vista están las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE, sin embargo, los tribunales no pueden suplir las carencias del legislador, a lo único que pueden aspirar es a convertirse en una especie de *legislador negativo* que puede cuestionar o debilitar un precepto concreto, pero que difícilmente dotará al sistema de la seguridad y la fiabilidad exigible.

Distintos autores se han ocupado ya de la incidencia de la jurisprudencia del TJUE en nuestro ordenamiento procesal (4) , pero hay pocas referencias útiles sobre el específico impacto en materia de proposición y práctica de la prueba.

II. Antecedentes necesarios

La Sentencia del TJUE de 27 de junio 2000 (5) fija las reglas de actuación de los tribunales en los asuntos que afectan a consumidores, en ella se indica que *«el sistema de tutela instaurado por la Directiva se basa en la idea de que la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato»*. Esa situación de desequilibrio sólo puede superarse si el juez actúa de oficio: *«la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva —impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva—, como para ayudar a que se logre el objetivo*

contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores».

Se constata una situación de desequilibrio entre el consumidor adherente y la entidad predisponente, situación de desequilibrio que se trastada también al procedimiento judicial, en el que el consumidor se encuentra en inferioridad de condiciones no sólo materiales, sino también procesales. Es el juez quien debe actuar para evitar que ese desequilibrio termine causando un perjuicio a la parte más débil.

El propio Tribunal (6) advirtió que no se trataba de una facultad del juez, sino de una verdadera obligación, de un deber ineludible: *«Así pues, el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva. Por consiguiente, el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial».*

Es necesario dotar al juez de los instrumentos procesales correspondientes

Como complemento imprescindible para que esas tareas de tutela de oficio sean efectivas, es necesario dotar al juez de los instrumentos procesales correspondientes, instrumentos entre los que se encuentra la posibilidad de proponer de oficio medios de prueba o practicar diligencias que permitan la expulsión de aquellas condiciones que afectan al consumidor y que deban declararse abusivas.

El tribunal irrumpe así en el procedimiento y quiebra las reglas del principio dispositivo en el ámbito procesal civil. Es en el caso VB Pénzügyi Lizing Zrt (Sentencia de 9 de noviembre 2010) (7) donde se reconoce por primera vez que los deberes de actuación de oficio del juez se extienden también a la

práctica de diligencias judiciales: *«procede responder a la tercera cuestión planteada con carácter complementario que el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva, que figura en el contrato que es objeto del litigio del que conoce y que se ha celebrado entre un profesional y un consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula».*

Nada dice el TJUE sobre cuándo y cómo debe articularse esta facultad de actuación de oficio del juez, nada podía decir ya que esa es una tarea que corresponde al legislador interno, conforme al principio de autonomía procesal.

En el ordenamiento jurídico interno se han reconocido los instrumentos para que el juez pueda actuar de oficio en el momento de admisión a trámite de la demanda (en los juicios declarativos que afecten a consumidores con el fin de eliminar las cláusulas de sumisión), también en los procedimientos de ejecución y monitorios, pero no hay precepto alguno que regule las facultades probatorias de oficio del juez, ni en los procedimientos declarativos, ni en los procedimientos de ejecución, ni en los procesos especiales.

III. Los indicadores que debe supervisar el juez

Para concluir que una cláusula es abusiva el juez, previamente, debe confirmar dos factores previos:

1. Que en el contrato se incluyen condiciones generales.
2. Que el adherente tiene la condición de consumidor.

Por lo tanto, las facultades de oficio que se reconocen al juez gravitan sobre esas tres esferas: La de la identificación de condiciones generales, la de la identificación del consumidor y la de la identificación del carácter abusivo de la cláusula. El juez debe tener facultades de impulso probatorio para realizar la supervisión de cada uno de esos tres estadios.

IV. Las presunciones y las cargas probatorias como instrumentos para ponderar las potestades del juez

En la medida en la que en las potestades probatorias del juez no encajan de modo natural en el proceso civil interno, debe fijarse de qué modo y en qué momento puede el juez irrumpir de oficio en la realización de estas diligencias ya que, en ocasiones, estas potestades probatorias pueden ser innecesarias si se ponderan correctamente las reglas sobre presunciones y cargas probatorias.

1. Sobre la identificación de una condición general

El artículo 3.2 de la Directiva 93/2013 en su inciso final advierte que *«el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba»*, por lo tanto, el juez no debería activar los instrumentos procesales de oficio para acreditar que una cláusula en concreto tiene la consideración de una condición general, debe ser el predisponente quien asuma la carga de esa prueba. Esta disposición pasa al artículo 82.2 del RDLeg. 1/2007. El primer escalón, el de la identificación de las condiciones generales queda superado sin necesidad de que el juez haya de abrir sus actuaciones de oficio.

2. Sobre la condición de adherente y predisponente

Mayores dudas plantea el segundo escalón, el de la identificación del adherente como consumidor. Parece lógico pensar que debe ser el predisponente quien ha de asumir la carga de acreditar que el adherente no es consumidor, sin embargo, el principio de disponibilidad de la prueba (artículo 217.1 de la LEC) puede determinar que los medios de prueba estén más próximos al consumidor.

La jurisprudencia comunitaria ha terminado por definir la presencia del consumidor desde un punto de vista objetivo, es decir, determinando que se actúa como consumidor quien lo hace fuera de su ámbito profesional o empresarial, la cualificación del adherente ya no es elemento determinante para identificarle como consumidor. Esta configuración ha permitido considerar que actúa como consumidor el abogado que contrata fuera de su ámbito profesional (8) , o permite deslindar al consumidor sin vinculación funcional con el firmante del contrato no consumidor (9) , o permite invocar la condición de consumidor a quien se subroga en un préstamo previo suscrito por un no consumidor (10) . El Tribunal Supremo Español incorpora toda la jurisprudencia comunitaria a sus últimas resoluciones (11) .

El problema que se plantea en estos casos que se encuentran en *zonas grises* entre consumidor y no consumidor, es que el predisponente no siempre dispone de los instrumentos de prueba

suficientes como para saber con precisión con qué objeto actuaba el adherente, los medios de prueba están dentro de la esfera del adherente lo que hace que no se pueda trasladar al predisponente la carga de acreditar aquello respecto de lo que difícilmente podrá disponer de medios de prueba, aunque nada impide que se incorporen esas fuentes de conocimiento por medio de la prueba de declaración (de partes o de testigos), o por prueba de requerimientos documentales a la parte (artículo 328 de la LEC) o prueba de oficios a terceros (artículo 381 de la LEC). Sin embargo, hay tribunales que en estos casos consideran que la carga de la prueba se traslada al adherente, criterio que, a mi juicio, no encaja en los claros y estrictos mandatos de la jurisprudencia del TJUE que advierte que puede haber desequilibrios no sólo en el momento de la contratación, sino también en el proceso; en esta situación de desequilibrio no parece razonable trasladar al consumidor cargas probatorias.

Mayores problemas plantea la presunción de contrato firmado por consumidor en el caso de contratos con doble finalidad

Mayores problemas plantea la presunción de contrato firmado por consumidor en el caso de contratos con doble finalidad (particular que compra un piso para su uso particular, pero que arrienda determinadas temporadas al año), o en los supuestos de consumidor con ánimo de lucro (figura posible conforme al artículo 3 del TRLGCU (12)). En estos supuestos debe advertirse que la jurisprudencia española es más *generosa* que la europea ya que en los contratos con doble finalidad el TJUE advierte que la finalidad empresarial debe ser marginal (13) , mientras que el Tribunal Supremo español se conforma con que el uso empresarial no sea *preponderante* (14) . En aquellos supuestos en los que el ámbito de protección interno es más amplio que el comunitario podría defenderse que no se aplicara la jurisprudencia del TJUE y que, por lo tanto, se restringen las facultades de actuación de oficio del juez.

Los problemas de identificación no sólo se encuentran en el bando de los consumidores, también aparecen en ocasiones en el bando de los predisponentes ya que hay contratos en los que no resulta evidente que el predisponente sea empresario, así lo ha advertido el TJUE al menos en tres supuestos:

Esos empresarios o profesionales no evidentes pueden ser:

1. Los abogados en la relación profesional con sus clientes (caso Šiba. Sentencia de 15 de enero de 2015 (15)).
2. Particular que para alquilar una vivienda utiliza modelos de contratos facilitados por una asociación profesional de agentes de la propiedad urbana (caso Asbeek Brusse/Man Garabito, Sentencia de 30 de mayo de 2013 (16)).
3. Intermediario profesional que interviene en una compraventa entre particulares —un vehículo de segunda mano— (caso Wathélet, Sentencia de 9 de noviembre de 2016 (17)).

Por lo tanto, respecto de la condición de adherente y predisponente habrá supuestos excepcionales en los que el juez haya de activar estos mecanismos de indagación probatoria de oficio, aunque debe partirse de que es el predisponente quien debe asumir la carga de acreditar que el adherente no tiene la condición de consumidor, o, cuando menos, dar poderosas razones concretas al respecto.

3. Sobre el carácter abusivo de una condición general

Respecto de aquellas cláusulas que se encuentren incluidas en la denominada *lista negra* del anexo

I de la Directiva 93/13 o del artículo 85 y siguientes del RDLeg. 1/2007, no será necesario ningún medio de prueba para acreditar tal carácter abusivo.

Tampoco debería plantear ningún problema al juez expulsar del contrato aquellas cláusulas que ya hayan sido declaradas abusivas por el Tribunal Supremo, aquí tampoco será necesario que se despliegue ningún medio de prueba complementario. El sistema español inicialmente se articulaba entorno a un registro administrativo de condiciones generales, en el que tenían especial mención las condiciones declaradas abusivas, ese sistema registral fue desmantelado, complicando así la posibilidad de control prejudicial de las condiciones generales.

Mayores problemas plantea la actuación del juez cuando la nulidad de una cláusula se haya acordado conforme al denominado *doble control de transparencia*, dado que en estos casos será necesario conocer el grado de información previa recibido por el consumidor y el grado de comprensión de los derechos y obligaciones que conlleva la cláusula que se ha incorporado al contrato, incluso habiéndose advertido que la cláusula se incorporó de modo no transparente, habrá que valorar si existía desequilibrio en el momento de la contratación, o si el predisponente había actuado de modo desleal y en contra de los criterios de la buena fe. En todo caso, debe advertirse que el control de transparencia no determina, *per sé*, la abusividad de la cláusula (18)

La ponderación de todos estos factores obliga en muchas ocasiones a desplegar distintos medios de prueba, de hecho el propio Tribunal Supremo español ha considerado que pese a existir sentencia firme en una acción colectiva en la que se declara abusiva una cláusula por incorporación no transparente, ello no impide que, en el marco de una acción individual, el predisponente pueda acreditar que en ese concreto caso se incorporó la cláusula de modo transparente.

En este punto ni la jurisprudencia española, ni la del TJUE son suficientemente claras ya que el TJUE advierte que *«el Tribunal de Justicia declaró que la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos»*, y, pese a ello, *«a la hora de cumplir la mencionada obligación, sin embargo, el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula»* (19). Esta posible contradicción debe resolverse considerando que el juez de oficio no debería indagar respecto de si el consumidor ha aceptado la cláusula en cuestión aun asumiendo su carácter abusivo, ya que esta alegación deberá realizarla y, en su caso, acreditarla la parte predisponente.

V. Cuándo debe el juez practicar diligencias de oficio

La Jurisprudencia del TJUE es muy flexible ya que permite la actuación del juez tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, por lo tanto, en el caso de actuación de oficio no se aplicaría el principio de preclusión, el juez podría activar esos mecanismos en cualquier momento.

En la LEC no hay normas específicas sobre la materia aunque el redactado de algunos artículos parece que residencian esas facultades de oficio en el momento de la admisión a trámite de la

demanda, así, por ejemplo, el artículo 58 respecto del examen de oficio de la competencia territorial, o el artículo 552.1 como actuación previa al despacho de ejecución, o el 815.4 respecto de las actuaciones previas al requerimiento de pago en el procedimiento monitorio.

Pese a que las normas parecen indicar que los mecanismos de protección de oficio del juez se activan en el arranque de los procedimientos, lo cierto es que la jurisprudencia del TJUE no fija un criterio de preclusión, puede suceder que el juez adquiriera el conocimiento en un momento posterior, por ejemplo tras haber contestado la demanda el consumidor, o como consecuencia de la proposición y práctica de pruebas por las partes.

El TJUE ha permitido apreciar el carácter abusivo en segunda instancia

Hay que advertir que el TJUE ha permitido apreciar el carácter abusivo en segunda instancia (asunto Mostaza Caro (20)) y el Tribunal Supremo español en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 (21) activa los mecanismos de oficio no ya en casación, sino en la propia sentencia, sin haber realizado una previa advertencia y traslado a las partes.

Parece razonable defender que si el juez tiene el deber de declarar nula una cláusula por abusiva en cualquier momento, los medios o diligencias a practicar que puedan conducir al juez a dicha actuación puedan activarse también en cualquier momento, aunque lo razonable es pensar que esa actividad deberá hacerse en fases del procedimiento que hagan posible la efectiva contradicción

entre las partes.

1. La práctica de diligencias de oficio del juez en los procedimientos declarativos

No la práctica judicial española no es pacífico que el juez tenga el deber de actuar de oficio en procedimientos declarativos instados por el consumidor, así la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 26 de mayo de 2017 (Sentencia 260/2017) sostuvo que no cabía control de oficio en declarativo, pues la técnica del control de oficio sólo tiene sentido si existe una posición de ventaja del predisponente que haya de compensarse. Considero que este criterio restrictivo es contrario a la jurisprudencia del TJUE y a la del propio Tribunal Supremo español. Aunque lo cierto es que en los procedimientos que interpone el consumidor esas facultades de oficio no han de permitir ampliar el objeto del procedimiento y afectar a cláusulas que no hayan sido directa y específicamente cuestionadas por el consumidor.

No se puede fijar una regla exacta, la situación variará en función de que sea el consumidor quien interponga la demanda, o que la demanda sea interpuesta por el predisponente.

Si es el consumidor quien interpone la demanda, en principio hay que dejar que sea dicha parte quien tome la iniciativa tanto en la fijación de los hechos, como en la determinación de las acciones y pretensiones. El juez, en estos casos, sí dispone de los instrumentos de advertencia sobre la suficiencia de prueba, así el artículo 429.1 de la LEC indica que: «*Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente*». Este juicio de suficiencia de prueba, que también podría encajarse en el juicio verbal en el momento de la proposición de prueba, puede ser el cauce adecuado para que el juez pueda introducir los elementos de prueba que considere necesarios para la tutela de los consumidores. Aunque el

artículo 429.1 de la LEC pueda ser la vía procesal más ortodoxa, el juez debe ser consciente de su papel en un procedimiento judicial que afecte a consumidores ya que su intervención debe ser activa, evitando así que la situación de desequilibrio en la contratación se perpetúe en el procedimiento judicial.

