



Tribuna
La prueba en el sistema anglosajón
8



Práctica Forense
Lo que vale un perito
14



ESADA
Facultad de Derecho
Universidad Ramón Llull
INSTITUTO DE
PROBÁTICA Y DERECHO
PROBATORIO

TRIBUNA

LA LEY 1258/2011

Taxonomía indiciaria

Luis MUÑOZ SABATÉ

Abogado. Profesor Titular de Derecho Procesal. Presidente del Instituto de Probática y Derecho Probatorio (ESADE-URL)

A la labor de búsqueda y captura de los indicios que pueden conformar en su caso la prueba civil o penal, le iría muy bien poder disponer de un previo sistema de definición, ordenación y atribución.

La *taxonomía* es la ciencia y la práctica de las clasificaciones. La palabra viene de la voz griega *taxis* (orden) más *nomos* (ley o ciencia). La taxonomía ocupa un lugar fundamental en el *corpus* de toda ciencia empírica. Dado que la ciencia se basa en los supuestos de la ordenabilidad de los fenómenos naturales y de la aprehensión racional de este orden por el hombre, la clasificación sistemática de los fenómenos por grupos y la explicación del fundamento de tal clasificación son de hecho equivalentes a la codificación del estado de los conocimientos en una disciplina (1).

Cualquier proyecto tendente a nominar, clasificar y agrupar operativamente los indicios judiciales que se utilizan para la prueba de un hecho en el proceso constituye uno de los principales contenidos de la *probática* que a su vez representa el punto de arranque de una *semiótica judicial* (2) o prueba mediante indicios.

Esta semiótica resulta impracticable si no dispone de una especie de régimen de encasillamiento que puedan utilizar los operadores judiciales. Un sistema de clasificación es un

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

Consejo de redacción

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

Director

Frederic Munné Catarina
Abogado, doctor en Derecho,
profesor de Derecho Procesal
de la Facultad de Derecho
ESADE-URL

Subdirector

Manuel Richard González
Profesor titular de Derecho
Procesal UPNA. Miembro
e investigador del Instituto de
probática y derecho probatorio
de ESADE

Colaboradores en este número

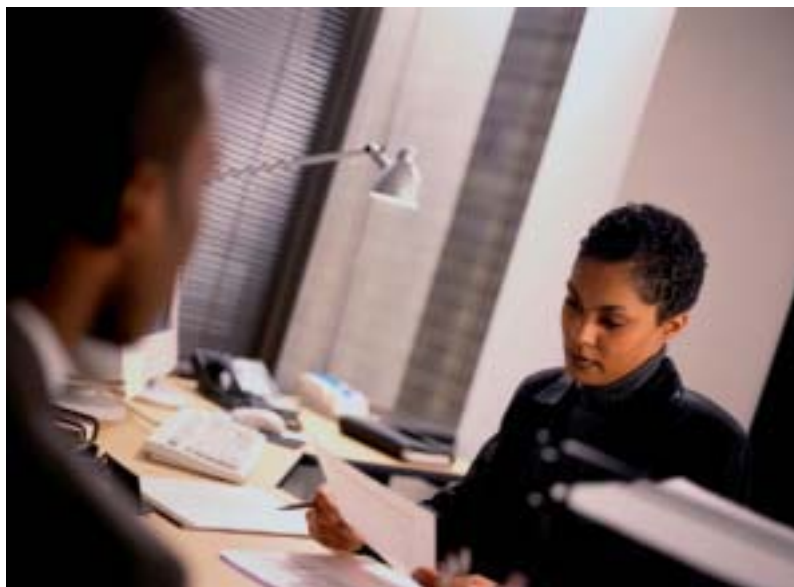
Luis Muñoz Sabaté
Aníbal Martín Sabater
Rafael Orellana de Castro

Víctor Fanlo Punter
Carlos Miranda Vázquez
Xavier Abel Lluch

Manuel Richard González
Joan Picó i Junoy
Alberto Serrano Molina

sumario

- **Tribuna**
Taxonomía Indiciaria
Luis MUÑOZ SABATÉ 1
La prueba en el sistema anglosajón
Aníbal MARTÍN SABATER 8
- **Práctica Forense**
Lo que vale un perito
Rafael ORELLANA CASTRO 14
Reglas básicas para un correcto dictamen de arquitecto
Víctor FANLO PUNTER 16
- **Dossier**
Dossier de Tribunales sobre probática
Carlos MIRANDA VÁZQUEZ 19
Jurisprudencia sobre Derecho probatorio
Manuel RICHARD GONZÁLEZ y Xavier ABEL LLUCH 21
- **Preguntas con respuesta**
— ¿Es necesaria la traducción al idioma español de una página web o de un e-mail redactado en idioma extranjero?
Joan PICÓ I JUNOY 24
— ¿En qué supuestos resulta pertinente la audiencia al menor?
Alberto SERRANO MOLINA 25
— ¿Puede acceder el contenido de un e-mail o de una página web al proceso a través de la prueba de reconocimiento judicial?
Xavier ABEL LLUCH 26
- **Rincón de Lectura** 30
- **Biblioteca** 31



sistema de organización temática del conocimiento en un gran esquema que trata de comprender o abarcar las distintas facetas conocidas del mismo. Los sistemas de clasificación constituyen una segmentación y estructuración arbitraria del *conocimiento* humano con el objeto de crear categorías y clases de temas que luego puedan ser asignados a los *ítems* con el objeto de organizarlos física y lógicamente. Dado que no existen sistemas de clasificación perfectos, habrá que elegir en cada caso el que mejor se acomode a la materia objeto de la clasificación.

En este sentido, un primario e histórico sistema de clasificación que, en cierta medida, ha propulsado y orientado a otros posteriores sistemas, con las debidas adecuaciones, fue el que en su día ideara LINNEO con respecto a los vegetales, particularmente en su famoso *Sistema Naturae*.

Téngase, en primer lugar, en cuenta, que se trata de un sistema de clasificación cuya tendencia, es por tanto, la acción o el efecto de ordenar o disponer por clases. Aunque LINNEO y luego DARWIN dedicaron su esfuerzo a una clasificación biológica que se ha venido en denominar *taxonomía*, hemos de recordar que existen otros ejemplos de clasificaciones (por ejemplo, el sistema periódico de clasificación de elementos químicos) con que se han ido dotando la ciencia o la técnica a medida que las diversas singularidades dentro de un conjunto permitían y reclamaban un alarde utilitario. Bastará con citar, entre otros ejemplos, la escala sismológica de RICHTER, para la clasificación de seísmos, o el código ATC, para la clasificación de fármacos, o la clasificación decimal universal de biblioteca.

Volviendo a LINNEO, su taxonomía vegetal se basaba en que las especies de los organismos eran entidades reales que podrían agruparse en cate-

gorías superiores llamadas *géneros* por sus similitudes compartidas, los cuales se agrupaban en *órdenes*, los órdenes en *clases* y las clases en *reinos*. LINNEO simplificó enormemente la escala mediante la designación de un nombre latino para indicar el género y una forma abreviada como «un» nombre de la especie. Los dos nombres forman un binomio (dos nombres), que era el nombre de la especie. Por ejemplo, *Rosa canina*. Este sistema binomial se convirtió rápidamente en el sistema estándar para la denominación de las especies. Lo cierto es que, en cualquier caso, desde LINNEO la taxonomía utiliza un sistema jerárquico para clasificar los elementos.

Aunque el término *taxonomía* tiene por su origen y uso científico una dedicación preferente a las plantas y luego a los minerales (para pasar luego al reino animal), ya hemos dicho que existen clasificaciones dedicadas a otros especímenes físicos y su nomenclatura puede ser adoptada con las debidas correcciones para una taxonomía conceptual al margen de las ciencias físicas. Se trataría de una taxonomía *popular* (DURKHEIM y LEVI STRAUSS) para distinguirla de las taxonomías científicas (3). En este sentido, una taxonomía también podría ser una simple organización de las clases de cosas en grupos o incluso una lista por orden alfabético. Cualquier cosa, los objetos animados, los objetos inanimados, lugares, conceptos, eventos, propiedades y relaciones pueden ser clasificados de acuerdo a un esquema taxonómico (4). En cualquier caso, más allá de la escuela que la defina, el fin último de la taxonomía es presentar *un sistema de clasificación* que agrupe a toda la diversidad de organismos en unidades discretas dentro de un sistema estable, sobre las que les sea posible trabajar a los investigadores.

Los sistemas de clasificación que nacen como resultado funcionan como *contenedores de información*, por un lado,

y como *predoctrinas*, por otro lado. En cuanto a lo primero ello resulta substancial para que los investigadores, y en nuestro caso los juristas, de todo el mundo, tengan las mismas claves de acceso a su nomenclatura y significado. En cuanto a lo segundo, y por lo que igualmente afecta a la probática judicial, es evidente que el *probatum* sugiere el *probandi*.

Las normas que regulan la creación de los sistemas de clasificación son en parte convenciones, más o menos arbitrarias. Esta observación es sumamente importante para emprender una taxonomía indiciaria, en el bien entendido de que, como contenedores de una inmensa información, los nombres científicos y estandarizados son la clave para su universalización, ya que, además de movernos en un universo cultural donde pueden darse diversas disparidades, la mayoría de los indicios tienen un referente físico inmutable.

Cada *thema probandi* posee un grupo taxonómico indiciario, que, al revés, por ejemplo, de la taxonomía de LINNEO, se halla sujeta, además, a un alto grado de variación que obliga a realizar múltiples aproximaciones intelectuales, aunque, por regla general, posee un «especímen tipo nomenclatural». En la prueba de la simulación este especímen sería el indicio *causa simulandi*, en la prueba de la filiación natural hoy día sería el ADN, y en la prueba del débito el *contrato de reconocimiento de deuda*, suponiendo que lo hubiera.

El reto actual para la probática judicial experimenta una cierta inquietud parecida a las demás taxonomías, y que consiste en llegar a una especie de «registro central de nombres» como nuevo punto de partida para la nomenclatura en cada tipo de *thema probandi*. Tarea en este caso más comprometida y relativa ya que la gran inmensidad de la prueba judicial guarda relación con el comportamiento humano en donde, por razón de su variabilidad y versatilidad, no caben tantas acotaciones como en la clasificación de las plantas (5). Pero el comportamiento humano, tras su aparente polimorfía, debido en buena parte a la frecuente sinonimia que presenta, también es susceptible de una reducción conceptual o de un limitado despliegue de subtipos.

Muestras de clasificación indiciaria las ha habido en todos los tiempos. Por solo citar algunos ejemplos bastará, con pensar en el exámetro de QUINTILIANO, *quis, quid, ubi, quibus, auxiliis, cur, quomodo, quando*; o dando un salto más adelante, en los inventarios de MENOCHIUS, ALCIATUS y MELANCHINO (6), mezcla «desordenada» de máximas jurídicas y máximas probáticas, de tal

modo que todavía, en 1964, a ERICH DOHRING le era difícil de comprender «por qué la exposición semiótica de las distintas categorías de indicios había sido hasta ahora tan poco adelantada y se encuentra prácticamente en sus comienzos» (7). Es posible que, con todos los antecedentes históricos que hemos señalado, y otros que hayamos omitido, se pueda hablar de un determinado esfuerzo taxonómico al que le falta, según TARUFFO, una reconstrucción sistemática (8). Otra falta que yo añadiría es que casi todo el esfuerzo se ha dedicado a la prueba penal, con notable olvido de la prueba civil o la de otros órdenes jurisdiccionales, tal vez porque el Derecho Penal contiene un «cierre» tipificado de figuras, parecido al mismo «cierre» de las plantas con que trabajaba LINNEO, mientras que en la prueba civil, por ejemplo, sus posibilidades de expansión son casi infinitas.

Ya más adentrándonos en nuestro campo, un primer trabajo, auténticamente metodológico se lo debemos a PIERCE en 1885 al abrirse paso en su *Algebra of Logic* (9) generalizando sobre el concepto de *signo*, el cual está ligado al objeto en virtud de una asociación mental, y depende, por tanto, de un hábito. Estos signos son siempre generales y, con frecuencia, convencionales y arbitrarios. Si el signo, en cambio, significa su objeto solo sobre la base de una conexión real con él, como ocurre con los signos naturales y con los síntomas físicos, este signo es llamado *índice* (para el derecho, *indicio*). De aquí surge una triplicación de los signos en *íconos*, *índices* y *símbolos*. Lo que distingue a estos tres tipos de signos es una diversa relación con el objeto, que si en el caso de los íconos es de semejanza (para nosotros podría ser una fotografía aportada al proceso), y en los símbolos es fruto de una ley general o de una convención (ejemplo: una señal de tráfico), en los índices se trata de una relación (ojo, no semejanza). En esta relación no hará falta aclarar que lo psíquico es igualmente físico a estos efectos.

De esta manera, para PIERCE, un signo o representamen (índice) que se refiere a su objeto no lo es por alguna similitud o analogía con él, ni porque está asociado con caracteres generales que casualmente posea, sino porque está en conexión dinámica (que incluye la espacial) a la vez con el objeto individual, por una parte, y con los sentidos o la memoria de la persona a la que sirve de signo, por la otra. Una ocultación anormal, decimos nosotros, del presunto asesino después de cometido el crimen podría valer como ejemplo.

Los índices, según PIERCE, pueden ser distinguidos de otros signos (íconos y símbolos) por tres señales característi-

cas: primero, que no tienen un parecido significativo con sus objetos; segundo, que se refieren a individuos, unidades individuales, colecciones individuales de unidades o continuos individuales; y, tercero, que dirigen la atención hacia sus objetos mediante una coacción (*compulsión*) ciega.

FUMAGALLI opinaba que si bien es correcto que la relación entre el índice y el objeto es un hecho, una *segundidad*, ello no significa que la relación sea «no racional» y que el hecho sea «bruto». Si es cierto que la relación no es *puramente* racional, esto no significa que no pueda ser racional, tener contenidos racionales en el hecho. Volviendo a un ejemplo que da de la veleta, su relación con el viento es fáctica, pero no es *bruta*, puesto que puede ser objeto de racionalización, podemos comprenderla y estudiarla. En los hechos hay racionalidad, de otro modo no comprenderíamos nada y ni siquiera podríamos hablar de ellos. Es cierto que la noción de índice como indicio, verdadero o dudoso (*tekmerion* o *semeion*) sería susceptible de infinitos desarrollos en todos los campos a los que se aplica (10).

Precisamente, con el *semeion* comienza un método de conocimiento de la realidad usado desde los albores de los tiempos, que no necesita apelar a la construcción de leyes, generalizaciones o regularidades, método que GINZBURG llama «paradigma indiciario» (11) y al que le encuentra distintas y variopintas procedencias, entre las más modernas, SIGMUND FREUD (fundador del psicoanálisis), ARTHUR CONAN DOYLE (creador del detective Sherlock Holmes) y G. MORELLI (crítico de arte). El paradigma de los indicios propone el conocimiento basado en la *recopilación* de huellas, rastros o síntomas. Desde mi punto de vista, el diseño de GINZBURG supone que el hecho histórico objeto de la prueba implica un conocimiento de lo concreto, lo irreplicable, lo singular y lo cualitativo; supone además que nuestro conocimiento del mismo es indirecto, mediado y fragmentario.

No es nada lejano a lo que defiendo, que otro historiador, LAWRENCE STONE señale la aparición de una nueva historia signada por el retorno a las tradicionales formas *narrativas* como modo de representación de la realidad (12). Para la nueva historiografía, según dicho autor, la narración adquiere un nuevo estatuto de vital importancia: no se trata solo de una formalidad, sino que expresa profundas opciones de carácter epistemológico. En efecto, si nuestro conocimiento del mundo está mediado por el lenguaje, entonces ese conocimiento ya no se presenta como una forma de copiar o representar literalmente una realidad objetiva que es-

taría desligada del conocedor. Frente a la pretensión *objetivista* de los modelos macrosociales, el nuevo sentido subjetivista sostiene que los seres humanos damos sentido a lo que experimentamos solo a través de la reestructuración de la experiencia en una trama narrativa que posee todas las características de una historia de ficción, sin que esto vaya en detrimento de la naturaleza científica de la disciplina histórica.

Con palabras de WARBURG, «Dios está en los detalles», locución que transformada hacemos nuestra diciendo que «la prueba judicial está en los detalles», o con otras palabras «vestigios, tal vez infinitesimales, que permiten captar una realidad». Es el mismo paradigma que utilizaba GIOVANNI MORELLI con el que pretendía ayudar en la atribución a ciertos autores de cuadros antiguos, frecuentemente mal atribuidos o fácilmente falsificados. MORELLI decía que era necesario examinar los detalles menos trascendentes, por ejemplo, los lóbulos de las orejas, las uñas o la forma de los dedos de las manos.

Esa pequeñez, infinitud y aparente nadería de los detalles cuando se trata de un caso de prueba judicial tal vez no exija o haga aparentemente imposible una clasificación totalmente racional de los indicios, pero ello no descarta poner un poco de orden y observar los beneficios que puedan derivarse del mismo.

Un indicio es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un juez llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural (13). Esta definición, con todo ser una de las más evaluadas, no es exactamente concluyente, ya que el concepto de «relación íntima» no deja de ser un concepto indeterminado. Un hecho puede hallarse en relación íntima con otro hecho, el cual, a su vez, puede ostentar una relación igualmente íntima con un tercer hecho. Lo que importa es valorar estas dos (¿y por qué no tres o cuatro?) concatenaciones a la luz de los otros sedimentos fácticos que puedan ir añadiéndose a la cadena lógica. La relación de este indicio, con todas sus concatenaciones con otros indicios, forma una *arborescencia* que al socaire de esta descripción metafórica desemboca en una *presunción*, que en el lenguaje taxonómico sería como el ancestro común de todos estos indicios.

¿Y por qué no dar nombre a todos estos indicios?

Aunque ya hemos admitido que una taxonomía indiciaria resultaría prácticamente infinita, tampoco puede decirse que una taxonomía biológica resulte algo definitivamente cerrado. El número de especies, es muy aproxi-

mado y varía según las fuentes (14). Las más recientes estimaciones abarcan un total entre 1,5 y 2 millones de especies, pero cada año se descubren alrededor de 10.000 nuevas especies de las cuales solo una docena son vertebrados, y estadísticamente solo 0,4 anuales son mamíferos (15). Ya vemos, pues, que no hemos de alarmarnos demasiado a la hora de emprender una taxonomía indiciaria y menos teniendo en cuenta la sinonimia de que gozan (o padecen) los indicios judiciales. En las ciencias biológicas las especies son taxonómicamente binomiales, es decir, formadas por dos palabras, la primera que corresponde al género al que pertenecen; y, la segunda, el nombre específico. Así, por ejemplo, *Mantis religiosa*, designa una especie específica de insecto y no existe en la nomenclatura ningún otro nombre que pueda designarse. Comparemos, en cambio, que en el lenguaje jurídico, la palabra *huella* no solo puede también equivaler a rastro, vestigio, estampación etc., sino que, además, cualquiera de estos conceptos generales puede concretarse en huella de una pisada, de una mancha de sangre o esperma, de una frenada de automóvil, de una letra malformada en una escritura mecanografiada. Nada digamos ya si empleamos los términos *propósito*, *intención*, *animus*, *fin*, *objeto*, *plan*, etc.

Una taxonomía indiciaria es básicamente *expositiva* en cuanto se limita a dar cuenta de los indicios sin atribuir conjuntos o síndromes para cada *thema probandi* en concreto (cuestión esta que representa un paso más adelante que corresponde de lleno a la semiótica probática) y *exponencial*, en cuanto que los indicios que presenta pueden hallarse ubicados en diferentes *thema probandi*, tanto parecidos como disímiles. El indicio *necessitas*, por ejemplo, igual sirve para inferir la simulación de una compraventa como para probar la identidad de la persona autora de un comportamiento lesivo o el otorgamiento no escrito de una servidumbre de acueducto. Otra cosa es que el valor del indicio, que, en todo caso, siempre será relativo, sea un valor fuerte o débil, lo cual ya no es cuestión, repetimos, de la taxonomía, sino de la probática que pueda aplicarse al caso en concreto.

Históricamente, entre las clasificaciones más divulgadas y conocidas de indicios judiciales que apuntan hacia la construcción de una taxonomía indiciaria podríamos citar los nombres de MENOCHIUS, ELLERO y BENTHAM que a continuación exponemos.

MENOCHIUS.— Aquí, como en otras parcelas del derecho intermedio, la influencia escolástica es evidente. El propio autor afirmará en su introducción (Q. XIV) que la presunción versa siempre

sobre alguno de los diez predicamentos escolásticos de *subsistencia*, *quantitatis*, *quilitatis*, *relationes*, *ubi*, *quando*, *actiones*, *passionis*, *situs* y *habitus*, lo cual ya equivale a una reducción sistemática de la máxima de experiencia acorde con los módulos aristotélicos. Siguiendo su teoría, vemos que los indicios aparecen ordenados de la siguiente forma:

Presunciones deducidas a persona (Q. XV, N. 1, p. 13 v.)

- Vel bona Corporis*
 - Aetas*
 - Sexus*
 - Valetudo*
 - Figura*
 - Vires*
 - Natio*

- Vel bona Animi*
 - Virtutes*
 - Vitia*
 - Studia*
 - Educatio*
 - Artes*
 - Inertia*

- Vel bona formetus*
 - Genus*
 - Affinitas*
 - Patria*
 - Amicitia*
 - Opes*
 - Honores*

- Vel affectu animi*
 - Fletus*
 - Animi trepidatio*
 - Mutatio vultus*
 - Taciturnitas*

Presunciones deducidas a causa (Q. XVII, N. 1, p. 14 v. 15)

- Causarum Species*
 - Amor*
 - Ira*
 - Odium*
 - Metus*
 - Cupiditas*
 - Spes*
 - Correctio*

Presunciones deducidas a facta (Q. XIX, N. 1-9, p. 16)

- Ex facto praeterito*
- Ex facto praesenti*
- Ex facto futuro*

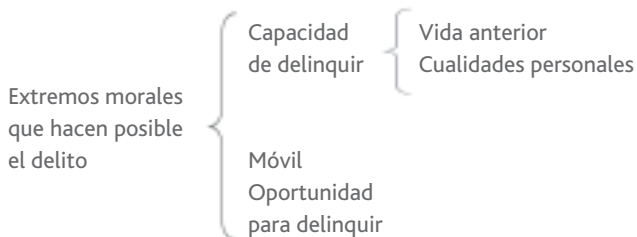
Presunciones deducidas a verbis

Presunciones deducidas a non factis (Q. XXIII, N. 1-11, p. 17 v.).

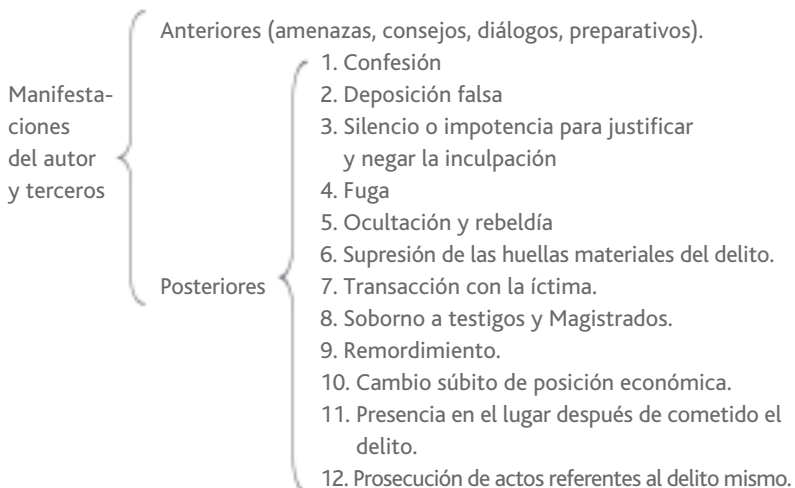
Presunciones deducidas a non dicto (Q. XXIII, N. 12-13, p. 17 v. 18).

Presunciones deducidas de tempore ad tempus (Q. XXIV, N. 1-56, p. 18)

ELLERO.— Siglos más adelante este autor lanzará una nueva clasificación *recriminadora*, esto es, en contemplación solamente de las circunstancias



Huellas materiales del delito:



BENTHAM.— Tras una clasificación parecida a la de ELLERO distingue las siguientes subespecies de *pruebas reales*:

1. Cuerpo del delito
2. Frutos del delito
3. Instrumentos utilizados en la ejecución del delito.
4. Materiales destinados a servir de delito.
5. Escondrijo de lo que ha sido cuerpo del delito.
6. Cuerpos circundantes que han sufrido algún cambio en su apariencia como consecuencia del delito.
7. Cosas que sirven para individualizar al delincuente, por haber sido de su pertenencia, o empleadas por él.
8. Posesión inculpativa de prueba real.
9. Posesión inculpativa de prueba escrita.

Frente a éstos y otros intentos (16) similares de clasificación indiciaria, existe en la probática otro enfoque consistente en una inversión temática, de modo que lo que se lista o expone no son los indicios, sino los diversos objetos de prueba (*thema probandi*) y lo que se investiga y clasifica es el cuadro indiciario que mejor se acomoda a cada uno de ellos. No representa exactamente una taxonomía indiciaria, aunque si temática, pero se halla muy correlacionada con ella, tanto racional como prácticamente hasta tal punto que las dos representan

que arguyen el delito. La ordenación quedará, por tanto, reducida a la esfera penal y se presentará de la siguiente forma:

Vida anterior
Cualidades personales

1. Confesión
2. Deposition falsa
3. Silencio o impotencia para justificar y negar la inculpación
4. Fuga
5. Ocultación y rebeldía
6. Supresión de las huellas materiales del delito.
7. Transacción con la íctima.
8. Soborno a testigos y Magistrados.
9. Remordimiento.
10. Cambio súbito de posición económica.
11. Presencia en el lugar después de cometido el delito.
12. Prosecución de actos referentes al delito mismo.

diversos modos de acometer la semiótica probática (17). Su principal exponente es el americano WIGMORE, cuya obra constituye uno de los más interesantes y vastos estudios que se han realizado sobre la materia (18). He aquí su clasificación por *thema probandi*:

Circumstantial Evidence:

1. *Evidence to prove an event, condition, quality, cause, or effect of external inanimate nature.*
2. *Evidence to prove identity.*
3. *Evidende to prove a human trait, quality, or condition.*
 - I. *Evidence to prove moral character.*
 - II. *Evidence to prove motive.*
 - III. *Evidence to prove knowlegge, belief, or consciousness.*
 - IV. *Evidence to prove plan (desing, intention)*
 - V. *Evidence to prove intent.*

4. *Evidence to prove the doing of human act.*

a) *Concomitant circumstances.*

— *Time and place.*

— *Physical and Mental capacity, tools.*

— *Clothing, etc.*

b) *Prospectant circumstances.*

— *Moral character.*

— *Emotion (motive)*

— *Plan (design, intention).*

— *Habit (usage, custom).*

c) *Restrospectant circumstances.*

— *Mechanical (physical) traces.*

— *Mental traces.*

5. *The datum solvendum*

Con todo reportar las tres primeras clasificaciones expuestas más arriba una utilidad práctica indiscutible para el probatorista, en la medida en que le acercan al «universo indiciario» no solo por lo que dicen, sino por el estímulo intuitivo que provocan al facilitarle una mayor expansión basada en su experiencia de la vida, las tres no pasan de ser generalmente una clasificación por *géneros* pero no por *especies*, y, mucho menos por *subespecies*. Observando, por ejemplo, el apartado que ofrece MENOCHIUS acerca de los indicios deducidos *a causa (causarum species)*, escogamos la especie *metus*, pero al pronto vemos que con ello se corta la cadena descendente que excluye las múltiples subespecies de ese miedo. ¿*Metus reverentialis*, miedo a ser descubierto, miedo a una amenaza, miedo a perder un *status*, miedo patológico? De seguro que en cada uno de esos miedos hay una historia diferente (19).

