

LA LEY Probática

Octubre-Diciembre 2020 | **02**

Acerca del falso testimonio, *Jorge F. Malem*
Seña

Juicios telemáticos y garantías procesales en materia de prueba,
Rosa Mendez Tomás
y Rubén Hernán Donoso Paredes

EN PRIMERA PERSONA
→ **Angels Gomis Masqué**

DIRECCIÓN
Dr. Frederic Munné Catarina

 Wolters Kluwer

Equipo Editorial

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

Ana María Gómez Megías (Responsable de contenidos Revistas de Derecho Privado)
ana.maria.gomez@woltreskluwer.com

Ana Belén Corral Moraleda (Redacción) ana.belen.corral@external.wolterskluwer.com

ISSN Electrónico: 2660-4191

Diseño por Wolters Kluwer España, S.A.

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

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

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

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

Nota de la Editorial

El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

LA LEY Probática

Dirigida a juristas y otros colaboradores de la Justicia interesados en la semiótica, en cómo probar los hechos y en el Derecho probatorio. Editada en colaboración con la Asociación de Probática y Derecho Probatorio.

DIRECCIÓN

Dr. Frederic Munné Catarina (*Abogado. Doctor en Derecho*)

SUBDIRECCIÓN

Dr. Manuel Richard González (*Profesor Titular de Derecho Procesal. UNAV*)

CONSEJO DE REDACCIÓN

Xavier Abel Lluch (*Magistrado. Doctor en Derecho*)

María José Achón Bruñén (*Doctora en Derecho Procesal*)

Julio Banacloche Palao (*Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid*)

Sonia Calaza López (*Catedrática de Derecho Procesal. Directora del Departamento de Derecho procesal de la UNED*)

Joaquín Delgado Martín (*Magistrado. Doctor en Derecho*)

Jesús Manuel Dolz Lago (*Fiscal del Tribunal Supremo*)

Rosa Méndez Tomás (*Magistrada*)

Lluís Muñoz Sabaté (*Abogado. Profesor Titular de Derecho Procesal. Universitat de Barcelona*)

Juan Pablo Nieto Mengotti (*Fiscal*)

Rafael Orellana de Castro (*Abogado. Doctor en Derecho. Presidente de la Associació Catalana de Perits Judicials i Forenses*)

Vicente Pérez Daudi (*Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de Barcelona*)

Joan Picó Junoy (*Catedrático de Derecho Procesal. Universitat Pompeu Fabra Barcelona*)

Luis Rodríguez Pitarque (*Abogado. Presidente de la Sección de Procesal ICAB*)

SUMARIO

EDITORIAL

TRIBUNA

- Acerca del falso testimonio, *Jorge F. Malem Seña*
- Algunas divergencias recientes frente a la doctrina jurisprudencial dominante en materia de aplicación del derecho extranjero, *Piedad Gonzalez Granda*

EN PRIMERA PERSONA

- Angels Gomis Masqué «In personam»

PRACTICA FORENSE

- El dictamen pericial actuarial de valoración de las indemnizaciones por lucro cesante y daño emergente. Excepciones en las tablas de la Ley 35/2015, *Olga Torrente Pascual*
- Testamentos ológrafos y Covid, *Mireia Hernández Esteban*
- Pericial contable: el texto refundido de la Ley Concursal y DDL aprobados con motivo de la Covid-19, *Luis Ojeda Arnal y José Carlos Ojeda Arnal*

DOSIER DE PROBÁTICA

- Relevancia y admisibilidad de la prueba: un estudio de derecho comparado, *Juan Antonio Andino López*

JURISPRUDENCIA DE DERECHO PROBATORIO

- Sobre el valor como prueba de las declaraciones de terceros contenidas en el informe pericial a propósito de la STS 440 de 10 de septiembre de 2020, *Manuel Richard González*

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

- Admisión del uso de los datos de geolocalización del vehículo por parte de la empresa para fundar un despido disciplinario por uso del mismo fuera de la jornada de trabajo, *Manuel Richard González*

- Criterios para la declaración en juicio de los menores de edad. Tratamiento procesal de la dispensa para no declarar del menor que carece de madurez suficiente cuando existe vinculación familiar con el acusado. Valor de las diligencias de instrucción para fundar la condena del acusado, *Manuel Richard González*

LA PRUEBA A DEBATE

- Juicios telemáticos y garantías procesales en materia de prueba, *Rosa Mendez Tomás y Rubén Hernán Donoso Paredes*

ACTUALIDAD PROFESIONAL

- A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo 167/2020 y de las cámaras ocultas, *Julian García Marcos*
- Valor probatorio de los informes periciales biomecánicos en los accidentes de circulación leves o de baja intensidad, *Luis Rodríguez Pitarque*

PASATIEMPOS PROBATORIOS

- ¿Jura por su pico decir toda la verdad?, *Enrique de Madrid Avila*

Colaboradores en este número

Juan Antonio Andino López

Abogado. Doctor en Derecho. Profesor Asociado de la Universitat Pompeu Fabra (UPF)

Rubén Hernán Donoso Paredes

Abogado Universidad de Chile, LLM Universidad de Sydney Australia

Juez de Garantía de la ciudad de Graneros, Chile

Piedad González Granda

Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de León

Julián García Marcos

Magistrado titular del Juzgado de Instrucción Número Tres de Donostia San Sebastián

M.ª Àngels Gomis Masqué

Magistrada miembro de la sección 13 de la Audiencia Provincial de Barcelona

Mireia Hernández Esteban

Perito Calígrafo. Experta en Lingüística Forense. Miembro de la Associació Catalana de Perits Judicials i Forenses

Enrique de Madrid Dávila

Detective Privado. Profesor de Investigación Privada y Seguridad en Universitat de Barcelona. Ex-Vicepresidente del Ilustre Colegio Oficial de Detectives Privados de Cataluña

Jorge F. Malem Seña

Prof. de Teoría y Filosofía del Derecho. Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

Rosa M. Méndez Tomás

Magistrada. Profesora Ordinaria Área procesal-civil Escuela Judicial del CGPJ

Luis Ojeda Arnal

Miembro de la Associació Catalana de Pèrits Judicials i Forenses.

José Carlos Ojeda Arnal

Miembro de la Associació Catalana de Pèrits Judicials i Forenses.

Manuel Richard González

Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA. Miembro de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio

Luis Rodríguez Pitarque

Abogado

Olga Torrente Pascual

*Perito Judicial. Miembro de la Associació Catalana de Perits Judicials i Forenses. Economista-Actuaria de Seguros. Gabinet
Torrente Asesores Asociados, S.L.*

Editorial

Frederic Munné

Abogado. Doctor en Derecho

Director de LA LEY Probática

Con motivo de la reciente Sentencia 20/2020 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 21 octubre 2020, en la que se absuelve a D. Josep Lluís Trapero Álvarez, a D^a. Teresa Laplana Cocera, a D. Pere Soler Campins y a D. César Puig i Casañas de los delitos de sedición y desobediencia, y en la que se afirma de forma reiterada que «... no hay elemento probatorio alguno de ...», en ciertos medios de comunicación se llegó a afirmar que los allí acusados «habían acreditado su inocencia». Como si pudiera probarse la inocencia! Es inocente quien no ha cometido un delito, es decir quien no ha llevado a cabo ningún hecho tipificado sancionable penal o administrativamente. Entoces ¿Cómo podemos probar un hecho negativo?

Hace ya unos años el Prof. SERRA DOMINGUEZ afirmaba algo que sigue plenamente vigente, cuál es que hay todavía hoy vigentes «falsas normas de presunciones» que no se corresponden en absoluto con las presunciones legales y judiciales que se recogen en los arts. 385 y 386 LEC 1/2000. De entre esas falsas presunciones a las que se refería el profesor (presunción de buena fe, presunción de culpa, etc.) destaca sobremanera la **presunción de inocencia**, que tal como se emplea en el derecho penal no constituye una verdadera presunción, sino una regla de *onus probandi*. Y es que, en efecto, no se trata de una presunción legal que dispense de la prueba de un hecho presunto a la parte favorecida por ella, ni de una presunción judicial por existir un hecho base o indicios probados sobre los que se asiente otro hecho presunto, de forma que exista entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

En realidad lo que consagra el art. 24 CE es precisamente que la inocencia no hay que probarla, puesto que uno es inocente no porque se infiera de la norma o del razonamiento judicial a partir de otros hechos base o indicios, sino porque toda persona resulta supuestamente ajena a aquello de lo que se le acusa mientras no se logre torcer ese **principio de inocencia**, informador de nuestro Ordenamiento jurídico. Corresponde la carga de probar los hechos a quien afirma su comisión y su autoría, no a quien los niega. Hay que probar los hechos por parte de quien afirma que los mismos han tenido lugar, y no al revés exigiendo probar el «no hecho» o la inexistencia del hecho, puesto que equivaldría a exigir una *probatio diabólica*.

En definitiva, no se acredita la inocencia, como parecía afirmar algún periodista, sino precisamente lo contrario. Hay que probar la culpabilidad y en caso contrario no es que se presuma la inocencia, a pesar de la dicción literal de la expresión legal, sino que no se ha probado la culpabilidad y en tanto ello no se acredite, el denunciado es *per se* inocente y no puede ser condenado. Demasiado a

menudo se soslaya esta regla de carga de la prueba, en que consiste este «principio de inocencia», por algunos medios de comunicación, en una suerte de condena social anticipada (a modo de «difama que algo queda») contraria a la esencia de un Estado de Derecho, que perjudica la imagen y la solvencia internacional de nuestro país.

Acerca del falso testimonio

Jorge F. Malem Seña

*Prof. de Teoría y Filosofía del Derecho
Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.*

Resumen: El delito de falso testimonio exige para su consumación que el testigo mienta, sobre hechos que sabe y se le preguntan ante la autoridad judicial, en cuestiones relevantes, útiles y pertinentes. Sin embargo, la jurisprudencia añade que al testigo se le exige que declare la verdad «tal como se le representa» y que la falsedad sea «insincera», dolosa, de modo que exige en el testigo una falta de coherencia tras un juicio de contraste con el resto de las pruebas practicadas, es decir con la verdad judicial expresada en la sentencia, no necesariamente coincidente con el hecho histórico.

1. INTRODUCCIÓN

Cualquier concepción plausible sobre un Estado democrático debe aceptar que un individuo solo puede ser legítimamente sancionado mediante una sentencia judicial si ha cometido la acción que se le imputa. De otra manera, las libertades fundamentales serían un mero espejismo y el ciudadano quedaría a merced de un posible arbitrio judicial incompatible con el imperio del derecho.

Esta es una razón suficiente para exigir que los enunciados formulados por los jueces sobre los hechos que se consideran probados sean verdaderos, es decir, se correspondan con la realidad. Y aunque existen otras razones importantes que avalan igual demanda de verdad sobre los enunciados fácticos en los argumentos de las decisiones judiciales no haré mención de ellas en esta oportunidad (1).

Un mecanismo utilizado tradicionalmente para conocer la verdad acerca de los hechos objeto de un proceso es la declaración prestada por testigos, sean directos o de referencia. La apelación a este tipo de prueba como criterio veritativo no opera únicamente en el ámbito judicial, sino también en el desarrollo de la vida cotidiana. Puede imaginarse, a modo de ejemplo, a un turista que visita por primera vez una ciudad y solicita a otra persona información sobre una calle, una plaza o una determinada dirección. Si obtiene una respuesta afirmativa, normalmente aceptará la verdad de las indicaciones proferidas. La afirmación de una persona, y más si se produce en contextos formalizados, constituye un motivo para aceptar la verdad de sus dichos (2). De otra manera, la vida social se haría muy difícil de ser vivida (3).

No es de extrañar, entonces, que la declaración de terceros respecto de las partes del proceso haya sido uno de los medios de prueba que con más fruición se prodigaron en los procedimientos

judiciales con el fin de condenar o absolver a los acusados en materia penal o a los demandados en cuestiones civiles.

Pero en el devenir tribunalicio es posible encontrar una gran cantidad de declaraciones testificales cuyos contenidos no son verdaderos. Se han señalado varias causas al respecto. Algunas están vinculadas a las capacidades cognitivas o a las facultades intelectuales del testigo, otras a su disposición o intención de decir la verdad (4). Y no faltan aquellas que ponen el acento en la naturaleza de los acontecimientos sobre los cuales se depone que resulta difícil de captar por su velocidad, infrecuencia o rareza, por ejemplo.

Por ello, el derecho establece distintos instrumentos destinados a que los jueces puedan conocer la verdad sobre los hechos causantes del litigio o evitar que cometan, al menos, errores groseros. Entre estos mecanismos se cuenta que los testigos deben formular declaraciones relevantes y veraces a los fines del enjuiciamiento en liza. Así, impone a determinados sujetos la obligación de declarar, a la vez que permite que determinadas personas puedan abstenerse de hacerlo en virtud de su parentesco, amistad o enemistad manifiesta o vinculación mercantil o profesional respecto de quien ha de prestar testimonio. También establece como una medida para desincentivar las declaraciones mendaces que pudieran confundir al tribunal el delito de falso testimonio y de perjurio, en ocasiones con penas gravísimas (5).

En este lugar analizaré solo algunos aspectos del delito de falso testimonio (6), a pesar de las escasas sentencias condenatorias existente en algunas jurisdicciones como la española. Como es sabido, existe una extensa discusión doctrinal y también jurisprudencial acerca de ese delito. No pasaré revista a todas las cuestiones involucradas en ese debate, me interesa examinar solo su vinculación con la idea de mentira. Para ello presentaré un concepto de falso testimonio tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial. Consideraré luego la idea de mentira para concluir sobre la compatibilidad y relación entre ambas nociones.

2. CONCEPTO DE FALSO TESTIMONIO

Dado que el falso testimonio es un delito establecido en prácticamente todos los sistemas jurídicos y, sobre todo, una práctica de larga data, no resulta sorprendente que su noción y regulación hayan mudado con el tiempo. Una de las concepciones que más estrechamente establece la conexión entre el falso testimonio y la mentira es la ejemplificada por Enrique Jiménez Asenjo.

En su bien conocido trabajo, sostiene que el falso testimonio es «aquella manifestación o declaración verificada por una persona constituida solemnemente en juicio, para que produzca un efecto procesal determinado. Es así, por tanto, testimonio falso el que se hace allí conscientemente faltando a la verdad. Es la mentira solemnemente prestada en los estrados de la justicia oficial» (7).

Según el autor de marras, el propio nombre, falso testimonio, pondría de relieve su esencia natural, el de ser una falsedad expresada en una mentira ante un juez. El falsario manifestaría, en ese sentido, algo contrario a la verdad o al menos distinto de la verdad. Se trataría, pues, de una falsedad personal e intencional cuya finalidad es ofrecer una ventaja al propio dicente o una desventaja

contra quien se presta. Al hacerlo, violaría el deber cívico de declarar la verdad, que forma parte de la máxima moral general no mentirás, con el objeto de conducir al juez a un error en el fallo (8).

La noción de falso testimonio ofrecida por la jurisprudencia española coincide parcialmente con la anterior. El Tribunal Supremo ha intentado afinar su concepto en varias de sus sentencias. Así, en sus opiniones, este delito se caracterizaría, después de la reforma del código penal de 1995, como sigue (9).

Es un delito especial y propio, ya que solo lo puede cometer el testigo ante sede judicial. No se consume, pues, en ámbitos administrativos. Y el *extranei* puede participar como inductor pero no como cooperador necesario.

Es un delito de peligro abstracto, de mera actividad, y no requiere resultado alguno para su consumación, sin perjuicio de que el dictado de una sentencia condenatoria se prevé como una condición objetiva de punibilidad. Para su consumación es suficiente que «la falsedad potencialmente pueda incidir en la decisión del Juez o Tribunal, sea cual sea. Esta es la causa por la que en el procedimiento criminal puede cometerse tanto en fase de Instrucción como de Plenario» (10). De igual modo lo recoge la doctrina, «la protección penal de la verdad de la prueba tiene como objeto evitar el peligro de un juicio equivocado sobre los datos que pueden presentar relevancia jurídica; la tutela se fundamenta pues en el peligro de una lesión, ya que para que el delito se configure no es necesario que haya determinado un juicio errado y además no es necesario que el hecho equivocado concierna a un hecho de segura relevancia jurídica, es suficiente con que pueda tenerla» (11).

Es un delito contra la Administración de Justicia. Se persigue el falso testimonio por su capacidad potencial para sesgar las decisiones del juzgador, ya que el testimonio es un medio de prueba sobre el cual el juez puede elaborar la premisa fáctica del silogismo judicial. «además, actúa como elemento distorsionador del conjunto probatorio dejando sin base los fundamentos de hecho sobre los que se construye el artículo 741 LECrim, en cuanto tiene potencialidad de inducir a error al Juez y provocar una resolución injusta con quebranto de uno de los valores superiores del Ordenamiento o "superprincipios" que proclama el artículo 1 de la Constitución como sustentadores de toda la arquitectura constitucional: la Justicia.

No sólo eso, pues los efectos de esta conducta son más concretos. Así, esta clase de comportamiento falsario produce daño, a veces irreparable, a los específicos derechos e intereses de los partícipes o afectados por el proceso en que tiene lugar, pues el falso testimonio no sólo lesiona un interés general o abstracto de la sociedad y, además, este interés general se lesiona a través de los derechos concretos a los que afecta» (12).

En ese sentido, su práctica perseguiría acreditar o desacreditar potencialmente las tesis de los litigantes. «Esta es la razón fundamental por la que, en una sociedad democrática, el falso testimonio es tipificado como delito en la Ley penal» (13).

El falso testimonio es siempre, además, un acto intencional. Desde el punto de vista subjetivo

requiere dolo directo (14) , ya que no se puede mentir por imprudencia. «El tipo delictivo descrito tiene un dolo inherente que no exige más que abarcar la lesión jurídica que pueda producir consciente y voluntariamente, para que el dolo característico de este delito alcance realidad, sin que sea necesaria la intención adicional de provocar un determinado perjuicio en la Administración de Justicia» (15) .

Desde el punto de vista objetivo, por otra parte, la falsedad ha de recaer sobre hechos, no sobre juicios de valor o meras opiniones. Y ha de referirse a los aspectos esenciales de las cuestiones sobre las que versa el enjuiciamiento.

El falsario, según la fórmula canónica utilizada por los tribunales, se aparta sustancialmente de la verdad o al menos tal como ésta se le representa. Miente en lo que sabe y se le pregunta.

La mentira, pues, parece ocupar un lugar preponderante en el delito de falso testimonio, tanto desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial. Pero no conviene olvidar aquí que el concepto de mentira también es controvertido.

3. EL CONCEPTO DE MENTIRA

Los seres humanos suelen mentir. Lo hacen en la niñez, en la juventud y en su vida adulta. Hay quienes mienten esporádicamente, otros de forma compulsiva. Se miente por una multiplicidad de motivos y con diversos objetivos. La mentira está tan imbuida en las prácticas sociales que pareciera formar parte de nuestra naturaleza, sea ésta cual fuere. Y no hay prácticamente ninguna sociedad que se conozca donde la mentira sea inexistente.

Se miente en asuntos que afectan a la moral, al derecho, a la actividad económica, al deporte o a la gastronomía. Tampoco es de suponer que exista un ámbito de la actividad humana exenta de toda mentira. Y el uso de la mentira no parece circunscribirse únicamente a los seres humanos. Se suele afirmar que algunos animales también mienten y no faltan voces que denuncian que hasta los dioses mienten.

No obstante ello, existen discrepancias acerca de lo que significa mentir. Según James E. Mahon, la definición tradicional de mentira está compuesta por cuatro condiciones necesarias. La primera —condición de declaración—, requiere que una persona formule una declaración. La segunda —condición de falsedad—, requiere que el autor crea que su declaración es falsa. La tercera —condición del destinatario— requiere que la declaración falsa se haga a otra persona. Y la cuarta —condición de engañar al destinatario— requiere que el declarante tenga la intención de que el destinatario de la declaración falsa crea que es verdadera o cierta (16) . En términos más simples, «mentir es hacer una declaración que el autor cree que es falsa con la intención de que otra persona crea que es verdadera» (17) .

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española receipta, en parte, esta definición en sus dos primeras acepciones del vocablo mentir; «1. Decir o manifestar lo contrario de lo que se sabe, cree o piensa. 2. Inducir a error».

Ahora bien, si se analiza, tal como hace Mahon, las cuatro condiciones necesarias para que exista una mentira según esta versión tradicional, se pueden hacer las siguientes precisiones.

Respecto de la condición de declaración. Esta exige que la declaración sea expresada al menos en algún lenguaje. Habitualmente, las declaraciones se realizan utilizando un lenguaje oral o escrito, pero puede admitirse, por ejemplo, el lenguaje de signos o movimientos corporales, dependiendo de las convenciones aceptadas.

Según esta condición, no podría mentir quien omite hacer una declaración, aun cuando esté obligado a ello. Así, por ejemplo, el derecho suele establecer determinadas consecuencias jurídicas para quien omite cierto tipo de actos, pero eso no supone que el omitente pueda ser tachado sin más de mentiroso.

La segunda condición exige que el declarante crea que sus dichos son falsos. No importa aquí si son falsos o si resultan verdaderos. Lo sustancial sería, según la definición tradicional, que el declarante crea que lo que dice es falso. En este sentido, decir una falsedad sin la creencia en su falta de verdad no constituye una mentira, sino un simple error. Por otra parte, decir una verdad por casualidad creyendo que es falsa con el fin de engañar al destinatario satisfaría esta segunda condición, aunque resulte contraintuitivo. Pareciera, pues, que esta segunda condición hiciera referencia a la insinceridad del declarante.

La condición del destinatario supone que el dicente se dirige a otra persona. El destinatario puede ser un sujeto individual o una audiencia constituida por un conjunto de individuos. Y asume que los oyentes han de tener la capacidad de comprensión del mensaje enviado, no se miente a quien no entiende lo que se le dice.

La cuarta condición implica la intención de parte de quien hace la afirmación falsa de que el destinatario crea que es verdadera. Que el destinatario sucumba o no al engaño es una cuestión empírica que no afecta esta condición. Por esa razón, las llamadas declaraciones que incluyen falsedades corteses, falsedades —mentiras— altruistas no creíbles o exageraciones manifiestas no entran en la categoría de mentiras, ya que no se hacen con la intención de engañar.

Naturalmente, como el propio Mahon señala, existen muchas otras definiciones de mentira que ponen en duda o sustituyen cualquiera de estas cuatro condiciones necesarias de la concepción tradicional. A su examen me remito. Como el objetivo de este trabajo es la relación existente entre el falso testimonio y la idea de mentira, su análisis posibilitará, a su vez, el reexamen de estas condiciones.

4. LA RELACIÓN ENTRE EL FALSO TESTIMONIO Y LA MENTIRA

El artículo 458 del Código Penal español establece el tipo básico del delito de falso testimonio al castigar al testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial. En la interpretación judicial, «El delito de falso testimonio... se comete cuando una persona llamada a prestarlo en causa judicial se aparta sustancialmente de la verdad tal como ésta se le representa, es decir, miente en lo

que sabe y se le pregunta» (18) .

Tanto el texto de la ley, aunque no en forma literalmente explícita, como su interpretación más asentada parecen exigir para la consumación del delito que el testigo mienta. Convendría analizar ahora cómo y bajo qué condiciones se puede ejecutar el tipo de mentira exigido.

En primer lugar, el testigo ha de prestar una declaración ante la autoridad judicial. Esta declaración ha de contener enunciados proposicionales, es decir, ha de versar acerca de hechos, no pudiendo consistir en valoraciones o meras opiniones. Esto excluiría del ámbito de la tipicidad de la figura delictiva, por ejemplo, «las informaciones interpretativas de la realidad percibida, imprecisiones en el relato o simples errores fácticos basados en el recuerdo remoto e incluso en algunos supuestos en la propia identificación de lo que constituye el objeto de información requerida por las partes mediante el interrogatorio. Tampoco pueden reputarse falsas a efectos penales aquellas respuestas que por su grado de ambigüedad no permiten identificar con claridad el aspecto subjetivo ni aquellas cuya contradicción objetiva con la verdad puede explicarse a consecuencia de la estructura sugestiva o capciosa de la pregunta que se formula. En consecuencia, no todo lo inveraz o infiable manifestado por un testigo en un juicio puede calificarse como objeto de la conducta de falso testimonio» (19) .

En segundo lugar, en su declaración, el testigo ha de ofrecer información de aspectos sustanciales sobre los hechos objeto del proceso, cualesquiera que estos sean. La idea es que el testimonio ha de proporcionar datos relevantes, útiles y pertinentes, como cualquier otra prueba. No obstante, cuando el testigo miente en cuestiones no sustanciales puede incurrir en el llamado falso testimonio parcial o impropio (20) .

En consecuencia, si la declaración testifical es una descripción acerca de hechos, y no una valoración o mera opinión al respecto, es posible predicar de ella su verdad o falsedad. Este es uno de los motivos por el cual el interrogatorio del testigo ha de recaer sobre acontecimientos empíricos. Y los jueces habrían de seguir una política cuidadosa al respecto.

En tercer lugar, tal declaración ha de apartarse de la verdad, esto es, debe ser falsa, aunque no todo apartamiento de la verdad, repito, constituye falso testimonio. No resulta ocioso recordar una vez más que la noción de verdad es ampliamente controvertida. Aquí se asume, por las razones antes dichas, la concepción de la verdad como correspondencia. La proposición «Juan mató a María» es verdadera si efectivamente aconteció, sucedió en la realidad, que Juan mató a María. Dicha proposición es falsa si no ocurrió, en los hechos, que Juan haya matado a María (21) .

Como se sabe, en el delito de falso testimonio no está en juego la mayor o menor credibilidad del testigo, sino que, según la fórmula canónica ya mencionada y seguida pacíficamente por la jurisprudencia, se «falte sustancialmente a la verdad; dicho de otra manera, que mienta en aquello que sabe o que le es preguntado». Pero esta es una expresión lo suficientemente vaga y ambigua como para merecer un análisis algo detallado, ya que las nociones de verdad, de saber o de lo que se tiene que responder al ser interrogado son diferentes.

La jurisprudencia reclama que el testigo diga la verdad sobre los hechos que ha presenciado o que ha

percibido que estén relacionados con la causa, e interpreta, en general, la verdad como correspondencia. Por esa razón, exige que el testigo deponga sobre el acontecimiento histórico sobre el que es interrogado. Y que su declaración, coincida, refleje o describa esa realidad. Por todos los pronunciamientos, vale el siguiente extracto de una SAP de Tarragona, «La subsunción penal reclama la valoración normativa por parte del juez del hecho histórico clara y terminantemente determinado. De ahí, la trascendencia de la precisión en el relato fáctico pues este constituye la única fuente de la que el juez puede suministrarse información para la construcción de su inferencia normativa y, en lógica correspondencia, de la que las partes, tanto acusadoras como acusadas, deben servirse para impugnar tanto por error de valoración probatoria como por error de subsunción, la sentencia generadora de gravamen» (22) .

Pero pedirle al testigo que siempre formule enunciados verdaderos tal vez sea demasiado exigente. Como es sabido, hay que distinguir entre el concepto de verdad y los criterios que se utilizan para aplicar ese concepto. Los criterios establecen las condiciones bajo las cuales se está autorizado a decir que un determinado enunciado es verdadero. Hacen referencia, pues, a su justificación. Y esta justificación ha de ser epistémica, no se puede pensar en este contexto de una justificación moral o religiosa (23) .

Pero ningún ciudadano está en condiciones de explicar a través de descripciones verdaderas todos y cada uno de los acontecimientos de su vida cotidiana o los que excepcionalmente presenció o tuvo noticias (24) . A nadie se le puede pedir que justifique, con criterios epistémicos adecuados, cada una de sus afirmaciones. Es más, ningún individuo carece de creencias falsas. De ahí que la red conceptual que utiliza para describir y comprender el mundo sea una mezcla, en distintas proporciones, de creencias verdaderas y falsas. Y esa mezcla se muestra en sus declaraciones y actuaciones. Se puede afirmar incluso que un individuo puede tener una creencia falsa justificada (25) .

Quizás por ese motivo, la jurisprudencia haya introducido un matiz restrictivo a la exigencia de que el testigo diga, sin más, la verdad sobre los hechos relevantes para el proceso. En los estrados se le suele demandar que declare la verdad «tal como se le representa».

Esta fórmula genera alguna perplejidad, porque un enunciado es verdadero o falso con independencia de quién lo diga o de cómo se le representa el acontecimiento que valida esa verdad. El enunciado «Juan mató a María» es verdadero si efectivamente Juan mató a María, con abstracción de cómo se le presenta el hecho a un testigo o de como él se representa tal acción. Es falso, en cambio, si María no fue muerta por Juan. No parece compatible, pues, la demanda de verdad por una parte y el agregado de «según cómo se le representa la verdad» por la otra. O se pide que afirme la verdad o se solicita que afirme lo que considera que es la verdad —tal como se le representa—. Exigir ambas supuestas formas de «verdades» al unísono y para el mismo caso puede resultar contradictorio. Y exigir las alternativamente supone la demanda de dos respuestas bien diferentes. Tiene razón Gallas, al afirmar que el testigo debe «colaborar con la averiguación de la verdad; pero no con base en que expresa algo que él considera verdadero, sino únicamente a través de que reproduce aquello que sabe por vivencia propia acerca del tema que se investiga» (26) .

Es común, además, dadas estas dificultades y también por imperativo legal, que los jueces exijan a los testigos, en su defecto, que digan lo que saben y se les pregunta (27) . En realidad, se argumenta que en el falso testimonio «la discrepancia radica entre los hechos sabidos y los referidos, no entre el relato y los hechos reales» (28) . Pero la idea de «saber» tampoco es fácil de abrazar. Se suele sostener que alguien sabe algo si, al respecto, tiene una creencia que es verdadera y está justificada. La verdad resulta así un componente del saber. Si la demanda a un testigo para que diga la verdad resulta complicado, no lo es menos que exponga sus saberes, que incluyen la verdad (29) . Pero es que, además, hay creencias que pueden estar justificadas y, sin embargo, ser falsas. Las llamadas paradojas de Gettier así lo señalan (30) .

Una forma más débil de tratar de acomodar la verdad de una declaración testimonial con el matiz de «tal como se le representa» es solicitar al testigo que deponga únicamente lo que percibió a través de sus sentidos. Según Magaldi, el testigo «reproduce percepciones sensoriales adquiridas fuera del proceso y relativas a hechos pasados» (31) . Así se suele reflejar también en distintas decisiones judiciales. «Como hemos dicho en otras resoluciones de esta Audiencia, el delito de falso testimonio del artículo 458 CP reclama, por un lado, la aportación por el testigo en el acto del juicio de información fáctica por percepción directa o referida, objetivamente falsa a la luz de los resultados de incompatibilidad incontestables que arroje todo el cuadro de prueba producido» (32) .

Bajo ciertas condiciones, lo percibido a través de los sentidos ofrece una información fiable. Pero la percepción visual, por ejemplo, para ser confiable como instrumento para el saber necesita una serie de condiciones contextuales tales como que la vista del observador no padezca defectos, que la luz sea apropiada, que el ángulo de visión sea adecuado, etcétera (33) . En la verificación de estas condiciones parece estar pensando el legislador cuando requiere en el artículo 370.3 de la Leciv. que, en cada una de sus respuestas, el testigo deberá expresar la razón de ciencia de lo que diga. En términos judiciales, el testigo deberá manifestar la fuente de conocimiento de los hechos sobre los que declara, «lo cual supone una justificación de la declaración, es decir, la expresión del cómo, cuándo y dónde se percibió lo que se declara» (34) . O en el mismo sentido, cuando el legislador establece la idoneidad de los testigos, en el artículo 361 de la Leciv., al sostener que pueden ser testigos todas las personas excepto las que se hallen privadas de un modo permanente de la razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los cuales se pueda tener conocimiento únicamente por esos sentidos.

Pero, no hay que olvidar, que «percibir no es recibir pasivamente estimulación; es seleccionar, formular hipótesis, decidir, procesar la estimulación eliminando, aumentando o disminuyendo aspectos de la estimulación. Al igual que todo proceso, resulta afectada por el aprendizaje, la motivación, la emoción y todo el resto de características permanentes o momentáneas de los sujetos» (35) .

Estas y otras consideraciones hacen que «por supuesto, no consideramos justificado cada juicio que se obtiene por percepción...» (36) . Si las condiciones antes mencionadas, y otras que pudieran pensarse, no se verifican es posible que la declaración que se realice como consecuencia de lo percibido sea falsa —siempre se puede acertar por casualidad—. Y, por cierto, que la información obtenida a través de la percepción, incluso si se verifican las condiciones estipuladas, sea fiable no

significa que sea infalible o indubitable. Las paradojas de Gettier hacen nuevamente su reaparición.

Como se puede apreciar, al testigo se le puede exigir en su declaración que diga la verdad, esto es, que formule enunciados verdaderos o al menos que diga cómo se le representa esa verdad; que diga lo que sepa, es decir, que haga mención de sus creencias que son verdaderas y están justificadas o bien que diga lo que ha percibido ofreciendo justificaciones de modo, tiempo y lugar. Una declaración falsa, respecto del delito de falso testimonio, comprendería las respuestas contrarias a estas exigencias que en modo alguno son coextensibles. Stein parece compartir esta opinión, «Cuando se realiza una manifestación sobre un suceso del pasado como tal, ella es no verdadera (es decir, una "afirmación falsa") allí y sólo allí donde el suceso respectivo no se produjo de la manera en la que fue afirmado; la naturaleza de las representaciones en el momento de la afirmación, de la vivencia en el momento de la percepción, etc., son irrelevantes en este punto. Si por ejemplo se lleva a cabo, distinto de ello, una afirmación acerca de la imagen experimentada en el momento de la percepción sobre un suceso del pasado, entonces la afirmación es no verdadera precisamente cuando el acontecimiento fue percibido en ese momento de manera diferente a como actualmente se afirma; son irrelevantes, aquí, especialmente el recuerdo actual y el suceso histórico como tal. Lo mismo vale para todos los otros objetos de afirmación imaginables» (37).

La segunda condición para que haya una mentira, tanto en la versión tradicional como en la jurisdiccional, es que el declarante crea que el contenido de su declaración es falso, bien porque es contrario a la verdad, a sus representaciones de ella, a sus saberes o a sus percepciones. «La obligación de decir la verdad no nos exige que nuestras proposiciones sean verdaderas, sino que apunta fundamentalmente a que nuestros textos o discursos sean consistentes con aquello que consideramos como *si fuera verdadero*. El reproche a la mentira, por su parte, tiene que ver en parte con una inconsistencia entre lo que el hablante cree y lo que el mismo hablante declara (aun cuando en este caso no hay un total desentendimiento con la falsedad de las proposiciones formuladas). Lo medular para el reproche moral tiene que ver con la falta de consistencia entre nuestras creencias y nuestros actos de habla, y no tanto con la falsedad de las proposiciones, sin perjuicio que lo primero muchas veces lleve aparejado lo segundo» (38).

Pero existe una diferencia importante entre ambas versiones. Según la posición tradicional no importa si lo declarado es verdadero o falso, para que haya una mentira basta que el deponente crea que es falso. Pero esto parece algo jurídicamente poco aceptable. No se puede condenar a un individuo por falso testimonio si dice la verdad, por casualidad por ejemplo, aunque suponga que lo que dice sea falso. En palabras del Tribunal Supremo, «el delito de falso testimonio se comete al faltar a sabiendas a la verdad, bien por no haber sido leal en las generales de la ley, bien mintiendo en las respuestas a las preguntas y repreguntas formuladas; ya que si no se falta a la verdad, no se comete el ilícito penal» (39). Esto implica otro cambio importante en la idea de mentira que tradicionalmente ha sido sostenida.

Con esta segunda condición se pone el acento en el estado de la mente del falsario y no solo en el hecho histórico que el juez investiga o sobre el que tiene que formular un enunciado verdadero. Al testigo se le exige, en este sentido, un plus de sinceridad. Y aunque en un proceso por falso testimonio no se juzga la credibilidad del acusado sí se toma en consideración la insinceridad del

mismo en el momento de la valoración de la prueba; esto es, la discrepancia entre lo que piensa y lo que dice.

La tercera condición para que exista una mentira es que la declaración sea dirigida a un auditorio, sea individual o colectivo. Y que éste tenga la capacidad para comprender su contenido. En el delito de falso testimonio el auditorio específico es el juez y solo tangencialmente, si acaso, las partes en el proceso. Es al juez a quien responde el falsario, aunque la pregunta la haya formulado una de las partes del proceso (40). Como ya fuera expuesto, al menos en el ordenamiento jurídico español, no existe el falso testimonio en sede administrativa o no jurisdiccional.

La cuarta condición para que exista una mentira, según la concepción tradicional, es que el falsario tenga la intención de engañar al destinatario de su declaración. La jurisprudencia parece receptar también esta condición.

Hay que hacer notar, sin embargo, que la condición vinculada a la intención del testigo de engañar al juez es más complicada de lo que aparenta, ya que la intención es el elemento más complejo y difícil de determinar de cualquier acción (intencional), tal como sostiene Daniel González Lagier. En su opinión, siguiendo a Carlos Moya cuyo interés era distinguirla de los deseos, la intención se caracteriza porque tiene por objeto una acción. Se intenta hacer algo. Y se puede tener la intención de hacer X —una acción cualquiera— y sentir al mismo tiempo aversión, o carecer del deseo, por X. Por otra parte, la intención se tiene o no se tiene, no hay una intención gradual, es «todo o nada» y no «más o menos». Las intenciones son autorreferentes, en el sentido de que solo puedo tener la intención de hacer algo por mí mismo. Y, finalmente, aunque se podría agregar alguna característica adicional, la intención llama a la acción de un modo más acuciante que los deseos (41).

Naturalmente, no todas las acciones son intencionales. González Lagier sugiere, en ese sentido, la clasificación de diversos tipos de acciones. Las que aquí interesan, las acciones intencionales en sentido estricto o dirigidas a fines, «se dirigen a un objetivo y en ellas intervienen deseos y creencias acerca de cómo satisfacerlos» (42). En ese sentido, «actuar con una intención es actuar persiguiendo un fin. Podemos decir que procurar ese fin es la razón de nuestra acción. Por tanto, podemos asumir la siguiente definición: X hace A con la intención de dar lugar a F si cree que A es un medio para dar lugar a F y hace A por esa razón. Actuar intencionalmente también se puede definir como actuar por una razón» (43).

La propia idea de engaño tampoco es compartida. Se engaña a otro cuando se le induce al error. Cuando el destinatario del engaño cree algo que es falso (44). De ahí que uno de los significados de engañar propuestos por la RAE sea, «Inducir a alguien a tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas». Una mentira supone la intención de engañar, pero no todo engaño supone una mentira.

Ahora bien, según Chisholm y Feeham, existen ocho formas en que una persona puede engañar a otra acerca de la verdad de una proposición, bajo el supuesto de que tal proposición es falsa (45). Cuatro de estas formas se realizan a través de acciones, las cuatro restantes por omisiones. Aquí

seguiré de una manera muy esquemática la presentación que dichos autores hacen de esas formas.

Mediante acciones. En la primera, Juan contribuye causalmente a que Pedro adquiriera la creencia de que hubo un robo en el vecindario, cuando no lo hubo. Los autores de marras denominan a este caso como positivo *simpliciter*. Es positivo porque contribuye a aumentar las creencias falsas de Pedro y *simpliciter* porque Pedro pasó de no ser engañado a serlo respecto del supuesto robo. En la segunda, Juan contribuye causalmente a que Pedro mantenga la creencia en que hubo un robo. Es un engaño positivo *secundum quid*. Es positivo porque tiene que ver con la retención de la creencia de Pedro. Y *secundum quid* porque si no hubiera sido por la acción de Juan, Pedro habría abandonado, perdido o renunciado a su creencia en la existencia del robo. En la tercera, Juan contribuye causalmente a que Pedro deje de creer de la existencia del robo. Es un engaño negativo *simpliciter*. Negativo porque la acción de Juan causa que Pedro pierda una creencia verdadera y *simpliciter* porque ha provocado que cambie su creencia. En la cuarta, Juan contribuye causalmente a evitar que Pedro adquiriera la creencia de que efectivamente no hubo un robo en el vecindario. Es un engaño negativo *secundum quid*.

Las cuatro formas de engaño mediante omisiones, siempre siguiendo a Chisholm y Feeham serían las siguientes (46). La primera, Juan permite que Pedro adquiriera la creencia que hubo un robo. La segunda, Juan permite que Pedro continúe creyendo que hubo un robo. La tercera, Juan permite que Pedro deje de tener la creencia de la existencia del robo. La cuarta, Juan permite que Pedro continúe sin la creencia en la verdad de la ausencia del robo.

Hay quienes piensan que en general y, por lo tanto aplicable al falso testimonio, solo valdrían como engaño los casos positivo *simpliciter* y negativo *simpliciter*, ya que en los otros cuatro casos el supuesto engañado ya tenía en su acervo mental contenidos falsos.

Pero las formas de engaño o de intento de engaño relevantes, para que haya mentira en el falso testimonio en el tipo simple del artículo 458 del Código Penal, serían las cuatro causadas mediante acciones. Y solo a través de las omisiones, es decir, mediante el silencio, bajo ciertas circunstancias. «Parece claro que, preguntado un testigo sobre unos hechos, si éste oculta en su narración de los mismos extremos de relevancia hasta el punto de alterar el contenido de lo que tendría que haber sido su declaración, cometería falso testimonio» (47). Según Feraldo Cabana (y otros), «los supuestos habitualmente considerados como falsos testimonios mediante omisión son realmente declaraciones falsas reconducibles a la teoría de los actos concluyentes, pues aparecen en el seno de un comportamiento complejo positivo dentro del cual cobra relevancia no tanto la mera omisión cuanto la acción concluyente que toda la conducta supone. De esta forma, la emisión de una declaración testifical en la que se omiten datos esenciales constituye falso testimonio no porque en ella se excluyan dichos datos sino porque al excluirllos se afirma positivamente, aunque de modo implícito, que no existen o no son relevantes» (48). Tal es el caso, por ejemplo, si el omitente dijo que Juan golpeó a Pedro —afirmación verdadera— pero se abstiene a sabiendas de decir que lo hizo respondiendo a una agresión previa de Juan, lo que podría cambiar la descripción de los hechos probados y su calificación jurídica (49). En cambio, al menos algunos casos de las formas de engaño o de la intención de engañar como elemento de la mentira a través de las omisiones deberían enmarcarse en lo denotado por el artículo 460 del falso testimonio parcial o impropio.