Sirvan como referencia dos sentencias del TJUE que puedan fijar los límites de la actuación del juez:

1. En el caso Duarte Hueros (22) se permite al juez la alteración de la acción ejercitada por un consumidor siempre que se garantice, previamente, la audiencia a la parte predisponente.

2. En el caso Radlinger/Radlingerová (23) se afirma que *«existe un riesgo no desdeñable de que, entre otras razones por ignorancia, el consumidor no invoque la norma jurídica destinada a protegerle (sentencia de 4 de junio de 2015, Faber, C-497/13, EU:C:2015:357, apartado 42 y jurisprudencia que allí se cita)»*, y considera que *«de ello se deduce que no podría alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional no estuviera obligado a apreciar de oficio el cumplimiento de las exigencias resultantes de las normas de la Unión en materia de consumidores (véase, por analogía, la sentencia de 4 de octubre de 2007, Rampion y Godard, C-429/05, EU:C:2007:575, apartados 61 y 65)»*.

Por lo tanto, el juez no puede contentarse con advertir al consumidor de la insuficiencia de prueba, sino que su posicionamiento ha de ser más activo, no sólo realizando la advertencia, sino también proponiendo las diligencias que considere oportunas.

Si es el predisponente quien interpone la demanda (por ejemplo, una demanda de resolución de contrato por incumplimiento a la que se acumula una reclamación de cantidad), no es descabellado pensar que el deudor consumidor pueda quedarse en situación procesal de rebeldía o que, al contestar la demanda, no invoque su condición de consumidor o no invoque el carácter abusivo de las cláusulas que determinan la resolución del contrato, o la determinación de la cantidad adeudada. Debería operar también en estos casos el juicio de suficiencia de prueba y advertir, en este caso al demandante/predisponente conforme a la regla general del artículo 429.1 de la LEC, que la prueba que se propone es insuficiente para estimar las pretensiones del actor.

Aunque en los casos en los que el demandante sea el predisponente no hay límites legales para que el juez plantee diligencias de oficio en trámite de admisión (la aportación de documentación complementaria será la diligencia más normal, aunque no la única), parece también razonable que se deba aguardar a la audiencia previa para plantear al juez sus dudas o preocupaciones referidas a la determinación de hechos controvertidos, la fijación de pretensiones, el reconocimiento de documentos y la proposición de prueba. Es en la audiencia previa donde el juez podrá desplegar sus competencias de oficio para suplir o complementar la posición del consumidor en el procedimiento, incluso activar estos instrumentos procesales en el caso de que el consumidor haya quedado en situación de rebeldía.

No en vano, el TJUE advierte que *«las características específicas de los procedimientos no pueden constituir un factor que afecte a la protección jurídica de la que deben disfrutar los consumidores en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/2013 (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de septiembre de 2014, Kušionová, C-34/13, EU:C:2014:2189, apartados 52 y 53 y jurisprudencia que allí se cita)»* (asunto Radlinger/Radlingerová, ya reseñado).

Nada impide que el juez pueda actuar de oficio en el marco de la vista de juicio o al concluir el

juicio, por medio de diligencias finales; la cuestión fundamental es que se garantice el principio de contradicción y que las partes, especialmente el predisponente, pueda conocer y valorar esas pruebas practicadas.

En segunda instancia y en casación debería garantizarse también el principio de contradicción. La jurisprudencia del TJUE permite concluir que en segunda instancia y en casación el Tribunal no está sujeto a las restricciones en cuanto a la práctica de la prueba que rigen para el trámite ordinario de recursos.

2. La práctica de diligencias de oficio en procedimientos no declarativos

La anterior cita del asunto Radlinger/Radlingerová permite considerar que la proposición y práctica de diligencias de oficio debe permitirse también en procedimientos no declarativos (procedimientos de ejecución o procesos especiales). Debe advertirse que en estos procedimientos no siempre habrá una vista o audiencia, lo que plantea algunas complicaciones procesales; además, tanto en los procedimientos de ejecución como en los especiales (monitorio o cambiario) suele ser más habitual que el deudor/adherente quede en situación de rebeldía.

Ya se ha indicado que en la LEC las facultades de oficio se concentran en el trámite de admisión (previo al despacho de ejecución, o al requerimiento de pago), pero nada impide que esa actuación de oficio pudiera realizarse en un momento posterior.

Parece razonable que el juez pueda convocar a una audiencia para trasladar a las partes sus consideraciones acerca de la posible existencia de cláusulas abusivas

No hay previsión expresa en la LEC, pero parece razonable que el juez pueda convocar a una vista o audiencia en la que pueda trasladar a las partes personadas sus consideraciones acerca de la posible existencia de cláusulas abusivas y la práctica de diligencias de prueba al respecto. En todo caso, es fundamental garantizar un previo trámite de alegaciones a las partes, cuanto menos a la predisponente que inicia la ejecución o el procedimiento especial.

El caso Radlinger/Radlingerová permite afirmar que estos mismos instrumentos de oficio deben activarse también en procedimientos de insolvencia.

En los procedimientos de ejecución se plantea el problema de establecer un límite temporal ya que la ejecución puede extenderse hasta la conclusión de la vía de apremio (celebración de subasta, adjudicación, efectiva posesión al adjudicatario), parece razonable defender que esas facultades de oficio no puedan activarse cuando se pueda perjudicar a terceros (el adjudicatario), por lo que esa actuación de oficio como regla general debería producirse antes de la convocatoria de subasta, para que la subasta se pueda realizar con la certeza de que no habrá ninguna interferencia.

En el juicio monitorio ya se ha indicado que la actuación de oficio se concentrará en el momento previo a la admisión a trámite y requerimiento de pago. Surgieron algunas dudas respecto del juicio monitorio no documental, aunque la jurisprudencia del TJUE (Caso Banco Español de Crédito) permiten considerar que ese control de oficio se realiza también en un juicio monitorio no documentario, siendo especialmente trascendente la práctica de diligencias previas a instancia del juez requiriendo al demandante para que aporte los soportes documentales que le permiten iniciar el procedimiento judicial.

Si el juez no realiza actuaciones de oficio en el arranque del juicio monitorio y el deudor se opone,

no parece que deban ponerse obstáculos a la actuación del juez en el procedimiento declarativo ulterior.

La pauta básica para justificar el momento de actuación del juez se extrae de la propia jurisprudencia del TJUE: Tan pronto como el juez disponga de elementos de hecho o de derecho.

VI. Cómo debe realizarse la proposición y práctica de la prueba

A falta de normas específicas, debería acudirse al régimen general sobre proposición y práctica de la prueba. El juez tiene que motivar o justificar su decisión, debe permitir que las partes puedan cuestionar o recurrir estas actuaciones en los mismos términos en los que se regule la proposición y práctica de la prueba en los procedimientos correspondientes. Debería garantizarse también el principio de contradicción en la práctica de esas diligencias.

En la medida en la que la decisión del juez debe estar motivadas, tendría sentido exigir que el acuerdo sobre la práctica de estas diligencias se realice por medio de auto, pero nada impide que pueda hacerse también por medio de providencia que contengan una sucinta justificación.

Las opciones de oficio del juez no tienen, por lo tanto, un carácter incontrolado. El juez debe tener en cuenta la disponibilidad de la prueba de cada una de las partes y realizar los requerimientos a quien esté más próximo o tengan mayor facilidad probatoria.

Las consecuencias de la negativa o la imposibilidad de practicar algunas pruebas (por ejemplo el requerimiento documental a las partes o a terceros) deberían someterse a las reglas específicas de la LEC respecto de estas incidencias, con sus consecuencias.

No se debe olvidar la finalidad de estas pruebas, que no es otro que disponer de los elementos de hecho y de derecho para determinar si una cláusula es o no abusiva en un procedimiento que afecta a consumidores.

La valoración de esas pruebas o diligencias no tiene que realizarse en una resolución independiente o específica, podrá hacerse en la resolución que deba dictarse para concluir el procedimiento (sentencia en caso de juicio declarativo, auto en caso de los procedimientos de ejecución y especiales).

En el procedimiento ejecutivo y en el arranque del juicio monitorio, procedimientos en los que la intervención del letrado de la administración de justicia es fundamental para el inicio de las actuaciones, se detecta un problema añadido ya que no se debe privar al juez del deber de actuar de oficio, el TJUE ha considerado que estos instrumentos de actuación de oficio recaen sobre el juez, no sobre otros funcionarios que intervengan en el procedimiento, de ahí que haya de articularse un sistema de dación de cuenta en procedimientos que puedan afectar a consumidores para la efectividad de esa actuación de oficio.

VII. Conclusiones. Sobre lo que no se sabe

En el arranque de este breve trabajo he hecho referencia a las carencias del sistema procesal español y el marco de principios y garantías que se derivan de la jurisprudencia del TJUE. Esta situación obliga al juez a actuar de un modo más intuitivo que efectivo, debiendo adoptarse

muchas cautelar por cuanto en el procedimiento civil (excepción hecha de los procedimientos que afectan a menores o incapacitados) las facultades de prueba de oficio del juez están muy restringidas, de hecho en el año 2000, cuando se aprobó la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, uno de los elementos que fue más criticado fue la restricción de las llamadas *diligencias para mejor proveer*; esas viejas diligencias, eliminadas por considerarse un lastre para el normal desarrollo del procedimiento, se recuperan en los procedimientos que afectan a consumidores.

La falta de unas pautas procesales internas claras sobre cómo y cuándo deben anunciarse y practicarse estas diligencias judiciales de oficio, hacen que las concretas actuaciones deban realizarse en el contexto de cada procedimiento, siempre con suficiente justificación y garantizando el principio de contradicción, sin que el juez pueda convertirse en una parte más no sometida a reglas.

No hay en perspectiva una reforma procesal con la suficiente ambición como para adaptar la LEC de modo pleno a los mandatos del TJUE, por lo tanto, los jueces han de adentrarse en lo desconocido (en lo que no se sabe) para garantizar el principio de efectividad. Todo un reto.

-
- (1) Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- [Ver Texto](#)
- (2) Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- [Ver Texto](#)
- (3) Rafael SÁNCHEZ FERLOSIO, *Mientras no cambien los dioses nada habrá cambiado*, Editorial Destino, Madrid, 2002.
- [Ver Texto](#)
- (4) Sirva como referencia el artículo de la profesora Alicia ARMENGOT VILAPLANA en la Revista General de Derecho Procesal n.º 44 (2018), titulado *la incidencia de la doctrina del TJUE en los principios que informan el proceso civil*.
- [Ver Texto](#)
- (5) STJUE de 27/06/2000, caso Océano, ECLI:EU:C:2000:346.
- [Ver Texto](#)
- (6) Sentencia de 04/06/2009, caso Pannon GSM Zrt (ECLI:EU:C:2009:350).
- [Ver Texto](#)
- (7) ECLI:EU:C:2010:659.
- [Ver Texto](#)
- (8) Así el TJUE en el caso Costea (Sentencia de 3 de septiembre de 2015, Asunto C-110/14. ECLI:EU:C:2015:538) consideró que un abogado que solicitaba un préstamo para una finalidad no determinada, no perdía la condición de consumidor, incluso aunque hubiera hipotecado su despacho

profesional y su despacho profesional hubiera intervenido como hipotecante en el contrato.

[Ver Texto](#)

- (9) Caso Dumitraş, Auto de 14 de septiembre de 2016, asunto C-534/15.ECLI:EU:C:2016:700. En este asunto una avalista de un contrato solicitado por una sociedad mercantil era considerada consumidora, aunque la parte principal del contrato no lo fuera.

[Ver Texto](#)

- (10) Caso Bachman, Auto TJUE de 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16. ECLI:EU:C:2017:321).

[Ver Texto](#)

- (11) Así, por ejemplo, en la STS de 7 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3956).

[Ver Texto](#)

- (12) El artículo 3 del TRLGCU establece el requisito de no actuar con ánimo de lucro sólo en el caso de personas jurídicas, por lo que es posible identificar a un consumidor persona física que actúe con ánimo de lucro, por ejemplo un inversor.

[Ver Texto](#)

- (13) Caso Schem, STJUE de 25 de enero de 2018, asunto C-498/16 (ECLI:EU:C:2018:37)

[Ver Texto](#)

- (14) STS 5 de abril de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1385).

[Ver Texto](#)

- (15) Asunto C-537/13. ECLI:EU:C:2015:14.

[Ver Texto](#)

- (16) Asunto C-488/11. ECLI:EU:C:2013:341.

[Ver Texto](#)

- (17) Asunto C-149/15.ECLI:EU:C:2016:840.

[Ver Texto](#)

- (18) Caso Andriciuc. STJUE de 20 de septiembre de 2017 (C-186/16. ECLI: EU:C:2017:703)

[Ver Texto](#)

- (19) Así lo expresa en el caso Pannon (sentencia del TJUE ya reseñada).

[Ver Texto](#)

- (20) Sentencia de 26 de octubre de 2006, Asunto C-168/05 (ECLI:EU:C:2006:675).

[Ver Texto](#)

- (21) ECLI:ES:TS:2013:1916.

[Ver Texto](#)

(22) Sentencia de 3 de octubre de 2013, Asunto C-32/12. ECLI:EU:C:2013:637.

[Ver Texto](#)

(23) Sentencia de 21 de abril de 2016, Asunto C-377/14. ECLI:EU:C:2016:283.

[Ver Texto](#)

PRÁCTICA FORENSE



El plagio al servicio de la cultura

Mireia Hernández Esteban

Experta en Lingüística forense. Miembro de la Associació Catalana de Perits Judicials i Forenses

Resumen

El análisis lingüístico para la posible determinación de plagio requiere una lectura analítica que permita informar de las coincidencias y discrepancias textuales; pero esta labor no se limita a una cuestión estadística, sino también se encamina a valorar las estrategias que configuran la calidad y alcance de la copia; de ahí que estas acciones permitan delimitar el tipo de plagio y la intervención más o menos consciente del copista.

No es lo mismo que copiar en un examen o sentarse en una sala del Prado y reproducir un Velázquez en tamaño reducido, pero sí comparte con el primero el hecho de que se obtiene un beneficio y con el pintor el hecho de que lo copiado se logra al margen de la creatividad individual.