Inspirados en estos u otros amagos taxonómicos dispensados al tema de la prueba judicial indiciaria, hace ya años que abordamos el caso, aunque desde una aplicativa eminentemente civil, y donde después del análisis de miles de resoluciones judiciales pudimos extraer la siguiente clasificación (20) que puede y debe ser censurada, no por in exhaustiva, sino por desconceptualizada, ya que se trata de una exposición en bruto cuyo único orden es el alfabético, faltándole para ser auténticamente taxonómica un ordenamiento en *árbol*. En realidad, se trata de un simple listamiento indiciario al que le falta, hasta donde pueda dar de sí, su ordenación en géneros, especies y subespecies. Además, no creo que significara demasiado esfuerzo implicar en este listamiento, inicialmente concebido, como antes hemos dicho, para la esfera civil, su aprovechamiento criminalístico, ya que la conducta humana responde a diversos patrones, pero siempre anteriores a su tipificación jurídica, de modo que, en la mayoría de los casos, la diferencia será puramente sinonímica o podrá concretarse en los taxones inferiores de la escala. Es probable también que un taxón ocupe categorías diferentes, según

los sistemas de clasificación (organizados por diferentes autores, criterios, etc.) (21).

Ad iuvantivus
Afectio
Alertas
Animus
Character
Cognitio
Colaboratio
Comparatio
Compensatio
Coniunctus
Consuetudo
Contiguetas
Coyuntura
Cura
Damnum
Deliberatio
Difusum commercium
Disparities
Dominancia
Evocatio
Explanatio
Fama
Fortuna
Fruendi
Habitus
Haesitatio
Implementum
Implicatio
Impossibilitas
Impulsus
Inalterum
Indocumentatio
Innocuitas
Insidia
Interpositio
Lessivitas
Locus
Magnitudo
Medium
Mendatio
Metus
Missio
Movil
Mutatio
Naturaliter
Necessitas
Nescientia
Nomen
Obstaculum
Ocultatio
Omnia bona
Opportunitas
Optativitas
Perseveratio
Possessio instrumenti
Praesentia
Preconstitutio
Pretium
Previsio
Professionalitas
Publicitas
Receptum
Reparatio
Rerum fisica natura
Responsio
Sequitur
Silentium
Similitudo
Solvo

Subyacencia
 Tabulas
 Tempus
 Tonus
 Topos
 Transactio
 Ubicatu rei
 Umor
 Utilitas
 Vestigium
 Vicinitas
 Vindicanti

Bautizar y reagrupar los indicios es, desde luego, una operación no exenta de notables dosis de discrecionalidad y convencionalismo, que debe estar, además, sujeta a modificaciones y nuevas iniciativas, si bien en espera de que ello acontezca, interesa al menos un embasto capaz de proporcionar un mínimo de funcionalidad a la exposición semiótica. En otras palabras, hay que continuar investigando sobre las verdaderas dimensiones que subyacen a la percepción de cada indicio, de modo que lo presentado hasta aquí es solo una taxonomía exploratoria. Hay que recordar además que esta exposición nunca podrá ser exhaustiva. Bien sea por dificultades o imposibilidades de búsqueda, bien por fallos en su incipiente sistematización, es evidente que nos faltarán muchos indicios, aunque también hay otros que se repiten bajo distintas nomenclaturas. Al filo de esta última observación tal vez interese indicar:

I. Que, en relación a algunos indicios de alcance muy amplio, existen otros que tienen la misma naturaleza, pero que aparecen más singularmente acoplados a un determinado *thema probandi* en concreto y que, por tanto, merecen cambiar de nombre. Así sucede, por ejemplo, con el *vegetatio* que se aplica a la prueba de la identificación de una finca y no es más que una versión del *comparatio*. Igualmente el *topos* como versión del *locus*, o el *sigillum* en relación al *ocultatio*.

II. En ocasiones lo que ocurre es que un indicio se sitúa como subespecie de otro indicio. No se trata aquí de ninguna licencia polisémica, sino de una derivación sistemática. Así el *continguetas* es una subespecie del *locus* y del *tempus*, el *celeritas* lo es igualmente del *tempus* y el *umor* del *affectio*.

III. Por último, hay veces en que un indicio aparece junto con su antónimo. Existen varios pares de esta característica: *cura-incuria*, *fortuna-subfortuna*, *utilitas-lesivitas*.

Hechas las anteriores observaciones en torno a la relatividad taxonómica de los indicios, procederemos a agruparlos de acuerdo con una categorización cifrada en el tipo de *máxima de experiencia* afin que más intensamente los dinamiza.

1. Indicios intimistas o de personalidad

Abarcan todos los rasgos y características del individuo que determinan una forma propia de comportamiento. Estas características son físicas, intelectuales y temperamentales. Implican no solo una comprensión sintética de su personalidad (lo que podríamos denominar personalidad total), sino también una comprensión analítica de la misma (actitudes, intereses, valores, emotividad). WIGMORE, que cuida de advertir que este grupo es más numeroso, optó por una clasificación no muy alejada de la que exponemos (22). En cambio, en la *tabula indiciorum* del veneciano Francesco CASONI (1580), los indicios «de persona» observan una sistematización más estatista (23):

Affectio
Ambulatio
Animus
Causa ignorantia
Causa simulandi
Character
Cognitio
Dominancia
Deliberatio
Habitus
Impulsus
Movil
Necessitas
Nescientia
Nomen
Notitia
Optativitas
Perseveratio
Professionalitas

Aunque jurídicamente ha sido oportuno conservar esta nomenclatura, psicológicamente resulta en ocasiones reiterativa, ya que, por ejemplo, el *causa simulandi* debiera reducirse al *movil*, el *notitia* no es más que una versión del *cognitio*, y el *activitas* y el *professionalitas* se confunden.

2. Indicios reaccionales

Son aquellos que más concuerdan con la definición de personalidad dada por ALLPORT, en cuanto que «organización dinámica en el individuo de los sistemas psicofísicos que determinan sus peculiares adaptaciones al medio ambiente». Una nota peculiar en todos ellos es la actitud de autodefensa, que también veremos, bajo un prisma patológico, en los indicios de evasión.

Alertas
Coniunctura
Hesitatio
Indocumentatio
Metus
Opportunitas
Previsio
Reparatio
Responsio

Silentium
Tono
Transactio
Umor

Vuelven aquí a darse superposiciones y coincidencias. El *umor*, por ejemplo, entraría en la categoría del *affectio*.

3. Indicios de evasión

Se corresponden en parte con los que BENTHAM llamaba indicios de clandestinidad y por otros autores *consequenti delictum* (24). La respuesta adaptativa del individuo puede manifestarse también a través de conductas de escape, negación o camuflaje de la realidad que, por su evidente anormalidad, falta de explicitación plausible o perversidad evocan aquello que precisamente se deseaba evadir. Algunas de tales conductas se inscriben en el modelo de *coartada*, definida por MITTERMAIER como «contraprueba indirecta». La coartada, que es un indicio, desprende, a su vez, al ser descubierta, un contraefecto al que hemos denominado ICO (indicio de coartada), conforme al apotegma *falsum in unum, falsus in totum*.

Compensatio
Insidia
Interpositio
Mendacium
Ocultatio
Preconstitutio
Precio diferido
Pretium confessus
Sigillum
Tono

A estos indicios, más directamente comprometidos, habría que añadir el *lucus* y el *tempus*, confundibles a veces con el *ocultatio* y el *sigillum*.

4. Indicios situacionales

Los accidentes tempo-espaciales, inherentes a una conducta o a una cosa, contribuyen a definirla e interpretarla. Tales accidentes son básicamente la localidad, la temporalidad y la posición relativa que ocupa.

Continguetas
Locus
Obstaculum
Praesentia
Tempus
Ubicatio rei
Vicinitas

5. Indicios utilitaristas

El concepto del hombre racional, impulsado por su propio interés y por el principio de buscar el placer y evitar el dolor, dotado además de un perfecto

conocimiento y perspicacia, es el perfil peculiar de aquel *homo aeconomicus* entronizado por las doctrinas psicológicas y económicas del cuño utilitarista del siglo XIX. Se trata de una persona, ideal o arquetípica, cuya meta es aprovechar al máximo sus propias satisfacciones o beneficios. Vista la persona de esta manera, la conveniencia o inconveniencia de una acción se hallará en función de sus buenas o malas consecuencias. Una acción es conveniente, según la fórmula utilitarista más extrema, solo cuando el valor de sus consecuencias totales es, por lo menos, igual al valor de las consecuencias totales de cualquier otra alternativa de acción; una acción será la (única) que conviene llevar a cabo si sus consecuencias totales son más valiosas que las de cualquier otra alternativa posible de acción. Así, la decisión correcta acerca de cómo actuar en una situación dada viene determinada por las circunstancias concretas de dicha situación: será un error matar en una ocasión si la muerte tiene malas consecuencias, y un acierto en otra si la muerte tiene las mejores consecuencias posibles. En términos generales, por tanto, la valoración o interpretación de un comportamiento está muy ligado a los sentimientos *hedónicos* (placer, delicia, satisfacción, alegría) y los *antihedónicos* (disgusto, tristeza, insatisfacción, miseria) que despierta o produce dicho comportamiento.

Evidentemente que no puede considerarse formulada con ello toda una teoría absoluta de la decisión económica, ya que en la misma intervienen múltiples variables en forma, muchas veces, de valores (culturales, políticos) y otras de «irracionalidades» que dificultan la obtención de un patrón genérico del *homo aeconomicus*. Pero es evidente que aceptando estas matizaciones, el utilitarismo es una buena base probabilística que permite transformar para la probática la teoría de los generadores hedonísticos en una apreciable máxima de experiencia (25).

Digamos, por último, en un plano ya más concreto, que el *homo aeconomicus* tiende al ahorro o aprovechamiento del dinero y de otros bienes del trabajo y de las energías de toda índole, del tiempo y de cualquier otro elemento que redunde en su beneficio. Esta conducta a su vez se refleja en la forma y cantidad con que se distribuye, conserva y destina el patrimonio. La conducta económica, salvo supuestos anormales, se halla muy estrictamente ajustada a los anteriores principios y formalmente acostumbra a seguir unas pautas muy estandarizadas.

Aceptación cambiaria
Colaboratio
Coniunctus
Cura
Difusum comercium
Dispendum

Disponendi
 Fortuna
 Fruendi
 Gestio
 Incuria
 Innocuitas
 Inversion
 Lesivitas
 Medium
 Movimiento bancario
 Omnia bona
 Pretium
 Pretium vilis
 Solvo
 Sumptus
 Utilitas
 Vindicandi

6. Indicios dimensionales

Ciertas magnitudes suelen ser significativas. La cantidad, la superficie, el volumen, la proporción, constituyen otros tantos accidentes inherentes a las cosas, y que, por eso mismo, ayudan a inferirlas o interpretarlas.

Disparitiesis
 Magnitudo

En algunas ocasiones puede llegar a confundirse con los indicios utilitarios, particularmente con el *lucrum*, *pretium* y *lesivitas*.

7. Indicios sociales

Pese a que la totalidad de los indicios ya expuestos hasta este momento nacen de comportamientos que, aunque biológicos o psicológicos, se enmarcan en el área de los procesos sociales básicos de interacción y pudieran, por tanto, merecer igualmente el calificativo de indicios sociales, hemos preferido reservar esta denominación para aquellos fenómenos indiciantes que, de alguna manera, equivalen a macroconductas o comportamientos grupales (26), ya sea en forma de *opinión* acerca del hecho necesitado de prueba, ya como *proceso comunicativo* generalizado, o también mediante *pautas* que se suelen seguir por todos los individuos pertenecientes al grupo.

Consuetudo
 Fama
 Missio
 Nomen
 Normalitas
 Publicitas
 Tractatio

NOTAS

(1) EDWARD A TIRYAKIAN, *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, T. X, pág. 365.

(2) Del griego *semeion*, signo, marca, muestra.

8. Indicios materiales

Decía BENTHAM que la prueba real es aquella que se deduce del estado de las cosas. Aunque la clasificación dada por él y otros autores a este tipo de pruebas se corresponde más bien a *thema* penales, cabe una reconversión aproximada a la prueba civil en el sentido siguiente: indicios que se desprenden del propio objeto litigioso, indicios que surgen de los instrumentos o medios empleados para la consecución de una finalidad, indicios en los cuerpos circundantes al objeto, e indicios inherentes a la posesión del objeto (27).

Damnum
 Implementum
 Medium
 Possessio instrumenti
 Retentio possessionis
 Vestigium

Como vemos, algunos de los indicios situacionales (*claudio*), o utilitarios (*medium*), o de relación (*signum*), pueden encajar también en este apartado.

9. Indicios de relación

La relación consiste en el orden o respecto de una cosa a otra cosa.

Si en todas las demás agrupaciones indiciarias que hemos contemplado el modo de contestar al *por qué* de un determinado fenómeno es un *por qué* casual, que nos lleva a la búsqueda de nexos físicos, biológicos, psicológicos o sociales, cabría considerar que en este último agrupamiento se entra a considerar un *por qué* no casual, un *por qué* de inferencia dirigida a un nexo primordialmente lógico. Ello no obstante, incluso los enunciados lógicos tienen en el campo de la investigación social y de la probática un referencial empírico. Nunca se prescinde de la máxima experiencia. Lo que a mi parecer más influye en la dimensión relacional de estos indicios es una propiedad de su inferencia: no suele tener contrario. Se resiste a la infirmación.

Comparatio
 Complementus
 Evocatio

Implicatio

Impossibilitas

Inalterum

Sequitur

(3) Tal vez una de las más conocidas taxonomías populares la podamos encontrar en la obra de DURKHEIM, *Las formas elementales de la vida religiosa*.

(4) De esta extensión taxonómica a otras técnicas y conocimientos ofrece una interesante exposición PATRICK LAMBE

Similitudo

Simul atque

Subyacencia

Apuntamos aquí la semejanza a veces entre el *comparatio* y el *similitudo*.

Como acabamos de ver, para obtener una taxonomía que resulte eficiente se hace preciso acometer la tarea nada fácil de dar un nombre y clasificar por especies, material o racionalmente afines, los múltiples indicios que afloran en la praxis judicial (28). Su nomenclatura suele emplear terminología latina, de la más pura tradición romanista (*pretium vilis*, *retentio possessionis*, *affectio*, *tempore*, *suspecto*, etc.) No es absolutamente necesario, cuando no importable, que nos propongamos una sistematización total de los indicios (29). La semiótica no tiene por qué cerrarse, ya que permaneciendo abierta, se coloca en situación de acoger todas las variaciones y semblanzas que surjan.

Esta exposición viene precedida de una labor consistente en el centraje de dicho *thema probandi* lo cual implica una exploración fenoménica de todos los materiales que integran la norma substantiva constitutiva de la acción así como de las normas de Derecho probatorio que interesen (prueba legal en su caso, regla de *onus probandi*, etc.). Una vez logrado este cometido, podemos pasar ya a la exposición de los indicios y sus infirmaciones.

Con la exposición semiótica, valiéndonos de la taxonomía indiciaria que acabamos de apuntar, tratamos de presentar de un modo operativo los cuadros o síndromes indiciarios respecto a un determinado tema de prueba. Puesto que la exposición semiótica abarca todas las funciones y procesos que despliega el indicio, cabe afirmar que disponemos de todo el utillaje necesario para construir la presunción judicial o bien rechazarla. «Es necesario tener, en primer lugar, tópicos desarrollados acerca de cada asunto», decía ARISTÓTELES en *La Retórica*.

La exposición de los *thema probandi* con todo lo múltiple que pueda resultar, no deja de ser, en cierto modo, *finita*. Los supuestos de hecho normativos que presentan un ordenamiento jurídico tienen un límite, tal vez inexplorado en su totalidad, pero teóricamente acotado, tanto como pueda estarlo el Derecho positivo del que emanan dichos supuestos de hecho. En cambio, las huellas,

en *Organizing Knowledge: Taxonomics Knowledge and Organization Effectiveness*, Ed. Woodhead Publishing, 2007.

(5) Ello sin mentar que una taxonomía indiciaria siempre será una clasificación arbitraria, que agrupará a los taxones según su utilidad para los humanos, muy al revés

rastros o indicios que constituyen la estampación de los mismos es *infinita*. Habrá muchas repeticiones, tantas como las que conforman el principio *id quod plerumque accidit*, pero este principio es incapaz de abarcar todo lo que normalmente (o anormalmente) sucede en la naturaleza de las cosas o en el comportamiento humano. De ahí que jamás podrá lograrse una exposición exhaustiva, quedando esta abierta siempre a nuevas exposiciones.

Pero aun aceptando esta falta de completud, la exposición logra como mínimo:

1. Proporcionar materiales indiciarios para resolver problemas de prueba. La semiótica nos puede dar acceso a nutridos inventarios de datos fácticos e indicios agrupados y dirigidos hacia la prueba de un determinado tema, permitiéndonos de este modo una más rápida y segura elaboración de la fórmula probática. La semiótica vendría a ser, expuesta de esta manera, un gran reservorio de sustancias fácticas.

2. Despertar intuiciones, proporcionando estímulos destinados a desenterrar antiguas experiencias y a provocar nuevas asociaciones. En este sentido los indicios expuestos por la semiótica activan la imaginación y el pensamiento, provocando el desvelamiento de otros indicios (30). LALANDE hablaría de *una sorte de repertoire facilitant l'invention* (31).

3. Esta manipulación masiva de indicios familiariza además al observador con las respuestas informativas. La semiótica ayuda a advertir que al lado de la conclusión inferida pueden coexistir otras conclusiones cuya presunción puede que no resulte descabellada a tenor de la particular máxima de experiencia que las informe.

4. Fortalecer o acomodar la confianza del Juez. Como decía GIANTURCO la clasificación indiciaria sigue todavía siendo útil para orientar al Juez en «la intrincada selva de la prueba indirecta» (32). Hoy día no es nada extraño que se rechacen, a veces sistemáticamente, pruebas e interrogatorios destinados a fijar indicios, pero cuya eficacia no ha sido comprendida, captada o intuida por el Juzgador.

5. Cristalizar síndromes indiciarios que acaben estandarizándose al modo de *una praesumptio iuris tantum*. Es lo que LAGARDE denomina «legitimidad por normalización» (33). ■

de una clasificación «natural» como la de las plantas, en donde sus jerarquías se establecen en función de sus afinidades en la Naturaleza.

(6) Otros autores serían el italiano MASCARDO, quien para cada delito construye un minucioso catálogo de

indicios y el alemán CRISTOFORO CRUSIO que, en 1862, llegó a clasificar ciento diez indicios generales, a parte de los indicios para cada delito.

(7) DOHRING, La prueba. Su práctica y apreciación, trad. esp. Ed. Ejea, Buenos Aires, 1972, pág. 355.

(8) TARUFFO, La prova dei fatti giuridice, ed. Giuffrè, Milán, 1992, pág. 142.

(9) PEIRCE, On the Algebra of Logic: A contribution to the Philosophy of Notation, American Journal of Mathematics, 1885.

(10) FUMAGALLI, Armando, «El índice en la filosofía de Peirce», en Anuario Filosofía, XXIX-3, 1966, págs. 1.127 a 1.440.

(11) GINZBURG, Carlo, Mitos, emblemas, indicios. Morfología e Historia, trad. esp., Ed. Gedisa, Barcelona, 1989.

(12) STONE, Lawrence, «The Revival of de Narrative. Reflections on a New Old History», en Past and Present, Londres, 1979.

(13) MITTERMAIER, Tratado de la prueba en materia criminal, 9.ª ed., trad. esp., Ed. Reus 1959, pág. 437.

(14) En sus comienzos LINNEO nombró unas 4.400 especies de animales.

(15) Según reciente noticia el muy buscado elemento 117 de la tabla periódica química, se da por observado tras los experimentos realizados por científicos rusos y estadounidenses durante seis meses en un acelerador ruso. Se produjeron seis átomos de este elemento químico superpesado de 117 protones (el hidrógeno tiene uno). Por ahora se llama simplemente ununseptium, por su número en latín, pero está sin bautizar. Rellena una casilla en blanco de la tabla periódica, ya que el siguiente elemento, el 118, también de cortísima vida, fue observado en 2006.

(16) Vale la pena citar el de GIANTURCO, La prova indiziaria, Ed. Giuffrè, Milán, 1958, págs. 97 y ss.

(17) La crítica que podría hacerse a este planteamiento es que, como escribiera GORPHE, «si nos colocamos con Wigmore en el doble punto de vista de los hechos investigados y de las circunstancias indiciarias, no cabe evitar cierto enmarañamiento que resulta nocivo para la claridad de la exposición» (De la apreciación de las pruebas, trad. esp., ed. Ejea, Buenos Aires, 1950, pág. 255).

(18) WIGMORE, A Treatise on the Anglo-American System of Evidence, 3.ª ed. en 10 volúmenes, Boston, 1940.

(19) Muchas de estas clasificaciones no merecen ni siquiera este nombre. Son puramente exemplativas. Por ejemplo, KEANE (The Modern Law of Evidence, Londres, 1996, págs. 11 y ss.) cuya exposición se resuelve en los siguientes indicios: los motivos, los planes y preparaciones, la capacidad de actuar, la oportunidad, la identidad, la continuación o subsecuencia, la falta de contraprueba y la mendacidad.

(20) Este listamiento lo introduje primeramente en mi obra Tratado de probática judicial, tomo V, Barcelona, 1996, en donde además de una exposición se ofrece ya un alarde taxonómico y posteriormente, con algunas correcciones, en Fundamentos de prueba judicial civil, Barcelona, 2001.

(21) Se ha dicho que la determinación de los límites de una especie es puramente subjetiva y, por tanto, expuesta a las modalidades de la interpretación personal. Algunos conceptos usuales son antiquísimos, muy anteriores al

establecimiento científico de esta categoría sistemática. Por el contrario existen otros de límites muy vagos, en los cuales los sistemáticos están en completo desacuerdo.

(22) a) Character or disposition; b) habit or custom; c) emotion or movil; d) design or plan y e) physical capacity. En este último incluía la fuerza o el vigor y las habilidades.

(23) Fama, conversatio, consuetudo, natio, conditio, fortuna, aetas, sexus, nomen, phisionomia, pallor. Los motivacionales los agrupa en torno a la causa delicti: ira, odium, metus, spes, cupiditas.

(24) CASONI distinguía entres estos últimos: fuga, cruor, pallor, trepidatio, reperto in loco delicti, etc.

(25) Esta teoría surge de una valoración neurofisiológica de la respuesta hedonística cuyos centros se hallarían en la subcorteza cerebral.

(26) La diferencia obviamente no es nada novedosa. Bastará recordar, por ejemplo, la que hacía DURKHEIM, entre hecho social, como hecho colectivo y hecho psicológico.

(27) Recordemos que en este sentido la clasificación original de BENTHAM era la siguiente: 1) Cuerpos del delito; 2) frutos del delito; 3) instrumentos utilizados en la ejecución del delito; 4) materiales destinados a servir al delito; 5) escondrijo de lo que ha sido cuerpo del delito; 6) cuerpos circundantes que han sufrido algún cambio en su apariencia como consecuencia del delito; 7) cosas que sirven para individualizar al delincuente por haber sido de su pertenencia o empleadas por él; 8) posesión inculpativa de prueba real; y 9) posesión inculpativa de prueba escrita.

(28) Hoy en día, dentro del campo epistemológico que abarca a la psicología social, algunos autores como KELLY presuponen la existencia de unos esquemas casuales asequibles al profano, a modo de conceptos generales sobre causas y efectos y que ayudan a realizar rápidas atribuciones de causalidad cuando la información es imperfecta. Se dice que suministran al perceptor una «taquigrafía causal» para que lleve a cabo rápida y fácilmente inferencias complejas (vid. HEWSTONE, Miles, La atribución causal, trad. es., ed. Paidós, Barcelona, 1992, pág. 47).

(29) Una manera de clasificarlos e incluso nominarlos pudiera ser (introduciendo subdivisiones) la usada tradicionalmente por la tópica (lugares comunes): persona, cosa, lugar, instrumento, causa, modo, tiempo y comparación.

(30) Utilizo unas palabras de FRANCOIS MAGENDIE sobre la experimentación médica: «Soy un traperero de hechos que con su gancho en la mano y su saco a la espalda va recorriendo los territorios de la ciencia y recogiendo lo que encuentra». Académicamente entraría aquí en juego, en orden a la semiótica jurídica, la figura del captador (buscador) encargado de localizar las infinitas exposiciones indiciarias o presuncionales que contienen las sentencias de todos lo Tribunales, particularmente los de Primera Instancia, que constituyen la verdadera «cocina semiótica».

(31) ANDRE LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la phisologie, 1947, voz «topique».

(32) GIANTURCO, La prova indiziaria, ed. Giuffrè, Milán, 1958, pág. 82.

(33) LEGARDE, Reflexion critique sur le droit de la preuve, París, 1994, pág. 364.