Además, se debe distinguir entre el engaño en grado de consumación y la intención de engañar en cualesquiera de estas ocho formas de engaño antes analizadas. El delito de falso testimonio requeriría la intención de engañar al juez y, si el engaño se consumara se incurriría en el tipo agravado (50). Que el falsario logre o no el objetivo de engañar al juez es una cuestión empírica que no invalida el falso testimonio. El contenido de su declaración solo ha de tener la potencialidad de sesgar la decisión del juez, quien, como se recordará, tiene la obligación de buscar la verdad a través de la prueba de los hechos. En caso contrario, el declarante no comete falso testimonio. En términos jurisprudenciales, «Carece de trascendencia la influencia determinante o no de la declaración falsa en la decisión judicial del procedimiento en el cual se produce aquélla y, desde luego, el tipo no requiere resultado alguno para su consumación, sin perjuicio de que el tipo hiperagravado contemple, como condición objetiva de punibilidad, el dictado de una sentencia condenatoria. Lo relevante, como hemos destacado, es la posibilidad en abstracto de llamar a engaño al juzgador ante quien se presta el testimonio. Contra lo que dice el recurrente, la Iltma. Sra. Magistrada, Juez de lo Social número 04 de los de Sevilla constata en el considerando primero de su sentencia, que «las declaraciones testificales de los jefes de tráfico de la empresa quedan manifiestamente en entredicho...», lo que implica que tuvo en cuenta en su valoración probatoria la declaración del acusado y que su falsedad pudo haberla llevado a error» (51).

Por otra parte, es posible que un agente haya deliberado, es decir, sea consciente, sobre su intención de llevar a cabo una determinada acción y no haya deliberado acerca de su intención de realizar otras acciones que son implicadas o están vinculadas causalmente por la primera. Tal vez se podría hablar aquí tanto de acciones implícitas como de intenciones implícitas. Si intencionalmente conduzco mi auto para ir a la universidad podría dar la impresión de que los cambios de marcha, apretar el freno o pisar el acelerador son movimientos no intencionales. Pero no es el caso, que no haya deliberado previamente al respecto no supone que sean movimientos no intencionales, habría aquí ese tipo de acciones e intenciones implícitas (52).

Es bien conocido el ejemplo de un testigo que depone a sabiendas una falsedad para beneficiar a un acusado por narcotráfico tratando de salvar la vida de su esposa e hijos amenazados y secuestrados por la mafia. Su primera intención es salvar la vida de su familia. Pero esta acción está causalmente vinculada al intento de engañar al juez, aunque no tenga el deseo o sienta aversión por decir esa mentira. ¿Su falso testimonio fue una acción intencional? No lo dudo (53).

Y no es necesario que el falsario agregue una intención adicional a la de engañar al juez. No se exige, por ejemplo, que intente afectar también a la Administración de la Justicia o a algunas de las partes en el proceso, aunque ello pueda suceder desde el punto de vista empírico, tal como se citó con anterioridad.

Hasta aquí las relaciones entre el falso testimonio y la mentira. Solo restaría algunas consideraciones adicionales para concluir.

5. CONCLUSIONES

El arte del engaño se manifiesta de múltiples formas. Algunas son lícitas y encomiables, como las fintas y amagues de los deportistas que confunden a sus rivales, otras son ilícitas y perniciosas, como el fraude en las relaciones mercantiles. Existe una multitud de engaños con y sin mentiras (54) . En uno y otro caso su efectividad depende de condiciones empíricas.

También la mentira, para ser eficaz, necesita operar en un contexto adecuado donde no todos mienten. En caso contrario, el intento por engañar no surtiría efecto. Esta afirmación es compatible con la idea de que, en determinados ámbitos, las personas suelen mentir. «Según el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, muchos de los testigos que cooperan son "sociópatas totalmente inconscientes" que harán cualquier cosa para beneficiarse, incluyendo "mentir, cometer perjurio, fabricar pruebas, solicitar a otros que corroboren sus mentiras con más mentiras, y engañar a cualquiera con quien entran en contacto"» (55) .

Tal vez esa narración suene un tanto exagerada, pero muestra un punto importante. Aún en contextos altamente formalizados, reforzados por sanciones severas, los individuos mienten. El falso testimonio es una prueba de ello. A pesar de eso, en España hay pocas acusaciones por falso testimonio y, por cierto, escasas condenas. Así lo reconoce incluso la propia judicatura. «de modo que la contrapartida de un falso testimonio reside en la carga negativa penal que ha de conferirse a faltar a la verdad en aquello que le fuere preguntado al testigo, deduciéndose el oportuno tanto de culpa ante la jurisdicción penal. Observamos que dicha contrapartida no se exige con el necesario rigor en la práctica de los Tribunales» (56) .

Son muchos los motivos que explican esta limitada persecución. Desde la sobrecarga de trabajo de los tribunales a la creencia, por parte de los jueces, de que la prueba testifical no es, en general, del todo fiable y que no merece la pena castigar a quién miente dado lo engorroso que resulta. Las dificultades probatorias que este delito conlleva también suelen ser aducidas como una causa no menor de tal escasa investigación y sanción.

Pero no toda mentira, afirmación inveraz o carente de fiabilidad, constituye falso testimonio. La declaración del testigo ha de tener la potencialidad de producir un sesgo epistémico negativo en el juez, es decir, ha de tener la capacidad de introducir o mantener una falsedad pertinente en el acervo cognitivo del juez. En ese sentido, la falsedad ha de ser creíble (57) .

Por esta razón, quien formula exageraciones evidentes, es mendaz respecto de un objeto distinto al del proceso en el que declara u ofrece manifestaciones interpretativas de la realidad que ha percibido, no son firmes candidatos a ser considerados como autores de falso testimonio. Ni lo son las «imprecisiones en el relato o simples errores fácticos basados en el recuerdo remoto e incluso en algunos supuestos en la propia identificación de lo que constituye el objeto de información requerida por las partes mediante el interrogatorio. Tampoco pueden reputarse falsas a efectos penales aquellas respuestas que por su grado de ambigüedad no permiten identificar con claridad el aspecto subjetivo ni aquellas cuya contradicción objetiva con la verdad puede explicarse a consecuencia de la estructura sugestiva o capciosa de la pregunta que se formula» (58) .

Muchas de estas inexactitudes o incluso contradicciones menores son fruto de la incompetencia de

los interrogadores y, por lo tanto, eximen a los declarantes. «En el caso Bronston vs. United State, según el razonamiento del tribunal, aunque la declaración de un testigo pudiera ser confusa es responsabilidad del abogado que pregunta insistir en el interrogatorio hasta conseguir descubrir la verdad. Si el abogado fracasa y no lo hace adecuadamente, el testigo no podrá ser considerado culpable de perjurio» (59) .

En cualquier caso, sobre la naturaleza del delito de falso testimonio se han ofrecido dos teorías alternativas: la objetiva que pone el acento en la falsedad del enunciado que se formula y la subjetiva que se centra en la creencia del testigo de que afirma algo falso. Ambas teorías, consideradas aisladamente, resultan insatisfactorias, ya que el falso testimonio exige que la declaración prestada por el testigo sea falsa en el sentido de que sea contraria a la verdad, a la verdad tal como se le representa, a lo que sabe y se le pregunta o a lo que percibió por medio de sus sentidos y también exige que esa falsedad sea insincera, es decir, que el falsario tenga la creencia de que su afirmación es falsa. Si estas dos condiciones no se dan conjuntamente no se incurriría en falso testimonio, a pesar de lo que mantienen algunos autores. Vale presentar una simple tabla de verdad con estas dos condiciones y las cuatro posibilidades lógicas resultantes, donde F significa declaración falsa e I la insinceridad de lo que se afirma.

F	I
+	+
+	-
-	+
-	-

El primer supuesto representa el caso típico del falso testimonio, donde el deponente afirma algo falso creyendo que es falso. Es el supuesto del testigo mendaz cuya familia es amenazada por la mafia. En el caso dos, se afirma una falsedad en la creencia de que lo afirmado es verdad. Este es el prototipo de una afirmación errónea o equivocada que en ninguna hipótesis puede ser considerada como falso testimonio. Es el testigo que depone que el auto azul chocó al auto rojo confundido por la velocidad a la que desplazaban ambos vehículos cuando el acontecimiento histórico ocurrió exactamente al revés. En los casos tres y cuatro se afirma simplemente la verdad, lo que excluye el falso testimonio. No se puede condenar a alguien por falsario por haber dicho la verdad aunque sea por casualidad. El caso tres muestra que no se puede condenar a alguien por ser meramente insincero y el caso cuatro muestra el caso ideal de un testigo, que dice la verdad sabiendo que es verdad.

Por otra parte, como se advierte fácilmente, cuando se juzga a un individuo por falso testimonio existen dos procesos diferenciados, aunque conectados (60) . En el primero se produce, en cualquier jurisdicción, una declaración falsa y se lleva a cabo la constatación, a través de la valoración probatoria trasladada luego a la sentencia, de la mendacidad del testigo. En el segundo, se juzga penalmente al testigo perjurio del juicio de referencia sobre su responsabilidad por falso testimonio.

En el primer proceso, los dichos del supuesto falsario se evalúan, en principio, por sus referencias a los acontecimiento fácticos objeto del proceso. Declaración falsa significa aquí que las afirmaciones

formuladas no se corresponden con la realidad histórica aludida a la luz del material probatorio acumulado.

Pero cuando se juzga penalmente a un individuo por falso testimonio ya no se toma en consideración la correspondencia entre la realidad histórica sobre la que versó la deposición y la propia declaración del ahora acusado. A menos que la falsedad resulte evidente, lo que en esta sede se juzga es la falta de coherencia de esa declaración con las demás pruebas obrantes en el proceso antecedente establecida en la sentencia respectiva. Esta incoherencia se ha de poner de manifiesto por el resto de las pruebas practicadas. «La razón es sencilla, el falso testimonio se acredita mediante el juicio de contraste de lo declarado por el testigo con la verdad judicial expresada en la sentencia. Solamente si se produce una contradicción efectiva puede estimarse que adquiere relevancia jurídico penal la declaración testifical, pues el bien jurídico protegido, que indudablemente es la efectividad del sistema de justicia, únicamente se ve afectado en aquellos casos en que la declaración del testigo ha tratado de hurtar al Juez o Tribunal sentenciador el conocimiento de la verdad material de los hechos, y en el ámbito forense la verdad material de los hechos es la que queda reflejada en el resultado de la prueba reseñado en sentencia» (61).

Por ese motivo, resulta claro, se advierte en la sentencia antes citada, que la incriminación por un delito de falso testimonio «exige inexcusablemente para su apreciación contar con la verdad judicialmente declarada en la sentencia conclusión del procedimiento en el que dichas declaraciones se han evacuado» (62).

Parece plausible pensar, pues, que el acontecimiento histórico acaecido sobre el que versaba el contenido proposicional de la declaración del supuesto falsario se diluye paulatinamente para dar paso a la descripción de un «hecho judicial» construido a partir del material probatorio resultante en el proceso antecedente plasmado en la sentencia. Para expresarlo en términos de una SAP de Barcelona, «deben servir para iluminar la índole de la relación entre el proceso principal y el proceso por el falso testimonio, pues es innegable que en el ámbito del procedimiento se distingue entre una verdad material, referida a la realidad, y una verdad formal, referible a lo alegado por las partes y sin conexión alguna con la realidad» (63).

En el juicio penal de falso testimonio la idea de verdad como correspondencia con la realidad no juega ningún papel. A menos que realidad aquí se entienda como realidad institucional, constituida en la sentencia del juicio antecedente. Esta nueva «realidad probada», de carácter institucional, y, por cierto, no necesariamente coincidente con el suceso histórico, es la que ha de servir como referente para determinar la falsedad. En términos jurisprudenciales, «Y respecto a este elemento objetivo, afectando el falso testimonio al contenido del proceso en el que se cause, por verdad habrá de entenderse así la realidad resultante de la definitiva fijación de los hechos declarados probados en la resolución que ponga fin al procedimiento» (64).

Pero tal vez convendría recordar que prueba y verdad no son conceptos sinónimos, ni siquiera reconducentes. Y no conviene confundirlos (65). Como es sabido, se puede probar enunciados que son falsos acerca de determinados hechos y, en ocasiones, es imposible o sumamente difícil probar enunciados verdaderos (66).

En el ámbito judicial, el juez ha de realizar la evaluación de la posible mendacidad del testigo en la etapa de valoración de la prueba, tanto individual como conjunta. Y ha de hacerlo en el cosmos limitado del material probatorio anclado en el expediente judicial, conforme a la sana crítica racional. Pero si el juez determina, de acuerdo a las pruebas obrantes en dicho expediente, que el testigo mintió y, en consecuencia, cometió falso testimonio, cuando en realidad el deponente dijo la verdad, se equivoca (67) . Y si el criterio de justificación de la sanción por falso testimonio es la incoherencia entre su declaración y los hechos probados, el error del juez del juicio antecedente abre la puerta a que el juez penal establezca un castigo falto de merecimiento.

- (1) Puede consultarse, por todos, Michelle Taruffo, *La prueba de los hechos*. Traducción: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002, p. 69.

[Ver Texto](#)

- (2) Véase, Matthew Werner, «Accepting Testimony», *The Philosophical Quarterly*, vol. 53, n.º 211, abril de 2003, pp. 256 y ss.

[Ver Texto](#)

- (3) Existen razones pragmáticas para aceptar como ciertos los dichos de un tercero. Normalmente, asumimos la verdad de la explicación de un policía de que el puente está roto y obedecemos la orden de girar a la izquierda, o no tenemos dudas sobre el diagnóstico de un médico o de las ilustraciones de un profesor. Nadie puede someter a prueba todas las afirmaciones que escucha diariamente. No creo necesario aclarar, sin embargo, que existen numerosas excepciones a la aceptación de la verdad de los dichos de terceros.

[Ver Texto](#)

- (4) Ya Jeremías Bentham había alertado, al menos, sobre estas cuestiones en su *Tratado de las pruebas judiciales*, tomo II. Traducción: Manuel Osorio Florit. Granada, Editorial Pomares, 2001.

[Ver Texto](#)

- (5) Las figuras de falso testimonio y de perjurio son distintas. En el derecho español no existe el perjurio como delito. Para un análisis histórico de la diferencia entra ambos institutos tanto en el derecho hispánico como en el inglés puede consultarse: Luis Iglesias Rábade, «El falso testimonio judicial en el Derecho hispánico e inglés (siglos XV-XVIII). Estudio comparado», *Cuadernos de Historia del Derecho*, n.º 25, 2018, pp. 69 y ss.

[Ver Texto](#)

- (6) Prestaré atención únicamente al falso testimonio cometido por testigos y no por peritos o intérpretes.

Ver Texto

(7) Véase, Enrique Jiménez Asenjo, «Falso testimonio», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Carlos E. Mascareñas (Dirección). Tomo IX preparado por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Editorial Francisco Seix S.A., 1982, p. 528.

Ver Texto

(8) Ídem, p. 529.

Ver Texto

(9) Por todas, STS 318/2006, de 6 de marzo.

Ver Texto

(10) SAP Sevilla, 561/2018, de 17 de octubre.

Ver Texto

(11) Véase, Eva María Domínguez Izquierdo, *El falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*. Madrid: Dijusa, 2002, p. 138.

Ver Texto

(12) SAP Sevilla, 561/2018, de 17 de octubre.

Ver Texto

(13) STS, 318/2006, de 6 de marzo.

Ver Texto

(14) Alguna jurisprudencia menor parecería aceptar también el dolo eventual. No discutiré este punto en esta ocasión.

Ver Texto

(15) SAP Las Palmas, 93/2019, de 14 de marzo.

Ver Texto

(16) Véase, James E. Mahon, «The Definition of Lying and Deception», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edward N. Zalta (ed.). Metaphysics Research Lab. Stanford University, 2016. A quien seguiré en este punto.

Ver Texto

(17) Ídem.

[Ver Texto](#)

(18) STS, 318/2006, de 6 de marzo.

[Ver Texto](#)

(19) SAP Tarragona, 159/2018, de 26 de marzo. No prestaré atención aquí a las modalidades con las que se puede prestar declaración. Una persona sorda y muda podría asistir a un proceso como testigo y deponer mediante el lenguaje de signos a través de la intervención de un intérprete jurado, por ejemplo.

[Ver Texto](#)

(20) El falso testimonio parcial o impropio, regulado en el artículo 460 del Código penal español, castiga «cuando el testigo, perito o intérprete, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterare con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos».

[Ver Texto](#)

(21) Si se acepta el llamado principio de bivalencia.

[Ver Texto](#)

(22) SAP Tarragona, 159/2018, de 26 de marzo. El testigo puede mentir y cometer el delito de falso testimonio si depone tanto sobre una realidad pasada como también presente, que está aconteciendo.

[Ver Texto](#)

(23) Véase, Daniel Quesada, *Saber, opinión y ciencia. Una introducción a la teoría del conocimiento clásica y contemporánea*. Barcelona: Ariel, 1998, pp. 44 y ss.

[Ver Texto](#)

(24) Esta cuestión adquiere una mayor complejidad, aun si cabe, si se piensa que casi todas nuestras creencias son creencias derivadas, esto es, creencias que inferimos a partir de otras creencias que asumimos justificadas. Para este extremo, véase Jesús Mosterín, *Racionalidad y acción humana*. Madrid: Alianza Universidad, 1978, pp. 20 y ss.

[Ver Texto](#)

(25) Alguien podría decir que no existen creencias falsas. Es más, si una persona es consciente de que posee una creencia falsa la abandona. Véase, Bernard Williams, *Verdad y veracidad*. Traducción: A. Álvarez y R. Orsi. Barcelona: Tusquet, 2006, p. 75. En este trabajo, no obstante, utilizo la fórmula breve de «creencia falsa» para hacer referencia al contenido proposicional de la creencia.

[Ver Texto](#)

(26) Citado por Ulrich Stein, «Acerca del concepto de declaración falsa», *Revista Electrónica de Ciencia Penal*

y *Criminología*, 10-15, 2008, p. 12.

[Ver Texto](#)

(27) El artículo 4o de la Lecrim establece que «todos... tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado...».

[Ver Texto](#)

(28) Véase, Luciana Pierbattisti y Edgardo Salatino, «Falso testimonio», *Código Penal Comentado de Acceso Libre*. Asociación Pensamiento Penal, p. 9. También, entre otros, Sergio Pérez Cortés, «Nunca mentir», *Isonomía*, 4, abril de 1996, p. 44.

[Ver Texto](#)

(29) Un «saber erróneo o equivocado» parece representar claramente un oxímoron.

[Ver Texto](#)

(30) Para una presentación y análisis de las mismas puede consultarse, Daniel Quesada, *Saber, opinión y ciencia. Una introducción a la teoría del conocimiento clásica y contemporánea*. Barcelona: Ariel, 1998, pp. 61 y ss.; Jonathan Dancy, *Introducción a la epistemología contemporánea*. Traducción: José Luis Prades Celma. Madrid: Tecnos, 2018, pp. 39 y ss. Para un análisis aplicado al derecho, José Juan Moreso, «Sobre la prueba y la paradoja de Gettier» en *La constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons 2009, pp. 235 y ss. El examen de estas cuestiones me alejan demasiado del objetivo de este trabajo.

[Ver Texto](#)

(31) Citado por Eva Domínguez Izquierdo, ob. cit., p. 378.

[Ver Texto](#)

(32) SAP Tarragona, 349/2019, de 13 de septiembre. Bajo esta fórmula se pueden esconder distintas demandas vinculadas no solo con lo percibido sino también con lo recordado. Desde el punto de vista doctrinario, véase, Ulrich Stein, ob.cit.

[Ver Texto](#)

(33) Véase, Daniel Quesada, ob. cit., p. 63.

[Ver Texto](#)

(34) SAP Tarragona, 393/2004, de 24 de noviembre.

[Ver Texto](#)

(35) Véase, Daniel González Lagier, *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima: Palestra 2005, p. 28.

[Ver Texto](#)

(36) Véase, Daniel Quesada, ob. cit., p. 63.

[Ver Texto](#)

(37) Véase, Ulrich Stein, ob. cit., p. 5.

[Ver Texto](#)

(38) Véase, Rodrigo Coloma Correa, «Vamos a contar mentiras, tralalá... o de límites a los dichos de los abogados», *Revista de Derecho*, vol. XIX, n.º 2, diciembre de 2006, p. 38. Las cursivas en el original.

[Ver Texto](#)

(39) STS 318/2006, de 6 de marzo.

[Ver Texto](#)

(40) El artículo 458.1 del Código penal español establece que el falso testimonio ha de prestarse en «sede judicial». Para un pormenorizado análisis del significado de esta expresión puede consultarse, entre otros, José Grinda González, «El falso testimonio», en Javier Hernández García y otros, *Los delitos contra la Administración de la Justicia*. Madrid: Aranzadi, 2002. Las formas, las oportunidades y los agentes que pueden formular preguntas depende de cada sistema jurídico. No abundaré en esta cuestión.

[Ver Texto](#)

(41) Véase, Daniel González Lagier, ob. cit., pp. 159 y ss. Agradezco a Daniel González Lagier las sugerencias e indicaciones que generosamente me prestó. Los posibles errores son solo de mi autoría.

[Ver Texto](#)

(42) Véase Daniel González Lagier, «La prueba de la intención y la explicación de la acción», *Isegoría*, n.º 35, diciembre 2006, p. 181.

[Ver Texto](#)

(43) Ídem, p. 182.

[Ver Texto](#)

(44) En realidad, quien engaña puede inducir al error al destinatario de su acción sobre dos cuestiones diferentes. La primera versa sobre la relación entre lo afirmado y la realidad. La segunda hace referencia al estado de la mente del dicente cuando afirma algo como verdadero que cree falso. En el falso testimonio debe darse conjuntamente, como se verá más adelante, ambas formas de engaño.

[Ver Texto](#)

- (45) Véase, Roderich Chisholm y Thomas Feeham, «The Intent to Deceive», *Journal of Philosophy*, vol. 74, n.º 3, marzo de 1977, pp. 143 y ss.
- Ver Texto
- (46) Los autores asumen que Juan, a través de las omisiones, se abstiene de hacer algo que podría haber hecho. Ob. cit., p. 144.
- Ver Texto
- (47) Véase, José Grinda González, ob. cit., p. 225.
- Ver Texto
- (48) Véase, Patricia Faraldo Cabana, María Ángeles Catalina Benavente y Miguel Clemente Díaz, Catedrático de Psicología Social, *Falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes : un análisis desde el derecho procesal y penal y la psicología jurídica*. Tirant Lo Blanch, 2017, p. 145.
- Ver Texto
- (49) Véase, Joan Queralt Jiménez, *Derecho penal español: parte especial*. Tirant Lo Blanch, 2015. Libro en línea, p. 1267.
- Ver Texto
- (50) No cabría aquí la posibilidad de cometer el delito en grado de tentativa. Para una discusión al respecto puede consultarse Eva M. Domínguez Izquierdo, ob. cit., pp.512 y ss.
- Ver Texto
- (51) SAP Sevilla, 561/2018, de 17 de octubre.
- Ver Texto
- (52)
 El ejemplo es de Searle, quien distingue entre intenciones previas a la acción e intenciones en la acción. En sus propias palabras, «Supongamos que tengo la intención previa de ir conduciendo mi coche hacia mi despacho, y supongamos que estoy llevando a cabo esta intención previa y cambio de la segunda velocidad a la tercera velocidad. Ahora bien, no he formado ninguna intención para cambiar de la segunda a la tercera. Cuando formé mi intención de ir conduciendo mi coche hacia el despacho nunca la formulé en un pensamiento. No obstante, mi intención de cambiar de velocidad era intencional. En tal caso tuve una intención en la acción de cambiar las velocidades pero no intención previa de hacerlo así. Todas las acciones intencionales tienen intenciones en la acción pero no todas las acciones intencionales tienen intenciones previas». Véase, John Searle, *Intencionalidad. Un ensayo en la filosofía de la mente*. Traducción: Enrique Ujaldón Benítez . Madrid: Tecnos 1992, p. 96-97. Las intenciones implícitas serían un tipo de intenciones en la acción.
- Ver Texto

(53) Sería uno de los casos de acciones con intenciones implícitas. No me pronunciaré aquí sobre la aplicación de los eximentes debidos. Thomas Carson afirma que en la mentira la condición de intentar engañar a otro no es necesaria. El tipo de ejemplos que ofrece es similar al formulado arriba. No es la línea que aquí se sigue para comprender mejor la idea de falso testimonio. Véase, Thomas Carson, «The Definition of Lying», *Noûs*, n.º 40, 2, 2006, pp. 284 y ss.

[Ver Texto](#)

(54) Como es bien conocido, se puede engañar incluso diciendo la verdad. Si mi esposa me pregunta si estuve con Juana en Barcelona el día jueves a las 12 horas y respondo que el viernes a esa hora estaba en Tiana, digo la verdad, aunque mi intención sea confundirla.

[Ver Texto](#)

(55) Citado por Monroe H. Freedman, «The Cooperating Witness Who Lies-A Challenge to Defense Lawyers, Prosecutors, and Judges», en *7 Ohio St. J. Crim. Law*, 2010, p. 739.

[Ver Texto](#)

(56) SAP Barcelona, Sec. 9, 545/2018, de 6 de noviembre. Desde el punto de vista histórico, «tanto en el ámbito hispánico como inglés, el reproche penal efectivo, traducido en condena ejecutada, tuvo escasa incidencia... Esta tendencia a la impunidad se fue acentuando en la era contemporánea...». Luis Iglesias Rábade, ob. cit., 112.

[Ver Texto](#)

(57) En caso contrario no se incurre en falso testimonio. En términos de la Audiencia Provincial de Barcelona, «debemos absolver a la acusada del delito de falso testimonio, ... siendo que, por lo demás, su testimonio en el juicio oral antecedente y del que dimana la imputación de falso testimonio resultaría anodina por irrelevante, en cuanto a carencia de potencialidad para inducir a error al juez o tribunal ante el que se prestó, sin que pudiera tener como consecuencia el dictado de una resolución injusta, ya que no se trató de una declaración inveraz contra su compañero, contra el reo, sino de significación claramente disculpante, ... ni que ese testimonio de la aquí acusada hubiese provocado una resolución injusta, esto es, un pronunciamiento en que no se realice el valor superior de la justicia y se lesione un interés que debe ser protegido por el poder judicial, nos situaríamos en un escenario de inofensividad del bien jurídico tutelado por la norma penal». SAP Barcelona, 545/2018, de 17 de octubre.

[Ver Texto](#)

(58) SAP Tarragona, 159/2018, de 26 de marzo.

[Ver Texto](#)

(59) Véase Stuart P. Green, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*. Traducción: José Ramón Agustina Sanllehí y otros. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 187.

[Ver Texto](#)

(60) Esto depende por completo de los sistemas jurídicos concretos. Aquí se toma como referencia el ordenamiento español.

[Ver Texto](#)

(61) SAP Las Palmas, 93/2019, de 14 de marzo.

[Ver Texto](#)

(62)
Ídem.

[Ver Texto](#)

(63) SAP Barcelona, 468/2019, de 7 de octubre.

[Ver Texto](#)

(64) SAP Tarragona, 349/2019, de 13 de septiembre.

[Ver Texto](#)

(65)
A menudo, sin embargo, existe una equiparación entre «prueba» y «verdad». Puede verse, por todas, la SAP Las Palmas 93/2019 de 14 de marzo. «En efecto hay que precisar la índole de la relación entre el proceso principal y el proceso por el falso testimonio. Es innegable que en el ámbito del procedimiento se distingue entre una verdad material, referida a la realidad, y, en una dimensión estrictamente procesal, una verdad judicial. Estas distensiones referidas a los fines del proceso tienen aplicación en el campo del falso testimonio y un ejemplo de la utilización de la verdad judicial como termino de caracterización de lo falso, puede verse en el fundamento jurídico 5º de la STS. Sala 5ª de 22.9.1989, al decir que a efectos jurídico-penales solo cabe repuntar falso testimonio en virtud de la contradicción entre aquel y los hechos que, en la resolución final se han acogido como probados, es decir, como verdaderos».

[Ver Texto](#)

(66) Por todos, Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2º edición 2005.

[Ver Texto](#)

(67) Para un análisis del error judicial puede verse, Jorge F. Malem Seña, *El error judicial y la formación de los jueces*. Barcelona: Gedisa, 2008.

[Ver Texto](#)

Algunas divergencias recientes frente a la doctrina jurisprudencial dominante en materia de aplicación del derecho extranjero (en particular en materia de familia)

Piedad González Granda
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de León

Resumen: Es destacable la complejidad del tema relativo a las consecuencias procesales derivadas de la falta de prueba del Derecho extranjero, resultando censurable la doctrina jurisprudencial dominante. Se plantea en el presente trabajo el análisis de algunas bienvenidas fisuras en la misma, en el ámbito específico de los Procesos de familia.

Palabras clave: Prueba del Derecho extranjero, doctrina dominante, divergencias en la doctrina jurisprudencial

Abstract: The complexity of the Issue regarding the Procedural consequences derived from the lack of foreign Law is noteworthy and the dominant jurisprudential doctrine is reprehensible, highlighting in the present work some cracks in it and the analysis of some divergenced jurisprudential manifestations in the specific field of the Family Processe.

Keywords: Proof of foreign Law, dominant Doctrine, Divergences in Jurisprudencial Doctrine

1. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DOMINANTE RESPECTO DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

1.1. La síntesis recogida en la STS 198/2015, de 17 de abril

La STS 198/2015, de 17 de abril es sin duda la más citada de entre las sentencias del TS en la materia en los últimos años, seguramente porque tiene la característica de resumir ordenadamente la doctrina jurisprudencial en la materia.

Los antecedentes del caso que aquí interesan son los siguientes: el actor interpuso demanda en la instancia contra una pluralidad de sujetos como demandados, en virtud de dos contratos de préstamo celebrados en Holanda en los años 2002 y 2003, cuya finalidad era la financiación de un proyecto inmobiliario en una localidad de Girona siendo así que varios de los demandados tenían nacionalidad holandesa. El proyecto inmobiliario no llegó a desarrollarse y los demandados vendieron las fincas en 2005 y en su demanda el actor planteó su reclamación de cantidad considerando aplicable el Derecho holandés y aportando al efecto un documento notarial que recogía la regulación prevista en el Derecho holandés para las cuestiones suscitadas en la demanda. En la contestación a la demanda se suscitaron excepciones diversas, pero interesa destacar que se alegó que el Derecho aplicable para resolver las cuestiones litigiosas no era el holandés —como pretendía el actor— sino el Derecho español y concretamente la Ley Azcárate por ser los intereses

usuarios. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, porque estimó la falta de legitimación pasiva de los demandados, y como argumento de refuerzo refirió la competencia territorial de los Juzgados a cuyo favor figuraba en el documento de cesión del crédito una cláusula de sumisión expresa a los Juzgados de s-Hertogenbosch en los Países Bajos.

El demandante apeló la sentencia y la AP estimó el recurso de apelación, revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estimando plenamente la demanda. Por lo que se refiere al Derecho aplicable, consideró que era el holandés, por determinarlo así el art. 10.5 del CC y el art. 4 del Convenio de Roma de 1980 aplicable a las obligaciones contractuales.

Contra la sentencia de apelación se interpone recurso extraordinario por infracción procesal (basado en cinco motivos que a su vez se subdividen en varios apartados) y recurso de casación (basado en tres motivos que también se subdividen en varios apartados).

Por lo que aquí interesa, el motivo cuarto del recurso de infracción procesal se encabeza así: *«Defectuosa aplicación de las reglas de la carga de la prueba»*, alegando que se han infringido las reglas de la carga de la prueba en dos extremos: uno que no interesa aquí, respecto de la notificación de la cesión del crédito, pues a falta de prueba, la AP ha resuelto de forma indebida con base en presunciones; y otro, respecto del Derecho holandés por tres razones: 1. *La AP ha omitido la regla de la carga de la prueba del Derecho holandés, ya que a falta de prueba sobre la regulación de la cesión de crédito, la AP debió desestimar la demanda.* 2. *En defecto de prueba, el Juzgado de Primera Instancia o la AP podría haber averiguado el contenido y la vigencia del Derecho extranjero, si bien la parte demandante sí aportó prueba de la exigencia del derecho holandés en cuanto a que la notificación de la cesión es condición constitutiva de la cesión, si bien no se aplicó (...).* Y 3. *En la valoración de la prueba del Derecho extranjero se ha realizado un trato desigual de las partes.*

Es en el FJ Séptimo de la sentencia donde la Sala I del TS precisa cuál es el régimen de prueba y de carga de la prueba del Derecho extranjero, para lo cual *hay que aplicar la doctrina jurisprudencial que resulta de sentencias de este Tribunal tales como las n.º 436/2005, de 10 de junio; de 4 de julio de 2006, recurso núm. 2421/1999; n.º 797/2007, de 4 de julio; n.º 338/2008, de 30 de abril; n.º 390/2010, de 24 de junio y n.º 528/2014, de 14 de octubre*) y la síntesis de la doctrina que realiza la Sentencia en cuestión se proyecta en los puntos que se exponen a continuación.

1º) Aplicación de oficio de las normas de conflicto: *El Tribunal español debe aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español (art. 12.6 del CC), que pueden ser de origen interno, comunitario o convencional internacional. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la Ley española (art.12.1. del CC).*

2º) El Derecho extranjero recibe un tratamiento de hecho *pero matizado*: *Como consecuencia lógica de que los Jueces españoles no tienen obligación de conocer el Derecho extranjero, se ha exigido históricamente la prueba del mismo, de forma que en este extremo el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no solo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación. Por ello, el segundo párrafo del art. 281.2 de la LEC exige la prueba de su contenido y vigencia, si bien, de*

acuerdo con el principio de adquisición, la LEC no pone la prueba a cargo de a persona que invoque el Derecho extranjero.

Si bien se trata de un hecho *matizado*, por cuanto añade a continuación que la exigencia de prueba del Derecho extranjero —cuando este resulta aplicable en virtud de la norma de conflicto española— *no transforma el Derecho extranjero, en cuanto conjunto de reglas para la solución de conflictos, en un simple hecho*. Destacando las consecuencias que se derivan de ello: la primera, que la infracción del Derecho extranjero aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso es apta para fundar un recurso de casación; la segunda, que el tribunal no queda constreñido —a diferencia de lo que sucede en la prueba de hechos en los litigios sobre derechos disponibles— a estar al resultado de las pruebas propuestas por las partes, sino que *puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación* (1).

3º) El empleo de los medios de averiguación del Derecho extranjero por el tribunal es una facultad pero no una obligación: De modo que *no puede alegarse como infringido el art. 281.2 de la LEC por que el Tribunal no haya hecho averiguaciones sobre el Derecho extranjero.*

4º) La consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero es la aplicación del Derecho español y no la desestimación de la demanda: *La consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español, porque así lo ha declarado reiteradamente dicha Sala y así lo ha declarado también el TC en su STC 155/2001, de 2 de julio, como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva que establece el art. 24 de la CE.*

1.2. Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en la misma línea

1.2.1. Su plasmación en la fundamentación de la muy reciente SAP Toledo 248/2020, de 4 de marzo de 2020 como buen ejemplo de la problemática

A modo de breve síntesis de los hechos y del razonamiento jurídico de la Ley aplicable, ha de señalarse que la reciente Sentencia de la AP de Toledo (Sección Primera), de 4 de marzo de 2020, estima un recurso de apelación, revocando parcialmente la Sentencia dictada con fecha de 16 de julio de 2019 por el Juzgado de 1ª Instancia correspondiente, que había estimado parcialmente una demanda de divorcio contencioso de un matrimonio formado por dos nacionales rumanos que, tras contraer matrimonio en Rumanía, se desplazaron a España en el año 2010, donde nacieron sus dos hijos, ambos de corta edad (9 y 4 años). Tras la ruptura de la pareja, la esposa demandada regresó a Rumanía el 23 de mayo de 2018 en compañía de su hija, donde permanece desde entonces, habiendo comenzado allí a trabajar y residiendo con su familia de origen, acudiendo la menor a una guardería; el marido por su parte, se quedó en España con el hijo mayor, escolarizado en una localidad de Toledo y es el quien interpone la demanda de divorcio en la localidad de última residencia común en España.

La Sentencia declara la disolución por divorcio del matrimonio y otorga la titularidad compartida de la patria potestad sobre los menores, correspondiendo al padre —residente en España— el ejercicio ordinario de su guarda y custodia, y a la madre —residente en Rumanía al tiempo de la demanda— le

atribuye un régimen de visitas (2) , todo ello de conformidad con el Derecho español, siendo así que el ordenamiento aplicable en principio sería el ordenamiento rumano según el análisis de la Ley aplicable que realiza.

Se recurre en apelación por la esposa la Sentencia del Juzgado, reclamando la guarda y custodia de los dos hijos con una pensión de alimentos a cargo del padre y un régimen de visitas (3) y subsidiariamente atribución de la guarda y custodia del hijo mayor al padre y de la hija menor a la madre con un régimen de visitas respectivo (4) .

Tras analizar en el Fundamento de Derecho Segundo la cuestión afectante a *la competencia de los tribunales civiles españoles para conocer de la presente demanda*, dedica el Fundamento Tercero al planteamiento de la cuestión afectante al Derecho aplicable para resolver la cuestión , que exponemos a continuación. En el razonamiento de la aplicación de la *Ley española* como *norma subsidiariamente competente*, destaca en primer lugar el hecho de que se remita a lo dispuesto en el art. 107 del CC —en vez de al Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial— de modo que *conforme con lo dispuesto en dicho precepto* (como digo el art. 107.2º CC —por error dice art.107.1—, *correspondería aplicar al caso que nos ocupa la Ley nacional común de ambos contrayentes, es decir, la de Rumanía* (5) .

Sin entrar en si el Reglamento (UE) n.º 1258/2010 conduciría o no a la legislación española, nos interesa poner nuestra atención en la solución que da a la falta de alegación del Derecho extranjero. Textualmente: *Sin embargo, ni la parte demandante alega dicha aplicación ni mucho menos aporta prueba del Derecho Rumano aplicable al caso, conforme al art. 281.21 LEC, que establece con rotundidad que el Derecho extranjero debe ser objeto de prueba, ni la demandada opone nada en ese sentido, ni tampoco el Ministerio Fiscal alega la procedencia de dicha aplicación, ni la sentencia se plantea siquiera la aplicación de dicho ordenamiento jurídico conforme dispone el art. 107 CC ya mencionado.*

De manera que, con mención de la *STS de 10 de junio de 2005* —Sala de lo Social— (6) , de la *STC 155/2001, de 2 de julio* (7) , y de la *propia Sala de la AP de Toledo de 1 de septiembre de 2006* (8) , concluye afirmando que *en definitiva, los Tribunales españoles resultan competentes para conocer de la presente demanda, y a falta de toda alegación y prueba del Derecho Rumano, resulta también aplicable el Derecho español, si bien echamos de menos una alegación expresa de tales cuestiones por ambas partes y por el MF y su análisis por la sentencia. lo referido se deriva la aplicación sustantiva del Derecho material español por ser la «Lex fori» aplicable por los Tribunales españoles, porque así lo exige la necesidad de dar una respuesta a la cuestión planteada, consustancial con el principio de tutela judicial efectiva consagrada en la CE art. 24 (9) .*

1.2.2. Otra jurisprudencia reciente de las Audiencias Provinciales en la misma línea

— SAP Málaga 877/2016, de 19 de diciembre de 2016

Se trata de una sentencia desestimatoria del recurso de apelación formulado frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Marbella, de fecha 28 de octubre de 2014, en los autos de Juicio de Divorcio n.º 248/2010.

Contra la sentencia dictada en primera instancia, combate el demandado la misma en lo relativo a la pensión de alimentos, invocando en el recurso *error en la valoración de la prueba que llevan al juzgador de instancia a atribuir la paternidad del menor al apelante, alegando que no queda acreditada la paternidad, que solo se aportan de contrario actas notariales de parentesco y la certificación del nacimiento (...), correspondiendo a la actora acreditar que dichos documentos tienen eficacia jurídica de acuerdo con la Ley china, de la cual son nacionales ambas partes, y no habiéndose acreditado dicho extremo, deben entrar en juego las reglas del art. 281.2 de la Ley española, correspondiendo exclusivamente a la demandante acreditar que el certificado equivale a la inscripción de nacimiento en el Registro Civil español, lo que no ha hecho, no resultando aplicable la presunción de paternidad matrimonial del art. 113 CC (...).*

En su FJ3, y tras declarar que resulta incuestionable la Jurisdicción española para conocer de la demanda, dispone la SAP que *El Derecho extranjero cuya aplicación se pretenda ha de acreditarse por la parte actora que lo invoca (art. 281.2 LEC) y siendo ambos cónyuges de nacionalidad china, la parte recurrente que pretende se aplique la Ley China debió acreditar el Derecho aplicable, habiéndose limitado a negar valor a la certificación de nacimiento del menor aportada por la parte actora. De modo que con cita de la STS de 5 de marzo de 2002 (10), las de 9 de noviembre de 1984 y 10 de marzo de 1993 (11), y finalmente la STS de 31 de diciembre de 1994, que establece la necesaria distinción entre: las normas de conflicto, que se limitan a indicar cuál es el Derecho aplicable a una relación jurídica controvertida, que deben ser observadas de oficio ex art. 12 CC y el propio Derecho material, al que no se refiere dicho precepto y que en ningún caso puede ser determinado por el Tribunal, concluye que ante la falta de acreditación del contenido y vigencia de las normas sustantivas del Derecho extranjero, la cuestión debe resolverse conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico (con cita de las SSTS 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 16 de julio de 1991 y 23 de marzo de 1994, 13 de diciembre de 2000 y 17 de julio de 2001, y en el mismo sentido la STC de 2 de julio de 2001).*

— SAP Almería 568/2017, de 21 de noviembre de 2017

Dictada sentencia de divorcio en rebeldía con fecha 15 de diciembre de 2015, se persona en tiempo y forma el demandado interponiendo recurso de apelación, alegando falta de competencia del Juzgado para conocer del procedimiento (art. 22.3 LOPJ), carencia sobrevenida del objeto del proceso (art. 22 de la LEC) y excepción de cosa juzgada, ello con apoyo en la sentencia de divorcio dictada con fecha 10 de agosto de 2015 por un tribunal de Marruecos, que es de fecha anterior, cuya copia traducida acompaña. En aquella sentencia se aplicó la normativa marroquí, que estima el apelante es por la que ha de regirse el divorcio de los litigantes como Ley nacional común, al tener ambos la nacionalidad marroquí, de conformidad con el art. 9.2 y 4 en relación con el art. 107 del CC, preceptos invocados por el apelante en su recurso.

Tras negar la pretensión aducida relativa a la cosa juzgada (12), así como la relativa a la competencia de los Tribunales españoles (13), respecto al contenido sustantivo del Derecho aplicado por el Juzgado de Primera Instancia español declara la Sentencia (FJ2) con base en lo dispuesto en el art. 107.1 del CC y *más concretamente si nos atenemos a lo que se dispone en el segundo párrafo del art. 9.2º*

del CC, que remite en lo referente a la separación y al divorcio, a lo prevenido en el art. 107 del mismo texto legal, que establece la aplicabilidad de la Ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda, sin perjuicio, en su defecto, de la Ley de la residencia habitual del matrimonio o finalmente de la ley española.