Cierto que el plagiador no se limita a un descarado *copy paste* —aunque en ocasiones hemos visto que también sucede— sino que un texto se manipula de tal manera que ahora pillo una frase, cambio el orden en otra y de otra extraigo la idea. Podríamos decir que existe cierta labor de creatividad, por la composición y reenfoque de un texto ajeno.

Pero el contenido del texto no es propio, sigue siendo ajeno.

En épocas antiguas esta acción sería considerada como una obra de taller o estudio, y sería elogiada del mismo modo. Para el novel pintor participar en la factoría de un Maestro era un honor que compensaba el hecho de no firmar la obra, por aquello de que *el discípulo no es más que su Maestro*. De ser así, tacharíamos de plagiadores a los romanos que copiaron la mitología griega —

cambiando los nombres divinos— y a todas las obras de lírica popular por copiarse mutuamente los amores de doncellas y caballeros.

Pero la modernidad y el racionalismo trajeron de la mano el valor de la individualidad y con ello de la exclusividad. El hombre que ya no forma parte de una masa gris ahora destaca y con colores y por tanto debe dejar su huella, su firma y su identidad.

No hay escritor o pintor que no guste firmar y defender su producción artística

Y en este punto de la historia no hay escritor o pintor que no guste firmar y defender su producción artística.

Pero decidir si es plagio o no, sólo compete al Juez y los jueces lo tienen muy claro:

«Por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, **todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial.**

Se presenta más bien como una **actividad material mecanizada y muy poco intelectual** y menos creativa, **carente de toda originalidad** y de concurrencia de genio o talento humano, **aunque aporte cierta manifestación de ingenio.**

Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de **identidad**, así como **las encubiertas**, pero que descubren, al despojarse de los ardidés y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, **produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual.**

(...) Por todo lo cual, el concepto de **plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas** y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales.» (1)

La **tarea del perito** se limita a informar de las coincidencias y discrepancias textuales teniendo en cuenta qué se considera plagio, su casuística y las consecuencias lingüísticas que se derivan de la copia.

La **metodología** para elaborar un informe de estas características se basa en la lectura formal, el análisis pormenorizado de todas las palabras y el estudio de las frecuencias y coincidencias textuales a nivel general y particular.

Este análisis permite: detectar coincidencias a nivel general (títulos, párrafos, apartados, citas, notas al pie de página, esquemas, ilustraciones, fuentes) y analizar los mecanismos, reglas básicas e instrumentos que utiliza el escritor para que su texto sea legible y tenga unidad de estilo; esto implica señalar el uso porcentual y concreto de todas las formas nominales, verbales y conectores.

El siguiente paso es enfrentar y confrontar los resultados de los análisis de los textos estudiados, mediante un cotejo gramatical, sintáctico, morfológico y semántico.

A continuación, se redactan las valoraciones finales en las que se presentan y ponderan las discrepancias y las coincidencias textuales, valoraciones que justifican, al final, las conclusiones.

La casuística sobre el plagio nos viene de la mano de M.^a Teresa TURELL (2006) y Pedro ÁLVAREZ DE BENITO (2003) que ofrecen unas consideraciones más aclaratorias sobre los supuestos de

plagio no solo cuantitativa sino cualitativamente hablando. Esto significa que el plagio no sólo se reduce a un cálculo porcentual de palabras coincidentes o discrepantes sino a la manera cualitativa de cómo se ha realizado la copia.

Veamos su casuística:

1. Copia idéntica de una cita sin hacer referencia a su autor, aunque esté citado en la bibliografía; esta referencia puede realizarse de forma explícita o bien implícita, porque se ha referenciado por ejemplo en el párrafo anterior.

2. Copia literal de frases y párrafos sin mencionar el autor; hay que señalar que sean palabras o mensajes unívocos en los que no caben otros significados o interpretaciones alternativas o figuradas. Se descarta como plagio el préstamo ocasional o puntual de alguna palabra.

3. Copiar manteniendo la misma estructura de un párrafo, pero cambiando unas palabras por otras. Esto implica que el texto-copia es un mero disfraz resultado de ligeras modificaciones, que a veces se expresa como una elaboración creativa de una parte o varias de la obra.

4. Copiar todo o en parte un trabajo o una parte sustancial del libro.

5. Autoplagio. Entiéndase por autoplagio el uso de un párrafo o texto que el propio autor ha publicado con anterioridad, sin hacer mención expresa a esa publicación anterior.

6. Apropiación de elementos creativos, originales y exclusivos. Este supuesto descarta los elementos procedentes del conocimiento colectivo. No pueden considerarse plagio aquellos datos, fechas, refranes, expresiones, nombres propios y topónimos que forman parte del acervo histórico y cultural y tienen alcance universal, especialmente en la actualidad que la tecnología digital ha puesto la información al alcance de todos.

Y este es un tema importante.

Existen programas digitales como el Turnitin que detectan las coincidencias textuales. Pero los resultados no son definitivos porque detectan todo, y al decir todo, implica términos como *La Segunda Guerra mundial, la primera bomba atómica, el descubrimiento de la penicilina, la muerte de Séneca, la construcción de la Muralla China o el hundimiento del Titanic...* hechos enunciados de una manera concreta, que marcaron la historia y que son parafraseados continuamente. De ahí que el perito deba discriminar todos los puntos que se señalan como coincidencias especialmente en libros técnicos o históricos.

Por el contrario, TURELL nos explica que precisamente en libros de textos científicos hay que tener en cuenta la reproducción de los componentes esenciales de este tipo de obras, porque a pesar de que la ciencia es universal, no así las actividades, temas, ejemplos, preguntas, técnicas o la reproducción de una metodología creativa.

7. Apropiación abusiva del personaje principal o de un tipo imaginario. Hay que señalar que la originalidad de los personajes o tipos debe ser real, porque —como analicé en una ocasión— no pueden apropiarse personajes o lugares comunes como: *joven con gafas y amante de la literatura, la catedral y el barrio medieval de una ciudad, la penumbra de las iglesias o las gárgolas monstruosas de los edificios.*

Todos estos elementos son comunes en la literatura y no pueden ser exclusivos de un escritor.

Y este dato nos recuerda a nuestro Cervantes que, viendo las publicaciones semejantes a su hidalgo, como el Quijote de Avellaneda, decidió acabar con las usurpaciones haciendo morir de melancolía a nuestro héroe, a los cincuenta años y en pleno uso de sus facultades mentales.

8. Coincidencia cualitativa de elementos expresada con similar o idéntica estructura sintáctica, semántica, léxica y verbal.

9. Reproducción del esquema de una obra.

10. Identidad en la representación de las ideas.

Y cuando uno se encuentra en uno de esos supuestos conviene comentar en valoraciones si estamos en un supuesto de plena advertencia del acto y por tanto se trata de una copia consciente o bien como resultado de una acción mecánica o distraída, distracción que tampoco exime de responsabilidad.

Se trata de una **copia mecánica** aquella copia que se ejecuta sin miramientos y sin atención.

La copia mecánica es una copia tal literal y fiel que reproduce todo incluyendo signos ortográficos y de puntuación, errores tipográficos, gramaticales y ortográficos.

El gesto de repetir, sin ningún tipo de talento creativo, se hace con tanta superficialidad y carencia de revisión posterior que el resultado puede ser catastrófico. Veamos algunas consecuencias:

- incoherencia textual,
- información fragmentada porque se han seleccionado sólo algunos párrafos del texto original,
- mezcla de estilo literario,
- omisión de datos que constituyen una información relevante,
- utilización de un mismo texto varias veces,
- desorden en la colocación de los párrafos provocando anacronismos e incoherencias históricas graves,
- incoherencias gramaticales,

Es decir, lo que en lenguaje llano se dice, una chapuza.

No es de extrañar, que en las valoraciones el perito señale, además del posible plagio, las consecuencias lingüísticas que se derivan del mismo y detecte una falta de rigor y de calidad informativa, porque hay párrafos que son lingüísticamente incomprensibles o inconexos, al margen de la confusión histórica que puede acarrear mezclar hechos, lugares, fechas o personajes con tanta frivolidad.

En cambio, **la copia consciente es aquella** en la que el autor material también participa en la confección del texto modificándolo. Veamos algunos ejemplos:

- Sustitución de palabras y uso de sinónimos.
- Eliminación de palabras redundantes como adjetivos calificativos, complementos verbales etc.

- Omisiones de conectores o adverbios.
- Resumen de un párrafo.
- Inclusión nuevas palabras con valor descriptivo.
- Modificación de títulos.
- Corrección de errores tipográficos y ortográficos del texto original.
- Adecuación de la sintaxis si se han eliminado algunos sintagmas.
- Adición de signos de puntuación.
- Sustitución de mayúsculas por minúsculas.
- Utilización de abreviaturas o acrónimos.
- Cambios en los tiempos y formas verbales
- Inclusión de una nota al pie incorporándola en el texto general.
- Reconversión de un texto en un esquema.
-etc., etc.

Resumiendo, cualquiera de aquellas acciones que se refieren a la **adición, modificación, sustitución, eliminación, alteración o manipulación de un elemento lingüístico.**

La copia consciente e es aquella que se ejerce como resultado de un acto humano libre, voluntario y atento y por tanto punible

Por eso la copia consciente es aquella que se ejerce como resultado de un acto humano libre, voluntario y atento y por tanto punible.

Habitualmente en Sala los peritos debemos referir el grado de credibilidad de nuestras conclusiones, dar fe de una serie de porcentajes y validar nuestro informe —como si las conclusiones pudieran pesarse en una balanza—.

Y es difícil porque como sabemos las coincidencias —en cualquier disciplina forense— no son sólo una cuestión cuantitativa sino también cualitativa.

De ahí que, al margen de porcentajes de coincidencia y discrepancia textual que el Juez valorará según su *sana crítica* podemos referirnos al tipo de copia que se pudiera haber producido (sustancial o parcial; anecdótica/ocasional o global; literal, idéntica y fiel frente al texto libre, creativo y original) y la manera cómo se ha realizado: de forma mecánica o consciente.

Y a la vista de las conclusiones siempre está el recurso fácil de echarle la culpa a terceras personas o lo que se estila en la actualidad al fantasma de «un error informático» fortuito e inocente. Y en este punto entran en juego nuestros compañeros informáticos forenses que pueden decirnos quién es el auténtico autor material del delito.

(1) <http://app.vlex.com/#ES/vid./16206977> Sentencia n.º 1125/2003 de TS, Sala 1.ª, de lo Civil, 26 de noviembre de 2003.

Ver Texto



El fallecimiento del perito de parte durante el transcurso del procedimiento ordinario

Álvaro Rifá Brun

Jorge Azagra Malo

Abogados

Resumen

Este trabajo se centra en el análisis, desde un punto de vista eminentemente práctico, de algunos de los problemas que acarrea el fallecimiento o enfermedad grave repentina del perito de parte durante el transcurso del procedimiento ordinario.

I. Introducción

El presente trabajo se centra en el análisis, desde un punto de vista eminentemente práctico, de algunos de los problemas que acarrea el fallecimiento o enfermedad grave repentina del perito de parte durante el transcurso del procedimiento ordinario. Esta es una circunstancia que acaece con relativa frecuencia y plantea una situación compleja desde un punto de vista procesal en tanto que no existe ninguna norma en la Ley de Enjuiciamiento Civil que prevea la solución que debe darse ante esta eventualidad.

En primer lugar, atendemos a los problemas y a las soluciones que cabe adoptar en el supuesto que el fallecimiento del perito se hubiere producido cuando el informe pericial esté pendiente de aportación o bien se hubiere aportado pero aún no se hubiese sustanciado la audiencia previa.

En segundo lugar, se analiza la situación del fallecimiento del perito una vez aportado y admitido el dictamen pericial y pendiente únicamente de ratificación, exposición y contradicción en el acto del

juicio oral. Téngase en cuenta que la pericial ha sido definida por el Tribunal Supremo como una prueba de carácter eminentemente personal. Precisamente por ello, la ausencia del perito que realizó el informe puede afectar de un modo directo a la validez y eficacia de la prueba de la que puede depender la suerte de las pretensiones que se mantienen en el proceso. Ello sin perjuicio de que, probablemente de un modo inconveniente, la Ley de Enjuiciamiento Civil no supedita la validez y eficacia del informe pericial a su ratificación en el acto del juicio. Véase, en este sentido, el artículo 347 Ley de Enjuiciamiento Civil que se titula «*Posible actuación de los peritos en el juicio o en la vista*» y en cuyo apartado 1.º se establece que «*(l)os peritos tendrán en el juicio o en la vista la intervención solicitada por las partes, que el tribunal admita*».

La LEC no contiene una regulación específica que permita dar una solución normativa al supuesto de hecho

Como se ha avanzado, la Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene una regulación específica que permita dar una solución normativa al supuesto de hecho objeto de estudio. Esta ausencia normativa implica que, para poder hacer frente a las eventuales situaciones procesales ante las que se pueden encontrar las partes, únicamente sea posible acudir a la realización de un análisis desde un punto de vista práctico.

Este análisis estará vinculado con **(i)** la regulación que sí prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil relativa a la concurrencia de situaciones excepcionales que permiten la aportación de dictámenes periciales en momentos procesales posteriores a la regla general de la aportación (junto con los escritos de demanda y contestación de las partes); y con **(ii)** los posibles momentos en los que puede producirse el fallecimiento o la enfermedad grave repentina del

perito de una de las partes (con el informe en preparación o con el informe ya presentado y estando pendiente su ratificación).

II. Problemas en relación con la presentación de los informes

Las partes deben aportar, como norma general, los dictámenes periciales en los que apoyan sus pretensiones junto con los correspondientes escritos de demanda y contestación. Todo ello, a fin de asegurar el principio de contradicción y el derecho de defensa de ambas partes en el proceso (1) .

No obstante, en los apartados 2.º y 3.º del artículo 336 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya se prevé la posibilidad de que puedan llegar a concurrir determinadas circunstancias excepcionales que justifiquen una aportación de los informes periciales después de la presentación de los escritos iniciales de alegaciones. Eso sí, en este caso, la carga de justificar la causa o motivos concretos que han motivado dicha presentación tardía pesan sobre la parte que no ha presentado el informe junto con su escrito inicial.

De los preceptos citados no resulta controvertido que el fallecimiento del perito designado por una parte debe necesariamente considerarse como un acontecimiento que justifique —cumplidamente— la no aportación de un informe junto con el escrito inicial de alegaciones, en la medida en que (a) la parte demandante no pueda demorar la interposición de la demanda hasta la obtención de un dictamen elaborado por un nuevo perito; o (b) la parte demandada no disponga de tiempo suficiente para designar a un nuevo perito y que este concluya el informe antes del plazo para contestar a la demanda (2) .