DIRECCIÓN

Luis Velasco
San PedroCarmen Alonso
Ledesma

NUEVO

Revista de Derecho de la COMPETENCIA y la DISTRIBUCIÓN

LA LEY
grupo Wolters Kluwer

Una perspectiva jurídica y doctrinal del Derecho de la competencia, español y comparado

La revista que cubre las necesidades de información que los profesionales demandan en sus vertientes de producción doctrinal, legislativa y jurisprudencial, tras la aprobación de la **nueva Ley de Defensa de la Competencia**.

Elaborada por autores de reconocido prestigio es una publicación de carácter profesional que analiza, desde un punto de vista jurídico y doctrinal, las cuestiones, de gran complejidad técnica, que van a surgir con la aplicación de la nueva Ley.

Está orientada al tratamiento en profundidad y con vocación de generalidad de la teoría y práctica del Derecho de la competencia español y comparado, en sus vertientes de producción doctrinal, legislativa y jurisprudencial, de alto nivel académico.



Infórmese en nuestro Servicio de Atención al Cliente:

Tel.: 902 420 010

clientes@laley.es / www.laley.es



Tribuna

La prueba en el sistema anglosajón

LA LEY 1259/2011

La prueba en el sistema anglosajón

Aníbal MARTÍN SABATER

Abogado en Madrid, California e Inglaterra y Gales (solicitor)
Socio en Fulbright & Jaworski LLP (oficina de Houston)

A diferencia de lo que sucede en el ámbito civil o continental, el Derecho probatorio anglosajón ha sido objeto de una detallada codificación. El objetivo de esa codificación es determinar con carácter general —y sin dejar lugar a la incertidumbre— qué pruebas se pueden presentar ante un jurado civil o penal. La principal preocupación del legislador en esta materia es evitar que el jurado resulte influido por pruebas que, a pesar de ser relevantes o sustanciales, puedan inducir al prejuicio. En este artículo el lector encontrará una introducción a las principales reglas que se han adoptado sobre este particular en el mundo legal anglosajón y una valoración de las lecciones que pueden extraerse de la experiencia probatoria anglosajona.

I. ALGUNOS RASGOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA ANGLOSAJÓN

La Revolución Francesa influyó decisivamente en el Derecho occidental contemporáneo, incluido el Derecho anglosajón. A ella se deben, por ejemplo, la instauración de un poder judicial independiente y con alcance estatal —poder que, en gran medida, sustituyó a las jurisdicciones regionales que procedían de la Edad Media—; la creación de un Derecho penal separado del Derecho civil o común; el establecimiento generalizado de la doble instancia; y, por supuesto, la codificación de Leyes: un fenómeno que se ha extendido con éxito mucho más allá de la Europa continental en donde inicialmente surgió. Así, por ejemplo, incluso los Estados Unidos de América cuentan con un Código, que consta de cincuenta títulos y regula a escala federal materias tan variadas como la agricultura (título 8.º), el arbitraje (título 9.º), la insolvencia y bancarrota (título 11.º), la propiedad intelectual (título 17.º), el derecho penal (título 18.º), la organización y el proceso judicial (Título 28.º) o el derecho laboral (Título 29.º).

A pesar de su trascendental impacto, hay un área del Derecho en la que el influjo de la Revolución Francesa ha sido menor y casi imperceptible. Se trata del Derecho probatorio en general y del Derecho probatorio anglosajón en particular: el Derecho probatorio —y muy especialmente el Derecho probatorio anglosajón— sigue derivando en gran medida del sistema romano establecido en tiempos de la república. De hecho, son muchos los aspectos en los que el Derecho anglosajón contemporáneo adopta casi al pie de la letra soluciones procedentes del sistema romano. La razón es sencilla de explicar: en los países de tradición napoleónica o continental, la potestad decisoria última corresponde como regla a los Jueces, esto es, a funcionarios en los que se presume el conocimiento y la aplicación sistemática, coherente y rigurosa del Derecho a los hechos controvertidos en el caso; el sistema anglosajón, sin embargo, es diferente, porque en él la potestad jurisdiccional de primera instancia para asuntos civiles y penales reside en gran parte en el jurado, del mismo modo que en Roma residía en el *iudex*. Tanto el miembro de un jurado anglosajón como el *judex* latino son legos en Derecho, que habitualmente han sido seleccionados

para hacer justicia en un caso concreto. Concluido su mandato en ese caso, el miembro del jurado o *judex* retorna a su quehacer privado.

Como sucedía en el sistema romano, el Derecho probatorio anglosajón reconoce los riesgos de que un lego haga justicia. Por eso, en el Derecho anglosajón se encuentran desde normas para asegurar un cierto grado de supervisión del Juez sobre el jurado, hasta limitaciones tendentes a asegurar que el jurado no queda contaminado por «pruebas» efectistas pero de poca relevancia, pasando por directrices tendentes a asegurar que la prueba finalmente presentada ante el jurado sea clara, concisa, relevante y significativa para la resolución del caso.

Ahora bien, estos delimitamientos generales que guían la práctica de la prueba en el sistema anglosajón no son aplicados o seguidos de la misma manera en todos los países. El mundo anglosajón es amplio e incluye la jurisdicción federal y las jurisdicciones estatales de los Estados Unidos de América; numerosas jurisdicciones provinciales y (en buena medida) la jurisdicción nacional en Canadá; las jurisdicciones de aproximadamente diez países o territorios en el Caribe y Latinoamérica; la jurisdicción de Inglaterra y Gales; la jurisdicción de Escocia; la jurisdicción de Irlanda del Norte; la jurisdicción irlandesa; diversas jurisdicciones en el Lejano Oriente, como las de Singapur y Hong Kong; y varias jurisdicciones de Oriente Medio, como la jurisdicción civil de Emiratos Árabes Unidos (y, en particular, Dubai).

Ante la imposibilidad de abordar en detalle el sistema probatorio de cada una de las anteriores jurisdicciones, esta ponencia se centrará en los principios generales del sistema probatorio en las jurisdicciones federal y estatal de los Estados Unidos, sin perjuicio de hacer alusiones a otras jurisdicciones cuando sea relevante. En el universo anglosajón contemporáneo, el Derecho federal y estatal estadounidense marca una pauta significativa por la rapidez con que evoluciona y se recogen sus soluciones en otras jurisdicciones. En particular, y dentro del sistema estadounidense, es frecuente que los principales cambios legales se produzcan en la jurisdicción federal propiamente dicha o en jurisdicciones estatales significativas tales como Nueva York, California o Tejas.

II. ÁMBITO Y DOCENCIA DEL DERECHO PROBATORIO ANGLOSAJÓN

Paul F. ROTHSTEIN, profesor en la universidad de Georgetown y una de las principales autoridades sobre Derecho probatorio en Estados Unidos, afirma

que: «El estudio del Derecho probatorio es el estudio de las normas que regulan tanto la prueba de los hechos en un juicio civil o penal como las inferencias y los debates procesales que se siguen de la práctica de esa prueba». Esta definición es generalmente aceptada y de ella se derivan algunas conclusiones de importancia.

Como primera conclusión, el Derecho probatorio —y en particular la asignatura que habitualmente se enseña bajo el nombre de *evidence* o prueba— comprende tanto los procesos civiles como los penales. Esto no quiere decir que las reglas probatorias que se aplican en un proceso civil sean idénticas a las que se aplican en un proceso penal. Así, por ejemplo, la carga probatoria de la parte demandante o acusatoria en el proceso penal anglosajón es —al igual que en el sistema continental— más compleja y exigente que en el proceso civil: en concreto, para condenar a un reo en una jurisdicción anglosajona es necesario establecer su culpabilidad más allá de toda duda razonable, lo que constituye un equivalente a la presunción de inocencia continental, algo que no es requisito para dictar sentencia condenatoria del demandado en un proceso civil. Sin embargo, el sistema anglosajón reconoce que hay una serie de principios o teoría general de la prueba que resultan aplicables tanto al proceso civil como al proceso penal. Más aun, el sistema anglosajón reconoce que, por estructura, fases y contenido, el proceso civil es lo suficientemente parecido al penal como para abordar y analizar las normas probatorias de ambos conjuntamente y no como subdivisiones separadas en la asignatura de Derecho procesal civil y de Derecho procesal penal. En efecto, en el sistema anglosajón tanto el proceso civil como el penal constan habitualmente de las siguientes etapas:

- una fase previa en la que habitualmente se dirimen cuestiones procesales y se permite a las partes obtener información sobre el caso;
- el juicio o audiencia probatoria propiamente dichos;
- la sentencia o veredicto;
- y la posible apelación.

En procesos con las fases que se acaban de describir, los escritos y alegatos que se formulan suelen versar sobre cuestiones procesales y ser muy esquemáticos, pues la gran mayoría de las alegaciones de fondo se efectúan oralmente y ante el jurado.

Como segunda conclusión, y esto es una diferencia fundamental con el sistema civil o continental, el Derecho probato-

rio anglosajón prácticamente no se preocupa habitualmente por lo que pueda suceder antes del juicio o audiencia probatoria. En otras palabras: la esencia —la materia que verdaderamente aborda el Derecho probatorio estadounidense— es el interrogatorio de expertos y testigos y el uso de documentos durante el juicio. De ahí que, salvo en circunstancias excepcionales, la mayoría de las normas probatorias estadounidenses versen sobre qué expertos, testigos y documentos podrán ser utilizados ante el jurado. De algún modo, la admisibilidad de prueba durante el juicio es el eje en torno al que gira el Derecho probatorio estadounidense.

De la segunda conclusión que se acaba de exponer se deriva otra (la tercera), que reviste gran importancia, a saber: que cuestiones como el *discovery*, o intercambio de documentos, no son materia del Derecho probatorio propiamente dicho.

El *discovery* es, como se sabe, uno de los rasgos más atípicos del proceso civil estadounidense y uno de los más difíciles de entender no solo para el abogado de tradición civilista, sino también para el ejerciente anglosajón procedente de una jurisdicción que no sea la federal o estatal estadounidense.

Al igual que el Derecho inglés, el Derecho estadounidense reconocía desde prácticamente sus orígenes el derecho que una parte tenía a obtener documentos de su contraparte (o incluso de un tercero) siempre que estos documentos estuvieran claramente identificados y fueran relevantes y decisivos para la resolución del litigio.

Esa situación originaria cambió con los casos *anti-trust* (o, si se prefiere una traducción poco literal, los casos de «competencia desleal») que se promovieron en los Estados Unidos a principios del siglo XX. En algunos de esos casos, la Standard Oil —una antecesora remota de la actual ExxonMobil— tenía que defenderse de demandas civiles formuladas por competidores que alegaban que la Standard Oil llevaba a cabo prácticas colusivas tendentes a eliminar a otras compañías del mercado de forma ilegal. De acuerdo con las demandantes, la Standard Oil pagaba sobornos y ofrecía incentivos indebidos (como descuentos en condiciones que «no eran de mercado») a los funcionarios y entidades privadas que favorecían a la Standard Oil en perjuicio de sus competidores.

Como se puede imaginar, la prueba de estos sobornos o incentivos no siempre era fácil y si alguien tenía documentos que los evidenciaran, normalmente era la Standard Oil o sus socios, no los demandantes propiamente dichos.

Ante situaciones como éstas, muchas jurisdicciones estatales y finalmente la propia Corte Suprema de los Estados Unidos permitieron que los demandantes solicitaran y obtuvieran de la parte demandada no solo documentos perfectamente identificados *a priori*, sino categorías muy generales de documentos como, por ejemplo, cualesquiera documentos que pudieran arrojar luz sobre si efectivamente habían existido prácticas colusorias indebidas. El *discovery* había nacido: de casos en los que las partes intercambiaban antes del juicio algunas decenas de páginas se pasó al intercambio de millares de páginas, especialmente en casos de responsabilidad extracontractual —como los casos *antitrust*— en los que no había una relación comercial directa entre el demandante y el demandado y, por tanto, el demandado muchas veces no tenía conocimiento de la documentación del demandante que pudiera serle de utilidad.

A día de hoy, la expresión *discovery* cubre no solo el procedimiento para el intercambio de documentos, sino también la posibilidad de que las partes en un proceso en los Estados Unidos interroguen extrajudicialmente y antes de la audiencia probatoria a potenciales expertos y testigos. Estos interrogatorios son habitualmente conocidos como *depositions* o, en traducción literal pero poco fiel, «deposiciones».

El *discovery* actual es un proceso esencialmente privado entre las partes en el que éstas debaten, objetan y si es posible llegan a un acuerdo sobre qué documentos y testimonios extrajudiciales desean recibir. El Juez interviene normalmente solo en caso de desacuerdo entre las partes o de incumplimiento.

Ahora bien, no todos los documentos o testimonios obtenidos por vía de *discovery* pasan a formar parte del acervo probatorio del caso. En realidad, son las partes quienes libremente determinan qué documentos o testimonios obtenidos por vía de *discovery* desean aportar en el juicio o audiencia probatoria en apoyo de sus pretensiones o excepciones. De ahí que la fase del *discovery* propiamente dicha no forme parte del Derecho probatorio y sea habitualmente estudiada en los cursos sobre Derecho procesal y no en los cursos sobre prueba. Prueba es solo aquella información —obtenida o no a través del *discovery*— que una parte aporta al proceso en apoyo de su pretensión.

Como cuarta conclusión, y en vista de que el Derecho probatorio es un derecho que tiene por objeto esencialmente lo que sucede en el juicio civil y penal, su enseñanza o docencia suele ser muy distinta de la que se estila en Europa. Por ejemplo, el curso sobre prueba du-



rante la licenciatura de Derecho suele durar aproximadamente un semestre, es decir medio año académico. Así sucede por ejemplo, en las facultades de Derecho de las universidades de Yale, Texas, Cambridge y South Texas, por citar solo algunos ejemplos. Además, es relativamente frecuente que, como requisito previo necesario o recomendado para inscribirse en un curso sobre prueba en la licenciatura de Derecho, sea necesario haber aprobado antes un curso de Derecho procesal civil y a veces incluso uno de Derecho procesal penal. Así ocurre por ejemplo en la facultad de Derecho de Yale. Precisamente porque exige un cierto conocimiento legal previo, es usual que los cursos sobre prueba se ofrezcan durante el segundo o tercer año de la licenciatura, que habitualmente consta de tres años. En Yale, por ejemplo, se enseña durante el tercer año de la carrera; y en Texas y South Texas durante el segundo.

Del mismo modo que el Derecho probatorio constituye una asignatura separada, también existen abundantes monografías y libros de texto sobre él, normalmente preparados por profesores o abogados especializados en la materia y que no tienen por qué ser especialistas o docentes en Derecho procesal. El Derecho procesal habitualmente se centra en cuestiones procesales como jurisdicción, tramitación de excepciones o selección del jurado.

III. FUENTES DEL DERECHO PROBATORIO ANGLOSAJÓN

Desde su independencia hasta mediados del siglo XX, Estados Unidos tenía un sistema federal y estatal de Derecho probatorio que era esencialmente jurisprudencial. Es decir: la Corte Suprema de los Estados Unidos (en el ámbito federal) y la más alta instancia judicial de cada uno de los Estados dictaba jurisprudencia que era de obligado cumplimiento en su ámbito territorial y que establecía reglas

sobre, por ejemplo, qué pruebas eran admisibles o inadmisibles; a quién correspondía la carga de la prueba en ciertos asuntos; y cómo operaba el sistema de presunciones e inferencias legales.

Este Derecho jurisprudencial emanado de los Juzgados y Tribunales de los Estados y la Federación era esencialmente homogéneo —esto es: los principios probatorios generales en, por ejemplo, Idaho y Nueva York resultaban semejantes— y recibía el nombre de *common law* o derecho común probatorio.

El sistema de Derecho común se comenzó a abandonar a mediados de los años 50 del siglo pasado con la adopción de códigos o Leyes estatales que regulaban la materia probatoria expresa y detalladamente. El Código Probatorio de California pertenece a esta época.

Aunque el movimiento codificador del sistema probatorio terminó por extenderse en los Estados Unidos, son muchos los estados con gran peso demográfico y económico que han codificado muy pocas normas probatorias y que siguen rigiéndose en gran medida por un sistema jurisprudencial o de *common law*. Nueva York es un ejemplo.

En la práctica, el contenido del Derecho probatorio en los Estados que siguen en todo o en parte un sistema jurisprudencial no es radicalmente distinto del contenido del Derecho probatorio en los Estados que siguen un sistema de código. Los principios generales son los mismos. La principal diferencia consiste en que, mientras la Corte Suprema de un Estado puede dictar nueva jurisprudencia que modifique la materia probatoria sin consultar a expertos y prácticamente sin previo aviso —a través del sencillo expediente de emitir una sentencia en un caso concreto—, la modificación de un código probatorio la lleva a cabo el Congreso o Parlamento del Estado afectado y se hace previa a través de un procedimiento

(si se quiere) más democrático y previa audiencia a comités de expertos y otros interesados.

En todo caso, en Estados Unidos no existen solo códigos estatales sobre prueba. La culminación de la codificación probatoria en Estados Unidos la constituyó sin duda la promulgación de las Reglas Federales sobre Prueba (*Federal Rules of Evidence* o FRE), que fueron aprobadas por la Corte Suprema y el Congreso de los Estados Unidos en 1975. Las FRE tienen rango legal ordinario y están contenidas en un apéndice al título 28.º del Código de los Estados Unidos —un título que versa sobre el poder judicial federal y los procedimientos tramitados en él—.

— los mecanismos admisibles en derecho para autenticar pruebas, incluyendo los mecanismos para autenticar grabaciones de voz y documentos (artículo IX);

— la práctica de la prueba documental, que incluye la presentación de fotografías y grabaciones (artículo X); y

— la definición del ámbito de aplicación de las FRE (artículo XI).

Las FRE han sufrido alguna modificación a lo largo de su historia, pero siguen conservando los rasgos fundamentales que ya presentaban en el momento de su aprobación. En concreto, las FRE están fundamentalmente inspiradas en los principios generales que habían sido recogidos en el *common law* probatorio hasta mediados de los años 70; en el Código Probatorio Californiano; y en un documento que aún goza de autoridad, a pesar de carecer de valor vinculante: las Reglas Probatorias redactadas en 1953 por la Conferencia Nacional Estadounidense de Comisarios para el Establecimiento de Legislaciones Estatales Uniformes.

La Corte Suprema de los Estados Unidos es la máxima autoridad judicial con potestad para aplicar y pronunciarse sobre las FRE, del mismo modo que la máxima autoridad judicial de cada uno de los Estados tiene potestad para aplicar y pronunciarse sobre el código probatorio que pueda existir en ese Estado.

IV. PRINCIPALES RASGOS DE LAS FRE Y DE LAS NORMAS PROBATORIAS ESTATALES ESTADOUNIDENSES

El sistema probatorio tradicional estadounidense —que fundamentalmente estaba recogido en el *common law* jurisprudencial— presumía como punto de partida que los jurados son influibles y sensibles a la demagogia y al argumento efectista. En otras palabras, el *common law* estadounidense desconfiaba de los jurados y limitaba mucho el tipo de pruebas que podían presentarse ante sus miembros.

Así, por ejemplo, el *common law* prohibía o limitaba notablemente la presentación de las llamadas «pruebas de carácter», esto es, pruebas sobre la personalidad o antecedentes del demandado en el proceso civil y del acusado en el proceso penal. De este modo, cuando se tramitaba un procedimiento judicial relacionado con un altercado de tráfico en el que el demandado o acusado había disparado al demandante o parte acusadora, la regla general era que el demandante

o parte acusadora no podía presentar testigos o documentos que pusiesen de relieve anteriores condenas del demandado o acusado; ni testigos o documentos que confirmaran que el demandado o acusado experimentaba con frecuencia episodios de ira descontrolada.

Tampoco era frecuente que se permitiera prueba sobre la posible motivación del demandado o acusado. Así, en un juicio por asesinato, no era normalmente posible presentar como prueba una póliza de seguro de vida en la que el acusado resultaba beneficiario por el fallecimiento de la víctima. De manera semejante, en un juicio civil por doble venta de la cosa iniciado por el primer comprador, no siempre era admisible la prueba de que el segundo vendedor había ofrecido al demandado un precio sensiblemente superior al obtenido por la primera venta. En uno y otro caso, el objetivo último de la norma era evitar contaminar al jurado y limitar las inducciones que este podía realizar sobre la base de las pruebas presentadas.

Aunque el sistema codificado introdujo algunos cambios en la admisibilidad de la prueba, aún a día de hoy los Jueces están sujetos a severas limitaciones legales antes de admitir una prueba de carácter o relativa a la motivación del demandado. En concreto, antes de admitir una prueba de este tipo, es como regla necesario que el Juez esté persuadido de que la relevancia de la prueba es tal que la necesidad de practicarla prevalece sobre el riesgo de que con ella se contamine o induzca a prejuzgar a los miembros del jurado.

Así pues, de algún modo, aún pervive en el Derecho estadounidense —y en el inglés que contiene reglas semejantes— un margen de desconfianza hacia el jurado o personas llamadas a juzgar de los hechos.

V. CONTENIDO DE LAS FRE

Después de la anterior introducción general a ellas, queda por analizar el contenido esencial de las FRE, que se explica a continuación siguiendo la estructura establecida por los manuales probatorios al uso en Estados Unidos.

1. Necesidad de la prueba

De modo semejante a lo que sucede en el Derecho civil o continental, los hechos que son notorios, de público conocimiento o incontrovertidos entre las partes, no necesitan de corroboración mediante la presentación de prueba en el sistema federal estadounidense. La diferencia entre el sistema estadounidense y el civil o continental estriba, sin

embargo, en que en el sistema estadounidense es frecuente que el Juez emita una resolución —también conocida como *judicial notice*— en la que informe al jurado de cuáles son esos hechos que, por ser notorios, públicos o incontrovertidos, deben tenerse probados (art. 2 de las FRE, Regla 201). Con ello se pretende facilitar y agilizar la deliberación del jurado.

2. Carga de la prueba

En el Derecho anglosajón, en general, y en el Derecho estadounidense federal, en particular, la teoría sobre carga de la prueba es más detallada que la que habitualmente se encuentra en los sistemas civiles. Así por ejemplo, en el sistema federal estadounidense, la carga de la prueba se descompone en dos elementos o sub-cargas a las que se da un tratamiento diferenciado.

De un lado, está la carga de la presentación de prueba. Las normas sobre esta carga de presentación de la prueba determinan cuál es la parte que tiene que proponer y presentar prueba sobre un asunto concreto. En un proceso por homicidio, por ejemplo, es necesario que la acusación presente un mínimo de prueba que incrimine al acusado de forma creíble. Por su parte, en un proceso por competencia desleal es necesario que el demandante que alega el acto de competencia presente un mínimo de prueba de la que aparente seguirse la práctica desleal.

Como regla, y aunque hay excepciones a esta regla fundamentalmente en el área de los procesos de consumidores, la parte que alega un determinado hecho tiene la carga de presentar prueba sobre él. Si, en opinión del Juez o Tribunal encargado del caso, la parte no satisface esta carga —es decir: si la parte que alega no presenta un mínimo de prueba que apoye sus alegaciones—, el Juez puede desestimar la demanda o el caso automáticamente y sin necesidad de abrir el juicio oral o audiencia probatoria. Por su parte, si el demandado en un proceso civil sobre cuestiones fácticas no presenta o anuncia la presentación de prueba tendente a desvirtuar la demanda, el Juez puede —en determinadas circunstancias y casos concretos— dictar sentencia condenatoria directamente y sin necesidad de abrir el juicio oral o audiencia probatoria. En uno y otro caso, cuando la demanda se estima o desestima por razones de fondo sin celebrar el juicio o audiencia probatoria, se dice que el Juez ha dictado una «sentencia sumaria» —o *summary judgment*—.

Para prevalecer en un caso, sin embargo, no basta con que la parte en cuestión satisfaga su carga de presentación de la

El tratamiento de la carga de presentación de la prueba y la carga persuasoria es distinto. Mientras que es el Juez el que determina si la carga de presentación de la prueba ha sido satisfecha, es el jurado el que determina si la prueba presentada es persuasoria y si contribuye a establecer la veracidad del hecho alegado

Divididas en once artículos, las FRE contienen reglas de aplicación a todos los procesos federales sobre las siguientes materias:

— la admisibilidad de la prueba (artículo I);

— la declaración judicial de que un hecho es incontrovertido o de conocimiento público y generalizado (artículo II);

— la aplicación de presunciones en el procedimiento civil (artículo III);

— los criterios para determinar si la práctica de un determinado medio de prueba es relevante o conducente en un caso concreto (artículo IV);

— los criterios aplicables para determinar si una determinada prueba es inadmisibles por resultar confidencial o privilegiada (artículo V);

— la práctica de la prueba testifical, que en Estados Unidos incluye también el testimonio de una parte (artículo VI);

— la prueba pericial o de expertos (artículo VII);

— el testimonio indirecto (también conocido como *hearsay*): es decir el testimonio relativo a hechos de los que el testificante no ha tenido conocimiento directo (artículo VIII);

prueba, sino que también que satisfaga otra carga, a la que habitualmente se denomina la «carga persuasoria». Esto es, para prevalecer en un caso, la parte que alega un determinado hecho tiene, no solo que presentar prueba sobre este hecho, sino además tiene que presentar prueba convincente sobre ese hecho. Que constituya prueba convincente sobre un determinado hecho es algo que varía según la naturaleza del caso. En principio, para prevalecer en un proceso penal, la acusación debe establecer los hechos que afirma más allá de toda duda razonable. En un proceso civil, basta para prevalecer con establecer que los hechos alegados por una parte son más probables que los afirmados por la contraria.

El tratamiento de la carga de presentación de la prueba y la carga persuasoria es distinto. Mientras que es el Juez el que determina si la carga de presentación de la prueba ha sido satisfecha y si, por tanto, procede abrir el juicio oral o audiencia probatoria, es el jurado el que determina si la prueba presentada por una parte es en efecto persuasoria y si contribuye a establecer la veracidad del hecho alegado.

En vista de lo que se acaba de explicar, es claro que, para el Derecho federal estadounidense, se entiende que una parte solo ha satisfecho su carga probatoria cuando esa parte ha satisfecho, a su vez, su carga de presentación de la prueba y su carga persuasoria de la prueba.

Sin embargo, no es necesario que en todos los casos o alegaciones de carácter fáctico se emplee un análisis de carga de la prueba para determinar qué parte debe prevalecer: hay hechos en los que la carga de la prueba no interviene porque se considera que pueden ser probados mediante el uso de presunciones. Es decir: en determinadas ocasiones, el Derecho permite establecer un hecho no a

través de la presentación de prueba que sea suficientemente persuasiva, sino a través de una presunción.

