

**REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE  
PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE  
LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS  
Nº 1**

*Directora:*

**CORAL ARANGÜENA FANEGO**  
*(Universidad de Valladolid)*

*Subdirectora:*

**ESTHER PILLADO GONZÁLEZ,**  
*(Universidad de Vigo)*

*Secretaria:*

**MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO**  
*(Universidad de Valladolid)*

**tirant lo blanch**

2020

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: 00000000  
ISSN: 00000000000

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas. Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>

## CONSEJO ASESOR-CIENTÍFICO:

Teresa Armenta Deu (*Universidad de Girona*)  
José M<sup>a</sup> Asencio Mellado (*Universidad de Alicante*)  
Silvia Barona Villar (*Universidad de Valencia*)  
Chiara Besso (*Università degli Studi di Torino*)  
Paolo Biavati (*Università di Bologna*)  
Ángel Bonet Navarro (*Universidad de Zaragoza*)  
Hess Burkhard (*Instituto Max Planck de Luxemburgo*)  
Manuel Cachón Cadenas (*Universidad Autónoma de Barcelona*)  
Loïc Cadiet (*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*)  
Pía Calderón Cuadrado (*Universidad de Valencia*)  
Valentín Cortés Domínguez (*Universidad Autónoma de Madrid*)  
Olga Fuentes Soriano (*Universidad Miguel Hernández, Elche*)  
Faustino Cordón Moreno (*Universidad de Navarra*)  
Andrés de la Oliva Santos (*Universidad Complutense de Madrid*)  
Antonio del Moral García (*Magistrado del Tribunal Supremo*)  
Ignacio Díez-Picazo Giménez (*Universidad Complutense de Madrid*)  
Vicente Gimeno Sendra (*Universidad Nacional de Educación a Distancia*)  
Juan Luís Gómez Colomer (*Universidad Jaime I de Castellón*)  
José Luis González Montes (*Universidad de Granada*)  
Fernando Jiménez Conde (*Universidad de Murcia*)  
José de los Santos Martín Ostos (*Universidad de Sevilla*)  
Juan Montero Aroca (*Universidad de Valencia*)  
Víctor Moreno Catena (*Universidad Carlos III de Madrid*)  
Julio Muerza Esparza (*Universidad de Navarra*)  
Manuel Ortells Ramos (*Universidad de Valencia*)  
Eduardo Oteiza (*Universidad de la Plata Argentina*)  
Giovanni Priori (*Pontificia Universidad Católica del Perú*)  
Francisco Ramos Méndez (*Universidad Autónoma de Barcelona*)  
José M<sup>a</sup> Rifá Soler (*Universidad Pública de Navarra*)  
Carmen Senés Motilla (*Universidad de Almería*)  
Isabel Tapia Fernández (*Universidad de las Islas Baleares*)  
John Vervaele (*Universidad de Utrecht, Holanda*)

## **CONSEJO DE REDACCIÓN:**

Soraya Amrani Mekki (*Universidad de París Ouest-Nanterre La Défense*)

Federico Bueno de Mata (*Universidad de Salamanca*)

Ignacio Colomer Hernández (*Universidad Pablo de Olavide Sevilla*)

Mercedes Fernández López (*Universidad de Alicante*)

Fernando Gascón Inchausti (*Universidad Complutense de Madrid*)

Juan Francisco Herrero Perezagua (*Universidad de Zaragoza*)

Mar Jimeno Bulnes (*Universidad de Burgos*)

Fernando Martín Diz (*Universidad de Salamanca*)

Santiago Pereira (*Universidad de Montevideo, Uruguay*)

Stefano Ruggeri (*Università degli Studi di Messina, Italia*)

M<sup>a</sup> Luisa Villamarín López (*Universidad Complutense de Madrid*)

# ÍNDICE

## **ISABEL GONZÁLEZ CANO**

**(in memoriam)**

*Víctor Moreno Catena*..... 7

## **LA GIUSTIZIA PENALE IN ITALIA DOPO TRENT'ANNI DI CODICE DI RITO**

*Alfredo Gaito - Elvira N. La Rocca*..... 15

## **EL MINISTERIO PÚBLICO COMO AUTORIDAD JUDICIAL EMISORA DE UNA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.**

*Francisco Jiménez-Villarejo Fernández*..... 31

## **LA PROBLEMÁTICA DE LOS ADR EN MATERIA DE CONSUMO Y VIVIENDA Y LA APLICACIÓN DE LAS DECISIONES AUTOMATIZADAS**

*Vicente Pérez Daudí*..... 87

## **LA INDEMNIZACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL TRAS SENTENCIA ABSOLUTORIA O AUTO DE SOBRESEIMIENTO LIBRE: SITUACIÓN ACTUAL Y PROPUESTAS**

*Montserrat De Hoyos Sancho*..... 125

**EL PROCESO DE OPOSICIÓN A LAS RESOLUCIONES  
ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN  
DE MENORES**

*María Luisa Escalada López*..... 173

**BUENAS PRÁCTICAS EN LA INDIVIDUALIZACIÓN  
JUDICIAL DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS ANTE LA  
VIOLENCIA FILIO PARENTAL**

*Francisco Javier Garrido Carrillo*..... 211

**LA INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO CIVIL. HACIA  
UNA NUEVA ORDENACIÓN DE LOS MECANISMOS DE  
AVERIGUACIÓN DE HECHOS Y DE OBTENCIÓN DE  
FUENTES DE PRUEBA**

*Guillermo Ormazabal Sánchez* ..... 257

**CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DEL DERECHO  
PROBATORIO**

*Joan Picó I Junoy*..... 333

# CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DEL DERECHO PROBATORIO<sup>1-2</sup>

## PROBLEMATIC ISSUES OF EVIDENCE LAW

### JOAN PICÓ I JUNOY

Catedrático de Derecho Procesal

Universitat Pompeu Fabra

[joan.pico@upf.edu](mailto:joan.pico@upf.edu)

### SUMARIO:

- I. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DERECHO PROBATORIO. 1. Introducción. 2. Las nuevas tecnologías como fuentes de prueba. Problemas que plantean y soluciones. 3. Las nuevas tecnologías como instrumentos al auxilio de los tradicionales medios de prueba: (a) La neurociencia; (b) Los algoritmos de micro-expresiones faciales. II. LIBERTAD CONTRACTUAL Y DERECHO PROBATORIO. 1. El nuevo fenómeno de privatización del proceso civil y sus límites constitucionales. 2. Alcance limitado de los pactos procesales probatorios.

---

1 Este estudio recoge parte de la Ponencia General que con el título “Current situations and problems regarding new types of evidence” presenté en el “XVI World Congress on Procedural Law” de la *International Association of Procedural Law*, celebrado en Kobe (Japón) del 2 a 5 de noviembre de 2019. Para su redacción he contado con la inestimable ayuda de las ponencias nacionales que me presentaron los profesores N. Lösing (Alemania); L. Giannini (Argentina); P. Taelman y W. Vandenbussche (Bélgica); D. Guimaraes Ribeiro (Brasil); C. Piché y V. Gautrais (Canadá); G. Zhiyuan (China); M. Bustamante, A. Mazuera, D. Agudelo, L. Pabón, L. Toro y O. Vargas (Colombia); Prof. A. Uzelac (Croacia); J.A. Andino, F. Ramos-Romeu y Y. Ríos (España); C. Bléry y J.P. Teboul (Francia); V. Harsági (Hungria); H. Mohseni y M. Elsan (Iran); J. Sorabji (Inglaterra y Gales); A. Dondi y P. Comoglio (Italia); H. Tega (Japón); C. Gómez Fróde (Méjico); A. Nylund (Noruega); G. Priori y R. Pérez-Prieto (Perú); K. Flaga-Gieruszyńska y A. Klich (Polonia); A.P. Costa e Silva y L. Ruivo (Portugal); R. Baboolal-Frank (Sudáfrica); J.W. Park (Corea del Sur); K.L. Shen (Taiwan); S. Pereira y M. Virginia (Uruguay); y D. Capra (USA). Quisiera agradecer también al profesor R. Marcus por su estudio “US experience with the challenges of electronic evidence”. La ponencia completa se publicará con el título “The new challenges of evidence law in the fourth industrial revolution” en el libro *Technology, the Global Economy and other New Challenges for Civil Justice*, editor Koichi Miki, edit. Intersentia, Cambridge (2020, en prensa).

2 El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D “Hacia una nueva configuración de la pericial judicial” (DER2016-7549-P), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación; y en el Grupo de Investigación Reconocido, Consolidado y Financiado “Evidence Law” de la AGAUR.

## **RESUMEN:**

En el presente estudio se analizan algunas de las cuestiones problemáticas más actuales del derecho probatorio, como las repercusiones de las nuevas tecnologías en el ámbito del derecho probatorio, los pactos procesales probatorios, y la interacción entre la independencia judicial y la independencia del perito.

**PALABRAS CLAVE:** derecho probatorio, nuevas tecnologías, pactos procesales probatorios, independencia del perito

## **ABSTRACT:**

In this paper we analyze the most current problematic issues of evidence law, such as the impact of new technologies in the field of evidence law, procedural pacts on evidence matter, as well as the interaction between judicial independence and the expert's independence.

**KEYWORDS:** evidence law, new technologies, procedural pacts on evidence matters, expert's independence

# **I. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DERECHO PROBATORIO**

## **1. INTRODUCCIÓN**

Las nuevas tecnologías están presentes en todos los actos de nuestra vida cotidiana. Estamos en plena Cuarta Revolución Industrial, y el derecho probatorio no es ajeno a esta realidad social.

Estas nuevas tecnologías pueden incidir en el derecho probatorio de dos formas distintas: (a) como mecanismos de reproducción de la realidad susceptibles de formar la convicción judicial, esto es, como nuevas fuentes



probatorias; y (b) como instrumentos de auxilio de los tradicionales medios de prueba en la medida en que se presentan como herramientas susceptibles de verificar el resultado de las pruebas de interrogatorio de las partes, testigos y declaraciones de peritos.