Por consiguiente, en este estadio inicial del procedimiento, el tenor de los apartados 2.º y 3.º del

artículo 336 de la Ley de Enjuiciamiento Civil suple la falta de regulación específica acerca de las consecuencias procesales derivadas del fallecimiento o enfermedad grave del perito de parte.

Sin embargo, los problemas de este vacío legal surgen precisamente con el plazo previsto por el legislador para aportar aquellos dictámenes que no se pudieron presentar junto con la demanda o con la contestación.

Según lo dispuesto en el artículo 337.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estos dictámenes habrán de aportarse para su traslado a las contrapartes en cuanto se disponga de ellos «*y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el verbal*». El legislador no prevé ninguna excepción con este plazo de cinco días.

De forma voluntarista, podría defenderse que el fallecimiento o enfermedad grave repentina del perito designado tras la presentación de los escritos iniciales de alegaciones justificaría una aportación del informe en un momento posterior a la celebración de la audiencia previa; esto es, tras el momento procesal oportuno para la proposición formal y admisión de la prueba o, incluso, tras la celebración del juicio. Todo ello, al amparo de lo dispuesto en los artículos 338 —*Aportación de dictámenes en función de actuaciones procesales posteriores a la demanda. Solicitud de intervención de los peritos en el juicio o vista*— y 435 —*Diligencias finales. Procedencia*— de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, la utilización del régimen dispuesto en los artículos 338 y 435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puede incidir de forma negativa en el principio de igualdad de armas, en tanto que una de las partes únicamente tendría conocimiento del dictamen pericial de la contraparte en una fase avanzada del procedimiento (3) .

En nuestra opinión, todas las partes deben poder examinar los dictámenes periciales elaborados antes de la celebración de la audiencia previa y, en consecuencia, proponer la prueba correspondiente teniendo conocimiento del contenido de los dictámenes periciales (o al menos, si se trata de un informe de los del artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, practicar la prueba conociendo su contenido). Sin embargo, tampoco consideramos que la solución pase por impedir la presentación del informe a la parte cuyo perito fallece en ese momento procesal.

La respuesta judicial debería consistir en la suspensión de la audiencia previa, en el caso de que estuviese señalada

En efecto, en el caso tanto de la demanda como de la contestación que no acompañe dictamen pericial, todo parece indicar que la respuesta judicial debería consistir en la suspensión de la audiencia previa, en el caso de que estuviese señalada, y volver a señalarla en un plazo prudencial que le permita a la parte afectada buscar a un nuevo perito que pueda analizar la controversia y preparar el dictamen pericial para su aportación hasta cinco días ante de la audiencia previa.

La situación resulta más controvertida en aquellos supuestos en los que el fallecimiento o enfermedad grave repentina se produce una vez presentado el dictamen pericial y antes de la celebración de la audiencia previa. En estos casos, al igual que en el anterior, entendemos que procedería igualmente la suspensión de la audiencia previa y la posibilidad de la parte de poder aportar un nuevo dictamen elaborado por otro experto.

Ahora bien, la afirmación debería matizarse en aquellos supuestos en los que fallece el perito de la parte actora cuyo informe ha sido presentado junto con la demanda. Ello por cuanto con toda

probabilidad el dictamen pericial acompañado con la contestación a la demanda contraargumentará el de la parte actora. Por este motivo, una vez presentado nuevamente el informe de la parte actora, debería concedérsele a la demandada la posibilidad de rectificar su informe y adaptarlo a las nuevas alegaciones que puedan incluirse en el informe de la parte actora.

En cualquier caso, y ante la incertidumbre y los problemas que resultan de la falta de una regulación específica al respecto, en este trabajo se propone como solución *de lege ferenda* la introducción de un precepto en la Ley de Enjuiciamiento Civil que prevea que, una vez comunicada la defunción del perito, el Juzgado acuerde la suspensión de la vista —ya sea de audiencia previa o de juicio— y requiera a la parte cuyo perito ha fallecido para que proceda a la designación de uno nuevo a la mayor brevedad, indicando en todo caso un plazo máximo para la presentación de este informe oídas todas las partes e incluyendo la posibilidad de la que la otra parte pueda rectificar su informe y adaptarlo a las nuevas alegaciones que puedan incluirse en el informe del nuevo perito.

III. Problemas en relación con la ratificación de los informes en el acto del juicio oral

En el epígrafe anterior se han analizado los problemas derivados del fallecimiento del perito designado antes de que este hubiera podido concluir su informe. A continuación, nos centraremos en los problemas que el fallecimiento de uno de los peritos puede provocar en sede de ratificación.

Revisemos el siguiente supuesto de hecho: la actora acompaña junto con su demanda un informe pericial firmado únicamente por un experto. La demandada, a su vez, presenta junto con su escrito de contestación un informe que analiza —y contraargumenta— el dictamen pericial aportado por la parte demandante. En la audiencia previa se proponen formalmente ambos informes y son admitidos por el Juzgado, así como la posterior ratificación de los peritos firmantes en el acto del juicio. Sin embargo, en el ínterin que transcurre entre la audiencia previa y la celebración del juicio, fallece el perito de una de las partes.

Ante esta circunstancia, la parte cuyo perito ha fallecido se encuentra con un informe pericial presentado y admitido por el Juzgado, pero que no podrá ser ratificado por su autor en el acto del juicio.

Como se ha avanzado, no es el objeto de este trabajo analizar la relevancia que tiene la ratificación de un informe en el acto del juicio. Ciertamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge expresamente que la comparecencia de los peritos autores de dictámenes en el acto del juicio no es imperativa (4) .

Ahora bien, si —como en el supuesto de hecho planteado— se ha solicitado —y admitido— la comparecencia del perito, se debe a que la parte la ha considerado útil y relevante (5) para resolver sobre los hechos controvertidos fijados con anterioridad (6) .

Ante esta situación, y a pesar de que —como reiteró el magistrado D. Pedro José Vela Torres en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 (STS 1207/2016)— «no existen reglas legales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, ni las reglas de la sana crítica están catalogadas o predeterminadas», lo cierto es que en la práctica procesal la crítica oral de dictámenes de parte ha resultado fundamental —y en determinados procedimientos, sigue resultando fundamental— para que el Juzgado o Tribunal se decante por

otorgarle mayor valor probatorio a un dictamen u otro (7) .

En cualquier caso, y pese a la relevancia que hoy en día tiene —y seguirá teniendo— la crítica oral de informes periciales, nada se regula en la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de las consecuencias que tiene en el proceso el fallecimiento de uno de los peritos cuya ratificación en juicio había sido admitida en el acto de la audiencia previa.

Podría defenderse que la regulación de las diligencias finales contenida en el artículo 435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite, ante el acontecimiento de este no deseado suceso, la presentación de un nuevo informe y que el nuevo perito lo ratifique tras la celebración del juicio (8) .

No obstante, de nuevo, la relevancia que puede tener la ratificación en el resultado del procedimiento nos lleva a resistirnos a acoger esta como la solución óptima. No negamos que, con la redacción actual, la regulación de las diligencias finales podría utilizarse para tutelar el derecho de defensa de la parte cuyo perito ha fallecido sin poder ratificar su informe. Sin embargo, la utilización de la vía de las diligencias finales puede afectar al derecho de defensa de la otra parte y al principio de igualdad de armas (9) .

La presentación de un nuevo informe y su ratificación tras la celebración del juicio (una vez se conoce el resultado de la prueba practicada) pueden, precisamente, generar el efecto que se quiere evitar y colocar a una de las partes en una situación de desigualdad. El sustituto del perito fallecido no solo contará para la elaboración de su informe con el informe del perito fallecido sino también con el resultado de toda la prueba obrante en autos así como la practicada en el acto del juicio (incluyendo el interrogatorio del perito de la otra parte cuyo dictamen debe contra-argumentar).

Por ello, a nuestro juicio, una solución acertada desde un punto de vista de la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa de la parte afectada consistiría en la suspensión del juicio y elaboración de un nuevo dictamen pericial con traslado del mismo a la parte contraria para, en su caso, modificar el dictamen pericial a su vez aportado y los contraargumentos incluidos en el mismo.

Cabría la posibilidad de que un experto asumiera como suyas las conclusiones alcanzadas en el dictamen emitido por el perito fallecido

Ahora bien, desde un punto de vista de economía procesal, también cabría la posibilidad de que un experto asumiera como suyas las conclusiones alcanzadas en el dictamen emitido por el perito fallecido. De esta forma, el perito sustituto podría acudir al acto del juicio y realizar todas las aclaraciones que fueran necesarias.

Finalmente, teniendo en cuenta que la falta de ratificación del perito respecto de su dictamen en ningún caso conllevará su inadmisión o la eliminación de su valor probatorio, es muy probable que en la mayoría de los casos, el fallecimiento o enfermedad grave repentina del perito conllevará la imposibilidad de cualquier sustitución, debiendo el Juez en cualquier caso valorar el contenido del dictamen aportado, sin haber practicado la correspondiente ratificación.

IV. Soluciones

Como se ha apuntado en los apartados anteriores, la Ley de Enjuiciamiento Civil no regula la situación procesal de sustitución del perito para el caso de fallecimiento o enfermedad muy grave o

repentina.

Esta situación genera en la práctica disparidad de criterios —en ocasiones, totalmente opuestos— y, a la postre, inseguridad en los operadores jurídicos. Ante esta situación y disparidad de criterios judiciales, y en adición a la propuestas interpretativas así como *de lege ferenda* contenidas en los apartados 2.2 y 2.3, a continuación se proponen soluciones prácticas para, siempre dentro del marco legal vigente, evitar que el fallecimiento del perito designado pueda tener un impacto en el resultado del pleito o para, en la medida de lo posible, minimizarlo.

1. Elaboración del informe por varios peritos

Esta opción, cada vez más extendida en la práctica, permite minimizar riesgos. En cualquier caso, aunque el dictamen pericial se firme por dos o más personas, es recomendable asimismo incluir una mención en el propio cuerpo del dictamen indicando expresamente que cualquiera de los firmantes puede ratificar de forma indistinta todo el cuerpo del dictamen.

2. Especificación del nombre de los ayudantes en el escrito de contestación

Incluir en el cuerpo del informe los integrantes del equipo que han ayudado al perito/s firmante/s en la realización del dictamen pericial incluyendo (i) sus nombres; (ii) su formación académica; y (iii) la manifestación contenida en el artículo 335.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De esta manera, si bien es cierto que la Ley de Enjuiciamiento Civil no regula expresamente la posibilidad de sustituir la ratificación del perito firmante por uno de sus ayudantes, la petición de sustitución del perito firmante por sus ayudantes en caso de fallecimiento estará, si cabe, más justificada por la plena acreditación en el propio dictamen pericial de que los ayudantes cumplen con los requisitos de los artículos 335 y 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. Acordar con el resto de litigantes una solución ante el fallecimiento del perito de una de las partes

Esta opción en la práctica resulta muy interesante y ahorra costes —y un eventual conflicto acerca de cómo tratar la sucesión del perito fallecido—. Así, por ejemplo, un posible pacto podría consistir en que las partes acuerden que, ante el fallecimiento de uno de los peritos, todas las partes renunciaran a la ratificación de sus peritos.

V. Reflexión final

No puede olvidarse que los problemas analizados serán en todo caso resueltos por parte del Juzgado que conozca del procedimiento, motivo por el que, teniendo en cuenta la ausencia de regulación específica, dependerá íntegramente de su criterio y, por tanto, nos podremos encontrar con que, ante un supuesto de hecho idéntico, la decisión adoptada sea completamente dispar a la de otro compañero de la carrera judicial.

A modo de cierre, tampoco puede dejar de hacerse mención a una figura que resultará esencial en la resolución de estos posibles escenarios, como es la buena fe del letrado contrario. Ninguna duda cabe de que la posición adoptada por el abogado contrario tendrá un papel decisivo en la adopción de la decisión por parte del Juzgado.

- (1) Como destaca Rafael GIMENO-BAYON COBOS en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo n.º 842/2010, de 22 de diciembre (STS 7767/2010), el informe pericial es uno de los elementos probatorios que deben aportarse junto con los escritos de alegaciones iniciales *«con la finalidad de que la contraparte conozca desde el primer momento el fundamento de las pretensiones de contrario»*.
- Ver Texto
- (2) De hecho, la enfermedad o fallecimiento del perito son utilizados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo como ejemplos de causas que justifican la aportación de informes periciales en un momento posterior a la presentación de los escritos de alegaciones iniciales: *«El art. 337 de la LEC, al prever la exigencia de que se anuncie el dictamen, posibilita que el dictamen que no se pudo aportar, se aporte posteriormente. Pero no habilita a sustituir el dictamen anunciado, cuando menos si no concurre una causa que pudiera considerarse justificadora ajena a la parte proponente (p.e enfermedad o fallecimiento del perito)»* (Sentencia de 30 de abril de 2009).
- Ver Texto
- (3) Y ello porque, como señala la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia n.º 872/2010, de 27 de diciembre (Magistrado ponente: Juan Antonio Xiol Rios (STS 7351/2010)), *«el respeto a los principios de contradicción, de interdicción de la indefensión y de igualdad de armas en el proceso exige que las partes tengan conocimiento desde el inicio del procedimiento de todos los elementos sustanciales en que la parte contraria funda su pretensión»*.
- Ver Texto
- (4) La mera admisión de un informe pericial no presupone que su autor deba ratificarlo oralmente. En el artículo 337.2 de Ley de Enjuiciamiento Civil se dispone que las partes litigantes *«habrán de manifestar»* si desean la comparecencia de los peritos autores de los dictámenes.
- Ver Texto
- (5) Precisamente el citado artículo 337.2 de Ley de Enjuiciamiento Civil recoge la utilidad que la comparecencia de los peritos tiene en determinados procedimientos a fin de *«exponer o explicar el dictamen o responder a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación o intervenir de cualquier otra forma útil para entender y valorar el dictamen en relación con lo que sea objeto del pleito»*.
- Ver Texto
- (6) Si bien no se puede desconocer que, en ocasiones, una parte puede solicitar la ratificación del perito que ha designado como respuesta estratégica a la petición realizada por la contraparte de que ratifique su perito a fin de que el Juzgado oiga a ambos peritos y no únicamente a uno de ellos.
- Ver Texto
- (7) De hecho, la relevancia de la crítica oral de los dictámenes periciales sirvió a la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sentencia n.º 248/2014, de 4 de junio (SAP B 7051/2014)] para revocar la condena en costas impuesta en primera instancia al demandante sobre la base de que éste no pudo interrogar a su perito en el acto del juicio como consecuencia de su fallecimiento.
- Ver Texto
- (8) Así se posicionan, por ejemplo, ASENSIO MELLADO, J. M. y MAGRO SERVET, V.: *La aportación de documentos en primera y segunda instancia y la proposición de prueba en la fase del recurso de apelación*, Madrid: La Ley, 2007, pp. 34-35.
- Ver Texto
- (9) Es una norma fundamental del proceso civil que *«todas las pruebas se practicarán en unidad de acto»*

(artículo 290 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), regulándose a renglón seguido que las declaraciones de peritos se practicarán, salvo que se acuerde un orden distinto, tras el interrogatorio de las partes y de los testigos (artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

[Ver Texto](#)

DOSSIER DE LOS TRIBUNALES SOBRE PROBÁTICA



Los sospechosos habituales

Juan Antonio Andino López

Abogado en Adesse Abogados, S.L.P., Profesor Asociado Universitat Internacional de Catalunya

Resumen

Los sospechosos habituales son los testigos sobre los que puede recaer una causa de inhabilitación o de tacha, ya que el sistema desconfía de ellos incluso antes de que declaren ante el juez. El presente estudio analiza dos visiones contrapuestas sobre este particular, sostenidas por MITTERMAIER y GORPHE, por un lado y por MUÑOZ SABATÉ por otro.