Y aquí viene lo destacable: No obstante ello, para su aplicación, se exige la obligación de invocarlo y probarlo por la parte que lo alega, conforme dispone el art. 281.2 de la LEC, y que el Derecho invocado y probado no sea contrario al orden público (art. 12.3 del CC). Y en el presente supuesto, ninguna de las partes y en concreto el demandado que se mantuvo en rebeldía, y que lo alega en su recurso implícitamente, no lo invocó ni acreditó, por lo que fue de aplicación, en su defecto, la Ley sustantiva española, que es la aplicada en la sentencia recurrida y que procede confirmar en todos sus extremos.

— SAP Cádiz 126/2017, de 13 de marzo de 2017

Se interpone recurso de apelación contra la sentencia desestimatoria dictada en autos de filiación, de fecha 29 de octubre de 2015, sin que hubiere lugar a la declarar la filiación pretendida. Se había formulado demanda por el actor contra los herederos de D.P., fallecido previamente, en reclamación de filiación con posesión de estado de hijo respecto del citado, alegando que su madre y D.P. se habían casado en 1970 cuando el actor contaba 12 años de edad y que en EEUU donde residieron el finado le reconoció ante la sociedad como hijo, y así hasta su muerte, considerándolo como uno de sus cuatro hijos a todos los efectos (amor y cuidados, educación y manutención). Finalizaba la demanda suplicando se dictara sentencia contra los herederos de D.P. por la que se declare la filiación reclamada y se practique la correspondiente inscripción en el Registro Civil.

Contra la sentencia se interpone recurso de apelación por entender el apelante que la resolución de la instancia es lesiva para sus intereses e invoca la falta de aplicación del Derecho extranjero del Estado en el que reside.

Tras transcribir en el FJ3 la síntesis expuesta contenida en la STS de 17 de abril de 2015, como resumen de la doctrina jurisprudencia del TS en torno a la prueba del Derecho extranjero, en el FJ4 afirma que *A la vista de lo expuesto, no podemos admitir los términos del recurso de apelación, pues la parte ahora, sin que antes lo hubiere invocado, habla de la falta de aplicación del Derecho extranjero, cuando en ningún momento de la demanda ni del período de alegaciones se ha hecho mención alguna a éste. (...) En momento alguno se cita Derecho del Estado en el que reside por el que se pudiera hablar de un modo de filiación distinto del que habla la legislación española (...) No podemos admitir esa invocación «ex novo» que se hace en esta alzada ante la contundente sentencia de instancia.*

Y aquí viene lo interesante: Es obvio que a tenor de la doctrina citada, ante la falta de prueba del Derecho extranjero, que ni siquiera se ha invocado en la instancia, solo se puede aplicar el Derecho español. De modo que el Derecho que pueda existir en EEUU y más concretamente en el Estado en que reside el actor, ni se ha invocado ni se ha probado, por lo que ante dicha carencia absoluta de invocación y prueba en la primera instancia, no puede recibir otra respuesta la parte que la desestimación de la demanda conforme al Derecho español, que es precisamente el Derecho que ha estado invocando desde un principio.

— SAP de Santa Cruz de Tenerife 25/2018, de 19 de enero de 2018

Se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 17 de febrero de 2017, desestimatoria de la demanda interpuesta por un ciudadano español contra la demandada de nacionalidad checa y residente en Chequia, en la que reclamaba la declaración de paternidad con respecto a un menor nacido en la República Checa donde también reside. El fallo desestimatorio en la instancia se funda en la falta de prueba del Derecho checo que, según el criterio de la Juez *a quo*, sería el aplicable de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.4 CC

El recurso se funda en la infracción del art. 33.3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil, así como de la jurisprudencia sobre las consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero.

En su FJ3, relativo al Derecho aplicable, la sentencia de apelación argumenta partiendo de que el art. 281.2 LEC impone a la parte que invoque el Derecho extranjero la carga de probar su contenido y vigencia, al tiempo que faculta al Tribunal para practicar de oficio diligencias de investigación, pero sin obligación de llevarlas a cabo. Y prosigue: *En el caso de autos, la inactividad de la parte actora no ha sido contrarrestada por la demandada, que permanece en situación de rebeldía. Como es sabido, en nuestro Derecho la rebeldía no supone admisión de hechos ni allanamiento ni exonera al actor de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, pero en lo que atañe a la cuestión que se resuelve, la falta de alegación y prueba consustancial a dicha situación determina la pérdida de la oportunidad de que se aplique el Derecho Checo. De modo que, como quiera que el Tribunal no tiene obligación de practicar diligencias de averiguación «ex officio» y que no existe prueba acerca del Derecho extranjero, la consecuencia no es, como resuelve la sentencia de instancia la desestimación de la demanda, sino la aplicación del Derecho español, según ha resuelto reiteradamente la jurisprudencia (...).*

La sentencia de apelación desestima la demanda, confirmando, si bien por fundamentos distintos, la referida resolución.

— SAP Zaragoza 754/2018, de 21 de noviembre

En la resolución de un recurso que trae causa de una disolución del régimen económico matrimonial de un matrimonio celebrado en Colombia, determina la SAP en su FJ7 que *La aplicación del Derecho extranjero ha sido matizado por la jurisprudencia, atendiendo a razones de justicia material y al respeto del principio de contradicción, de manera que la ausencia de alegación de la aplicación del Derecho extranjero, que ha de ser objeto de prueba (art. 281 LEC) no puede bloquear e impedir una decisión de fondo. Pues no se puede exigir al Tribunal una averiguación de oficio del contenido auténtico de dicha normativa extranjera.*

Y con cita de, entre otras, de la relevante STS de 17 de abril de 2015, señala que *la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español. Así lo ha declarado reiteradamente esta Sala, en las sentencias citadas, y así lo ha declarado el TC en su sentencia 155/2001, de 2 de julio, como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva que establece el art. 24 de la*

CE.

2. EL ACIERTO DE ALGUNAS DIVERGENCIAS RECIENTES

2.1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

2.1.1. STS 177/2018, de 3 de abril: la aplicación del derecho español debe hacerse solo de forma excepcional

Se interponen recursos de casación e infracción procesal por la parte demandada en la instancia —y apelante en segunda— contra la sentencia dictada en un juicio ordinario sobre reclamación de cantidad por premio de lotería.

Uno de los motivos del recurso de casación es la «infracción de la norma de conflicto del art. 9.2 del CC, que somete la regulación de los efectos económicos del matrimonio a la Ley personal común de los cónyuges, en el caso, la Ley colombiana; y consiguiente infracción de las normas del Derecho Civil colombiano y de la doctrina jurisprudencial que las interpreta y aplica, normas y doctrina en la que con toda claridad se establece que *la separación de cuerpos disuelve la sociedad conyugal* (art. 167 del CC de la República de Colombia), sin que pueda entenderse por tanto que la adquisiciones hechas por los cónyuges después del cese de su convivencia tengan la condición de adquisición ganancial. Para el caso de que se considere que el Derecho aplicable al caso es el español, se denuncia en el motivo segundo infracción del art. 1393.3 CC, en relación con el art. 7.2 CC y jurisprudencia que los interpreta (...) de acuerdo con la cual la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, perdiendo a partir de ese momento los cónyuges sus derechos a reclamarse como gananciales bienes adquiridos después del cese de la convivencia.

El demandante ahora recurrido se opone porque considera que la norma de conflicto es una cuestión de hecho y que los Tribunales españoles deben resolver con arreglo al Derecho español cuando quien invoca el Derecho extranjero que cree que le favorece no lo prueba, añadiendo que no ha quedado acreditado que el boleto lo pagara la ahora recurrente, tampoco la separación de hecho de los cónyuges ni que, en su caso, con arreglo al Derecho colombiano, aunque no exista una regla específica para las ganancias del juego, la presunción de ganancialidad determina que el premio lo sea.

El recurso de casación se estima, destacando en el FJ4.1 textualmente:

El art. 12.6 CC sienta el principio de la imperatividad de las normas de conflicto al declarar que «los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español». Y en particular la Ley aplicable a los efectos del matrimonio es la que resulte de lo dispuesto en el art. 9,2 CC. En el caso no ha sido discutido que ambos cónyuges, de nacionalidad colombiana, vivían en Colombia cuando contrajeron matrimonio. Resulta indudable que la Ley aplicable a los efectos patrimoniales de los cónyuges, que es lo que aquí se discute, es la colombiana. Sin embargo, la sentencia recurrida aplicó el Derecho español porque consideró que, al no haber quedado acreditado el pago por tercero del precio de la lotería, no procedía la aplicación del art. 1782 CC colombiano y entendió que procedía aplicar el Derecho español (...). Las partes han discutido acerca del contenido o de la vigencia de las normas del

Derecho colombiano que cada una de ellas ha alegado e invocado a su favor, bien de manera principal, bien de manera acumulada, bien de manera subsidiaria respecto de la cita de normas del Derecho español. A ello hay que añadir que, como ambas partes apuntan en sus escritos, la « aplicación » que del Derecho extranjero debe hacer el Tribunal español viene facilitada por la sencilla comprobación que de la existencia y contenido de las normas colombianas invocadas por las partes puede llevarse a cabo mediante la consulta de la página web oficial del gobierno colombiano o de la página web del CGPJ, sin perjuicio del principio de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes que establece nuestro sistema jurídico (arts. 281.2, 282 LEC y 33 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional).

No se plantea por tanto en el presente caso un problema de prueba del Derecho extranjero ni la oportunidad de que el Tribunal supla la prueba del mismo. Además, dadas las alegaciones y argumentaciones de las partes, la resolución del recurso con arreglo al Derecho extranjero no da lugar a incongruencia (art. 218 LEC) y por el contrario la aplicación al caso del Derecho español, que según el art. 33.3 de la citada Ley 29/2015 debe hacerse solo con carácter « excepcional », cuando no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, resulta incorrecta.

En atención a dicha fundamentación, determina que procede por ello estimar el primer motivo del recurso de casación, anular la sentencia recurrida y asumir la instancia, desestimando el recurso de apelación del demandante y confirmando el fallo de la sentencia de primera, aunque por razones diferentes a las esgrimidas por el Juzgado, y *por lo dicho, el asunto debe ser resuelto por el Derecho colombiano.*

2.1.2. ATS de 12 de septiembre de 2018: el Tribunal está obligado a la correcta aplicación del derecho extranjero

La parte recurrente formaliza recurso extraordinario por infracción procesal —que no nos interesa aquí— y de casación al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 de la LEC, alegando la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta Sala.

El recurso de casación se funda en un único motivo: por infracción de los arts. 10.5, 12.1 y 6 del CC, 281.2 LEC y 418u del Código de Obligaciones Suizas, este último por aplicación indebida. Y la infracción de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala Civil del TS de fecha 4 de julio de 2006, 14 de octubre de 2014 y 17 de abril de 2015, siendo necesario que se declare infringida la misma conforme a la cual es de aplicación el art. 418u del Código Suizo.

Afirma el Auto (FJ2) que *sostiene el recurrente que ambas partes estaban de acuerdo en que el Derecho aplicable era el Derecho suizo, que fue aportado a la demanda por la parte ahora recurrida, y que en el momento en que consta que debe aplicarse el Derecho extranjero, así como su contenido y vigencia, el Tribunal está obligado a su correcta aplicación y para ello debe servirse de los medios necesarios sin que pueda resolver la controversia únicamente con un conocimiento parcial del Derecho extranjero.* Y en consecuencia se dicta Auto de inadmisión por la causa prevista en el art. 483.2.3º LEC de inexistencia de interés casacional por falta de oposición a la doctrina jurisprudencial, afirmando que la sentencia recurrida en ningún momento se aparta de la doctrina expuesta, ya que aplica el art. 418u del *Code des Obligations Suisse*, en su redacción dada por la Ley Federal que completa el Código Civil Suizo-

Libro V: —Derecho de Obligaciones— de 30 de marzo de 1911, relativo a la indemnización por clientela en el marco del contrato de agencia (...).

2.2. La aplicación del derecho extranjero depende de que su vigencia y contenido queden probados por la parte o por el juez: SAP Illes Balears 88/2020 de 4 de marzo

En un recurso que trae causa de un procedimiento de modificación de medidas con sentencia que estima parcialmente la demanda en solicitud de modificación de las medidas establecidas en sentencia previa.

En lo que atañe a la extinción de la pensión compensatoria, el apelante afirma que la ausencia de prueba del Derecho extranjero lleva consigo la aplicación de la legislación española, por lo que invoca el art. 101 del CC

Se opone la parte contraria al recurso y recuerda que ambos litigantes tienen la nacionalidad Suiza y que fue en ese país en el contrajeron matrimonio, habiendo establecido en él su residencia habitual familiar hasta la ruptura, cuando ella trasladó a Mallorca su residencia junto con sus dos hijas, donde permanecen desde 2015, de manera que las partes presentan mayor vinculación con Suiza que con España, destacando el hecho de que en el convenio se pactó expresamente observar la legislación suiza.

Interesa destacar que en el FJ3 de la sentencia de apelación, con cita de STS 436/2005, de 10 de junio y STS de 27 de diciembre de 2006, entre otras, *la aplicación del Derecho extranjero al proceso depende de que su vigencia y contenido queden probados, cosa que no ha sido realizada en este litigio*, ni por las partes litigantes ni por el propio Juzgado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 281.2 LEC.

3. BREVE VALORACIÓN CRÍTICA DE LA DOCTRINA DOMINANTE Y DE LAS DIVERGENCIAS EXPUESTAS

3.1. Sobre la aplicación de oficio de las normas de conflicto

Sobre la aplicación de oficio de las normas de conflicto poco hay que añadir al respecto, pues es una afirmación indiscutible en el sistema jurídico español. Debe tenerse en cuenta que las normas de conflicto aparecen en el CC en su redacción originaria de 1888 y posterior de 1889 en los arts. 9-11, sin establecer expresamente la obligatoriedad de su aplicación, aunque se admitía como implícita en su formulación.

Es ya en la redacción del art. 12 CC (Decreto n.º 1836, de 31 de mayo de 1974 cuando se establece la redacción del art. 12 CC en el nuevo Título Preliminar del CC, cuando aparece el carácter imperativo o de *ius cogens* de la norma de conflicto del art. 12.6.I, sobre el que volveremos más adelante, para destacar los problemas planteados por la oscuridad de la norma, nunca del todo corregida. Estableció entonces el art. 12.6 CC en su párrafo I que *Los Tribunales y las autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español*, añadiendo unas especificaciones en su pfo. II que fueron derogados por obra de la Disposición derogatoria Única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, quedando reducida su redacción al texto contenido antes en su pfo. I

El problema ha estribado siempre en que una interpretación orientada a la imperatividad en la aplicación de la norma de conflicto habría debido obligar a entender que el Juez deba controlar de oficio la aplicación del Derecho extranjero determinada por la norma de conflicto. Y ello porque debería quedar claro que desde el momento en que el Juez aplica de oficio su propia norma de conflicto, la carga de acreditar el contenido del Derecho vigente en el extranjero es independiente de la propia alegación del Derecho extranjero, puesto que surge del hecho de que la relación material deducida en el proceso deba ser regulada por el Derecho extranjero, ateniéndonos a lo dispuesto en la norma de conflicto española. Pero nunca ha sido esta la interpretación jurisprudencial.

Como ha sido acertadamente sintetizado más recientemente y resulta fácil de entender, ante la imperatividad de las normas de conflicto —que comporta la necesidad de que el Juez deba proceder a la aplicación del Derecho extranjero al margen de su alegación y/o prueba por las partes— solo cabe o incentivar la actuación judicial que haga respetar el carácter de *ius cogens*, o bien se sustituye la imperatividad de las normas de conflicto por un sistema facultativo (14).

3.2. Sobre la afirmación de que el derecho extranjero recibe un tratamiento de hecho pero matizado

Hemos dicho que la STS 198/2015, de 17 de abril, matiza la condición de *hecho* del Derecho extranjero, de tal manera que, partiendo de que la exigencia de prueba del Derecho extranjero —cuando este resulta aplicable en virtud de la norma de conflicto española— *no transforma el Derecho extranjero, en cuanto conjunto de reglas para la solución de conflictos, en un simple hecho*, enunciando las consecuencias que se derivan de ello y que marcan la diferencia: la primera, que la infracción del Derecho extranjero aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso es apta para fundar un recurso de casación; y la segunda, que el Tribunal no queda constreñido —a diferencia de lo que sucede en la prueba de hechos en los litigios sobre derechos disponibles— a estar al resultado de las pruebas propuestas por las partes, sino que *puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*.

Debe aplaudirse la contundencia con que se afirma que la infracción del Derecho extranjero aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso pueda fundar un recurso de casación, puesto que la doctrina acerca de ese punto ha sido marcadamente contradictoria. Mas nada añade la segunda conclusión, puesto que efectivamente el hecho de que el Tribunal no quede constreñido al resultado de las pruebas propuestas por las partes es algo común a lo que sucede con los hechos en los Procesos civiles sobre derechos no disponibles.

Conviene por ello un apunte a modo de reflexión. Cuestionándose la doctrina si existía o no una verdadera carga de la prueba del Derecho extranjero con arreglo a lo dispuesto en el art. 12.6 CC antes de su modificación en el año 2000 (15), con claridad expuso entonces algún autor que la respuesta exige tener en cuenta que hay que partir de la idea de que el principio de la carga de la prueba es incompatible con los poderes probatorios del órgano judicial, *por muy facultativos que estos sean y por muy complementarios que desee la Ley que sean*. Porque, o el poder probatorio

pertenece en exclusiva a las partes, en cuyo caso hay verdadera carga de la prueba, o no pertenece en exclusiva, en cuyo caso no se puede hablar de carga de la prueba desde un punto de vista técnico jurídico.

El simple cuestionamiento al respecto pone de relieve la falta de claridad no solo respecto a qué sea el Derecho extranjero sino también respecto a lo que sea propiamente la carga de la prueba.

En primer lugar, hay que destacar que, a pesar de lo reiterativo de la afirmación jurisprudencial en sentido contrario, no puede defenderse la idea que el Derecho extranjero sea —ni haya sido nunca— un hecho en nuestro ordenamiento jurídico.

Por su parte, el concepto de carga de la prueba tiene en el proceso civil una proyección dual: por un lado es una regla de juicio para el Juez, que se identifica comúnmente con la llamada «carga material de la prueba»; pero al mismo tiempo es una carga procesal para las partes, —«carga formal de la prueba»— si bien solo en aquellos procesos regidos plenamente por el principio de aportación de parte, porque solo en tales procesos cabe deducir de la aplicación de la regla de juicio la existencia de la carga de la prueba. Clasificación convencional ésta —de carga formal y material, o subjetiva y objetiva respectivamente— que se limita a determinar que, con respecto a los procesos civiles de corte dispositivo y regidos por el principio de aportación de parte, es necesaria una actividad de las partes encaminada a probar los hechos fundamentales de su pretensión si no quieren ver a la misma vencida en la *litis*. Siendo además importante destacar que en el plano subjetivo del fenómeno, la carga formal de la prueba es meramente indicativa u orientativa para las partes, y ello no solo en cuanto que éstas pueden alegar y probar incluso los hechos que les son desfavorables, sino en la medida en que lo aportado y probado por una parte es adquirido, para bien y para mal, por la otra, en virtud de la vigencia del llamado principio de Adquisición procesal (16).

Es obvio que la norma era sumamente contradictoria, entre el principio que sentaba al decir en primer lugar que *los Jueces aplicarán de oficio la norma de conflicto española* y el resto del precepto. Porque si lo que se quería es que el Juez falle el pleito conforme a esa norma extranjera, lo que tendría sentido sería que el Juez tuviera que procurarse el conocimiento de ese Derecho, dado que, aun sin su ayuda, habría de aplicarlo. De modo que no tiene sentido que el deber de investigar se convierta en una facultad de investigar («...sin embargo, para su aplicación el juzgador podrá valerse además...») complementaria de la actividad de las partes, ni tiene sentido tampoco que sea la parte que invoca el Derecho extranjero quien tenga que acreditarlo. Dentro de esa contradicción cabía advertir que ni se trataba de un hecho ni la regulación tenía nada que ver con la carga de la prueba (17).

El art. 12.6 del CC fue modificado, derogándose su párrafo II por obra de la Disposición Derogatoria Única 2.1. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, quedando reducida su redacción a lo siguiente: *Los Tribunales y las autoridades públicas aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español*. El sustituto de los párrafos derogados lo encontramos en el texto de la LEC/2000, entrando en juego el art. 281.2.II LEC, heredero de la disposición derogada, que por lo que se refiere al Derecho extranjero dispone lo siguiente: *El Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*.

Destaca en el precepto expuesto la falta de mención —a diferencia de lo dispuesto en el derogado pfo. del art. 12.6 del CC— que es la persona que alega el Derecho extranjero quien debe acreditar su contenido y vigencia, sino que dice simplemente que «El Derecho extranjero *deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia...*».

Por otro lado, no resuelve nada la nueva disposición respecto a las consecuencias jurídicas en caso de falta de prueba del Derecho extranjero, pues no toma partido por un sistema definido de prueba del Derecho extranjero. Solo cabe advertir que se caracteriza por dos premisas: 1. El Derecho extranjero debe ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia Y 2. El juzgador puede intervenir en la prueba del Derecho extranjero, empleando los medios de averiguación que estime necesarios para su aplicación.

Podríamos preguntarnos por la incidencia de la regulación contenida en el art. 281.2.II y 282 LEC (18) y la derogación del pfo. 2 del art. 12.6 del CC en la doctrina jurisprudencial y la respuesta es que fue mínima, tal y como consta en la síntesis efectuada por la STS 1989/2015, de 17 de abril. Cabe citar como excepción de los años inmediatamente posteriores al año 2000 la STS de 10 de junio de TS de 10 de junio de 2005, en la que determina que *el Derecho extranjero no tiene que ser alegado en el proceso por las partes para que el Juez deba tener en cuenta la designación que de ella efectúa la norma de conflicto, por más que ello sea para darle el tratamiento procesal que corresponda. Lo que han de alegar las partes son hechos que, por la concurrencia de elementos extranjeros, se subsuman bajo la previsión de la norma de conflicto. Basta con la alegación para que, como efecto de dicha norma, se considere que el litigio debe resolverse según el Derecho extranjero en ella designado* (19).

También cabe plantearse cuál haya podido ser el impacto de la regulación contenida en el art. 33 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil, que constituye la última disposición normativa que ha entrado en juego en la materia, bajo el enunciado de «De la prueba del Derecho extranjero» en los siguientes términos:

1. *La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la LEC y demás disposiciones aplicables en la materia.*
2. *Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor positivo de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero, de acuerdo con las reglas de sana crítica.*
3. *Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el derecho español*
4. *Ningún informe o dictamen, nacional o extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles*

Las principales novedades en materia de prueba del Derecho extranjero incorporadas por la regulación contenida en el art. 33 de la LCJIMC son las siguientes: la inclusión de una referencia expresa al uso del criterio de valoración de las reglas de la sana crítica de la prueba practicada para determinar su valor a los fines de acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero, la alusión

como novedad al medio de prueba que representan los «informes» o «dictámenes» emitidos sobre Derecho extranjero, que *carecerán de efecto vinculante*, y la solución consagrada ante la falta de acreditación del contenido y vigencia del Derecho extranjero, sentando como regla general —si bien se entiende que ha de ser utilizada *con carácter excepcional*— la facultad de nuestra autoridad de aplicar en tales casos el Derecho español.

Volveré sobre esa especie de galimatías enseguida. Pero en relación con el tema que nos ocupa en este punto nada aporta, dado que en el apartado 1 del art. 33 se remite a lo dispuesto en el art. 281.2 LEC, disponiendo textualmente que *La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas y demás disposiciones aplicables en la materia*, de modo que cabe compartir la opinión de la mayoría de la doctrina cuando afirma que esta regulación no hace sino confirmar lo que la jurisprudencia tradicional y mayoritaria ha venido defendiendo, sin aportar luz en este punto.

Por eso son tan destacables algunas de las manifestaciones contenidas en las resoluciones mencionadas *supra*. Y así, resulta muy acertada la reflexión contenida en el FJ2 del ATS de 12 de septiembre de 2018, cuando afirma que *en el momento en que consta que debe aplicarse el derecho extranjero, así como su contenido y vigencia, el Tribunal está obligado a su correcta aplicación y para ello debe servirse de los medios necesarios sin que pueda resolver la controversia únicamente con un conocimiento parcial del Derecho extranjero*.

También la SAP de Girona 255/2020, de 11 de febrero, en el FJ3 de la sentencia de apelación, con cita de STS 436/2005, de 10 de junio y STS de 27 de diciembre de 2006, entre otras, determina que *la aplicación del Derecho extranjero al proceso depende de que su vigencia y contenido queden probados, cosa que no ha sido realizada en este litigio*, ni por las partes litigantes ni por el propio Juzgado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 281.2 LEC.

3.3. Sobre la afirmación de que el empleo de los medios de averiguación del derecho extranjero por el tribunal es una facultad pero no una obligación

La contradicción planteada entre la imperatividad de la norma de conflicto y el hecho de que el deber de investigación se convierta en una facultad de investigar complementaria de la actividad de las partes sigue estando presente, desde la formulación inicial contenida en el art. 12.6 CC hasta el presente. En aquella —tras imponer a la persona que invoque el Derecho extranjero el deber de acreditar su contenido y vigencia— añadía la norma: *sin embargo, para su aplicación el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias necesarias*. Ahora en el art. 281.2.III LEC cuando —tras determinar que el Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia— añade a continuación: *pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*.

Por eso son tan destacables en este punto asimismo las dos resoluciones mencionadas en el apartado anterior.

En particular en los procesos de Familia y demás con objeto indisponible, ha de destacarse la incidencia que haya de tener el refuerzo del papel del Juez en materia probatoria. De modo que deje

de ser verdad la afirmación de que el empleo de los medios de averiguación del Derecho extranjero por el Tribunal sea una facultad pero no una obligación.

Asimismo ha de ponerse en valor el papel del M.F. en la prueba del Derecho extranjero en los procesos civiles en los que sea parte. Al respecto, la SAP de Toledo 248/2020, de 4 de marzo de 2020, recordó mencionar al M.F. cuando tras afirmar que *en definitiva, los Tribunales españoles resultan competentes para conocer de la presente demanda, y a falta de toda alegación y prueba del Derecho Rumano, resulta también aplicable el Derecho español*, añade que *si bien echamos de menos una alegación expresa de tales cuestiones por ambas partes y por el MF y su análisis por la sentencia*.

3.4. Sobre la afirmación de que la consecuencia de la falta de prueba del derecho extranjero es la aplicación del derecho español y no la desestimación de la demanda

Ante la falta de respuesta por parte de la LEC/2000 respecto a la cuestión que se plantea por la falta de alegación y/o prueba del Derecho extranjero que rige un litigio por mandato de las normas de conflicto españolas que ha de aplicar de oficio el Tribunal español —y ello en cualquiera de las hipótesis posibles—, ha ofrecido la doctrina científica diversas soluciones alternativas a la aplicación del Derecho español, destacando la tesis de la desestimación de la demanda, que es la que cuenta con un apoyo unánime en la práctica española del Derecho Internacional Privado, si bien adolece de consecuencias indeseables desde el punto de vista procesal.

La tesis mayoritariamente seguida por el TS es, como recoge en su síntesis la STS 198/2015, de 17 de abril, la aplicación subsidiaria del Derecho español y no la desestimación de la demanda (20). Cabe cuestionarse si es compatible la aplicación subsidiaria del Derecho español cuando no se ha aplicado el Derecho extranjero con la aplicación de oficio de las normas de conflicto, en los términos ya expuestos líneas arriba. Y la respuesta es clara y en sentido negativo.

En este punto la aportación más interesante suministrada por la STS 177/2018, de 3 de abril, es que subraya el carácter excepcional de la aplicación del Derecho español, con base en la disposición contenida en el art. 33.3 de la LCJIC (*Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español*).

La mayoría de la doctrina entiende que esta *regulación no hace sino confirmar lo que la jurisprudencia tradicional y mayoritaria ha defendido*, abandonando la otra solución alternativa: la desestimación de la demanda en caso de falta de prueba de Derecho extranjero, de modo que a partir de ese momento *los arts 281.2 y 282 LEC y art. 33 de la LCJI dan cuerpo a un sistema de prueba del Derecho extranjero de textura abierta, de modo que serán siempre las partes o siempre el Juez los que deban, en todo caso, probar el Derecho extranjero* (21).

Pero ese carácter excepcional permite defender una lectura interpretativa tal que se entienda que dicha solución ha de ser utilizada ponderando las circunstancias que concurren en el caso concreto, para ejercer o no tal facultad (*podrá aplicarse el Derecho español*) (22) interpretación que permitiría valorar la actitud de las partes, o mejor dicho, la *conducta procesal de las partes* con todo el provecho

que podría extraerse de ello.

4. CONCLUSIONES

— **Primera:** *De lege ferenda*, debe hacerse hincapié en la necesaria corrección de la falta de claridad normativa, que está en la base de la inercia advertida en el tratamiento procesal de la falta de prueba del Derecho extranjero, que trae causa principalmente del hecho de que la regulación del CC —del año 1974— era confusa e imprecisa, y venía a consagrar una profunda contradicción. Contradicción que no se ha visto corregida con las modificaciones legislativas posteriores en la materia. Al efecto debe propiciarse un reforzamiento de la diligencia en la actuación judicial, de modo que se respete el carácter imperativo de las normas de conflicto y que permita interpretar la subsidiariedad en su sentido más estricto, esto es, cuando pese a la diligencia del Juez —y de las partes— no haya sido posible aplicar el Derecho extranjero.

— **Segunda:** Podría convertirse en una obligación del Tribunal —y no una facultad— el empleo de los medios de averiguación del Derecho extranjero, máxime en los Procesos de familia y demás procesos con objeto indisponible.

— **Tercera:** Al efecto, y esto ya *de lege data*, debería asimismo clarificarse el papel del MF en este punto cuando es parte en el proceso, sorprendiendo por cierto la ausencia de mención alguna a esta controvertida cuestión en la Circular 1/2020, de 3 de enero, de la FG, sobre los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en el orden jurisdiccional civil.

5. BIBLIOGRAFÍA

- PICÓ I JUNOY, J., «La prueba del Derecho extranjero: ¿dónde está el problema», en *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, op.col., dirs. ABEL LLUCH, X. y otros, ed. La Ley, 2011
- CHIOVENDA, G., *Principii di Diritto Processuale Civile*, 3ª edición, Ed. Jovene, 1965
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil Internacional (ordenamiento español)*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1981
- ORTEGA GIMÉNEZ, A., «Régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero y *lex delicti commissi*, Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, de 2018», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2019, vol.11, n.º 2, pp. 705 y ss.
- YBARRA BARES, A. / RODRÍGUEZ BENOT A., «Las nuevas reglas sobre información y prueba del Derecho extranjero en el sistema español de Derecho Internacional Privado», *Boletín Mexicano de derecho Comparado*, vol. 50, n.º 150, septiembre-diciembre, 2017

.....

(1)

Así lo permite el último inciso final del art. 281.2 de la LEC, que supone una flexibilización de las limitaciones derivadas del principio de aportación de parte que rige en los litigios sobre derechos disponibles, que para el tribunal supondría que el Derecho extranjero fuera tratado a todos los efectos como un hecho. Por ejemplo, le permite admitir prueba sobre el Derecho extranjero propuesta en segunda instancia o incluso en el recurso de casación (así Sentencia n.º 528/2014, de 14 de octubre). Ahora bien, esta posibilidad no supone que el recurso pueda convertirse en un nuevo juicio, en el que se modifique el objeto del proceso. La prueba del Derecho extranjero, incluso en apelación y casación, es posible cuando ha sido alegado en el momento procesal oportuno, que de ordinario es la demanda o la contestación a la demanda, y cuando sirve para fundar las consecuencias jurídicas que la parte intenta anudar a hechos y pretensiones oportunamente introducidas en el proceso, posibilitando que el tribunal aplique con más seguridad el Derecho extranjero que fue oportunamente alegado. No es admisible que mediante la aportación de prueba sobre el Derecho extranjero en los recursos, se alteren los términos en que el debate ha sido fijado en la demanda, contestación y Audiencia Previa.

[Ver Texto](#)

- (2) A favor de la madre —residente en Rumanía— se establece un régimen de visitas según el cual los menores pasarán con ella las vacaciones de verano desde el 1 de julio hasta el 31 de agosto, siendo entregados y recogidos en el domicilio materno por el padre y un fin de semana al mes a disfrutar en España. Asimismo, ambos progenitores podrán comunicarse por cualquier medio con los menores todos los días que no los tengan en su compañía, respetando un horario razonable y compatible con el descanso de los mismos y el derecho del otro progenitor a relacionarse con ellos. Cada progenitor asumirá los gastos ocasionados por los menores en los períodos de tiempo en que éstos se encuentren bajo su cuidado. Y ambos abonarán por mitad los gastos extraordinarios de los menores, entendiendo en todo caso como extraordinarios los gastos odontológicos, médicos y quirúrgicos no cubiertos por la Seguridad Social y respecto de los restantes gastos extraordinarios, será preciso que conste por escrito el consentimiento expreso de ambos progenitores; en caso contrario, deberá hacer frente al pago de los mismos el progenitor que hubiese asumido su causación.

[Ver Texto](#)

- (3) Una pensión de alimentos a cargo del padre de 150 euros por cada hijo y un régimen de visitas de mitad de vacaciones de Navidad, Semana Santa ortodoxa, semana blanca y verano.

[Ver Texto](#)

- (4) De mitad de vacaciones de Navidad, Semana Santa ortodoxa, semana blanca y verano, pero de manera que ambos hermanos coincidieran en el domicilio materno y paterno la totalidad de las vacaciones.

[Ver Texto](#)

- (5) No reparó el Tribunal en que el Reglamento mencionado es de aplicación por los Tribunales españoles desde el 21 de junio de 2012, ni en que el art. 107 del CC fue modificado en su apartado 2 por la Disposición Final 1.28 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, de modo que ahora lo que establece es lo siguiente: 2. *La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho Internacional Privado.*

[Ver Texto](#)

(6) *Esta Sala, en ejercicio de la función complementaria del ordenamiento jurídico que le atribuye el art. 1.6 del CC, ha declarado que, cuando el contenido y vigencia del Derecho extranjero no han resultado probados por las partes ni averiguados por el Tribunal en la medida que sería precisa para resolver el conflicto de intereses planteado y la regla de conflicto no impone otra cosa, resulta aplicable la «lex fori», como norma subsidiariamente competente (con cita de SSTs de 11 de mayo de 1989, de 7 de septiembre de 1990, de 23 de marzo de 1994, de 25 de enero de 1999, de 5 de junio de 2000, y de 13 de diciembre de 2000, entre otras).*

[Ver Texto](#)

(7) *Sentencia que, al examinar la cuestión desde el punto de vista que le compete, en la interpretación del art. 24.1 de la CE, consideró más respetuosa con el contenido de dicho precepto que la solución consistente en la desestimación de la demanda, defendida por un sector de la doctrina) ha de ser traída a colación para examinar el tercero y último de los motivos del recurso de casación de la demandante.*

[Ver Texto](#)

(8) *El art. 107 CC establece que, a falta de Ley nacional común (supuesto que debe equipararse al de la falta de prueba y aportación) el Derecho aplicable será el de la residencia habitual común (...) y por tanto el derecho español.*

[Ver Texto](#)

(9) *Y continúa: doctrina coincidente con la tradicionalmente seguida por el TS, ejemplo de cuyas resoluciones cabe señalar en SS de 13 diciembre de 2000, de 17 de julio de 2001, de 5 de marzo de 2002, de 2 de diciembre de 2003, entre otras muchas. Debemos agregar que la Ley 8/00 de 22 de diciembre sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España dispone que les son aplicables los derechos del Título 1 de la CE en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en la propia Ley y en las que regulan el ejercicio de cada uno de ellos, ejercitando los derechos que se reconocen en la Ley en condiciones de igualdad con los españoles, y siendo que el art. 32 CE establece que la Ley regulará las causas de separación y disolución y sus efectos, tales derechos son ejercitables por los extranjeros en España en igualdad con los españoles.*

[Ver Texto](#)

(10) *Que declara que «Dado que por los recurrentes se dice desconocer esta doctrina, conviene recordar que el contenido de las siguientes resoluciones de esta Sala: las de 11 de mayo de 1989 y de 3 de marzo de 1997, que consideran al Derecho extranjero como cuestión de hecho que, por tanto, corresponde alegar y probar a la parte que lo invoca*

[Ver Texto](#)

(11) *Que afirman que los órganos judiciales tienen la facultad pero no la obligación de colaborar a la determinación del contenido del Derecho extranjero en su caso invocado, con los medios de averiguación que consideren necesarios.*

[Ver Texto](#)

(12) *Pues en tanto no se acuerde la ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal extranjero, ninguna eficacia*

produce en España, por lo que no puede estimarse la excepción aducida),

[Ver Texto](#)

(13) Puesto que *en el presente caso no hay duda de que ambos cónyuges son residentes o al menos lo eran en el momento de interponerse la demanda.* respecto al contenido sustantivo del Derecho aplicado por el Juzgado de Primera Instancia español,

[Ver Texto](#)

(14) Con similares palabras, PICÓ I JUNOY, J., «La prueba del Derecho extranjero: ¿dónde está el problema», en *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, op.col., dirs. ABEL LLUCH, X. y otros, ed. La Ley, 2011, p.475, concluyendo en los siguientes términos: *Pero lo que no tiene justificación alguna es mantener la actual práctica judicial que conduce a una solución antijurídica, injusta e imperialista.*

[Ver Texto](#)

(15) El art. 12.6 CC en su formulación del año 1974 decía lo siguiente: *Los Tribunales y las autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español. La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la Ley española. Sin embargo, para su aplicación el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias necesarias.*

[Ver Texto](#)

(16) CHIOVENDA, en *Principii di Diritto Processuale Civile*, 1965, 3ª ed., Ed. Jovene, p. 748.

[Ver Texto](#)

(17) Sagazmente decía al respecto CORTÉS DOMINGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil Internacional (Ordenamiento español)*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1981, pp. 68-69, que por el contrario, lo que se regulaba podía interpretarse como una regla de juicio que tiene el Juez para solucionar el problema planteado por dos concepciones legales de dos problemas jurídicos (el Juez no tiene obligación de conocer ni investigar el Derecho extranjero y las partes no tienen la facultad de renunciar a la norma de conflicto), que solucionará el problema del Derecho incierto en el caso de que la aplicación de la norma de conflicto le lleve a un ordenamiento extranjero, debiendo aplicar en tal caso la norma material española

[Ver Texto](#)

(18) El art. 282 LEC, bajo el enunciado de «Iniciativa de la actividad probatoria» también es de interés al determinar que: *Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el Tribunal podrá acordar de oficio que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la Ley.*

[Ver Texto](#)

(19) Pues en efecto *los hechos están regidos por la regla de aportación de parte (quod non est in actis non est in mundo)*, mientras que en nuestro ordenamiento el Tribunal está facultado para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del derecho extranjero (art. 12.6.2 CC, redacción anterior a la LEC/2000, que era la vigente al interponerse la demanda, y art. 281.2 LEC), lo que significa tanto como que debe aplicarlo si es que lo conoce y, al fin, que de hecho la aportación de parte solo sea necesaria para suplir aquella información. Por otro lado, la norma jurídica extranjera vine designada por la de conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento que el Tribunal debe aplicar de oficio (art. 12.6 CC).

[Ver Texto](#)

(20) Como señala PICÓ I JUNY, J., *Curiosamente, a pesar de que la jurisprudencia sostiene mayoritariamente que estamos ante una cuestión de hecho, en un alarde de pragmatismo entiende que su falta de prueba no comporta la aplicación de las reglas del «onus probandi» sino la aplicación supletoria del Derecho español*, en «La prueba del Derecho extranjero: ¿dónde está el problema», en *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, cit., p. 465.

[Ver Texto](#)

(21) ORTEGA GIMÉNEZ, A., «Régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero y *lex loci delicti commissi*. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 13 de diciembre de 2018, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2019), vol. 11, n.º 2, pp. 705-717 (en particular en este punto p. 717.

[Ver Texto](#)

(22) En este sentido YBARRA BORES, A./RODRÍGUEZ BENOT, A., «Las nuevas reglas sobre información y prueba del Derecho extranjero en el sistema español de Derecho Internacional Privado», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 50, n.º 150, sep.dic. 2017.

[Ver Texto](#)

Àngels Gomis Masqué «In personam»

«Es importante que el ciudadano que acude al Juzgado entienda no sólo nuestras resoluciones sino también qué es lo que ocurre durante el procedimiento y qué puede esperar del órgano judicial. Para ello resulta imprescindible, entre otras cosas, un lenguaje directo y comprensible»



En esta ocasión hablamos con la **Magistrada M.ª Àngels Gomis Masqué**, miembro de la **sección 13 de la Audiencia Provincial de Barcelona**, especializada en arrendamientos, y autora de artículos y obras en esta materia del derecho civil.

Quienes conocemos su trabajo y hemos seguido de cerca sus resoluciones sabemos de la sistemática, orden y claridad con la que transmite sus amplios conocimientos de derecho civil, y de sus habilidades al enfrentarse a la valoración de la prueba. Destaca sobremanera su capacidad para depurar, con aparente sencillez, el debate planteado a partir del relato fáctico que se le muestra, así como su destreza al entrelazar con precisión el objeto de la controversia con el resultado de la prueba practicada y alcanzar con fluidez su convicción.

Como pone de relieve la entrevistada, los principales desafíos probatorios en materia arrendaticia giran en torno a la prueba de hechos negativos y a la falta de prueba directa. Además, en muchos casos los contratos de arrendamiento se desarrollan en el marco de una relación de confianza, por lo que es frecuente no disponer de documentación escrita o que ésta sea difícil de interpretar.

En lo relativo al problema de las ocupaciones ilegales, destaca la necesidad de una reforma legal que ofrezca una solución satisfactoria, si bien precisa que aquella debe venir acompañada de medios materiales y personales y no debe perder de perspectiva la raíz del conflicto.

PREGUNTA.- ¿QUÉ LE ANIMÓ O IMPULSÓ A ESCOGER LA CARRERA JUDICIAL?

Àngels Gomis Masqué.- Mi padre era un abogado enamorado de su profesión, que trasladó a todos sus hijos la vocación por el Derecho, de manera que ya a los catorce años tuve muy claro que quería estudiar Derecho. No obstante, en la opción por la Carrera Judicial tuvo un peso determinante D. Jesus Corbal Fernández, que fue mi profesor de Derecho Procesal en la Universidad Autònoma de Barcelona en una época en que él ejercía como Magistrado en el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Terrassa.