## 2. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO FUENTES DE PRUEBA. PROBLEMAS QUE PLANTEAN Y SOLUCIONES

La Cuarta Revolución Industrial en la que nos encontramos se caracteriza por el uso masivo de las nuevas tecnologías y su intervención en casi todos los actos del hombre. Todo ello constituye una inmensa fuente de elementos probatorios que pueden utilizarse en un proceso judicial. Estas nuevas fuentes de prueba se hallan especialmente en cuatro ámbitos de la sociedad:

a) En la forma de relacionarse las personas, mediante el uso continuo de las redes sociales como Facebook (con más de 2.200 millones de usuarios), Youtube (con 1.900 millones de usuarios), WhatsApp (con más de 1.500 millones de usuarios), Messenger (con 1.300 millones de usuarios); Twitter (con 350 millones de usuarios) o LinkedIn (con 260 millones de usuarios)<sup>3</sup>; y el almacenamiento y transmisión de todo tipo de información, datos o contenidos *online* en alguno de los muchos espacios virtuales que hay en el mercado como Google Drive, Dropbox, WeTransfer, Mega, Box, OneDrive, Dataprius, CloudMe, HubiC, Degoo, MediaFire, Weflio Drive, Filesharing24, PlusTransfer, Wimi, etc. Todos estos conceptos han pasado a formar parte de nuestro vocabulario habitual;

b) En la contratación electrónica, especialmente con el desarrollo vertiginoso de grandes empresas multinacionales dedicadas al comercio electrónico de cualquier tipo de producto o servicio, como las estadounidenses Amazon o Ebay; las chinas Alibaba o Tencent, la japonesa Rakuten; o las europeas Vente Privee o Zalando. El auge de la contratación electrónica por internet hace que la facturación del volumen de negocio *online* se acerque cada día más al tradicional en papel;

c) En la interconexión directa de los instrumentos electrónicos habituales en la vida de los ciudadanos a través de internet, esto es, internet de las cosas (IoT). Diferentes estudios indican que hoy en día hay 30.000 millones de

3 Datos obtenidos de <https://marketing4ecommerce.net/cuales-redes-sociales-con-mas-usuarios-mundo-2019-top/> (fecha de consulta: 17 de febrero de 2020).

dispositivos electrónicos conectados a Internet al objeto de ofrecer servicios y aplicaciones inteligentes útiles para el confort de la sociedad (y esta cifra se duplicará en poco tiempo, hasta llegar a los 75.000 millones en 2025)<sup>4</sup>. Este continuo incremento de IoT está favoreciendo el increíble auge de los *smart contracts* en los que las cosas interactúan autónomamente, esto es, sin intervención directa de las personas, en función del programa para el que han sido desarrollados<sup>5</sup>. Sin embargo, los 43 relatores nacionales que colaboran en este estudio destacan que en sus jurisdicciones todavía no se han planteado problemas probatorios respecto de los *smart contracts*; y

d) En la forma de comunicarse las personas, sustituyendo las palabras por símbolos o figuras (*emojis* o *emoticons*) que, como destaca GOLDMAN, también tienen su repercusión probatoria pues cada vez es más frecuente en los tribunales la admisión de dichas figuras para probar los hechos que simbolizan<sup>6</sup>.

Lo primero que debemos destacar es que estamos ante una materia en la que, otra vez más, la tecnología va por delante de las leyes, por lo que la práctica de los tribunales intentar afrontar los nuevos problemas tecnológicos con los instrumentos legales clásicos. En este trabajo solo vamos a referirnos a las cuestiones probatorias, por lo que no entraremos a examinar, por ejemplo, la gestión telemática de los procesos o los tribunales electrónicos, o cualquier otra materia que exceda del ámbito estrictamente probatorio.

En materia probatoria, en todos los países se plantean problemas similares y muy complejos. Estamos acostumbrados a probar los hechos físicos que resultan fácilmente constatables en la medida en que están en

---

4 Ver [https://www.researchgate.net/figure/Internet-of-Things-IoT-connected-devices-from-2015-to-2025-in-billions\\_fig1\\_325645304](https://www.researchgate.net/figure/Internet-of-Things-IoT-connected-devices-from-2015-to-2025-in-billions_fig1_325645304) (fecha de consulta: 12 de enero de 2020).

5 Un *smart contract*, siguiendo el concepto de su propio creador SZABO (1996, 2016) es el conjunto de obligaciones, especificadas en forma digital, que incluyen los protocolos de actuación dentro de los cuales las partes cumplen automáticamente sus obligaciones (cfr. <http://digitalchamber.org/assets/smart-contracts-12-use-cases-for-business-and-beyond.pdf> –fecha de consulta: 12 de enero de 2020-). Su campo de actuación es inmenso: así, por ejemplo, en diciembre de 2016, la *Chamber of Digital Commerce* -la asociación comercial más grande del mundo que representa la industria digital y de *blockchain*, con sede en Washington, D.C., en el documento “Smart Contracts: 12 Use Cases for Business & Beyond” describe doce ejemplos de *smart contracts* para ámbitos tan amplios como identificaciones digitales de las personas, financiación del comercio, gestión de valores, servicios post-comercio, registros de datos financieros, transacciones bancarias e hipotecas, transmisiones de propiedades, cadenas de suministros de cualquier tipo, seguros de automóviles, ensayos clínicos, etc.

6 GOLDMAN, E. (2018).

soporte papel, pero todo ello se hace mucho más difícil cuando estamos ante lo que podemos denominar “hechos electrónicos o digitales” (entendiendo por “hecho electrónico” aquel que se realiza de manera virtual o no física, esto es, básicamente a través de Internet). Por ello, el proceso civil tradicional debe adaptarse rápidamente a estos nuevos retos tecnológicos.

Vamos a intentar descubrir cómo está empezando a afectar el mundo tecnológico al ámbito de la prueba judicial, y cuál es el futuro que nos espera. Y se procurará resolver los interrogantes que habitualmente se plantean en todos los tribunales del mundo y que no siempre tienen fácil solución: ¿Cómo accede un dato electrónico al proceso? ¿Qué límites hay en el control de los datos electrónicos? ¿Cómo se impugnan y verifican? ¿Qué precauciones han de tomarse para conservar datos electrónicos? ¿Cuándo es necesario un peritaje informático?, etc.

Cuando las pruebas no están en el mundo real, sino en el virtual o digital, se complica muchísimo su búsqueda y aportación al proceso. Los citados ámbitos de la sociedad en los que las nuevas tecnologías se han desarrollado especialmente, tienen una regulación normativa similar en todo el mundo: las redes sociales y la contratación electrónica tienen su propia regulación en todos los estados democráticos; e IoT suele estar huérfana de una regulación específica en casi todos los países.

Hay dos grandes problemas que suelen estar presentes en la prueba de los hechos electrónicos o digitales, que son realmente preocupantes: la posible intromisión en la vida privada o esfera más íntima de las personas para lograr acceder a tales hechos, precisamente, porque se mantienen en un ámbito cerrado de privacidad; y la facilidad de manipulación o alteración de su contenido.

Respecto del primer problema, es cierto que la tecnología ha abierto ciertos ámbitos de la esfera íntima de las personas que, con anterioridad, se mantenían privados (así, por ejemplo, puede vulnerarse el derecho al honor, a la imagen o a la intimidad a través de noticias transmitidas mediante redes sociales; pueden exponerse públicamente determinados hechos de contenido familiar, personal o íntimo en un WhatsApp o un SMS; o mediante IoT se puede entrar en el interior de una vivienda a través de cualquier dispositivo que se encuentre en ella y esté conectado a internet). Este mundo tan interconectado digitalmente tiende a “despersonalizar” las relaciones sociales, esto es, a olvidar que detrás de cada uno de los

“hechos electrónicos” hay personas cuyos derechos fundamentales deben ser siempre respetados (en especial, el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones, y el derecho a la protección de datos personales, entre otros). En consecuencia, el peligro más importante a evitar es que en la búsqueda y obtención de la prueba del “hecho electrónico” se vulnere un derecho fundamental. Y en este sentido, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) han tenido ocasión de destacar que en la prueba de los hechos no todo es admisible, siendo uno de sus límites más estrictos el de la ilicitud o ilegalidad en su obtención. Para luchar de la forma más eficaz posible contra este problema es básico que la ley declare con toda rotundidad que cualquier elemento probatorio logrado con vulneración de un derecho constitucional, tanto en el mundo real como el virtual, deberá inadmitirse como prueba en un proceso judicial (y de hecho, en la mayoría de las legislaciones internacionales existe jurisprudencia y normas de exclusión probatoria referentes a las pruebas ilícitamente obtenidas).

Y el segundo problema es el de la facilidad de manipulación del contenido de una red social, un mensaje de e-mail o un documento electrónico. Aunque parezca increíble, es mucho más fácil alterar el contenido de un documento tecnológico que el clásico documento en papel, y así, por ejemplo, respecto de un e-mail, sin necesidad de mucha experiencia es posible modificar su contenido o el destinatario del mismo, así como no parece complicado en una página “html” modificar el código fuente de dicha página y luego imprimirlo, dando la impresión de que el documento así reproducido es el mismo que se encuentra en línea<sup>7</sup>. Sin embargo, estos problemas se superan en la mayoría de los países mediante el uso de algunas herramientas tecnológicas (como la certificación digital a través de empresas de certificación autorizadas públicamente para emitir dicha certificación), diversas prácticas legales (ya sea a través del uso de diferentes tipos de testimonios –especialmente a través de instituciones dedicadas a intermediar en la comunicación entre empresas-, o la redacción de políticas o protocolos de actuación a las que deben sujetarse las partes contratantes), o a través de un peritaje informático.

Una vez resueltos estos dos problemas, la pregunta que inmediatamente debemos hacernos es: ¿Todas estas nuevas fuentes de prueba digitales pueden introducirse en el proceso a través de los “clásicos” medios

---

7 PICHÉ y GAUTRAIS (2019).

probatorios?

Siguiendo los tres ámbitos de la sociedad en los que se han desarrollado mayoritariamente las nuevas tecnologías, expuestos anteriormente, los “hechos electrónicos” pueden introducirse en el proceso de la siguiente manera<sup>8</sup>:

a) Con referencia a las redes sociales, su acceso como prueba al proceso puede tener lugar, básicamente, a través de:

- La prueba documental privada: normalmente los datos digitales suelen imprimirse y aportarse como documentos sin que haya habido problema alguno en su admisión probatoria, y ello tanto si constan en un correo electrónico<sup>9</sup>, en una red social<sup>10</sup>, en un WhatsApp<sup>11</sup>, o figuran en la simple imagen de un “pantallazo”<sup>12</sup>. Además, es perfectamente admisible que una parte requiera a la otra la aportación documental de los mensajes cruzados de manera telemática<sup>13</sup>, entrando en juego el deber de colaboración entre las partes y la posible *ficta admissio* del contenido del documento en caso de negativa injustificada a aportarlo (prevista en el art. 329.1 LEC).