En general, aunque el uso de presunciones está ampliamente admitido en el proceso civil, está severamente limitado en el proceso penal, en donde es especialmente infrecuente el uso de presunciones contrarias al reo (art. III de las FRE, Reglas 301 y 302).

3. Requisitos para la admisión de la prueba

La división sobre funciones probatorias es clara en el sistema federal estadounidense: mientras es el jurado el que valora libremente la prueba, es al Juez a quien corresponde admitir su práctica y confirmar su presentación.

Sobre este particular, y al igual que sucede en la mayoría de los sistemas europeos e iberoamericanos, el criterio fundamental para la admisibilidad de la prueba en el sistema federal estadounidense es que la prueba propuesta sea conducente y se refiera a un hecho relevante para la resolución de la disputa.

Ahora bien, y ésta es una muy notable diferencia con los sistemas de origen civil, la Ley federal estadounidense codifica con gran detalle en el artículo IV de las FRE aquellas situaciones en las que el Juez puede desestimar la práctica que es *a priori* conducente y relevante. En esencia, estas situaciones se reducen a dos.

De un lado, el Juez puede excluir la prueba de práctica conducente y relevante cuando la práctica de esa prueba pudiera conllevar un gasto excesivo de tiempo o inducir al jurado a prejuzgar. En concreto, y como se mencionó anteriormente, la práctica de prueba sobre ilícitos previamente cometidos por el

demandado o acusado —y ya juzgados o resueltos— está severamente limitada (salvo en caso de delitos sexuales), como también lo está la práctica de prueba testifical o documental sobre declaraciones efectuadas por el demandado o acusado en los momentos siguientes a la comisión del ilícito alegado. Así, por ejemplo, segundos o minutos después de que se produjera un accidente de tráfico, el demandado o acusado podría haber proferido expresiones tales como «lo siento; ha sido todo culpa mía» o «no se preocupe, mi aseguradora correrá con todos los gastos». A pesar de que podrían sugerir que el demandado o acusado reconoce responsabilidad en un cierto grado, la prueba de que estas afirmaciones realmente se efectuaron esta como regla prohibida, porque la Ley considera que pudieron efectuarse en un momento de ofuscación o por cortesía y sin pretender establecer responsabilidad de ningún tipo.

Por la misma razón, tampoco se permite como regla la presentación de prueba sobre admisiones o afirmaciones efectuadas en el curso de negociaciones extrajudiciales. Así, el hecho de que una compañía tabaquera se ofreciera extrajudicialmente a pagar una indemnización a un enfermo de cáncer de pulmón no se acepta habitualmente como prueba tendente a establecer la responsabilidad de la compañía tabaquera: el derecho entiende que en una situación como esa la compañía podría haber efectuado la oferta no porque se reconociese causante del cáncer sufrido por el paciente, sino porque deseaba evitar los costes o publicidad negativa que se seguiría de un potencial litigio.

De otro lado, el Juez federal estadounidense puede excluir la práctica de prueba conducente y relevante cuando la prueba recae sobre una comunicación privilegiada, esto es: sobre una comuni-

cación que la Ley trata como confidencial o que la Ley considera que no tiene por qué relevarse (art. V de las FRE).

Los tipos de privilegios que reconoce habitualmente el Derecho anglosajón en general —y no solo (aunque también) el federal estadounidense— son de cinco tipos.

En primer lugar, las comunicaciones legales entre un abogado y su cliente, así como el trabajo que hace un abogado para su cliente (incluyendo por ejemplo memoranda, notas, etc.) se consideran confidenciales o privilegiadas. Como todos los demás privilegios legales de confidencialidad, el de un abogado con su cliente es renunciable, pero es renunciable solo por su titular, que es el cliente. Esto es: un abogado no puede divulgar sus comunicaciones profesionales con un cliente, pero el cliente, si quiere, puede hacerlo y, si lo hace, el privilegio se entiende renunciado de tal manera que el Juez puede ordenar que el cliente presente como prueba no solo la comunicación que el voluntariamente reveló, sino cualesquiera otras comunicaciones con su abogado sobre la misma materia.

En segundo lugar, existe un privilegio de confidencialidad marital, que a su vez se puede desglosar en dos sub-privilegios. De un lado, nadie puede ser obligado a testificar sobre conversaciones que tuvo con su cónyuge, ni a presentar en un proceso judicial documentos o comunicaciones que intercambió con su cónyuge. De otro lado, nadie puede ser obligado a testificar contra su cónyuge.

En tercer lugar, las comunicaciones entre un médico o psicólogo y sus pacientes están también cubiertas por un privilegio de confidencialidad.

En cuarto lugar, se tiene que reconocer la confidencialidad de las comunicacio-



Autor:
Redacción LA LEY

Páginas: 288 • Formato: 210x297 mm.
Encuadernación: Rústica
ISBN: 978-84-8126-493-7

Esquemas procesales civiles, penales y concursales. 2.ª Edición

NUEVO

LA LEY recoge en esta obra un riguroso y exhaustivo compendio de esquemas procesales del Derecho CIVIL, PENAL y CONCURSAL español, que la convierten en una extraordinaria herramienta de trabajo para profesionales del Derecho: abogados, jueces, fiscales y procuradores, porque supone una herramienta para poder acercarse con éxito a los Tribunales, conociendo con soltura cuál es la vía procesal adecuada.

Mientras se procede a la implantación de la Nueva Oficina Judicial, este libro nos acerca al nuevo panorama procesal dibujado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal y la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la anterior, presentado de forma clara, sencilla y exhaustiva. Imprescindible para cualquier biblioteca jurídica.



LA LEY
grupo Wolters Kluwer

ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR
TEL.: 902 250 500 / INTERNET: <http://tienda.laley.es>

nes efectuadas en un ámbito de especial confianza, como, por ejemplo, la confidencialidad de las comunicaciones que un cliente le hace a su asesor financiero o a su confesor religioso.

En quinto lugar, en el proceso criminal, el reo o acusado tiene derecho a no testificar o ser interrogado en absoluto, esto es: a diferencia de cualquier otra persona, el reo no puede ser obligado a prestar testimonio en el procedimiento. Para garantizar la eficacia de este privilegio, el derecho de la mayoría de las jurisdicciones anglosajonas prohíbe que el jurado y el Juez efectúen inferencias o presunciones perjudiciales para el reo por el solo hecho de que éste se haya negado a testificar: la decisión de no declarar no se puede tomar, así pues, como la base expresa o implícita para establecer la responsabilidad del reo. Es frecuente que un juicio penal el Juez dé órdenes detalladas a los jurados sobre este particular.

4. La prueba testifical

Como regla general, cualquier testigo que pueda facilitar información relevante y sustancial sobre el caso puede testificar en un proceso federal estadounidense. Para ello, basta con que su testimonio se anuncie con la debida antelación, dando así a la contraparte la oportunidad de preparar el interrogatorio.

En principio, durante su comparencia ante el jurado, el testigo está sujeto a preguntas de la parte que la solicitó (interrogatorio directo), preguntas de la otra parte (interrogatorio cruzado) y, en casos relativamente excepcionales y si quedaran cuestiones dudosas, preguntas del propio Juez (interrogatorio judicial). El jurado, como regla, no puede interrogar a los testigos.

Antes de comparecer ante el Juez y el jurado, el testigo tiene derecho a reunirse con sus abogados y con los abogados de la parte que ha propuesto que testifique, con el objeto de prepararse para —e incluso ensayar— su testimonio oral. Ahora bien, los abogados no pueden dictarle al testigo sus respuestas ni indicarle cuáles son las respuestas «correctas» a las preguntas que pueda recibir. De ahí que la reunión preparatoria con los abogados se suela centrar en ensayos en los que al testigo se le explica la mecánica y formas del testimonio más que su fondo o sustancia. En todo caso, y para salvaguardar la independencia de su testimonio, es perfectamente admisible que se le ordene al testigo explicar al jurado en qué han consistido —y qué se ha comentado durante— sus reuniones preparatorias con abogados.

Como regla, el testigo tiene que expresarse de viva voz y sin apoyo documental ante el jurado. Sin embargo, si el testigo así lo solicita y las circunstancias lo aconsejan, se le puede permitir el uso de notas que le «refresquen» la memoria. Esas notas están sujetas a examen por el Juez, el jurado y las partes.

Aunque la valoración de la prueba es libre en el sistema anglosajón y el jurado no tiene de por sí ninguna obligación de creer al testigo, la parte interesada puede naturalmente presentar prueba tendente a desvirtuar lo afirmado por éste si cree que con ello contribuye a desacreditar su testimonio ante los ojos del jurado. Esto se puede hacer mediante la presentación de prueba que contradiga lo afirmado por el testigo o mediante la presentación de prueba que cuestione la credibilidad del testigo. A este último tipo de prueba se lo conoce como *impeachment* y está regulado en detalle en el art. VI de las FRE.

El *impeachment* puede consistir, entre otras cosas, en la presentación de prueba que acredite que el testigo se ha contradicho o incluso en la presentación de pruebas tendentes a cuestionar al carácter del testigo, tales como pruebas de que el testigo ha sido anteriormente condenado por perjurio, de que el testigo no es considerado como alguien veraz por sus familiares y amigos o incluso de que el testigo tenía un motivo —por ejemplo la esperanza de una ganancia económica o de un beneficio penitenciario— para testificar de un cierto modo en el juicio.

5. La prueba pericial

El Derecho estadounidense tradicionalmente exigía que los peritos se pronunciaran solo sobre hechos que hubieran tenido ocasión de verificar directamente y que no dieran opiniones, es decir, que se manifestaran solo sobre cuestiones técnicas absolutamente indubitadas. La situación ha cambiado en la actualidad y hoy el artículo VII de las FRE permite a los peritos dar opiniones o expresar su parecer si previamente se cumplen dos requisitos, a saber: que el Juez autorice la emisión de una opinión y que la opinión se exprese en términos claros, dejando de manifiesto que lo que el perito dice no es un hecho probado, sino solo su parecer profesional. Se trata con ello de minimizar el riesgo de confusión o prejuicio del jurado.

Al igual que sucede en la mayoría de los sistemas europeos, los peritos lo son a menudo de parte, esto es: en el Derecho anglosajón es infrecuente que el Juzgado nombre directamente a un perito —esto solo suele suceder cuando la pericial de parte ha sido insuficiente o no ha permiti-

do extraer conclusiones firmes—. Así pues, lo normal es que sean las partes quienes presenten a sus propios peritos y permitan que éstos sean interrogados por las partes ante el jurado.

Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede en los sistemas europeos, los peritos no siempre emiten un informe escrito antes de testificar ante el jurado. En su lugar, la base de la prueba pericial es a menudo la opinión expresada por el perito durante las «deposiciones» antes mencionadas —cuya transcripción se puede aportar como copia ante el jurado— y durante el juicio o audiencia probatoria.

Al igual que un testigo, el experto está sujeto a *impeachment* y a interrogatorio directo y cruzado, así como a preguntas del Juez en casos relativamente excepcionales.

6. Credibilidad

Aunque el jurado es normalmente la autoridad última que considera si un determinado medio de prueba resulta creíble o no, el Juez puede rechazar la práctica de la prueba cuya credibilidad es claramente cuestionable. Esta regla tiene dos aplicaciones, según se trate de prueba testifical y pericial o de prueba documental.

Si la prueba es testifical o pericial, el Juez debe prohibir declaraciones en las que el testigo o el perito se pronuncie sobre hechos de los que no tenga un conocimiento directo. Es decir, el Juez debe prohibir que el Juez o testigo «hablen de oídas». Así, por ejemplo, el Juez puede ordenar que se elimine de la transcripción del juicio o audiencia probatoria la frase de un testigo en la que éste afirma que el reo confesó haber cometido el delito cuando esta frase se ofrece como prueba de la comisión del delito. El Juez también puede ordenar que se elimine o inadmita, según proceda, la declaración de un perito que se vaya a pronunciar sobre un campo del saber en el que carece de experiencia o conocimientos.

Aunque hay algunas excepciones a estas reglas, las FRE tienden a enfatizar la necesidad de que el testigo haya experimentado los hechos sobre los que testifica y que el perito pueda presentar credenciales suficientes para asegurar que conoce la materia de que habla.

Si la prueba es documental, es como regla necesaria presentar el documento original de que se trate. En determinadas circunstancias, también son admisibles copias certificadas. La autenticidad documental es un tema particularmente complicado cuando la prueba está en soporte de audio o informático. En estos

casos, es frecuente que, para establecer la autenticidad de la prueba, el Juez autorice la práctica de pericias tendentes a demostrar que el documento es legítimo y no ha sido alterado.

En este orden de cosas, y en material civil fundamentalmente, es relevante la llamada *parol evidence rule* o lo que es lo mismo: la regla sobre la prueba oral. Esta regla es un rasgo distintivo del sistema anglosajón. En su virtud, cuando se haya presentado un documento cuyo contenido sea claro o manifiesto, el Juez no podrá admitir la práctica de prueba tendente a demostrar que las partes efectuaron modificaciones orales al contenido de ese documento. Esta regla, que es de gran importancia en litigios que versan sobre la interpretación de documentos —tales como contratos, documentos, etc.—, es de origen jurisprudencial y no legal. La sentencia judicial que la enunció en su forma moderna fue *Pacific Gas & Elec. Co. v. G. W. Thomas Drayage Co.*, 69 Cal. 2d 33 (1968). Aunque muy útil en la práctica, la regla ha sido criticada en jurisdicciones que consideran la voluntad de las partes —aunque no esté escrita— es un factor relevante en la interpretación contractual.

VI. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA PRUEBA EN EL RÉGIMEN FEDERAL ESTADOUNIDENSE

Como regla, hay tres momentos o fases procesales en el proceso federal durante las que las partes pueden debatir —y el Juez puede tener que decidir sobre— la admisibilidad y práctica de la prueba. En primer lugar, y sujeto a ciertas excepciones, es necesario que antes del juicio o audiencia probatoria, las partes identifiquen los principales medios probatorios de que desean valerse. Se desea evitar con ello que puedan producirse «emboscadas» durante el día del juicio y que las partes no tengan tiempo para preparar el examen y refutación de la prueba presentada. Esta fase anterior al juicio es esencial, porque es en ella cuando las partes pueden evitar que el jurado vea u oiga ciertas pruebas. Así, por ejemplo, en un juicio civil, por producto defectuoso, es normal que el demandante desee introducir prueba que demuestre que el demandado ya ha sido condenado en otros procedimientos por mal funcionamiento del mismo producto. El demandado, por su parte, preferirá excluir esta prueba del juicio. Eventualmente, deberá ser el Juez quien decida sobre esta cuestión antes de que se abra el juicio o audiencia y después de valorar si la admisión de la prueba puede llevar al Juzgado a prejuzgar de acuerdo con los criterios que se han expuesto anteriormente.

En segundo lugar, durante el juicio es frecuente que se planteen objeciones después de que una parte plantee preguntas a un experto o testigo o de que haga afirmaciones relativas a ciertos documentos. En principio, el Juez debe aceptar o desestimar la objeción de acuerdo con los criterios que han referido en secciones anteriores. Además, las preguntas capciosas, tautológicas o que llevan insita su propia respuesta no están permitidas en el interrogatorio directo, pero sí en el interrogatorio cruzado. En el interrogatorio cruzado, sin embargo, es frecuente que el Juez limite el tono y hostilidad de las preguntas que se dirigen al experto o al testigo.

Finalmente, y en tercer lugar, la materia probatoria es objeto de revisión en apelación. En concreto, para que una cuestión probatoria pueda dar lugar a la anulación de la sentencia de instancia, es necesario que, en efecto, se haya infringido una norma probatoria y que esa infracción o bien haya llevado a la quebrantación de un derecho fundamental de una de las partes, o bien haya sido determinante del modo en el que finalmente se resolvió el proceso.

VII. ALGUNAS CONCLUSIONES Y LECCIONES

El régimen probatorio anglosajón es notablemente diferente del civil o continental y, sin duda, resulta posible extraer algunas conclusiones de estas diferencias. Así:

1. En el mundo anglosajón, la existencia de una teoría general probatoria —aplicable a prácticamente todos los tipos de procedimientos judiciales— facilita la seguridad jurídica y elimina focos de incertidumbre.

2. Lo mismo sucede con la detallada codificación de los criterios probatorios. Aunque el Juez conserva en el proceso estadounidense una cierta discrecionalidad, el Derecho dicta los criterios que el Juez debe considerar antes de admitir o inadmitir una prueba y estos criterios son generalmente aplicados. Abogado y cliente conocen antes de llegar a juicio con qué criterios serán evaluadas sus posiciones. Factores como la identidad y caracteres del Juez o de los jurados resultan así menos relevantes. De hecho,

esta «codificación» de la materia probatoria se cita ocasionalmente como una de las causas de la alta tasa de transacciones que suelen poner fin al proceso en Estados Unidos: si las partes ya tienen una idea definida de cómo se les va a tratar —y de qué prueba se va a poder presentar— durante el juicio o audiencia probatoria, el resultado final del proceso resulta más fácil de anticipar... y de evitar con una transacción.

3. La disociación entre la persona que se pronuncia sobre la admisibilidad de la prueba (el Juez) y la persona que decide el fondo de la controversia (el jurado) disminuye el riesgo de prejuicio en el mundo anglosajón. El jurado no llega a conocer nunca el universo de cuestiones y medios probatorios que se consideran y tiende a centrar su atención en los hechos del caso concreto que se presenta para su consideración.

4. El sistema probatorio anglosajón hace énfasis en la prueba oral. Aunque la prueba documental es sin duda también relevante, las reglas probatorias más sustanciales se refieren a aquello que el jurado puede o no puede oír de boca de los testigos y expertos. Este énfasis en

la oralidad y en la inmediatez tiende a agilizar el proceso.

5. El Derecho anglosajón desconfía, probablemente de forma sana y comedida, de ciertos aspectos de la naturaleza humana. Por eso limita la cantidad de información que puede recibir el jurado y enfatiza la práctica de la prueba estrictamente relevante y conducente; por eso también establece numerosos controles —antes, durante y después del juicio— para asegurar que la prueba ha sido correctamente presentada y practicada. Estos controles se efectúan habitualmente con rapidez y eficacia. El resultado práctico suele ser un tasa de anulación en apelación muy inferior a la que normalmente se encuentra en los sistemas civiles.

6. Finalmente, el sistema federal estadounidense es revisado y actualizado periódicamente por una comisión permanente de expertos que propone reformas legislativas en vista de las más recientes tendencias prácticas y jurisprudenciales. De ahí que las FRE se encuentren generalmente actualizadas y tengan sensibilidad para con las técnicas forenses más actuales. ■

Revista de Derecho CONCURSAL Y PARA CONCURSAL

Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

Dirección: Juana Pulgar Ezquerro



La primera revista del mercado especializada en Derecho Concursal, presidida por Manuel Olivencia Ruiz.

La suscripción ANUAL incluye DOS MONOGRAFÍAS sobre temas de la máxima actualidad sobre Derecho Concursal, y dos números de la revista de 500 páginas aproximadamente.

 LA LEY
grupo Wolters Kluwer



INFÓRMESE EN NUESTRO
SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:
902 250 500 tel. / 902 250 502 fax
clientes@laley.es / www.laley.es

PROMOCIÓN ESPECIAL PARA SUSCRIPTORES

CD-ROM RECOPIULATORIO
Las 10 primeras revistas editadas desde el año 2004

EL MEJOR PRECIO

Por ser suscriptor, disponga de una recopilación de todos los 10 primeros números de la revista editados en formato electrónico y tendrá toda la información en materia concursal desde su inicio, a un precio excepcional.





Práctica Forense

Lo que vale un perito

LA LEY 1260/2011

Lo que vale un perito

Rafael ORELLANA CASTRO

Abogado, perito calígrafo. Presidente de la Asociación Catalana de Peritos Judiciales y miembro del Equipo Académico del Instituto de Probática y Derecho probatorio de ESADE

Reflexiones acerca del coste del informe pericial desde la óptica del perito para entender mejor la situación del colectivo de expertos que trabajan ante los Tribunales de Justicia.

En primer lugar, la cuantía de los honorarios periciales es una cuestión que, en ocasiones, se hace difícil de fijar. Sin perjuicio de la libertad de pactos, el perito debe basarse en unos criterios tangibles, como el tiempo dedicado, la dificultad o complejidad del encargo, la intensidad de la dedicación, la urgencia y la utilización de material específico (1), aunque una aplicación automática de estos criterios puede llegar a provocar algunas distorsiones por exceso o defecto en su remuneración final. Así, en un proceso judicial de escasa cuantía en el que se ha acordado una prueba pericial difícil o compleja (por ejemplo, valorar una gran cantidad de objetos de escaso valor), el precio del peritaje puede resultar desorbitado con relación a la cuantía del procedimiento. De ahí que surja la cuestión de si el perito, a la hora de cuantificar su trabajo en euros, deba o no considerar las circunstancias económicas del asunto en el que interviene. En casos como el expuesto, considero razonable que el perito tenga en cuenta la escasa relevancia económica de pleito como factor reductor de su remuneración. Pero nos podemos encontrar con el caso opuesto: la realización de un dictamen pericial de complejidad ordinaria, pero enmarcado en un asunto de cuantía muy elevada, en el que, además, la resolución del caso va a depender en gran medida del contenido de nuestro dictamen. ¿Debe aquí el perito ceñirse a cobrar exclusivamente por las horas dedicadas, o bien la alta cuantificación económica del asunto debe ser un corrector al alza? Entiendo que aquí el experto asume un evidente plus de responsabilidad, lo que le permite

perfectamente justificar el incremento de su minuta. La referencia a la responsabilidad que asume el perito se entiende mejor ante un escenario de reclamación contra él: en asuntos de cuantía elevada, se encontrará ante una situación mucho más delicada y gravosa que en un proceso de escasa cuantía, lo cual ha de tener un traslado en su minuta.

La comparación con la situación de los abogados puede servirnos. La libertad de pactos sobre honorarios es la regla principal de acuerdo con lo previsto en la disp. adic. 4.ª L 2/1974, de Colegios Profesionales (modificada por el art. 5 L 25/2009, Ómnibus), pero este colectivo también puede considerar a la cuantía real del asunto para fijar sus honorarios (2). Por tanto, si para el abogado este criterio es admitido, no encuentro razón para denegarlo al perito a la hora de tasar sus honorarios.

Esta situación nos lleva al interesante debate de si la minuta del perito puede superar a la del abogado en un asunto en el que ambos intervienen. En ocasiones, el argumento que se da al experto para instarle a reducir sus honorarios es que no puede cobrar más que el letrado que lleva el asunto. Si bien es cierto que, normalmente, el abogado asume el importante papel de director, puede ocurrir que aquél haya realizado un trabajo ingente y fundamental para la resolución del caso con respecto al cometido del abogado. Me estoy imaginando una auditoría de cuentas compleja en la que se hace necesario valorar y examinar múltiples empresas, donde el abogado está a la expectativa del resultado de las complejas opera-

ciones económicas del experto. En casos como el aquí expuesto, entiendo que puede perfectamente admitirse una contraprestación superior del perito con respecto a la del abogado y, en cualquier caso, considero que nuestro techo no tiene por qué ser la factura del abogado.

Adentrándonos de lleno en la prueba pericial de designa judicial, quiero referirme a la tan manida figura de la provisión de fondos del art. 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Algunas sentencias de Audiencias Provinciales han venido aceptando que la solicitud inicial de provisión de fondos se ajuste a la previsible liquidación final (3). Todo y que esta interpretación ha sido cuestionada por algunos autores (4), no cabe duda de que ha supuesto una ventaja importante para el colectivo de peritos, lo que ha revertido sin duda en una Justicia más ágil. ¡Cuántos peritos de designa judicial habrán temido por el cobro del resto de sus honorarios al entregar un dictamen con conclusión adversa al solicitante de la prueba! Porque hay casos en los que la necesidad de una prueba pericial surge de manera sorpresiva, y el abogado puede verse obligado a solicitarla en sede de audiencia previa del procedimiento ordinario sin que su cliente tenga conocimiento (5), y, por ende, no haya podido dar su visto bueno explícito a la asunción del coste que esta prueba le va a suponer. Consecuentemente, si la prueba solicitada, acordada y emitida, no le es favorable, el pago del resto de honorarios periciales (descontada la provisión de fondos, que ya debió ser depositada) podrá ser cuestionado, o incluso rechazado, como pasa con demasiada frecuencia.

A la vista de la problemática que se plantea al perito de la práctica forense consolidada y admitida, y para despejar cualquier duda, sería útil proponer

al legislador una modificación del redactado actual del art. 342.3 LEC, de manera que se eliminara el concepto de provisión de fondos como cantidad a cuenta, y sustituirlo por el de «liquidación final», es decir, que se depositara por la parte peticionaria de la prueba la cantidad total solicitada por el perito. Esta cantidad solo podría entregarse al perito por el Juzgado una vez hubiera emitido su dictamen en sede judicial, tal y como regula el art. 346 LEC. Además, el depósito de la cantidad total de los honorarios solicitados reforzaría la garantía de independencia y objetividad del perito del art. 335.2 LEC frente a las partes y frente al Tribunal, pues los honorarios íntegros quedarían asegurados *ab initium*, y se despejaría cualquier sospecha de permeabilidad del perito con los criterios sustentados por la parte solicitante de la prueba pericial. De la misma manera, el que el perito de designa judicial pudiera asegurarse sus honorarios totales en el momento de la aceptación del cargo compensaría la desprotección que tiene para poder exigir su retribución. Y es que se hace preciso recordar que, de todos los intervinientes en cualquier proceso judicial, el perito es el que menor amparo tiene en nuestra actual Ley adjetiva a la hora de reclamar su minuta: así, los abogados y los procuradores de los Tribunales gozan de medios privilegiados en la LEC para ejecutar sus minutas, e incluso los testigos llamados a un juicio pueden acudir a la vía de apremio del art. 375 LEC para ser indemnizados de los gastos y perjuicios ocasionados. En cambio, el perito, siendo como es una pieza fundamental para la correcta administración de justicia, no goza de mecanismos ejecutivos o inmediatos que le aseguren el cobro efectivo de sus honorarios.

En cualquier caso, entiendo que el derecho del perito a asegurarse sus ho-



norarios al inicio de su intervención no tiene por qué cercenar el derecho de la parte a la prueba que le ha sido admitida. Si se dispone de mecanismos que

la cantidad que solicita en el momento inicial es la adecuada, ambos derechos deberían convivir en paz.