I. Introducción

Los sospechosos habituales en las declaraciones testificales son aquellas personas inidóneas o bien susceptibles de tacha. Como el lector puede haber adivinado, tomo el título del presente artículo de la genial película de 1995 dirigida por BRYAN SINGER, cuya escena inicial versa sobre una rueda de reconocimiento para esclarecer un tiroteo en un barco fondeado en Los Ángeles (e ir dibujando la trayectoria criminal del pérfido KEYSER SÖZE), en la que participan los sospechosos habituales señalados por la policía de la ciudad. La idea del presente estudio no consiste analizar la tacha testifical desde la perspectiva del derecho probatorio (1), sino más bien acercarnos a ella desde el punto de vista que nos ofrece la obra de GORPHE (2) y MITTERMAIER (3), entre otros.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define «sospechar» como (i) imaginar algo por conjeturas fundadas en apariencias o indicios (ii) desconfiar de algo o de alguien, y (iii) considerar a alguien como posible autor de un delito o de una falta (4). Para el presente estudio,

tomaremos en consideración la segunda acepción del término, es decir, cuándo el sistema desconfía *a priori* de una persona para que declare como testigo en presencia judicial.

Veremos que las sospechas que el sistema puede tener son muy variadas, desde la sospecha en el testigo por la debilidad de sus órganos perceptivos hasta, por supuesto, el interés que puede tener el deponente en que, por ejemplo, su cónyuge salga victorioso del pleito. Así, cabe advertir que no todas las razones históricas y doctrinales han cristalizado en los actuales arts. 361 y 377 LEC, que establecen las causas de idoneidad y de tacha de los testigos. Entendemos que ello obedece al ánimo del sistema de maximizar el derecho a la prueba, permitiendo su práctica ante el juez y, en definitiva, dejando el máximo de elementos probatorios en manos del juez para su valoración en sentencia (5), siendo esta cuestión un tema común en otros ordenamientos jurídicos (6).

II. Los sospechosos habituales fundamentalmente en el pensamiento de GORPHE y MITTERMAIER, entre otros

Cada sistema jurídico señala *a priori* a determinadas personas como sospechosas incluso antes de que procedan a declarar, por lo que no se sanciona la declaración en sí misma, sino al sujeto que pretendía declarar ante el juez (7). Seguiré con el esquema que traza MITTERMAIER, completando el mismo con el pensamiento de GORPHE, sin perjuicio de citar algún otro autor, para así hallar diversas causas por las que el sistema sospecha de la declaración de un testigo:

i) Vicio o debilidad de los órganos perceptivos del testigo. El testigo puede tener alterados sus órganos perceptivos, ya que puede padecer una miopía, que le impida percibir correctamente una visión lejana; sordera leve, que le impida escuchar correctamente una conversación, máxime cuando se aleja un poco de las personas que están hablando (8); o bien el testigo puede autosugestionarse y, en definitiva, creer haber visto algo que, junto con el raciocinio posterior, puede no corresponderse con la realidad de los hechos (9). También incluye la presente clasificación FRAMARINO DEI MALATESTA en su obra (10).

ii) Debilidad de las facultades intelectuales del individuo. Más discutible desde el punto de la moderna psicología del testimonio (11), MITTERMAIER indicaba que se precisa una completa integridad del entendimiento para poder observar, retener y evocar ciertos hechos; por ello, y según dicho autor, un retrasado mental difícilmente podrá declarar ante el juez conforme a la veracidad de los hechos percibidos (12). Cabe destacar que GORPHE también incluye la debilidad mental, así como la enfermedad mental, como causa de sospecha o inhabilidad del testigo (13). Esta misma categoría es incluida por FRAMARINO DEI MALATESTA como causa de inhabilidad del testigo (14).

iii) El interés del testigo en el desenlace del proceso. Indica MITTERMAIER que se reportarán sospechosos aquellos testigos que pudieran tener o reportar alguna ventaja personal como consecuencia directa del resultado del pleito, los que hubieran aceptado una recompensa o una promesa con carácter previo a su declaración ante el juez, y también se deduce el interés en el supuesto de declaración de la parte agraviada (15). El interés en sí mismo, o el interés en la causa también es causa citada de sospecha del testigo por parte de FRAMARINO DEI MALATESTA (16).

Por su parte, GORPHE señala que, a veces, existen casos odiosos en los que un testigo acusa a un inocente para cubrir su propia culpabilidad (17), o incluso en los que el interés del testigo se basa en la recompensa que obtiene gracias a su declaración (18).

iv) *El denunciador de los hechos es un testigo sospechoso.* El denunciador empleará todo su esfuerzo en sostener la denuncia y demostrar su sinceridad. Un ejemplo de sospecha en el denunciador lo podemos encontrar en aquellos supuestos en los que el denunciador de los hechos recibe una recompensa pecuniaria por denunciar al supuesto criminal (19) .

v) *La declaración del cómplice también arroja serias dudas.* En este sentido, MITTERMAIER indica, con acierto, que un cómplice intentará magnificar la intervención del otro acusado, para intentar librarse de la mayor pena que tenga que cumplir (20) .

vi) *El parentesco del testigo respecto a las partes.* La afección familiar puede influir en la declaración del testigo, con el ánimo de que su pariente sea absuelto. Así, MITTERMAIER indica que para que haya sospecha es preciso que el parentesco no pase del cuarto grado. Cuanto más inmediato sea el parentesco entre el testigo y al acusado, mayor debe ser la sospecha sobre el testigo, ya que puede que les unan vínculos de obediencia y de respeto natural. Dicho autor incluye en esta categoría al cónyuge del acusado (21) , y el parentesco también es comentado por FRAMARINO DEI MALATESTA en su obra (22) , y tratado ampliamente en la obra de FLORIAN (23) .

vii) *La amistad entre testigo y acusado.* MITTERMAIER sostiene que «es indudable que la amistad tiene su principio en la moral más pura; no servirá por sí misma para hacer desviar al testigo del sendero de la verdad; y permaneciendo conforme a su origen, jamás le impulsará a mentir (...); pero en estos hábitos de trato íntimo, en esta comunidad de vida, por decirlo así, fraternal; en esta asociación (...) hay también un sentimiento inclinado a la exaltación» (24) .

viii) *La enemistad manifiesta entre testigo y acusado.* Constituye el reverso del anterior punto. La inquina personal que un testigo pueda tener con el acusado hace que sea sospechosa su declaración ante el juez, llevada a cabo con el ánimo de perjudicar a una de las partes. En este sentido, la mentira implicará la posible comisión de un delito de falso testimonio y, a pesar de la enemistad, el testigo recapacitará antes de mentir. No obstante, los detalles pueden magnificarse u ocultarse por parte del testigo, como consecuencia directa de esa enemistad que profesa contra una de las partes, motivo por el cual su declaración debe considerarse sospechosa (25) .

Por otra parte, la antipatía hacia el acusado puede que no sea un elemento muy lejano, puesto que GORPHE indica que es natural que el testigo pueda sentir simpatía por la víctima y antipatía por el delincuente, y cuanto mayor haya sido el sufrimiento padecido por la víctima, es natural que el testigo se sienta indignado por el acto realizado por parte del delincuente, y será más propenso a declarar en un sentido desfavorable al inculpado (26) . Asimismo, la amistad o enemistad manifiesta también se cita en la obra de FRAMARINO DEI MALATESTA como causa de sospecha del testigo (27) .

ix) *Las relaciones de dependencia.* Se incluye en este apartado las relaciones de dependencia contractual y laboral, pues se entiende que un empleado será más reticente a declarar en contra de la persona que le paga el salario mensualmente, lo que hace que su declaración sea sospechosa.

x) *Otro tipo de relaciones.* MITTERMAIER destaca las relaciones que pueden existir entre el maestro y su pupilo, la del adoptado para con el adoptante, pero señala que en estos casos, como en el resto de las categorías, le corresponde al juez valorar dicha relación de dependencia (28) .

Por su parte, GORPHE señala al amor como causa de sospecha en los testigos, pues «el

enamorado no percibe sino lo que quiere percibir, sino que no deja de interpretar los datos según su deseo» (29) .

xi) Relaciones de parentesco entre testigos. Si existe relación de parentesco entre testigos, resulta razonable que el juez sospeche de la veracidad de su declaración, ya que la de uno de ellos podría haber sido contaminada por una posible persuasión llevada a cabo por parte de un testigo sobre el otro.

xii) El carácter del testigo. La forma de pensar y de obrar del testigo, su fama y, por supuesto, sus posibles antecedentes penales (máxime si ha sido condenado anteriormente por la comisión de un delito de falso testimonio) pueden llevar a sospechas al juzgador sobre la bondad de las palabras del testigo.

Así, GORPHE señala que la vanidad del testigo puede llevarle a cometer un delito por falso testimonio, y cita el caso del Sr. Laforgue: «Se quería identificar un cadáver descubierto en una maleta el 13 de agosto de 1889, en Millery, cerca de Lyon; parecía ser el del ujier Gouffe. El cochero Laforgue acabó por declarar espontáneamente que había transportado la maleta en su vehículo, y denunció a tres malhechores. Pero nada de esto era verdad; él quiso sencillamente que los diarios hablasen de él» (30) .

xiii) El patriotismo. Añadido por GORPHE, quien indica que la patria, considerada a veces como una gran familia, puede inducir a falso testimonio por los ardientes sentimientos que puede inspirar, y pone el ejemplo (extensible por desgracia a bastantes conflictos bélicos) de madame Heesch-Erns, quien alentaba a los pueblos beligerantes con pretexto de noticias tendenciosas o exageradas de monstruosas crueldades cometidas por los enemigos (31) .

xiv) El espíritu de secta, de partido o de grupo. Esta también es una categoría incluida por GORPHE, quien alude a las irregularidades y falsos testimonios acaecidos en Francia después de la época de la Revolución Francesa. Dicho autor realiza la siguiente afirmación, que entiendo encaja también en nuestra época: «Por desgracia, todavía permanece la sorda rivalidad de partidos, con su cortejo de envidias y de odios, mantenidas por caudillos sin escrúpulos, con sus comunidades de intereses y ambiciones que envuelven los miembros como en una red, siempre con su espíritu de solidaridad intransigente y estrecha, y su parcialidad tanto más peligrosa cuanto menos explícita» (32) . La política también es mencionada por FRAMARINO DEI MALATESTA como causa de inhabilidad o tacha del testigo (33) .

III. Las llamadas medidas eugenésicas

En España, no podemos dejar de mencionar la obra del Prof. MUÑOZ SABATÉ (34) , quien analiza la profilaxis del testimonio, e indica las medidas eugenésicas (35) que ofrece el sistema, que sospecha de las disposiciones afectivas que condicionan la capacidad para testificar, para abogar por la práctica de la prueba testifical, con independencia de las causas anteriormente indicadas, que serán valoradas por parte del juez, pero maximizando la posibilidad de practicar la prueba testifical en su presencia.

MUÑOZ SABATÉ parte de la base siguiente: la cualidad óptima de un testigo es que debe ser una persona totalmente extraña al juicio y, nos atrevemos a decir, a las partes que intervienen en el mismo.

El control profiláctico se establece en el artículo 377 LEC, que basa las sospechas del sistema en la

relación familiar, de dependencia, de interés, de amistad o de enemistad, que pudiera tener el testigo con alguna de las partes, o bien el que haya sido condenado el testigo anteriormente por la comisión de un delito de falso testimonio en juicio (36) .

Como bien destaca el Prof. MUÑOZ SABATÉ, la aplicación del art. 377 LEC no implica la completa expulsión del testigo sospechoso, ya que el incidente procesal no impide que el juez valore la declaración del testigo. Por ello, muchos abogados simplemente no accionan el referido incidente y simplemente derivan dicha cuestión a las conclusiones al final de la vista del juicio, para ofrecer al juez una correcta valoración de la prueba (37) .

En definitiva, el Prof. MUÑOZ SABATÉ sugiere superar dichas medidas eugenésicas y facilitar la práctica de la prueba testifical, con independencia de la persona que lleve a cabo la misma, y derivar dicha cuestión a un tema de valoración de la prueba por parte del juez, maximizando, en consecuencia, el derecho a la prueba contenido en el art. 24 de la Constitución (38) .

(1) *Vid.*, por todos, ABEL LLUCH, Xavier, «Derecho probatorio», J.M.^a Bosch, editor, Barcelona, 2012, págs.. 591 a 595.

Ver Texto

(2) GORPHE, François, «Apreciación judicial de las pruebas», traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Editorial Hammurabi, Buenos Aires (Argentina), 2007, págs. 344 a 351 (título de la obra original «L'appréciation des preuves en justice», Libraire du Recueil Sirey, París, 1947). Del mismo autor, «La crítica del testimonio», traducción de Mariano Ruiz-Funes, 2.^a reimpresión de la 6.^a edición, Editorial Reus, Madrid, 2003, págs. 134 a 179 (título de la obra original «La critique du témoignage», Libraire Dalloz, París, 1924).