P.- ¿CUÁL O CUÁLES SON LAS EXPERIENCIAS QUE VIVIÓ COMO «JUEZ DE PROXIMIDAD» EN SU PRIMER DESTINO EN LA CARRERA JUDICIAL Y CÓMO INFLUYERON ESTAS EXPERIENCIAS EN SU POSTERIOR EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL?

AG.- Mi primer destino, en el año 1986, fue el Juzgado de Distrito de Santa Coloma de Gramenet. Entonces Santa Coloma era una ciudad de 135.000 habitantes, con una notable conflictividad social y un bajo nivel económico y cultural. Al tratarse de un Juzgado de Distrito los asuntos, civiles y penales, de los que conocía eran aquellos más cercanos a la cotidianidad de los ciudadanos, y de lo que allí aprendí resaltaría la importancia de que el ciudadano que acude al Juzgado entienda no sólo nuestras resoluciones sino también qué es lo que ocurre durante el procedimiento y qué puede esperar del órgano judicial, para ello resulta imprescindible, entre otras cosas, un lenguaje directo y comprensible.

P.- ¿SIEMPRE TUVO CLARO QUE SU CARRERA COMO MAGISTRADA IBA A DESARROLLARSE EN EL ORDEN CIVIL?

AG.- No. Tanto durante la carrera universitaria como posteriormente al inicio de mi actividad jurisdiccional me consideraba una «penalista»; disfrutaba con el estudio y aplicación del Derecho Penal y, de hecho, retrasé mi ascenso a la categoría de Magistrado porque el Juzgado de Distrito en el que servía en Barcelona iba a reconvertirse a los pocos meses en un Juzgado de Instrucción. No obstante, precisamente la dificultad en la valoración de la prueba y el correlativo establecimiento de los hechos probados y las distintas consecuencias en uno y otro orden jurisdiccional de la falta o insuficiencia de prueba (presunción de inocencia o normas de la carga de la prueba) fue por lo que, al plantearme el reingreso al servicio activo tras unos años en el Servicio de Inspección del CGPJ, decidí reorientar mi actividad hacia el orden civil.

P.- EN LA ACTUALIDAD FORMA PARTE DE UN ÓRGANO COLEGIADO Y RESUELVE LOS RECURSOS DE APELACIÓN PLANTEADOS FRENTE A SENTENCIAS DICTADAS POR JUECES Y MAGISTRADOS DE PRIMERA INSTANCIA, ¿LE HA SUPUESTO UN RETO ENFRENTARSE A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DESDE ESTA OTRA PERSPECTIVA?

AG.- Efectivamente, y lo ha sido desde una doble vertiente. En primer lugar, por la pérdida de la intermediación, dado que no puede restarse importancia a la percepción directa de la práctica de las

pruebas a la hora de formar la convicción. Si bien este aspecto ha quedado muy suavizado desde la entrada en vigor de la LEC 1/2000 que introdujo la grabación de los juicios, que hay que valorar muy positivamente. A mi llegada a la Audiencia Provincial estaba aún en vigor la LEC 1881, de modo que la práctica de las pruebas se documentaba por escrito, con preguntas y repreguntas redactadas previamente, sin posibilidad de reformularlas o completarlas y que se documentaban en un acta que, en la mayoría de los casos, se limitaba a recoger la respuesta de «es cierto» o «no es cierto» por lo que la pérdida de la inmediación era total y sólo excepcionalmente contábamos con elementos que permitieran diferir de la valoración del juez *a quo*.

Por otra parte, y teniendo en cuenta que la configuración de la segunda instancia en nuestro ordenamiento permite al tribunal un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa con plenitud de cognición y libertad para la nueva valoración de la prueba (*revisiopriorisinstanciae*), se impone una autoexigencia superior en aquellos supuestos en que mi apreciación probatoria como ponente o aquélla que en definitiva acoge el tribunal difiere de la del juzgador *a quo*, tanto a nivel de formación de la convicción como de justificación en la resolución de los motivos de esta diferencia.

P.- ¿CUÁL ES SU EXPERIENCIA SOBRE LA DELIBERACIÓN EN UN ÓRGANO COLEGIADO?

AG.- Sólo puedo calificarla como muy positiva y es de justicia decir que he aprendido, y aprendo, mucho de mis compañeros. La deliberación permite profundizar no sólo en el debate técnico-jurídico, sino también en la valoración de la prueba cuando la dificultad en la resolución del pleito reside precisamente en la determinación de los hechos probados, y en muchas ocasiones en la deliberación se introducen enfoques que, en tu estudio como ponente, no te habías planteado.

Por otra parte, ante las diferencias de planteamiento, de valoración o de criterio entre los miembros del tribunal, la deliberación permite distinguir aquello que resulta esencial para la resolución de aquellos otros aspectos que coadyuvan en la decisión.

Y en último término, y desde un punto de vista estrictamente personal, en aquellos supuestos en que la resolución, por distintos motivos, resulta dudosa o que, sin serlo la decisión a adoptar, la solución alcanzada parece poco justa, me resulta tranquilizador saber que el asunto lo hemos estudiado, valorado, discutido y resuelto en equipo.

P.- ¿ES HABITUAL QUE LOS ABOGADOS PLANTEEN LA PRÁCTICA DE ALGÚN MEDIO DE PRUEBA DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN, TRAS HABER DEJADO CONSTANCIA DE SU PROTESTA EN PRIMERA INSTANCIA CON MOTIVO DE SU DENEGACIÓN?; ¿CON QUÉ FRECUENCIA SUELEN PRACTICARSE PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA EN MATERIA ARRENDATICIA, MÁS ALLÁ DE LA APORTACIÓN DE DOCUMENTOS EN LOS CASOS PREVISTOS EN EL ART. 46o LEC?

AG.- Según mi experiencia como Magistrada en una Sección de la Audiencia Provincial especializada en materia de arrendamientos urbanos —por bien que también recibe asuntos de derecho civil general—, el porcentaje de asuntos en los que se propone prueba en segunda instancia es más bien

bajo; en una apreciación *grosso modo* me atrevería a decir que no supera el veinte por ciento de los rollos registrados y en la práctica totalidad de éstos se propone prueba documental, siendo la proposición de otras pruebas residual.

Pero si fijamos la atención no en la prueba propuesta sino en la admitida, dejando de lado la aportación de documentos, el número de las pruebas practicadas se reduce a una cifra insignificante, tanto es así que en nuestra Sección no se ha celebrado ninguna vista para la práctica de pruebas en los dos últimos años.

Además de la limitada posibilidad de proponer prueba en segunda instancia en nuestro ordenamiento procesal, podemos indicar como causa de ello, de una parte, que normalmente la denegación de la prueba por parte del juzgador de primera instancia es conforme a derecho, y, por otra, que habitualmente aquellas pruebas que no han podido practicarse en primera instancia por causas no imputables a la parte tampoco pueden practicarse en la segunda.

P.- COMO MAGISTRADA DE UNA SECCIÓN DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA ESPECIALIZADA EN ARRENDAMIENTOS, ¿CUÁLES SON LOS DESAFÍOS PROBATORIOS MÁS IMPORTANTES EN ESTE ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL?

AG.- Apuntaría como desafíos específicos en esta materia la prueba de hechos negativos (p.e. el «no uso»), que reconduce la labor probatoria a la acreditación de hechos positivos de los que aquél pueda derivarse y la falta de prueba directa, que obliga a valorar la acreditación de un hecho mediante la suma de hechos indiciarios de los que aquél puede llegar a deducirse.

P.- A EFECTOS PROBATORIOS, ¿TIENE ALGUNA TRASCENDENCIA QUE UN GRAN NÚMERO DE RELACIONES ARRENDATICIAS SE DESARROLLEN EN EL ÁMBITO FAMILIAR O EN UN ENTORNO SOCIAL PRÓXIMO?

AG.- Ciertamente, esta circunstancia comporta dificultades probatorias, en primer término porque al desarrollarse en el marco de una relación de confianza gran parte de hechos relevantes en la relación contractual no se documentan por escrito (pactos de modificación de renta, carencias temporales, pactos para la reparación de determinados elementos y su contraprestación, e incluso el pago o la misma entrega de llaves). Por otra parte, en un gran número de ocasiones los documentos se hacen sin intervención de ningún profesional, lo que a menudo comporta serios problemas de interpretación. Y, por último, cuando la relación arrendaticia se mueve en este marco, las personas que pueden conocer de los hechos acostumbran a ser del círculo íntimo de alguna de las partes, lo que, obviamente, ha de ser tenido en cuenta en su valoración.

P.- TRAS ANALIZAR NUMEROSAS RESOLUCIONES DICTADAS EN PRIMERA INSTANCIA Y VISUALIZAR DIVERSAS FORMAS DE DIRIGIR ACTOS ORALES. ¿QUÉ VALOR O VALORES DESTACARÍA DE UN/A JUEZ/A?

AG.- Destacando valores y no tanto capacidades o habilidades, destacaría la capacidad de escucha,

la amabilidad, la claridad y, muy especialmente, el equilibrio.

P.- ¿CREE QUE ES NECESARIO ATENDER A LA PETICIÓN DE UNA REFORMA LEGAL QUE AGILICE LA RECUPERACIÓN DE VIVIENDAS OCUPADAS ILEGALMENTE, TRANSMITIDA CON INSISTENCIA A TRAVÉS DE ALGUNOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN?

AG.- Hasta final del año 2019 los juicios de desahucio por precario se repartían en la Audiencia Provincial de Barcelona exclusivamente a las Secciones 4ª y 13ª, especializadas en arrendamientos urbanos, lo que nos ha permitido una sobrecogedora percepción de la magnitud del problema de la ocupación ilegal de viviendas en nuestro territorio. Asimismo, hemos percibido que si bien hace unos años la ocupación era una ocupación ideológica (movimientos que cuestionaban el valor y la función de la propiedad), en la actualidad se trata de una ocupación social, pues en la inmensa mayoría de supuestos quienes ocupan son personas con una precaria situación económica que no tienen posibilidad de acceder a una vivienda en condiciones de mercado que les garantice su derecho fundamental.

A pesar del ingente esfuerzo realizado por ambas Secciones para agilizar la resolución de estos procedimientos, en este momento se están resolviendo recursos de apelación en procedimientos incoados en primera instancia en la primera mitad del año 2018. La dilación temporal es tan evidente que hace innecesario cualquier comentario. En cualquier caso, me atrevería a apuntar que una de las medidas que cabría estudiar sería la limitación del acceso al recurso de apelación en determinados supuestos o la exigencia de una caución para acceder a él (pensemos en la exigencia del art. 449 LEC en los supuestos de arrendamiento): la inmensa mayoría de los recursos de apelación que se interponen en estos casos son carentes de fundamento o no tienen ninguna posibilidad de prosperar, y por contra suponen una gran carga de trabajo que sobretensiona la pendencia en las Audiencias y dilata de manera absolutamente injustificada la recuperación de la posesión por el titular del derecho (sin entrar en el coste en dinero público en relación a la asistencia jurídica gratuita de los apelantes).

La necesidad de una reforma legal es patente, pero, en cualquier caso, esta medida resulta insuficiente si no se cuenta con medios materiales y personales que permitan la tramitación de los asuntos en los plazos legalmente previstos.

De todos modos, cualquier reforma legal en este sentido tendría una trascendencia muy limitada sino se va a la raíz del problema, y a mi entender, hay dos campos en los que los poderes públicos deberían aplicar esfuerzos: la lucha contra las mafias (ocupación/desocupación) que operan en este ámbito y la apuesta por una política de vivienda pública y social.



P.- ¿DEBEN ENFRENTARSE CADA VEZ CON MAYOR FRECUENCIA A LA VALORACIÓN DE LAS DENOMINADAS PRUEBAS ELECTRÓNICAS (WHATSAPP, CORREOS ELECTRÓNICOS, PÁGINAS WEB, DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS ETC)?, ¿CUÁL ES SU EXPERIENCIA CON RELACIÓN A LAS DENOMINADAS «EVIDENCIAS DIGITALES»? , ¿SUELEN IMPUGNARSE CON FRECUENCIA POR FALTA DE AUTENTICIDAD?

AG.- Efectivamente, la utilización de las llamadas evidencias digitales cada vez es mayor, tanto en lo que se refiere a comunicaciones entre las partes (whatsapp o correos electrónicos) como a hechos de carácter personal o empresarial publicitados en las redes sociales o en páginas web, llegando incluso en algunos casos la parte a prescindir de un dictamen pericial aportando información obtenida de internet. Pero, al margen de la valoración que pueda hacerse de estos elementos probatorios (en muchos casos su valor reside en que puedan ponerse en relación con el resultado de otras pruebas), curiosamente es relativamente poco frecuente que se impugne su autenticidad.

P.- PARECE QUE LOS JUICIOS TELEMÁTICOS HAN VENIDO PARA QUEDARSE. ¿CREE QUE LA INMEDIACIÓN PUEDE VERSE DE ALGÚN MODO COMPROMETIDA?, ¿SE HAN VISTO EN LA NECESIDAD DE CELEBRAR ALGÚN JUICIO O ACTUACIÓN ORAL DE FORMA TELEMÁTICA?

AG.- Nunca hemos celebrado un juicio o una actuación telemáticamente, por tanto no puedo hablar desde mi experiencia. Por el contrario, sí estamos deliberando telemáticamente desde el mes de junio y, si bien en ninguno de los recursos resueltos la decisión hubiera diferido de la adoptada si aquélla hubiera sido presencial, creo que la deliberación pierde matices y riqueza.

Teniendo, pues, en cuenta mi experiencia en deliberaciones telemáticas y la visualización de juicios celebrados en primera instancia con la práctica de alguna prueba por videoconferencia, yo no diría que con los juicios telemáticos la inmediación se vea tanto como comprometida, pero sí en cierta medida afectada. Así la declaración presencial de una persona, atendiendo a sus gestos, tono o mirada influyen en la percepción que los jueces tenemos de ella y en la formación de nuestra convicción, mientras que en una declaración telemática es más difícil apreciarlos, además, la disposición de la persona que declara varía si lo hace en presencia de un tribunal o frente a una pantalla, ello sin contar con ocasionales deficiencias técnicas o de sonido. En alguna ocasión visionando una grabación de juicio en la que alguna prueba se había practicado telemáticamente, he tenido la sensación de que quien declaraba nunca hubiera dicho ante el juez lo que estaba diciendo

por videoconferencia.

P.- DESDE SU PROPIA EXPERIENCIA, ¿QUÉ INCIDENCIA HA TENIDO LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN SU FUNCIÓN DE JUZGAR?, ¿EN ALGUNA OCASIÓN SE HA ENCONTRADO CON LA NECESIDAD DE CONTRARRESTAR LA INFLUENCIA NEGATIVA DE ESTEREOTIPOS? ¿ES HABITUAL EN MATERIA ARRENDATICIA?

AG.- Cuando, tras la valoración de la prueba, haces, de alguna manera, la «película» del relato de hechos, te vienen ciertamente a la cabeza estereotipos o clichés, no sólo desde el ámbito de la perspectiva de género sino también desde otros varios, pero es igualmente cierto que, al menos desde mi experiencia, personal y en la dinámica de la Sección en que trabajo, estos ni suponen un prejuicio ni trascienden a la decisión final ni a su fundamento.

P.- POR ÚLTIMO Y A TÍTULO PERSONAL, ¿HA PENSADO EN ALGUNA OCASIÓN DEDICARSE A LA DOCENCIA?

AG.- Sí, en más de una ocasión. Creo que pocas cosas hay tan satisfactorias como compartir tus conocimientos y experiencias con otras personas a quienes puedan ayudar a crecer, y tan enriquecedoras como la aportación de quienes, con una mirada nueva, están formándose.

El dictamen pericial actuarial de valoración de las indemnizaciones por lucro cesante y daño emergente. Excepciones en las tablas de la Ley 35/2015

Olga Torrente Pascual

Perito Judicial. Miembro de la Associació Catalana de Perits Judicials i Forenses

Economista-Actuaria de Seguros. Gabinete Torrente Asesores Asociados, S.L.

Resumen: La Ley 35/2015 contempla la posibilidad de que el perjudicado reclame una indemnización diferente a la cuantificación resultante de la tabla correspondiente, si acredita un perjuicio distinto al estimado en las Tablas. En tal caso es necesario aportar una valoración actuarial individualizada suscrita por un actuario, tal y como prevé la Guía de buenas prácticas para la aplicación del baremo.

1. INTRODUCCIÓN

El 1 de enero de 2016 entró en vigor la «Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación», el «nuevo Baremo».

Este nuevo Baremo ha dado una mayor visibilidad a nuestra profesión de actuario de seguros, desconocida por una amplia mayoría. A pesar de toda la publicidad y de los esfuerzos que realizamos para darla a conocer, sigue sin trascender la esencia de nuestro trabajo y nuestro potencial profesional. Somos quienes determinamos la prima de cualquier tipo de seguro en función de los riesgos, para personas p.e.: edad, sexo, para las cosas p.e.: modelo del vehículo, contenido, superficie de una nave. Estamos plenamente involucrados en el complejo escenario de las pensiones en nuestro país, nuestro día a día son los términos: esperanza de vida, riesgo, jubilación, IPC, etc. Nuestra visión es a medio y/o largo plazo, proyectamos y actualizamos flujos considerando hipótesis financiero-actuariales.

Pues bien, en el desarrollo de esta Ley los actuarios de seguros han sido parte fundamental en la determinación de las indemnizaciones por lucro cesante y daño emergente que hasta la entrada en vigor de esta Ley no estaban previstas o bien su determinación carecía de coherencia.

Y es más, como más adelante explicaré y es el argumento de este artículo, en ciertas circunstancias, los perjudicados para acreditar que les corresponde una mayor indemnización de la que la Ley prevé,

requerirán de una valoración actuarial individualizada, de un **«informe actuarial realizado y suscrito por un actuario, desestimándose o rechazándose aquellos otros que no reúnan tal requisito»**.

Antes de empezar a desarrollar las bases de nuestra intervención como actuarios de seguros en la cuantificación de las reclamaciones por daños y perjuicios con la elaboración del dictamen pericial actuarial, quisiera expresar que en mi trayectoria profesional como perito he constatado que la indemnización que percibe un lesionado, sobre todo los grandes lesionados y sus familias, nunca es «suficiente». Todos cambiaría la indemnización, por muy cuantiosa que fuera, para volver a la situación de un segundo antes del accidente o de aquello que provocó sus secuelas corporales y daños patrimoniales.

2. EL NUEVO BAREMO

La Ley 35/2015, cambia totalmente el anterior sistema de valoración vigente durante más de veinte años, **reforma** el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, introduciendo el nuevo sistema. De esta forma, el punto siete del artículo único introduce en el Texto Refundido de la Ley un «texto articulado» bajo el epígrafe de un nuevo título, el cuarto: **«TÍTULO IV. Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación»**, y es en el anexo en el que se incluyen las nuevas tablas que cuantifican y modulan todos los nuevos conceptos indemnizables.

Preámbulo Ley 35/2015: *«El nuevo Baremo se inspira y respeta el principio básico de la indemnización del daño corporal; su finalidad es la de lograr la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos para situar a la víctima en una posición lo más parecida posible a la que tendría de no haberse producido el accidente. Para ello, también se identifican nuevos perjudicados y nuevos conceptos resarcitorios que no están recogidos en el Baremo vigente. Se sistematizan y dotan de sustantividad propia las indemnizaciones por daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) que el actual Baremo (1) prevé de un modo significativamente simplista e insuficiente.*

En el segundo capítulo de la Ley, se desarrollan las reglas para la valoración del daño corporal. En las tres secciones del capítulo, se abordan, respectivamente, las indemnizaciones por causa de muerte, por secuelas y por lesiones temporales. Las cuantías de las indemnizaciones figuran en las tablas 1 (muerte), 2 (secuelas) y 3 (lesiones temporales). En cada uno de esos supuestos se distingue entre el «perjuicio personal básico» (tablas 1.A, 2.A y 3.A) los «perjuicios particulares» (tablas 1.B, 2.B y 3.B) y el «perjuicio patrimonial» (tablas 1.C, 2.C y 3.C), que a su vez distingue entre daño emergente y lucro cesante.

A modo de resumen el nuevo Baremo establece las siguientes indemnizaciones:

Tablas indemnizatorias LEY 35/2015:

TABLAS	A	B	C
1 FALLECIMIENTO	PERJUICIO PERSONAL BÁSICO	PERJUICIO PERSONAL PARTICULAR Y EXCEPCIONAL	PERJUICIO PATRIMONIAL (daño emergente y lucro cesante)
2 SECUELAS	PERJUICIO PERSONAL BÁSICO	PERJUICIO PERSONAL PARTICULAR Y EXCEPCIONAL	PERJUICIO PATRIMONIAL (daño emergente y lucro cesante)
3 LESIONES TEMPORALES	PERJUICIO PERSONAL BÁSICO	PERJUICIO PERSONAL PARTICULAR Y EXCEPCIONAL	PERJUICIO PATRIMONIAL (daño emergente y lucro cesante)

Las tablas, se subdividen en otras tablas en función de los perjudicados, a modo de ejemplo: la 1.C.1: indemnizaciones por lucro cesante del cónyuge de la víctima, la 2.C.3: indemnización del daño patrimonial por secuelas de ayuda de tercera persona, la 2.C.4: indemnizaciones por lucro cesante por incapacidad para realizar cualquier trabajo o actividad profesional (absoluta).

Las indemnizaciones por el perjuicio patrimonial de las tablas 1.C y 2.C obedecen a un **modelo actuarial** basado en un principio de valorar la compensación del perjudicado por los daños y perjuicios sufridos para que se sitúe en una posición lo más similar a la que hubiera tenido de no haberse producido el accidente. Son el resultado de la valoración efectuada de acuerdo con las Bases Técnicas Actuariales (2), que recogen la metodología actuarial y las hipótesis de cálculo biométricas, económico-financieras y de valoración asumidas para la cuantificación de las indemnizaciones de daños patrimoniales (lucro cesante por fallecimiento o incapacidad, ayuda de tercera persona).

En estas tablas se **individualiza el perjuicio**, porque influye p.e. la edad del perjudicado, años de matrimonio con la víctima, ingresos netos antes del accidente, etc. Por tanto, exige proyectar importes económicos diferidos en el tiempo, esto es la cuantificación mediante **técnicas actuariales**.

3. LAS TRES EXCEPCIONES APLICABLES A LAS TABLAS. NECESIDAD DE ESTUDIO ACTUARIAL

De la revisión que he realizado de las Bases Técnicas Actuariales y los resultados en las tablas 1.C y 2.C, como actuario de seguros he llegado a la conclusión que se ha estandarizado a los perjudicados, con un resultado aceptable en la mayoría de las situaciones pero que en determinadas circunstancias personales no se ajusta.

El porqué, es la necesidad para determinar las diferentes indemnizaciones de adoptar unas hipótesis de cálculo. Por ejemplo, en el caso de lucro cesante en caso de fallecimiento para el cónyuge e hijos:

- La edad de la víctima es la misma edad del cónyuge vivo (perjudicado), implica que todos los matrimonios/parejas que acrediten convivencia, tienen la misma edad, ¿qué ocurre en casos donde la diferencia de edad entre ambos es muy amplia? Cualquiera sabe que a mayor edad menos esperanza de vida y viceversa, por lo que aquellos perjudicados «jóvenes» se ven beneficiados en detrimento de los «mayores».
- Las compensaciones o pensiones públicas, esto es, la pensión de viudedad y orfandad es el 52% y el 20% respectivamente de la base reguladora de fallecimiento. A partir de 01-01-2019 el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de viudedad ha pasado a ser del 60% para ciertos supuestos e incluso en algunos casos puede llegar al 70%. En este caso la indemnización de la tabla 1.C en algunos casos beneficia a los perjudicados.

Pues bien, la propia Ley contempla la posibilidad de que el perjudicado reclame una indemnización diferente a la cuantificada en la tabla correspondiente, si acredita un perjuicio distinto al estimado en las Tablas.

Pero sólo en los supuestos (3) en que las «compensaciones» o «prestaciones públicas» sean nulas (no percibir ninguna prestación pública), o bien por percibir una distinta a la prevista (4) :

- 1.- art. 88.3 lucro cesante por fallecimiento,
- 2.- art. 125.6 indemnización por ayuda de tercera persona y
- 3.- art. 132.4 lucro cesante por secuelas.

Es en este caso cuando nace la **necesidad/posibilidad de una pericial actuarial** (5) , una valoración actuarial individualizada para determinar la cuantía de la indemnización correspondiente, tal como prevé la Guía de buenas prácticas para la aplicación del baremo de autos.

4. EL DICTAMEN PERICIAL ACTUARIAL

Para realizar nuestra intervención, deberemos seguir la Guía de Buenas Prácticas para la aplicación del baremo de autos. En los acuerdos de la Comisión de 6 de febrero de 2018, en el apartado 3:2. INFORMES 3:2:1. Informe actuarial, donde se establece lo siguiente:

*La buena práctica requiere que, para acreditar el derecho del perjudicado en aquellos casos que marca la Ley (cf. arts. 88.3, 125.6 y 132.4) y en aquellos que conforme al punto 3.1.2.d) (6) anterior necesite de cálculo actuarial, se presente un informe actuarial que se ajuste a los criterios y modelos de cálculo establecidos por las **Bases Técnicas Actuariales**. **El informe actuarial será realizado y suscrito por un actuario, desestimándose o rechazándose aquellos otros que no reúnan tal requisito.***

Y en el apartado 3. CAPÍTULO ACTUARIAL BASES TÉCNICAS ACTUARIALES, apartado 3:1:1. Publicación de las Bases Técnicas Actuariales, se considera que la buena práctica requiere que para resolver aquellos casos en los que la Ley establece que deben usarse las bases técnicas actuariales a efectos de cálculo (cf. arts. 88.3, 125.6 y 132.4) se utilicen las publicadas por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Las Bases Técnicas Actuariales a las que se refiere el artículo 48, que contienen las hipótesis económico-financieras y biométricas del cálculo de los coeficientes actuariales, son las presentadas en Junta Consultiva de Seguros y Fondos de Pensiones.

El actuario de seguros cuando realice la valoración individualizada deberá seguir lo indicado en el apartado 3:1:2. Interpretación de las Bases Técnicas Actuariales.

5. ALGUNOS EJEMPLOS Y RESULTADOS DE LA PERICIAL ACTUARIAL

Llegados a este punto, voy a contar algunos casos en los que hemos intervenido por encuadrarse en uno de estos 3 supuestos.

Es importante considerar el conocimiento del abogado que representa al lesionado/perjudicado de esta posibilidad/necesidad de reclamación que puede representar indemnizaciones superiores a las previstas en la propia Ley. También es importante por el riesgo que supone para el letrado el desconocimiento de la posibilidad de reclamación, ya que su representado podría presentarle una reclamación por mala *praxis* profesional.

CASO 1. (art. 88.3) Pareja de hecho con 3 años de convivencia (7) . El perjudicado no tiene derecho a pensión de viudedad por la Seguridad Social. Atendiendo a las tablas del baremo que presupone que el perjudicado viudo percibe una pensión de viudedad, el lucro cesante según la tabla 1.C.1 es de 50.939 €. El perjudicado acredita que no percibe pensión de viudedad y de la valoración actuarial individualizada el lucro cesante asciende a 225.030,86 €.

CASO 2. (art. 125.6) Lesionado con secuela que es tributaria de ayuda de tercera persona (amputación 1hora diaria). La indemnización según la tabla 2.C 3 10.278,00 €. Se acredita que no percibe ninguna ayuda pública. La valoración actuarial individualizada asciende a 74.292,71 €.

CASO 3 (art. 132.4) Lesionado con secuelas. Se le reconoce por la Seguridad Social una incapacidad permanente total. Del análisis de sus ingresos anteriores al momento del accidente y de la pensión de incapacidad total reconocida, la cuantía de la indemnización en la tabla 2.C.5 asciende a 22.533 €. Se acredita que la pensión de incapacidad total reconocida difiere de la estimada por el Baremo y la valoración actuarial individualizada asciende a 130.704,44 €.

6. CONCLUSIONES

La Ley 35/2015, cambia totalmente el anterior sistema de valoración —vigente durante más de veinte años, **reforma** el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

Aparece el concepto de perjuicio patrimonial, lucro cesante y daño emergente donde los actuarios de seguros han sido parte fundamental en la determinación de las indemnizaciones por lucro cesante y daño emergente que hasta la entrada en vigor de esta Ley no estaban previstas o bien su determinación carecía de coherencia.

En ciertas circunstancias, los perjudicados para acreditar que les corresponde una mayor indemnización de la que la Ley prevé, requerirán de una valoración actuarial individualizada, de un ***informe actuarial realizado y suscrito por un actuario, desestimándose o rechazándose aquellos otros que no reúnan tal requisito.***

Por último, quiero decir que la aplicación del «Baremo de accidentes de tráfico» se extiende, en la práctica, a otros tipos de accidentes como los de trabajo o los acaecidos en la actividad sanitaria (disposición adicional tercera de la Ley 35/2015).

(1)

Baremo de la Ley 30/1995, vigente hasta 31 de diciembre de 2015.

[Ver Texto](#)

(2) Documento Bases Técnicas Actuariales del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación publicadas en la página web de la DGSFP.

[Ver Texto](#)

(3) Artículo 88. Variable relativa a pensiones públicas a favor del perjudicado.

3. El perjudicado por el fallecimiento de una víctima con ingresos del trabajo personal podrá acreditar que no tiene derecho a pensión pública alguna o que tiene derecho a una pensión distinta de la prevista en las bases técnicas actuariales del multiplicador

Artículo 125. Determinación de la cuantía indemnizatoria mediante multiplicando y multiplicador.

6. Las prestaciones públicas para ayuda de tercera persona a las que tenga derecho el lesionado se estiman de acuerdo con las bases técnicas actuariales, pero puede acreditarse la percepción de prestaciones distintas a las estimadas.

Artículo 132. Multiplicador.

4. Las pensiones públicas a las que tenga derecho el lesionado, tales como las de incapacidad permanente, absoluta, total o parcial, son objeto de estimación, pero puede acreditarse la percepción de pensiones distintas a las estimadas. En los supuestos de gran invalidez sólo se computará en el multiplicador la parte correspondiente a la pensión de incapacidad permanente absoluta.

[Ver Texto](#)

(4) Fallecimiento: Pensión de viudedad u orfandad. Incapacidad: pensión de incapacidad permanente total o absoluta.

[Ver Texto](#)

(5) Fuera de estos casos previstos legalmente, si se observan errores o desajustes entre las tablas y las disposiciones normativas habrá de solicitarse una pericia que recalculé el perjuicio conforme al texto articulado.

[Ver Texto](#)

(6) Cálculo actuarial del lucro cesante en los casos de ingresos netos que superen el importe de 120.000 euros.

[Ver Texto](#)

(7) Art. 36.2. A los efectos de esta Ley, se considera que sufre el mismo perjuicio resarcible que el cónyuge viudo el miembro superviviente de una pareja de hecho estable constituida mediante inscripción en un registro o documento público **o que haya convivido un mínimo de un año inmediatamente anterior al**

fallecimiento o un período inferior si tiene un hijo en común

[Ver Texto](#)

Testamentos ológrafos y Covid

Mireia Hernández Esteban

Perito Calígrafo

Experta en Lingüística Forense

Miembro de la Associació Catalana de Perits Judicials i Forenses

Resumen: La situación sanitaria derivada del COVID-19 ha provocado un aumento de testamentos ológrafos con el fin de evitar desplazamientos de personas con especial vulnerabilidad. Ante este incremento, además de los datos y disposiciones exigidos por la ley, conviene recordar que en caso de impugnación del testamento ológrafo, el perito calígrafo está llamado a verificar no sólo la autenticidad del documento, sino también las circunstancias bajo las que se redactó el testamento.

1. INTRODUCCIÓN

La vida nos ha cambiado a todos y en todos los ámbitos. Hemos cambiado nuestra manera de movernos, trabajar, hacer deporte, de relacionarnos, de vivir y de comprar, pero también de testar y de morir, muy lamentablemente. En una coyuntura como la actual, en ocasiones no es conveniente ni que el paciente acuda a una notaría, ni que el notario se desplace a un domicilio o a un hospital para que el testador deje claras sus últimas disposiciones; y esta nueva realidad ha provocado un aumento de casos de testamentos ológrafos.

Las dudas acerca de la validez y fiabilidad del documento las plantean habitualmente quienes se han visto perjudicados por su contenido, porque les llama la atención algún detalle o sencillamente porque observan un comportamiento extraño en la escritura habitual de su familiar.

Al margen de las consideraciones formales (1) que pueden dar mayor validez o no al documento, el **perito calígrafo interviene** en estos casos, **no sólo para comprobar si el testador/firmante es realmente su autor**, sino las **condiciones** en las que se encontraba esa persona a la hora de escribir el testamento ológrafo.

El perito aborda los posibles escenarios en la confección de un documento y dirige su análisis a:

1. Tener en cuenta si el texto es fruto de una **redacción o es de ejecución libre**.
2. Valorar **factores endógenos** del testador (enfermedad, medicación, estado emocional y estado físico en general) y **factores exógenos** (posición, útil, soporte)

3. Valorar si el documento ha sido redactado bajo presión o **coacción** ya se parcial o totalmente.
4. Valorar si el testador ha intentado **desfigurar** su propia escritura.
5. Valorar si el documento ha sido resultado de la **mano guiada**, es decir, a petición propia, el testador solicita a un tercero que le ayude a escribir.

2. SOBRE LA CUESTIÓN DE EJECUCIÓN LIBRE O TEXTO DICTADO

La confección de un testamento ológrafo debe cumplir unos requisitos formales, de ahí que, en ocasiones, el testador requiere la ayuda de un tercero con formación adecuada que puede explicar o dictar las fórmulas específicas.

Este posible dictado de cuestiones formales no resta validez al documento si la escritura se desarrolla con espontaneidad, es decir, según la manera habitual del testador.

Sin embargo, como todo, esta referida espontaneidad tiene sus matices: imaginemos la situación, la testadora es una persona muy mayor con dificultad gráfica; su escritura revela signos de senilidad e incluso de trastornos neurológicos que afectan a la conducción del trazo; y en estas circunstancias, la testadora trata de hacer una letra más cuidada y legible de lo habitual, y para lograrlo, frena la velocidad e incluso incorpora rasgos caligráficos no habituales en su escritura; también suele ocurrir que las palabras disminuyan la distancia entre letras y la zona media empequeñezca.

La clave para resolver esta tesitura es comprobar si la trayectoria y la estructura general del grafismo es coherente con la escritura indubitada.

3. SOBRE LA CUESTIÓN DE FACTORES ENDÓGENOS MODIFICADORES NATURALES DEL GRAFISMO

Las personas que suelen testar suelen realizarlo en situaciones complicadas debidas, por ejemplo, a una avanzada edad o una enfermedad muy grave. Y esas circunstancias especiales modifican y mucho la escritura, teniendo en cuenta además que el testador puede estar siguiendo un tratamiento farmacológico que puede afectar la conducción del trazo, véase por ejemplo los medicamentos relacionados con el Parkinson que inciden en el movimiento y los temblores. De ahí que convenga preguntar las circunstancias concretas en las que el testador redactó sus disposiciones, preguntar por su enfermedad e incluso por la medicación.

4. SOBRE LA CUESTIÓN DE UNA REDACCIÓN COACCIONADA

La RAE define coacción como: fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo.

[Sin embargo, y permítanme un paréntesis, esta palabra procede del vocablo latino *coactio-onis* (fem) que en el latín de Suetonio tenía otro significado : *Acción de cobrar o de recaudar*. Aquí lo dejo.

Que cada cual extraiga sus propias conclusiones.]

El perito calígrafo puede valorar la posibilidad de que un texto ha sido redactado bajo presión o coacción si en general se perciben detalles de constricción e inhibición, por ejemplo:

- Confusión de las vocales (e, a, o)
- Trazo recubierto en los óvalos.
- Tamaño muy pequeño de la zona media (0,5/1 y 1,5 mm).
- Trazo muy presionado.
- Pérdida de legibilidad y claridad.
- Variabilidad de las letras.
- Abolladura de los óvalos.
- Excesiva compacidad de las letras.
- Rigidez de la línea de base.
- Margen izquierdo rígido.
- Acortamiento excesivo de las hampas y jambas.

5. SOBRE LA CUESTIÓN DE LA MANO GUIADA

La mano guiada no es una acción fraudulenta, sino que se trata de la ayuda solicitada por el testador para poder escribir, debido a su dificultad motora.

Sobre este supuesto, los profesores Miguel Ángel Robles y Antonio Vega en su libro *Grafoscopia* (2009) detallan cuatro casos:

- Mano pasiva: la mano inerte del autor permite que se refleje la personalidad escritural del guía.
- Mano dificultosa: el autor intenta colaborar en la redacción, pero su intervención es mínima por lo que la personalidad gráfica del guía será la dominante.
- Mano asistida: el autor intenta colaborar en la redacción, y se produce una convivencia de elementos gráficos del guía y del testador.
- Mano colocada: el testador puede escribir, pero al carecer de visión necesita que le coloquen o enderecen la mano, de ahí que se produzcan irregularidades en el encuadre o morfología de algunas grafías.

6. SOBRE LA CUESTIÓN DE LA AUTOFALSIFICACIÓN POR DISIMULO

F. Antón Barberá y Antonio Vega en su libro *Análisis de textos manuscritos, firmas y alteraciones documentales* (1998) definen las modificaciones fraudulentas : «son aquellas alteraciones voluntarias de textos o firmas manuscritas, realizadas con una clara finalidad delictiva». Y una de estas modificaciones fraudulentas son precisamente la autodesfiguración o autofalsificación que tiene el fin de eludir la responsabilidad derivada de su autoría, de ahí que:

«El falsificador intentará deformar o enmascarar su escritura para dificultar su identificación. El que modifica conscientemente su propia firma o escritura para no reconocerla posteriormente, está adoptando la personalidad de alguien anónimo o inexistente o incluso imitando una personalidad distinta para que no se le identifique.»

Sin embargo, este tipo de redacción en un testamento ológrafo puede revelar incluso la verdadera intención del testador, es decir, que lo escrito sea realmente lo contrario a lo que desea íntimamente.

La autofalsificación rara vez es total, especialmente cuando se trata de documentos largos, ya que es muy difícil desfigurar la escritura sin que se note la huella de ese esfuerzo; además, el escritor tratando de ocultar los aspectos morfológicos o estructurales más evidentes, no puede o no sabe ocultar aquellos aspectos más nimios, pero que son auténticos idiotismos a modo de huellas dactilares de la escritura, y por tanto contienen una función identificadora.

Las características más habituales de una escritura autodesimulada son:

- Rasgos comunes esenciales con la firma auténtica.
- Rasgos dispares para atraer la atención
- Temblores, trazos trémulos y paradas.
- Variación de los aspectos más visibles del trazado como el tamaño, la inclinación, la forma etc.
- Añadido o supresión de trazos o desarrollos gráficos.
- Excesiva lentitud o rigidez.
- Presión fuerte.
- Cambio en el modelo de las mayúsculas.
- Ejecución de grafías que denotan escasa destreza gráfica.
- Alteraciones en la parte inicial o final aumentando los desarrollos gráficos.
- Utilización de letras de trazado simple o estereotipado.

- Cambiar la postura habitual para escribir, utilizar otra mano o variar la manera de coger el útil.

Por todo ello, la intervención del perito calígrafo en un caso de testamento ológrafo es pertinente, no sólo para verificar la autenticidad del documento, sino también para analizar las circunstancias bajo las cuales se redactó dicho testamento.

7. BIBLIOGRAFÍA

ANTÓN, Francisco; MÉNDEZ, Francisco; *Análisis de textos manuscritos, firmas y alteraciones documentales*. Ciencia policial. Tirant lo Blanch ; Valencia, 1998.

MARTÍN RAMOS, Rafael; *Documentoscopia. Método para el peritaje científico de documentos*. Ed La Ley . Madrid, 2010.

ROBLES, Miguel Ángel; VEGA, Antonio *Grafoscopia y Pericia Caligráfica Forense*. Ed. Bosch. Barcelona , 2009

TOLEDANO TOLEDANO, Jesús R; *La prueba pericial de documentos*. Ed. Atelier Libros. Barcelona, 2017.

VIÑALS, Francisco; PUENTE, M.^a Luz; *Pericia caligráfica judicial. Práctica, casos y modelos*. Ed. Herder. Barcelona, 2001.

.....

(1)

Debe reflejarse en el Testamento: el día, mes, año y lugar en el que se otorga, los datos del testador. Además, deben dejarse claras las disposiciones y referir los datos de los herederos.

[Ver Texto](#)

Pericial contable: el Texto Refundido de la Ley Concursal y RDL aprobados con motivo de la Covid-19

Luis Ojeda Arnal

José Carlos Ojeda Arnal

Miembros de la Associació Catalana de Pèrits Judicials i Forenses

Resumen: Cada vez tiene más encaje la actuación del perito contable y económico en el ámbito concursal. El TRLC recoge diversos escenarios en los que la figura del auditor de cuentas y la del perito económico y contable toman especial relevancia. Además, no hay que olvidar que el concurso de acreedores se basa en el principio de insolvencia, siendo éste un concepto económico-contable que deberá concretarse adecuadamente en el proceso. En paralelo, algunos de los recientes RDLey aprobados con motivo de la pandemia de Covid-19 han configurado un escenario en el que la figura del perito económico-contable toma relevancia a la hora de reclamar ciertos derechos. En las siguientes líneas pretendemos realizar un breve resumen de la situación existente tras las últimas novedades legislativas, a fin de dejar constancia de la importancia del perito económico y contable en estos procedimientos.

1. ÁMBITO CONCURSAL

El BOE de fecha 07 de mayo de 2020 publicó el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, (en adelante TRLC). En el preámbulo se da una amplia explicación de la labor del legislador. Así, se nos indica que *«El Texto Refundido de la Ley Concursal debe ser resultado de la regularización, la aclaración y la armonización de unas normas legales que, como las que son objeto de refundición, han nacido en momentos distintos y han sido generadas desde concepciones no siempre coincidentes»*. Igualmente, se explica que *«La doctrina del Consejo de Estado ha señalado que regularizar, aclarar y armonizar textos legales supone, en primer lugar, la posibilidad de alterar la sistemática de la ley y, en segundo lugar, la posibilidad de alterar la literalidad de los textos para depurarlos en la medida necesaria para eliminar las dudas interpretativas que pudieran plantear.»*

Todo lo expuesto no es asunto baladí, sobre todo a tenor de lo que recoge la disposición derogatoria única, que deja sin efecto prácticamente todo el cuerpo legislativo concursal existente para sustituirlo por este Texto Refundido. Como podrán imaginar, ya ha habido doctos artículos que han cuestionado el alcance de la labor del legislador, a quien se le achaca que, en algunos aspectos de la norma, puede haberse extralimitado en su función de interpretar doctrina del TS y refundirla con los textos legales preexistentes. (1) . Quizás de ahí la amplia exposición y la justificación que consta en el preámbulo de la norma, al que nos hemos referido por considerarlo adecuado para introducir al lector en la realidad legislativa existente, en lo concerniente al instituto concursal y a los institutos preconcursales.