Tras un año de aplicación de esta regulación, se comprueba que el perito judicial reconocido, experimentado y acostumbrado a comparecer ante los Tribunales, que hace de ello su profesión y no una actividad secundaria, rechaza pertenecer a las actuales listas de oficio, a la vista de la ínfima remuneración que percibe

aseguren que el perito va a cumplir su cometido en el plazo marcado y que

Otro punto interesante es el de los peritajes cuyos honorarios van a cargo de la Administración. Así, cuando el solicitante de la prueba pericial en un procedimiento civil ha obtenido el derecho a litigar de acuerdo con lo dispuesto en la L 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, o, entre otros supuestos, cuando el Ministerio Fiscal o el propio Juez solicitan una prueba pericial llamada «de oficio» en la jurisdicción penal. La reciente Orden JUS/419/2009, de 17 de septiembre, relativa al pago de peritajes judiciales a cargo del Departamento de Justicia de la Generalitat

de Catalunya (6), ha pretendido atajar el descontento arrastrado desde hace años por el colectivo de peritos, que llegaban a cobrar sus minutas cuando acreditaban al órgano pagador de la Administración que éste debía asumir su pago, lo cual podía tardar años en resolverse desde que se emitió el dictamen. El art. 6 de esta Orden ha instaurado en Cataluña la prevalencia del sistema de «pago avanzado» del peritaje, que se hace efectivo al cabo de unos meses desde la entrega del dictamen ante el Juzgado, y sin esperar otros requisitos adicionales. En contrapartida, los honorarios «avanzados» han quedado preestablecidos por el Departamento de Justicia en base a una escala con unas cuantías muy reducidas. Tras un año de aplicación de esta nueva regulación, se está comprobando que el perito judicial reconocido, experimentado y acostumbrado a comparecer ante los Tribunales,

que hace de ello su profesión y no una actividad secundaria, rechaza pertenecer a las actuales listas de oficio, a la vista de la ínfima remuneración que percibe. Consecuentemente, existe el riesgo que las listas de peritos de oficio de algunas especialidades puedan quedar vacías.

Este escenario plantea dudas acerca de la eficacia del servicio público de Justicia y del acceso de todos los ciudadanos (con o sin justicia gratuita) a los servicios periciales en las mismas condiciones, lo cual afecta al principio de tutela judicial efectiva. Considero, pues, que debería encontrarse un mejor y más justo equilibrio entre el interés legítimo de los peritos a percibir unos honorarios justos, y la comprensible obligación de la Administración a utilizar los recursos públicos de la manera más eficiente posible. ■

NOTAS

(1) Estos criterios aparecen recogidos en el art. 8.3 del «Código deontológico y de buenas prácticas» de la Associació catalana de perits judicials i forenses col·laboradors de l'Administració de Justícia www.perits.org.

(2) Por ejemplo, «Criterios orientadores en materia de honorarios profesionales a los exclusivos efectos de la tasación de costas y jura de cuentas», aprobados por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, en fecha 21 de diciembre de 2009.

(3) SAP Girona, Secc. 1.ª, de 12 de abril de 2010; SAP Madrid, Secc. 18.ª, de 23 de julio de 2007.

(4) IZQUIERDO BLANCO, Pau y GÓMEZ LÓPEZ, Eduardo, *El coste del dictamen pericial. Especial*

consideración de la provisión de fondos, vlex 2009.

(5) Por ejemplo, art. 427.1 y 2 LEC.

(6) DOGC 5474, de fecha 30 de septiembre de 2009.

El procedimiento de disolución y liquidación en la Ley de Sociedades de Capital

NUEVO



Autor:
Jorge Moya Ballester

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar el nuevo régimen relativo al procedimiento de disolución y liquidación que la Ley de Sociedades de Capital introduce. Según se pone de manifiesto en la exposición de motivos del RD Leg. 1/2010, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC, uno de los objetivos prioritarios que se pretendía alcanzar era la debida armonización entre las distintas sociedades de capital en lo relativo al procedimiento de disolución y liquidación.

A la hora de abordar el estudio de las causas de disolución, cabe destacar que en el presente trabajo se ha seguido la novedosa sistemática que introduce la LSC, que agrupa las causas de disolución en torno a los distintos modos de operar.

Así, se dedica una sección a la disolución de pleno derecho; otra a la disolución por acuerdo de la junta; y finalmente una tercera a las causas que requieren de constatación por parte de la junta general o en su defecto por la autoridad jurisdiccional.

Encuadernación: Rústica / **Páginas:** 224 / **ISBN:** 978-84-8126-797-6



Práctica Forense

Reglas básicas para un correcto dictamen de arquitecto

LA LEY 1261/2011

Reglas básicas para un correcto dictamen de arquitecto

Víctor FANLO PUNTER
Arquitecto

Las siguientes reflexiones pretenden ser una primera aproximación a lo que debemos entender como dictamen pericial de arquitecto en un proceso judicial.

Un perito arquitecto es un experto, un profesional que tiene experiencia. perito es aquella persona que sin ser parte, emite declaración sobre datos de carácter procesal con la finalidad de crear (provocar) la convicción judicial en un determinado sentido.

A) El perito debe tener muy presentes las siguientes reglas básicas:

a) Un perito no es un Juez.

b) Un perito ha de ser objetivo y capaz de entender o interpretar la situación en que se encontraron los sujetos intervinientes en una obra y transmitirla al Juez.

c) Un perito justiciero es merecedor de que se le aplique con toda la fuerza de la Ley las más graves responsabilidades deontológicas, ya que es reo de la peor de las faltas contra la ética: la de dañar a un compañero rehuendo su propia responsabilidad. Un perito que participe en la «cuota litis» es merecedor de la más dura de las sanciones deontológicas.

d) La Justicia es imperfecta. La construcción es un proceso imperfecto. El perito al igual que el Juez lo saben. El perito no es una pieza destinada a mejorar el proceso constructivo, sino un instrumento para determinar puntualmente el cumplimiento de la norma y de la *lex artis*.

e) La objetividad sana y prudente es la base de toda pericia.

f) La pericia de parte no da derechos especiales de persecución y denuncia.

El perito ha de ser igualmente objetivo en la pericia de una parte que en la pericia procesal. No se puede admitir un concepto mercenario del perito.

La colaboración con la Justicia exige que el perito sea capaz de asumir su propia cuota de responsabilidad. No hay pericia sin riesgo profesional.

g) El perito debe respetar la facultatividad del arquitecto proyectista o director de una obra, siempre que dicha facultatividad esté amparada en la «lex artis» o en la permisibilidad de la Norma.

h) Confundir corporativismo con objetividad es un error propio de peritos críticos que miden la objetividad con rasero propio, que es lo mismo que medirla con subjetividad.

i) El peor perito es el ignorante.

B) En segundo lugar, es obligación del arquitecto perito, prometer o jurar, decir verdad y, en consecuencia, está obligado a actuar con *objetividad, imparcialidad, concreción y sobre todo independencia*.

La práctica de la pericia de la que el perito es el actor fundamental sirve para orientar al Juez, propiciar la formación de criterio y su convicción sobre los hechos que se someten a juicio. En consecuencia, el Juzgador es el «cliente intelectual del perito», y hemos de tener en cuenta que los Jueces apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, y la fuerza probatoria de un dictamen pericial reside, esencialmente, no en las afirmaciones, ni en la condición o categoría de su autor, sino en la

mejor o peor fundamentación o razón de ciencia.

En un dictamen que versará sobre patologías constructivas, deberíamos tener en cuenta que la utilización del lenguaje y la expresión escrita son fundamentales, ya que el fondo del mismo debe ser convincente e inteligible.

Un ejemplo de lenguaje tendencioso y carente de objetividad, sería el siguiente: «La cimentación del edificio no está armada» (el perito omite decir que tampoco dicho armado era necesario, dando lugar a una interpretación equívoca de su apreciación).

Ejemplo de lenguaje poco preciso: «Los desperfectos detectados en el salón de la vivienda ático 2.ª se reproducen en el resto de departamentos del inmueble, según manifestaciones del presidente de la comunidad» (este tipo de manifestaciones son a menudo detectadas por los operadores jurídicos y redundan en una descalificación inmediata del trabajo del perito).

Asimismo, debemos dejar claras algunas definiciones que suelen confundirse con cierta frecuencia en los dictámenes de las partes actoras o de peritos poco experimentados, como son: la diferencia entre fisura y grieta, y para ello vamos a definir lo que, según nuestro criterio, es una u otra cuestión.

Aunque no sea sencillo delimitar la frontera entre fisura y grieta, debe establecerse que una fisura es una lesión superficial, cuyo límite puede estar en el milímetro, y que no implica la pérdida de función del elemento fisurado, pero puede venir ocasionado por la pérdida de función de un elemento estructural (fisura en falso techo provocada por deformación de las vigas); mientras que una grieta la consideraremos a partir del milímetro de separación y cuya lesión puede afectar, o no, a la pérdida de función del elemento, puede existir pérdida de masa del elemento y afectar a la impermeabilidad o a la resistencia del mismo.

Como ejemplo didáctico, nos permitiremos la licencia de explicarlo con palabras sencillas:

Una fisura es un rasguño en la piel del ser humano, que se soluciona con una simple tirita. Una grieta es un corte inciso en la carne de un ser humano y que debe ser solucionado mediante la sutura de la herida.

Al haber abordado cuestiones sobre dictámenes de patología constructiva o lesiones en la edificación, debemos también tener muy en cuenta, porque suele confundirse, que un dictamen pe-

ricial no es un proyecto de reparación y, por lo tanto, es aconsejable que dentro del cuerpo del dictamen pueda añadirse una frase como la que a continuación reproducimos que aclara de forma contundente que un dictamen no puede constituir proyecto de reparación.

«Las distintas reparaciones sugeridas en este dictamen no constituyen proyecto de reparación ni memoria del mismo correspondiendo en todo caso a los técnicos y/o empresa constructora que proyecten, dirijan o realicen las reparaciones que se estimen apropiadas, el garantizar el perfecto funcionamiento de las mismas al fin que se destinen en cada caso».

Además, tenemos que entender y hacer entender, que nuestros dictámenes técnicos van dirigidos a juristas y que, si bien han de tener una base sólida y técnica, han de ser comprensibles, sino, una vez más, dichos dictámenes no servirán para nada.

Como ya hemos dicho al inicio de este artículo, jamás el perito debe convertirse en el Juez del procedimiento y debe evitar el uso de expresiones gratuitas como algunas que, a nivel de ejemplo expondremos y que han sido extraídas de dictámenes o de aclaraciones de juicios reales, recopiladas en su día por el maestro de peritos, el arquitecto DALF, Sr. D. Agustín Borrell i Calonge (q.e.p.d.).

«Las flechas del forjado incumplen la norma polaca de cálculo, que es la que mejor tiene definida el cálculo de flechas y no puede superar entre 1/1000 y 1/3000 de la luz, las previsiones de las normas españolas son insuficientes, algo que cualquier arquitecto normal sabe perfectamente (...)».

«Si se hubiera extremado la vigilancia de la ejecución de la obra por parte de los técnicos directores, arquitecto y aparejador solidariamente, se hubiera evitado descalzar la casa vecina (...)».

«El edificio ha de ser demolido, ya que cualquier reparación o refuerzo, puede provocar cambios en su aspecto. Son prótesis que no deben ser admitidas (...)».

C) Todo lo que acabamos de indicar tiene relación con la Deontología y la actitud profesional de un arquitecto y ello se abordó en el I Congreso Nacional de la Unión de Arquitectos Peritos y Forenses de España, que tuvo lugar en Santiago de Compostela en diciembre de 1999, siendo hoy plenamente vigente las consideraciones que pasamos a reproducir. Estas infracciones son las siguientes:

La falta de objetividad y de comprobación razonable de los hechos objetivos

manifestados, sobre las actuaciones profesionales de otros arquitectos.

La inexactitud grave en la aplicación de normas, especialmente si se trata de actuaciones de las que se puedan derivar graves perjuicios a otros arquitectos o a terceros.

La falta de información imprescindible para la realización de un trabajo profesional, de la cual pueda derivarse un perjuicio para otros arquitectos o para terceros.

El incumplimiento del deber de intentar comunicarse con otro arquitecto, cuando se haya recibido el encargo de realizar un informe que pueda afectar a su actuación profesional. Se entenderá intentada la comunicación si se ha utilizado cualquier medio de comunicación fehaciente o por mediación del Colegio.

La parcialidad grave en actuaciones profesionales, especialmente si de las mismas se puede derivar un perjuicio para otro arquitecto.

El acceso a una obra, en curso, que esté bajo la dirección de otro arquitecto sin conocimiento de éste, especialmente si tiene por objeto informar sobre su actuación profesional.

Toda actuación indebida que pueda afectar a la dignidad personal o profesional de otro arquitecto se entenderá que afecta a la dignidad profesional, toda manifestación de palabra o por escrito que cuestione su competencia y dedicación profesional, sin pruebas objetivas, así como el uso de descalificativos personales en todo caso.

La aceptación de encargos que comporten dictaminar sobre actuaciones profesionales de arquitectos u otros agentes intervinientes a sabiendas de no ser suficientemente competente en la materia que se dirime.

El Colegio de Arquitectos de Cataluña las incorporó, entre otras, al Reglamento general de su normativa deontológica.

Como resumen a lo que estamos indicando, entendemos que el perito arquitecto debe ser el traductor simultáneo *in situ* en un reconocimiento judicial. Responder a lo que se nos pregunta de forma concreta, fácilmente comprensible y rápida, y no entrar en vaguedades ni suposiciones.

Debemos tener en cuenta siempre que el técnico busca la verdad técnica e imparcial y que el dictamen del perito es «la cámara de vídeo, o los ojos» del Magistrado que le permiten «ver», todo aquello que por tener una componen-

te técnica, es borroso a la vista de un jurista.

Debe exigirse a las Administraciones Públicas una mayor coordinación y responsabilidad a la hora de litigar entre ellas mismas, de tal manera que sepan resolver sus conflictos por vías extrajudiciales; ello seguro que propiciará una protección mayor y mejor de los intereses de la ciudadanía

No solamente los dictámenes periciales de arquitecto se refieren a lesiones en la construcción sino que pueden versar sobre relaciones de vecindad, servidumbres e inmisiones, planeamiento, licencias, ejecución de sentencias y también sobre urbanismo y valoraciones, que es el otro gran grupo, sobre todo en temas relacionados, ya no tanto con los Juzgados de Primera Instancia, sino con los Tribunales Contencioso-Administrativo, Audiencias Provinciales y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Así como anteriormente hemos dado unas pinceladas en el tema de dictámenes de patologías, sobre los de urbanismo o valoraciones tan solo indicar, de una forma breve, que es fundamental que en dichos documentos se aporte la información básica sobre el tema que se está desarrollando y en relación a la finca en concreto, indicando fundamentalmente de qué finca registral se trata, el número de la misma, el tomo, el libro, el folio, el registro, la inscripción, el propietario, la superficie o superficies que vamos después a analizar urbanísticamente, o a valorar, y como cuestión trascendental no debemos olvidar nunca que en un dictamen urbanístico o de valoración urbanística debe quedar con toda claridad indicada *la fecha en la que se efectúa la valoración*.

Al igual que antes hemos enunciado las conclusiones del I Congreso de 1999, en las VII Jornadas entre el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, celebradas en Palma de Mallorca en 2009, sobre la Ordenación Territorial, Urbanismo y Valoraciones, las conclusiones fueron:

Es precisa una refundación del urbanismo a los antiguos principios (salubridad y calidad de vida, entre otros), recuperando la transcendencia de la ciudad compacta tradicional como motor de actividades humanas.

Es imprescindible que en materia urbanística se cuide y perfeccione la técnica legislativa por parte de todos aquellos órganos que tienen potestades en este ámbito para conseguir la mayor seguridad jurídica posible.

En concreto:

Se debe limitar la utilización de conceptos jurídicos indeterminados susceptibles de generar interpretaciones diversas y encontradas. Además, conviene que se recojan definiciones claras y precisas, pues ello facilitará que el administrado pueda conocer con mayor precisión los límites de sus derechos y la extensión de sus obligaciones.

La legislación, con independencia de su ámbito, debe consagrar principios claros e invariables, que en modo alguno admitan su elusión o desnaturalización mediante desarrollos normativos que acaben por tergiversarlos o, incluso, eludirlos por la vía de la excepción.

Debe restringirse la excesiva actividad legislativa, propia de esta materia en los últimos años, dada la inseguridad e incertidumbre que genera, amén de las soluciones contradictorias a que da lugar a la hora de aplicar a las mismas situaciones normas sucesivas en el tiempo.

No resulta razonable que para definir o regular idénticas realidades se utilicen denominaciones distintas. Urge que se sienten las bases precisas para que se lleve a efecto una unificación terminológica que clarifique la totalidad de la normativa aplicable en el Estado, con independencia de su ámbito territorial. Resulta imprescindible alcanzar una unificación semántica con relación a conceptos fundamentales objeto de regulación, especialmente en el ámbito autonómico.

Es imprescindible que en el desarrollo reglamentario previsto se clarifiquen los aspectos técnicos que en el redactado de la Ley pueden originar interpretaciones dispersas o confusas. A estos efectos, es urgente poder disponer de la norma reglamentaria a la mayor brevedad.

Conviene preservar y potenciar la participación ciudadana en todos aquellos procesos urbanísticos que, de modo directo o indirecto, conlleven una afectación a sus intereses; ello, sin duda, dotará de una mayor transparencia a aquéllos en unos momentos en los que la desconfianza e inquietud de los administradores es creciente. En este ámbito, se quiere recordar la importancia

que puede tener el ejercicio de la acción pública.

Debe exigirse a las Administraciones Públicas una mayor coordinación y responsabilidad a la hora de litigar entre ellas mismas, de tal manera que sepan resolver sus conflictos, con independencia de su naturaleza, por vías extrajudiciales; ello seguro que propiciará una protección mayor y mejor de los intereses de la ciudadanía y no agravará la situación en la que se encuentran la mayor parte de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Resulta ineludible que los Colegios de Arquitectos seleccionen y especialicen a aquellos colegiados que deseen actuar como peritos judiciales. La complejidad de su cometido, unida a la necesidad de que el desempeño de su función sea fiel y acertado (tanto para el propio profesional como por su incidencia en el prestigio y reconocimiento de la profesión), hace necesario que solamente aquellos colegiados que se encuentren en disposición de hacerlo —entendiendo este concepto no solo en términos de voluntariedad, sino también como sinónimo de preparación, experiencia y cualificación— puedan formar parte de aquellas listas que deben ser presentadas conforme a la normativa procesal aplicable.

Solo de este modo se estará en condiciones de colaborar con la Administración de Justicia en la importante función de auxiliar a Jueces y Tribunales, sentando las bases para que los dictámenes periciales que se elaboren tengan la calidad y, en definitiva, las dosis de acierto imprescindibles, evitándose opiniones abiertamente encontradas y contradictorias que no solo dificultan gravemente la labor jurisdiccional poniendo en peligro el acierto de la resolución que se dicte, sino que desprestigian, al restar credibilidad, el quehacer profesional de los arquitectos en este ámbito.

Los Colegios, además, deben asumir labores de control, poniéndose a disposición de los Tribunales en orden a analizar supuestos en donde se hayan presentado informes de todo punto de vista irreconciliables, con la finalidad de depurar posibles responsabilidades deontológicas.

El colectivo de los arquitectos peritos forenses está enormemente preocupado por los delitos contra el urbanismo, el medio ambiente y el patrimonio arquitectónico, e insta a las administraciones para que utilicen todos los medios necesarios que permitan recuperar la confianza de los ciudadanos y hacer viable el restablecimiento de la legalidad urbanística.



Para ello resulta necesario clarificar las contradicciones en la aplicación de los arts. 316 y 317 Código Penal (CP) y superar la descoordinación en la investigación con la intervención de peritos expertos y respetando en todo caso el principio de mínima intervención del Derecho penal, tanto en materia de seguridad y salud como en cuestiones medio ambientales o de ordenación del territorio.

Sin perjuicio de sus competencias, ni el coordinador ni la dirección facultativa son garantes de la puesta en obra de las medidas establecidas en el plan de seguridad y salud en las obras de edificación, función que corresponde al contratista.

En materia de responsabilidad penal es necesario, *de lege ferenda*, que se corrija la remisión en blanco que realiza el Código Penal a la legislación sobre prevención de riesgos, concretando y triplicando expresamente los distintos supuestos.

D) Por último, y como resumen, queremos enunciar un decálogo de lo que debe ser el dictamen pericial de arquitecto.

1. El dictamen es muy importante para el Tribunal, pero no es decisivo, el Juez lo analiza según las reglas de la «sana crítica».

2. Un dictamen es un informe más que una opinión, objetiva, justificada, motivada y explicada.

3. La fuerza probatoria se basa en la buena exposición, independencia y credibilidad del perito.

4. Solo son útiles los dictámenes que el Juez entiende.

5. Competencia, independencia y auto-ridad son las cualidades básicas de un buen perito.

6. El perito es un auxiliar de la Justicia y debe someterse a los extremos que el Juez ha aceptado.

7. El perito ha de ser respetuoso con los demás peritos con educación y buenas maneras.

8. Un dictamen tiene un alcance limitado y no debe excederse demasiado, extralimitando sus contenidos.

9. Un dictamen no puede basarse en el leal saber y entender del perito sin más justificación.

10. El perito suple la inspección ocular del Juez con sus descripciones, fotografías e información gráfica.

Las reflexiones que hemos expuesto son fruto de la experiencia y el estudio sobre esta parte de la formación del arquitecto perito, habiendo introducido parcialmente escritos y comentarios de nuestro querido compañero, Sr. D. Agustín Borrell i Calonge.

Un problema práctico e importante que se plantea en algunos dictámenes periciales deriva del hecho de que al perito le resulta difícil no realizar ciertas valoraciones jurídicas que se encuentran en el límite del objeto de su dictamen y en el límite de su competencia. Los ejemplos prácticos de este problema resultan muy variados y afectan a la generalidad de posibles pruebas periciales:

a) Perito arquitecto que deslinda responsabilidades técnicas entre diversos agentes de la construcción, o al que se le pide valorar normas de naturaleza esencialmente técnica como, por ejemplo, el Código Técnico de la Edificación.

b) Perito topógrafo que deslinda si un camino es público o privado, conjugando la interpretación de la Ley con sus máximas de la experiencia.

c) Perito médico que debe dictaminar sobre la posible vulneración de la *lex artis*.

d) Ingeniero al que se le pregunta si el cemento empleado en una construcción se encuentra dentro de los márgenes que la norma prescribe.

El problema que planteamos puede, además, verse condicionado por la circunstancia, no por poco habitual difícil de producirse, de que el perito en

cuestión disponga, junto al título o capacidad profesional que justifica el dictamen, estudios jurídicos contrastados.

Es evidente que nos encontramos ante una «zona gris» que permite que los peritos «rocen» o superen una frontera en principio infranqueable: interpretar las normas jurídicas. Y es evidente también que, de la misma manera que hay Jueces muy celosos de que lo anterior no se produzca, hay también otros mucho más permisivos y que entienden que el perito sí puede «entrar» en el trasfondo jurídico del objeto de pericia.

La realidad práctica es ésta: la respuesta de los Jueces ante esta posible «intromisión» de los peritos a su función soberana es muy casuística y no nos permite una respuesta concluyente a la pregunta que planteamos.

En cualquier caso, sí es posible formular una respuesta genérica en estos términos: habitualmente los Jueces permiten ciertas valoraciones jurídicas, por parte de los peritos, pero siempre respetando las siguientes condiciones básicas:

1) Que se limiten a ofrecer una opinión sobre una norma de naturaleza técnica, siempre que se les pregunte sobre ella.

2) Que justifiquen, con criterios técnicos, cualquier tipo de valoración que formulen.

3) Que no pretendan en ningún caso extraer consecuencias jurídico-materiales de influencia decisiva para la sentencia que deba poner fin al procedimiento.

4) En algunas ocasiones, por la propia naturaleza de la pericia, la «invasión» por parte del perito estará plenamente justificada y debe permitirse con mayor amplitud. Nos referimos a ejemplos como el del catedrático de medicina legal al que se le pregunte por el objeto de su ciencia. ■





Dossier

Dossier de los Tribunales sobre probática

Consulte los textos íntegros en www.diariolaley.es

LA LEY 156/2011

Dossier de los Tribunales sobre probática

Carlos DE MIRANDA VÁZQUEZ

Doctor en Derecho. Juez sustituto. Miembro del Equipo Académico del Instituto de Probática y Derecho Probatorio (ESADE-URL)

En este número se tratan dos cuestiones probáticas de enorme interés práctico. Por una parte, se aborda la difícil tarea de probar la participación de un acusado en un robo con violencia e intimidación, al llevar aquél el rostro completamente cubierto. Solo el empleo de una robusta conjunción de indicios morfológicos y de circunstancias materiales concomitantes permite que la convicción del Tribunal supere la duda razonable con creces. Por otra parte, se analiza el valor probatorio de la conducta procesal de las partes. Se pretende dar cuenta de las más significadas resoluciones judiciales que han empleado los indicios endoprocesales en el juicio de hecho.

I. PRUEBA DE LA PARTICIPACIÓN EN UN ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN DE UN ASALTANTE ENCAPUCHADO

La prueba de la intervención de un acusado en un delito de robo con intimidación o violencia presenta enormes dificultades cuando su autor se cubre el rostro. En tales casos, no reviste dificultad la prueba de los hechos en sí —el robo—, sino la atribución de los mismos al acusado.

La perpetración de un atraco en dichas circunstancias elimina cualquier posibilidad de recurrir a la prueba directa. Las víctimas y, en general, los demás testigos de los hechos, no pueden a posteriori reconocer a los atracadores en una rueda de reconocimiento. Tampoco sirve, a tal efecto, el que los hechos hayan quedado plasmados en los soportes de cámaras de videovigilancia. Así pues, no queda otra salida que recurrir a la prueba indiciaria.

Buena muestra de lo que acabamos de decir es la relativamente reciente SAP Barcelona, Secc. 5.ª, de 29 de mayo de 2009, de la que es ponente el Ilmo. Sr. Benlloch Petit (LA LEY 213711/2009). Se trata de una resolución extraordinariamente interesante desde un punto de vista probático, puesto que realiza un exhaustivo análisis indiciario y presenta una didáctica construcción presuntiva.