Ver Texto

(3) MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, «Tratado de la prueba en materia criminal», 11.^a edición (con traducción y adiciones de Pedro Aragonese Alonso), Editorial Reus, S.A., Madrid, 2004, págs. 289 a 298 (obra original «Die Lehre vom Beweise», Darmstadt 1834).

Ver Texto

(4) La definición la podemos encontrar en <http://dle.rae.es/?id=YRz82Nc>, visitada el 30 de noviembre de 2017.

Ver Texto

(5) Sobre un análisis constitucional del derecho a la prueba *Vid.*, por todos, PICÓ I JUNOY, Joan, «Las garantías constitucionales del proceso», 2.^a edición, J.M.^a Bosch, editor, Barcelona, 2012, págs. 177 a 184.

Ver Texto

(6) Por ejemplo, en Estados Unidos *Vid.* FISHER, George, «Evidence», 3.^a edición, Foundation Press, Nueva York, 2013, págs. 145 a 256.

Ver Texto

(7) Como así lo indica NIEVA FENOLL, Jordi, «La valoración de la prueba», editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 265.

Ver Texto

- (8) Vid. ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio, «Psicología del testimonio y su aplicación a la valoración de la prueba personal», en *Justicia* (en prensa), y «Sobre la percepción del testigo», en *Diario La Ley, especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio*, núm. 8535, de 8 de mayo de 2015, págs. 8 a 10.

Ver Texto

- (9) GORPHE, François, «La crítica del testimonio», *op. cit.*, pág. 141, que nos ofrece el siguiente ejemplo: «Un joven Abogado de París, atravesando un día la calle de Roma, oyó un grito a su espalda; al volverse, distinguió, en un ángulo de dos calles, a una mujer tendida en tierra bajo las patas del caballo de un coche de punto; se precipitó para levantarla; esta mujer, que se encontraba en un estado avanzado de embarazo, había recibido horribles heridas en el vientre. Descompuesto por este accidente, pensó en él a menudo, queriendo reconstruir la escena. Acabó por creer haber visto al cochero apremiando al animal, olvidado avisar y atropellando a la mujer».

Ver Texto

- (10) FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, «Lógica de las pruebas en materia criminal», Cuarta reimpression de la cuarta edición, Tomo II, Editorial Temis, S.A., Bogotá (Colombia), 2002, pág. 50 (título original de la obra «La logica delle prove in crimin'le», Unione Tipografico-Editrice Torinese, 3.^a edición, Torino, 1912, traducida por Simón Carrejo y Jorge Guerrero).

Ver Texto

- (11) Vid. MANZANERO, Antonio L., RECIO, María, ALEMANY, Alberto, y CENDRA, Jacobo, «Atención a víctimas con discapacidad intelectual», Fundación Carmen Pardo-Valcarce, Madrid, 2013, obra que podemos encontrar en <http://eprints.ucm.es/25517/1/Atencion%20a%20Victimas%20con%20DI.pdf>, visitada el 21 de noviembre de 2017.

Ver Texto

- (12) Vid., la obra clásica de MIRA Y LÓPEZ, Emilio, «Manual de psicología jurídica», 6.^a edición, Librería «El ateneo» editorial, Buenos Aires (Argentina), 1980, págs. 193 a 218.

Ver Texto

- (13) GORPHE, François, «La crítica del testimonio», *op. cit.*, págs. 148 a 158, autor que incluye a los dementes, los confusos mentales, los maníacos y melancólicos, así como a los intoxicados (alcohólicos, drogadictos). Finalmente, también incluye a los epilépticos, ya que sus recuerdos pueden ser falseados.

Ver Texto

- (14) FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, «Lógica de las pruebas en materia criminal», *op. cit.*, págs. 48, y 60 a 62.

Ver Texto

- (15) Vid. MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, «Tratado de la prueba en materia criminal», *op. cit.*, págs. 290 y 291, de quien resalto los siguientes ejemplos, para ilustrar las dudas que ofrece la declaración de la parte agraviada: (i) el hombre que simula ser víctima de un delito para adquirir una ventaja o para encubrir la comisión de un delito por parte de ellos mismos (por ejemplo, el depositario que abusa de la cosa dada en depósito y denuncia su robo posteriormente); (ii) el que por error, y de buena fe, cree haber sido víctima de un delito imaginario (por ejemplo, el que olvida dónde dejó un determinado objeto y cree que el mismo le ha sido robado); (iii) porque quizás el querellante sólo cree haber visto al delincuente (por ejemplo, es más difícil percibir los hechos si éstos suceden de noche, por la difícil percepción de los mismos, a través de nuestros sentidos).

Ver Texto

- (16) FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, «Lógica de las pruebas en materia criminal», *op. cit.*, págs. 64 y 65.
- Ver Texto
- (17) GORPHE, François, «La crítica del testimonio», *op. cit.*, págs. 135 y 136. Dicho autor cita, entre otros, el siguiente caso: «Hace unos veinte años, fue violada y asesinada una niña en Lapouyade (Landas). Declaró el consejero municipal Chaminade haber visto al vagabundo Jantet de cerca, y afirmó que ninguna otra persona había pasado por allí, e hizo condenar al desgraciado Jantet a veinte años de trabajos forzados. Algunos años después, Chaminade, en su lecho de muerte, mandó llamar a un sacerdote y en presencia de testigos reconoció que había sido él mismo el autor del crimen y que había hecho condenar a un inocente con falso testimonio. Jantet fue entonces rehabilitado».
- Ver Texto
- (18) GORPHE, François, «La crítica del testimonio», *op. cit.*, pág. 136. No obstante, dicho autor añade que es una causa excepcional, por el temor a las sanciones que el testigo puede incurrir por un delito de falso testimonio, y añade que este tipo de testigos son muy poco temibles, pues relata su mentira sin convicción, encerrándose en vagas afirmaciones.
- Ver Texto
- (19) Otro ejemplo lo constituye el llamado «síndrome del bombero pirómano», que básicamente es un individuo que provoca un fuego y posteriormente acude a las autoridades a denunciar la existencia del incendio, e incluso colabora en la extinción del incendio que él mismo había provocado horas antes. Como ejemplo de noticia sobre esta cuestión, podemos encontrar la publicada en el diario «ABC» del 7 de agosto de 2017, que destapaba un escándalo en Italia, donde quince bomberos provocaban los incendios que luego sofocaban (*Vid.* http://www.abc.es/sociedad/abci-denuncian-italia-15-bomberos-voluntarios-piromanos-201708071255_noticia.html), visitada el 21 de noviembre de 2017.
- Ver Texto
- (20) Recientemente, en el caso de los dos agentes de la Guardia Urbana de Barcelona, acusados de asesinar y calcinar el cuerpo de la pareja de uno de ellos, se acusaban mutuamente de haber sido los autores materiales del homicidio, como así se publicaba en el diario «El Mundo», de 18 de mayo de 2017 (*Vid.* <http://www.elmundo.es/cataluna/2017/05/18/591ca38e468aebf74e8b4672.html>), visitada el 21 de noviembre de 2017.
- Ver Texto
- (21) Por su parte, GORPHE nos brinda el siguiente ejemplo, ya que trata los lazos de familia también dentro de los lazos de conveniencia: «En Feu, pequeño Ayuntamiento del distrito de Libourne, se habla todavía del famoso proceso contra el profesor Lesnier, que fue condenado sin razón a trabajos forzados a perpetuidad en 1840 por asesinato de un anciano, Gay, a incendio de su casa del Petit Massé. El principal cargo deducido contra él era el testimonio de su antigua amante, que, deseosa de congraciarse con su marido, acusó falsamente a su compañero...». «La crítica del testimonio», *op. cit.*, pág. 143.
- Ver Texto
- (22) FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, «Lógica de las pruebas en materia criminal», *op. cit.*, págs. 51 y 52.
- Ver Texto
- (23) FLORIAN, Eugenio, «De las pruebas penales», cuarta reimpresión de la tercera edición, Tomo II, Editorial Temis, Bogotá (Colombia), 2002, págs. 112 a 155 (título de la obra original «Delle prove penali», 3.^a edición, Istituto Editoriale Cisalpino, Varese-Milano, traducción de Jorge Guerrero).
- Ver Texto

- (24) *Vid.* MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, «Tratado de la prueba en materia criminal», *op. cit.*, pág. 295.
- Ver Texto
- (25) MITTERMAIER avisa que «sólo en almas sin dignidad ni nobleza puede la pasión del odio anteponer la venganza al deber y a la santidad del juramento», en «Tratado de la prueba en materia criminal», *op. cit.*, pág. 295.
- Ver Texto
- (26) GORPHE, François, «La crítica del testimonio», *op. cit.*, pág. 141.
- Ver Texto
- (27) FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, «Lógica de las pruebas en materia criminal», *op. cit.*, págs. 66 y 67.
- Ver Texto
- (28) MITTERMAIER avisa que «sólo en almas sin dignidad ni nobleza puede la pasión del odio anteponer la venganza al deber y a la santidad del juramento», en «Tratado de la prueba en materia criminal», *op. cit.*, pág. 296.
- Ver Texto
- (29) GORPHE, François, «La crítica del testimonio», *op. cit.*, pág. 137.
- Ver Texto
- (30) GORPHE, François, «La crítica del testimonio», *op. cit.*, pág. 139.
- Ver Texto
- (31) GORPHE, François, «La crítica del testimonio», *op. cit.*, pág. 143.
- Ver Texto
- (32) GORPHE, François, «La crítica del testimonio», *op. cit.*, pág. 145.
- Ver Texto
- (33) FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, «Lógica de las pruebas en materia criminal», *op. cit.*, págs. 52 y 53.
- Ver Texto
- (34) Citaré, por todas, la reciente nueva edición de su excelente «Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso», 4.^a edición Wolters Kluwer España, Madrid, noviembre de 2017, págs. 415 a 418.
- Ver Texto
- (35) Dicho autor distingue entre medidas eugenésicas (las tratadas en el presente estudio), y las medidas intimidatorias, merecedoras de un estudio aparte, consistentes en la prevención religiosa (representada por el juramento), la dificultad de la prueba y la insuficiencia de la pena. *Vid.* MUÑOZ SABATÉ, Lluís, «Técnica probatoria...», *op. cit.*, págs. 418 a 422.
- Ver Texto

(36) Que no así en causa arbitral, ya que el art. 458 del Código Penal no castiga el delito de falso testimonio en causa arbitral, por lo que el mismo no es punible, como se denuncia por ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio «Sobre el delito de falso testimonio en el marco de un procedimiento arbitral», en *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 7, 2006, págs. 107 a 127.

[Ver Texto](#)

(37) MUÑOZ SABATÉ, Lluís, «Técnica probatoria...», *op. cit.*, pág. 416.

[Ver Texto](#)

(38) MUÑOZ SABATÉ, Lluís, «Técnica probatoria...», *op. cit.*, págs. 416 a 418. El Profesor incluso indica que «frente a estas consideraciones, yo pienso que cuando se trata de la propia parte agraviada, la eugenesia no puede llevarse a límites extremos sin perjudicar la misma necesidad de administrar justicia», pasando a criticar la opinión de MITTERMAIER quien, como hemos dicho, indicaba como sospechosa la propia declaración de la parte agraviada.

[Ver Texto](#)



Buenísimo

Lluís Muñoz Sabaté

Abogado. Psicólogo clínico

Resumen

El autor analiza el término **buenísimo**, recién incorporado en el Diccionario de la RAE y que en apariencia es un mero superlativo de bueno, desde una perspectiva psicológica de contenido empático para distinguirlo de la presunción de inocencia.

En la película *A sangre fría* basada en la novela de Truman Capote le oímos decir a uno de los asesinos en su desesperada huida tras cometer aquellos nuevos asesinatos «*Si me hubiese juzgado un juez inteligente, no me hubiesen dejado en libertad y yo no hubiera asesinado*».

Esta confesión me sirve como parábola de lo que generalmente se entiende como *buenísimo*, que es un vocablo de reciente incorporación al Diccionario de la RAE y que para el caso judicial citado anteriormente equivaldría igualmente a condescendencia, que es un término mucho más específico

Desde una perspectiva puramente lexicográfica el término *buenísimo* no tiene más alcance que el aparentar constituir el superlativo de *bueno*, aunque no lo sea, y cumpla analógicamente la misma o parecida función. Pero la percepción y entendimiento de esta palabra pueden llegar a cambiar si los sustituimos por una connotación psicológica que se vale del término *buenista* para significar un determinado tipo de conducta caracterizado por un patrón equivalente a benévolo, tierno, indulgente, o compasivo como ese gordo cuarentón islandés, Fusi, «desplegando 150 kilos de ternura» en la película *Corazón gigante*. Todas las personas que operan bajo este patrón provocan el sentimiento de que se trata de unas personas *buenistas que actúan buenístamente*. Podría compararse con la versión inglesa de *do-gooder*, literalmente «hacedor de bien, el que hace el bien» A nivel psicológico, basándonos en estudios caracterológicos, como por ejemplo, los de Kretschmer, podríamos imaginar el tipo buenísimo con el ciclotímico, gordo y bonachón que a veces parece actuar como «un idiota», tal como, volviendo otra vez al cine, aparece en la película *La cena de los idiotas* (1998) dirigida por el francés Francis Veber y representado magníficamente por

Jacques Villeret en su papel de Francois Pignon.

**El valor
semántico
más
correcto
tal vez
fuera el
de
condescen-
dencia**

En cierta manera y desde la perspectiva en que me sitúo, el valor semántico más correcto tal vez fuera, como ya he insinuado, el de *condescendencia*, pero por otro lado debo constatar que la elección del término *buenísimo* viene justificado por su mayor impacto popular y generalista, cosa que en cambio no ocurre tanto con su antónimo *malísimo*.

No sé si hemos llegado a constatar seriamente que el término *buenísimo* es un término que se está implantando en nuestro lenguaje como un sarcasmo de lo bueno, y que proviene de una percepción y calificación *laxativas* de las relaciones que nos envuelven, adobado por una especie de populismo o

paternalismo. Obviamente no todas las cosas se seleccionan con este tamiz, e incluso a veces el contenido lexical de *buenísimo* puede convertirse en perverso. A guisa de ejemplo traigo a colación dos artículos publicados en la prensa de Barcelona. El uno, de Carina Mejias, a propósito del «top manta» titulado «*El fracaso del buenísimo*» (*El Periódico* 2 agosto 2017) y otro de Pilar Rahola titulado simplemente «*Buenísimo*» (*La Vanguardia* 30 de julio). También Jordi Amat en *La Vanguardia* (7 agosto) al tratar del islamismo radical puesto de manifiesto en los últimos asesinatos en Francia, al pretender convencer de que no hay diálogo que valga contra el islamismo parece criticar pasajeramente el *buenísimo* de ciertas interpretaciones *contemporizadoras*. Hace ya más de una década que la Fundación FAES fundada por Aznar publicó «*El fracaso del buenismo*».