- La prueba documental pública: en ocasiones puede acudir a un fedatario público (especialmente a un notario) para que visualice un WhatsApp o acceda a determinada red social al objeto de que, en un acta de constatación de hechos, deje fiel reflejo de su contenido para su posterior aportación al proceso<sup>14</sup>. En este punto, debemos ir con suma cautela dada la facilidad de manipular los datos electrónicos que se presentan al fedatario público (tales como efectuar copias fidedignas de páginas web; alterar la identificación del emisor y destinatario de un e-mail, o la fecha en que se

8 En la bibliografía española encontramos interesantes estudios sobre esta materia, como los de ABEL LLUCH (2019), AGUILAR GUALDA (2019), ARRABAL PLATERO (2019), DELGADO MARTIN (2019, 2018, 2015); FUENTES SORIANO (2019, 2018), SANCHEZ RUBIO (2019), GARCIMARTÍN MONTERO (2018); RICHARD GONZÁLEZ (2017), SANTOS MARTÍNEZ (2017), BUENO DE MATA (2014), ABEL LLUCH y PICÓ I JUNOY (2011) o PÉREZ GIL (2010), entre los más recientes.

9 Cfr. la SAP de Barcelona, sec. 18<sup>a</sup>, 795/2015, de 5 de noviembre; o la SAP de Madrid, sec. 22<sup>a</sup>, 1050/2015, de 10 de diciembre.

10 Cfr. la STS 300/2015, de 19 de mayo.

11 Cfr. la STS 115/2016, de 1 de marzo, o la SAP de Madrid, sec. 27, 702/2015, de 24 de noviembre.

12 Cfr. la STS 300/2015, de 19 de mayo, o la SAP de Madrid de 24 de mayo de 2007.

13 Cfr. la SAP de Sevilla de 13 de marzo de 2008.

14 Cfr. la SAP de Alicante de 13 de noviembre de 2008.

realizó el mensaje electrónico).

- Los instrumentos de archivos digitales tales como un USB o *pendrive*, un CD, etc<sup>15-16</sup>;

- El interrogatorio de las partes o de los testigos: a través de sus declaraciones se puede arrojar luz respecto de los contenidos publicados en una red social o la verdadera participación de la parte en la misma (no olvidemos que, con cierta frecuencia, hay suplantaciones de identidad en las comunicaciones que se producen en las redes sociales), o el contenido de los documentos electrónicos que hayan sido impugnados judicialmente, como puede suceder con un e-mail<sup>17</sup>. En este punto, debo destacar la existencia en el mercado de empresas (terceros de confianza) encargadas de actuar como intermediarias en toda la contratación electrónica y que, en caso de litigio, pueden intervenir en el proceso aportando documentos o declarando como testigos<sup>18</sup>.

- Y el dictamen pericial informático: mediante esta prueba se puede acreditar la posible alteración de los datos que figuran en una red social, la manipulación de un e-mail y, en general, adquirir certeza respecto de la autenticidad de los hechos reflejados electrónicamente<sup>19</sup>. Pese a la rotundidad con que se pronuncia cierta jurisprudencia<sup>20</sup>, no siempre es necesario aportar este dictamen pericial para dar credibilidad al dato electrónico<sup>21</sup>; y su simple impugnación judicial no comporta la exigencia de tener que aportarse al proceso un dictamen pericial informático, pues

---

15 Cfr. STS –Sala 4ª- de 16 de junio de 2011; la SAP de Barcelona 2 de julio de 2007; o el AAP de Barcelona de 4 de noviembre de 2008, entre otras muchas resoluciones judiciales.

16 En algunos países estos instrumentos se consideran, a efectos probatorios, como documentos; mientras que en otros tienen su propia regulación autónoma. Curiosamente en España si bien tienen una regulación autónoma (arts. 382 a 384 LEC), ésta es muy similar a la propia de la prueba documental.

17 Cfr., respecto al contenido de una red social, la STS 300/2015, de 19 de mayo; y de los e-mails, la SAP de Segovia de 31 de julio de 2008; o la SAP de Zaragoza de 14 de enero de 2005.

18 Así, vid. el Reglamento (UE) n° 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

19 Cuestión distinta son los numerosos problemas que deben superarse en la práctica judicial, que se inician en la elección de la titulación exigible al perito, los que se originan en la correcta obtención del objeto a peritar y su posterior no contaminación en la “cadena de custodia”, costes, etc. Para el tema vid. PUIG FAURA, S. (2015).

20 Así, por ejemplo, vid. la STS (Sala 2ª) 300/2015, de 19 de mayo.

21 En este sentido, vid. las SSTS 375/2018, de 19 de julio; o 754/2015, de 27 de noviembre.

para ello deben explicitarse argumentos razonables, explicaciones serias, o cualquier dato o elemento que dote de cierta verosimilitud a dicha impugnación<sup>22</sup>.

b) Respecto a la contratación electrónica, cada país suele tener su propia normativa reguladora de la firma electrónica, por lo que deberemos acudir a estas regulaciones nacionales para conocer los diferentes tipos de firma electrónica, su valor probatorio y su impugnación en el proceso<sup>23</sup>. Además, debo destacar la existencia en el mercado de empresas encargadas de actuar como intermediarias en toda la contratación electrónica para que, en caso de litigio, puedan intervenir en el proceso aportando documentos o declarando como testigos. De igual modo, la propia declaración de las partes es fundamental para conocer su verdadera voluntad negocial.

c) Y finalmente, por lo que hace referencia a IoT, será fundamental la intervención del programador que intervino en las diversas fases de creación

---

22 Cfr. la STS (Sala 2ª) 375/2018, de 19 de julio; o la SAP de Madrid 583/2017, de 18 de octubre. En doctrina vid. el reciente estudio de FUENTES SORIANO y ARRABAL PLATERO (2019).

23 En el caso español, esta regulación se materializa en:

a) la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, cuyo art. 3 establece: “[...] 4. La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel [...]. 7. Los documentos a que se refiere el apartado anterior tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable [...] 8. El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio. Si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos en esta Ley para este tipo de certificados, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica. La carga de realizar las citadas comprobaciones corresponderá a quien haya presentado el documento electrónico firmado con firma electrónica reconocida. Si dichas comprobaciones obtienen un resultado positivo, se presumirá la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se haya firmado dicho documento electrónico siendo las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación [...]. Si se impugna la autenticidad de la firma electrónica avanzada, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se estará a lo establecido en el apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”; y

b) La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, cuyo art. 23.1 establece: “1. Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez”; y el art. 24 prevé: “1. La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico. Cuando los contratos celebrados por vía electrónica estén firmados electrónicamente se estará a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. 2. En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental”.

y desarrollo del *smart contract*, la declaración que la persona solicitante de dicho contrato, así como la prueba pericial informática para verificar la corrección de los datos aportados por las partes y el citado programador.

En conclusión, como podemos comprobar, los medios tradicionales de prueba todavía sirven para aportar al proceso las nuevas fuentes probatorias digitales que aparecen en las redes sociales, en la contratación electrónica o en mundo de IoT. Y esta es la respuesta que a nivel mundial está dándose en todos los países.

### **3. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO INSTRUMENTOS AL AUXILIO DE LOS TRADICIONALES MEDIOS DE PRUEBA: (A) LA NEUROCIENCIA; Y (B) LOS ALGORITMOS DE MICRO-EXPRESIONES FACIALES.**

Como indiqué en la introducción de este estudio, las nuevas tecnologías pueden ser instrumentos de auxilio de los tradicionales medios de prueba en la medida en que se presentan como herramientas susceptibles de verificar el resultado de las pruebas de interrogatorio de las partes, testigos y declaraciones de peritos.

Nos planteamos aquí la posibilidad de si es posible controlar, por vías tecnológicas, la veracidad o mendacidad de las declaraciones judiciales de los propios litigantes, los testigos y los peritos. Y en concreto, nos centramos en la neurociencia y los algoritmos de micro-expresiones faciales<sup>24</sup>.

#### ***(a) La neurociencia***

La neurología parece ofrecer mecanismos capaces de medir la verdad o la mentira de dichas declaraciones como, por ejemplo, mediante las imágenes de resonancia magnética –fMRI-. Sin embargo, lo cierto es que, en la actualidad, la doctrina es muy crítica sobre la eficacia o validez científica de dichos mecanismos.

Desde la neurociencia, día a día, se están aportando nuevas técnicas dirigidas a evidenciar los cambios neuronales del cerebro humano con la ayuda de sofisticadas técnicas de imágenes cerebrales que permiten mostrar

---

24 Soy consciente de que se están intentando otras vías tecnológicas para alcanzar el mismo objetivo como, por ejemplo, las ondas cerebrales, en especial, la técnica denominada “P300”, para los que me remito a los trabajos de VILLAMARIN LÓPEZ (2014, 86-97 y 113-118) o LIBANO BERISTAIN (2015, 239-266).



concretas regiones cerebrales que ejecutan una función determinada<sup>25</sup>. No obstante, actualmente nos encontramos con limitaciones empíricas importantes sobre la fiabilidad de estas pruebas científicas de detección de la mentira<sup>26</sup>. Y aunque fuese cierta la posibilidad de detectar cuál es la zona cerebral que tiene por función responder a un interrogatorio, esto es, de modo científico, se pudiera determinar cuándo el declarante está faltando a la verdad conscientemente, se abren múltiples interrogantes, pues es posible que el declarante:

a) mienta pero tenga capacidad de control de sus propios estímulos emocionales –innata o adquirida- que evite la activación de la región cerebral de la matriz de la mentira y, en consecuencia, ésta no sea detectada;

b) no mienta pero se active la región cerebral que determina el estímulo de la mentira porque su sistema nervioso se ha alterado sobremanera (por ejemplo, al estar declarando respecto a hechos de carácter íntimo, o sobre los que ha mantenido ocultos durante tiempo y quería seguir manteniéndolos así, o con referencia a los que cree que le pueden traer consecuencias especialmente perjudiciales de cualquier tipo -afectivas, personales, profesionales, económicas, etc.-);

c) mienta y esté diciendo la verdad, por ejemplo, porque la mentira se fundamenta en un conocimiento erróneo de los hechos<sup>27</sup>;

d) e incluso es posible que diga la verdad ante hechos que formalmente aparezcan como falsos. Tuve ocasión de participar en un caso real en el que unas imágenes radiológicas demostraban una situación en la que

---

25 En este sentido, vid. ya GREELY y WAGNER (2011) y PARDO y PATTERSON (2010).

26 Así, por ejemplo, suele argumentarse que no todos los cerebros humanos son iguales; que los experimentos todavía son escasos; y que en muchos casos la presunta matriz de la mentira se asocia también a otras actividades cognitivas que van más allá de la mentira -cfr. PARDO y PATTERSON (2010, 1228, nota 95)-. Igualmente críticos se muestran PICÓ I JUNOY (2013, 91-92), VILLAMARIN LÓPEZ (2015, 112-113), NIEVA FENOLL (2018, 89-90) y JULIA PIJUAN (2020, 174-187).