En estas líneas no vamos a entrar en esas disquisiciones que entendemos corresponden a otros foros y sobre todo a otros ponentes. Nuestro objetivo es el de resaltar cómo queda la figura del del perito económico y contable en el marco legislativo aprobado recientemente. Por limitaciones propias del medio, y a fin de que resulte más ameno para el lector, hemos destacado tres escenarios principales de actuación del perito en el ámbito concursal, para que no resulte un artículo farragoso y de difícil lectura.

Es evidente que, en el ámbito concursal, la labor del economista y contable resulta necesaria en muchos más escenarios que los que aquí se van a desarrollar —en propuestas de convenio (ex art. 317 TRLC), en planes de pagos y planes de viabilidad (ex arts. 331 y 332 TRLC), en acuerdos de refinanciación y plan de viabilidad (ex art. 597 TRLC), en nombramiento de experto independiente para emitir informe sobre plan de viabilidad (ex art. 600 TRLC), etc.—, pero la brevedad del medio nos obliga a concreción en la exposición. De ahí que nos hayamos centrado únicamente en los tres escenarios anunciados, que los circunscribimos a la acción del «perito economista y contable». De hecho, el abanico de actuaciones que existen dentro del procedimiento concursal para el economista contable (no perito), seguramente, posibilita la redacción ya no de un artículo, sino más bien de un libro.

Desde el inicio del procedimiento, en la documentación a acompañar con la declaración de concurso resulta imprescindible la aportación que realice el economista-contable. En no pocas, quizás demasiadas, ocasiones nos encontramos con que las demandas de concurso de acreedores son simples relatos, voluntariosos, pero que olvidan que, como toda demanda (2), también las de concurso de acreedores deben estar adecuadamente fundadas y documentadas (3).

En el caso del concurso de acreedores es evidente que hay que documentar las circunstancias bajo las que se ha producido la insolvencia, el momento en que se debía haber presentado el concurso, etc., todo ello a fin de posibilitar que se revisen, de entre otros aspectos, los negocios jurídicos del pasado más inmediato del deudor, las circunstancias de su insolvencia, se contrasten las cuantías del pasivo y la naturaleza de los créditos declarados, así como los importes por los que constan registrados los activos.

Por ello, es incuestionable que en todo procedimiento concursal hará falta, además de la actuación letrada, una labor económica de fondo para determinar aspectos tales como son, por poner dos ejemplos, el importe del pasivo del deudor —que evidentemente surgirá de la información contable (4) — o el momento de la insolvencia —que surgirá de un análisis contable preciso—, todo ello en evitación de eventuales calificaciones culpables que pudieran darse.

Además, el TRLC en su artículo 8 detalla toda una serie de documentos de carácter contable que preceptivamente habrá que aportar con la solicitud de concurso y para cuya confección se deberá contar con conocimientos económicos y contables. De entre la documentación que se detalla en dicho artículo, destacamos:

- Las cuentas anuales y, en su caso, los informes de gestión y los informes de auditoría

correspondientes a los tres últimos ejercicios finalizados a la fecha de la solicitud, estén o no aprobadas dichas cuentas.

- Una memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas, aprobadas y depositadas.
- Una memoria de las operaciones realizadas con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas, aprobadas y depositadas que, por su objeto, naturaleza o cuantía hubieran excedido del giro o tráfico ordinario del deudor.

En toda democracia evolucionada el cumplimiento de las obligaciones formales refuerza la seguridad jurídica. En las solicitudes de concurso de acreedores resulta evidente lo antedicho por cuanto, quien no haya dado puntual cumplimiento a sus obligaciones mercantiles y contables (de depósito de cuentas anuales en plazo y forma, de legalización de libros, etc.) quedará retratado tanto en la declaración de concurso, como en posibles acciones de reintegración que las conductas contempladas en el pasado más inmediato puedan asomar, así como en posibles calificaciones culpables que habrá que documentar, también contablemente.

A la vista de lo expuesto, resulta evidente la necesidad de contar con conocimientos contables en el ámbito concursal. Y es que no se puede desligar el procedimiento concursal (procesal) de su causa, la insolvencia (5), siendo éste un concepto económico.

Finalmente, no hay que olvidar que la contabilidad no es más (ni menos) que el reflejo económico y numérico de los diversos negocios jurídicos desarrollados por la empresa, por lo que todo negocio jurídico debe tener su reflejo contable, a fin de recoger todos los derechos y obligaciones de la empresa. Es por lo que, en el concurso de acreedores, la vertiente procesal no puede desligarse de la vertiente económico-contable.

Lo anteriormente expuesto se pone aún más de relieve en el primer escenario de actuación que destacamos del perito economista y contable, y que lo encontramos en la declaración de concurso a solicitud de acreedor y de otros legitimados. El art. 20 y ss del TRLC recogen el trámite de oposición del deudor con celebración de vista y la consecuente proposición y práctica de la prueba (6), en la que resultará imprescindible la actuación de un perito económico y contable, dado que la insolvencia, insistimos, es un concepto económico. En consecuencia, tanto quien pretenda que se reconozca una situación de insolvencia, como quien alegue lo contrario, deberá contar con adecuado soporte económico y contable para sus pretensiones.

Un segundo escenario que queremos destacar, lo encontramos en los incidentes concursales y en las calificaciones concursales. Como es sabido, los incidentes concursales se tramitan conforme a Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para el juicio verbal con las especialidades establecidas en esta ley (7). Es evidente que la mayoría de incidentes concursales son relativos a aspectos jurídico-económicos en los que puede ser relevante la pericia de un experto economista que arroje claridad a situaciones contables que motiven el incidente. Del mismo modo, en no pocas calificaciones de concurso resulta apropiado apoyarse en la labor del perito contable a fin de

acreditar la pretensión.

A continuación se identifican, a título enunciativo que no limitativo, algunas de las situaciones en las que puede ser apropiada la actuación de un perito económico y contable, y que son, por ejemplo, los incidentes concursales que traigan causa en discrepancias respecto al reconocimiento de créditos cuando exista disparidad de cuantías; las calificaciones de concursos fundadas en la existencia de irregularidad relevante de las contempladas en el art. 443.5º TRLC; los incidentes concursales que traigan causa en temas laborales (ex art. 541 TRLC); la calificación de concurso fundada en el supuesto del art. 444.1º TRLC de concurso tardío; o las acciones rescisorias del art. 226 TRLC.

Como tercer escenario de actuación del perito economista y contable, hemos querido destacar la labor del mismo en el ámbito preconcursal, pero vinculado a la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Recientemente algunos Juzgados de lo Mercantil, con vistas a mejor gestionar una posible venta de unidad productiva (en del instituto preconcursal) y a petición de la deudora, han designado a un economista para que acompañe a la empresa en el proceso de configuración y evaluación del perímetro de la unidad productiva, la gestión de las ofertas y mantenimiento de la actividad, de modo que, si no prospera la venta, ese mismo experto contable devenga en Administrador Concursal. Sin duda nos encontramos ante una visión novedosa y con acomodo en otras legislaciones concursales de países de nuestro entorno, que requiere de la participación de la figura del experto economista contable para llegar al buen fin de la venta de la unidad productiva procurando el mantenimiento de actividad y por ende de puestos de trabajo.

2. RDL (ÁMBITO LABORAL) APROBADOS CON MOTIVO DE LA COVID-19

Con respecto a los Real Decreto-ley aprobados recientemente con motivo de la situación de pandemia del Covid-19, por iguales motivos que los expuestos anteriormente (de concreción de la materia a tratar por causa de limitaciones del texto a presentar), destacamos únicamente el escenario que, consideramos, puede ser más importante en relación a la actuación del perito económico y contable: el ámbito laboral.

El BOE de 18 de marzo de 2020 publicó el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, cuya Disposición adicional sexta («*Salvaguarda del empleo*»), pretende reafirmar el compromiso en el mantenimiento de empleo .

En esta misma línea, el BOE de 13 de mayo de 2020 publicó el Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, cuya Disposición final primera, apartado Tres, modificó aquella Disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020.

A través de dichas medidas se establecía la obligación de salvaguarda del empleo (compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad) en relación a los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) por causa de Fuerza mayor (FM) (8), art. 22 del RDL 8/2020, que son los que se beneficiaban de las exoneraciones de cuotas en la Seguridad Social (ex art. 24 del RDL 8/2020).

El BOE de 27 de junio de 2020 publicó el Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial, cuyo artículo 4 (g) extiende, en cierta medida, las exoneraciones de cuotas a la Seguridad Social también a los ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (ETOP), art. 23 del RDL 8/2020. Además, en su artículo 6, extiende el compromiso de mantenimiento de empleo regulado en la citada DA sexta del RDL 8/2020 a las empresas que apliquen ERTE ETOP (art. 23) y se beneficien de las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el art. 4 RDL 24/2020.

El BOE de fecha 30 de septiembre de 2020 ha publicado el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, cuyo artículo 5 reafirma los compromisos de salvaguarda de empleo.

Finalmente, el BOE de 28 de marzo de 2020 publicó el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, a cuya Disposición adicional segunda (10) conviene prestar especial atención.

Hay que tener en cuenta el punto 4 de la DA sexta del RDL 8/2020 que recoge que «*No resultará de aplicación el compromiso de mantenimiento del empleo en aquellas empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del artículo 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, (en adelante LC).*». Por su parte, el punto 5 de la misma DA sexta recoge que «*las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes (...)*».

Por todo ello, toma de nuevo relevancia la figura del perito economista y contable puesto tanto si se trata de ERTE por FM, por ETOP como en caso de riesgo de concurso, resultará imprescindible acreditar (contablemente) ante Inspección de Trabajo y Seguridad Social las circunstancias concurrentes, a fin evitar que se considere que existe incumplimiento, so pena de tener que asumir el régimen sancionador y reintegro de prestaciones.

.....

(1) Sobre este particular, resulta ilustrativo el texto que el Excmo. Sr. Don Ignacio Sancho, Magistrado del Tribunal Supremo, ha publicado recientemente bajo el título «*Consideraciones sobre la refundición de la Legislación Concursal y su adecuación a la jurisprudencia*», en el Anuario de Derecho Concursal 51, 2020, Editorial Civitas, ISSN 1698-997X.

[Ver Texto](#)

(2) Artículos 264, 265 y 299 —de entre otros— de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)

[Ver Texto](#)

(3) Artículos 2.4, 9 y 11 —de entre otros— del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR).

Ver Texto

(4) Artículo 31 Código de Comercio respecto del valor probatorio de la contabilidad.

Ver Texto

(5) Artículo 2 del TRLC (presupuesto objetivo).

Ver Texto

(6) Art. 20.2 LC. *«Si el deudor alegase que no se encuentra en estado de insolvencia, le incumbirá la prueba de su solvencia. Si el deudor estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho»*

Ver Texto

(7) Art. 535 del TRLC

Ver Texto

(8) Con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del TR de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Ver Texto

(9) Medidas extraordinarias en materia de cotización vinculadas a los expedientes de regulación temporal de empleo basados en las causas recogidas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

Ver Texto

(10)
Régimen sancionador y reintegro de prestaciones indebidas.

Ver Texto

Relevancia y admisibilidad de la prueba: un estudio de derecho comparado

Juan Antonio Andino López

Abogado. Doctor en Derecho

Profesor Asociado de la Universitat Pompeu Fabra (UPF)

Resumen: No todas las pruebas serán aceptadas en el marco del procedimiento, ya que los sistemas jurídicos atienden a criterios de relevancia y admisibilidad para que las pruebas sean efectivamente practicadas en el acto del juicio. El presente estudio pretende limitar los criterios que se utilizan en Alemania, España, Francia, Italia, Reino Unido y EE.UU. para apreciar la relevancia y la admisibilidad de las pruebas, tomando siempre en consideración la vigencia y aplicación del derecho a la prueba.

Palabras clave: Relevancia y admisibilidad de la prueba; derecho comparado.

Abstract: Not all evidence will be accepted and practiced within the framework of the procedure, since legal systems meet the criteria of relevance and admissibility so that the evidence is effectively practiced at the trial. This study aims to limit the criteria used in Germany, Spain, France, Italy, the United Kingdom and the United States to assess the relevance and admissibility of evidence, always taking into account the validity and application of the right to evidence.

Keywords: Relevance and admissibility of the evidence; comparative law.

1. EL OBJETO DE LA PRUEBA: LOS HECHOS, RELEVANCIA E INTERVENCIÓN DE LAS PARTES

Empecemos con una simple pregunta: ¿qué necesita ser probado o acreditado en un pleito? Podríamos pensar inicialmente que el objetivo principal del procedimiento judicial es encontrar la verdad sobre lo sucedido, y eso es exactamente lo que se indica en la Regla 102 de las Federal Rules of Evidence (FRE) estadounidenses: «... Con el fin de *conocer la verdad* y asegurar una determinación justa» (1). Otras jurisdicciones difieren y afirman que el propósito principal de la prueba es confirmar las declaraciones o los hechos aportados por las partes, quizás debido a una visión más práctica de la prueba, como ocurre por ejemplo en Francia o en España (2); y es una característica común excluir, como objeto de prueba para ser examinado en los tribunales, los hechos admitidos expresamente por todas las partes y los hechos notorios (3). La verdad podría considerarse un mito, y la discusión sobre el objetivo del proceso judicial para encontrar la verdad cae fuera del alcance del presente estudio (4) ya que nos centraremos en la relevancia y en la admisión de la prueba. Por tanto, podemos defender que la prueba a examinar en un proceso civil consiste y recae en los hechos controvertidos declarados por las partes en la demanda y en el escrito de contestación a la demanda y que no son de notorios. Esos son los hechos que deberán ser probados en el proceso judicial, los

hechos que son controvertidos por las partes, donde por ejemplo una de las partes reclama daños y perjuicios y el demandado declara que existe la acción pero que no ha sido negligente y, por tanto, no existe responsabilidad. En este ejemplo, deberán probarse tres cuestiones principales (art. 1902 CC): culpabilidad o negligencia, daño y relación de causalidad, ya que la acción es reconocida por el demandado.

Lo anterior nos lleva a otra pregunta: ¿qué pruebas se aceptarán por el tribunal? ¿Tiene la parte derecho a llevar toda la prueba que quiera al proceso o existe algún límite?

Entendemos que el punto clave aquí podría ser explicar el hecho como objeto principal de la prueba y su relevancia (5). Sin embargo, aquí habrá que destacar una diferencia principal entre el derecho continental y el *common law*, que consiste en determinar si el juez está limitado por los hechos explicados o expuestos por las partes (si no tiene facultad para ampliar o limitar los hechos señalados por las partes), como ocurre (pero no siempre) en el derecho continental (6).

2. LA RELEVANCIA DE LA PRUEBA: UN VIAJE DE DERECHO COMPARADO

Para empezar, tenemos que definir lo que entendemos como «prueba relevante». Como señala TARUFFO, la relevancia es un estándar lógico según el cual los únicos medios probatorios que debe admitir y tomar en consideración el juez son aquellos que guarden una conexión lógica con los hechos controvertidos, de modo que una conclusión sobre la verdad de tales hechos pueden sustentarse en ellos (7). ANDERSON, SCHUM y TWINING proporcionan otra definición, según la cual «prueba relevante» significa prueba que tiene alguna tendencia a hacer que la existencia de cualquier hecho relevante para la determinación de la acción sea más o menos probable de lo que sería sin existir dicha prueba (8).

Hay que destacar que se acepta que la relevancia es una condición previa para la admisibilidad. Por tanto, un juez no podrá admitir prueba si no ha decidido primero que dicha prueba es relevante. La prueba de relevancia tiene que ver con la contribución potencial, no real, de la prueba particular a los hechos controvertidos (9).

El objetivo de la relevancia es evitar la pérdida de tiempo y esfuerzo en un proceso judicial, o también evitar que se presenten pruebas inútiles o redundantes ante el tribunal. Para lograr esos fines, los ordenamientos jurídicos adoptan disposiciones expresas o reglas implícitas sobre la relevancia.

Asimismo, cabe apuntar someramente que la relevancia vinculada a la prueba ha existido históricamente. Durante siglos, se ha considerado un requisito para proceder a admitir pruebas por los tribunales. Un buen ejemplo de esto es el dicho *frustra probatur quod probatum non relevat* (10).

2.1. El punto de partida: la relevancia en los Estados Unidos

La relevancia de la prueba se define en la Regla 401 FRE: «la prueba es relevante si: (a) tiene alguna tendencia a hacer que un hecho sea más o menos probable de lo que sería sin la prueba; y (b) el hecho es importante para determinar la acción ejercitada». La regla 401 FRE contiene dos problemas

principales (11) :

- i.- Relevancia (probatoria): la prueba debe ser probatoria (valga la redundancia), es decir, debe tender a probar o a refutar un hecho haciéndolo más o menos probable de lo que sería sin la existencia de dicha prueba. En el derecho consuetudinario, este concepto de fuerza probatoria tomó el nombre de «relevancia».
- ii.- Materialidad: «la prueba es material si se apoya en un hecho que es fundamental para determinar la acción». Por tanto, este segundo requisito de la Regla 401 FRE tiene que estar vinculado a la regulación sustantiva concreta de la acción. Por ejemplo, si un conductor atropella fatalmente a una persona, será irrelevante a efectos delictivos si el conductor era médico, abogado o arquitecto, ya que lo que importa es saber en qué condiciones conducía el sujeto. Por otro lado, y también en derecho penal, la profesión del sujeto será importante en el caso de ejercer sin licencia en la profesión de médico, abogado o arquitecto. Como vemos, en la primera parte del ejemplo, la profesión específica del conductor se considera irrelevante y, por tanto, tal prueba no aclarará la polémica ni la acción ejercitada. Sin embargo, en el segundo ejemplo, será fundamental determinar en el proceso qué calificación específica posee el sujeto, para determinar si ha estado o no ejerciendo la profesión de manera ilegal (12) .

Por lo tanto, en los Estados Unidos, sin excepción, todas las pruebas irrelevantes deben excluirse del pleito (13) . Pero para la prueba que sea relevante, existe una regla general de admisibilidad (nos referimos a la Regla 402 FRE), a menos que la prueba sea contraria: (a) a la Constitución de los Estados Unidos (b) a un estatuto federal (c) a las Reglas Federales sobre la Prueba (FRE), o (d) a otras reglas prescritas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (14) . De hecho, la doctrina afirma que el derecho probatorio puede entenderse como una serie de excepciones a la regla general de admisibilidad de las pruebas relevantes (15) .

Como vemos, las FRE cumplen dos funciones principales: enuncian una función *inclusiva* de la admisibilidad de la prueba, lo que constituye la consagración jurídica de un principio de racionalidad según el cual, de ser necesario determinar un hecho, todos los elementos adecuados que formen la base de esa determinación deben poder utilizarse en el proceso si pueden ser útiles para probar los hechos. Pero también enuncian una función de *exclusión* de la prueba, ligada a su admisibilidad; tal vez las pruebas de referencias podrían ser útiles para probar un hecho determinado, pero si las FRE lo prohíbe porque podría usarse incorrectamente, entonces se excluirá del procedimiento (16) .

La función de exclusión de la prueba antes mencionada se halla vinculada a las reglas de exclusión intrínsecas del sistema legal estadounidense, y su principal característica que la distingue del derecho continental es que la prueba se excluye del proceso porque dicha prueba podría ser utilizada o valorada incorrectamente por parte del jurado, cuestión que no ocurriría en Europa, ya que se entiende que el juez profesional sí podrá proceder con una correcta valoración de las pruebas.

2.2. Relevancia de la prueba en otros sistemas legales

2.2.1. La prueba relevante es aquella que ayuda a acreditar la específica petición de la parte

De acuerdo con este criterio, la prueba será relevante en el supuesto en el que sea útil para probar un

hecho que corresponda a la tutela judicial específica que se busca en el proceso (17) . Como podemos ver, la relevancia se centra en la petición específica de la parte y evalúa el efecto potencial de la prueba para probar una petición solicitada al tribunal.

En Francia, se entiende que la prueba es relevante si ayuda a probar los hechos necesarios para sustentar la afirmación de la parte (18) ; por tanto, la relevancia se centra en la petición concreta de la parte y cuáles serían los elementos jurídicos en litigio necesarios para obtener una sentencia favorable.

Podemos entender que se utilizan los mismos criterios de pertinencia en Italia, donde «la prueba se considera relevante en la medida en que pueda probar la existencia o inexistencia de un elemento esencial de la alegación o defensa» vinculado a la tutela judicial efectiva que se solicita (19) .

2.2.2. La relevancia afecta a un hecho controvertido que ayuda al juez a dictar sentencia

De acuerdo con dicho criterio, la prueba será relevante solo si se cree que podría afectar la conclusión judicial sobre un hecho en cuestión (y por lo tanto no vinculado a la petición específica de la parte sino a la decisión final del juez), es decir, si supera el correspondiente *test* de pertinencia (20) . La conclusión posterior está representada por el art. 32.1 de las Reglas de Procedimiento Civil del Reino Unido que otorga poder al tribunal para controlar la prueba, dando instrucciones sobre (a) las cuestiones sobre las que se requiere prueba; (b) la naturaleza de las pruebas que se requieren para decidir esas cuestiones, y (c) la forma en que se presentarán las pruebas ante el tribunal. Por lo tanto, existe cierto control por parte del tribunal que establece los hechos que deberán ser probados y la prueba será relevante solo en la medida de si ayuda al juez a emitir un juicio sobre tales hechos específicos.

Otros ordenamientos jurídicos también basan la pertinencia de las pruebas en una posible decisión preliminar del tribunal. Por ejemplo, Alemania determina la pertinencia de las pruebas solo si satisfacen al tribunal, es decir, solo si son útiles para que el tribunal emita sentencia (21) .

2.2.3. La relevancia de la prueba es considerada por el juez con el objeto de preparar el acto del juicio

Existe la creencia de que en los EE. UU. la cuestión consiste en evitar que el jurado sepa algo más que lo que se admite expresamente para la práctica en el acto del juicio, y lo que se admite por el tribunal se procesa primero mediante un conjunto complejo de reglas (por ejemplo, por las FRE), expresamente diseñado para no contaminar al jurado con pruebas irrelevantes o inadmisibles. Por lo tanto, podríamos indicar que el juez en realidad prepara todas las pruebas para ser llevadas al jurado para ser examinadas durante el juicio.

Como mencionan GROSSI y PAGNI, «en Italia, no existe un rendimiento equivalente . El juez procede a analizar los hechos de manera muy analítica, toma las pruebas más o menos a medida que las encuentra y les da la credibilidad que merece, y luego decide el caso y los registros de acuerdo con su "evaluación cautelosa"» (22) . Por tanto, en Italia, parece que el juez toma en consideración la prueba y aplica una prueba de relevancia a medida que avanza el proceso pero, como se menciona en *supra* 2.2.1, la relevancia se considerará dentro del ámbito de las peticiones específicas de las partes.

3. LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA: UNA VISIÓN CONTINENTAL DE ESTE TEMA

Que la prueba sea relevante no significa que pueda utilizarse en un procedimiento judicial o que efectivamente se practicará en el acto del juicio. Para lograr ese objetivo, la prueba también debe ser admitida por el tribunal. Por ejemplo, una confesión obtenida bajo tortura podría ser relevante porque de hecho ayudará a esclarecer los hechos controvertidos en cuestión; sin embargo, se considera inadmisibile y, por tanto, no tendrá ningún efecto sobre el procedimiento (23). Podemos sostener que la pertinencia sería un criterio lógico, pero la prueba también debe someterse a un criterio judicial, a saber, la admisibilidad. Varias son las razones para dictaminar que la prueba es inadmisibile: en ocasiones se intenta evitar malentendidos porque las partes no han podido llegar a la fuente directa de la prueba, sino que solo obtienen una declaración indirecta (prueba de oídas o de referencia o *hearsay evidence*); a veces está vinculado a una declaración realizada por una persona sospechosa o de poca credibilidad (*witness character*); o a veces para evitar acciones inútiles ante el tribunal (por ejemplo, una prueba que pretende probar un hecho admitido por las partes).

La admisión de las pruebas también está relacionada con las reglas de exclusión intrínsecas, que pueden rechazar la prueba, aunque sea relevante para los hechos en cuestión. Por lo tanto, consideraremos varias cuestiones que llevarían a que la prueba no sea admitida en el tribunal, como la pertinencia o la utilidad de la prueba, la prueba oral y la prueba escrita, así como una introducción a la reputación de los testigos y de las pruebas de referencia. Para explicar estos asuntos, tendremos que mirar brevemente a EE. UU., pero nos centraremos antes y principalmente en las pruebas del derecho continental, para tratar de obtener una buena comparación con el estado actual de admisibilidad de las pruebas en el *common law*.

3.1. La pertinencia de la prueba y el conocimiento común del juez (una mención a la *judicial notice doctrine*).

Según la legislación española, la prueba debe ser pertinente para ser admitida por el tribunal. «Pertinencia» se refiere a la relación entre la prueba propuesta y el hecho que se intenta probar, y la prueba se considera impertinente cuando no tiene relación con el hecho en cuestión que se busca probar. Se considera impertinente cuando la prueba no puede acreditar un hecho fundamental para resolver el caso; un hecho en litigio y controvertido, y el hecho tiene que ser influyente (tiene que servir para aclarar puntos esenciales o importantes en relación a la cuestión litigiosa) (24).

Entonces, ¿qué hechos se consideran impertinentes? Siguiendo a ABEL LLUCH, entendemos que los siguientes (25):

- Los hechos no alegados por las partes en la demanda o en el escrito de contestación a la demanda, por entenderse que dichos hechos no pertenecen al proceso.
- Hechos ocurridos con posterioridad a la demanda o a la contestación a la demanda, pero no alegados correctamente por las partes en el marco del procedimiento (26).
- Hechos exentos de prueba (por ejemplo, los hechos reconocidos por las partes, esto es, los

hechos no controvertidos).

- Los hechos notorios.
- Los hechos que no influyen en la decisión (sentencia) que tenga que llevar a cabo el tribunal.
- Finalmente, si los hechos se refieren a instituciones, normas o cuestiones de obligado cumplimiento por parte del tribunal.

Hemos mencionado los hechos notorios como impertinentes, y la mayoría de los sistemas legales no aceptan ninguna prueba que intente probarlos. Podemos sostener que los hechos generalmente conocidos son manifiestos cuando son conocidos con certeza por un número significativo de personas o son accesibles al público en general o divulgados por la prensa, por la radio, por internet o por televisión (27). Dichos hechos de conocimiento común pueden referirse a eventos históricos, asuntos políticos, costumbres conocidas y prácticas profesionales. En Estados Unidos, la cuestión está regulada por la Regla 201 FRE, referente a hechos adjudicativos. Esta regla permite al juez reconocer hechos de conocimiento común cuando son generalmente conocidos dentro del ámbito territorial de la jurisdicción del tribunal y son susceptibles de determinación certera y simple, de manera que no puedan ser puestos en duda más allá de cualquier duda razonable, y el estado o la valoración del concreto grado de conocimiento común corresponde al criterio exclusivo del juez (28). Asimismo, podemos agregar que en Alemania los hechos conocidos por el tribunal como consecuencia directa de su actividad judicial también son considerados hechos de conocimiento común; por ejemplo, la apertura de un procedimiento concursal como consecuencia de haber dictado distintas sentencias civiles anteriores (29).

Por supuesto, cuando un juez extrae inferencias de las pruebas, las extrae de acuerdo con las reglas de la lógica y el sentido común, lo que significa el uso de generalizaciones sobre el curso normal de los acontecimientos en la naturaleza y la sociedad. En el Reino Unido, la *doctrine of judicial notice* alivia a las partes de la necesidad de probar cuestiones de conocimiento general, al permitir que el tribunal utilice su propia familiaridad con el mundo. Sin embargo, como menciona ZUCKERMAN, podría existir el riesgo de que una parte entienda que no ha podido impugnar un hecho aceptado por el juez con base en la *doctrine of judicial notice*, y este derecho debe equilibrarse con el derecho del juez a tomar información concedida y obvia. La solución alcanzada por los tribunales del Reino Unido es aplicar la prueba de indiscutibilidad, según la cual «los hechos serán indiscutibles, ya sea porque en general se los considera verdaderos en la comunidad o porque pueden determinarse de manera confiable a partir de fuentes ampliamente aceptadas como correctas» (30). A pesar de la prueba de indiscutibilidad, una parte puede argumentar que un hecho asumido en aplicación de la *doctrine of judicial notice* es controvertido; y de ser así, dicho hecho requerirá prueba, en caso contrario, será considerado un hecho notorio.

3.2. La prueba tiene que ser útil

Como segunda etapa o criterio de admisión de la prueba relevante, encontramos que tiene que ser útil para probar un hecho controvertido. Si no va a ser útil, no se admitirá la prueba. Los estudiosos exigen una aplicación estricta del concepto de inutilidad, limitada a prueba claramente estéril,

ineficaz o superflua, porque es difícil prever en todos los casos si la prueba propuesta va a ser inútil y la interpretación del derecho procesal debe hacerse de forma que busque maximizar el derecho a la prueba. La prueba puede ser inútil porque es innecesaria (en el caso de que una parte intente probar un hecho que ha sido expresamente reconocido por la otra parte), o superflua (la prueba puede volverse inútil porque se ha obtenido otra prueba diferente y suficiente para resolver lo que se pretende, o para probar más allá de toda duda razonable un hecho controvertido) (31), o incluso porque ha sido propuesta con la intención maliciosa de retrasar el proceso judicial y no para acreditar hecho controvertido alguno (32).

En el Reino Unido resulta de aplicación el principio de proporcionalidad en la admisibilidad de las pruebas, y «el tribunal debe examinar el caso en su conjunto y no solo elementos de prueba individuales de forma aislada», lo que significa que tal vez la prueba podría ser relevante y admisible si se considera aisladamente, pero inadmisibile si se considera a la luz del caso en su conjunto porque puede devenir inútil (teniendo en cuenta el resto de la prueba obrante en el pleito) (33).

La utilidad de la prueba no debe confundirse con su eficacia, porque solo se puede determinar si la prueba es efectiva o no una vez que ha sido practicada en el acto del juicio y valorada; tampoco debe confundirse con la abundancia de pruebas, porque el mero hecho de que existan otros medios de prueba que pretendan probar el mismo hecho no debe dar lugar a la inadmisibilidad de la prueba; ni finalmente con la carga de la prueba, pues los efectos de la falta de prueba de un hecho serán apreciados por el juez en el momento de juzgar el caso.

Como podemos comprobar, los ordenamientos jurídicos prestan atención a la efectividad de la prueba, en el sentido de que será excluida si se considera inútil, si implica una pérdida de tiempo o de dinero, o una demora excesiva. Desde este punto de vista, el sistema legal de EE. UU. no es diferente: la Regla 403 FRE establece que «el tribunal puede excluir la prueba relevante si su valor probatorio es sustancialmente superado por la concurrencia de uno o más de los siguientes: prejuicio injusto, confusión de las cuestiones, inducir a error al jurado, retrasos indebidos, perder tiempo o presentar pruebas acumulativas innecesariamente». Si bien dicha Regla es bastante clara en sus términos, plantea el complejo y delicado problema de sopesar, caso por caso, el valor probatorio de la prueba relevante que puede ser excluida con la oportunidad de evitar inconvenientes procesales (34), y esta Regla solicita «un llamado a equilibrar el valor probatorio y la necesidad de la prueba con el daño que pueda resultar de su admisión» (35).

3.3. La prueba del hecho similar en el Reino Unido

En cuanto a la admisión de prueba, se acaba de mencionar el principio de proporcionalidad en la admisibilidad de la prueba, pero existe otra regla de admisibilidad de prueba basada en hechos similares. Nuevamente, permitirá que el juez tome el caso como un todo y someta la prueba a un *test* de admisión, donde el juez valorará la importancia potencial de la prueba propuesta (asumiendo en la fase de admisión de prueba que es verdadera y positiva) y tiene que colocar la prueba en el contexto de todo el caso. Es en ese momento cuando el tribunal tiene que determinar «si su admisión distorsionará el juicio y distraerá al decisor al centrar la atención en cuestiones colaterales, especialmente cuando el juicio se celebre ante un jurado» (36). Así, la prueba de hechos similares en

el Reino Unido trata de excluir pruebas que podrían inducir a error al juez (o al jurado) con respecto al objeto concreto del proceso, y dicha exclusión debe realizarse en circunstancias estrictas, debido a el derecho prevaleciente a la prueba que se aplica en el derecho continental.

4. DE LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN INTRÍNSECAS A LAS PREFERENCIAS SOBRE LA PRUEBA

Como destaca DAMAŠKA, no podremos encontrar en la ley continental ninguna regla contra las pruebas de referencia o las pruebas de oídas (*hearsay evidence*), y las pruebas de referencia llegan fácilmente al juez. En lugar de excluir las pruebas de oídas, la ley continental deja este asunto al terreno de la valoración de las pruebas por parte del juez, aunque no exista la posibilidad de contrainterrogar el contenido de las pruebas de referencia. Tampoco podremos encontrar en el derecho continental ninguna norma que excluya la prueba testifical por la mera reputación del testigo porque, y nuevamente, este asunto se reorienta a la valoración de la prueba por parte del juez (37), y se considera que si el testigo tiene que declarar aspectos que son importantes en relación a los hechos controvertidos, el juez debe aceptar dicho testimonio y luego valorarlo teniendo en cuenta si el testigo es cónyuge de una de las partes, si ha brindado falso testimonio en el pasado, etc (38). Esta doctrina también ha llegado a la Corte Europea de Derechos Humanos, donde dicha Corte acepta pruebas de oídas o de referencia (39).

No obstante, tanto la regla de los testigos de oídas como la fama, la reputación o el carácter del testigo son realmente importantes en la legislación probatoria de los Estados Unidos (40), porque se considera fundamental para no contaminar al jurado, y representan las razones clásicas para la exclusión de pruebas relevantes de los procedimientos judiciales norteamericanos y, en consecuencia, dichas pruebas son inadmitidas por el tribunal y no llegarán a oídos del jurado (41).

Sin embargo, procedemos a centrarnos en varios temas del *common law* que no constituyen reglas de exclusión intrínsecas (de exclusión de su admisibilidad), pero sí son meras preferencias dirigidas a sus jueces o a sus jurados.

4.1. La regla de la mejor prueba (*best evidence rule*)

Todos preferimos admirar y manejar documentos originales en lugar de obtener una copia. Es más recomendable ver directamente lo que nos gustaría ver en lugar de contar con alguien que nos describa la escena. Por ejemplo, es mejor admirar directamente al Capitán y el Half Dome desde Glacier Point en el Parque Nacional de Yosemite en EE.UU. que tener a alguien que nos explique lo grandiosa que es esa experiencia. De acuerdo con esa regla del *common law*, el contenido de un documento debe demostrarse mediante medios de prueba «primarios». Por tanto, cuando una de las partes deba acreditar por escrito que se ha firmado un contrato, deberá presentar el documento original. Sin embargo, la regla de la mejor prueba ya no es una regla de exclusión estricta: se define como una mera «regla de preferencia» que tiene como objetivo fomentar el uso de prueba del tipo que sea más adecuado para prevenir el abuso y el fraude (42).

En Estados Unidos la situación es similar. Como dice el Prof. SKLANSKY: «Hubo un tiempo en que la regla de la mejor prueba significaba lo que sugiere su nombre: solo la mejor prueba disponible sobre

una pregunta en particular era admisible. Como se verá, algunos jueces y académicos todavía piensan que ese principio merece ser seguido. Pero la ley prevaleciente ha hecho que la regla de la mejor prueba sea una sombra de lo que fue antes. La regla se define hoy para que se aplique sólo en una categoría limitada de casos, y además está rodeada por una serie de amplias excepciones» (43). Por lo tanto, ahora es una mera preferencia y «la ley ya no exige que los litigantes presenten 'la mejor prueba' sobre un punto en particular» (44). En las FRE se prefiere un documento original a su copia, pero se aceptan duplicados u otra prueba de su contenido, y estas reglas incluso aceptan que el contenido de un documento sea probado mediante testimonio o incluso mediante declaración escrita (45).

En España también existe la preferencia de un documento original en lugar de una copia. En principio, el sistema admite que se entregue fotocopia de un documento (aunque es preferible aportar el documento original), y deja cualquier impugnación a la parte que pueda verse afectada negativamente por el documento. En el caso de que la parte impugne el documento, debe cotejarse con el original. La idea, sin embargo, es que incluso la fotocopia impugnada demuestre eficacia probatoria en el procedimiento judicial, dejando el asunto en manos del juez, para que valore libremente la prueba y maximizando en consecuencia el derecho a la prueba (46).

4.2. La *parol evidence rule*

En los sistemas de *common law*, la *parol evidence rule* es una regla que preserva la integridad de un documento escrito, por lo que no puede ser impugnado por una prueba pasada o contemporánea que lo contradiga o modifique su contenido: debemos tener en cuenta y valorar tan solo el documento escrito, y eso podría explicar la «manía» de los abogados estadounidenses por incluir y regular minuciosamente todo en el contrato mismo (47).

En los EE. UU., la regla funciona de la siguiente manera: si el acuerdo es una expresión completa del entendimiento de las partes, entonces el acuerdo (contrato) será el único instrumento que se tomará en consideración y ninguna otra prueba podrá afectar su interpretación («integración total» del documento). En el caso de que la redacción del acuerdo no esté completa, si la versión final y firmada del mismo tiene algún vacío, entonces los términos escritos del documento se pueden complementar, pero no contradecir, con prueba adicional («integración parcial» del documento) (48).

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la *parol evidence rule* se considera una ley sustantiva y no una norma procesal, y básicamente se refiere a la solidez de la prueba escrita en comparación con todas las demás pruebas y se debe prestar atención al documento escrito antes de pasar a examinar otro tipo de prueba (49). El mismo razonamiento podría aplicarse en España, porque el acuerdo firmado tiene fuerza de ley entre las partes (arts. 1091 y 1258 CC), y en el caso de que un juez deba interpretar un acuerdo conforme al contenido de los arts. 1281 y siguientes CC, el primer criterio son las palabras literales del mismo; solo si el juez no comprende el contenido del acuerdo al leer sus palabras literales, entonces está autorizado a valorar otras pruebas para intentar interpretar el contenido del contrato, y en el caso de que dicha otra prueba no sea útil para obtener una interpretación satisfactoria, entonces deberá interpretar el contrato en detrimento de la parte que

introdujo la cláusula oscura (50) .

4.3. Prueba escrita vs. prueba testifical

Podemos ver una especie de preferencia por la prueba escrita frente a la prueba testifical en Francia, en la que la admisibilidad de los medios de prueba es una aplicación moderna del adagio *lettres passent témoins* (51) . La prueba de actos jurídicos en derecho civil se hereda de una norma establecida a partir de la Ordenanza de Moulins de 1566, cuyo artículo 54 es el antecedente del artículo 1341 del Código Civil francés (52) , que impone la prueba de contratos escritos cuyo valor exceda de cien libras, mediante documento notarial u original firmado por las partes, y la expresión *lettres passent témoins* indica que se excluye el testimonio de testigos en caso de que exista una prueba escrita. En ese momento, se impuso la prueba escrita «para obviar la multiplicación de los hechos antes vistos para ser llevados a juicio, sujeto al testimonio de testigos (...) de lo cual se producen varios inconvenientes» (53) .

Es cierto que algunos ordenamientos jurídicos aún establecen que no se admitirá prueba testifical tomando como referencia el valor económico del contrato (54) ; sin embargo, estos límites probatorios son interpretados de manera muy restrictiva por los tribunales, y se deben a la preferencia de que un contrato de cierto valor sea puesto por escrito, constituyendo una mera preferencia del ordenamiento jurídico. En consecuencia, podemos entender que estas limitaciones probatorias son auténticas reliquias del pasado y no son utilizadas en absoluto por los tribunales (55) .

Como conclusión, podemos sostener que existe un derecho real a la prueba, tanto en el *common law* como en el derecho continental; pero dicho derecho no es absoluto y está limitado, por ejemplo, mediante los criterios de relevancia y admisión; sin embargo, la tendencia natural en el derecho continental en caso de duda sería admitir las pruebas y dejar este asunto a la libre valoración de la prueba por parte del juez. En Estados Unidos, en el marco de la evolución de las reglas de exclusión, quizás podamos sostener que esta tendencia también existe, pero no es tan extendida como en Europa, ya que existe el firme propósito de entregar pruebas «limpias» al jurado.

Vid.. además TARUFFO, M., «LA PRUEBA DE LOS HECHOS», *op. cit.*, pp. 39-40.

.....

(1)

Con respecto al propósito de la prueba en los Estados Unidos, *vid.* también la Regla 2 Federal Rules of Criminal Proceedings, la Regla 1 Federal Rules of Civil Proceedings, §2 California Evidence Code y la Regla 5 New Jersey Evidence.

[Ver Texto](#)

(2) *Vid.* art. 9 Código Procesal Civil francés, y el art. 281 LEC.

[Ver Texto](#)

- (3) Para los EE. UU., se debe hacer referencia a la Regla 201 FRE (aviso judicial sobre hechos adjudicativos), punto (b), que establece específicamente que los hechos que pueden ser notificados judicialmente serían aquellos que no están sujetos a disputa razonable porque: (1) son generalmente conocidos dentro de la jurisdicción territorial del tribunal de primera instancia; o (2) se puede determinar con precisión y facilidad a partir de fuentes cuya exactitud no se puede cuestionar razonablemente. Para Alemania, *vid.* §288 ZPO (excluye de la evidencia los hechos admitidos por la otra parte) y §291 ZPO (excluye el conocimiento común de la evidencia que debe ser examinada). Para España, *vid.* art. 281 LEC.

[Ver Texto](#)

- (4) Sobre el concepto de verdad en el procedimiento judicial, *vid.* DAMAŠKA, M.R., «*Truth in Adjudication*», *HASTINGS LAW JOURNAL*, Vol. 49, Jan. 1998, pp. 289-308. También *vid.* TARUFFO, M., «LA PRUEBA DE LOS HECHOS», 2ª ed., ed. Trotta, Madrid, 2005, pp. 167-240; del mismo autor, *vid.* «LA PRUEBA», ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 23-30. Además *vid.* RUIZ JARAMILLO, L.B., «LA PRUEBA COMO DERECHO EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO», ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 96-101.

[Ver Texto](#)

- (5) E.g., *vid.* TARUFFO, M., «LA PRUEBA DE LOS HECHOS», *op. cit.*, pp. 89-165. Además *vid.* DAMAŠKA, M.R., «LAS CARAS DE LA JUSTICIA Y EL PODER DEL ESTADO. ANÁLISIS COMPARADO DEL PROCESO LEGAL», Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, pp. 190-197; traducción de Morales Vidal, A. El trabajo original se titula «THE FACES OF JUSTICE AND STATE AUTHORITY. A COMPARATIVE APPROACH TO THE LEGAL PROCESS», Yale University Press, 1986. La presente cita se refiere a la traducción española.