El supuesto de hecho es, en lo esencial, sencillo. Tres atracadores se presentan en una «masía-restaurant» de un municipio barcelonés. Tras obligar a los comensales a entregarles el dinero y los efectos personales de valor, que portaran consigo, inician un tiroteo con los agentes de la fuerza pública que acude al lugar. Consiguen huir y trasladan su residencia a una población de la provincia de Huesca, donde se refugian hasta que son detenidos al cabo de dos semanas.

El principal problema al que se enfrenta la Sala es la prueba de la participación de los tres acusados varones en el atraco de la masía-restaurant, siendo que los atra-

cadore cometieron el acto depredatorio con su rostro absolutamente cubierto.

Pues bien, la sentencia concluye, con respecto a uno de los acusados, a la sazón Artemio, que, efectivamente, participó en el atraco de la masía-restaurant, merced a una inteligente combinación de dos indicios principales, que, a su vez, se sostienen en floridos ramilletes de subindicios:

1.º) Uno de los atracadores resultó herido en el atraco, muy probablemente durante el tiroteo, y el acusado Artemio, al ser detenido, presentaba una herida en su mano izquierdo, para la que carece de una explicación creíble y, sobre todo, probada. Este indicio —el principal para el Tribunal— se construye sobre los siguientes subindicios:

a) «En el aparcamiento del restaurante “Masía Mas Granell” tuvo lugar un intercambio de disparos entre uno de los asaltantes, de complexión voluminosa, y el agente de la Guardia Civil núm. 009 (...)».

b) En su huida los atracadores emplearon dos vehículos (un Ford Orion y un Volvo) y se llevaron consigo, en un primer momento, tres rehenes. Pues bien, «(...) tanto en el vehículo Ford Orion como en el Volvo utilizados por los asaltantes durante su huida, y en la camisa de José Pablo (que durante el primer tramo de la huida iba sentado junto a uno de los asaltantes en el Ford Orion), se encontraron restos de sangre, que debidamente analizados, resultaron ser restos de sangre de varón pertenecientes a una misma persona».

c) El atraco se produjo el 4 de marzo de 2000 y quedó probado en juicio que el acusado Artemio «(...) ya presentaba la indicada herida el día 11 de marzo de 2000», lo que se desprende de una conversación telefónica grabada en la que el aludido conversa con una tercera persona y le explica que está herido y que, en dos o tres semanas, la cicatriz ya no se verá.

d) El día de la detención, cuando los agentes de la Guardia Civil dan a conocer su presencia a los moradores de la vivienda donde se encuentran los acusados, se registró una conversación en la que, una de las acusadas, entre llantos y gritos, «(...) le indicó a Artemio que dijera que se había caído o alguna otra excusa, en clara alusión a la herida todavía visible y vendada que éste presentaba en su mano izquierda». Efectivamente, el tal Artemio, al ser preguntado por la causa de su herida, aludió vagamente a un accidente manipulando chatarra, que no probó en modo alguno.

e) El acusado Artemio, única persona que moraba en la casa en que se pro-

dujo la detención con una herida visible, se negó rotundamente a proporcionar muestras de saliva.

A este primer y principal indicio de cargo no se le pueda objetar nada. La ligazón cronológica, material y conductual existente entre los cinco subindicios expuestos es de una robustez incontestable.

2.º) Uno de los tres atracadores presenta al tiempo de los hechos, y en los momentos siguientes, cuatro elementos caracterizadores —su especial corpulencia, su apelativo, haber resultado herido y haber empleado una semiautomática de cañón recortado con munición de un calibre bastante grande— absolutamente probados, que, posteriormente, se revelan indiscutiblemente como propios del acusado Artemio. La identificación de este último con uno de los tres atracadores resulta de un análisis comparativo sistemático que lleva a cabo la sentencia comentada y que se expone seguidamente, de forma resumida.

Solamente en uno de los tres atracadores concurren las siguientes peculiares circunstancias: a) destaca por su complexión gruesa, b) se le conoce bajo el apodo de «el Chato», c) inicia el tiroteo y resulta herido en la acción, y d) emplea armas de un calibre bastante grande.

Pues bien, solo en la persona de Artemio concurren las siguientes notas características:

a) Destaca por su complexión gruesa al tiempo de su detención con respecto al resto de habitantes de la vivienda de Alcampell (Huesca).

b) Recibe el apodo de «el Chato», según se conoce por una conversación telefónica en la que participa Artemio, en fecha 11 de marzo, y en la que, además, «el Chato» menciona estar herido y su previsión de que la cicatriz desaparezca en poco tiempo.

c) Artemio presenta en el momento de su detención una herida en su mano izquierda, para la que ofrece una explicación carente de sostén probatorio, a lo que se añade su negativa a proporcionar saliva con la que comparar el «ADN» de la sangre hallada en los coches empleados en la huida y en la camisa de uno de los rehenes; asimismo, en esa conversación telefónica de 11 de marzo de 2000 —siete días después del atraco—, Artemio afirma estar herido y calcula que en dos semanas la cicatriz ya no se verá; posteriormente, es a Artemio —único detenido que presenta una herida— a quien una mujer le pide —bajo el apelativo de «el Bicho»— que explique cualquier cosa en relación con su herida.



Por cierto, en relación con el apelativo de «el Bicho» que se atribuye a Artemio, según lo que se acaba de exponer, conviene mencionar que en esa misma conversación, quien responde al apelativo de «el Bicho» refiere que su mujer está embarazada, en un estado muy avanzado de gestación (en el octavo mes, porque dice que si no se muere —en referencia al hijo—, el mes siguiente tendrá lugar el parto). También alude «el Bicho» a que el niño «está mongolo». Pues bien, la mujer del acusado Artemio, la también imputada Inés, al ser detenida presenta un avanzado estado de gestación, de 8 meses, y sufre problemas de pérdidas, lo que debe relacionarse con la afirmación anterior del «Bicho».

En este mismo orden de ideas, resta por añadir que, algún tiempo antes de perpetrarse el atraco, uno de los acusados, Sebastián, fue a comprar un coche acompañado de otra persona que se presenta como «el Bicho» y que es el yerno de un tal Pedro Enrique. En el plenario se demostró que solo Artemio guardaba dicha concreta relación de parentesco con Pedro Enrique.

d) Artemio, en una conversación telefónica, dos días antes de su detención, en la que es apelado como «el Bicho», requiere de una tercera persona que le proporcione un arma «rápida corta» y unas granadas. Durante el diálogo, se hace referencia a que el arma interesada tenía que ser de un «calibre bastante grande». Igualmente, en el dormitorio ocupado en la casa de Alcampell por Artemio y su mujer Inés, se encuentra munición de guerra, cosa que no sucede con ninguno de los otros acusados.

Los otros dos acusados resultaron absueltos, atendido que no existía elemento probatorio alguno que los situara en el lugar del atraco, siendo que tampoco presentaban ningún rasgo identificador peculiar merced al cual establecer un vínculo lógico entre dichos dos acusados y los otros atra-

cadores que participaron en los hechos junto a Artemio.

II. LA CONDUCTA ENDOPROCESAL DE LAS PARTES COMO ELEMENTO DE PRUEBA: LOS INDICIOS ENDOPROCESALES

Tradicionalmente se viene planteando la cuestión de si la conducta procesal de las partes puede tener alguna relevancia probatoria —al margen de otras consideraciones morales, deontológicas o, incluso, de orden sancionador—. Lo cierto es que el asunto apenas sí ha encontrado acogida entre la doctrina científica (1) y, desde luego, es tratado en escasas ocasiones en resoluciones jurisdiccionales.

Situados en el ámbito del proceso civil, entendemos que la conducta procesal de las partes, desplegada por éstas o por sus representantes y defensores técnicos, constituye un elemento probático, capaz de contribuir a la convicción del Juez sobre la verdad de una determinada afirmación de hecho controvertida. Y no se funda tal consideración en el deber de colaboración procesal de las partes, sino más bien en un fundamento puramente psicológico. La realización de determinadas afirmaciones o la propuesta de determinadas pruebas por una parte, puede causar en la contraparte una reacción defensiva radical cuando esta última es consciente de que aquella afirmación es verdadera o aquella prueba va a proporcionar al juzgador un grado de convicción perjudicial para sus intereses procesales. Se trataría de una especie de confesión tácita o indirecta.

Conviene distinguir dos momentos clave en los que se producen desprendimientos de indicios endoprocerales: la fase alegatoria y la fase de prueba.

En la fase alegatoria pueden desplegarse comportamientos procesales con rele-

vancia probática en supuestos tales como los siguientes:

1.—Rehuir posicionarse claramente ante las afirmaciones fácticas del demandante, optando por oponer una defensa vaga o embarullada. Por ello debe prestarse atención a los «(...) comportamientos endoprocerales, esto es producidos dentro del desarrollo del proceso en sí mismo que pueden servir para formar la convicción judicial en el sentido de entender que el obligado al pago de alimento, que no manifiesta con claridad y precisión, cuando puede hacerlo sus recursos económicos, emolumentos que percibe y los bienes que integran su patrimonio, es que en definitiva trata que el debate procesal no se desarrolle lealmente» [SAP Alicante, Secc. 6.ª, núm. 133/2008, de 26 de marzo, FJ 4.º (LA LEY 62599/2008)].

2.—Manifestar ignorancia en cuestiones que por su posición extraprocerales debería conocer necesariamente. «En el caso, la sentencia recurrida aprecia la existencia de una simulación relativa, consistente en un contrato aparente de préstamo que encubre un contrato de compraventa, con base en las pruebas practicadas y, asimismo, en la conducta endoprocerales de las partes manifestada en las respectivas “carencias y alegaciones”, cuya apreciación es plenamente conforme a Derecho, porque la falta de explicación sobre aspectos que la requieren, la introducción de confusión en temas que reclaman claridad y precisión, y el ofrecimiento de versiones con distinto nivel de coherencia y razonabilidad pueden ser elementos importantes para evidenciar la realidad fáctica del tema litigioso y contribuir a la formación de la convicción judicial» [STS, Sala 1.ª, núm. 1279/2006, de 11 de febrero, FJ 2.º (LA LEY 154728/2006); cuya doctrina se reproduce en SSAP Girona, Secc. 1.ª, núm. 398/2008, de 23 de octubre, FJ 4.º (LA LEY 247580/2008) y Alicante, Secc. 8.ª, núm. 336/2009, de 17 de septiembre, FJ 4.º (LA LEY 213361/2009)].

En la fase probatoria también se pueden desprender significativos indicios endoprocerales, como los que siguen:

1.—Resistirse totalmente a la exhibición de documentos entre partes, o bien realizar el requerimiento de forma inadecuada, incompleta o estudiadamente errónea, con el propósito de sabotear el resultado de la prueba. «Pues bien, a tal efecto se requirió a la demandada, que lejos de complimentar la exhibición documental que le fue requerida, se limitó a presentar sus declaraciones de IRPF (...). Esta actitud obstruccionista de la demandada se considera un indicio endoprocerales significativo de la bondad de la pretensión actora» [SAP A Coruña, Secc. 4.ª, núm. 41/2006, de 1 de febrero, FJ 3.º (LA LEY 13638/2006)].

2.—Impugnar documentos privados de manera infundada y temeraria. «En el mismo orden de cosas hemos de situar la cuestión de los presupuestos correspondientes a la obra de la clínica de podología, cuya firma inicialmente negada y tachada de falsa, practicada la pericial caligráfica ha resultado ser del hijo del administrador de la sociedad demandada, nueva actitud mendaz que no puede sino, como indicio endoprocerales, volverse en contra de la demandada» [SAP Pontevedra, Secc. 6.ª, núm. 175/2009, de 13 de abril, FJ 4.º (LA LEY 72813/2009)].

3.—Negarse a participar personalmente en determinadas pruebas en las que la persona es el objeto de la propia actividad probatoria. Se trata, habitualmente, de los procesos relativos a la determinación de la paternidad. La negativa del demandado a someterse a la pruebas biológicas se considera un indicio endoprocerales, con la matización razonable de que la conclusión del juzgador no puede basarse únicamente en la postura renuente del requerido [SAP Alicante, Secc. 6.ª, núm. 197/2001, de 30 de abril, FJ 5.º (LA LEY 87793/2001)].

En algunos supuestos llega a producirse desprendimientos indiciarios, de naturaleza endoprocerales, a la vez en las fases de alegaciones y de prueba. En tales casos, son «(...) valorados (...) los silencios alegatorios y las omisiones en su actividad probatoria atribuibles a la ahora apelada, silencios y omisiones que no cabe duda pueden ser en este caso tenidos en cuenta como base de presunciones endoprocerales» [SAP Alicante, Secc. 6.ª, núm. 848/2000, de 28 de noviembre, FJ 1.º (LA LEY 217221/2000)]. Así se apreció en un caso «(...) la propia conducta pasiva u omisiva mantenida por el actor a lo largo del proceso no proponiendo prueba de clase alguna a los fines justificar en su caso la originalidad de dichos dibujos, de desvirtuar las pruebas de la contraparte, en concreto la indicada documental (...)», a lo que se añadió la observación de la carencia de «(...) alegación alguna, a modo de explicación razonable, acerca de la invención y confección de tales dibujos por ordenador y habida cuenta además que el acto de la confesión reconoció carecer de titulación a dichos fines e incluso ejercer la profesión de diseñador gráfico» [SAP Alicante, Secc. 6.ª, núm. 561/1999, de 18 de octubre, FJ 1.º (LA LEY 140974/1999)]. ■

NOTAS

(1) La escasez de trabajos sobre el particular contrasta con la enorme calidad de los pocos que se han publicado. Destaca, especialmente, MUÑOZ SABATÉ, LL., «Indicios endoprocerales», en *Diario LA LEY*, año XXVIII, núm. 6849, de fecha 27 de diciembre de 2007.



Dossier

Jurisprudencia sobre
Derecho probatorio

Consulte los Textos íntegros en
www.diariolaley.es

LA LEY 158/2011

Jurisprudencia sobre Derecho probatorio

Se analiza en primer lugar la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 19 de junio de 2009, conforme a la cual no existe un derecho constitucional de los condenados a obtener test de ADN, sin perjuicio de lo que puedan regular las legislaciones de cada Estado (la mayoría tienen una legislación que permite esa posibilidad) porque un criminal acusado después de un juicio justo no tiene la misma libertad que los intereses de un hombre libre.

Por otro lado, a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo español de 1 de octubre de 2010 se trae a colación la más reciente jurisprudencia que viene entendiendo que, de forma excepcional, la indebida valoración de la prueba, que anteriormente había encuadrado en el núm. 2.º del art. 469 LEC («infracción de las normas reguladoras de la sentencia»), debe ser denunciada actualmente al amparo del núm. 4.º del mismo art. 469 LEC («vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 Constitución»).

I. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS SOBRE LA REVISIÓN DE PROCESOS PENALES MEDIANTE LA PRUEBA DE ADN. COMENTARIOS EN TORNO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE 19 DE JUNIO DE 2009 (DISTRICT ATTORNEY'S OFFICE FOR THE THIRD JUDICIAL DISTRICT, ET AL., PETITIONERS V. WILLIAM G. OSBORNE — 557 U. S. JUNE 19, 2009, NÚM. 08-6).

Manuel RICHARD GONZÁLEZ

Profesor titular Derecho Procesal UPNA. Miembro e investigador del Instituto de probática y derecho probatorio de ESADE

1. Las peticiones de revisión de casos penales en los Estados Unidos mediante tests de ADN

Una de las más importantes cuestiones planteadas en los últimos tiempos en los Estados Unidos en materia de prueba es la de la revisión de procesos mediante el análisis de nuevos indicios genéticos o la repetición de los análisis genéticos realizados en procedimientos penales

finalizados en sentencias condenatorias. Y, más concretamente, si los presos tienen la facultad de presentar demandas civiles federales para la realización de pruebas de ADN después de sus condenas.

Se trata de supuestos, muchas veces de condenados a pena de muerte, en los que el condenado solicita una revisión de sus casos con base en la impugnación de los análisis de determinación

genética que resultaron cruciales para su condena. Así sucedió, por ejemplo, en el caso *Skinner*, que fue condenado y sentenciado a muerte en 1995 por el asesinato de su novia y dos de sus hijos. En el juicio, Skinner mantuvo su inocencia aduciendo que la noche de los asesinatos había consumido alcohol y xanax por lo que quedó inconsciente en el sofá sin que le hubiera sido posible cometer los asesinatos.

En ese supuesto el condenado reclamó por la violación de sus derechos civiles que habrían sido vulnerados al no acceder la Fiscalía de Texas a entregar las pruebas de ADN que, según el condenado, podrían demostrar su inocencia. Cabe señalar que las pruebas de cotejo de ADN del condenado con el que se halló en el cuerpo de las víctimas y dos cuchillos con sangre y pelo no se realizaron en su momento porque no las pidió ninguna de las partes. Concretamente, el abogado del condenado no lo hizo porque temía que se hallase sangre de su defendido. Sí que se aportaron, por la Fiscalía, pruebas de cotejo genético de la sangre que se halló en las ropas del condenado.

El caso *Skinner* es simplemente representativo de cientos de casos en los que la mejora de los procedimientos técnicos, en un medio de prueba que ahora se califica de prácticamente infalible, ha provocado una avalancha de reclamaciones mediante las que los condenados solicitan que se realicen nuevas pruebas de ADN con la finalidad de presentar una revisión de sus casos.

Ante el problema, los distintos Estados han ido aprobando normas que permiten esta posibilidad. Hasta el año 2009, todos los Estados menos cuatro (Alaska, Alabama, Massachusetts y Oklahoma) admiten que los penados puedan solicitar y obtener acceso a las muestras para realizar nuevos tests de ADN o repetir los ya realizados. El problema consiste en la falta de uniformidad de las legis-

laciones. Por ejemplo, en Kentucky se permite la solicitud y realización de nuevos tests de ADN, pero únicamente a los sentenciados a muerte. No así al resto de penados, incluyendo a los que cumplen cadena perpetua. En otros casos, se deniega el test a aquellos penados que se declararon culpables. Pero, resulta bastante claro que, en algunos de esos casos, la admisión de culpabilidad se produjo por razones estratégicas, muchas veces erradas, o por otra clase de razones. Por otra parte, en los Estados citados no se permite siquiera esta posibilidad.

La cuestión ha ido adquiriendo un tono de mayor intensidad cuando se advierte que más de doscientos condenados han sido exonerados desde 1989 por la realización de pruebas de ADN. Casi todos ellos habían sido condenados por delitos de asesinato o violación. Concretamente, según el Proyecto Inocencia, hasta el 2009 habían quedado exoneradas de los cargos de culpabilidad doscientos cuarenta personas de las que diecisiete habían sido condenados a morir. Esto ha sido posible, además de por la labor de asociaciones de derechos civiles, por la legislación de los Estados (cuarenta y seis hasta junio del 2009) que ha facilitado la posibilidad de que los internos de las prisiones pueda solicitar y obtener pruebas de ADN.

La cuestión quedó pronto planteada como una confrontación entre el derecho de los condenados a la aplicación de la Ley federal de derechos civiles con relación a la solicitud de pruebas de ADN de muestras biológicas comprendido en el derecho constitucional derecho al debido proceso incluido en la 5.ª Enmienda y la consideración más conservadora desde la que se mantenía que debían ser las propias regulaciones de los estados las que regularan la cuestión.

Desde la posición constitucional, la asociación de derechos civiles y, especial-



mente, *the Innocence Project* aducen la necesidad de permitir la revisión de los casos a partir de la práctica de tests de ADN, puesto que, de lo contrario, «*more innocent people will languish in prison because they lack the legal right to DNA testing*». A su juicio, esta revisión de casos no puede fundarse únicamente en la regulación estatal porque algunas regulaciones son inadecuadas y variadas lo que impide, de forma efectiva, el acceso a un derecho que se incluye en el derecho constitucional a un debido proceso («*some state statutes are simply inadequate. The patchwork of state and federal laws regarding testing means there are prisoners who will not be able to gain access to testing that would prove them innocent. Peter Neufeld of the Innocence Project*»). Efectivamente, como se ha expuesto, las legislaciones estatales en la materia carecen de uniformidad. Así, en el caso *Skinner*, la legislación de Texas no permitía el nuevo test de ADN en el caso concreto en el que se solicitó.

Desde la posición contraria, desde las asociaciones de víctimas y de las Fiscalías se planteó una resistencia a admitir la realización de tests de ADN a los ya condenados ante la avalancha de peticiones de revisión de condenas. En ese momento, la Fiscalía comenzó a oponerse a estas revisiones. Desde ese punto de vista, se mantiene que la creación de un derecho constitucional a la utilización de los tests de ADN por los condenados infringe las Leyes de los Estados y además saturaría el sistema judicial con interminables demandas de revisión de casos para la mayoría de los crímenes violentos.

Por último, es remarcable la evolución técnica de las pruebas de ADN en los últimos años. Especialmente en materia de una mayor aproximación de los resultados hacia la práctica seguridad de la identificación de muestras. De modo que si a día de hoy podemos contar con una elevada fiabilidad esto no era así hace solo unos pocos años o una década. En aquellos momentos la fiabilidad de las pruebas de ADN no tenía el grado de certeza que hoy se les presume. Entre otras cuestiones porque la fiabilidad de las pruebas de ADN depende de varios factores, uno de los cuales es el número de pruebas realizadas. Una prueba única no puede ser suficiente para establecer una identificación válida. El problema puede ilustrarse con el grado de probabilidad de la pertenencia de una muestra genética a un individuo concreto. O, para decirlo mejor, qué grado de probabilidad existe de que una determinada muestra pertenezca, o no, al individuo identificado y frente al que se dirige la acusación. En estos momentos ese porcentaje se puede situar casi en el 100%. Conforme con los informes periciales emitidos en la actualidad, la coincidencia genética

obtenida al azar podría producirse tras examinar más de mil millones de individuos. O dicho de otro modo, la probabilidad al azar de encontrar dos individuos que tengan el mismo perfil de ADN es aproximadamente del 0,0005%. De modo que, prácticamente, puede establecerse una coincidencia sin ningún lugar a duda. Sin embargo, en el caso *Osborne*, objeto de este comentario y que motivo la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos del año 2009, la muestra de semen hallada en el lugar del crimen podía ser del condenado William G. Osborne, pero también de alrededor del 15% de la población de afroamericanos de los Estados Unidos.

Además, como se ha dicho, el grado de exactitud del test depende de la clase de pruebas que se hagan. En el caso *Osborne*, por ejemplo, su abogado no solicitó pruebas de mayor exactitud, precisamente para evitar la posible y más exacta determinación de la implicación de su cliente en el asunto. Posteriormente, a efectos de su posible libertad condicional bajo palabra confesó el crimen, aunque posteriormente volvió a la prisión por otros cargos, lo que implicó la revocación de la libertad condicional por el primer delito. Es en ese momento cuando Osborne solicita la práctica de nuevos tests.

En esta situación se dictó la sentencia del Tribunal Supremo de EE.UU. 557 U.S. Osborne que es la que se comenta en el siguiente apartado.

2. El caso Osborne. La sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. 557 U.S., de 19 de junio de 2009

William G. Osborne fue condenado en Alaska por una violación y asalto cometidos en 1993 en el Aeropuerto de Anchorage. Condenado por el delito, y ya en prisión solicitó que se le permitiera la realización de un análisis más preciso de ADN. Concretamente del semen hallado en un preservativo recogido del lugar del crimen. Petición que le fue denegada por los Fiscales. En decisión que fue ratificada por los Tribunales del Estado de Alaska. Osborne apeló a la Corte Federal, concretamente a la *U.S. Court of Appeals for the 9th Circuit* en San Francisco, que reconoció el derecho de Osborne en el marco de un derecho al debido proceso (*the due-process clause*) incluido en la 5.ª enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América. Esta decisión fue recurrida y el 18 de junio de 2009, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictó sentencia en la que por cinco votos contra cuatro se estableció que los penados no tienen derecho constitucional a obtener tests de ADN para probar su inocencia (*convicts do not have a right under the Constitution to obtain DNA testing to try to prove their innocence after being found guilty*).

En la sentencia se admitía el desafío que supone la existencia de una prueba científica que puede determinar la inocencia y los indudables nuevos retos a los que sometía el sistema de Justicia penal. Sin embargo, para la mayoría del Tribunal, representada por el *Chief Justice* John G. Roberts Jr., no existe un derecho constitucional de los condenados a obtener tests de ADN, sin perjuicio de lo que pudieran regular y reconocer las legislaciones de los Estados, a las que el Tribunal Supremo entiende que corresponde regular esta cuestión («los Tribunales federales no deben suponer que los procedimientos penales del Estado serán insuficientes para hacer frente a los cambios tecnológicos» aduce Roberts). Desde su punto de vista un criminal acusado después de un juicio justo no tiene la misma libertad que los intereses de un hombre libre. Con fundamento en esa consideración se aduce que admitir la petición supondría someter a todo el entero sistema de Justicia a una permanente revisión y puesta en duda de todas las sentencias en la que se pudiera haber recogido material biológico («*The availability of new DNA testing, however, cannot mean that every criminal conviction, or even every conviction involving biological evidence, is suddenly in doubt*»). A esta decisión se sumaron los Jueces Antonin Scalia, Anthony M. Kennedy, Clarence Thomas y Samuel A. Alito Jr. Los Jueces Alito y Kennedy fueron más allá de la simple negativa a conceder tutela y mantuvieron que cualquiera que hubiera renunciado a tests de ADN por razones tácticas no tenía derecho a proponerlas después de su condena.

No obstante, cabe señalar que votaron en contra cuatro Jueces. Entre ellos, el Juez John Paul Stevens, que mantuvo

que la decisión ponía en tela de juicio el principio al debido proceso. Desde su punto de vista, el derecho a la prueba de ADN después de la condena no debe depender de las Leyes promulgadas por una amplia variedad de los Estados. También aduce que conceder a un preso la posibilidad de probar mediante el ADN permite esclarecer la verdad de una vez por todas («*(...) there is no reason to deny access to the evidence and there are many reasons to provide it, not least of which is a fundamental concern in ensuring that justice has been done*»). Junto a Stevens, votaron en contra de la decisión de la mayoría los Jueces David H. Souter, Ruth Bader Ginsburg and Stephen G. Breyer. Aunque para el Juez Souter no existía un derecho constitucional a obtener esa prueba, sino que el problema consistía, únicamente, en la insuficiencia de la legislación de Alaska con relación a la petición de práctica de una nueva prueba.