27 Para simplificar esta afirmación me basta el siguiente ejemplo, supongamos que el Sr. A cree que la Tierra es plana, es decir, para él la afirmación de que la Tierra es plana (1) es verdadera. Ahora supongamos que el Sr. A miente al Sr. B, y le dice que la Tierra tiene forma esférica (2). En este caso, la afirmación 1 es verdadera y la 2 es falsa; pero el Sr. A ha mentado al Sr. B y le ha dicho una mentira que, curiosamente, es una verdad. Es una verdad que se fundamenta en un conocimiento erróneo de la realidad de los hechos. El Sr. A miente -pues dice lo contrario de lo que cree- pero al estar equivocado (creer algo erróneo), le lleva a decir la verdad mintiendo (ejemplo obtenido de <http://filosofia.laguia2000.com/creencias/sobre-verdad-y-mentira>; fecha de consulta: 13 de febrero de 2020).

objetivamente era lógico pensar en la existencia de dolor cuando, en realidad, éste nunca había existido<sup>28</sup>: se trataba de una mujer anciana, de 89 años, en la que tras un atropello tuvo que ser intervenida quirúrgicamente para colocarle un clavo endomedular por una fractura pertrocantérea en la cadera derecha. En el seguimiento realizado tras la operación, la paciente, a pesar de que la fractura radiológicamente estaba consolidada, declaraba un fuerte dolor de la cadera derecha durante y tras la rehabilitación, que nunca había tenido antes del accidente, y respecto del cual el doctor de la compañía aseguradora del causante del accidente entendía que ya existía con anterioridad debido a la existencia de una coxartrosis visible en las radiografías previas a la operación. En este caso, la compañía aseguradora se negó a indemnizarla por el dolor (y su tratamiento posterior -que podía comportar, por ejemplo, una nueva intervención quirúrgica para una artroplastia o implantación de una prótesis total de cadera-) debido a que la artrosis es una patología degenerativa no atribuible a un traumatismo (y de hecho, como he indicado, ya se percibía en las imágenes radiográficas prequirúrgicas). Si bien es cierto que las radiografías mostraban la existencia de artrosis, que habitualmente causa dolor, en la comparecencia de la medida cautelar se probó que la anciana nunca se había quejado del dolor en esa zona<sup>29</sup>, por lo que se determinó que el accidente fue el desencadenante del dolor, motivo por el cual la compañía aseguradora fue obligada a pagar la intervención quirúrgica requerida por la anciana<sup>30</sup>.

En definitiva, todas estas situaciones nos llevan a debates mucho más profundos, como el de la dicotomía entre cerebro y mente, esto es, a si es posible que exista mente más allá del mero elemento fisiológico del cerebro, por lo que el estudio de este órgano humano –por muy profundo y

---

28 Estas imágenes pueden verse en PICÓ I JUNOY (2019-1, 550-551).

29 Como se acreditó, entre otras pruebas, mediante la declaración de su médico de familia y un certificado de su historial médico en la que no aparecía ninguna prescripción medicamentosa que guardase relación con el dolor de la cadera, ni ningún ingreso en servicios hospitalarios de urgencia por esta causa.

30 De igual modo, el trabajo de GREELY y WAGNER (2011, 809) destaca la existencia de estudios por imágenes computarizadas en los que se demuestra que las personas pueden ser hipnotizadas para sentir dolor sin que exista ningún estímulo externo doloroso y, a pesar de ello, se active la “matriz del dolor”, por lo que dichas imágenes cerebrales responderán a una realidad falsa de los hechos. Y también podemos pensar en el amputado en una extremidad con dolor de miembro fantasma que declara tener dolor en su extremidad ausente. En este caso, efectivamente es posible que el declarante diga la verdad, esto es, no esté mintiendo, pero ello no coincide con algo que es objetivamente cierto, a saber, que no existe la extremidad de la cual dice partir el dolor que sufre. Como se puede comprobar, en ambos casos, la máquina podrá detectar que el declarante no miente –porque el dolor existirá como percepción subjetiva de la persona afectada- aunque el hecho del origen del dolor es manifiestamente falso.

detenido que sea- parecería ser incapaz de detectar la mente del declarante, pero todo ello excede del objetivo del presente estudio<sup>31</sup>. En todo caso, la hipótesis de que es posible detectar mediante imágenes cerebrales cuándo una persona está mintiendo sigue siendo rebatida en multitud de estudios científicos, por lo que es lógico seguir reflexionando sobre la admisibilidad probatoria de dichas imágenes cerebrales para determinar la mayor o menor credibilidad de las declaraciones judiciales de las partes, testigos y peritos.

En las experiencias del derecho comparado, partiendo de que en ningún país se prevé expresamente una regulación sobre este punto, lo que demuestra que el desarrollo tecnológico va siempre por delante del desarrollo normativo, existe una respuesta muy dispar<sup>32</sup>:

a) hay países en los que no se permite su uso, y para ello se formulan muy diversas razones: la falta expresa de previsión normativa, lo que induce a la praxis judicial a no admitirlo –como sucede en Inglaterra, Gales o China-; la expresa prohibición en las leyes de enjuiciamiento –este es el caso, por ejemplo, del Código Procesal Civil japonés-; la desconfianza sobre su fiabilidad (*reliability*) o la falta de carácter científico de estas nuevas tecnologías –esta es la experiencia judicial de USA, Inglaterra y Gales-; o la expresa previsión legal de que el control de la veracidad de los testigos, las partes o peritos se confía en exclusiva al juez o al jurado, quienes con la cuidadosa valoración de la prueba deben llegar al libre convencimiento de dicha veracidad, sin que nada pueda interferir en su libertad de valoración probatoria; y

b) hay países en los que se admite el uso probatorio de las fMRI con determinadas condiciones, por ejemplo, siempre que ello se deba a la propia voluntad de quien desea someterse a estas nuevas tecnologías y no haya un trato denigrante contra su dignidad humana –y así se conocen distintos supuestos jurisprudenciales en Alemania o Perú-. En todo caso, se considera que la ley, al remitirse a la libre valoración judicial de las pruebas, le otorga al juez un amplio margen de discrecionalidad para admitir y valorar cualquier elemento probatorio que estime útil para formar su convicción sobre los hechos litigiosos –como sucede en Taiwán o Ecuador-. Además, hay países en los que abiertamente se admiten las nuevas tecnologías en

31 Al respecto, vid. PARDO, M. y PATTERSON, D. (2010, 1218-1220); NIEVA FENOLL, J. (2013, 169-171) y el reciente estudio de JULIA PIJUAN (2020, 45-83 y 100-110).

32 Vid. PICO I JUNOY (2019-1, 554-558).

el ámbito judicial debido al convencimiento general a favor de su eficacia y autenticidad, y a que el uso generalizado que de los mismos efectúa la Administración induce a confiar en todos los avances tecnológicos –como es el caso de Noruega-. Ello comporta que, en el caso de que una parte denuncie la mendacidad en la declaración de la parte contraria o de los testigos, *prima facie*, pueda usarse cualquier medio tecnológico válido para descubrirla.

Sin embargo, lo cierto es que en la mayoría de los países no se ha planteado la problemática aquí expuesta debido a que no existen reglas legales o jurisprudencia sobre el tema. En España, a falta de una norma que prohíba el uso de la fMRI para detectar la mendacidad en la declaración judicial de los testigos, partes o peritos, no debería haber obstáculo para su admisión siempre que se cumplan las siguientes tres condiciones: (a) que haya sometimiento voluntario de la persona declarante; (b) que se realice siguiendo las pautas que marca la comunidad científica, debiéndose documentar en un informe pericial, que deberá poder ser contradicho por la parte contraria; y (c) que se respete la libre valoración judicial de toda la prueba, esto es, tanto la que se deriva de la propia declaración sometida a fMRI como la del informe pericial, pues al encontrarnos ante un mecanismo no totalmente fiable debe dejarse un margen de discrecionalidad en la valoración del juez. Como es bien sabido, esta libertad de valoración no supone, en ningún caso, la arbitrariedad judicial sino todo lo contrario, la necesidad de motivar los resultados de la prueba en la sentencia, pues solo así se permite al justiciable conocer la verdadera razón del porqué de dicha sentencia. En todo caso, se plantea aquí un problema de difícil solución respecto de los países con jurado (básicamente los del *common law*) pues el enjuiciamiento de los hechos lo realiza el jurado y de forma no motivada, por lo que cabe el peligro ya apuntado por DAMASKA de que el perito venga a sustituir la función del juez<sup>33</sup>, esto es, que algo no fiable (la opinión experta de la fMRI) condicione indebidamente algo que pertenece en exclusiva al jurado, como es el otorgar mayor o menor credibilidad a las personas que declaran ante él<sup>34</sup>.

### ***(b) Los algoritmos de micro-expresiones faciales***

33 DAMASKA, M. (1997, 151).

34 Lo que conduciría a su rechazo. Ello es lo que, como hemos visto, sucede en los USA, donde la Corte Suprema y los tribunales federales no admiten la fMRI, incluso aunque fuese fiable, porque es responsabilidad del jurado evaluar la credibilidad de los testigos y partes (PICÓ I JUNOY, 2019-1, 554-555).

Las nuevas tecnologías nos ofrecen otra posible forma de verificar la veracidad o mendacidad de la declaración de una persona: se trata de los algoritmos referentes a sus micro-expresiones faciales.

En la actualidad existe una parte de la psicología clínica que considera que es posible detectar cuándo una persona miente a través de sus micro-expresiones faciales<sup>35</sup>. Partiendo de los estudios de Higgard e Isaacs, siguiendo por los trabajos de Paul Ekman así como los de Porter y Brike, y acabando por los más recientes de Matsumoto, figura destacada en el campo de las micro-expresiones faciales, puede llegarse a la conclusión teórica de que existen determinadas zonas de la cara que, debidamente analizadas, permiten saber cuándo una persona miente o dice la verdad<sup>36</sup>. Para estos autores, cuando las emociones se expresan espontáneamente, las mismas expresiones faciales y movimientos musculares aparecen en el rostro, y esto parece deberse al hecho de que estas expresiones faciales están bajo el control neural de dos áreas distintas del cerebro, una de ellas controla los movimientos voluntarios y la otra los involuntarios. En consecuencia, si una persona trata de controlar sus expresiones, ambos sistemas se involucran en un conflicto neuronal por el control de la cara, lo que produce una expresión facial muy breve que se denomina “micro-expresión”, imperceptible a simple vista, pero controlable a través de la reproducción a velocidad muy lenta de la grabación del rostro humano<sup>37</sup>. Basándose en distintas zonas fáciles en las que supuestamente se manifiesta la “micro-expresión” de la mentira, determinadas empresas, aplicando un algoritmo –que no revelan-, son capaces de elaborar informes periciales que se utilizan ante los tribunales como prueba para dar mayor o menor credibilidad a la declaración de una determinada persona<sup>38</sup>. Y en ocasiones en España se han admitido como prueba estos informes de expertos<sup>39</sup>.