[Ver Texto](#)

- (6) Como así destaca DAMAŠKA, M.R., «EL DERECHO PROBATORIO A LA DERIVA», edit. Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 109-115; obra traducida por Picó i Junoy, J. El trabajo original se titula «EVIDENCE LAW ADRIPT», New Haven & London: Yale University Press, 1997. La presente cita se refiere a la traducción española.

[Ver Texto](#)

- (7) TARUFFO, M., «LA PRUEBA», *op. cit.*, at 38.

[Ver Texto](#)

- (8) ANDERSON, T., SCHUM, D., and TWINING, W., «ANÁLISIS DE LA PRUEBA», Marcial Pons editores, Madrid, 2015; traducida por Carbonell, Flavia, y Agüero, Claudio. El trabajo original se titula «ANALYSIS OF EVIDENCE», 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005. La presente cita se refiere a la traducción española.

[Ver Texto](#)

- (9) *vid.* ZUCKERMAN, A. «ZUCKERMAN ON CIVIL PROCEDURE, PRINCIPLES OF PRACTICE», 3rd edition, Sweet & Maxwell and Thomson Reuters, London, 2013, pp. 1028-1029.

[Ver Texto](#)

- (10) Mencionado por TARUFFO, M., «LA PRUEBA», *op. cit.*, p. 39, y puede traducirse como «se prueba en vano lo

que cuando se prueba no es relevante». Dicho brocardo aparece en BARTOLO, «COMMENTARIA AD CODICEM», 4.19.21, n. 1, vol. VII, char. 145.

[Ver Texto](#)

(11) Seguimos el desarrollo sobre este tema que lleva a cabo FISHER, G., «EVIDENCE», 3rd edition, Foundation Press, 2013, p. 22.

[Ver Texto](#)

(12) *Vid.* FISHER, G., «EVIDENCE», *op. cit.*, p. 23, quien ofrece el siguiente ejemplo: «Tenga en cuenta que la Regla 401 permite a los abogados de la sala de audiencias, en el fragor del juicio, abandonar la antigua distinción entre una objeción de materialidad y una basada en la probatoria. En lógica, la distinción permanece: el testimonio de un empleador sobre el salario de una víctima de asesinato es probatorio del potencial de ingresos, pero no es material para la culpabilidad o inocencia del acusado. Sin embargo, el abogado contrario puede objetar simplemente que la prueba es irrelevante».

[Ver Texto](#)

(13) *Vid.* FISHER, G., «EVIDENCE», *op. cit.*, p. 22; *además vid.* SKLANSKY, D.A., «EVIDENCE. CASES, COMMENTARY, AND PROBLEMS», 4th ed., Wolters Kluwer, New York, 2016, p. 17. *Vid.* *además* §210 del CALIFORNIA EVIDENCE CODE, que define la prueba relevante como «pruebas, incluidas pruebas relevantes para la credibilidad de un testigo o declarante de oídas, que tengan alguna tendencia a probar o refutar cualquier hecho controvertido que sea de consecuencia para la determinación de la acción»; *vid.* *además* §350 de dicho CODE: «Ninguna prueba es admisible excepto la prueba relevante», preceptos extraídos de SKLANSKY, D.A., «2018 . FEDERAL RULES OF EVIDENCE AND CALIFORNIA EVIDENCE CODE, WITH CASE SUPPLEMENT», Wolters Kluwer, 2018 ed., New York, p. 241 y 248.

[Ver Texto](#)

(14) Como así se define en la Regla 101 (b) (5) FRE.

[Ver Texto](#)

(15) *Vid.* SKLANSKY, D.A., «EVIDENCE. CASES, COMMENTARY, AND PROBLEMS», *op. cit.*, pp. 17-18.

[Ver Texto](#)

(16) *Vid.* TARUFFO, M., «LA PRUEBA DE LOS HECHOS», *op. cit.*, pp. 367 -368.

[Ver Texto](#)

(17) Este es el supuesto de España. *Vid.* art. 281.1 LEC.

[Ver Texto](#)

(18) *Vid.* art. 9 del Código Procesal Civil francés: «Cada parte deberá acreditar, conforme a derecho, los hechos necesarios para el éxito de su reclamación». Además, *vid.* DAMAŠKA, M.R., «EL DERECHO PROBATORIO A LA DERIVA», *op. cit.*, p. 31, quien indica que los jueces franceses se pueden negar a admitir pruebas

debido a su «*défaut de caractère concluant*» (que podría traducirse «falta de interés concluyente»), y podemos encontrar dicha regla general en los arts. 122 y 125 del Código Procesal Civil francés; VERGÈS, É., VIAL, G., y LECLERC, O., «DROIT DE LA PREUVE», *supra* note 99, pp. 157-158

[Ver Texto](#)

- (19) GROSSI, S., y PAGNI, M.C., «COMMENTARY ON THE ITALIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE», Oxford University Press, 2010, pp. 13-14. Dichos autores también enfocan el tema probatorio en Italia de la siguiente manera: «Dado que no hay jurado, y las decisiones probatorias son tomadas únicamente por el juez, el derecho probatorio no está concebido para tener en cuenta ningún peligro de afectar indebidamente a un inexperto y buscador de hechos capacitado profesionalmente. Por lo tanto, no hay prohibición contra el uso de pruebas a pesar de la reputación del testigo, no hay reglas que prohíban la prueba de referencia y, en general, existen muy pocas reglas de exclusión» (p. 13).

Los jueces italianos toman en consideración la relevancia de la prueba para preparar el consiguiente juicio; *vid. infra* punto (2.2.3).

[Ver Texto](#)

- (20) *vid.* ZUCKERMAN, «ZUCKERMAN ON CIVIL PROCEDURE», *op. cit.*, p. 1029. Dicho autor afirma que «pueden surgir cuestiones de relevancia, por ejemplo, en la etapa de *disclosure*, porque no es necesario divulgar material irrelevante». Sobre el *disclosure* en Reino Unido, comparándolo con España, *vid.* CERRATO GURI, E., «Estudio comparado entre la exhibición documental de terceros y la *disclosure* against a person not a party en el proceso civil», en las comunicaciones escritas del XVI World Congress on Procedural Law, organizado por la Asociación Internacional de Derecho Procesal (IAPL) y celebrado en Kobe (Japón) del 2 al 5 de noviembre de 2019, pp. 24-44.

[Ver Texto](#)

- (21) Como así ocurre en Alemania; *vid.* HESS, B., y OTHMAR, J., «MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL», Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 302 y 304; traducido por Roig Molés, E. El trabajo original se titula «*Zivilprozessrecht*»; Verlag C.H. Beck oHg, München (Alemania), 2011. La presente cita se corresponde con la traducción española. Además, *vid.* §294 (1) ZPO: «Cualquiera que deba demostrar una alegación de hecho a satisfacción del tribunal puede utilizar todas las pruebas y también se le puede permitir hacer una declaración legal en lugar de un juramento».

[Ver Texto](#)

- (22) GROSSI, S., y PAGNI, M.C., «COMMENTARY ON THE ITALIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE», *op. cit.*, p. 35. *Vid. además* art. 116 del Código Procesal Civil italiano: «El juez valorará las pruebas reunidas en el proceso de acuerdo con su cuidadosa evaluación, salvo que las disposiciones legales aplicables dispongan lo contrario».

[Ver Texto](#)

- (23) En muchos ordenamientos jurídicos dicha prueba sería expulsada del proceso debido al efecto de la aplicación de normas de exclusión extrínsecas, al considerarse dicha prueba ilícita (sobre este particular, *vid.* el reciente estudio de PICÓ I JUNOY, J., «La prueba ilícita: un concepto todavía por definir», en LA LEY PROBÁTICA n.º 1, 1 de julio de 2020). Además, desde el punto de vista de la psicología del testimonio, una

persona sometida a tortura confesará cualquier cosa con el ánimo de detener su sufrimiento; *vid.* MANZANERO, A.L., «MEMORIA DE TESTIGOS», ed. Pirámide, Madrid, 2010, pp. 83-84.

[Ver Texto](#)

(24) La pertinencia de la prueba se requiere para su admisión en el art. 283.1 LEC. *Vid.* además ABEL LLUCH, X., «DERECHO PROBATORIO», J.M. Bosch, editor, Barcelona, 2012, p. 281; y PICÓ I JUNOY, J., «Prueba. Disposiciones Generales (arts. 281 a 300)», en PRÁCTICA PROCESAL CIVIL, obra dirigida por Corbal Fernández, J., Izquierdo Blanco, P., y Picó i Junoy, J., Vol. V, Wolters Kluwer, Barcelona, 2014, pp. 3729-3731.

[Ver Texto](#)

(25) ABEL LLUCH, X., «DERECHO PROBATORIO», *op. cit.*, pp. 281-282.

[Ver Texto](#)

(26) Dichos hechos deberán aportarse al procedimiento aplicando el art. 286 LEC. Sobre el mismo, *vid.* DE MIRANDA, C., «El "escrito de ampliación de hechos" (art. 286 LEC): ¿un escrito imposible?», en JUSTICIA, n.º 1-2017, pp. 403-440.

[Ver Texto](#)

(27) Como así sucede en Alemania, *vid.* §289 ZPO; además *vid.* HESS, B., y OTHMAR, J., «MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL», *op. cit.*, pp. 304-305.

[Ver Texto](#)

(28) TARUFFO, M., «LA PRUEBA», *op. cit.*, pp. 143-145.

[Ver Texto](#)

(29) *Vid.* §291 ZPO : «Los hechos notorios no necesitan ser corroborados por otras pruebas»; además *vid.* HESS, B., y OTHMAR, J., «MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL», *op. cit.*, pp. 304-305.

[Ver Texto](#)

(30) ZUCKERMAN, «ZUCKERMAN ON CIVIL PROCEDURE», *op. cit.*, pp. 1035-1036. Dicho autor menciona los siguientes ejemplos : dos semanas es un período demasiado corto para la gestación humana; que la Universidad de Oxford existe para el avance del aprendizaje, y que es probable que una postal sea leída por personas distintas del destinatario.

[Ver Texto](#)

(31) *Vid.* art. 283.2 LEC, y además *vid.* ABEL LLUCH, X., «DERECHO PROBATORIO», *op. cit.*, p. 284; además *vid.* PICÓ I JUNOY, J., «Prueba. Disposiciones Generales (arts. 281 a 300)», *op. cit.*, pp. 3731-3733.

En Francia, la prueba además tiene que ser útil, *vid.* art. 10 Ley de Enjuiciamiento Civil francesa, pero además *vid.* CADIET, L., «CODE DE PROCÉDURE CIVIL», 2018, LexisNexis, Paris, pp. 23-24.

Respecto al Reino Unido, ese es el ejemplo de la proporcionalidad en la admisibilidad de las pruebas, y el tribunal debe considerar el caso en su conjunto y no solo los elementos de prueba individuales de forma aislada.

[Ver Texto](#)

(32) Como así sucede en Alemania: dicho país también señala la inutilidad como motivo para no admitir la prueba, pero añade que la prueba es inútil en el supuesto en el que se proponga con el objetivo de retrasar el proceso (HESS, B., and OTHMAR, J., «MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL», *supra* note 92, at 317). *vid.* §296 I y II (presentación tardía de pruebas), 530 (demoras en la presentación de medios de impugnación de pruebas) y 531 (2) (solicitudes de medios de impugnación de la defensa) de la ZPO alemana. Un resultado similar se aplicaría en España, según el art. 247 LEC, que regula la buena fe procesal, y en el caso de que una de las partes pretenda proponer intencionalmente prueba con el objetivo de dilatar el procedimiento, el juez queda facultado para no admitir que la prueba con base en el citado art. 247 LEC. Sobre la buena fe procesal, *vid.*, por todos, PICÓ I JUNOY, J., «EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE PROCESAL», 2ª ed., J.M.ª Bosch, Barcelona, 2012.

[Ver Texto](#)

(33) ZUCKERMAN, «ZUCKERMAN ON CIVIL PROCEDURE», *op. cit.*, pp. 1033-1034. Dicho autor además cita el art. 32.1 de las Reglas de Procedimiento Civil inglesas, que otorga el poder para controlar la prueba al tribunal.

[Ver Texto](#)

(34) TARUFFO, M., «LA PRUEBA», *op. cit.*, app.50-51. En Italia, se puede encontrar una Regla similar en el art. 209 de la Ley de Procedimiento Civil italiana: «El juez de instrucción declara completa la admisión de pruebas una vez admitidas todas las pruebas o cuando, después de declarar la renuncia en virtud del artículo anterior, no hay más pruebas que admitir —o cuando, sobre la base de los resultados ya obtenidos, *considera innecesario admitir más pruebas*» (la cursiva es nuestra).

[Ver Texto](#)

(35) SKLANSKY, D.A., «EVIDENCE. CASES, COMMENTARY, AND PROBLEMS», *op. cit.*, p. 24; un análisis de la Regla 403 FRE se lleva a cabo en las pp. 24-44. *Vid.* además FISHER, G., «EVIDENCE», *op. cit.*, pp. 42-65.

[Ver Texto](#)

(36) ZUCKERMAN, «ZUCKERMAN ON CIVIL PROCEDURE», *op. cit.*, pp. 1034-1035.

[Ver Texto](#)

(37) La prueba de referencia es generalmente admitida en el derecho continental pero no así en los sistemas de *common law*, *vid.* SUGIYAMA, E., «*Current Situations and Problems regarding New Types of Evidence*»; en las comunicaciones escritas del XVI World Congress on Procedural Law, organizado por la Asociación Internacional de Derecho Procesal (IAPL) y celebrado en Kobe (Japón) del 2 al 5 de noviembre de 2019, pp. 495 y 500.

Por ejemplo, y para España, *vid.* ABEL LLUCH, X., «LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL», La Ley, Madrid, 2014, at 105.

Ver Texto

- (38) DAMAŠKA, M.R., «EL DERECHO PROBATORIO A LA DERIVA», *op. cit.*, pp. 31-33. Del mismo autor, *vid.* «*Of Hearsay and Its Analogues*», 76 MINNESOTA LAW REVIEW, 458, 1991-1992, pp. 425-458.

Respecto a un análisis crítico de la *hearsay evidence*, *vid.* SKLANSKY, D.A., «*Hearsay's Last Hurrah*», THE SUPREME COURT REVIEW, 2009, 1, 1-82.

La prueba de referencia o la *hearsay evidence* es admitida en derecho continental. Por ejemplo en Italia, la llamada «*testimonianza de relato*» es admitida por el artículo 257 de su Código Procesal Civil: «Si alguno de los testigos menciona a otras personas como informadas de los hechos del caso, el juez de instrucción *podrá* ordenar, de oficio, que estas personas sean convocadas a declarar» (la cursiva es nuestra).

Ver Texto

- (39) Sentencia *Al-Khawaja and Tahery c. The United Kingdom*, de 15 de diciembre de 2011, donde el Tribunal establece básicamente, y entre otras cuestiones, que las condenas basadas en declaraciones de testigos que no pudieron ser interrogados en el tribunal no violaron los derechos de los demandantes en virtud del artículo 6 (3) (d) a obtener la asistencia y el interrogatorio de testigos en un juicio justo. *Vid.* REDMAYNE, M., «*Hearsay and Human Rights: "Al-Khawaja" in the Grand Chamber*», THE MODERN LAW REVIEW, Vol. 75, n. 5, September 2012, pp. 865-878.

Ver Texto

- (40) La importancia de este tema se acredita por el número de páginas que dedica la doctrina estadounidense en sus manuales a la *hearsay evidence*, así como al análisis de la reputación de los testigos. *Vid.* FISHER, G., «EVIDENCE», *op. cit.*, pp. 145-256 (Character Evidence), y pp. 374-585 (The Rule Against Hearsay); y SKLANSKY, D.A., «EVIDENCE. CASES, COMMENTARY, AND PROBLEMS», *op. cit.*, pp. 45-259 (Hearsay), y pp. 261-336 (Character Evidence).

Ver Texto

- (41) Vemos una visión crítica sobre este particular, en SKLANSKY, D.A., «*Hearsay's Last Hurrah*», *op. cit.*, pp. 31-36.

Nos referimos solo al procedimiento judicial norteamericano porque la prueba de referencia (*hearsay evidence*) es admitida en el Reino Unido en el marco de su procedimiento civil gracias a la Sección I de la Ley sobre Prueba Civil de 1995, c38, que establece la admisibilidad de la prueba de referencia: «En los procedimientos civiles, la prueba no se excluirá por ser un rumor».

Podemos encontrar dicha normativa en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/38/contents>, visitada el 3 de noviembre de 2020.

Ver Texto

- (42) TARUFFO, M., «LA PRUEBA», *op. cit.*, pp. 45-46. THAYER, J.B., «A PRELIMINARY TREATISE ON EVIDENCE AT THE COMMON LAW», *op. cit.*, pp. 484-507.

[Ver Texto](#)

(43) SKLANSKY, D.A., «EVIDENCE. CASES, COMMENTARY, AND PROBLEMS», *op. cit.*, p. 710.

[Ver Texto](#)

(44) FISHER, G., «EVIDENCE», *op. cit.*, p. 914. Dicho autor afirma que el sistema entiende que una de las partes preferirá utilizar la mejor y la más contundente prueba que pueda, y brinda el siguiente ejemplo:

«Supongamos, entonces, que el acusado ha sido acusado de robo a mano armada a punta de cuchillo. Se permitirá que un oficial de policía testifique que cuando arrestó al acusado minutos después del robo, tenía un cuchillo en el calcetín. Aunque el cuchillo en sí podría ser la "mejor" prueba de su existencia, el fiscal no necesita mostrar el cuchillo al jurado. Si lo prefiere, puede mostrarle al jurado una fotografía del cuchillo. Incluso puede optar por confiar en el testimonio del oficial que describe el cuchillo y no ofrecer ninguna prueba física del cuchillo. Pero sería una tontería retener el cuchillo si puede sacarlo en sala. Porque el abogado defensor probablemente argumentará ante el jurado: "Si realmente hubiera un cuchillo, ¿dónde está?"».

[Ver Texto](#)

(45) Regla 1002 FRE: «Se requiere una escritura, grabación o fotografía original para probar su contenido, a menos que estas reglas o un estatuto federal disponga lo contrario». Las Reglas 1003 y 1004 FRE admiten duplicados u otra prueba de contenido. Y la Regla 1007 FRE establece que «El proponente puede probar el contenido de un escrito, grabación o fotografía mediante el testimonio, deposición o declaración escrita de la parte contra la que se ofrece la prueba. El proponente no necesita dar cuenta del original».

Para un estudio más profundo sobre la presente cuestión, *vid.* FISHER, G., «EVIDENCE», *op. cit.*, pp. 914-928; y *además vid.* SKLANSKY, D.A., «EVIDENCE. CASES, COMMENTARY, AND PROBLEMS », *op. cit.*, pp. 710-724.

[Ver Texto](#)

(46) *Vid.* art. 334 LEC, y *vid.* ABEL LLUCH, X., «DERECHO PROBATORIO», *op. cit.*, pp. 876-879.

[Ver Texto](#)

(47) EISENBERG, M.A., «FOUNDATIONAL PRINCIPLES OF CONTRACT LAW», Oxford University Press, New York, 2018, en la parte 38. *Además vid.* POSNER, E.A., «Parol Evidence Rule, the Plain Meaning Rule, and the Principles of Contractual Interpretation», U. PA. L. REV., 146, 1997-1998, pp. 533-577; y ZUPPI, A.L., «The Parol Evidence Rule: A Comparative Study of the Common Law, the Civil Law Tradition, and Lex Mercatoria», GA. J. INT'L & COMP. L., Vol. 35, n. 2, 2007, pp. 233-276.

En relación a la historia de dicha Regla, *vid.* WIGMORE, J.H., «A Brief History of the Parol Evidence Rule», 4 COLUM L. REV., 1904, pp. 338-355. *Además vid.* ZUPPI, A.L., «The Parol Evidence Rule: A Comparative Study of the Common Law, the Civil Law Tradition, and Lex Mercatoria», *op. cit.*, pp. 236-239. Pero *además vid.* THAYER, J.B., «A PRELIMINARY TREATISE ON EVIDENCE AT THE COMMON LAW», Boston, Little, Brown and Company, 1898, pp. 390-395.

[Ver Texto](#)

(48) ZUPPI, A.L., «*The Parol Evidence Rule: A Comparative Study of the Common Law, the Civil Law Tradition, and Lex Mercatoria*», *op. cit.*, p. 239.

[Ver Texto](#)

(49) TARUFFO, M., «LA PRUEBA», *op. cit.*, pp. 46-47.

[Ver Texto](#)

(50) *Vid.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL», 6ª ed., ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 496-516.

[Ver Texto](#)

(51) Lo que podría traducirse como «las palabras escritas vencen a los testigos», como una preferencia de la evidencia escrita como mejor prueba que el testimonio de un testigo.

[Ver Texto](#)

(52) El artículo 1341 del Código Civil francés establece: «Se requiere la ejecución de un acto o instrumento redactado en presencia de notarios o realizado bajo firma privada para todos los asuntos que excedan una cantidad o un valor establecido por decreto, incluso para depósitos voluntarios, y no se permite prueba de testigos en contra o más allá del contenido de tales actos, o de lo que se podría alegar haber dicho antes, en el momento de o después de los hechos, incluso si el monto o el valor en disputa es menor. Todo ello sin perjuicio de lo prescrito en los estatutos de comercio».

[Ver Texto](#)

(53) VERGÈS, É., VIAL, G., y LECLERC, O., «DROIT DE LA PREUVE», *op. cit.*, pp. 330-344. En relación a la preferencia de la prueba escrita sobre la prueba testifical citamos a GORPHE, F., «APRECIACIÓN JUDICIAL DE LAS PRUEBAS», ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 159, tradcción de Alcalá-Zamora y Castillo, L., siendo el título original del trabajo «L'appréciation des preuves en justice», Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1947, esta cita se refiere a la traducción. Del mismo autor, *vid.* «LA CRÍTICA DEL TESTIMONIO», 6th ed., Ed. Reus, Madrid, 2003, obra traducida por Ruiz-Funes, M., siendo el título original de la obra «La critique du témoignage», Librairie Dalloz, Paris, 1924.

[Ver Texto](#)

(54) Para Italia, hacemos referencia al art. 2721.1 del Código Civil italiano («No se permite la prueba de testigos de contratos cuando el valor del objeto excede las cinco mil liras»); y también al art. 51 del Código de Comercio español («... la declaración de testigos no bastará por sí sola para acreditar la existencia de un contrato cuyo importe supere las 1.500 pesetas (unos 9 euros), salvo que exista alguna otra prueba»).

También nos referimos al art. 1341 del Código Civil francés, que no se refiere a una suma concreta, sino que a una actualización del valor por decreto de la siguiente manera: «Se requiere para ejecutar un acto o instrumento redactado en presencia de notarios o hecho bajo firmas para todos los asuntos que excedan una cantidad o un valor establecido por decreto, incluso para depósitos voluntarios, y no se

permite prueba de testigos contra o más allá del contenido de dichos actos, o de lo que se podría alegar haber dicho antes, en el tiempo de o después de los hechos, incluso si el monto o valor en disputa es menor. Todo ello sin perjuicio de lo prescrito en los estatutos de comercio».

[Ver Texto](#)

(55) TARUFFO, M., «LA PRUEBA», *op. cit.*, pp. 48-49.

Una vision crítica de dichos preceptos la ofrecía SERRA DOMÍNGUEZ, M., «ESTUDIOS DE DERECHO PROBATORIO», ed. Communitas, Lima (Perú), 2009, pp. 431-434.

[Ver Texto](#)

Sobre el valor como prueba de las declaraciones de terceros contenidas en el informe pericial a propósito de la STS N.º 440 de 10 de septiembre de 2020 (N.º de Recurso: 10493/2019, La Ley 116180/2020)

Manuel Richard González

Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA

Miembro de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio

Resumen: No todo lo que se contiene en el informe pericial tiene carácter de pericia. Ese es el caso de las declaraciones de terceros que se suelen contener en los informes médico forenses que por sí mismas, no como antecedentes de las conclusiones de la pericial, deben considerarse y tratarse procesalmente como prueba testifical debiendo comparecer los peritos en el juicio oral a ese fin. Esa es la doctrina que se contiene en la Sentencia del Tribunal Supremo que se analiza en este trabajo en el que se aportan las soluciones para probar esa clase de hechos.

1. INTRODUCCIÓN

La importancia de la prueba pericial en el actual sistema de resolución de los litigios es evidente. La creciente complejidad de las relaciones sociales y, en consecuencia, de los procesos que se generan requiere cada vez más de la utilización de peritos que en sus informes ofrecen conclusiones sobre los hechos de interés en el proceso. La importancia de la prueba pericial radica, en esencia, en la especial clase de actividad humana que contiene que no es otra que el razonamiento científico incluyendo aquí el análisis de cualquier clase de hechos mediante procedimientos técnico-científicos.

La aplicación del razonamiento técnico-científico al examen de unos hechos determinados es el fundamento de la prueba pericial. Ahora bien, ello no es óbice para que también debamos apreciar el elemento personal de la pericia, conforme con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Debe entenderse que esta calificación de la pericia como prueba personal se fundamenta en la ubicación clásica de los medios de prueba entre aquellos de carácter personal como el interrogatorio de partes, la testifical y el reconocimiento judicial y los de carácter documental como son la prueba de documentos públicos y privados. Ciertamente la pericial se evacua en el proceso mediante el informe de un perito, pero también es cierto que se aporta en un informe documentado y no por ello la consideramos prueba documental. Así, desde mi punto de vista ni la persona del perito ni su documentación caracterizan la prueba pericial, sino el elemento científico-racional que se halla implícito en el informe pericial en el que se contiene una suerte de declaración conclusiva obtenida mediante el empleo de herramientas intelectuales como son la razón y el análisis científico. Mientras

que en el resto de medios de prueba lo que se ofrece, con carácter general, es una declaración de conocimiento sensible.

Es precisamente ese contenido esencial de la pericia el que precisa del cumplimiento de unas condiciones básicas para su introducción en el proceso. En primer lugar la acreditación como científico del procedimiento seguido por el perito para el examen de los hechos. En segundo lugar la aportación en la pericia del contraste del estado de la ciencia con las conclusiones obtenidas por el perito. En tercer lugar, la exposición de los puntos anteriores por el perito en el acto del juicio sometiendo la científicidad, validez y conclusiones obtenidas mediante las preguntas de las partes y, en su caso, del tribunal que conoce del juicio. Estas condiciones debe acreditarse tanto en el informe escrito como en el informe oral de los peritos en el acto del juicio oral que además deben dar cuenta de sus conclusiones concentrando así en el plenario los elementos racional y personal de la pericia.

Pero, no siempre es necesaria la presencia de los peritos en el acto del juicio oral. De hecho existe una suerte de «*resistencia*» legal y jurisprudencial a establecer como ineludible la presencia de los peritos en el acto del juicio. Efectivamente, el art. 347 LEC prevé su intervención en el juicio oral como contingente. Por su parte en el proceso penal los informes técnicos periciales de laboratorios oficiales se introducirán en el juicio oral y podrán ser valorados como prueba documental, sin presencia de los peritos en el plenario, salvo impugnación y solicitud de comparecencia de los peritos en el juicio oral. De modo que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, y a efectos probatorios, basta señalar con los folios donde consta la pericia de modo que si la parte acusada se aquieta se entiende que su resultado es tácitamente aceptado y podrá ser valorada como prueba documental en la sentencia sin necesidad de su ratificación en el juicio oral por los peritos que la realizaron. De ese modo un medio de prueba genuinamente distinto y fundado en dos componentes singulares: persona y razonamiento científico se transforma en una prueba documental equiparándolo a cualquier otro contenido que pueda contenerse en un soporte material con cierto menosprecio de la fuerza singular del razonamiento científico.

Sin embargo no todo en el informe pericial es, puede o debe ser considerado producto del razonamiento científico/técnico y, por tanto, estricta pericia. Sí que tienen valor de prueba pericial aquella parte del informe en la que el perito desarrolla la argumentación y razonamiento científico y especialmente las conclusiones que fundadas en el análisis previo se entiende que dan cuenta de la aplicación de la ciencia y/o técnica a los hechos objeto de la pericia. No pueden, sin embargo considerarse prueba pericial, los antecedentes de hecho o las premisas fácticas, declaraciones de terceros o la relación y descripción de las cuestiones planteadas objeto de la pericia o la exposición del estado de la ciencia y/o la técnica. Y, en ese punto se plantea cual sea el modo de introducir y probar en el proceso esos contenidos del informe pericial. Especialmente las declaraciones de terceros que se pueden hallar en el dictamen y que pueden servir al perito para su análisis y formulación de conclusiones. A solucionar esa pregunta se dirige este trabajo aprovechando la oportunidad que nos brinda la STS de 10 de septiembre de 2020, que complementando lo dicho anteriormente en la STS de 21 de junio de 2017 nos puede ayudar a obtener criterios válidos al fin perseguido.

2. SUPUESTO DE HECHO DEL QUE CONOCE LA STS N.º 440 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2020

La STS de 10 de septiembre de 2020 se pronunció respecto al recurso de casación interpuesto por un acusado juzgado por un tribunal de jurado y condenado por delitos de lesiones, daños y allanamiento de morada. Respecto al último de los delitos la condena se fundamentó en el hecho declarado probado que aunque acusado y víctima mantenían una relación de pareja no residían en el mismo domicilio, también resultó probado que el acusado había forzado la entrada en el domicilio de la víctima a pesar de su negativa a permitirle el acceso a su vivienda.

En su recurso de casación el condenado impugnó la sentencia de apelación y más concretamente la condena por allanamiento de morada en tanto que a su entender, y conforme a la prueba practicada, habría quedado acreditada su convivencia en el mismo domicilio que la víctima. De modo que no cabiendo el allanamiento del propio domicilio no existirían los hechos constitutivos del delito. Tal prueba, al decir del recurrente se hallaría en el informe médico forense en el que en su apartado fáctico se contiene la siguiente declaración de los peritos: «(la víctima) ...con el investigado mantuvo una relación sentimental de 3 meses de duración, llegando a convivir en casa de la explorada». La inclusión de la referencia citada en el informe pericial proviene de la anamnesis de la víctima que en su examen médico forense habría ofrecido esa información aportada durante el proceso de la exploración clínica realizado por los peritos médicos. Utilizó el condicional en tanto que, como explico a continuación, en el juicio oral la víctima negó haber manifestado literalmente lo que se transcribió en el informe pericial. En cualquier caso, el condenado fundó su recurso en la citada declaración contenida en el informe pericial en el que a su juicio se afirma la existencia de una convivencia del acusado en el mismo domicilio que la víctima, lo cual excluiría la comisión del delito de allanamiento de morada. Sin embargo esta tesis del acusado no fue estimada por el tribunal del jurado ante el que declaró la víctima que negó con firmeza y credibilidad la existencia de convivencia habitual en el mismo domicilio. Esa versión de los hechos resultó respaldada por otra prueba testifical, debidamente valorada por el tribunal de jurado. Todo ello condujo a considerar que no existía convivencia en el domicilio y por tanto quedaba expedita la posibilidad de condena por un delito de allanamiento de morada, como al final resultó ser con la condena del acusado confirmada en apelación. Téngase presente que la pernoctación ocasional en un domicilio no limita los derechos de los moradores respecto a la entrada en su hogar. Es decir, que queda absolutamente vigente el derecho y potestad del morador de la vivienda para impedir o limitar cuando le parezca oportuno la entrada de cualquiera en su domicilio. Incluso la de aquél que pernocta ocasionalmente.

Hasta aquí la cuestión se limita al ámbito de la valoración de la prueba. Sin embargo, el Tribunal Supremo que, rechazó el recurso de casación como ahora se expone, no se limita a despachar la impugnación con base en la limitación de la casación para la valoración de la prueba, sino que realiza una argumentación con relación al valor que deba darse, con carácter general a los distintos contenidos que pueden hallarse en el informe pericial y más concretamente al valor de las manifestaciones o declaraciones de terceros incorporadas a tales informes.

3. DOCTRINA CONTENIDA EN LA STS DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2020 COMPLEMENTANDO LA DE LA STS 454/2017 DE 21 DE JUNIO 2017 CON RELACIÓN AL VALOR COMO PRUEBA DE LOS

TESTIMONIOS Y MANIFESTACIONES CONTENIDAS EN EL INFORME PERICIAL

En los informes periciales, al igual que en otros muchos «*productos*» del ingenio humano, pueden distinguirse distintas clases de contenido. Así sucede con la sentencia en la que su parte esencial, que produce efectos, es la dispositiva o fallo donde el tribunal concentra su decisión que se motiva, argumenta y razona en otros apartados de la resolución como son los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho, que no tienen eficacia resolutoria. En el caso del informe pericial el contenido esencial se halla en las conclusiones ofrecidas por el perito respecto a los hechos objeto de su dictamen. También puede otorgarse contenido esencial al razonamiento y análisis de los hechos objeto de la pericia que, en definitiva y al igual que los fundamentos de derecho en una sentencia, fundamentan las conclusiones con base en los criterios de la ciencia y/o técnicas empleadas. Sin embargo, no es infrecuente que en el informe pericial se contengan descripciones de hechos y/o situaciones que careciendo de tratamiento científico no tienen el valor de conclusiones periciales y, por tanto, no pueden valorarse como tales. Ello sin perjuicio de que, como veremos, las declaraciones que se contienen en los informes periciales pueden también tener valor probatorio siempre que se introduzcan en el proceso debidamente.

Sobre esta cuestión se pronuncia el Tribunal Supremo en las dos sentencias citadas de 10 de septiembre de 2020 y la previa de 21 de junio de 2017 estableciendo unas reglas respecto a la prueba de las declaraciones contenidas en los informes periciales teniendo presente las distintas circunstancias concurrentes en cada uno de los supuestos.

En la STS de 21 de junio de 2017 el Tribunal Supremo se había pronunciado en un supuesto en el que se juzgó a dos personas acusadas de distintos delitos de carácter sexual de los que serían víctimas dos hermanos menores de edad en el momento de producirse los hechos. Concretamente 4 y 6 años. Mientras que en el momento del juicio oral en el que declararon como testigos tenían 12 y 14 años. Tanto en la instancia como en apelación se había condenado a los acusados con base en las pruebas practicadas que incluían la declaración de las víctimas y varios informes periciales referentes a la credibilidad del testimonio de los menores, así como a su tratamiento psicológico tras los hechos. La cuestión de interés, a efectos de este trabajo, se centra en la diferente versión de los hechos ofrecida por una parte por el testimonio de las víctimas en el acto del juicio oral y por otra en los informes periciales que se incorporaron a los autos en los que constaban conforme la citada sentencia del Tribunal Supremo: «... *testimonios con retazos de las manifestaciones que en distintos momentos, y en el curso de las diferentes intervenciones a las que fueron sometidos los niños, terapéuticas unas y netamente periciales otras, hicieron a las profesionales que los evaluaban o trataban*». Entre esas manifestaciones recogidas en los informes periciales se contenían la descripción de hechos que podrían haber motivado un relato fáctico distinto con consecuencias respecto de los delitos cometidos y las penas correspondientes. Pero, ese relato de hechos no fue el que se expuso por las víctimas en el acto del juicio que declararon un relato de hechos más limitado, probablemente por efecto de la dificultad de precisar determinados hechos ocurridos casi ocho años atrás cuando las víctimas tenían 4 y 6 años. En esas circunstancias el tribunal de instancia, y no obstante no haber corroborados por las víctimas, consideró probados los hechos con base en las declaraciones que constaban en los informes periciales que se habían realizado para acreditar los daños y secuelas

producidos a los menores, así como la credibilidad de su testimonio.

Sin embargo, el Tribunal Supremo rechazó que tales manifestaciones pudieran integrar el relato de hechos probados en tanto que: « ... *obtenidas al margen del proceso, de los principios que rigen el mismo y sin posibilidad alguna de contradicción, no puede atribírseles fuerza incriminatoria propia, ni respaldarse como acordes a los estándares legales y constitucionales a los que la prueba de cargo debe ajustarse. Ni tan siquiera como testimonios de referencia, cuyo valor probatorio es residual, admitido en supuestos muy específicos y en todo caso supeditado a la imposibilidad de obtención de los testimonios directos, de los que aquí sí disponemos*» (STS 21 de junio de 2017). De la lectura del fundamento se desprende con claridad la insuficiencia de las manifestaciones contenidas en el informe pericial para «vencer» a la prueba directa testifical practicada en el juicio oral. Ahora bien, y esto me parece lo más importante, esto es así porque las manifestaciones, incluidas en su informe por los peritos, pueden servir de base para la argumentación y la conclusión que es el objeto de la pericia, pero no para hacer prueba por si mismas de otros hechos al margen de su objeto estricto (de la pericia). Así en el asunto analizado el objeto de la pericia no era otro que: 1º Informar sobre si el testimonio de las víctimas es creíble respecto a los hechos sucedidos y 2º Acreditar y valorar los daños y secuelas en las víctimas compatibles con los hechos investigados. En cuanto a las declaraciones que se contenían en los informes periciales declara el TS que: «*Fueron manifestaciones obtenidas siguiendo los estándares de su específica disciplina, e idóneas para sustentar, una vez interpretadas con arreglos a criterios empíricos, las conclusiones de las profesionales que las escucharon*» STS 21 de junio de 2017. Manifestaciones que no tienen valor de prueba pericial por tratarse en realidad de un acto de declaración que no pierde su naturaleza por el hecho de contenerse en un informe pericial. De forma que dicha manifestación deberá ser objeto de prueba conforme a su naturaleza que no es otra que la testifical en juicio. Y siendo así considera el TS que la declaración de las víctimas en el acto del juicio oral «vence» a cualquier otra versión de los hechos que conste documentada en el dictamen pericial.

Similar y confirmatorio criterio se contiene en la STS de 20 de septiembre de 2020 en la que el Tribunal Supremo ratifica el principio básico según el cual: «*Las manifestaciones de terceros que los peritos incorporan a sus dictámenes, en cuanto obtenidas fuera del proceso, sin sujeción a los principios que rigen el mismo, no pueden sin más ser valoradas como elemento de contraste frente a la versión que ha sido prestada en el curso de aquel, a presencia judicial y con intervención de las partes. Otra cosa son las conclusiones que, con aplicación de sus conocimientos empíricos y el auxilio de las técnicas propias de su disciplina, puedan extraer los profesionales en cuestión, es decir, el aspecto técnico de la pericia*» (Fundamento de Derecho 1º STS 20 /09/2020). En su virtud vuelve a distinguir el Tribunal Supremo entre el valor de la declaración de la persona objeto exploración como antecedente de hecho y/o premisa fáctica objeto del examen pericial y las conclusiones obtenidas a partir de esas manifestaciones como resultado de la pericia. En el primer caso, las declaraciones deben tratarse, a lo sumo, como testimonio de referencia que no puede «superar» o «vencer» la prueba directa personal practicada en el juicio oral. En el segundo caso, la conclusión obtenida se valorará como prueba pericial atendiendo a los criterios determinados que rigen tal valoración. En ese punto, tal y como decíamos el elemento esencial de juicio que debe seguir el tribunal no es tanto el de la persona del perito, sino el de la calidad de la ciencia y/o técnica seguida a ese fin. Obviamente, no cabe duda que el prestigio del perito puede resultar un factor importante, pero lo es más el grado de

verosimilitud que pueda darse a la conclusión obtenida de la aplicación de una determinada técnica pericial respecto de un hecho determinado. En este sentido, no cabe duda que el grado de acierto formal que puede ofrecer el resultado de un análisis de ADN es muy superior, infinitamente superior diría yo, al que se puede obtener de un análisis dactiloscópico o una pericia psiquiátrica.

De modo que, en el caso resuelto en la STS 21 de junio de 2017, lo que debe ser valorado como prueba pericial es la conclusión: ¿el testigo es creíble? ¿el testigo presenta secuelas compatibles con los hechos objeto de acusación? etc. Pero, debe darse tratamiento de prueba testifical a las declaraciones y manifestaciones aunque se contengan en un informe pericial. Este es también el criterio que se contiene en la STS de 10 de septiembre de 2020, aunque existe un matiz que el Tribunal Supremo destaca y es que en el caso del que conoce en esa última sentencia lo que se plantea es una declaración de la víctima que consta en el informe pericial que de ser tenida en consideración serviría de prueba de descargo del acusado. Efectivamente, como se explicó anteriormente, en el caso de la STS de 10 de septiembre de 2020 el condenado recurrió en apelación y casación con base en la existencia de prueba de descargo que probaría que al momento de suceder los hechos (constitutivos de lesiones y daños) el acusado convivía con la víctima, de modo que no podría condenarse por allanamiento de morada. Esa prueba de descargo consistiría en la declaración contenida en el informe pericial según la cual: «(la víctima) ...con el investigado mantuvo una relación sentimental de 3 meses de duración, llegando a convivir en casa de la explorada». Así, la declaración «testifical» contenida en el informe pericial de referencia serviría, de ser admitida, de prueba de descargo lo cual obliga a una mayor flexibilidad en su tratamiento procesal como prueba. Sin embargo, al igual que en la sentencia precedente el TS desestimó que esa manifestación contenida en el informe pericial pudiera ser prueba del hecho de la convivencia porque la propia testigo, víctima de los hechos que habría declarado ante los peritos la existencia de convivencia, declaró en el juicio oral negando que se hubiera manifestado en esos términos y afirmando que el acusado no residía en el domicilio.

No obstante, aunque la decisión final es la misma, lo relevante de la STS de 10 de septiembre de 2020 resultan ser las reglas que ofrece para que el tribunal pueda tener la oportunidad de valorar como prueba las manifestaciones que se contienen en los informes periciales: *«En el caso que ahora nos ocupa, ese testimonio de referencia operaría como elemento de descargo, lo que impone una mayor flexibilidad a su tratamiento. Podría haber sido valorado, siempre y cuando se hubiera prestado en condiciones idóneas para desplegar eficacia probatoria. Es decir, hubiera sido prestado en el acto del juicio oral, en una declaración en la que las peritos, al margen de sus conclusiones técnicas que no se discuten, hubieran explicado, con sometimiento al principio de contradicción, las condiciones en que obtuvieron la versión de la víctima y el alcance exacto de lo que se describe en la frase ya aludida, abierta a distintos matices. No en vano la testigo negó que esas hubieran sido sus palabras. No se propuso la intervención en el plenario de las peritos. No lo hizo la acusación ni tampoco la defensa»*. Efectivamente, la clave del asunto consiste, como no, en traer al juicio oral todo aquello que se quiera hacer servir como prueba. En este caso el Tribunal Supremo consideró que la prueba de las declaraciones de terceros contenida en los informes periciales pueden requerir, como es el caso, el sometimiento a contradicción de los peritos con el fin de perfeccionar como prueba el contenido fáctico contenido en el informe pericial. Peritos que, en ese caso no informarían en esa calidad de peritos, sino en calidad de «testigos» de

unas declaraciones de las que tuvieron conocimiento en el desarrollo de su pericia. Perito que en el caso del que conoce el Tribunal Supremo es el médico forense. En este punto, el Tribunal Supremo es consciente de la contradicción que se produce con su doctrina asentada respecto a la innecesidad de citar al juicio oral a los peritos que realizarán informes oficiales. Efectivamente, en el caso de tratarse informes técnicos oficiales la legalidad y jurisprudencia vigentes eximen a las partes de solicitar la presencia de los peritos en el acto del juicio. Más aún, se exige que las partes motiven la necesidad de su presencia a efectos de impugnar su contenido. Es por ello que el Tribunal Supremo añade que: *«Ciertamente se trataba de una pericia oficial, a las que una sólida doctrina jurisprudencial, que el recurso invoca, ha reconocido efectividad sin necesidad de ratificación cuando no hubieran resultado impugnadas. Pero en este caso no se discute el aspecto técnico de la prueba, ni las conclusiones que la misma alcanzó, sino la mera aportación de un dato fáctico que fue referido a los peritos, cuya fría lectura no puede poner en cuestión un testimonio valorado como creíble, con arreglo a pautas que la ciencia, la lógica y la experiencia avalan. No se practicó esa testifical de referencia, y la lectura del documento a los fines pretendidos por el recurrente no era procedente ...»* STS 10 de septiembre de 2020.