En la decisión del Tribunal Supremo es perceptible la influencia que tuvo el hecho de que la mayoría de los Estados ya tienen legislación que permite esta posibilidad. De modo que la mayoría del tribunal razonó considerando que no es función de la jurisdicción federal establecer reglas que, por una parte, ya existen en la mayoría de los casos; y, por otra, pueden modificar y alterar el completo sistema de Justicia. En este sentido, se adujo, concluyendo, que: «*Federal courts should not presume that state criminal procedures will be inadequate to deal with technological change (...). The criminal justice system has historically accommodated new types of evidence, and is a time-tested means of carrying out society's interest in convicting the guilty while respecting individual Rights*».

II. EL ERROR DE VALORACIÓN PROBATORIA, CON CARÁCTER EXCEPCIONAL, PUEDE FUNDARSE EN EL ARTÍCULO 469.1.4.º LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Xavier ABEL LLUCH

Director del Instituto de Probática y Derecho Probatorio de la Facultad de Derecho ESADE-URL. Magistrado excedente Doctor en Derecho.

La STS de 1 de octubre de 2010, en cuyo fundamento jurídico 3.º se razona:

«Las razones por las que el motivo debe desestimarse son las siguientes: A) Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2 LEC, que fue el alegado por la entidad recurrente en el escrito de preparación del recurso. Este motivo de infracción procesal está reservado, en lo que aquí interesa, al examen del cumplimiento de "las normas procesa-

les reguladoras de la sentencia". Estas normas comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y los requisitos internos de ella; pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado.

La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba (SSTS de 20 de junio de 2006 y 17 de julio de 2006), bien la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada por el Juzgador (SSTS de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril de 2005, 9 de mayo de 2005, entre otras) y, en tales casos, habrá de hacerse al amparo del art. 469.1.4.º LEC, en cuanto al ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (SSTS 28 de noviembre de 2008, rec. 1789/2003, 30 de junio de 2009, rec. 1889/2006, 6 de noviembre de 2009, rec. 1051/2005)».

La más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo viene entendiendo que, de forma excepcional, la indebida valoración de la prueba, que anteriormente había encuadrado en el núm. 2.º del art. 469 Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) («infracción de las normas reguladoras de la sentencia»), debe ser denunciada actualmente al amparo del núm. 4.º del mismo art. 469 LEC («vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitucional»).

De la sentencia transcrita interesa, en este comentario, destacar dos ideas:

1) El carácter restrictivo del acceso de la valoración probatoria al recurso de casación por infracción procesal. Se destaca que la valoración probatoria solo puede tener acceso a casación con carácter excepcional y en dos supuestos: a) cuando la valoración probatoria evidencia un error patente o arbitrariedad; y b) cuando se ha infringido una norma de valoración tasada.

Debe aquí recordarse que las normas de valoración tasada son escasas (art. 316.1, para el interrogatorio de partes; art. 319 LEC, para documentos públicos; y art. 316 LEC, para documentos privados), siendo los restantes medios de prueba de libre valoración (art. 316.1 LEC *sensu contrario*, para el interrogatorio de testigos; art. 348 LEC, para el dictamen de peritos; art. 376 para el interrogatorio de testigos; art. 382.3, para la prueba por medios audiovisuales; y art. 384.3, para la prueba por instrumentos informáticos). Y, por ello, no podrán tener acceso a casación, como ha venido siendo doctrina jurisprudencial pacífica, los errores en valoración de una prueba

sujeta a las reglas de la sana crítica, a salvo que se trate de un error patente o de una arbitrariedad.

2) Que la fundamentación de una errónea valoración probatoria, con el carácter excepcional descrito, debe residenciarse en el ordinal 4.º del núm. 1 del art. 469 («vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales en el artículo 24 de la Constitución»).

Se razona que, de este modo, una valoración arbitraria o una valoración que infringe una norma tasada «no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho de tutela judicial efectiva del artículo 24 CE». Entendemos que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, recogido en el art. 24.2 CE, comporta una serie de mandatos a las partes y al Juzgador, y a este último y entre otros, garantizar la satisfacción del derecho a la prueba, que en el extremo relativo a la valoración probatoria comporta la necesidad que la sentencia deba recoger el juicio de hecho, esto es, la expresión de qué hechos resultan acreditados y en virtud de qué pruebas; e igualmente deberá recoger el juicio de derecho, esto es, qué normas jurídicas resultan aplicables al supuesto declarado probado y los efectos que se derivan de las mismas.

Es cierto que la motivación de una resolución judicial constituye un requisito interno de la sentencia y así aparece recogido en el art. 218.2 LEC que, en la parte que interesa, dispone: «La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose a las reglas de la lógica y de la razón». Ahora bien, para entender la argumentación del Tribunal Supremo es necesario distinguir entre la motivación, entendida como coherencia formal y resolución fundada en derecho, cuya denuncia se incluiría en el art. 469.1.2.º LEC —como infracción de una norma reguladora de la sentencia—, y la motivación entendida como una valoración probatoria errónea, cuya denuncia se incluiría en el art. 469.1.4.º LEC, pero únicamente en unos supuestos concretos. En este último caso, y según la sentencia transcrita, la errónea valoración probatoria se reduce a los siguientes supuestos: a) un error patente, que significa un error notorio en el juicio de hecho de la sentencia; b) una valoración arbitraria, que significa una valoración voluntarista, al margen de las normas de valoración probatoria, sean libres o tasadas; y c) una valoración con infracción de las normas de prueba tasada, por ser normas que se imponen a la voluntad del Juzgador. ■

DIRECCIÓN

Cándido Paz-Ares

Alberto Alonso Ureba

NUEVO

Revista de Derecho del MERCADO de VALORES


LA LEY
 grupo Wolters Kluwer

Una perspectiva jurídica y práctica del mercado bursátil realizada por los más prestigiosos autores

La primera y única publicación que aúna toda la información que los profesionales demandan ante el crecimiento del sector del mercado de valores.

Analiza, desde un punto de vista jurídico, las cuestiones, de frecuente complejidad técnica, que generan los mercados bursátiles.

Está orientada al tratamiento en profundidad y con vocación de generalidad de la teoría y práctica del Derecho del Mercado de Valores español y comparado, en sus vertientes de producción doctrinal, legislativa y jurisprudencial, con un alto nivel académico.



Infórmese en nuestro Servicio de Atención al Cliente:

Tel.: 902 420 010

clientes@laley.es / www.laley.es



Preguntas con respuesta

La prueba a consulta

LA LEY 1262/2011

Preguntas con respuesta: la prueba a consulta

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

La primera cuestión planteada versa sobre la aportación a juicio de una página web o un e-mail redactado en idioma extranjero, lo que constituye un defecto procesal (art. 144 LEC) que debe considerarse subsanable tanto de oficio como a instancia de parte. Subsanación que debe requerirse lo antes posible, en función del momento en que se haya aportado, al objeto de saber qué material probatorio es utilizable o cuál no lo es. De no subsanarse el defecto de la falta de traducción del documento, éste no podrá ser valorado judicialmente.

En cuanto a la audiencia al menor y completando la respuesta del último número del año 2010, presupuesto que el menor tiene la posibilidad de ser escuchado y que la práctica de la prueba es muy probable que le va a resultar perjudicial, hay una última pregunta que queremos plantear: ¿Quiere él realmente que se practique tal diligencia? O más difícil todavía, ¿se debe situar al menor ante tal dilema? Difícil ha de resultar contestar a estas cuestiones. Para el Juez, sin duda, pero más aún debería serlo para los padres.

Sobre el medio de prueba a través del cual pueden acceder al proceso las nuevas fuentes de prueba electrónicas, el reconocimiento judicial es un medio apto para incorporar la evidencia electrónica por la percepción judicial directa de los datos de prueba. No obstante, el reconocimiento judicial precisa que al proponerse se concrete el lugar, tiempo, forma y eventual concurrencia con otros medios de prueba.

I. FORMA DE APORTACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA ¿SERÁ NECESARIA LA TRADUCCIÓN AL IDIOMA ESPAÑOL DE UNA PÁGINA WEB O DE UN E-MAIL REDACTADO EN IDIOMA EXTRANJERO?

Joan PICÓ I JUNOY

Catedrático de Derecho Procesal URV

El art. 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece la obligatoriedad de acompañar junto a todo documento redactado en idioma que no sea el castellano o, en su caso, la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de que se trate, la traducción del mismo, utilizando para ello la expresión «se acompañará». Sin embargo, no establece la sanción para el caso de infringirse esta imperatividad normativa. Para solucionar este problema pueden arbitrarse tres soluciones:

- a) Admitirse el documento redactado en lengua extranjera;
- b) inadmitirlo y ordenar su devolución al litigante que lo hay aportado;

c) o admitirlo y permitir la subsanación del defecto procesal consistente en la falta de aportación de la traducción.

II. *De lege data*, la primera solución es inadmisibles por cuanto atentaría directamente al art. 144 LEC, dejándolo vacío de eficacia jurídica (1). Sin embargo, al respecto deben formularse algunas matizaciones:

a) En ocasiones, lo importante del documento son las cifras y no tanto las letras (facturas no pagadas, certificados de transferencias bancarias, etc.). En este caso, el documento puede ser valorado por el Juez pues, realmente, lo relevante del documento son los números ahí estampados, por lo que el elemento del idioma pierde relevancia, y ésta es la razón de ser de la exigencia contenida en el art. 144 LEC. En este sentido, la STS, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2008, ponente Jordi Agustí Juliá (LA LEY 123457/2008), en su FJ 3.º, afirma: «(...) En el caso resuelto por la sentencia recurrida, el Juzgador de instancia valoró los documentos bancarios aportados —extendidos en idioma alemán, pero de contenido esencialmente numérico, al tratarse de transferencias bancarias— en relación con un listado obrante en otro documento, cuya veracidad, aunque negada por la empresa, fue afirmada por un testigo. Atendidas estas circunstancias, la Sala razona que no era necesaria la traducción, puesto que las cantidades estaban reflejadas en números y no en idioma alemán, por lo que el Magistrado de instancia pudo valorar correctamente si el demandante había percibido o no las comisiones» (2).

b) En ocasiones, el documento redactado en muy extenso (pensemos, por ejemplo, en contratos mercantiles con anexos de decenas de páginas) y el extremo litigioso se circunscribe a un extremo concreto o cláusula del mismo. En este caso, ¿debe aportarse la traducción de todo el documento o puede traducirse solo aquella parte de interés para el pleito? En nuestra opinión, lo relevante para el proceso es que se aporte solo aquello que es «pertinente» (art. 283.1 LEC), motivo por el cual la traducción parcial del documento redactado en lengua extranjera es plenamente válida y valorable por el Juez (3). Si bien es cierto que el art. 144 LEC se refiere a la traducción de todo el documento, carece de lógica, y es del todo antieconómico, exigir la traducción de un extenso documento cuando lo relevante para el proceso se reduce, por ejemplo, a la aplicación de una cláusula contractual, y es lo que motiva que en la práctica sea frecuente la aportación de traducciones parciales de documentos redactados en lengua extranjera. Además, en caso de estimarse necesario, debería poderse subsanar la falta de traducción de aquella parte del documento no traducido al castellano. Ello no significa que, por prudencia, deba considerarse la aportación de la traducción total o parcial atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

c) Que el documento redactado en lengua extranjera no traducido no pueda tener eficacia procesal directa no significa que, indirectamente, pueda ser valorado por el Juez: así podemos pensar, por ejemplo, el caso que la parte que aporta el documento exprese en castellano su contenido (4) y la parte contraria no lo impugne denunciando la falta de su traducción, pues aquí, a pesar de no existir traducción, puede admitirse la versión castellana que de dicho documento dé la parte que lo ha aportado, y ello en la medida en que la parte contraria habrá incumplido su carga de impugnar el citado documento, y además no podrá denunciar indefensión alguna (5).

d) Finalmente, *de lege ferenda*, podría meditar la admisibilidad de aportar documentos redactados en una lengua ampliamente conocida por la sociedad (como sucede con el inglés) siempre que ninguna parte alegase desconocimiento de esta lengua —lo que les causaría indefensión— y el Juez tuviese conocimiento de dicho idioma. No obstante, como hemos indicado, mientras no haya un cambio normativo, la imperatividad del art. 144 impide aceptar esta primera solución (6).

III. La segunda solución tampoco parece ser la más adecuada si tenemos en cuenta la existencia del derecho fundamental a la prueba. El máximo reconocimiento normativo que merece este derecho comporta que, antes de impedir su aplicación, se permita subsanar el defecto personal, especialmente cuando ello no comporta vulnerar ningún derecho fundamental de la parte contraria (7).

IV. En consecuencia, abogamos por mantener la tercera de las soluciones propuestas, esto es, admitirse, permitiéndose la subsanación del defecto procesal (8). Pero, ¿quién y cuándo debe procederse a esta subsanación?

La subsanación puede efectuarse tanto de oficio como a instancia de parte:

- a) De oficio, el art. 231 LEC establece que el Tribunal y el Secretario Judicial cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de

las partes (9). Esta subsanación tan solo se limita a que la parte que ha introducido el documento pueda aportar su traducción, y no al hecho de que el Juez, *ex officio iudicis*, ordene la traducción oficial del mismo (10), ya que ello solo tiene lugar cuando se produce la impugnación de la traducción [art. 144.2 LEC (11)].

b) Y también ambas partes pueden instar dicha subsanación: tanto la que aportó el documento como la parte contraria.

Respecto a cuándo debe procederse a la subsanación del documento redactado en lengua extranjera, la respuesta debe variar en función de las circunstancias del caso concreto:

a) Si ha sido aportado por el actor en su demanda, y el demandado entiende que es fundamental para su defensa conocer su verdadero alcance, podrá solicitar que se suspenda el plazo para contestar y que se proceda a subsanar el mencionado defecto procesal. Puede también denunciar este defecto en su contestación a la demanda, lo que motivará el otorgamiento de un plazo a la parte actora para que lo subsane. Y, de igual modo, puede formular dicha alegación en la audiencia previa (12), o en cualquier otro momento si el documento es aportado con posterioridad.

No existe impedimento alguno para que sea el propio actor el que solicite subsanar el mencionado defecto procesal, máxime si el documento está firmado por ambas partes y el demandado no ha denunciado en ningún momento que dicho documento le ha limitado el ejercicio de su derecho de defensa. O dicho en otros términos, no parece muy respetuoso con el principio de la buena fe procesal que el demandado conteste a la demanda y después se oponga a la subsanación del defecto procesal —a instancia de la actora, o de oficio— indicando que se le causa indefensión, ya que la mayor prueba de que ello no es así es que ha podido contestar a la demanda sin dificultad alguna. Por idéntica razón, el demandado que no impugna el documento redactado en lengua extranjera no podrá pretender que el Juzgador no pueda valorarlo si en cualquier momento del proceso se aporta su traducción al castellano —así, por ejemplo, en el acto del juicio puede aportarse la traducción (13), e incluso ello puede tener lugar mediante la prueba testifical (14), o mediante la valoración que de dicho documento efectúe el perito al momento de emitir su dictamen (15)—.

b) Si el documento redactado en lengua extranjera ha sido aportado por el actor en cualquier momento del proceso, por no ser fundamental —en términos del art. 265.1 LEC— o por tratarse de alguno de los documentos del art. 270 LEC, podrá instarse su subsanación justo después de su aportación.

c) Si dicho documento ha sido aportado por el demandado en su contestación, podrá instarse su subsanación, por escrito, en cualquier momento anterior a la audiencia previa; o de forma oral, en dicho acto procesal (16).

d) Por último, debemos destacar que el Tribunal debe procurar la subsanación del defecto lo antes posible al objeto de saber qué material probatorio es utilizable o cuál no lo es (17).

Finalmente, debemos advertir que, de no subsanarse el defecto de la falta de traducción del documento, éste no podrá ser valorado judicialmente (18). A esta conclusión puede llegarse aplicando analógicamente el art. 142.4 LEC que, respecto de los documentos redactados en lenguas oficiales de una Comunidad Autónoma, exige su traducción para que tengan «plena validez y eficacia» fuera de la jurisdicción de los órganos judiciales sitos en la Comunidad Autónoma. Y el Juez tampoco podrá dar valor probatorio alguno al contenido que del mismo dé la parte que lo haya aportado (19), salvo que, como hemos indicado con anterioridad, la contraria haya admitido dicho contenido.

V. La traducción de un documento redactado en lengua extranjera es un acto puramente pericial, esto es, estamos ante una actividad profesional que requiere un determinado conocimiento especializado. En consecuencia, el Juez, en principio, debe seguir la traducción dada por el especialista, si bien debemos formular algunas matizaciones:

a) Si se trata de una simple traducción privada no impugnada por la parte contraria, la fuerza vinculante de la prueba documental afectará solo al contenido del documento (arts. 319 y 326 LEC) y no a la traducción del mismo. La traducción, como cualquier otro acto pericial, es valorable por el Juez según las reglas de la sana crítica (art. 348 LEC), por lo que si tiene un profundo conocimiento del idioma en el que esté redactado el documento puede, de forma razonada, justificar su alejamiento respecto de la traducción e imponer su propio conocimiento, como así también sucedería respecto de cualquier prueba pericial;

b) y si se trata de la traducción oficial derivada de una impugnación de la exactitud de la traducción privada, muy excepcionalmente también podrá el Juez apartarse el resultado de la traducción, si bien el grado de motivación judicial deberá ser especialmente extremado dado el carácter oficial de la traducción.

II. ¿EN QUÉ SUPUESTOS RESULTA PERTINENTE LA AUDIENCIA AL MENOR? —SEGUNDA PARTE—

Alberto SERRANO MOLINA

Profesor de Derecho Civil en ICADE

Miembro de la Cátedra Santander de Derecho y Menores

¿Quiere el menor ejercer su derecho a ser oído?

Sin duda debemos comenzar afirmando que el titular del derecho a ser oído es él. En efecto, pero ¿hasta qué punto puede llegar a ser consciente de que se va a erigir —o lo van a convertir— en la pieza que incline la balanza de la Justicia sobre la resolución de importantes consecuencias de la crisis matrimonial de sus padres?

La primera aproximación a la respuesta quizá deba venir con la idea de que lo primero que el menor debe saber es que la decisión final depende del Juez y no de él, lo que significa que en la búsqueda de su beneficio puede acordar medidas que no coincidan con sus preferencias.

Como indica la SAP Valencia, Secc. 10.ª, de 13 de enero de 2004 (20), «(...) los Tribunales deben tratar de indagar cuál es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso no solo a corto plazo, sino lo que es aun más importante, en el futuro y en esta búsqueda de lo beneficioso para el menor debe tomarse en consideración que aquello que el niño quiere no es, necesariamente, aquello que le conviene, ni tiene por qué coincidir lo adecuado con su opinión... (FD único)».

El Juez no está vinculado jurídicamente a la voluntad del niño. El derecho a ser oído no se equipara al derecho a decidir (21).

Ahora bien, se están dando supuestos en los que las sentencias contrarias a la voluntad firme de un menor de entre catorce y diecisiete años (presupuesta, por lo tanto, una conciencia y capacidad suficiente para emitir un juicio sobre el ámbito familiar que desean) están resultando ineficaces. Y no es ya que no se pueda conseguir la ejecución judicial, sino los problemas que genera este tipo de situaciones. De una parte, para el menor, porque se le está obligando a vivir con el progenitor con quien no quiere; y, de otra, para los padres, porque quien realmente está ejerciendo la guarda y custodia no es el que ostenta el uso de la vivienda familiar ni el que recibe la pensión por alimentos.

Las dificultades se agravan cuando estos jóvenes, mayores de catorce años, tienen hermanos de menos edad y el Juez ha de valorar la conveniencia de aplicar el principio de la unidad fraternal.

En el caso resuelto por la AP Murcia, Secc. 1.ª, por sentencia de 23 de abril de 2002 (22), la madre tenía la guarda y custodia de sus tres hijos de diecisiete, dieciséis y la pequeña de nueve años. Los dos mayores se habían marchado voluntariamente a vivir con su padre por lo que éste solicitó la custodia de la hija. El Tribunal tras señalar que no podía por menos que «convalidar judicialmente la situación de hecho en que se encuentran Víctor y Sergio, otorgándole al padre su custodia (...）」, sin embargo, por circunstancias particulares del caso, no accede a la solicitud de modificación de medidas instada por el ex cónyuge.

Respecto de estos casos, sostiene ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, «(...) es evidente que la Ley mantiene su criterio de que hay que acordar lo mejor para el menor, aun a su pesar, pero la práctica conduce a que el Juez se resigne a resolver lo que quiere el hijo. Y si en algún caso, el Juez se resiste a actuar de esta forma, lo único que logra es que la situación de hecho se contradiga con la resuelta por el juzgado, creando un marco teórico y otro real, discrepantes y contradictorios, que redundan en perjuicio de todos los miembros de la familia; donde se mantienen pronunciamientos, como los económicos, que parten de una situación inexistente, pero que son exigibles; y de otra, existe una vida auténtica, que genera injusticias y enriquecimientos injustos, con grave distorsión de la justicia y de la equidad. Ejecutar pensiones alimenticias o mantener el uso del domicilio familiar, basadas en la vivencia de los hijos con un progenitor cuanto en verdad habitan con el otro, es una clara trasgresión de la tutela efectiva de los Tribunales» (23).

Otro ejemplo lo encontramos en el auto núm. 204/2009, de 26 de junio, dictado por la AP Madrid, Secc. 22.ª: El menor, de dieciséis años de edad, había manifestado su voluntad inequívoca de convivir con el padre pese a lo ordenado por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia sostuvo que «(...) no es posible adoptar decisiones traumáticas que vayan en contra de la voluntad expresada al respecto por dicho hijo, es lo procedente provisionalmente no acceder a la ejecución interesada, dejando sin efecto lo acordado en el auto de 27 de junio de 2008 (...)» (24).

A modo de conclusión, una última pregunta que responder: ¿Qué hace falta para proteger a los menores en su derecho a ser oído en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio? A la vista está que son necesarias reformas tanto en el Código Civil como en la Ley de Enjuiciamiento Civil (y aquí incluyo la regulación legal de los equipos técnicos judiciales, que no existe) (25).

Igualmente, son necesarias mejoras en las instalaciones donde se celebra la audiencia a los menores y no estará de más la elaboración de una Guía de Buenas Prácticas para los Jueces y abogados que intervienen en los procesos de familia, tal y como se ha anunciado entre las conclusiones de los IV Encuentros de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia y de las VI Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, celebradas en Valencia durante los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009 (26).

Más recientemente, en el seminario que tuvo lugar el pasado mes de febrero de 2010 (días 17 a 19), en la sede de formación del Consejo General del Poder Judicial, se han elaborado una serie de conclusiones en relación con distintos instrumentos auxiliares en el ámbito del Derecho de Familia, entre ellos, el de la exploración de menores.

Por su relevancia, transcribimos a continuación las conclusiones a las que se llegaron en torno al objeto del presente trabajo (27):

1. *La exploración judicial de un menor en el ámbito del proceso civil ha de ser considerada una diligencia judicial a través de la cual el menor ejerce su derecho a ser oído antes que un medio de prueba en el procedimiento del que se trate.*

2. *Cuando un menor de edad deba ser oído en un proceso de familia en el que esté directamente implicado, este derecho deberá ejercerse en alguna de las formas previstas en el art. 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996. En ningún caso el menor será convocado como testigo. Es factible que la exploración del menor se efectúe a través de los miembros del Equipo Psicossocial que pueda estar adscrito al órgano judicial, lo cual, sin embargo, no debe generalizarse.*

3. *Los niños, niñas y adolescentes habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales cuando el Juez lo estime necesario —no en todo caso—. Evaluado el juicio de necesidad, el Juez deberá ponderar si el menor implicado tiene suficiente madurez cuando es menor de doce años. Debe tenerse igualmente presente que no todo mayor de doce años tiene suficiente madurez, aunque por ministerio de Ley deba de ser explorado.*

4. *Se considerará no necesario oír a un menor de edad cuando su audiencia pueda implicarle un perjuicio. Esta decisión deberá motivarse en todo caso por el Tribunal.*

5. *Teniendo en cuenta la posible ejecución de resoluciones en el extranjero, es imprescindible hacer constar en todas las resoluciones judiciales que afecten a los intereses de menores de edad que dicho menor ha ejercido su derecho a ser oído en el concreto procedimiento. Si no hubiera sido oído directa o indirectamente por el Tribunal, deberá motivarse por qué. En los procedimientos consensuales, o en aquellos procedimientos contenciosos en los que no se haya considerado necesaria la exploración judicial del menor o menores afectados por la resolución judicial por no existir conflicto en las medidas personales que les afectaban, se señalará que los menores fueron oídos a través de sus representantes legales.*

6. *En las exploraciones civiles, la necesidad de preservar la intimidad de los menores aconseja no grabar su audiencia con el Juez, con el psicólogo o con el equipo adscrito al Juzgado.*

7. *El Juez deberá dejar constancia en las actuaciones de su interpretación sobre lo que el menor ha expresado de forma verbal y no verbal en la exploración practicada, no estimándose oportuna la ausencia de toda documentación respecto de lo que el menor haya podido exponer ni tampoco la transcripción literal de lo por él expuesto.*

8. *En las exploraciones civiles judiciales no resulta precisa la intervención del Secretario Judicial. Las exploraciones se desarrollarán con el mínimo número de adultos en la*

sala. Asimismo, se concluye que es más beneficioso para el menor que la exploración judicial se realice en fecha distinta a la señalada para la comparecencia o juicio del procedimiento, por cuanto ello minora la tensión del menor al acudir al Juzgado y le evita innecesarias esperas.

9. *Deben evitarse exploraciones reiteradas de un mismo menor para evitar su victimización secundaria.*

10. *Se concluye que, siempre que resulte posible, la exploración del menor deberá ser señalada como primera diligencia con el fin de evitar retrasos o demoras en la práctica de la actuación, valorándose asimismo que, sin duda, es en ese momento cuando el niño se encuentra más descansado.*

11. *Se comparten y refrendan expresamente las conclusiones que sobre la exploración de menores fueron recogidas en la Guía de Buenas Prácticas aprobada en las VI Jornadas de Magistrados. Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios celebradas en Valencia durante los días 26 a 28 de octubre de 2009.*

III. ¿PUEDE ACCEDER EL CONTENIDO DE UN E-MAIL O DE UNA PÁGINA WEB AL PROCESO A TRAVÉS DE LA PRUEBA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL?