---

35 Al respecto, vid. PICÓ I JUNOY, J., DE MIRANDA VÁZQUEZ, C. y ANDINO LÓPEZ, J.A. (2019-2).

36 Para el estudio de esta doctrina vid. MATSUMOTO, D. y HWANG, H. C. (2018).

37 Estas “micro-expresiones” faciales serían tan efímeras que solo tienen una duración entre 0.04 y 0.20 segundos (cfr. MATSUMOTO y HWANG, 2018, 3-4).

38 Especialmente en el campo del derecho de familia cuando intervienen menores debido a la facilidad de manipular sus verdaderos sentimientos; y en el ámbito del proceso penal por delitos de violencia de género, ya que aquí suele haber solo dos declaraciones contradictorias: la de la víctima y la del acusado.

39 Con carácter general favorable a la libertad del juez para valorar los gestos o conductas de las partes, la STS (Sala 2ª, de lo Penal) 119/2019, de 6 de marzo, de manera acrítica llega a afirmar: “Presupuestos en el análisis de la valoración por el Tribunal de la declaración de la víctima [...] recordemos que es posible que el Tribunal avale su convicción en la versión de la víctima, ya que la credibilidad y verosimilitud de su declaración se enmarca en la apreciación de una serie

Sin embargo, recientemente, un grupo internacional de expertos en la materia ha publicado un estudio que resulta sumamente significativo sobre el carácter de “pseudo-ciencia” de todos estos métodos de detección de la mentira<sup>40</sup>. Ponen de relieve, entre otras cosas, que quienes tienen experiencia científica con la detección de la mentira coinciden en señalar que no hay comportamientos no verbales que sean propios y exclusivos de las personas sinceras o de las mendaces. En otras palabras, no existen indicadores objetivos de mentira al estilo del mito de la “nariz de Pinocho”. Según expone este panel de expertos, la generalizada obnubilación de los legos por todo lo que salga “de la boca” de los expertos ha provocado que cualquier supuesto conocimiento con apariencia de científico sea asumido acríticamente. En el ámbito judicial tal fenómeno ha sido muy acusado, probablemente motivado por la imperiosa necesidad de encontrar métodos infalibles para detectar el engaño en los procesos jurisdiccionales.

Pero lo cierto es que faltan estudios experimentales que den validez científica a estos métodos de detección de la mentira<sup>41</sup>. Como si de un

---

de factores a tener en cuenta en el proceso valorativo del Tribunal. Y así podemos citar los siguientes: [...] 4.- “Lenguaje gestual” de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los “gestos” con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal”. Partiendo de este planteamiento jurisprudencial, no es extraño encontrar resoluciones judiciales en primera instancia que admiten el valor probatorio de dichos dictámenes periciales: en este sentido, por ejemplo, me remito a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Barcelona de 31 de julio de 2018, que admite la validez probatoria de un “informe pericial de Micro-expresiones faciales y lenguaje corporal inconsciente” del hijo en el proceso de divorcio de sus padres, basándose en que las partes no se oponen al mismo y “[...] se han acompañado al mismo aval de distintos organismos oficiales y universitarios que reconocen dicha prueba de utilidad tanto en procedimientos civiles como penales y que consiste en la filmación con una cámara mientras que se formulan distintas preguntas (de control, de indicio, de provocación y de confirmación)”.

40 DENAULT, V., *et altri* (2020).

41 Por ello existen resoluciones judiciales que no dan valor probatorio a estas pruebas de expertos. Como buen ejemplo de ello, la SAP de Barcelona, sec. 18ª (civil, especializada en derecho de familia), de 8 de mayo de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:5002) establece lo siguiente: “El informe de 22-11-2017 de XX titulado “Investigación y Desarrollo de micro expresiones faciales y lenguaje corporal” afirma [...]. Se afirma la credibilidad del relato por las reacciones oculares y la cronología gestual. Tal como recoge la sentencia no se ha aportado publicación científica que avale y contraste la técnica utilizada. En el recurso de apelación se aporta una relación de bibliografía sobre el tema pero no acreditación que avale la científicidad de la técnica utilizada constando que hay literatura que cuestiona su fundamento científico. No podemos considerar dicha técnica como válida para verificar la credibilidad de las manifestaciones vertidas por la menor [...]. La utilización de dicha metodología no está suficientemente contrastada, se desconoce la concreta formación de las personas que la han llevado a cabo y la forma en como ha sido aplicada a la menor se considera por la Sala totalmente inadecuada. Por todo ello se descartan las conclusiones alcanzadas en el informe”. En la misma línea, la SAP de Barcelona, sec. 12ª (civil, también especializada en derecho de familia), de 18 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:12369) mantiene: “[...] En relación a las periciales aportadas por la Sra. Gracia para sostener su versión obran en la causa [...] un análisis de la empresa XX sobre micro-expresiones faciales y lenguaje corporal inconsciente, análisis al que la Sala no otorga

medicamento se tratase, es fundamental testar o verificar el grado de efectividad de cualquier método que se ofrezca en la práctica judicial como panacea de la detección de la mentira mediante el control de las micro-expresiones faciales, y ello es básico especialmente cuando algún tribunal puede verse inclinado a otorgar validez científica –y en consecuencia probatoria- a dictámenes periciales en los que presuntamente se afirma que una persona (parte, testigo o perito) miente o dice la verdad.

Uno de estos experimentos es el realizado por la “Asociación de Probática y Derecho Probatorio” (APDP)<sup>42</sup>. La APDP ideó, con la colaboración de una empresa europea que realiza los citados dictámenes periciales de micro-expresiones faciales, un ensayo clínico para verificar el grado de efectividad del sistema en el caso de la declaración de diez mujeres que supuestamente habían sufrido violencia de género. La APDP contactó con dos asociaciones de mujeres maltratadas y dos escuelas de teatro, escogiendo finalmente, para el ensayo clínico, cuatro actrices de arte dramático -que debían mentir acerca de un episodio de violencia de género- y seis mujeres que realmente la sufrieron<sup>43</sup>. Para la empresa que debía efectuar los informes periciales se mantuvo el completo anonimato de la identidad de todas las mujeres y el número concreto de las que habían sufrido violencia de género. Las mujeres debían efectuar una exposición oral, de treinta minutos, grabada en video, relatando sus episodios de violencia de género y contestando a preguntas de un psicólogo de la empresa, y su identidad frente a dicha empresa se resumía en un simple número (del uno al diez)<sup>44</sup>. Las grabaciones debían realizarse con la presencia de algún miembro de la APDP y la empresa tenía la expresa prohibición de ponerse en contacto posterior con dichas mujeres. La APDP hizo entrevistas individuales previas con todas ellas para explicarles el objeto y finalidad del ensayo clínico, así como para que diesen su consentimiento expreso al mismo. Se aprobó un calendario de

---

valor científico”. Y, por último, la SAP Barcelona, sec. 20ª (penal), de 13 de septiembre de 2018 afirma: “Así pues, la pericial de micro expresiones faciales resulta completamente innecesaria y nada relevante puede aportar”.

- 42 Ver, PICÓ I JUNOY, J., DE MIRANDA VÁZQUEZ, C. y ANDINO LÓPEZ, J.A. (2019-2, 267-275).
- 43 Las diez mujeres no se conocían entre ellas para evitar el efecto contagio en sus relatos de violencia de género. Por participar en este ensayo clínico, exponiendo el relato de violencia de género, las mujeres que efectivamente la habían sufrido percibían 200 euros, y las actrices 100 euros en el momento de la grabación, y 100 euros más si conseguían que la empresa no detectase su declaración falsa.
- 44 El correlato del número con la concreta identidad de la persona y la circunstancia de si había sufrido o no violencia de género se mantuvo oculto para la empresa, y estos datos se guardaron secretos en una plica cerrada, custodiada por un notario, quien debía abrirla tras la entrega de los informes periciales de la empresa, para así verificar el grado de acierto de los mismos.

grabaciones para que en una semana pudieran efectuar sus declaraciones. En fin, tras más de cuatro meses de preparación del ensayo clínico y doscientas horas de trabajo por parte de los investigadores, siete días antes de empezar las grabaciones la empresa que debía realizar los dictámenes periciales sobre detección de mentira a través de micro-expresiones faciales envió un e-mail en el que expresó su voluntad de no realizar el ensayo clínico justificándose en el volumen de trabajo que tenían<sup>45</sup>. Inmediatamente se le ofreció realizar el mismo ensayo clínico sin limitación de fechas, con el fin de ajustarse al calendario de trabajo que le fuese bien a la empresa, pero la respuesta fue la misma: no querer testar científicamente el método de realización de sus dictámenes periciales alegando un elevado volumen de trabajo. Los hechos son muy elocuentes: que cada uno saque sus propias conclusiones.

## II. LIBERTAD CONTRACTUAL Y DERECHO PROBATORIO

### 1. EL NUEVO FENÓMENO DE PRIVATIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL Y SUS LÍMITES CONSTITUCIONALES

En muy pocos años estamos asistiendo a un creciente fenómeno de privatización del proceso civil, que ha cristalizado, por ejemplo, en los negocios o pactos procesales. De esta forma, se pretende luchar contra la ineficacia del proceso y, muy especialmente, su lentitud. Se considera que la autonomía de la voluntad es el mejor instrumento para una rápida obtención de la tutela judicial requerida. Sin embargo, creo que debemos reflexionar sobre este fenómeno en clave de garantía constitucional del justiciable y pensando en el objetivo final de lograr la mejor justicia posible en la resolución judicial de los conflictos.

Y en concreto, respecto del derecho a probar, al haber adquirido en España el rango de fundamental en nuestro sistema constitucional, tiene repercusión directa en el tema de los pactos procesales probatorios<sup>46</sup>. Ello

45 Literalmente, el e-mail recibido indicó: “Buenos días Joan: te informo que nos hemos reunido de urgencia la Junta Directiva y nos va resultar imposible realizar el ensayo. A fecha de hoy, lamentablemente no nos podemos comprometer a realizar 10 informes simultáneos y cumplir las fechas estipuladas”.

46 Cfr. PICÓ I JUNOY, J. (2018-1, 667-675).



no significa que no sean posibles, pues todos aquellos que potencien o favorezcan la actividad probatoria deben ser bienvenidos. Solo deberemos repensar la validez de los que limiten dicha actividad, esto es, reduzcan la capacidad de enjuiciamiento que pueda tener el juez sobre los hechos conflictivos respecto de los cuales se requiere su tutela. Desde la vertiente objetiva del derecho a la prueba, estamos en presencia de una norma fundamental del ordenamiento constitucional, por lo que su aplicación no es disponible por los particulares, lo que conlleva que todo pacto que suponga una limitación del derecho a la prueba deba reputarse nulo<sup>47</sup>.