De todo lo anterior se desprende alguna regla nueva que podemos añadir al arsenal que el abogado práctico en derecho debe tener en mente respecto a la introducción de la prueba pericial en el proceso a fin de hacer valer todo su contenido del modo más favorable a la pretensión que defienda.

4. CONCLUSIONES: REGLAS PARA LA VALIDEZ COMO PRUEBA DEL CONTENIDO INTEGRO DEL INFORME PERICIAL

De la jurisprudencia examinada se desprenden algunas conclusiones relevantes que paso a exponer:

Primera, previa y obvia: Debe distinguirse con la mayor precisión posible cuál es el contenido y alcance de la pericia en el marco de la actividad probatoria que se pretende realizar. Y ello con independencia de si el dictamen pericial proviene de una u otra parte.

Segunda: Debe reservarse la pericia para lo que es ámbito de la pericia evitando usar la pericia para ejercicios simples de descripción de actuaciones de distinta clase como sería un informe pericial ateniendo a la relación de lesiones o intervenciones terapéuticas, cuya prueba puede realizarse simplemente con la prueba documental.

Tercera: La incorporación de declaraciones y testimonios a un informe pericial puede tener un doble uso o finalidad. En primer lugar, como antecedente fáctico del análisis y conclusiones del perito. En ese uso la declaración no deja de ser un hecho accesorio que no es por sí objeto de la pericia, sino sustrato de otro hecho distinto que se pretende probar. Por ejemplo la credibilidad o el estado mental del examinado. Así, el informe pericial se referirá a las consideraciones referentes a la conclusión obtenida. En segundo lugar, esa misma declaración es un hecho que puede servir para contradecir otros hechos que se pongan de manifiesto en el proceso y en esa calidad también puede ser objeto de prueba. Ahora bien, en ese caso el hecho que se desprende de la declaración se valorará en el proceso como prueba testifical. En este sentido, los peritos podrían declarar en el juicio oral respecto de tales declaraciones como testigos de referencia. En cuanto a su valor probatorio

dependerá del valor que le atribuya el Juez teniendo siempre en cuenta si existe o no prueba directa que el Juez estime suficiente para la prueba de los hechos.

Cuarta, última, pero no menos obvia: A mi juicio la pericia consiste en un acto complejo que se compone de varios elementos uno de ellos, y no el menos importante, la comparecencia del perito en el acto del juicio oral a efectos de ratificarse en su informe y someterse a las cuestiones que le puedan plantear las partes sobre cualquier extremo de la pericia. Así, además de sobre las conclusiones, el perito podrá ser preguntado sobre el mismo fundamento de la ciencia y técnica empleadas, el procedimiento seguido o los estudios que puedan validar tanto unos como otros. Esta regla debe seguirse en cualquier clase de procedimiento. En el proceso civil también. Sobre este particular reflexionando con un buen jurista y mejor amigo nos planteábamos cuando podría ser adecuado no citar al juicio oral a nuestro perito, en tanto que el art. 347 LEC prevé que: « *Los peritos tendrán en el juicio o en la vista la intervención solicitada por las partes, que el tribunal admita* », lo que significa que no resulta obligada su comparecencia en el acto del juicio oral. Lo cual por otra parte es insólito teniendo en cuenta la importancia de los aspectos sobre los que puede versar la actuación del perito en el plenario referidos en el citado art. 347 LEC (Exposición y explicación del dictamen, respuestas a preguntas y objeciones, sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen, respuestas a solicitudes de ampliación del dictamen a otros puntos conexos, crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria). Pues bien la conclusión a la que llegamos fue que únicamente no nos interesará citar al perito al acto del juicio oral cuando la calidad oral de argumentación del perito sea inferior a la que acredita por escrito. En cualquier otro escenario siempre será conveniente citar al perito al acto del juicio oral para aprovechar el mayor impacto sensorial que la exposición del dictamen pericial tiene cuando se realiza oralmente.

En el proceso penal el criterio debe ser el mismo. El problema se halla en los informes periciales denominados oficiales respecto a los que la jurisprudencia considera que podrán ser valorados como prueba, si las partes no los impugnan expresamente. De modo que resultará necesaria la impugnación, que con carácter general puede ser genérica del informe pericial oficial para poder solicitar la personación de los peritos en el acto del juicio. Sin embargo, en algunas sentencias el Tribunal Supremo se ha mostrado más exigente considerando que corresponde a la parte manifestar, en su escrito de calificación provisional, su oposición o discrepancia con el dictamen pericial practicado con relación a contenidos concretos, a sus conclusiones, solicitando ampliación o aclaración de algún extremo del mismo. En caso de no hacerlo así, el informe oficial adquiere el carácter de prueba preconstituida, aceptada y consentida como tal de forma implícita. En ese sentido se pronuncia, entre otras, la STS Sala Segunda, de lo Penal, Auto 755/2014 de 24 Abr. 2014, Rec. 109/2014. Ponente: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel (LA LEY 57259/2014). También el ATS Sala Segunda, de lo Penal, n.º 1373/2016 de 29 Sep. 2016, Rec. 1057/2016; Ponente: Ferrer García, Ana María (LA LEY 145988/2016), en la que el Tribunal Supremo señala acertado el auto de negación de la petición de comparecencia de los peritos en el acto del juicio cuando ésta se impugna genéricamente el informe pericial oficial entendiendo que: «... *En la impugnación no se explicaban las causas concretas o específicas de la misma, del mismo modo tampoco se reiteró la pretensión en el plenario, donde no se suscitó ninguna cuestión previa por las partes. Nos hallamos, pues, ante una impugnación formal que haría innecesaria la práctica de la prueba pericial solicitada, que no era de contraste, pues no se trataba*

de contraponer dos pericias, ya que tampoco interesó la intervención de otros peritos. A ello debe añadirse que la ausencia de las preguntas que se pretendían efectuar a la perito impide verificar la necesidad de tal prueba». Pero, en fin no nos preocupemos puesto que, afortunadamente, la ponente de este ATS de 29 de septiembre de 2016 es la misma que en las dos sentencias objeto de comentario en este trabajo. Es decir las SSTS de 21 de junio de 2017 y de 10 de septiembre de 2020. Siendo así entiendo que a estas alturas el Tribunal Supremo ya debe haber modificado su jurisprudencia para admitir que puede solicitarse la presencia de los peritos que hubieren realizado informes oficiales no sólo cuando se impugnase su contenido, sino también, cuando como es el caso de la STS 10 de septiembre de 2020, lo que se pretende es acreditar con valor probatorio las declaraciones de terceros que puedan contenerse en su informe.

Novedades jurisprudenciales en materia de probática y derecho probatorio

Manuel Richard González

Doctor en Derecho

Profesor Titular de Derecho Procesal en la Universidad Pública de Navarra

Miembro de la Junta Directiva de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio.

Resumen: La finalidad de esta sección es realizar un análisis de las más recientes resoluciones judiciales (por lo general sentencias) dictadas en materia de probática y derecho probatorio. Nuestra intención es ser útiles y a ese fin necesitamos ser prácticos, sintéticos y directos. Es por ello que la estructura del análisis jurisprudencial sigue un orden y contenido que intenta dar cuenta clara y precisa de aquello de especial interés para la práctica forense. A saber: 1º Explicación del asunto. 2º Materias de interés tratadas en la sentencia. 3º Qué usos, enseñanzas y estrategias podemos extraer de la resolución.

1. ADMISIÓN DEL USO DE LOS DATOS DE GEOLOCALIZACIÓN DEL VEHÍCULO POR PARTE DE LA EMPRESA PARA FUNDAR UN DESPIDO DISCIPLINARIO POR USO DEL MISMO FUERA DE LA JORNADA DE TRABAJO (COMENTARIO STS 4ª 766/2020, DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2020, REC. 528/2018)

1.1. Objeto, contenido y materias tratadas en la sentencia

La STS n.º 766/2020 de 15 de septiembre se pronuncia en un caso de uso de un vehículo de empresa infringiendo las normas de la compañía debidamente notificadas a una trabajadora mediante la entrega y firma de un documento en el que se especificaba que el vehículo se asignaba para su uso en jornada laboral para desempeñar su trabajo diario. En el mismo documento se hacía referencia a la instalación en el vehículo de un dispositivo de localización GPS para garantizar la seguridad y coordinación del trabajo de los empleados de la compañía. Un año después de la firma de tal documento la trabajadora declaró una situación de incapacidad temporal mediante justificante médico. Transcurridos 11 días desde el inicio de la situación de incapacidad la empresa notificó a la trabajadora su despido disciplinario por el motivo de haber estado utilizando el vehículo durante los días precedentes durante los cuales se hallaba de baja laboral lo cual se acreditaba mediante el informe de registro de utilización del vehículo. Se destacaba que el uso del vehículo no había sido puntual o esporádico, sino intensivo con un recorrido de casi 2000 Km ajenos al desempeño laboral. En primera instancia el Juzgado de lo Social desestimó la demanda de la trabajadora considerando procedente su despido. Recurrida la sentencia en Suplicación el TSJ de Andalucía estimó el recurso de la trabajadora revocando la sentencia por considerar nulo el despido al basarse en datos que

afectaban la intimidad de la trabajadora. Recurrida la sentencia en casación el Tribunal Supremo dictó la sentencia aquí analizada en la que analizando la cuestión dictó sentencia para la unificación de la doctrina declarando que la actuación de control de la empresa sobre su vehículo y directamente sobre su empleada, respecto al uso del mismo, se halla dentro del ámbito de decisión empresarial pudiendo la empresa utilizar los datos procedentes del dispositivo GPS instalado en el vehículo para el debido control de los medios de producción de la empresa. En este caso el vehículo atribuido a la trabajadora.

1.2. ¿Porque es importante la sentencia?

La sentencia es importante por pronunciarse sobre la difícil cuestión de precisar cuál es el alcance del legítimo control empresarial del trabajador cuando puedan resultar afectados sus derechos fundamentales. En este caso, el derecho a la intimidad de los trabajadores con relación a la información ofrecida en los dispositivos de geolocalización que se instalan en vehículos de uso comercial. La novedad consiste en la circunstancia de que los datos examinados por la empresa, y que motivaron el despido disciplinario de la trabajadora, correspondían al uso del vehículo fuera de la jornada de trabajo. Esta es una circunstancia esencial en tanto que resulta asumido el poder de control empresarial de los medios de la empresa puestos a disposición del trabajador como es el caso de un vehículo. Precisamente, la empresa, recurrente en casación, cita como sentencia contradictoria la STSJ de Madrid de 12 de junio de 2017 en la que se calificó de procedente el despido de una trabajadora de Cruz Roja cuyo vehículo estaba dotado con GPS lo que permitió a la empresa detectar que el vehículo se hallaba detenido durante la jornada laboral lo cual motivó el despido disciplinario. y ello sirve de justificación a la decisión extintiva por razones disciplinarias. La citada STSJ de Madrid se esgrime por el recurrente en casación para solicitar la unificación de la doctrina al entender que ese control empresarial también cabe cuando lo que se trata es de comprobar que el vehículo no se utiliza contra las instrucciones, debidamente notificadas, de la empresa autorizando el uso exclusivo del vehículo durante la jornada laboral. Parece claro que la empresa puede y debe proceder al control empresarial de los medios de producción. El problema aparece por la posible afectación del derecho a la intimidad del trabajador en tanto que el control se produce con relación al uso de un medio de producción de la empresa fuera de la jornada laboral.

A ese respecto determina el Tribunal Supremo que el control del movimiento del vehículo en el tiempo libre del trabajador es posible siempre y cuando la empresa hubiere determinado con claridad la prohibición del uso del vehículo fuera de la jornada laboral. Siendo así señala el Tribunal Supremo que: « *Pretender que la empresa no pueda usar los datos del GPS fuera de la jornada laboral y, al mismo tiempo, contravenir esta instrucción inicial, y hacer o permitir el uso del vehículo fuera de los tiempos de trabajo, sitúa a la empresa en una posición de oscuridad respecto de los riesgos que pudiera tener que asumir por la circulación del vehículo fuera de su ámbito de decisión y control* ». Es decir, la empresa debe poder hacer efectivo el control de la prohibición de uso del vehículo fuera de la jornada laboral mediante los dispositivos a su alcance. De modo que disponiendo de la información ofrecida directamente por el dispositivo GPS instalado en el vehículo carece de sentido alguno que la empresa no pueda utilizar esos datos para ejercer el debido control empresarial. Entre otras razones porque como bien se señala en la sentencia es la empresa la que es titular del vehículo y, por tanto, la responsable civil de los daños que se pudieran producir a terceros en un uso del vehículo fuera de la

jornada laboral: «*La seguridad del vehículo —y la responsabilidad civil que pudiera aparejarse de un quebranto de la misma— sigue hallándose en la esfera de las obligaciones de la empresa, como titular del mismo, fuera de la jornada de trabajo*».

Lo dicho hasta aquí no supone una degradación del derecho a la intimidad personal con relación a la protección de datos, ya que como señala, acertadamente, el Tribunal Supremo **el trabajador no tiene una expectativa razonable de intimidad con relación al uso de un objeto que la empresa específicamente ha prohibido que sea usado fuera de la jornada laboral**: «... *la clave del rechazo a la intromisión hay que encontrarla en la existencia de una expectativa de intimidad por parte del trabajador, bien porque existan disposiciones o reglas expresas o bien porque se base en un uso social de tolerancia. De ahí que sólo el conocimiento anticipado por parte del trabajador de que puede ser objeto de fiscalización por el empresario legitimará el acto de injerencia en los sistemas e instrumentos puestos a su alcance por la entidad para la que trabaja. Por ello, si no existe una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existirá ya una expectativa razonable de intimidad, puesto que, si el uso personal de los instrumentos de la empresa es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo* ».

1.3. Que usos, enseñanzas y estrategias podemos extraer de la resolución

La STS 766/2020 de 15 de septiembre redonda en determinados aspectos del control empresarial de los dispositivos electrónicos que considero que deben ser objeto de atención por los operadores jurídicos. Ciertamente, en el caso presente no se trata estrictamente del uso de un dispositivo electrónico puesto a disposición del trabajador, sino del control electrónico de un objeto, en este caso, un vehículo entregado al trabajador para el desempeño de su trabajo. Veamos las reglas que podemos observar:

Primero. Todas las condiciones de uso de los medios de producción de la empresa puestos a disposición del trabajador deben ser notificadas, personal y concretamente, al trabajador que debe ser conocedor de los límites de utilización de cualquier dispositivo que le sea entregado. De ese modo queda sin base la alegación de desconocimiento o duda que pueda ser alegado de contrario.

Segundo. Los dispositivos de control utilizados en la empresa no pueden afectar al contenido esencial de los derechos fundamentales del trabajador. Por ejemplo, el derecho a las comunicaciones que tiene un carácter esencial sin que se permita ninguna inmisión, salvo autorización judicial. Sin embargo, el derecho a la intimidad o al uso de datos personales admite flexibilidad en cuanto a su delimitación según el caso concreto atendiendo a los propios actos del trabajador y al grado de conocimiento que tenga sobre su posible afectación.

Tercero. El trabajador debe tener conocimiento previo de los dispositivos de control establecidos por la empresa para el control del uso de los medios de producción.

Existiendo una reglas claras y conocidas por el trabajador cabe entender que éste no tiene una expectativa razonable de privacidad en el uso de sus datos personales, en este caso con relación a su movilidad y, por tanto, puede y debe prever que sus movimientos pueden ser controlados por la empresa. Estas normas deben estar implementadas y ser respetadas no sólo por los trabajadores,

sino también por la empresa. Esta cuestión es esencial en tanto que establecidas las reglas de uso el trabajador no puede acogerse a la expectativa de privacidad que podría tener en caso contrario. Ese fue el fundamento de la STEDH (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 (Caso Barbolescu) en la cual se valoró que, si bien la empresa había prohibido, genéricamente, el uso personal de los medios corporativos, no había comunicado la existencia del alcance del control empresarial ni de la posibilidad de acceder a los mensajes y correos del empleado sin su consentimiento. Es decir, no basta con la comunicación de una prohibición genérica, sino que resulta necesario que se especifique con claridad los límites y prohibiciones y el procedimiento de control por parte de la empresa. Además, estas normas deben ser respetadas de forma coherente por la empresa lo cual no sucede cuando, por ejemplo, se admite tácitamente el uso de los medios de producción contra las normas de la propia empresa. Por ejemplo, si se hubiese venido aceptando que la trabajadora usase el vehículo de la empresa para uso personal sin seguir su propia normativa interna. En definitiva, resulta esencial la precisión, taxatividad y respeto y exigencia de las normas de la empresa respecto a la utilización del dispositivo, vehículo o lo que fuere.

A las anteriores consideraciones se refiere sintéticamente el Tribunal Supremo en la sentencia 766/2020, objeto de comentario, cuando declara que: « **En suma, la trabajadora conocía que el vehículo no podía ser utilizado fuera de la jornada laboral y, junto a ello, que el mismo estaba localizable a través del receptor GPS. De ahí que no apreciamos ninguna invasión en sus derechos fundamentales con la constatación de los datos de geolocalización que permiten ver que el indicado vehículo es utilizado desobedeciendo las instrucciones de la empresa en momentos en que no existía prestación de servicios.**»

Cuarto. El análisis forense del dispositivo debe respetar, conforme con la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en numerosas sentencias. Entre otras SSTC 170/2013 de 7 de octubre de 2013, 241/2012 de 17 de diciembre (LA LEY 209790/2012); 173/2011 de 7 de noviembre (LA LEY 211654/2011); 12/2012 de 30 de enero (LA LEY 2303/2012); 98/2000 de 10 de abril (LA LEY 78877/2000) y 186/2000 de 10 de julio (LA LEY 9715/2000). Y SSTS de 26 de septiembre de 2007 (Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 26 Sep. 2007, Rec. 966/2006. Ponente: Desdentado Bonete, Aurelio. LA LEY 146111/2007); (Sala de lo Social, 8 de marzo de 2011, Rec. 1826/2010. Ponente: Agustí Juliá, Jorge. LA LEY 6236/2011) y la comentada, n.º 119/2018, de 8 de febrero de 2018, Rec. 1121/2015. Ponente: Castro Fernández, Luis Fernando de. LA LEY 4068/2018.

En su virtud se exige el cumplimiento de tres requisitos: si la medida de investigación del dispositivo es idónea; si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia y, finalmente, si es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. En el caso presente la forma idónea de saber si la trabajadora había utilizado indebidamente el vehículo de la empresa era acudir a los registros del dispositivo GPS instalado en el vehículo el cual proveyó de información a la empresa sobre los desplazamientos del vehículo fuera de las horas de trabajo. Así lo valora la STS 766/2020 de 15 de septiembre de 2020 en la que se señala que: «*Había conocimiento previo y no se aprecia invasión de la esfera privada de la trabajadora, al afectar exclusivamente a la ubicación y movimiento del vehículo del que, eso sí, ella era responsable y debía*

utilizar con arreglo a lo pactado».

En cualquier caso, la investigación de la conducta del trabajador mediante cualquier clase de dispositivo no puede extenderse, de modo ilimitado e incondicionado, puesto que el derecho a la intimidad del trabajador sigue vigente con independencia de que del análisis de los datos se deduzca el uso indebido del dispositivo. Esta es una regla de especial aplicación cuando lo que se está investigando son dispositivos electrónicos del trabajador como teléfonos móviles o computadoras portátiles. En ese caso, el uso ilícito del dispositivo se puede investigar mediante la búsqueda selectiva de información que permita constatar la infracción, pero sin que sea posible acceder a la información privada del trabajador. A este respecto, la regla general es la de la imposibilidad de acceder a la información personal que pertenece en esencia a la esfera íntima del trabajador. Ello sin perjuicio de que la constatación de la instalación de aplicaciones o usos no autorizados podrá fundamentar el despido del trabajador que utiliza el dispositivo inadecuadamente al instalar aplicaciones no autorizadas (1).

2. CRITERIOS PARA LA DECLARACIÓN EN JUICIO DE LOS MENORES DE EDAD. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA DISPENSA PARA NO DECLARAR DEL MENOR QUE CARECE DE MADUREZ SUFICIENTE CUANDO EXISTE VINCULACIÓN FAMILIAR CON EL ACUSADO. VALOR DE LAS DILIGENCIAS DE INSTRUCCIÓN PARA FUNDAR LA CONDENA DEL ACUSADO (COMENTARIO STS 2ª 225/2020, DE 25 DE MAYO DE 2020, REC. 3405/2018)

2.1. Objeto, contenido y materias tratadas en la sentencia

La STS 225/2020, 25 de Mayo de 2020 trata varias cuestiones de esencial importancia para el tratamiento de la prueba testifical en el proceso penal. En primer lugar respecto a quien este legitimado para decidir respecto a la declaración de los menores de edad en los que concurra la doble circunstancia de carecer de madurez suficiente por su edad y de estar amparados por el derecho a no declarar en función de la relación familiar con el acusado. En segundo lugar respecto al valor que deba darse a la declaración del testigo en instrucción a efectos de fundar una sentencia de condena.

Respecto a la primera cuestión, en la STS 225/2020 se atiende al supuesto de una menor de edad que compareció en el proceso como víctima de un delito presuntamente cometido por su hermano mayor de edad. Al momento de celebración del juicio oral la testigo tenía 10 años y aparece indiscutido en la causa que carecía de madurez suficiente para decidir sobre su dispensa a declarar que concede el art. 416 LECrim a determinados familiares directos del acusado con relación a los hechos objeto de enjuiciamiento. Sobre este particular el Tribunal Supremo declara que la dispensa de la obligación de declarar es un derecho personalísimo que, por tanto, corresponde ejercitar al testigo a cuyo efecto debe valorarse su capacidad sin que la minoría de edad sea un requisito a ese fin. En su virtud, la capacidad del menor de edad para decidir acogerse o no a la dispensa legal debe evaluarse en el caso concreto teniendo en cuenta: «...la calidad de su opción, esto es, que la facultad se ejerce en las condiciones de libertad, de información, y de conocimiento con las que esencialmente se regiría el posicionamiento de una persona con plena capacidad de obrar. El Tribunal debe explorar que el menor alcanza a comprender, de una manera suficientemente sentada y reflexiva, cuál es la repercusión

de su decisión respecto de todos los intereses que van a resultar concernidos y a los que hemos hecho anterior referencia. El órgano judicial debe tasar que el testigo guía su conclusión por los ordinarios parámetros de pensamiento libre, fundado e independiente con los que puede regir su esquema decisional en el caso concreto una persona formada. Si la edad es un elemento fundamental para evaluar el grado de madurez de un menor a estos efectos, existen otros parámetros que facilitan ponderar si está en condiciones de ejercer el derecho por sí mismo cuando la edad se ubica en unos márgenes que no sean lo suficientemente elocuentes» (STS 225/2020 de 25 de mayo). También se refiere el Tribunal Supremo a otras consideraciones a tener en cuenta como la necesidad de considerar si la dispensa del testigo se refiere a unos hechos de los que fue víctima o simplemente pudo tener conocimiento de ellos: « Que el testigo sea la víctima de los hechos que se enjuician o que, por el contrario, sea un mero observador de lo que aconteció, es un elemento que condiciona el reconocimiento de su facultad de optar; como lo es también la naturaleza pública o privada de la acción penal establecida para la persecución de los hechos; la gravedad del delito investigado; su repercusión punitiva; la gravedad del daño irrogado a la víctima; la naturaleza del vínculo del testigo con el procesado; la repercusión que su declaración pueda tener en su relaciones familiares futuras; o la repercusión psíquica con la que los hechos pueden sacudir el futuro del menor» (STS 225/2020 de 25 de mayo). En cualquier caso, como se ha dicho, la carencia de madurez suficiente de la menor para poder decidir sobre el ejercicio de la dispensa no resultó discutida en el proceso de modo que **correspondía a los representantes del menor ejercitar en su caso y en su nombre ejercitar el derecho de dispensa a declarar:** «Cuando, como en este caso, no se cuestiona que el menor carece de la madurez necesaria para ejercitar por sí mismo el derecho de dispensa que analizamos, la jurisprudencia de esta Sala ha proclamado que el derecho debe ser ejercicio a través de representante, lo que se ha concretado en el ejercicio del derecho por aquellos que velan por los intereses del menor, esto es, los padres como sus representantes legales ex art. 162 CC, concretándose que corresponderá a uno solo de los progenitores cuando se aprecie un conflicto de intereses entre el otro progenitor y el menor (art. 163 CC)».

Sin embargo, en el caso analizado el tribunal usurpando a los progenitores de la testigo les impidieron que ejercitaran el derecho a la dispensa a declarar en el acto del juicio oral considerando que existía un conflicto de intereses que afectaba a los padres en tanto que el acusado era hermano e hijo de la testigo presunta víctima de los hechos. Se trata de una situación probablemente muy especial. Sin embargo, la doctrina del Tribunal Supremo resulta contundente considerando que: « La proscripción de usurpación del derecho por el Tribunal no se desvanece porque la testigo sea menor de edad, ni porque se haya identificado un conflicto de intereses en los padres de ser representada por ellos...» (STS 225/2020 de 25 de mayo). Y declara el Tribunal Supremo que en el caso que existiese un conflicto de los intereses de los padres y el menor el Fiscal conforme con lo previsto en el art. 26 Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima: «...recabará del Juez o Tribunal la designación de un defensor judicial que represente a la víctima en el proceso penal cuando, entre otros supuestos, sus representantes legales tengan con ella " un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal"» (STS 225/2020 de 25 de mayo). No fue eso lo que se resolvió en el supuesto examinado en el que el Tribunal de instancia rechazó que la víctima menor de edad pudiera acogerse a la dispensa de la obligación de declarar contra el acusado por entender que carecía de la madurez necesaria para comprender y valorar la significación de su derecho. Pero, al mismo tiempo, el tribunal declinó recabar el parecer de los

progenitores, sosteniendo en su sentencia que no cabía admitir que los padres ejercitaran el derecho a ejercer la dispensa en tanto consideraban que lo que pretendían (los padres) era evitar la declaración y que no se reprodujera tampoco el testimonio prestado en sede de instrucción, algo que conduciría —según el Tribunal— a que la menor quedara desamparada y sin tutela judicial efectiva.

En segundo lugar, en la sentencia también se atiende a la reiterada cuestión del valor que deba darse a la declaración del testigo en instrucción a efectos de fundar una sentencia de condena. En el caso examinado el tribunal que había rechazado oír el parecer de la menor y de sus padres respecto del ejercicio de su derecho a no declarar admitió la petición del Ministerio Fiscal para que se procediera al visionado de la declaración que la víctima había prestado en la fase de instrucción. Declaración preconstituida que, junto con el informe pericial psicológico sobre la credibilidad del testimonio, fundamentó la acusación y la posterior condena del acusado.

Como no puede ser menos la sentencia del Tribunal Supremo es contundente respecto al valor que deba darse a la declaración de la víctima prestada en instrucción, cuando como es el caso no se da opción al testigo para ejercitar su dispensa del derecho a declarar: *«Hemos proclamado también que la omisión del derecho supone la imposibilidad de utilizar la declaración de instrucción como prueba de cargo. Carecería de sentido acudir en este supuesto a lo declarado por el testigo en la fase de instrucción para sustentar el pronunciamiento condenatorio, pues no solo la actuación procesal contravendría de igual modo la eficacia del ejercicio del derecho, sino que privaría a la defensa de garantías tan básicas para su tutela como cuestionar la credibilidad de la prueba mediante el interrogatorio practicado a presencia del Tribunal que ha de conocer del enjuiciamiento de los hechos que se le atribuyen, máxime cuando la situación no tiene cabida en ninguno de los supuestos que, con carácter excepcional y tasado (arts. 714 y 730 LECrim), habilitan valorar el material probatorio extraído de forma oral, pública, contradictoria e inmediata, ante el propio Juzgador (STS 459/2010, de 14 de mayo)»*. En el caso examinado en la STS 225/1010 la declaración de la víctima en instrucción se introdujo como prueba preconstituida en tanto que se había producido con la intervención del abogado de la defensa. Sin embargo, continúa señalando el Tribunal Supremo que: *«...la posibilidad de preconstitución del testimonio en tal coyuntura, ni puede vaciar el derecho de opción de la testigo que asiste al plenario, pues la preconstitución no se configura legalmente con ese objetivo, ni desde luego puede validar una prueba que ya incorporaba el mismo vicio de nulidad que el recurso denuncia, dado que en la fase de instrucción tampoco se ofreció a la menor que pudiera acogerse a la dispensa en cualquiera de los modos anteriormente expresados»*.

2.2. ¿Porque es importante la sentencia?

La STS 225/2020 de 25 de mayo es importante por atender a una cuestión de especial interés como es la de la prueba de declaración de testigos en el proceso penal. Especialmente en el supuesto, frecuente, en el que el testigo tiene relación familiar con el acusado. En esos casos, el art. 416 LECrim prevé el derecho a dispensarse a declarar para obtener distintas finalidades. Entre éstas evitar la situación de conflicto personal en la que se sitúa al testigo cuando debe declarar respecto de hechos en los que intervino cualquiera de los familiares muy cercanos a los que se refiere el art. 416 LECrim. El problema aparece cuando el testigo es menor de edad y, especialmente, cuando es víctima del delito. En esa situación, conforme con la ley, que se relaciona y analiza con detalle en la STS

225/2020, corresponde decidir a los tutores legales del menor. Aunque, como sucede en el caso analizado, el acusado sea al mismo tiempo familiar directo de los padres de la víctima. En cualquier caso, si la Fiscalía entiende que existe un conflicto de intereses deberá, conforme con el art. 26 Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima solicitar al Tribunal la designación de un defensor judicial que represente a la víctima en el proceso penal.

Finalmente no debemos olvidar la importante cuestión de la prohibición de utilizar las diligencias de instrucción como prueba de cargo. Sobre este particular, y atendiendo a la situación planteada en el caso analizado, el TS dictó el acuerdo de 23 de enero de 2018 que establece que: *«El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECrim, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida»*. Se trata de un Acuerdo lógico que pretende evitar actuaciones procesales como las que se han analizado aquí. No obstante, he de señalar que en la más reciente sentencia del Tribunal Supremo 389/2020, 10 de julio de 2020 (N.º de Recurso: 2428/2018, Ponente: Sánchez Melgar. LA LEY 91109/2020), parece iniciarse una suerte de cambio de jurisprudencia por la cual se limita el ejercicio del derecho a la dispensa de declarar de las víctimas una vez constituidas en acusación particular. Se trata de una polémica sentencia que cuenta con varios votos particulares que será objeto de un análisis en un trabajo posterior, y que al decir de algún analista supone la derogación del criterio contenido en el citado acuerdo de 23 de enero de 2018. En cualquier caso, como digo, en breve procederé a comentar esa sentencia que ahora cito para el debido conocimiento del lector.

2.3. Que usos, enseñanzas y estrategias podemos extraer de la resolución

Desde mi punto de vista la principal lección que debemos extraer de la STS 225/2020 de 25 de mayo es la de la necesidad de extremar la vigilancia respecto a la sustanciación del proceso penal y de las actuaciones que pueda adoptar el tribunal de instancia que, como sucede en el presente caso, parece adquirir una posición escorada a favor de la acusación. Posición incompatible con la debida actuación imparcial en el ejercicio de la función de juzgar. Este aserto que de común parece innecesario se revela esencial si advertimos el cierto grado de degradación que está sufriendo nuestro sistema de Enjuiciamiento Criminal poco capaz de contener tanta diferente y variada interpretación de las normas procesales. En el caso analizado lo que sorprende es la técnica utilizada por el tribunal de instancia para *«prepararse»* ante la eventualidad del ejercicio del derecho de dispensa por parte de los tutores legales del testigo ante su incapacidad por falta de madurez suficiente. Sobre este particular el Tribunal Supremo se refiere, concretamente, a una actuación del tribunal de instancia, amparada por el tribunal de apelación, preventiva, *«saliendo al paso»* (sic) de una situación procesal en el acto del juicio oral que pudiera impedir a la acusación conseguir hacer prevalecer su posición procesal mediante la prueba, a medida de los hechos. De modo que el Tribunal de instancia que debía juzgar los hechos impidió el ejercicio del derecho de abstención por el representante legal de la menor admitiendo al mismo tiempo la sustitución del testimonio presencial y directo por la reproducción de la prueba videográfica preconstituida en instrucción. De ese modo, como señala el Tribunal Supremo, el tribunal de instancia actuó: *«a partir del pronóstico de cuál sería el resultado del enjuiciamiento si la menor no declaraba, además de anteponer la valoración de la prueba a su práctica, entraña un corrimiento del derecho puesto que, como hemos dicho, el mismo*

corresponde al testigo y, en coherencia con su naturaleza personal, no puede ser usurpado por el Tribunal». Actuación que si se mira bien resulta insólita y que todos los intervinientes en el proceso penal deben estar vigilantes para denunciar e impedir.

.....

(1)

Pueden consultarse sobre la investigación de dispositivos electrónicos del trabajador: RICHARD GONZALEZ M., Reglas para la investigación forense y aportación como prueba al proceso de correos y mensajes electrónicos del trabajador (comentario a la STS supremo, Sala Cuarta de lo Social, nº 119/2018 de 8 Feb. 2018, Rec. 1121/2015. LA LEY 4068/2018); Diario la Ley nº 9323 de 21 de diciembre de 2018. RICHARD GONZALEZ M., Comentario a la STSJ MADRID de 13 Mayo 2016 (SALA DE LO SOCIAL nº 407/2016, LA LEY 87620/2016) sobre los requisitos y límites de la investigación preprocesal y la prueba pericial sobre dispositivos electrónicos de la empresa usados por el empleado.

[Ver Texto](#)

Juicios telemáticos y garantías procesales en materia de prueba — primeras sentencias a ambos lados del Atlántico—

Rosa M. Méndez Tomás

Magistrada

Profesora Ordinaria Área procesal-civil Escuela Judicial del CGPJ

Rubén Hernán Donoso Paredes

Abogado Universidad de Chile, LLM Universidad de Sydney Australia

Juez de Garantía de la ciudad de Graneros, Chile

Resumen: La celebración de actos procesales mediante presencia telemática se alza como un sistema preferente en tiempos de pandemia, cuando los juzgados, tribunales y fiscalías dispongan de los medios técnicos necesarios para ello. Celebración telemática que debe, no obstante, preservar el cumplimiento de las garantías de confidencialidad, defensa, intangibilidad de los medios de prueba y publicidad. Estamos en disposición de dirigir nuestra mirada hacia las primeras sentencias dictadas por Tribunales españoles y de Países Iberoamericanos que analizan el efectivo cumplimiento de estas garantías procesales en juicios celebrados en el ámbito penal.

1. INTRODUCCIÓN

El art. 14 de la **Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia**, regula la celebración de actos procesales mediante presencia telemática en la misma línea que lo hizo su antecesor, el art. 19 del derogado **Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia**. Esto es, «[...] constituido el juzgado o tribunal en su sede, los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas y, en general, todos los actos procesales [así como los actos que se practiquen en las fiscalías], se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los juzgados, tribunales y fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello». Con una excepción: «[...] en el orden jurisdiccional penal será necesaria la presencia física del acusado en los juicios por delito grave». Se añade en la Ley, sin embargo, que «También se requerirá la presencia física del investigado o acusado, a petición propia o de su defensa letrada, en la audiencia prevista en el artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando cualquiera de las acusaciones interese su prisión provisional o en los juicios cuando alguna de las acusaciones solicite pena de prisión superior a los dos años, salvo que concurran causas justificadas o de fuerza mayor que lo impidan. Cuando se disponga la presencia física del acusado o del investigado, será también necesaria la presencia física de su defensa letrada, a petición de esta o del propio acusado o investigado».

Por lo demás y en atención a la experiencia acumulada durante la vigencia del Real Decreto-ley 16/2020 y hasta que fue sustituido por la mencionada Ley 3/2020, esta última norma incorpora otras dos novedades en sus apartados 5 y 6: «5. Se adoptarán las medidas necesarias para asegurar que en el uso de métodos telemáticos se garantizan los derechos de todas las partes del proceso. En especial, deberá garantizarse en todo caso el derecho de defensa de los acusados e investigados en los procedimientos penales, en particular, el derecho a la asistencia letrada efectiva, a la interpretación y traducción y a la información y acceso a los expedientes judiciales» y «6. En los actos que se celebren mediante presencia telemática, el juez o letrado de la Administración de Justicia ante quien se celebren podrá decidir la asistencia presencial a la sede del juzgado o tribunal de los comparecientes que estime necesarios».

En el **Plan de choque aprobado por el Pleno del CGPJ en fecha 16 de junio de 2020** se preveía, dentro del bloque IV dedicado a las medidas tecnológicas, la celebración de comparecencias y de vistas virtuales. Medida cuya aplicación en la Administración de Justicia se consideró muy eficaz por el órgano de Gobierno de los Jueces para múltiples situaciones como la celebración de juicios, vistas, declaraciones de testigos, etc.

La ficha en la que se desarrolla dicha medida (**anexo del Plan de Choque del CGPJ**) añade un dato importante con relación a la celebración de comparecencias y de vistas virtuales: «siempre sin olvidar que es preciso analizar en qué casos se puede utilizar y en cuáles no; es decir, en qué tipos de procesos, es necesaria conformidad de las partes, si se pueden realmente realizar con garantías todas las actuaciones y pruebas, etc.»

Ya la «**Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemática**», aprobada por el CGPJ el **25 de mayo de 2020**, señalaba que «El principio de publicidad de las actuaciones judiciales —arts. 120 CE, 138 LEC y 229 LOPJ—; la confidencialidad cuando esta exigencia viene impuesta por las normas procesales y de protección de datos; la mayor amplitud de los derechos de defensa; la validez, integridad y calidad epistémica de la prueba de las que dependen la convicción del juez o tribunal; o la garantía que aporta la inmediación son logros sobre los que no se puede retroceder como una posible consecuencia paradójica de los avances en tecnología».

Especialmente, precisa dicha Guía que «en la celebración de juicios en los que deban practicarse pruebas con intervención personal —interrogatorios de parte, testificales, intervención de peritos—, práctica de pruebas en procedimientos que no impongan la unidad de acto y otros actos procesales similares [...] la preferencia telemática a la que se hace referencia en el artículo 19.1 RDL 16/2020 precisará el cumplimiento de las garantías de confidencialidad, defensa, intangibilidad de los medios de prueba y publicidad [...]».

Centrándonos en la prueba y, concretamente en la prueba de documentos, la referida Guía recomienda que en los actos procesales a celebrar de manera telemática sería conveniente que la documentación «se facilitara con antelación al juzgado o tribunal mediante un sistema que garantice su accesibilidad a los abogados de las partes para su visionado y eventual descarga». En todo caso, «conviene exigir que los documentos se presenten debidamente ordenados y foliados, con índices hipervinculados para facilitar su utilización durante la sesión telemática». Añade que, «para el

concreto caso de prueba documental, es conveniente prever la posibilidad de exhibición a los abogados de las partes previo a la decisión del juez o tribunal para que la descarga de los documentos en sus equipos sólo pueda tener lugar una vez que se ha adoptado la decisión de admitir los documentos».

En lo que respecta a la intangibilidad de la prueba del interrogatorio de partes, de testigos o la intervención de peritos, la repetida Guía establece las siguientes pautas: «Se considera que lo más adecuado es que las personas diferentes de los profesionales que tengan intervención en el acto — partes, testigos, peritos— lo hagan en una dependencia judicial, ya sea la propia del órgano en el que se desarrolle el acto u otra más cercana al lugar de residencia de quien intervenga en él. A tal efecto, sin perjuicio de la disponibilidad de las salas de vistas correspondientes, y cuando las medidas de alerta sanitaria sean más extremas, podrían habilitarse dependencias en las sedes judiciales destinadas a ser ocupadas exclusivamente por quienes hayan de prestar declaración telemática para facilitar la racionalización de la distribución de espacios y su rápida higienización después de su uso». Y añade una advertencia importante: «Es conveniente la adopción de medidas, ya sean técnicas —«salas de espera virtuales»— o físicas, que impidan que testigos y peritos tengan conocimiento del desarrollo de la sesión en tanto se produce su intervención».

En esta misma línea, la **«Guía para la celebración de actuaciones judiciales con medios telemáticos en el ámbito competencial del Ministerio de Justicia», de 9 de junio de 2020**, insiste en que debe garantizarse que las pruebas de que las partes pretendan valerse se practiquen ante el órgano judicial al que corresponde su valoración, así como «la declaración espontánea y separada de los testigos y peritos que puedan intervenir en una actuación judicial, lo que conlleva que la participación en el acto telemático se realice en el momento preciso, con las garantías de identificación del interviniente». En cualquier caso, se concluye apuntando que en aquellas actuaciones judiciales en las que intervienen ciudadanos (partes, testigos y peritos), «es aconsejable recabar el consenso de las partes afectadas para realizar telemáticamente la actuación en cuestión, así como atender a la posibilidad de que determinadas personas acudan a la sede judicial y otras intervengan telemáticamente».

Por razones de temporalidad, son escasas las sentencias dictadas por Tribunales españoles que analizan si se han respetado las garantías procesales de la práctica de la prueba en los juicios telemáticos celebrados en tiempos de pandemia. Veamos una de estas resoluciones, dictada en el ámbito penal.

2. LA SAP BARCELONA, SECCIÓN SEXTA, DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2020

En el curso de un asunto penal sobre robo con violencia e intimidación, el condenado recurrió la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal y solicitó ante la Audiencia la nulidad del juicio por considerar que se había menoscabado su derecho de defensa al no haber estado presente físicamente en la Sala de vistas. Y así, con motivo de la situación de emergencia sanitaria, el Juzgado únicamente le había permitido intervenir a través de videoconferencia desde la prisión en la que estaba ingresado como preso preventivo.