Nos bastará con algunos ejemplos. *Buenísimo* es el hecho de que al saltarse un semáforo en rojo el guardia de tráfico le diga «no vuelva usted a hacerlo porque tendré que multarle», o el padre que al descubrir por segunda vez a su hijo, de ocho años fumándose un porro, le acaricia el pescuezo diciéndole simplemente que fumar es malo para la salud, o el juez Persky, de San Francisco, que impuso una condena de seis meses al estudiante que violó a una joven en el campus, porque una condena mayor «tendría un severo impacto en la vida del violador». *Buenísimo* es también la profunda y cómoda amnesia judicial sobre las descaradas y super-evidentes mentiras de un testigo en juicio, basada erróneamente en la dificultad de probar el perjurio, o la condena a dos años justos de prisión (ni un día más) para que el defraudador fiscal de impuestos, que además se habrá fabricado una insolvencia, no entre en prisión, o que si ya está en ella se beneficie de las masivas y sistemáticas aprobaciones de terceros grados en el ámbito penitenciario por los delitos vinculados a la corrupción; la evanescencia de las impagadas multas que debieran sustituirse por trabajos comunitarios que no se hacen o se hacen fingida, figurativa o incontroladamente. Y *buenísima*, a mi entender, es el cambio de la denominación clásica de «imputado» por la más amable de «investigado» que ha tenido lugar por entenderse que el primer uso pudiera resultar peyorativo y estigmatizante. Como también es *buenísimo* el hábito de calificar como «incidente aislado» cualquier evento que desmerezca al político o gobernante.

Comprendo perfectamente, tal como he leído en la prensa, que un niño denuncie a su padre por haberle dado una bofetada, aunque se trate de una simple bofetada epidérmica. Y lo acepto porque, generalmente, sin que me lo recuerden los pedagogos, es un acto impactante, un malversado desgaste de adrenalina que humilla al hijo y que a largo plazo no resuelve nada o tal vez transforme el fondo empático de la relación. Pero ignoro —tal vez no leí bien la noticia— el motivo de la bofetada y todas las circunstancias dignas de análisis. Y no se me diga que eso no importa porque contestaré que cuando se trata de juzgar un asesinato lo primero que interesa son las agravantes, las atenuantes y las eximentes. ¿Por qué no ha de suceder lo mismo con una

bofetada, y tanto más habida cuenta de la resonancia mediática que se le ha dado? ¿O es que las catecolaminas no tienen también su función positiva en la conducta y debieran extirparse como antaño se extirpaba «por inútil» el famoso «apéndice» existente en el intestino grueso?

Pero el buenismo se ha convertido también en un sedante de muchas disfunciones burocráticas, como por ejemplo la que atañe a los plazos de resolución cuando estos vienen fijados legalmente. Nadie se cree que se vayan a cumplir, pero toda una legión de pacientes ciudadanos ya tiene asumida pacíficamente esta disfunción que no solo tolera sino que a veces, cada vez menos, la mima con alguna dádiva que tiene múltiples caracteres.

Una última reflexión psicológica. Aunque parezca paradójico, el *buenismo*, tal como lo expongo, es un admirable reforzador de conductas no deseables perfectamente asumido por la delincuencia. «Unos de los elementos que justifican este incremento de los robos con fuerza en domicilio es que algunos delincuentes se pasaron a esta modalidad al ver que las penas eran menores y las posibilidades de ingresar en prisión, prácticamente nulas» subraya MayKa Navarro en el rotativo antes mencionado.

Finalmente, para entendernos: el paradigma del *buenismo* no lo otorga ni mucho menos la llamada *presunción de inocencia*, avalada por una sobrada multitud de juristas y filósofos, sobresaliendo aquella frase de *Voltaire* «*Es mejor exponerse a absolver a dos culpables que condenar a un inocente*». Y no es *buenismo* porque la norma carece de todo contenido empático. Se debe básicamente a razones políticas. No pocos jueces han tenido que tragarse la cicuta al verse obligados a absolver a un reo de indubitable autoría simplemente porque su identificación se había obtenido casualmente con ocasión de un registro por tenencia de droga, cuando la orden de registro era la búsqueda del arma homicida. Es la famosa parábola del fruto del árbol envenenado (*Fruit of the Poisonous Tree*) nacida en Norteamérica en los primeros años del siglo XX que tanto nos gustó aquí, cuando los americanos ya empezaban a cuestionarla con la teoría de la fuente independiente o la del descubrimiento inevitable.

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO PROBATORIO



La aplicación de la tecnología al proceso: sobre la deficiente grabación de los juicios orales: problemas, consecuencias y soluciones

Comentario del acuerdo TS Sala penal de 24 de mayo de 2017 y de la STS de 11 de julio de 2017 que lo aplica

Manuel Richard González

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA

Resumen

La documentación de las actuaciones en grabación audiovisual plantea no pocos problemas por las frecuentes deficiencias de imagen y sonido. Estos defectos pueden llegar a impedir el ejercicio del derecho de defensa cuando el recurrente no puede contrastar la valoración probatoria del Juez con lo acaecido en el juicio. El Acuerdo del TS de 24 de mayo de 2017 considera que debe acordarse la nulidad del juicio, criterio adoptado por la STS de 11 de julio de 2017 que aplica el citado Acuerdo.

I. Introducción

«El funcionamiento de la Administración de Justicia no puede sustraerse del entorno en el que actúa y de sus avances, incluidos los tecnológicos. Solo desde esa óptica puede hablarse de una justicia moderna y de calidad. También resulta lógico que esos avances tengan su reflejo en el proceso en la medida en que puedan compatibilizarse con los derechos que el mismo concita». La frase citada, que procede de la STS, Sala Segunda, de lo Penal, de 11 de julio de 2017 (Sentencia 529/2017, LA

LEY 93555/2017), contiene un argumento que no cabe duda que puede y debe ser compartido y que refleja la importancia de la tecnología en la sustanciación del proceso. De forma que tal y como dice el Tribunal Supremo la aplicación de la tecnología al proceso, que favorece en principio la impartición de justicia, no debe suponer una merma de los derechos de los que en él intervienen.

La citada sentencia es importante porque, salvo error mío, es la primera que se ha dictado aplicando el Acuerdo de la Sala segunda de lo Penal del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2017 en el que se trató de la aplicación de la tecnología al proceso y más concretamente de los problemas que suscita la documentación del juicio oral que como sabemos consta, de forma ordinaria, en la grabación informática audiovisual que se incluye en el expediente electrónico de la causa y se halla a disposición del tribunal y de las partes personadas en el proceso. En el citado Acuerdo el Tribunal Supremo se planteó la siguiente cuestión: *«el alcance que tienen las deficiencias en la documentación del juicio oral y su repercusión en el derecho de defensa en el ámbito del recurso de casación»*. Al porqué de la pregunta atiendo en el siguiente apartado. Baste, en este momento, con decir que el resultado del Pleno fue el Acuerdo citado que establece que: *«El actual sistema de documentación de los juicios orales es altamente insatisfactorio y debería ser complementado por un sistema de estenotipia.*

Dada la naturaleza de las deficiencias observadas en numerosos casos, habrá de garantizarse, en relación con lo dispuesto en el artículo 743 de la LECrim, la autenticidad, integridad y accesibilidad del contenido del soporte que se entregue a las partes y del que se remita a los Tribunales competentes para la resolución del recurso.

Cuando la documentación relativa al juicio oral sea imprescindible para la resolución del recurso, su ausencia en relación con los aspectos controvertidos, que genere indefensión material, determinará la nulidad del juicio oral o, en su caso, la absolución».

Del Acuerdo del Tribunal Supremo destacan tres cuestiones básicas que son a las que vamos a atender en este trabajo aunque no en el orden de aparición en el redactado del Acuerdo: 1.º los problemas reconocidos por el Tribunal Supremo respecto a la documentación de las actuaciones. 2.º la consecuencia procesal que debe llevar aparejada la deficiente documentación del juicio oral. 3.º las soluciones apuntadas por el Alto Tribunal para su solución, especialmente, la referida expresamente del uso de la estenotipia.

II. Regulación legal y problemas que plantea la documentación de las actuaciones procesales

El uso de la tecnología en el proceso se ha venido aplicando desde hace unas décadas a determinados aspectos de su sustanciación y especialmente a la práctica de la prueba y a la documentación y comunicación de las actuaciones. Respecto a la prueba es indudable la importancia actual de los informes periciales en la acreditación de los hechos en el proceso. A ese fin se aplican técnicas modernas de investigación y pericia que permiten acreditar con precisión y certeza numerosos hechos que hace un tiempo no era posible examinar, al menos con la precisión actual. En cuanto a la documentación y la comunicación de las actuaciones también se han visto afectadas por la aplicación de la tecnología. Concretamente respecto a la documentación de las actuaciones, la grabación de juicios y vistas orales ha facilitado el acto de recurrir y juzgar tanto en primera instancia como en vía de recurso. Esto es así, en primer lugar, en tanto que las partes

pueden mejorar la motivación de sus recursos, especialmente en el ámbito del error en la valoración de la prueba, atendiendo al contraste entre los fundamentos de derecho contenidos en la sentencia y lo acreditado en el acto del juicio oral. En segundo lugar, al poder acceder los tribunales a la grabación en formato de video y sonido de todo aquello acaecido en el juicio oral a efectos de valorar la impugnación. Efectivamente, la grabación en video permite que los jueces puedan revisar lo acaecido en juicio y valorar en su justa medida declaraciones e informes y cualquier otro aspecto de la práctica de la prueba.

El sistema se fundamenta en la grabación del juicio en «soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen»

La regulación sobre la documentación de los juicios se contiene en los arts. 146, 147 LEC y 743 LECrim. El sistema se fundamenta en la grabación, como regla general, de la sustanciación del juicio en *«soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen»*; correspondiendo al Letrado de la Administración de Justicia (en adelante LAJ) la custodia del documento electrónico resultante. Además, es competencia del LAJ garantizar la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido. De modo que, como mínimo, el LAJ deberá dar inicio a la grabación del juicio y asegurarse que, efectivamente, la grabación se ha realizado y guardado de forma correcta, quedando de ese modo la grabación como documentación auténtica de la actuación judicial y a disposición del tribunal y las partes. Lo que no exige la Ley es la necesaria presencia del LAJ en el supuesto que exista un sistema de grabación y de firma electrónica que garantice la autenticidad de la grabación. En ese caso el LAJ levantará una simple diligencia de constancia de la actuación.

Pero, la ley también prevé otras dos posibilidades. 1.º Que el sistema de grabación funcione pero no los mecanismos de garantía de la autenticidad de la grabación (básicamente la disponibilidad de firma electrónica); 2.º Que, por cualquier razón, exista una imposibilidad del uso de los medios de grabación. En el primer caso el LAJ levantará acta sucinta que contendrá los siguientes datos: *«...número y clase de procedimiento; lugar y fecha de celebración; tiempo de duración, asistentes al acto; peticiones y propuestas de las partes; en caso de proposición de pruebas, declaración de pertinencia y orden en la práctica de las mismas; resoluciones que adopte el Juez o Tribunal; así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte»* (art. 146.2 LEC y art. 743.3 LECrim). En el segundo caso, no existiendo grabación audiovisual del juicio resulta necesario dejar constancia de la actuación principalmente respecto a las peticiones de las partes y a la práctica de la prueba. A ese fin, la ley dispone que: *«Cuando los medios de registro .../... no se pudiesen utilizar por cualquier causa, el Secretario judicial extenderá acta de cada sesión, recogiendo en ella, con la extensión y detalle necesarios, el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas»* (arts. 146.2 LEC y art. 743.4 LECrim). El acta referida se extenderá en cualquier caso en formato informático, salvo que tampoco pudieran utilizarse dispositivos de esa clase en cuyo caso será manuscrita. La regulación del sistema es en apariencia suficiente en tanto que se atribuye al LAJ competencia para documentar y/o custodiar, garantizar la actuación procesal conforme con lo previsto en la Ley. De ese modo si el sistema funciona correctamente bastará con que el LAJ se asegure que se da inicio y finalización a la grabación que contiene la actuación y en caso que el sistema informático de grabación no funcionara deberá levantar un acta detallada.

El sistema previsto prevé, por tanto, que como regla general las actuaciones procesales (concretamente los juicios) se graben en soporte audiovisual, sin perjuicio de la concurrencia de

disfunciones que determinarán que se extienda acta por el LAJ. Son indudables las ventajas que permite el sistema de grabación en video de los juicios si se compara con las antiguas actas del juicio, que antes eran la norma general, en las que se contenía el resumen limitado que era capaz de transcribir el LAJ. Se trataba de un acta en la que únicamente se contenían las respuestas a las preguntas formuladas por las partes, muchas veces extractadas y, en cualquier caso, sin la posibilidad de comprobar o revisar la firmeza en el tono de la voz o el lenguaje corporal del declarante a efectos de valorar o revisar su declaración. Además en ocasiones la escritura del LAJ era poco menos que indescifrable. En esa situación resultaba difícil fundar un recurso de apelación, con posibilidades de acreditar el error en la prueba o, más aún, estimarlo al carecer el Tribunal de Apelación de elementos de juicio fiables para apreciar el error. Esa situación ha quedado superada con la implantación de la grabación de los juicios orales que permite disponer de una documentación auténtica de aquello acaecido en el juicio con inclusión de todas las preguntas, las respuestas e incluso con la posibilidad de valorar la disposición corporal del sometido a interrogatorio o del perito que informa en la Sala.

En ocasiones la calidad de la grabación sonora es deficiente dificultando el entendimiento de las preguntas y declaraciones

El sistema sin embargo no es lo adecuado que debiera ser básicamente por la escasa calidad de las grabaciones judiciales que difícilmente permiten percibir gestos, muecas u otras expresiones corporales. Peor aún en algunas ocasiones hasta la calidad de la grabación sonora es deficiente dificultando el correcto entendimiento de las preguntas y declaraciones. En cualquier caso y como regla general las dificultades para la correcta aprehensión del contenido de la grabación suelen ser de carácter menor. De modo que las deficiencias no impiden la comprensión de la prueba practicada. Ahora bien, en ocasiones se producen problemas diversos en la grabación del juicio que la afectan de tal modo que la grabación que consta en el expediente electrónico no permite revisar la práctica de la prueba especialmente respecto de aquellas cuestiones trascendentes para la resolución del proceso. En este último caso la ausencia en la grabación de los elementos de hecho que tuvo en cuenta el tribunal para dictar su sentencia pueden afectar de forma esencial al derecho de defensa de las partes que pueden ver imposibilitada la vía de recurso por esta causa.