En mi modesta opinión, el conjunto de las garantías constitucionales del proceso es innegociable, por lo que no pueden ser objeto de negociación privada por las partes. Este auge de los pactos privados se sustenta, entre otros, en la idea completamente abandonada de que el proceso civil es un negocio particular. Ciertamente, las concepciones privatistas del proceso como negocio particular o relación jurídica privada se encuentran desde hace tiempo superadas, a favor de una visión “publicista” o “social” del proceso, que lo concibe como el instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Si bien es cierto que lo discutido en el proceso civil tiene, por regla general, un carácter disponible o privado, ello no comporta que tales características puedan igualmente predicarse del proceso, pues el modo de desarrollarse el mismo no pertenece a los litigantes sino al Estado, único titular de la función jurisdiccional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de esta función.

## **2. ALCANCE LIMITADO DE LOS PACTOS PROCESALES PROBATORIOS.**

Partiendo de lo antedicho, es evidente que los pactos procesales probatorios tienen límites y, en concreto:

---

47 En este sentido, la STC 19/1985, de 13 de febrero, ya indicó que “el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto”. Y, de igual modo, la STS de 5 de noviembre de 1982 destacó la irrenunciabilidad de los medios probatorios, afirmando que “la única referencia en sentido prohibitivo de su operancia lo es respecto a la prueba testifical, a lo que es de añadir que, por imperativo de lo ordenado en el art. 1244 de nuestro citado código, tal prueba será admisible en todos los casos en que no se halle expresamente prohibida, precepto inderogable por voluntad de los particulares y que, por ende, hace incidir el convenio que desconociéndolo estipulen en la categoría de los “contrarios a las leyes” que el art. 1255 del repetido cuerpo legal establece como valladar a la libertad de pacto”.

a) Respecto a la iniciativa probatoria, en aquellos ordenamientos que permiten al juez dicha iniciativa está claro que las partes no pueden negarla por vía convencional debido al carácter imperativo de las normas procesales. Sin embargo, sí podría admitirse que en aquellos ordenamientos que no prevén dicha iniciativa probatoria del juez se facultara a las partes para permitírsela, pues ello maximizaría la eficacia del derecho fundamental a la prueba;

b) En relación con los medios de prueba, debemos preguntarnos, por ejemplo, si las partes pueden establecer que en caso de litigio sobre una determinada relación contractual no se podrá requerir la aportación de determinados documentos (o renunciar a cualquier otro medio de prueba). En función de la doble vertiente (objetiva y subjetiva) del derecho fundamental a la prueba<sup>48</sup> debemos diferenciar: (a) con carácter previo al litigio, debido a la vertiente objetiva de este derecho, es nulo cualquier pacto que limite su eficacia –es decir, esta garantía constitucional es del todo indisponible para las partes-; y (b) una vez iniciado el proceso, el aspecto subjetivo de este derecho hace que las partes sean libres de no solicitar la aportación de los citados documentos, siendo totalmente válida la “renuncia” al ejercicio procesal de dicho derecho<sup>49</sup>. Más conflictiva se plantea la posibilidad de pactar aspectos de los medios de prueba de manera diferente a lo previsto en la LEC. En mi modesta opinión, debido a la configuración legal de este derecho a la prueba -reconocida en numerosas sentencias del TC- si dicho pacto atenta contra la Ley no será válido (por ejemplo, aquel que admita la validez de una prueba ilícita -infringiendo los arts. 247 LEC y 11.1 LOPJ-). Pero si no la contradice –como, por ejemplo, sería la posibilidad de interrogar en juicio a la propia parte- el pacto probatorio sería válido;

c) En materia de reglas del *onus probandi*, al configurarse éstas en nuestra LEC como “reglas de juicio” dirigidas al juez (y no como “reglas de conducta o de iniciativa” destinadas a las partes) –art. 217.1 LEC-, es obvio que se encuentran fuera del ámbito de disponibilidad de los litigantes. En consecuencia, cualquier pacto privado que altere el contenido del art. 217 LEC será nulo<sup>50</sup>. Por el mismo motivo, está fuera de la disponibilidad de los litigantes fijar la concreta dosis de prueba para acreditar un hecho (así, por

48 Cfr. PICÓ I JUNOY, J. (1996, 17-18).

49 En este punto, es necesario saber diferenciar con nitidez la renuncia al contenido del derecho de la renuncia al ejercicio del derecho: lo primero será nulo -debido al aspecto objetivo del derecho fundamental a la prueba-, y lo segundo no -dado el aspecto subjetivo de este derecho-.

50 De igual modo, cfr. ESCALER BASCOMPTE (2017, 40) y ABEL LLUCH (2012, 401).

ejemplo, el pacto que establezca que para dar por probado un hecho será suficiente con la declaración de dos testigos, o para acreditar la vigencia del derecho extranjero no serán válidas las fotocopias o informaciones logradas por Internet, etc.). Todos estos pactos probatorios, en la medida en que inciden en la actividad enjuiciadora del juez, no son válidos ya que las partes no pueden disponer sobre poderes o facultades de terceros. Sin embargo, pueden considerarse válidos aquellos pactos referente a qué parte tiene mayor facilidad o disponibilidad a una determinada fuente de prueba (a efectos de aplicarse el art. 217.7 LEC), si bien no vinculan al juez al efectuar su enjuiciamiento fácticos de los hechos litigiosos<sup>51</sup>.

d) Finalmente, con referencia a la valoración de la prueba, es evidente que sus normas reguladoras al ir destinadas al juez hacen inviable cualquier pacto privado, pues no es posible disponer de algo que no se tiene. Al encontrarnos ante normas de *ius cogens*, todo pacto sobre valoración probatoria deberá reputarse nulo<sup>52</sup>. Así, por ejemplo, el que pudiera permitir la valoración judicial de una prueba ilícita sería inválido por contravenir los arts. 247 LEC y 11.1 LOPJ. O aquel que hiciese un listado de documentos de imposible valoración judicial, o el que indicase que la declaración de determinadas personas tendrá más -o menos- valor probatorio, tampoco serían válidos por vulnerar los arts. 326 o 376 LEC, respectivamente.

En definitiva, pese a la “modernidad” de los contratos o negocios procesales en el derecho comparado, en materia probatoria tienen un alcance muy limitado, pues solo serán válidos aquellos que tengan por objeto permitirle al juez la máxima actividad probatoria o facilitarle su enjuiciamiento de los hechos litigiosos.

### III. INDEPENDENCIA JUDICIAL Y PERICIAL

Una de las notas características de la función jurisdiccional es que se realice por jueces independientes e imparciales, y así lo reconocen los preceptos que recogen las garantías procesales de todos los instrumentos

---

51 PICÓ I JUNYOY (2018-3, 38-39), ESCALER BASCOMPTE (2017, 41-45) y MUÑOZ SABATÉ (2001, 190-191; 1988, 65).

52 En la misma línea, vid. ABEL LLUCH (2012, 366), quien además cita la STS de 8 de junio de 1998 (RJ 1998\4280), según la cual, dado el carácter de *ius cogens* de las normas de valoración de las pruebas, no está “al alcance de la voluntad de las partes, las cuales no impedirán su utilización en situaciones de incertidumbre, ni tienen resortes para modificar su estructura”.

internacionales de derechos humanos<sup>53</sup>. Pero en una sociedad tan tecnificada y especializada como la nuestra la independencia judicial puede verse afectada indirectamente. Como muy bien intuyó DAMASKA en el epílogo a su estudio *Evidence Law Adrift* “un síntoma del problema que se avecina es la creciente preocupación respecto de la función del perito designado por el tribunal continental. Incluso los jueces, a menudo, son incapaces de entender sus misteriosos informes. Se está extendiendo el miedo de que encubiertamente los tribunales están delegando su poder de decisión a un extraño sin legitimidad política. ¿Se está convirtiendo el servidor aparente del juez en su amo oculto?”<sup>54</sup>. Si ello es así, es claro que el control sobre la actividad del perito, esto es, su pérdida de independencia, comportará, en última instancia, un ataque a la necesaria independencia judicial. De ahí la exigencia de velar por la debida independencia pericial<sup>55</sup>.

Como es bien sabido, la independencia judicial suele definirse como la garantía procesal dirigida a permitir la plena libertad de actuación del juez frente a las posibles injerencias del resto de poderes del estado (tanto los legalmente establecidos -esto es, el poder ejecutivo y el legislativo- como los fácticos -a saber, los *mass media*, las instituciones financieras, etc-) así como de los provenientes del propio Poder Judicial, debiéndose de someter tan solo al sistema normativo<sup>56</sup>. Esta garantía de la independencia judicial despliega su eficacia en un momento previo al inicio de cualquier

53 Cfr. los arts. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

54 DAMASKA, M. (1977, 150-151).

55 Cfr. PICÓ I JUNOY, J. (2018-2).

56 A diferencia de la imparcialidad judicial, que suele definirse como la garantía procesal que pretende asegurar que el juez se encuentre en la mejor situación psicológica y anímica para emitir un juicio objetivo sobre el caso concreto ante él planteado. Por ello, en un intento de preservar en todo momento dicha imparcialidad, las leyes suelen prever distintos supuestos en los que debido a la estrecha vinculación del juez con un asunto concreto (bien con las partes o bien con el objeto litigioso) puede ponerse en entredicho su debida objetividad de enjuiciamiento. Y, en consecuencia, instauran mecanismos dirigidos tanto al propio juez (abstención) como a las partes (recusación) para cuestionar la posible falta de la citada objetividad. En este sentido, el TEDH reiteradamente define la imparcialidad como la “ausencia de prejuicios o parcialidades” necesaria para lograr “la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática” (párrafo 30 de la sentencia del caso Piersack, de 1 de octubre de 1982). Partiendo de este concepto de imparcialidad, el ECHR suele distinguir un doble alcance de la misma: (a) uno subjetivo, que se refiere a la convicción personal de un juez determinado respecto al caso concreto y a las partes, imparcialidad que debe ser presumida salvo que se demuestre lo contrario; y (b) y otro objetivo, que incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación respecto al objeto mismo del proceso, presumiéndose la falta de imparcialidad si no concurren las citadas garantías.

proceso<sup>57</sup>.