Tras una exhaustiva motivación, concluye la Audiencia en el sentido de considerar que «En el caso que nos ocupa, la decisión de la juzgadora encuentra apoyo en una norma con rango legal, dictada en una situación excepcional». En concreto, menciona el art. 19 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, al que antes nos hemos referido, dictado en el marco generado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que el Gobierno declaró el estado de alarma.

Recordemos que este precepto disponía la preferencia de la celebración de actos de juicio, comparencias, declaraciones y vistas de forma telemática, con la excepción, en el orden jurisdiccional penal, de la necesidad de presencia física del acusado en los juicios por delito grave. Toda vez que en el caso examinado el juicio se celebró, encontrándose vigente aquel precepto, en un proceso por delito menos grave, es por ello que la Audiencia considera que «la decisión, en consecuencia, fue *prima facie*, correcta». No obstante, continúa diciendo la sección sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona en esta sentencia que «Con todo, el artículo 19 del RDL 16/2020 no puede interpretarse aisladamente, sino que necesariamente debe serlo a la luz del artículo 6 del CEDH y 24 de la CE, y de la jurisprudencia recaída sobre ambos preceptos» [...]. Continúa diciendo que, «En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reitera la idea de que la concurrencia de la persona acusada en el acto del juicio resulta indispensable tanto para garantizar el derecho a que su causa sea oída equitativamente como para verificar sus afirmaciones y compararlas con las de los testigos que declaran en su contra. Aunque no se encuentre expresamente mencionada en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la finalidad del precepto evidencia la consagración del derecho a estar presente físicamente en la vista. De hecho, los subapartados c), d) y e) del apartado 3 garantizan el derecho a defenderse personalmente, a interrogar o hacer interrogar a los testigos y a la asistencia de intérprete, en su caso, siendo difícil ver cómo podrían materializarse tales derechos sin la concurrencia de quien es acusado».

En esta misma línea, la sentencia que analizamos cita el artículo 14 de la vigente Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que entró en vigor el 21 de septiembre de 2020, cuando señala que «Se adoptarán las medidas necesarias para asegurar que en el uso de métodos telemáticos se garantizan los derechos de todas las partes del proceso. En especial, deberá garantizarse en todo caso el derecho de defensa de los acusados e investigados en los procedimientos penales, en particular, el derecho a la asistencia letrada efectiva, a la interpretación y traducción y a la información y acceso a los expedientes judiciales».

Ahora bien, finaliza la sección sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona diciendo que «[...] la efectividad de tal derecho, que igualmente reconoce la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, no implica, siempre y en todo caso, la presencia física de la persona acusada en la Sala de vistas, pues pueden concurrir razones excepcionales que justifiquen su intervención a distancia (v.gr. por videoconferencia), lo que será conforme con las exigencias del proceso justo siempre y cuando tales razones persigan la satisfacción de un interés público relevante debidamente justificado y quede

garantizada, inexcusablemente, la participación efectiva de la persona en el juicio». Interés público relevante que, en el supuesto analizado, se considera fuera de toda duda en atención a las circunstancias concurrentes con motivo de la crisis sanitaria.

Dicho esto, la Audiencia da aún un paso más y determina si las prevenciones que se adoptaron garantizaron suficientemente la participación del acusado en el juicio en el que resultó condenado. Con cita del estándar establecido en la STEDH 5.10.06, caso Marcello Viola c. Italia, para los supuestos de comunicación a través de videoconferencia (1), concluye que la reproducción de la grabación del juicio evidencia que en este caso: «a) La jueza de instancia permitió la entrevista previa y reservada del acusado con su Letrada, lo que se verificó a través del sistema de videoconferencia, asegurando la confidencialidad. b) El medio escogido (la videoconferencia) no garantizaba, por el contrario, por las concretas condiciones en que se produjo, la bidireccionalidad de la comunicación durante todo el proceso, pues no había previsto ningún procedimiento técnico que lo permitiera. c) Por último, el acusado pudo presenciar el juicio en su integridad, dada la calidad del sistema de videoconferencia instalado, sin ninguna merma ni en la calidad del sonido ni de la imagen, pudiendo intervenir, como así lo hizo, en dos ocasiones, aunque la última intervención lo fuera para renunciar al derecho a la última palabra».

Sin embargo, no considera la Sala que el déficit de bidireccionalidad en la comunicación acusado-defensor tenga en este caso trascendencia anulatoria, evaluadas las concretas circunstancias concurrentes, que analiza con detalle. Tampoco estima que haya base para afirmar que se prohibiera la comunicación confidencial durante la celebración de la vista, «pues ni el acusado ni su defensora realizaron solicitud alguna a fin de que se les permitiera comunicarse».

Por otra parte, y éste es un dato relevante, «no se identifica en el escrito de recurso de qué modo la falta de comunicación durante la sustanciación de la vista mermó el derecho de defensa del recurrente». Precisa el Tribunal a este respecto que «No queremos decir con ello que pese sobre la defensa la carga de acreditar fehacientemente una indefensión material efectiva, sino que, en el presente caso, no se han proporcionado ninguna razón, aun mínima, que permita, atendida la estrategia defensiva empleada, ni siquiera intuir de qué modo la presencia física del acusado en el acto del plenario podría haber incidido en el devenir del juicio». Por todo lo expuesto, se rechaza el motivo impugnatorio.

La doctrina mencionada en la SAP Barcelona, secc. Sexta, de 21 de septiembre de 2020 tiene su reflejo en el actual art. 14 Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que, no obstante, por razones de temporalidad no resultaba aplicable cuando se dictó la sentencia en primera instancia. Este precepto, que, como se ha dicho, viene a recoger lo ya mantenido por el derogado art. 19 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, añade, sin embargo, dos nuevos supuestos en los que se requerirá la presencia física del investigado o acusado, a petición propia o de su defensa letrada. El primero, la audiencia prevista en el artículo 505 LEcrim cuando cualquiera de las acusaciones interese su prisión provisional. El segundo, los juicios cuando alguna de las acusaciones solicite pena de prisión superior a los dos años [...], por lo que *a priori* dicho asunto debía haberse

celebrado con la presencia física del acusado. Pero nótese que también incorpora una excepción: «salvo que concurren causas justificadas o de fuerza mayor que lo impidan», como se deduce que es lo acaecido en el supuesto analizado en la sentencia examinada.

En cualquier caso, el nuevo precepto especifica, en una clara aplicación del derecho de defensa, que «cuando se disponga la presencia física del acusado o del investigado, será también necesaria la presencia física de su defensa letrada, a petición de esta o del propio acusado o investigado».

Veamos ahora una muestra de las primeras resoluciones recaídas al otro lado del Atlántico. Concretamente, en Chile.

3. SENTENCIAS DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE

Durante la pandemia, pero ya desde un tiempo anterior, el teletrabajo venía manifestándose como una realidad en constante aumento. Por supuesto, también en el ámbito judicial. Para continuar con las audiencias y juicios en materia penal, de manera oportuna, eficiente y eficaz, los Tribunales de Chile han recurrido también a las aplicaciones que vía cámara, micrófono e internet, permiten la continuidad del servicio de justicia, esencial en una sociedad democrática.

Varias sentencias de la Excma. Corte Suprema de Chile han resuelto que la vulneración de una garantía constitucional y en particular, la afectación al debido proceso penal, no puede ser una alegación genérica, sino que debe indicarse y detallarse de manera específica, cuál es la vulneración alegada y como ésta se manifiesta en la realidad concreta del juicio en que se plantea. Las sentencias que reseñamos, entre otras, son un ejemplo de esta doctrina en Chile.

Considerar conculcada una garantía constitucional o un derecho fundamental, requiere que se identifique claramente la/el misma/o, y que se indique cómo y por qué éste/a se considera conculcado/a, definiendo particularmente el escenario de afectación y que se detalle en concreto lo alegado, con el fin que los jueces del fondo puedan analizar si la vulneración es susceptible de ser contenida y enmendada para la realización del juicio oral por las vías telemáticas, sin afectación del debido proceso en materia penal.

Es un deber del Estado la realización del juicio mismo, bajo las normas incuestionables del debido proceso como concepto en evolución, lo anterior independiente de cuales sean las circunstancias que la sociedad o el mundo enfrenten o experimenten. Es incuestionable que el justiciable, junto con el respeto al debido proceso de manera integral, también espera por parte del Estado una resolución oportuna de su situación procesal.

Más allá de los necesarios ajustes que el sistema requiere, el avance tecnológico y la adecuación procesal experimentada por los Tribunales como consecuencia de la pandemia, aparecen como las vías esperables para este nuevo escenario de la justicia, donde deberán armonizarse por un lado el uso de las herramientas técnicas, y por el otro el respeto a las garantías y derechos fundamentales, en las nuevas décadas que se aproximan.

Sentencias de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de Chile en ROL: N° 59.504 de 22 de junio de 2020, ROL N° 76689 de 25 de agosto de 2020 y ROL N° 104.468 de 13 de octubre de 2020. Segunda Sala.

Consecuencia de la pandemia que nos afecta a nivel mundial, en Chile se ha presentado también la discusión doctrinaria y jurisprudencial, en relación a la posibilidad de celebrar audiencias de distinta naturaleza, y por supuesto juicios orales, en las causas penales vigentes y en tramitación, al momento de la decisión de confinamiento por parte de las autoridades gubernamentales.

En tal sentido, las defensas públicas y privadas han levantado argumentaciones en orden a la imposibilidad de llevar adelante juicios orales por medio de la tecnología de la cual hoy se dispone, es decir por medio de cámaras en aplicaciones como ZOOM, y a través de los medios temáticos, en reemplazo de la presencia física de los intervinientes.

Se han presentado recursos de nulidad ante la Excelentísima Corte Suprema de Chile, señalando que la citada vía para la realización de juicios orales, implicaría conculcar derechos y garantías asegurados por la Constitución Política o Tratados Internacionales ratificados por Chile. Podemos señalar algunas sentencias del alto Tribunal resolviendo los recursos de nulidad presentados. En orden cronológico los roles de causa N° 59.504 de 22 de junio de 2020, N° 76689 de 25 de agosto de 2020 y N° 104.468 de 13 de octubre de 2020. El más alto Tribunal de Chile ha resuelto si en los casos concretos, los juicios realizados por Zoom son o no válidos.

La Corte Suprema ha considerado en los casos señalados que la vulneración de una garantía constitucional como la del debido proceso alegada por las defensas no se presenta. El concepto de «debido proceso» es un concepto en constante evolución y en tal sentido, constituye un estándar normativo para el desarrollo de la actividad judicial y de los intervinientes en todo orden.

El procedimiento penal, y el juicio en lo particular, deben responder a los estándares de racionalidad, legalidad y justicia, considerando la Excma. Corte que en el desarrollo de los juicios indicados por medio de la aplicación Zoom, no se ha vulnerado el derecho fundamental asegurado por la Constitución al debido proceso.

El desarrollo del juicio por la vía indicada, no constituye *per se* un atentado a garantías constitucionales, pues la conculcación de una garantía debe ser real, grave inevitable e insalvable, de tal suerte que tenga un concreto efecto en la garantía que le asiste a la parte en el juicio. Esta vulneración debe ser explicada concreta y detalladamente, indicando cómo y de qué manera se infringe la garantía alegada, situación que no ocurre en los casos indicados, pues existe una mera enunciación en cuanto a que la vía telemática afecta garantías.

Adicionalmente, en los juicios en cuestión, la defensa pudo tener contacto privado con su representado por la vía telemática, hubo un efectivo contrainterrogatorio, se contó con la declaración efectiva de los testigos, no hubo contacto ni comunicación entre ellos, y la audiencia misma estuvo sometida al constante y permanente escrutinio de las partes; visualizándose en lo concreto bilateralidad, oralidad publicidad e inmediación, de una manera distinta a lo físico; pero palpable.

En tal sentido, llevar adelante la audiencia de juicio vía Zoom no infringe, en los casos señalados, el derecho al debido proceso; no visualizando la Corte cómo y de qué manera tangible real, se vería afectado el derecho a un juicio racional y justo. Consecuencialmente, rechaza los recursos de nulidad interpuestos, pues considera además que existe en la sentencias ad-quo de un juicio realizado telemáticamente, un trabajo detallado en orden a valorar y elaborar meticulosamente las ideas que lo llevaron a fallar de una u otra manera, permitiendo que cualquier persona pueda reproducir los razonamientos desplegados por los jueces en virtud de las pruebas rendidas en el juicio.

Por tales motivos, la Excm., Corte Suprema de Chile, ha señalado la validez de los juicios telemáticos referidos.

.....

(1)

«a) Ha de examinarse, en primer lugar, si la persona acusada tuvo ocasión de comunicarse con su abogado reservadamente y transmitirle instrucciones concretas acerca del modo en que debía ejercerse la defensa, interviniendo activamente en dicha defensa. b) De lo anterior se desprende que tal comunicación no se limita a la entrevista previa al juicio y reservada, sino que debe asegurarse la posibilidad de comunicación bidireccional en el curso de la vista para que la persona acusada pueda intercambiar impresiones, sin alterar el orden de la Sala, con quien le asiste como defensor. c) Además, debe garantizarse el derecho a presenciar el juicio en igualdad de condiciones, sin ningún tipo de interferencia, para lo que se utilizarán medios técnicos que garanticen la calidad y fiabilidad de la imagen y el sonido. Igualmente, tal sistema debe garantizar la posibilidad de que la persona acusada sea efectivamente oída si quiere hacer uso del derecho a declarar o a realizar manifestaciones».

[Ver Texto](#)

A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 167/2020 y de las cámaras ocultas (1)

Julián García Marcos

Magistrado titular del Juzgado de Instrucción Número Tres de Donostia San Sebastián

Resumen: Para el Tribunal Supremo resulta injustificado el rechazo, *ab initio*, de la prueba consistente en la incorporación al proceso de grabaciones obtenidas con cámara oculta. Intentada la aportación de dichas grabaciones, el Juzgado ha de realizar una adecuada ponderación entre los derechos afectados de forma que sólo procederá la inadmisión de la prueba propuesta cuando conforme a los principios de necesidad, utilidad y proporcionalidad la lesión que para los derechos fundamentales a la intimidad o a la propia imagen supone la citada incorporación no guarda una adecuada proporción con el valor que, como prueba, tengan dichas grabaciones en el proceso.

El 9 de mayo de 2018 la Audiencia Provincial de Castellón dictaba sentencia en un Procedimiento Abreviado instruido por delitos de intrusismo, estafa, delito contra la salud pública y lesiones condenando, entre otros, al principal de los acusados quien, careciendo de la titulación necesaria para ejercer actos propios de la profesión médica, realizaba diagnósticos de enfermedades y tratamientos para las mismas, extracciones de sangre, autotransfusiones y pequeñas operaciones quirúrgicas, cobrando distintas cantidades por la consulta y los tratamientos.

Uno de los motivos que el condenado, en casación, plantea, es la vulneración del artículo 18 de la Constitución Española por entender que se aportó a la causa y se valoró como prueba documental un DVD que contenía un programa de televisión elaborado con apoyo en unas grabaciones realizadas con cámara oculta durante varias entrevistas que el condenado mantiene con una reportera que, a la postre, comparece en el mismo procedimiento como testigo. Extiende la solicitud de nulidad probatoria no sólo al citado DVD sino a las declaraciones como testigo de la mencionada reportera y del director del programa de televisión cuya grabación se aporta.

No es de extrañar que la cuestión siga, a estas alturas, siendo controvertida.

Cuando el Tribunal Supremo dicta la Sentencia 1233/2009 (Ponente: José Ramón Fernández Barril) concluía afirmando que la grabación con cámara oculta de unas reuniones mantenidas entre una esteticista-naturista con una paciente (reportera, a la par) en el despacho (que, a su vez, radicaba en el domicilio particular de la demandante) constituía una intromisión ilegítima en la esfera de la intimidad de la demandante y que por distintas circunstancias que la propia resolución enumeraba, dicha intromisión debía calificarse como ilegítima. Añadía, además, que la grabación de la imagen

de la demandante como elemento fundamental del reportaje suponía una vulneración, asimismo ilegítima, del derecho a la propia imagen.

La citada Sentencia del Tribunal Supremo fue constitucionalmente amparada por la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 12/2012 de 30 de enero que señalaba, entre otras cosas, que «*los términos en que se obtuvo y registró, mediante el uso de la cámara oculta (la imagen) constituye, en todo caso, una ilegítima intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen*» y fue ratificada, en alguna otra ocasión, por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Hasta tal punto trascendió esta postura jurisprudencial que los propios Tribunales aplicaron, de forma confusa (y equivocada, como se verá) la doctrina allí desarrollada dando lugar a conclusiones difícilmente asumibles e, incluso, incomprensibles.

El 22 de junio de 2012 la Audiencia Provincial de Madrid revocaba el Auto de acomodación a Procedimiento Abreviado de las diligencias instruidas por el Juzgado de Instrucción n.º 25 de Madrid en relación con la presunta comisión, por parte de Don Ramón Calderón (a la sazón, Presidente del Real Madrid desde el año 2006 hasta el año 2009) de delitos de falsificación de documentos privados, denuncia falsa, simulación de delito, falso testimonio y presentación a sabiendas de testigos falsos. Y lo hacía al considerar que la imputación formalizada se apoyaba, fundamentalmente, en unas grabaciones con cámara oculta que registraban conversaciones entre periodistas y algunos de los miembros de la trama (que también resultaban imputados) que, como había dicho el Tribunal Supremo en la Sentencia citada *ut supra*, constituía una ilegítima intromisión (no autorizada judicialmente) en derechos fundamentales de los investigados.

A pesar de la trascendencia de esta doctrina y la constatación de su errónea observancia por parte de Juzgados y Tribunales la aclaración de nuestra más alta instancia no llegaría hasta la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 793/2013 (Ponente: Don Manuel Marchena Gómez).

La Audiencia Provincial de Barcelona había absuelto, en fecha de 30 de enero de 2013, a varios acusados de delitos de aborto ilegal, falsedad documental, asociación ilícita e intrusismo profesional por los que venían siendo acusados. Y lo hacía, con fundamentos similares a los mantenidos por la Audiencia Provincial de Madrid, rechazando admitir como prueba la testifical de unos periodistas que habían grabado un reportaje sobre la *praxis* abortiva seguida en las clínicas investigadas e, incluso, la reproducción de los reportajes con cámara oculta realizados por los periodistas británicos del *Daily Telegraph* y por los profesionales de la televisión pública danesa DR. El recurso de casación de las acusaciones, en este caso, partía de considerar que el rechazo apriorístico de dichas pruebas vulneraba su derecho a utilizar los medios de prueba de que pretendían valerse.

Tras extractar los antecedentes jurisprudenciales (entre los que menciona, también, las Sentencias del Tribunal Constitucional n.º 24/2012 y 74/2012) concluye que el objeto de todas estas sentencias «*nada tiene que ver con una hipotética prohibición absoluta y excluyente de un determinado medio de prueba en el proceso penal*» en la que parece apoyarse la Audiencia Provincial de Barcelona para rechazar la admisión, como prueba, de los reportajes grabados con cámara oculta.

Destaca, de forma tajante, que las sentencias hasta ahora mencionadas lo que hacen es una ponderación entre los derechos a la intimidad y a la propia imagen y el derecho a la libertad de información pero, *contrario sensu*, en el proceso penal, «*la conclusión acerca de la licitud o exclusión de esa prueba sólo puede ser el desenlace lógico de un riguroso juicio de ponderación entre los derechos a la intimidad y a la propia imagen y la posible existencia de un fin legítimo, atendiendo siempre a los principios de proporcionalidad, necesidad y racionalidad*». Aclara que, de la misma forma que puede haber supuestos en que, efectivamente, la grabación de imágenes del acusado con cámara oculta no supera el juicio de ponderación señalado, habrá otros en los que el sacrificio del derecho a la intimidad esté justificado. Y destaca las carencias de la valoración realizada en su Sentencia por la Audiencia Provincial de Barcelona reprochándole que una genérica nulidad de la prueba «*contagiada por la ilegitimidad del empleo de esa técnica en el mundo de la información* » no es admisible.

Los motivos para la anulación de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona y la doctrina que desarrolla, posteriormente confirmada en Sentencias tales como la n.º 198/2016 de 10 de marzo o la n.º 652/2016 de 15 de julio, han sido, recientemente, objeto de matización por la resolución que resuelve el Recurso de casación interpuesto por el condenado contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 9 de mayo de 2018 a la que hemos empezado aludiendo en el primero de los párrafos de este trabajo.

Difícilmente pueden comprenderse los matices que la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 167/2020 de 19 de mayo de 2020 hace sin mencionar, aún someramente, lo dicho por nuestra más alta instancia en la Sentencia n.º 116/2017 de 23 de febrero (que todos conocen por la Sentencia Falciani). Y es que en «Falciani» el Tribunal Supremo rechazó que fuera ilícita la incorporación al proceso de los archivos y ficheros bancarios que correspondían a personas y entidades que disponían de fondos, activos y valores en la entidad suiza HSBC y de los que se había apoderado, ilícitamente, un particular con el fin de obtener, con su negociación, un lucro indebido.

Con ese punto de partida la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 167/2020 de 19 de mayo de 2020 no sólo reitera, una vez más, la doctrina que sobre la cámara oculta había clarificado, anteriormente, en su Sentencia n.º 793/2013 especificando las «*necesidades del caso particular*» como uno de los principios rectores de todo análisis de legitimidad probatoria sino que, a mayor abundamiento, señala que en la «*espontaneidad*» del particular se halla uno de los factores determinantes del juicio de ponderación.

Resulta determinante, entiende nuestro Tribunal Supremo, que el particular no actúe «*en el marco de una actividad de respaldo a los órganos del Estado llamados a la persecución del delito*» (como así había ocurrido en la no menos importante Sentencia n.º 311/2018 de 27 de junio, dictada en el llamado caso «Guateque») validando, en el caso concreto, la aportación al proceso de las grabaciones que, con cámara oculta, se hicieron de las entrevistas que varios periodistas mantuvieron con pacientes que narraban los diagnósticos y tratamientos que los condenados les habían dispensado. Y lo hizo, más allá del hecho de que el procedimiento afectaba a una materia de interés público, como es la salud, porque los periodistas no fueron «*direccionados*» por organismo público de investigación alguno y porque los mencionados pacientes actuaron, con naturalidad, sin que conste que fueran sometidos a presión o condicionamiento alguno.

En definitiva, asumiendo como cierto que el empleo de «cámara oculta» puede constituir una injerencia constitucionalmente relevante en el derecho a la intimidad o en el derecho a la propia imagen de las personas «investigadas», nuestro Tribunal Supremo ha optado por considerar que resulta absolutamente injustificado el rechazo, *ab initio*, de la prueba consistente en la incorporación al proceso de las grabaciones así obtenidas. Con más razón lo concluye cuando el argumento a favor de dicho rechazo lo constituye una improcedente ponderación de los derechos concernidos y la libertad de información lo cual, obviamente, nos situaría en otro contexto.

Entiende, nuestro Tribunal Supremo, que intentada la aportación de dichas grabaciones, el Juzgado competente ha de realizar una adecuada ponderación entre los derechos afectados de forma que sólo procederá la inadmisión de la prueba propuesta cuando conforme a los principios de necesidad, utilidad y proporcionalidad la lesión que para los derechos fundamentales a la intimidad o a la propia imagen supone la citada incorporación no guarda una adecuada proporción con el valor que, como prueba, tengan dichas grabaciones en el proceso. Y, a estos efectos, sigue considerando el Tribunal Supremo, no sólo han de tenerse en cuenta como factores relevantes de la ponderación aspectos tales como la gravedad del delito en sentido estricto, la trascendencia que para el interés público tenga la investigación del delito en cuestión o la entidad de la injerencia en el derecho fundamental sino, como un elemento más de la ecuación, la finalidad que el responsable de dicha grabación perseguía en el momento de la captación, la forma en que lo ha hecho (rechazando, de esta forma, aquellos supuestos en que emplea ardides o engaños para conducir al «grabado» a decir o hacer algo en contra de su derecho a un justo proceso) y el destino que pretendía dar, *a priori*, al material obtenido, así como la ausencia *ab initio* de respaldo hacia la actividad por parte de los órganos del Estado llamados a la persecución del delito.

.....

(1)

Artículo publicado en base al Acuerdo de Colaboración entre la Asociación Profesional de la Magistratura y Wolters Kluwer.

[Ver Texto](#)

Valor probatorio de los informes periciales biomecánicos en los accidentes de circulación leves o de baja intensidad

Luis Rodríguez Pitarque
Abogado

Resumen: Los informes periciales biomecánicos no siempre toman en consideración aspectos tan relevantes como edad de la víctima del accidente de circulación, antecedentes personales de enfermedad, peso, ubicación en el interior del vehículo, musculatura más o menos desarrollada en la zona afectada, el vector de dirección en que el coche fue golpeado, la posición de la cabeza y del cuerpo en el momento de recibir el impacto; tipo de asiento, estado de preparación del sujeto cuando recibe el impacto etc. En tales supuestos la pericia no puede considerarse prueba suficiente.

Según un estudio publicado por UNESPA referido al año 2018, en España fallece una persona por accidente de tráfico cada 9 horas, 49 minutos y 14 segundos, sufre secuelas cada 8 minutos y 14 segundos; y sufre una incapacidad temporal cada 2 minutos y 22 segundos. En conclusión, pues, cada minuto y 50 segundos se produce una víctima derivada de un accidente de tráfico. La buena noticia es que el índice de víctimas mortales cada vez es menor y la gran mayoría de accidentes se saldan con heridos leves.

Sin duda fue un acierto que el legislador instaurara el sistema de reclamación previa a que se refiere el artículo 1.3 de la Ley 35/2015 de reforma del sistema de los daños personales, precepto que ha incentivado el acuerdo y ha conseguido reducir la litigiosidad en materia de tráfico. No obstante y como es sabido los asuntos de circulación siguen formando parte del día a día de nuestros Juzgados y Tribunales.

En los litigios en los que se ejercita una acción al amparo de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, observamos cada vez con mayor frecuencia la utilización por parte de las compañías aseguradoras de los denominados **informes periciales biomecánicos**, especialmente en aquellos siniestros de baja intensidad, esto es, aquellos que suceden a una velocidad inferior a 20 km/h en los que se producen daños materiales poco significativos. Se discute a menudo la relación de causalidad entre el hecho de la circulación y el resultado lesivo eventualmente producido, derivando la controversia no en pocas ocasiones en si procede indemnizar o no los daños personales derivados de un traumatismo cervical menor.

Supuso una novedad la introducción en la LRCSVM, a raíz precisamente de la reforma operada por la Ley 35/2015, de unos **criterios de causalidad** genéricos en orden a determinar la existencia y alcance de una lesión temporal derivada de un **traumatismo menor de la columna vertebral**, entendiendo

por tal traumatismo aquel que se diagnostica con base en la manifestación del lesionado sobre la existencia de dolor y que no es susceptible de verificación mediante pruebas médicas complementarias. Refiere el artículo 135 de la LRCSVM que este tipo de traumatismos menores se indemnizarán como lesiones temporales *«siempre que la naturaleza del hecho lesivo pueda producir el daño de acuerdo con los criterios de causalidad genérica siguientes:*

- a) *De exclusión, que consiste en que no medie otra causa que justifique totalmente la patología.*
- b) *Cronológico, que consiste en que la sintomatología aparezca en tiempo médicamente explicable. En particular, tiene especial relevancia a efectos de este criterio que se hayan manifestado los síntomas dentro de las setenta y dos horas posteriores al accidente o que el lesionado haya sido objeto de atención médica en este plazo.*
- c) *Topográfico, que consiste en que haya una relación entre la zona corporal afectada por el accidente y la lesión sufrida, salvo que una explicación patogénica justifique lo contrario.*
- d) *De intensidad, que consiste en la adecuación entre la lesión sufrida y el mecanismo de su producción, teniendo en cuenta la intensidad del accidente y las demás variables que afectan a la probabilidad de su existencia».*

En el marco de este último criterio, el de **intensidad**, se incardinan los llamados informes biomecánicos, informes que, en ocasiones, ni tan siquiera alcanzan la categoría de dictámenes periciales al tratarse en puridad de estudios teóricos que responden a criterios meramente estadísticos y no descienden al caso concreto. Como ya hemos anticipado se aportan con el objeto de acreditar que una colisión leve, que no ha sido especialmente aparatosa ni potencialmente agresiva y a baja velocidad, no es susceptible de provocar desplazamientos de intensidad bastante como para provocar movimientos violentos en el cuello y, en consecuencia, lesiones en zona cervical, o lo que el más común de los mortales conoce como latigazo cervical. Como bien refiere la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª, de 16 de julio de 2019, núm. 468/2019, rec. 735/2018, *«la discusión acerca del criterio de intensidad se ha convertido en el extremo más debatido tras la reforma introducida por la ley 35/2015, de modo que la existencia de las lesiones se intenta desvirtuar a través de pruebas biomecánicas que tratan de demostrar que el golpe fue de tan baja intensidad que no pudo causar el daño».*

Lo cierto es que nuestros Tribunales haciendo uso de la facultad discrecional de **libre apreciación de la prueba** y conforme a las reglas de la sana crítica a las que se refiere el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, **suelen otorgar escasa credibilidad** a estos informes por tratarse, como decíamos, de meros estudios científicos carentes de datos objetivos que se mueven en el resbaladizo terreno de las conjeturas. Es más, siendo como es que los peritos que emiten este tipo de informes suelen ser técnicos que carecen de conocimientos médicos, consideran que difícilmente un informe biomecánico puede considerarse prueba suficiente para afirmar la ausencia de causalidad entre las lesiones y el siniestro, o para desvirtuar las conclusiones del informe pericial aportado por el lesionado, habida cuenta la repercusión corporal que puede tener un accidente automovilístico. En este sentido conviene recordar que el artículo 340.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que *«los*

peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste».

De hecho el **Tribunal Supremo, Sala 1ª**, se pronunció al respecto en su **sentencia de fecha 17 de octubre de 2012**, advirtiendo sobre la indeterminación de los informes biomecánicos en los accidente de tráfico a baja velocidad, *«no sólo por la distinta consideración que merece la absorción del impacto a escasas velocidades en vehículos de una cierta antigüedad frente a los más modernos, sino por las propias características físicas de los ocupantes del vehículo afectado, lo que determinar un enorme relativismo que impide conclusiones cerradas»*.

En dicha línea se ha pronunciado recientemente la **Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11ª**, en su **sentencia núm. 327/2020 de 5 de octubre de 2020, rec. 613/2019**, que indica: *«Respecto al informe biomecánico en el que se basa la sentencia para desestimar la existencia de aquella relación causal dada la escasa velocidad a la que se produjo el impacto, debe ponerse de relieve que dicho informe no contempla todos los factores que pueden tener influencia en el mecanismo lesional, como el peso de los vehículos, el de los ocupantes o el de la carga, la posición de los ocupantes o las características técnicas de los reposacabezas o que un cuerpo rígido no absorbe de la misma forma los impactos que un cuerpo flexible como el humano. Así, la intensidad de la colisión, por sí misma, no puede erigirse en criterio definitorio de la existencia de lesiones si se acredita la existencia de lesiones por los correspondientes informes médicos (SAP de Barcelona, secc.17ª, de 28 de noviembre de 2018 y SAP de Barcelona, secc.11ª, de 18 de junio de 2020)»*.

Véase también la **sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1ª**, núm. **396/2020 de 28 de agosto de 2020, rec. 51/2020**, que refiere: *«En cuanto a las conclusiones del informe biomecánico, según el cual por la velocidad a la que se produjo el siniestro, que no fue por colisión frontal sino por siempre roce lateral, no se cumple el criterio de intensidad el art. 1.d) del artículo 135 de la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, diremos que se suprimió durante la tramitación del proyecto de Ley de la expresión "biomecánica" utilizado para justificar la adecuación entre la lesión y el mecanismo de su producción, por cuanto no existe consenso científico del valor real de estos estudios biomecánicos de reconstrucción de accidentes realizados por ingenieros que no tienen un valor de prueba suficiente para poder acreditar la verdadera probabilidad de la lesión, pues el Delta-V no es un predictor concluyente para las lesiones de columna vertebral en los accidentes de tráfico, ya que las condiciones en que se realizan las pruebas experimentales no son representativas de las que se viven en el mundo real, al no tener en cuenta la multitud de factores que pueden concurrir y que van desde la predisposición del sujeto hasta el tipo y ubicación del reposacabezas. En efecto, en este caso no se han tomado en consideración aspectos relevantes del actor, como edad, antecedentes personales de enfermedad, peso, ubicación en el interior del vehículo, musculatura más o menos desarrollada en la zona afectada, el vector de dirección en que el coche fue golpeado, la posición de la cabeza y del cuerpo en el momento de recibir el impacto; tipo de asiento, estado de preparación del sujeto cuando recibe el impacto etc., factores que favorecen el nacimiento de la lesión cervical que el art. 135 no enumera pero sí los reconoce, cuando señala "y las demás variables que afecten a la probabilidad de su existencia"»*.

Por lo tanto, el informe biomecánico no puede considerarse prueba suficiente para concluir que no se

produjeran las lesiones que se documentan en los partes de asistencia médica como compatibles con un accidente de tráfico».

También la **sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6ª, de 30 de junio de 2020, núm. 266/2020**, sigue idéntico criterio cuando indica que *«ha de considerarse por tanto, que los informes periciales de la parte actora surten pleno efecto probatorio frente a las periciales médicas aportadas por la demandada, que toman como base el estudio biomecánico elaborado por RPV elevándolo a la categoría de axioma y que a nuestro juicio carece de suficiente rigor, pues parte de unas velocidades meramente teóricas de los vehículos en el momento de la colisión, a la que llega sobre la base de meras hipótesis, sin examinar los vehículos sino solo sus fotografías, sin tomar en consideración circunstancias concurrentes en la causación del siniestro, distintas de la intensidad del impacto, como por ejemplo la posición de las perjudicadas en el momento del impacto, su complexión, la postura que mantenían, la situación de alerta o no en que pudieran encontrarse al recibir el mismo etc., llegando a la conclusión de que los posibles hallazgos de dolor de cuello pueden deberse a cualquier otra causa distinta del impacto que realmente se produjo y se encuentra admitido, lo cual no deja de ser una mera elucubración».*

Mas tajante es, si cabe, la **sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3ª, núm. 236/2017 de 7 de julio de 2017, rec. 96/2017**, que revoca la sentencia de 1ª Instancia con el siguiente argumento: *«La negativa de la aseguradora a emitir la oferta vinculante se fundamenta en un informe de biomecánica, confeccionado a base de simulaciones de ordenador. Dejando al margen la poca fiabilidad de la técnica empleada, hoy es incuestionable que estos estudios basados en la energía transmitida ni son exactos, ni ofrecen un mínimo de fiabilidad, ni merecen la calificación de científicos. La realidad nos muestra que en la producción de lesiones cervicales o de hombro en las colisiones influyen factores tales como la edad del lesionado, su propia musculación, la posición en la que se hallaba antes del impacto, lo sorprendente que sea éste o si estaba en una actitud de defensa o prevención. No es aceptable basar la desestimación de una demanda en la opinión de un perito tasador de seguros, que informó sobre la valoración de los daños en el Ford Mondeo, y que por vía de aclaraciones acaba concluyendo que el impacto tuvo que ser tan liviano que no pudo producir lesiones. Perito que incluso llegó a afirmar que había visto el vehículo en el taller propiedad de don Pedro Miguel, cuando ésta había dicho que el vehículo lo depositó en el taller de un chapista, y consta en el informe que lo visitó en el taller de Ismael en la localidad de Arteixo».*

En definitiva, pues, si bien es cierto que en los accidentes leves la causalidad en el mecanismo lesivo exige un esfuerzo probatorio por parte del demandante, sobre quien recae la carga de la prueba de acuerdo con lo que dispone el artículo 217 de la LEC, también lo es que **la mayor o menor gravedad de las lesiones no puede depender únicamente de la entidad del siniestro**, pues como acertadamente señala nuestra jurisprudencia menor, confluyen múltiples factores que pueden influir en la producción de dichas lesiones, tales como las características del vehículo (antigüedad, altura de los reposacabezas, inflado de las ruedas, etc.), el lugar exacto del impacto y las circunstancias personales de la víctima (peso, edad, ubicación en el interior del vehículo, si tenía el tronco y/o la cabeza girados, predisposición al impacto, etc.). Por ello, en orden a acreditar esas **lesiones temporales** adquirirá especial relevancia la **prueba documental consistente en la historia clínica del lesionado** (diagnóstico del servicio de urgencias y posterior tratamiento médico y/o rehabilitador) y

como no el **informe pericial médico** ajustado las reglas del sistema de valoración, de aportación obligatoria de acuerdo con lo prevé el artículo 37 de la LRCSVM.

Por otro lado, la eventual **secuela** derivada de un traumatismo cervical menor es harina de otro costal, pues véase que el artículo 135.2 de la LRCSVM indica que «*se indemniza sólo si un informe médico concluyente acredita su existencia tras el período de lesión temporal*». El legislador exige un **plus de prueba**: que sea un **informe médico concluyente**, concepto un tanto indeterminado que ha dado no pocos quebraderos de cabeza a la doctrina y a la jurisprudencia. De hecho en su redacción original este apartado indicaba que «*la secuela que, excepcionalmente, derive de un traumatismo cervical menor se indemniza solo si un informe médico concluyente acredita su existencia tras el período de lesión temporal*», finalmente en trámite parlamentario se suprimió la palabra «excepcionalmente». La cuestión es, ¿qué significa concluyente?, pues que concluye, que es resolutorio (véase diccionario de la Real Academia de la Lengua). La **sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja, Sección 1ª, núm. 192/2019 de fecha 8 de abril de 2019, rec. 558/2017,,** indica al respecto lo siguiente: «*Pero como hemos visto, el art. 135.2 añade, a efectos de la acreditación de estas secuelas, que el informe sea "concluyente". ¿Qué es, pues, un "informe médico concluyente"? La Ley no lo define.*

Pues bien, nosotros entendemos que cualquier interpretación que se haga del concepto "informe médico concluyente" debe ser conciliable con el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual no ha sido derogado por esta Ley 35/15. Por lo tanto, incumbe a los jueces y tribunales la función de valorar la prueba practicada, valoración que este precepto establece que debe hacerse conforme a las reglas de la sana crítica.

Por consiguiente, ha de partirse de que ha ser el juez o tribunal quien motivadamente determine si el informe emitido resulta o no concluyente para estimar la existencia de una secuela. No es factible considerar, en suma, que la entrada en vigor de la Ley 35/15 de 22 de diciembre ha introducido una alteración en las reglas de valoración probatoria. Pero es que, en segundo lugar, esta Ley tampoco permite interpretar que para la apreciación de una secuela de este tipo, es necesario siempre que esta quede evidenciada en virtud de dictámenes médicos fundados necesariamente en pruebas diagnósticas irrefutables o que no puedan ser objeto de contradicción o discusión. La Ley habla de informe médico concluyente, concepto este semánticamente mucho más genérico que un concepto tan estricto como el que acabamos de describir».

Y la **Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11ª**, clarifica en su **sentencia núm. 192/2020 de 8 de julio de 2020, rec. 13/2019**, que «*la exigencia de un informe médico concluyente no significa que el mismo tenga que ser elaborado por un perito de parte, por lo que podemos tener en consideración los informes médicos del seguimiento del lesionado*».

¿Jura por su pico decir toda la verdad?

Enrique de Madrid Dávila

Detective Privado

Profesor de Investigación Privada y Seguridad en Universitat de Barcelona

Ex-Vicepresidente del Ilustre Colegio Oficial de Detectives Privados de Cataluña

Resumen: En esta ocasión no proponemos al lector un pasatiempo, sino historias de loros que le ayudarán a pasar el tiempo, esperamos que de forma agradable e incluso con una sonrisa.



Nos fijamos en esta ocasión en dos extraordinarios sucesos interesantísimos para la probática. ¿Pueden ser los animales testigos y medios de prueba? Hemos tenido conocimiento en los medios de comunicación de dos sucesos de homicidio en que sendos loros han sido testigos. Uno en Estados Unidos en 2016 y otro recientemente también en Argentina.

En ambos casos los investigadores que llegaron a la escena del crimen localizaron a un loro que repetía frases de locuciones que las personas que estaban en la misma estancia presuntamente habían pronunciado. En el caso norteamericano en el estado de Michigan, después del asesinato con arma de fuego de Martin Duram, el loro repetía imitando la voz y el tono de la víctima una frase recurrente en que la víctima gritaba a la presunta asesina que no le matara: ¡No dispares, no dispares! Y posteriormente el loro repetía locuciones de respuesta de la presunta asesina.

La curiosidad del asunto está en que tanto los investigadores policiales, fiscalías, jueces, y partes acusatorias no desestimaron la cuestión del loro como medio de prueba inicialmente. Evidentemente era un extraño indicio a considerar. Cabía la posibilidad de que el loro repitiese las locuciones escuchadas en un aparato de televisión o de radio. Y sin duda era un reto desde el punto de vista del derecho probatorio para los jueces para evaluar la admisión de la prueba. Las crónicas sobre el

asunto no identifican que finalmente esta «prueba» fuera admitida formalmente en el proceso.

Pero me gustaría poner el foco en una segunda cosa interesante. En el caso norteamericano la parte acusatoria colgó el vídeo en youtube.com mientras el proceso estaba en marcha. Sin duda una intención de crear una opinión pública relativamente favorable que pudiese presionar y amartillar psicológicamente al jurado y al tribunal. Como dice el experto Luís Muñoz Sabaté, «todo es prueba aunque no sea prueba». Es decir, en algunas estrategias procesales se presenta una prueba que es a todas luces ilícita y no será admitida. Pero la lectura, imagen o testimonio ha influido psicológicamente sobre el juzgador o jurado.

No deseo acabar este artículo sin mencionar otros problemas judiciales que han afrontado otros loros. También en el caso de Argentina se conoció el caso del «loro soplón». Narcotraficantes colgaban un loro en la puerta de su casa para comunicar a los compradores de droga que ese día había existencia de drogas y que la policía no estaba acechando. Los investigadores evaluaron «detener» al loro también.

Aquí no acaban los asuntos relacionados con loros. Recientemente en Miami una mujer pedía auxilio desde la terraza de su domicilio, incluso llorando desconsoladamente. Cuando llegó la policía se percató de que quien decía las alocuciones era un loro de nombre Rambo.

Este articulista que les escribe aquí es detective privado. Visto lo visto, y como están las cosas estoy seriamente pensando en contratar una lechuza o un búho como detective ayudante.

Si desean más información sobre las noticias de los loros testigos de crímenes adjunto enlaces de noticias de televisión de youtube.com:

https://www.youtube.com/watch?v=6oyw8_jv2MY

<https://www.youtube.com/watch?v=uRqTPdQSLQc>

<https://www.youtube.com/watch?v=uOK4w5yHsn8>