Las deficiencias graves en la grabación de los juicios puede deberse a circunstancias técnicas o meramente materiales que impiden que el sistema informático grabe de forma eficaz la actuación. Así, puede suceder que el sistema se interrumpa durante la grabación por distintos motivos. O sencillamente que los intervinientes no utilicen debidamente los dispositivos de captación del sonido. En ese caso, ni el tribunal ni las partes contarán con una documentación de la actuación que les permita realizar su correspondiente función. Esta situación es especialmente grave en el supuesto de la impugnación de la sentencia que se fundamenta en una prueba practicada en primera instancia de la que no hay constancia suficiente en el acta del juicio, porqué sencillamente no se grabó correctamente la actuación y no es posible valorarla en orden a la impugnación del pronunciamiento judicial. Ese es precisamente el problema al que atiende el Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2017 en el que, como hemos visto, califica el sistema de documentación de los juicios orales como altamente insatisfactorio.

Los problemas respecto de la grabación de los juicios y otras actuaciones procesales relevantes (como la audiencia previa en el proceso civil o comparecencias para adoptar medidas cautelares en proceso penal), se han puesto de manifiesto en distintas resoluciones tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional. Entre las primeras cabe destacar en primer lugar, la STS Sala

Segunda, de lo Penal, de 11 Jul. 2017 (Sentencia 529/2017, LA LEY 93555/2017) en la que me voy a centrar a continuación porque se pronuncia directamente en aplicación del Acuerdo de 24 de mayo de 2017. También se han pronunciado sobre la cuestión las SSTS 41/2017, Sala 2.ª, de 31 de enero de 2017, Rec. 1001/2016; Ponente: Monterde Ferrer, Francisco. LA LEY 3157/2017; STS Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1000/2016 de 17 de enero de 2017, Rec. 747/2016. Ponente: Llarena Conde, Pablo. LA LEY 1611/2017; 464/2015 Sala 2.ª de 7 de julio de 2015, Rec. 1729/2014. Ponente: Moral García, Antonio del. LA LEY 99811/2015. Y las SSTC 55/2015 de 16 de marzo de 2015, Rec. 3222/2013. Ponente: Roca Trías y STC 22/2013, de 31 de enero.

III. La consecuencia procesal que debe llevar aparejada la deficiente documentación del juicio oral

Conforme con el Acuerdo de 24 de mayo de 2017: *«Cuando la documentación relativa al juicio oral sea imprescindible para la resolución del recurso, su ausencia en relación con los aspectos controvertidos, que genere indefensión material, determinará la nulidad del juicio oral o, en su caso, la absolución»*. Esto es las deficiencias graves de la grabación audiovisual comportarán la nulidad del juicio oral o, en su caso, la absolución. No se explica en el Acuerdo del TS en que supuestos deberá declararse una u otra, aunque cabe deducir que deberá declararse la nulidad cuando la sentencia sometida a recurso sea condenatoria y la absolución con confirmación de la sentencia cuando la sentencia fuese absolutoria. Esta es una consecuencia que deriva de los principios generales de aplicación al proceso penal que deben impedir que defectos formales ajenos al sometido al proceso penal puedan conducir a un enjuiciamiento repetido una vez que ya ha sido absuelto. De todos modos habrá que atender al caso concreto.

Por la declaración de nulidad opta la STS de 11 de julio de 2017 (Sentencia 529/2017, LA LEY 93555/2017), que se pronuncia acogiendo el criterio contenido en el Acuerdo de 24 de mayo de 2017. Ciertamente, la solución adoptada tanto en el Acuerdo como en la sentencia citada resultan lógicos y pertinentes en tanto que la falta de documentación de la práctica de la prueba que resultó esencial para la condena impedirá al recurrente alegar para poner de manifiesto la incorrección del juicio valorativo del tribunal de instancia. Ese fue el supuesto del que conoce la STS de 11 de julio de 2017 en la que por problemas técnicos el sistema de grabación no documentó la práctica de la prueba en la que se basó el Tribunal para condenar al acusado. En esa situación que no es imputable al recurrente se le privó de la posibilidad de examinar y contrastar el resultado de la prueba con la valoración en la sentencia. Dice a este respecto el TS que: *«Al no constar documentadas las pruebas tomadas en consideración por el Tribunal sentenciador, no puede aquél comprobar el sentido de tales declaraciones, ni las posibles contradicciones, inexactitudes o imprecisiones relevantes, en relación a la primera, o las aclaraciones en cuanto a metodología y conclusiones en la segunda, cuestión ésta sobre la que la sentencia no fue excesivamente explícita. Podrá consultar las declaraciones del menor que obran documentadas en el sumario, pero no confrontarlas con las del plenario. Lo mismo ocurre con la pericial, no existe ahora modo de reproducir las explicaciones de sus autoras sobre el rigor de las técnicas que emplearon, que la sentencia admite que fueron expresamente cuestionadas»*. Es por ello que considera el TS que tal defecto tiene por consecuencia la merma del derecho de defensa del sometido a juicio y condenado en la instancia que debe comportar la declaración de nulidad del juicio: *«En definitiva, la parte se ha visto imposibilitada por causa ajena a su voluntad para formular un recurso en el que pudiera desarrollar de manera fundada sus discrepancias con el criterio del Tribunal de instancia. Nos*

encontramos ante un supuesto que rebasa el listón de una indefensión meramente formal o hipotética, para integrar una afectación material de los derechos del acusado, especialmente del derecho a la tutela judicial efectiva en la faceta que concierne a la posibilidad de acceder de manera efectiva a los recursos previstos en la ley».

Se trata, como digo, de una consecuencia que se halla plenamente justificada en el marco de la jurisprudencia dictada en materia de derecho de defensa y que ahora tiene un referente específico en el Acuerdo del TS de 24 de mayo de 2017. En cualquier caso para que la deficiencia en la grabación sea susceptible de producir la nulidad del juicio deberán concurrir dos exigencias, ordinarias en el tratamiento de la nulidad de actuaciones, que son las siguientes:

1.º Que la deficiencia o ausencia en la grabación se refiera a aspectos controvertidos objeto del recurso y que sean imprescindibles para su resolución. De modo que no se producirá la nulidad si la parte del juicio no documentada se refiere a actuaciones que no sirvieron para fundamentar la condena. Es por esa razón que la STC 55/2015 de 16 de marzo de 2015 (Rec. 3222/2013) desestimó el amparo solicitado por el recurrente, al considerar que: *«tal ausencia de documentación no puede comportar en este caso la merma del derecho a la defensa (lesión del art. 24.1 CE) que se denuncia. El recurrente parte de una premisa, y es afirmar que la declaración de los peritos permitiría probar que no circulaba de manera imprudente o a velocidad excesiva en el momento en el que el vehículo del otro acusado causó el atropello. Este aserto, sin embargo, no se corresponde con el relato de hechos probados de la Sentencia del Juzgado, confirmada en apelación, ni con las pruebas que sustentan dicho factum. Los peritos se limitaron a hacer sus cálculos respecto del único vehículo que colisionó con los peatones, el del acusado don Pablo, pues sólo sobre él podían realizarse estimaciones técnicas, según explica la Sentencia en el fundamento jurídico primero».*

2.º Que la deficiencia produzca una indefensión material en la parte. Esta indefensión no se entendió acreditada, por ejemplo, en el caso resuelto en la STS 464/2015 de 7 de julio de 2015 (Rec. 1729/2014) en la que el alto Tribunal considero que el defecto de documentación que afectaba a la grabación de la pericial no podía conducir a la nulidad del juicio en tanto que se trataba de una prueba que no resultó relevante en el razonamiento judicial y, por tanto, el defecto no pudo causarle indefensión material: *«Por tanto, si las periciales no documentadas cuya valoración se propone en apelación no cuestionan la credibilidad de los testigos, ni lo declarado por los propios acusados, y teniendo en cuenta la absoluta lógica de la inferencia judicial, la conclusión que cabe extraer desde nuestra función de control externo, es que la defensa del recurrente no aporta una argumentación verosímil sobre la indefensión que dice sufrir por no poder contar en apelación con el registro audiovisual de dichas declaraciones periciales, de modo que lo manifestado por los peritos carece de toda relevancia para cambiar la relación de hechos probados de la Sentencia de instancia, tanto en lo referido a la velocidad de ambos vehículos, como a la fase semafórica, cuando fueron atropelladas las víctimas».* Téngase en cuenta como se señala en la misma Sentencia citada que: *«la documentación de las actuaciones no constituye un requisito de validez de los actos procesales, sino la prueba auténtica que permite constatar la realidad material de lo actuado. Ello podría afectar el ejercicio de algunos derechos fundamentales. Esta doctrina ya se dejó sentada en la STC4/2004, de 14 de enero, FJ 5, que declaró que la pérdida de la documentación de las actuaciones no comporta en sí misma la vulneración de ninguna de las garantías esenciales del proceso».*

Cumplidos los dos requisitos apuntados, y conforme con el Acuerdo del TS, el Tribunal que conozca del recurso deberá declarar la retroacción de las actuaciones al momento de señalamiento de la

vista oral del juicio, debiéndose celebrar un nuevo juicio por un tribunal diferente que se pronunciará en sentencia sobre el asunto sometido a enjuiciamiento. Naturalmente la vista del juicio oral debe quedar perfectamente documentada y cuyo desarrollo quede debidamente documentado. Esa fue la decisión adoptada en la STS de 11 de julio de 2017 (Sentencia 529/2017, LA LEY 93555/2017).

IV. Las soluciones apuntadas por el Tribunal Supremo para mejorar la documentación del juicio oral: la estenotipia

En último lugar, quiero finalizar este trabajo examinando la curiosa referencia a la estenotipia que se contiene en el Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2017. Dice textualmente el Tribunal Supremo que: *«El actual sistema de documentación de los juicios orales es altamente insatisfactorio y debería ser complementado por un sistema de estenotipia»*. La apelación a tal sistema resulta como digo curiosa y, probablemente, desacertada. En primer lugar, hay que decir la estenotipia es un método de escritura rápida que se sirve de un teclado llamado máquina de estenotipia. El aparato permite abreviar la escritura de palabras mediante la combinación de pulsaciones de una o más teclas presionadas simultáneamente. Este es el sistema que se utiliza actualmente en la Cortes Generales en las que existe el Cuerpo de Redactores Taquígrafos y Estenotipistas. Concretamente el art. 8.4 del Estatuto del Personal de las Cortes Generales determina que: *«Corresponde al Cuerpo de Redactores Taquígrafos y Estenotipistas la reproducción íntegra de las intervenciones y sucesos que tengan lugar en las sesiones del Pleno y de las Comisiones de las Cámaras a las que asistan, así como la redacción del Diario de Sesiones; y la jefatura de los servicios correspondientes en los términos establecidos en las plantillas orgánicas»*. No conozco de ningún otro ejemplo del uso de esta técnica en las Administraciones del Estado Español. Sí que existen ejemplos de la utilización de estos profesionales en el Derecho Comparado. Por ejemplo, en los Estados Unidos el método de grabación del juicio es elegido por el Juez que puede optar por la estenotipia que, por otra parte, deben pagar las partes. En cualquier caso, el uso de esta técnica a la que alude directamente el Tribunal Supremo no creo que pueda solucionar los problemas planteados que pretende resolver el Acuerdo. Más aún de un simple análisis resulta poco compatible con el sistema legal establecido en España.

La estenotipia consiste en un sistema profesional al mediante el que se transcribe un discurso hablado

En este sentido, como se ha dicho, la estenotipia consiste en un sistema profesional mediante el que se transcribe un discurso hablado. Sin embargo, en la práctica judicial también tiene importancia la gestualidad y la forma y el tono en el que se declara o se informa. Hechos de los que la estenotipia no puede dar cuenta. Y no parece que se pueda compatibilizar la grabación audiovisual con el redactado recogido por el estenotipista, ya que en ese caso existirían dos actas auténticas de las actuaciones. Por otra parte, el profesional de la estenotipia no puede levantar un acta que corresponde al LAJ. Finalmente, un par de argumentos más que parece no haber tenido en cuenta el TS. El primero, que las notas tomadas por las máquinas de estenotipia requieren de un tratamiento profesional posterior. Así cinco minutos de lenguaje hablado requieren hasta 50 horas de redacción para que lo anotado por el profesional pueda ser leído con normalidad. El segundo, la altísima cualificación de esta clase de profesionales

que no se pueden improvisar y que, permítaseme la expresión, tampoco se puede pagar, ya que haría falta un mínimo de un profesional por cada uno de los juzgados y tribunales de España. Bien en realidad harían falta como mínimo dos por Juzgado o Tribunal, ya que un estenotipista no puede

cubrir más de dos o tres horas sin relevo.

En definitiva, no se acierta a comprender la alusión a esta técnica de documentación de aplicación imposible. A mi juicio la solución es mucho más sencilla y la voy a expresar de forma brevísima. En primer lugar, carece de todo sentido que el LAJ pueda ausentarse del acto del juicio. Nótese que los problemas a los que se refiere tanto el Acuerdo del TS como la STS de 11 de julio de 2017 son de deficiencias sobrevenidas en la grabación. A mi juicio guste más o menos el LAJ es el responsable de extender acta del juicio. Sea mediante la grabación audiovisual como sistema ordinario o mediante acta informática (incluso manuscrita en última instancia). Y esa responsabilidad incluye que el LAJ compruebe, como parte de sus funciones, que el aparato de grabación está funcionando adecuadamente y que los dispositivos se utilizan de modo correcto. Ello no es óbice para que, a mi juicio, deba proveerse a las Salas de Justicia de técnicos informáticos que monitoricen la correcta grabación de los juicios, pero sin que ello suponga atribuirles una función de control de las actuaciones que corresponde al LAJ. En segundo lugar, prácticamente todos los problemas apuntados se solucionan con la adquisición de sistemas de grabación audiovisual de calidad para las Salas de Justicia españolas que permita tomar imágenes y sonido con alta calidad y que puedan ser revisados adecuadamente por las partes y por el Tribunal. Finalmente, también es una cuestión de simple opción legal destinar recursos para adquirir programas de *software* de reconocimiento de voz que automáticamente transcriben el lenguaje hablado en lenguaje escrito, así como permiten indexar el contenido audiovisual para que el usuario de la Justicia pueda acceder al contenido que le interesa del modo más fácil y eficaz posible.