Mucho se ha escrito sobre la independencia de los jueces, y es lógico por cuanto detentan uno de los pilares esenciales de todo Estado Democrático y de Derecho. Sin embargo, los peritos no han recibido la misma atención. Y a diferencia de lo que sucede con la imparcialidad del perito, la referencia expresa a su independencia no suele aparecer en el derecho comparado. ¿Significa ello que no es exigible dicha independencia en los peritos? Creo que la respuesta debe ser negativa, esto es, sí es exigible la plena independencia del perito. Si por independencia hemos entendido la garantía procesal dirigida a permitir la plena libertad de actuación del juez frente a las posibles injerencias de cualquier poder del estado, debiéndose someter tan solo al sistema normativo, la independencia pericial debería conceptuarse como la garantía dirigida a permitir la plena libertad de actuación del perito frente a cualquier tipo de injerencia externa, debiéndose someter tan solo a su conocimiento científico, técnico o especializado de la materia sobre la que se le pide su dictamen. En consecuencia, el perito solo debe estar sometido a la *lex artis* de la profesión que ejerce. El único deber del perito de someterse a su *lex artis* es lo que garantiza su debida independencia, de igual modo que el único deber del juez de someterse al imperio de la ley es lo que también garantiza su debida independencia. Por este motivo, los códigos deontológicos de los peritos judiciales sí hacen referencia a su debida independencia poniéndolo en relación con la plena objetividad en su actividad, sometiéndose solo a la *lex artis* de su ámbito de conocimiento.

Además, implícitamente, el deber de independencia del perito se deriva de la necesaria independencia judicial: si esta última exige su pleno sometimiento a la ley y, para ello, precisa el conocimiento de los hechos que debe enjuiciar, en la medida en que ese conocimiento tenga un carácter científico, técnico o especializado necesitará del auxilio pericial, por lo que la falta de independencia del perito, indirectamente, se trasladará a la debida independencia del juez.

Una vez destacado el fundamento teórico y legal de la independencia pericial, debemos preguntarnos cuáles deben ser las condiciones necesarias mínimas para asegurarla. Si la independencia judicial o pericial se caracteriza por la protección frente a cualquier tipo de injerencia externa en la actividad del juez o perito, respectivamente, y, además, a la única sumisión del juez a

---

57 Mientras que la garantía de imparcialidad tiene lugar en el momento procesal, esto es, durante el desarrollo de la función jurisdiccional.

la ley y del perito a sus precisos conocimientos especializados, podremos encontrar dos condiciones mínimas necesarias para alcanzar una verdadera independencia pericial:

a) La primera, es que el perito debe actuar en su función profesional atendiendo solo a sus conocimientos especializados, por lo que nadie puede interferir en su enjuiciamiento científico o técnico sobre la materia objeto de dictamen: ni el juez ni las partes pueden darle instrucciones sobre cómo debe realizarlo desde la perspectiva de su metodología, forma de estudiar la cuestión problemática, pruebas o ensayos a efectuar, entre otros aspectos que inciden directamente en su resultado final (a lo sumo, pueden solicitarle que, en la medida de lo posible, sea más preciso o claro en la exposición del dictamen y/o conclusiones, entre otras cuestiones más formales que de fondo del dictamen)<sup>58</sup>.

En este sentido, la independencia del perito comporta la plena libertad en la redacción de su dictamen (atendiendo al objeto a peritar que le hayan marcado las partes y/o el juez), por lo que es libre de emplear el método de trabajo que estime mejor o más ajustado al objeto a peritar, de formular su informe como juzgue más correcto y de dar el sentido a sus conclusiones solo obedeciendo a su leal saber y entender, sin perjuicio de atender a las aclaraciones, observaciones o preguntas que puedan hacerle las partes y/o el juez. Para garantizarse un nivel suficiente y unificado de conocimientos especializados para los peritos podríamos pensar en la exigencia de que, al margen de los títulos oficiales propios acreditativos de dicho conocimiento, estuvieran asociados a una determinada institución o agrupación gremial que vele por su continua formación. Si el sometimiento único del perito a sus conocimientos especializados es la fuente legitimadora de su independencia, y estos conocimientos van evolucionando día a día, es obvio que una lógica garantía de aquella es que el perito mantenga actualizado su nivel de conocimientos. A través de su capacitación continuada se asegura que podrá actuar independientemente pues, de lo contrario, si depende del conocimiento de otras personas, es claro que pierde su independencia de

---

58 No obstante, dado que la actividad del perito se desarrolla dentro de un proceso, el único límite a su actividad debe venir por el ámbito fáctico sobre el cual se le requiere la elaboración de su dictamen. Debido a la vigencia en el proceso civil de los principios dispositivo y de aportación de parte, la función del perito vendrá limitada por los hechos objeto del litigio, razón por la cual a través de su dictamen no pueden introducirse hechos (o documentos) esenciales diferentes de los que conforman dicho objeto del debate procesal. Pero, en todo caso, la formación y expresión de la opinión especializada del perito debe ser libre dentro del objeto de su dictamen que, como hemos indicado, viene determinado por las partes y/o el juez.

criterio para pasar a someterse a la opinión o conocimientos de un tercero.

b) Y la segunda es la independencia económica de los peritos. Así, debo destacar que la posibilidad de injerencia en la independencia pericial puede venir por el control de los ingresos económicos del perito. Y aquí se plantea el grave problema de la independencia pericial de los peritos que trabajan para empresas de seguros, grandes entidades financieras, o cualquier otro tipo de institución para la que el perito desarrolla su actividad profesional. En este caso, la posibilidad de verse perjudicado económicamente si no responde a las expectativas de dichas empresas o instituciones puede incidir en su libertad de valoración de los hechos científicos o técnicos sobre los que se le requiere su dictamen. Sin embargo, desgraciadamente, es este un aspecto que suele pasar desapercibido entre los estudiosos de la prueba pericial.

Todo ello nos lleva a que deban preverse mecanismos eficaces para que el perito pueda denunciar cualquier posible ataque a su independencia. De nada sirve prever la necesaria independencia pericial si no se establecen instrumentos legales dirigidos a garantizarla. Y en este punto pueden articularse diversos niveles de protección de la independencia pericial:

a) El establecimiento de un estatuto jurídico del perito que, de manera precisa y concreta, fije las condiciones de actuación independiente del perito. Solo preestableciendo sus derechos y deberes, incluyendo el régimen de incompatibilidades, inhabilitaciones, prohibiciones, inamovibilidades, etc. (como así se prevé, por ejemplo, con los jueces) se está en plenas condiciones de controlar su efectivo cumplimiento. Es imprescindible regular todas las situaciones personales y profesionales susceptibles de afectar a la independencia pericial, y especialmente cuando el perito judicial presta servicios o asesoramiento privado a compañías de seguros, entidades financieras o crediticias, etc., que luego se ven inmersas como parte en el concreto litigio en el que pretende intervenir dicho perito. Por ello, a nivel europeo, se entiende el interés del propio colectivo de peritos judiciales para establecer dicho régimen jurídico (así, por ejemplo, debe destacarse la “Guía de buenas prácticas de la pericia judicial civil en la Unión Europea” de la *European Expertise & Expert Institute* de octubre de 2015 ; y las “Líneas directrices sobre el papel de los peritos nombrados por un tribunal en los estados miembros del Consejo de Europa” de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia de diciembre de 2014).

b) El establecimiento de instituciones públicas o privadas con potestad de denunciar la posible vulneración de la debida independencia pericial. Si estamos ante peritos de parte, suelen existir asociaciones o institutos profesionales que, debidamente acreditados u homologados por el Estado, podrían velar por dicha independencia de sus afiliados frente a cualquier denuncia de vulneración de la independencia pericial. Y con referencia a los peritos judicialmente designados, si son funcionarios públicos podrían aprovecharse las instituciones que hoy en día les representen y que ya existan para canalizar dichas denuncias; y si son profesionales libres podrían acudir a las citadas asociaciones e instituciones privadas.

c) O la fijación de un régimen sancionador frente a las intromisiones indebidas a la independencia pericial, pudiendo existir aquí tanto las “sanciones” procesales (desde simples advertencias del juez dirigidas a cualquier interviniente en el proceso que intenta interferir en la independencia pericial hasta multas) como el establecimiento de tipos penales específicos.

#### IV. REFLEXIÓN FINAL

El derecho probatorio, al igual que la ciencia, está más vivo que nunca. Si bien los avances normativos van por detrás de los tecnológicos, como es lógico que así suceda, el derecho probatorio está intentando adaptarse a los continuos cambios que surgen en nuestra moderna sociedad.

Una interpretación de la LEC adaptada a la realidad social que vivimos permite resolver el problema de la introducción de las nuevas fuentes probatorias al proceso. Debido a la constitucionalización del derecho a la prueba, todas aquellas no expresamente previstas en la LEC deben permitirse acceder al proceso como prueba, por lo que es menester efectuar una interpretación constitucional del sistema procesal que facilite dicha actividad probatoria. Este es el caso, por ejemplo, del uso la fRMI para detectar la mendacidad en la declaración judicial de los testigos, partes o peritos, si bien ello debe realizarse con las debidas garantías: que haya voluntariedad en la persona que declara –por lo que no se la puede obligar a someterse a esta prueba-; que se realice siguiendo las pautas que marca la comunidad científica, debiéndose documentar en un informe pericial, que deberá poder ser contradicho por la parte contraria –para garantizar su



derecho de defensa y contradicción-; y que se someta a la sana valoración judicial junto al resultado del resto de la prueba practicada.

Por el mismo tipo de argumentación, todo lo que comporte restringir el ámbito de vigencia del derecho fundamental a la prueba debe someterse a crítica. Este es el caso, por ejemplo, de los contratos o negocios procesales que tan en auge están en el derecho comparado: en materia probatoria deberían poseer un alcance muy limitado, pues solo serán válidos aquellos que tengan por objeto permitir al juez la máxima actividad probatoria o facilitarle su enjuiciamiento de los hechos litigiosos. Y es lógico que tengan ese alcance reducido porque, en última instancia, no debemos olvidar que la prueba es la actividad dirigida al juez para que pueda efectuar su justo enjuiciamiento, por lo que todo lo que sea restringir dicha actividad no solo afectará a las partes, sino también a la correcta función jurisdiccional del juez.

Y, finalmente, otro problema del moderno derecho probatorio que se deriva de la continua tecnificación de la sociedad es la posible pérdida, indirecta, de independencia del juez. Si cada vez se necesitan más conocimientos especializados, es evidente que el juez puede estar condicionado –aún sin saberlo– en su función jurisdiccional si quien interviene en el proceso es un perito sin independencia (entendida ésta como sometimiento único a su *lex artis*). De ahí la necesidad de preverse mecanismos eficaces para asegurar que en el proceso solo intervienen peritos totalmente independientes, así como articularse instrumentos legales para denunciar cualquier posible ataque a esta independencia pericial.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, X. (2019), *La impugnación de la prueba electrónica*, en “Justicia”, núm. 1, pp. 217 a 266.

- (2012), *Derecho Probatorio*, edit. J. M<sup>a</sup>. Bosch editor, Barcelona.

- con PICÓ I JUNOY, J. –directores- (2011), *La prueba electrónica*, J.M<sup>a</sup>. Bosch, Barcelona.

AGUILAR GUALDA, S. (2019), *La prueba digital en el proceso judicial*, edit. J.M<sup>a</sup>. Bosch, Barcelona.

ANDINO, J.A, RAMOS, F, y RÍOS, Y. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Spanish National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

ARRABAL PLATERO, P. (2019), *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia.

BABOOLAL-FRANK, R. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, South African National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

BLÉRY, C. y TEBOUL, J.P. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, French National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

BUENO DE MATA, F., (2014), *Prueba Electrónica y Proceso 2.0*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia.

BUSTAMANTE, M., MAZUERA, A., AGUDELO, D., PABÓN, L., TORO, L., y VARGAS, O. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Colombian National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

CAPRA, D. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, USA National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

COSTA E SILVA, A.P. y RUIVO, L. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Portuguese National Report,

“XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

DAMASKA, M. (1997), *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven & London (la paginación del texto se corresponde con su versión al español publicada con el título “El derecho probatorio a la deriva”, traducción de Joan Picó i Junoy, edit. Marcial Pons, Madrid, 2015).

DELGADO MARTÍN, J. (2019), *¿Cómo afrontar la complejidad de la prueba digital? Una visión práctica para los profesionales del Derecho*, en “Derecho digital e innovación”, abril-junio.

- (2018), *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, 2ª edición, editorial Wolters Kluwer – La Ley, Madrid.

- (2015), *La prueba del Whatsapp*, en “La Ley” núm. 5350, de 15 de septiembre, D-331.

DENAULT, V., PLUSQUELLEC, P., JUPE, L. M., ST-YVES, M., DUNBAR, N. E., HARTWIG, M., SPORER, S. L., RIOUX-TURCOTTE, J., JARRY, J., WALSH, D., OTGAAR, H., VIZITEU, A., TALWAR, V., KEATLEY, D. A., BLANDÓN-GITLIN, I., TOWNSON, C., DESLAURIERS-VARIN, N., LILIENFELD, S. O., PATTERSON, M. L., AREH, I., ALLAN, A., CAMERON, H. E., BOIVIN, R., TEN BRINKE, L., MASIP, J., BULL, R., CYR, M., HOPE, L., STRÖMWALL, L. A., BENNETT, S. J., AL MENAIYA, F., LEO, R. A., VREDEVELDT, A., LAFOREST, M., HONTS, C. R., MANZANERO, A. L., MANN, S., GRANHAG, P.-A., ASK, K., GABBERT, F., GUAY, J.-P., COUTANT, A., HANCOCK, J., MANUSOV, V., BURGOON, J. K., KLEINMAN, S. M., WRIGHT, G., LANDSTRÖM, S., FRECKELTON, I., VERNHAM, Z., VAN KOPPEN, P. J. (2020), *The analysis of nonverbal communication: The dangers of pseudoscience in security and justice contexts*, en “Anuario de Psicología Jurídica” (2020) 30 1-12 (see <https://journals.copmadrid.org/apj/art/apj2019a9>; fecha de consulta: 13 de febrero de 2020).

DONDI, A. y COMOGLIO, P. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Italian National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

ESCALER BASCOMPTE, R. (2017), *La carga de la prueba*, edit. Atelier, Barcelona.

FABIANI, E. (2008), *I poteri istruttori del giudice civile*, Edizioni

Scientifiche Italiane, Napoli.

FIOUX, J.L. (2011), *Indépendance, impartialité et conflit d'intérêts chez l'expert*, en "Experts" n° 98, October, 20-21.

FLAGA-GIERUSZYŃSKA, K. y KLICH, A. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Polish National Report, "XIV World Congress on Procedural Law IAPL" (Kobe, noviembre 2019).

FUENTES SORIANO, O. y ARRABAL PLATERO, P. (2019), *Impugnación de la prueba tecnológica: práctica de prueba instrumental y exigencia de un "principio de prueba"*, en "Revista General de Derecho Procesal", núm 47.

- (2018), *Videos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones procesales*, en "Práctica de Tribunales", núm. 135.

GARCIMARTÍN MONTERO, R. (2018), *Los medios de investigación tecnológicos en el proceso penal*, edit. Aranzadi, Cizur Menor.

GIANNINI, L. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Argentinian National Report, "XIV World Congress on Procedural Law IAPL" (Kobe, noviembre 2019).

GOLDMAN, E. (2018), *Emojis and the Law*, en "Washington Law Review", vol. 9: 1227-1291.

GÓMEZ FRÖDE, C. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Mexican National Report, "XIV World Congress on Procedural Law IAPL" (Kobe, noviembre 2019).

GREELY, H.T., y WAGNER, A. (2011), *Reference Guide on Neuroscience*, en "Reference Manual on Scientific Evidence", 3ª edición, The National Academies Press, Washington, pp. 807-808.

GUIMARAES RIBEIRO, D. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Brazilian National Report, "XIV World Congress on Procedural Law IAPL" (Kobe, noviembre 2019).

HARSÁGI, V. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Hungarian National Report, "XIV World Congress on Procedural Law IAPL" (Kobe, noviembre 2019).

JULIA PIJUAN, M. (2020), *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada. Una reflexión acerca de la neuropredicción*, edit. Marcial Pons, Madrid.

LIBANO BERISTAIN, A. (2015), *Neurociencia y proceso penal*, en “Justicia”, núm. 2, pp. 239 a 266.

LÖSING, N. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, German National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

MARCUS, R. (2019), *US experience with the challenges of electronic evidence*, USA National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

MATSUMOTO, D., y HWANG, H. C. (2018), *Microexpressions differentiate truths from lies about future malicious intent*, en “Frontiers in Psychology” 9, 1-11 (<https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2018.02545/full>; fecha de consulta: 13 de febrero de 2020).

MOHSENI, H. y M. ELSAN, M. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Iranian National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

MUÑOZ SABATÉ, LI. (2001), *Fundamentos de prueba judicial*, edit. J. M<sup>a</sup>. Bosch editor, Barcelona.

- (1988), *Las cláusulas procesales en la contratación privada*, edit. J. M<sup>a</sup> Bosch editor, Barcelona.

NIEVA FENOLL, J. (2018), *Inteligencia artificial y proceso judicial*, edit. Marcial Pons, Madrid.

- (2013), *Proceso judicial y neurociencia: una revisión conceptual del derecho procesal*, en “Neurociencia y proceso judicial”, directores Michele Taruffo y Jordi Nieva, edit. Marcial Pons, Madrid, pp. 169 a 184.

NYLUND, A. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Norwegian National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

PARDO, M. y PATTERSON D. (2010), *Philosophical foundations of Law*

and MAUCOBSCIONA/KANE, University of Illinois at Urbana-Champaign, Westport, St Paul  
(1950, especialia) 7 edición, t. 29 91. a 93.

PERULLI, W. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, San 14 National Report, Zetivny (JL) 26/2019 on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

PEREIRA, S. y BARREIRO, V. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Uruguayan National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

PÉREZ GIL, J., (2010), *El conocimiento científico en el proceso civil: ciencia y tecnología en tela de juicio*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia.

PICHÉ, C. y GAUTRAIS, V. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Canadian National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

PICÓ I JUNOY, J. (2019-1), *Some current situations and problems regarding with the new types of evidence*, en “Challenges for Civil Justice As We Move Beyond Globalization and Technical Change. XVI World Congress on Procedural Law IAPL”, Kobe (Japón), pp. 546-596.

PICÓ I JUNOY, J., DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., y ANDINO LÓPEZ, J.A. (2019-2), *Examen de un nuevo método de detección judicial de la mentira*, en “La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria”, director Joan Picó Junoy, edit. J.Mª. Bosch, Barcelona, pp. 267 a 275.

- (2018-1), *A vueltas con los pactos procesales probatorios*, en “Evidence in the process. La prueba en el proceso”, edit. Atelier, Barcelona, pp. 667 a 677.

- (2018-2), *La debida independencia del pericial judicial*, en “Justicia”, núm. 1, pp. 57 a 84.

- (2018-3), *La facilidad y disponibilidad probatoria ex art. 217 LEC ¿En qué consisten?*, en “La prueba civil a debate judicial”, directores Joan Picó, Xavier Abel y Berta Pellicer, edit. Wolter Kluwer, Madrid, pp. 35 y ss.

- (2013), *La prueba del dolor*, en “Neurociencia y proceso judicial”, directores Michele Taruffo y Jordi Nieva, edit. Marcial Pons, Madrid, pp.

83 a 96.

- (2007), *El juez y la prueba*, edit. J.M<sup>a</sup> Bosch editor, Barcelona.

- (2001), *La prueba pericial en el proceso civil español*, edit. J.M<sup>a</sup>. Bosch, Barcelona.

- (1996), *El derecho a la prueba en el proceso civil*, edit. J.M<sup>a</sup> Bosch editor, Barcelona.

PRIORI, G. y PÉREZ-PRieto, R. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Peruvian National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

PUIG FAURA, S. (2015), *La prueba pericial informática en el procedimiento civil*, edit. Wolters Kluwer, Madrid.

RICHARD GONZÁLEZ, M. (2017), *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, edit. Wolters Kluwer, Madrid.

SANCHEZ RUBIO, A. (2019), *La prueba científica en la justicia penal*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia.

SANTOS MARTÍNEZ, A.M. (2017), *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*, edit. Bosch, Barcelona.

SHEN, K.L. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Taiwanese National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

SORABJI, J. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, English and Welsh National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

STAGNARA, M. (2005), *L'expert d'assurance est-il indépendant*, en “Experts”, n<sup>o</sup> 68, March, 32-33.

SZABO, N. (2016), *Foreword to “Smart Contracts: 12 Use Cases for Business & Beyond*, Chamber of Digital Commerce, Washington, D.C. (<http://digitalchamber.org/assets/smart-contracts-12-use-cases-for-business-and-beyond.pdf>).

- (1996), *Smart Contract*, Building Blocks for Digital Markets.

Taelman, P. y Vandebussche, W. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Belgian National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

Taruffo (2009), *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Editori Laterza, Bari.

Tega, H. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Japanese National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

Uzelac, A. (2019) *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Croatian National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

Van Rhee, C.H. y Uzelac, A. –editors- (2015), *Evidence in Contemporary Civil Procedure*, edit. Metro, Cambridge.

Vigneau, V. (2015), *L'indépendance de l'expert vis-à-vis du juge*, en “Experts”, n.º. 120, June, 25-26.

Villamarín López, M<sup>a</sup>. L. (2015), *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal. El uso del escáner cerebral (fMRI) y del brainfingerprinting (P300)*, edit. Marcial Pons, Madrid.

Zhiyuan, G. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Chinese National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).