Xavier ABEL LLUCH

Director del Instituto de Probática y Derecho Probatorio de la Facultad de Derecho ESADE-URL. Magistrado excedente. Doctor en Derecho

Uno de los problemas que han planteado la aparición de las nuevas tecnologías de la información y comunicación es el modo de acceder al proceso las nuevas fuentes de prueba. Como afirmaba COUTURE, «sería ilógico que el Magistrado se viera privado de aplicar los nuevos métodos de prueba, en razón de que, cuando ocurrió el acto, ese medio de prueba no se hallaba instituido para demostrarlo» (28). Se tratará, por ende, de averiguar a través de cuáles de los medios de prueba previstos en el art. 299 LEC pueden acceder al proceso las nuevas fuentes de prueba electrónicas, teniendo siempre presente que las fuentes de prueba son ilimitadas y los medios de prueba, por el contrario, siempre son limitados (29).

El reconocimiento judicial es un medio apto para incorporar la evidencia electrónica y, particularmente, para la percepción judicial directa de datos de prueba del entorno digital. Dispone el art. 353 LEC que «el reconocimiento judicial se acordará cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el Tribunal examine por sí mismo algún objeto, lugar o persona». El entorno digital es susceptible de reconocimiento estimando que el objeto del reconocimiento puede ser un lugar, entendido este como lugar virtual; o puede ser un objeto, entendido por el ordenador a través del cual se accede a la red (30). La percepción judicial directa se instrumentaliza a través de la navegación por la red o cibernavegación.

La proposición del reconocimiento judicial tendrá lugar en la audiencia previa (del juicio ordinario) o la vista (del juicio verbal) y la parte proponente deberá precisar: a) los extremos principales objeto del reconocimiento (p. ej., el contenido de una página web; el número de e-mail enviados o recibidos; la identificación de los remitentes o destinatarios de los e-mail; el número de visitas efectuadas a una determinada página web; el número de elementos descargados, etc.) (art. 353.1 LEC); b) si desea concurrir a la prueba del reconocimiento con alguna persona técnica o práctica en la materia (art. 353.1 LEC). La amplitud de la dicción legal que alude indistintamente a una «persona técnica o práctica» permite entender que la parte proponente podrá acudir al acto del reconocimiento auxiliado por un perito informático, bastando la comunicación a la parte adversa y sin que la intervención del mismo esté sujeta a un juicio de admisión; c) si el reconocimiento judicial se llevará cabo en la sede del Tribunal, aportando —o no— los medios técnicos para su práctica; o, por el contrario, el Juez deberá desplazarse al lugar donde se encuentra el ordenador.

A la vista de la proposición del reconocimiento efectuada por la parte proponente, las demás partes personadas podrán proponer la ampliación del reconocimiento judicial a otros extremos distintos e indicar, igualmente, si proponen una persona técnica o práctica (art. 353.2 LEC). En la misma audiencia previa o en la vista del juicio verbal, el Juez admitirá —o, en su caso, denegará— el reconocimiento propuesto, precisando los extremos del mismo, si se admite la presencia del técnico o práctico propuesto y el lugar en que debe practicarse.

¿Está
cansado
de esperar?



¿Retrasos, esperas en el juzgado? Su tiempo es oro, no lo pierda: cada mes IURIS le ofrece toda la **actualidad jurídica en análisis prácticos** sobre todas las áreas del Derecho.

La única revista con secciones dedicadas a las **habilidades profesionales**: improvisar con seguridad en sala, enlazar ideas en textos jurídicos, negociar eficazmente...

Y además, **IURIS Semanal**, un boletín online de noticias, con legislación comentada, jurisprudencia destacada y convocatorias jurídicas.

Suscripción anual con 11 números al año y un acceso a la página web: textos completos de la legislación y jurisprudencia citada, modelos y esquemas procesales y acceso al fondo de la revista.

IURIS

Actualidad y Práctica del Derecho



Solicite un ejemplar gratuito: acavero@laley.wke.es

La práctica del reconocimiento judicial precisa una referencia al lugar, tiempo, forma y la eventual concurrencia con otros medios de prueba. El lugar del reconocimiento puede ser la sede del Tribunal, y así sucederá cuando el reconocimiento se practica en el ordenador del Juzgado (p. ej., solicitando se acceda a una determinada página web), o en un ordenador portátil que haya podido facilitar la parte proponente. Pero también puede practicarse el reconocimiento fuera de la sede del Juzgado, y así sucederá cuando el Juez tenga que desplazarse a un lugar para examinar un ordenador fijo (p. ej., solicitando se indique el número de e-mail remitidos a cierto destinatario).

El reconocimiento judicial se practica, como regla general, siguiendo el orden en la práctica de los medios de prueba, después del interrogatorio de las partes, de testigos y de la contradicción de los peritos, a salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, aprecie la concurrencia de circunstancias que permitan alterar dicho orden (art. 300 LEC). También podrá practicarse como prueba anticipada (art. 294 LEC) y como diligencia final (art. 435 LEC).

El reconocimiento se practica en presencia del Juez, asistido por el Secretario, y con la intervención de letrados, procuradores, técnicos o prácticos. Siendo una prueba directa, lo esencial es que el Juez perciba directamente el entorno informático,

sea tecleando personalmente el ordenador, sea visionando la pantalla y el entorno digital a partir de las instrucciones de un técnico o práctico.

Eventualmente, el reconocimiento judicial puede practicarse, de oficio o a instancia de parte, con la prueba pericial (art. 356 LEC) y puede practicarse también, aun cuando solo a instancia de parte, con el interrogatorio de las partes y/o de testigos (art. 357 LEC). Si se practica conjuntamente con la prueba pericial, podrá consistir en una práctica simultánea de ambos medios de prueba, esto es, procediéndose por el Juez a la navegación por la red o la percepción de la pantalla del ordenador y simultáneamente a la aportación de máximas de experiencia técnicas por el perito informático. Si se practica conjuntamente con el interrogatorio de las partes y/o de testigos, se practica de forma sucesiva, de manera que primero se procede a navegar por la red o percibir la pantalla del ordenador y acto seguido a la declaración de la parte y/o del testigo.

El Secretario Judicial levanta acta detallada del reconocimiento (art. 358.1 LEC). Dicha acta, además de identificar los sujetos comparecientes, recoge las percepciones y apreciaciones del Juzgador, pudiendo resultar muy útil adjuntar una copia impresa de las páginas visitadas o del contenido de los e-mails examinados. También es posible recoger el contenido del reconocimiento por medios técnicos y en soporte apto para su custodia por el Tribunal (CD, DVD, *pen drive*, etc.). ■

NOTAS

(1) En este sentido, por ejemplo, la SAP Asturias, Secc. 1.ª, de 29 de abril de 2008 (LA LEY 146586/2008), en su FJ 1.º, destaca: «(...) Ni podemos tampoco otorgar valor alguno a los documentos aportados a las actuaciones aportados a las actuaciones en idioma distinto del castellano con vulneración de lo dispuesto en el art. 144 LEC»; la SAP Madrid, Secc. 21.ª, de 17 de mayo de 2005 (LA LEY 110573/2005), en su FJ 3.º, afirma: «Si la actora no ha presentado la traducción de documentos redactados en lengua extranjera, como le obliga el artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la consecuencia será la ausencia de valor probatorio de los documentos no traducidos»; y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga, de 3 de enero de 2008 (auto 52/2007), en su FJ 4.º, indica: «Respecto del acuerdo parasocietario de joint-venture, cabe apreciar, como señaló la demandada en su impugnación, que el documento aportado (número 2) no viene traducido de conformidad al artículo 144 LEC, por lo que su valoración no es posible en cuanto al derecho y contenido reclamados ya que debe ser objeto de prueba cuya carga corresponde a quien lo presenta (art. 265 en relación al art. 217 de la LEC)».

No obstante, la SAP Madrid, Secc. 11.ª, de 12 de enero de 2007 (LA LEY 35015/2007), admite esta solución cuando no existe impugnación de la parte contraria. Así, en el FJ 2.º, indica: «En cuanto a la validez y eficacia procesal de los documentos en lengua extranjera no traducidos, si bien es cierto que el artículo 144 LEC ordena traducir al español todos los documentos en idioma extranjero, norma de necesaria observancia e incluso en documentos de lectura aparentemente simple, como son las facturas, dicho precepto contiene un requisito procesal pero no una regla valorativa de prueba, de ahí que de la irregularidad formal de la falta de traducción no puede derivarse una prohibición de que surtan efectos de convicción los documentos no traducidos, prohibición que el artículo 11.1 LOPJ restringe exclusivamente a las pruebas obtenidas "violentando los derechos y libertades fundamentales". Aplicando dichos principios al caso de autos y visionando nuevamente la reproducción audiovisual, tanto de la audiencia previa, como del acto del juicio, debemos reseñar que efectivamente por la parte demandada no se impugnó en la audiencia previa el documento número 4 (...). El que las facturas que representan la deuda figuraran redactadas en idioma extranjero,

sin la correspondiente traducción, no es impedimento para que, en unión de los distintos elementos probatorios, puedan acreditar la realidad de los pedidos». De igual modo, cfr. SAP Tarragona, Secc. 3.ª, de 15 de mayo de 2003, FJ 2.º (LA LEY 87618/2003).

(2) Esta sentencia trae causa de la STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Social, Secc. 1.ª, de 1 de diciembre de 2006, ponente M.ª del Carmen Sánchez-Parodi (LA LEY 281114/2006).

(3) De igual modo, vid. ARANGÜENA FANEGO, C., «Comentario al artículo 144 LEC», en Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, T. I, coord. A. M.ª LORCA NAVARRETE, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 940.

En esta sentido, cfr. SAP Zaragoza, Secc. 2.ª, de 10 de junio de 2002, FJ 2.º (LA LEY 109710/2002). Sin embargo, alguna resolución judicial niega eficacia a la traducción parcial del documento redactado en lengua extranjera: así, por ejemplo, la SAP Cantabria, Secc. 3.ª, de 25 de abril de 2005 (LA LEY 1354/2005), en su FJ 2.º, afirma: «Los argumentos no pueden prosperar porque el documento que supuestamente homologa —un determinado juguete defectuoso— está redactado presumiblemente en chino y en inglés, y no obra en las actuaciones la traducción del mismo, pues no puede conferirse tal carácter a la que se hace en la contestación de algunos párrafos del extenso texto extranjero. Y, sin esa traducción, de acuerdo con el art. 144 LEC, no puede conferirse a ese documento ninguna eficacia procesal».

(4) Ello puede suceder, por ejemplo, en el propio texto de la demanda o contestación a la demanda.

(5) En esta línea de pensamiento, la SAP Tarragona, Secc. 3.ª, de 31 de enero de 2008 (LA LEY 25435/2008) en su FJ 1.º, admite la validez probatoria de unos documentos redactados en inglés sin traducción alguna debido a que ambas partes eran ciudadanos británicos —y por tanto dominaban el idioma inglés—, por lo que entiendo que la falta de traducción de los meritados documentos no pudo causar indefensión alguna; y a que la contraparte ninguna manifestación hizo respecto de los mismos, quien se limitó a impugnarlos no a causa de su falta de traducción, sino porque no estaban a nombre de su cliente. Y, de igual modo, la SAP Teruel, Secc. 1.ª, de 30 de octubre de 2006 (LA LEY 144041/2006), en su FJ 1.º *in fine*, afirma: «No obstante, ha de ponerse de relieve que este Tribunal no aprecia la infracción del art. 144 de

la Ley de Enjuiciamiento Civil (...) siendo además expresiones en portugués cuya comprensión no exige traducción alguna — prueba de ello es que se aceptaron sin exigir traducción—».

(6) Excepcionalmente, alguna resolución mantiene esta tesis: así, la SAP León, Secc. 1.ª, de 9 de mayo de 2007 (LA LEY 122001/2007), en su FJ 2.º, mantiene: «[El documento] aparece redactado en idioma extranjero, en cuyo caso el artículo 144.1 LEC exige presentación de la correspondiente traducción. Y aun aplicando de oficio por el Tribunal de apelación sus particulares conocimientos del idioma inglés, del citado texto solo se infiere que (...) [y a continuación se efectúa la particular traducción judicial del documento]».

(7) Sin embargo, alguna resolución judicial mantiene esta segunda postura. Así, por ejemplo, el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 1 de marzo de 2007 (auto 109/2007), en su FJ 3.º, afirma: «No cumple el demandante con el requisito que dispone el art. 144.1 LEC, pues aporta una revista en idioma inglés sin traducción. La omisión de traducción al idioma castellano o euskera, oficiales en la Comunidad Autónoma Vasca, hace que el doc. núm. 1 de la demanda no pueda ser admitido, en tanto tenga eficacia probatoria sin cumplir con la exigencia de traducción, oficial o privada, que dispone la norma citada. En consecuencia el mismo y sus copias será devuelto al demandante y no se entregará al demandado».

(8) Ésta es la postura mayoritaria en la doctrina judicial: así, cfr. SSAP Tarragona, Secc. 3.ª, de 31 de enero de 2008, FJ 1.º (LA LEY 25435/2008), y 31 de octubre de 2005, FJ 2.º (LA LEY 211877/2005); la SAP de Huelva, Secc. 1.ª, de 5 de junio de 2006, FJ 1.º (LA LEY 168400/2006); o la sentencia de Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga, de 25 de febrero de 2005, FJ 2.º (auto 47/2005); entre otras.

(9) Se mantiene la duda de la exigibilidad del requisito establecido en la redacción anterior del art. 231 LEC —que fue modificado con la L 13/2009, de 3 de noviembre—, en el que para permitir la subsanación de los defectos en que incurriesen los actos procesales de las partes era necesario que «en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad [de las partes] de cumplir los requisitos exigidos por la Ley». Esta duda surge porque no ha sido modificado el art. 243.3 LOPJ en el que se mantiene expresamente dicha exigencia. En nuestra opinión, en la actualidad, este requisito ya no es exigible

para proceder a la subsanación de los defectos procesales, pues estamos ante un evidente olvido del legislador —que no se acordó que esta materia también se regula en la LOPJ—, al margen de que resulta de plena aplicación la regla interpretativa de las normas jurídicas según la cual *lex posterior derogat priori*. En todo caso, para quien siga manteniendo la necesidad de exteriorizar la voluntad de cumplir la Ley para admitir la subsanación de los defectos procesales, entendemos que la simple aportación del documento redactado en lengua extranjera es ya un indicio de que el aportante pretende que dicho documento tenga eficacia jurídica, por lo que debe permitírsele que subsane este defecto antes de dictar sentencia: en esta línea, debemos destacar la STSJ Andalucía, Sala de lo Social, Secc. 2.ª, Granada, de 8 de enero de 2003 (LA LEY 3872/2003), que anula la de instancia por estimar la demanda en función de unos documentos redactados en inglés y, en consecuencia, en su fallo ordena: «(...) Revocamos y dejamos sin efecto la sentencia recurrida, reponemos las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la sentencia para que se proceda a la traducción al castellano de los documentos en lengua extranjera existentes en los autos, dictándose después nueva sentencia con absoluta libertad de criterio».

(10) De igual modo, vid. GÓMEZ MARTÍNEZ, C., Comentario al art. 144 LEC, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», T. I, coord. M.ª A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, J. M.ª RIFÁ, y J. F. VALLS GOMBAU, Ed. Iurium-Atelier, Barcelona, 2001, pág. 620.

(11) Esta norma indica que cuando se produzca la impugnación de la traducción privada, el Juez «ordenará, respecto de la parte que exista discrepancia, la traducción oficial del documento, a costa de quien lo hubiese presentado».

(12) Así, cfr. SAP Barcelona, Secc. 15.ª, de 2 de junio de 2004, FJ 2.º (LA LEY 130776/2004).

(13) En este sentido, vid. SAP Valencia, Secc. 11.ª, de 3 de junio de 2002, FJ 2.º (LA LEY 105217/2002).

(14) Éste es el caso resuelto en la SAP Tarragona, Secc. 3.ª, de 31 de octubre de 2005, FJ 2.º (LA LEY 211877/2005).

(15) Así lo indica la SAP Baleares, Secc. 3.ª, de 3 de febrero de 2005, FJ 2.º (LA LEY 27623/2005).

(16) En sentido contrario, la SAP Girona, Secc. 1.ª, de 23 de abril de 2003 (LA LEY 74573/2003), en su FJ 3.º, afirma: «El

contrato que adjuntó el demandado con la contestación y reconvencción es claro que fundamentaba la pretensión ejercitada en esta última, por lo que debía haberse aportado y debidamente traducido junto con la contestación y reconvencción, y no es posible hacerlo en la audiencia previa (...). En consecuencia, la aplicación del artículo 272 LEC era inevitable». En nuestra opinión, esta resolución aplica incorrectamente el art. 272 LEC, y la sanción que en ella se prevé (a saber, la inadmisión del documento presentado extemporáneamente), confundiendo la aportación del documento redactado en lengua extranjera —que es el verdadero documento, cuya aportación se hace correctamente en la contestación y reconvencción— con su mera traducción, aspecto este último que, como hemos indicado, es subsanable con posterioridad a la aportación del documento.

(17) Ello evita situaciones indeseables como la nulidad de actuaciones. Éste es el caso, por ejemplo, de la STSJ Andalucía, Granada, Sala de lo Social, de 8 de enero de 2003 (LA LEY 3872/2003), en el que ante la falta de ofrecimiento de subsanación de defectos procesales se decreta la nulidad de actuaciones y la retroacción de las mismas para que se proceda a dicha subsanación. En concreto, en su FJ único afirma: «Las normas rectoras del procedimiento, al afectar al orden público procesal, son de derecho necesario y por ello precisamente de inexcusable observancia tanto por los litigantes como por las Tribunales (...) ejercitada una acción de reintegro de gastos en que pretende el resarcimiento de los gastos que le ocasionó la asistencia sanitaria que le fue dispensada en EE.UU., asistencia y gastos que pretende justificar con los documentos obrantes a los folios 79 a 94 y 156 a 203 de los autos, que aparecen redactados en inglés, con excepción de los

folios 171, 172 y 173, sin que los mismos, hayan sido traducidos al castellano, lengua oficial del Estado —artículo 3.1 de la Constitución—, motivo que por lo expuesto tiene que ser acogido, pues en la instancia, como ya se ha expuesto, no se aportó la traducción del citado informe médico, como requiere el artículo 144 LEC, por lo que con declaración de nulidad de la sentencia de instancia, han de devolverse las actuaciones al Juzgado de instancia a los fines de que se proceda a la traducción de la documentación aportada en idioma extranjero (STS 26 de marzo de 1987)». Sin embargo, contrastada la sentencia del TS que se cita, la misma se refiere a la necesidad de traducción oficial de los documentos redactados en una lengua propia de una Comunidad Autónoma cuando deban surtir eficacia en el resto del territorio español —esta traducción de oficio se exige expresamente en el art. 231.4 LOPJ— por lo que no se resulta correcta la aplicación de dicha doctrina al caso de los documentos redactado en lengua extranjera.

(18) Ésta es la solución dada por la mayoría de las resoluciones judiciales consultadas: la SAP Madrid, Secc. 22.ª, de 4 de marzo de 2005 (LA LEY 52756/2005), en su FJ 2.º, afirma: «Es cierto que los documentos acompañados al escrito rector del proceso numerados del 8 al 18 infringen el artículo 144 LEC, ya que no van acompañados de la traducción de los mismos, por lo que no debieron ser utilizados por la Juzgadora de instancia en su razonamiento»; la SAP Castellón, Secc. 2.ª, de 4 de mayo de 2004 (LA LEY 103975/2004), en su FJ 3.º, indica: «Pues bien, en primer lugar, debemos dejar sentado que los documentos a que alude la ahora apelante —como la misma reconoce— están redactados en idioma francés, que desde luego no es lengua

oficial de España ni en la Comunidad Autónoma, y, en contra lo exigido en el artículo 144 LEC, no se ha aportado traducción de ninguna clase de los mismos. Así las cosas, aunque el citado precepto, ni ningún otro de la Ley Procesal, prevé las consecuencias que ha de tener la falta de aportación de la traducción, haciendo una interpretación sistemática, y poniendo en relación dicho precepto con lo dispuesto en el artículo 142.4 LEC —a sensu contrario—, se debe entender que dichos documentos ninguna validez ni eficacia pueden tener en el proceso, y, por tanto, no podían ser valorados por la Juzgadora de instancia». De igual modo respecto del idioma portugués, se pronuncia la SAP Salamanca, Secc. 1.ª, de 30 de noviembre de 2005 (LA LEY 233926/2005), y ello a pesar del conocimiento que de este idioma tiene los Magistrados de dicha AP. En la misma línea, cfr. SAP Castellón, Secc. 2.ª, de 2 de septiembre de 2002, FJ 2.º (LA LEY 144330/2002).

(19) Y que podemos encontrar, por ejemplo, en el propio texto de la demanda o contestación a la demanda.

(20) LA LEY 6776/2004.

(21) Una amplio elenco de resoluciones judiciales que sostienen este parecer puede encontrarse en BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.ª S., «Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial», Aranzadi Civil, num. 2/2001 y GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., Los procesos de familia: una visión judicial, 2.ª. Ed. Colex, HIJAS FERNÁNDEZ, E. (coord.), Madrid, 2009, págs. 509 a 511.

(22) LA LEY 78703/2002.

(23) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «El menor en las crisis matrimoniales de sus padres», en La protección del menor en

las rupturas de pareja, GARCÍA GARNICA, M.ª C. (Dir.) y MORILLAS FERNÁNDEZ, M. y QUESADA PÁEZ, A. (Coord.), ed. Cicode y Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, Pág. 43.

(24) LA LEY 253136/2009.

(25) Sobre la función de estos equipos puede consultarse PÉREZ DAUDÍ, V., «La función del equipo técnico judicial en el proceso de familia (Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional 163/2009, Sala 2.ª, de 29 de junio de 2009)», en Diario LA LEY, núm. 7320, Secc. Tribuna, 14 de enero de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY.

(26) Pueden consultarse en la página web www.waeafa.es (Asociación Española de Abogados de Familia), habiéndolo consultado por última vez el 1 de diciembre de 2010.

(27) Estas conclusiones han sido tomadas de la página web: www.sepin.es, habiéndola consultado por última vez el 1 de diciembre de 2010. En el mismo lugar, pueden encontrarse también las relativas a la mediación familiar, la intervención de los equipos técnicos, la práctica de pruebas periciales y los puntos de encuentro familiar.

(28) COUTURE, E, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, pág. 213.

(29) Sobre la distinción conceptual entre fuente y medio de prueba puede verse MONTERO AROCA, J., Los medios de prueba en el proceso civil, 5.ª ed., Ed. Civitas, págs. 150 a 153.

(30) ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., Internet y prueba civil, en Rev. Jurídica de Catalunya, año 2001, págs. 143 a 147.



LA LEY

grupo Wolters Kluwer



Nebrija
Business School

It's time for new Leaders

LEADING YOUR FUTURE
LEADING NEBRIJA BUSINESS

postgrado@nebrija.es

MÁS INFORMACIÓN

902 321 322

www.nebrija.com



➤ MÁSTER EN
DERECHO EMPRESARIAL
LA LEY

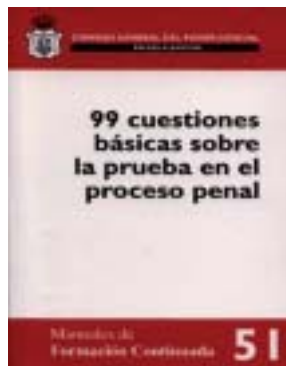
- Máster Universitario, aprobado por ANECA y adaptado a Bolonia, con plena validez en el EEES.
- Máster 100% basado en el "Método del Caso", e impartido en modalidad semipresencial.
- Profesorado formado por prestigiosos abogados y profesionales en su área de conocimiento.
- Metodología altamente participativa y seguimiento personalizado con las herramientas más modernas.



rincón

DELECTURA

LA LEY 22/2011



99 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso Penal

Director: Javier HERNÁNDEZ GARCÍA
Editorial: CGPJ. Manuales de Formación continua del CGPJ.
Año: Madrid, 2010, 692 páginas.

La obra que se presenta en esta reseña se incluye en la colección, que podemos considerar clásica dentro del ámbito de la bibliografía jurídica, de Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del poder Judicial. Como es sabido en cada uno de los números de esta colección se trata exhaustivamente un tema determinado. En este caso es el de la prueba en el proceso penal y lo hace mediante un título sugerente que nos remite a un modo directo y práctico de exposición y tratamiento de las cuestiones objeto de la obra como es el de pregunta y respuesta. En la obra, respetando el título, se contienen efectivamente el análisis de 99 cuestiones básicas sobre prueba penal. Cuestiones que se agrupan en tres grandes apartados. En el primero se analizan preguntas que se incluyen dentro del esquema clásico de los medios de prueba (inculcado, testigos, documental, pericial). En el segundo se atiende a cuestiones generales entre las que se incluyen, entre otras, las referidas al

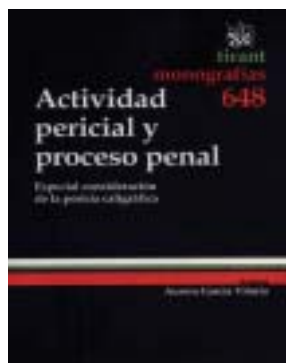
objeto de la prueba, las nulidades probatorias, la prueba en segunda instancia etc. Finalmente, en el tercer apartado se contienen las últimas 10 preguntas referidas a la valoración de la prueba. Las preguntas constituyen el eje vertebrador de la obra en la que se prescinde de las explicaciones generales para atender a las cuestiones concretas seleccionadas. Todas ellas son de un gran interés de modo que la lectura de la obra resulta altamente recomendable para todos aquellos que tengan interés en la materia de prueba en el proceso penal. ■



rincón

DELECTURA

LA LEY 23/2011



Actividad pericial y prueba penal. Especial consideración de la pericial caligráfica

Autora: Aurora GARCÍA VITORIA
Editorial: Tirant lo Blanch.
Año: Valencia, 2009, 231 páginas.

La obra presentada tiene por objeto el estudio de la prueba pericial caligráfica en el proceso penal. A ese fin la autora, que aúna su condición de profesora universitaria con la de experta en Pericia Caligráfica, analiza no sólo la práctica de la prueba, sino también las figuras delictivas vinculadas al ejercicio de esta especial actividad pericial, como son los de falso testimonio, la alteración de la verdad o el abuso en el ejercicio de la función. En la segunda parte de la obra se analiza exhaustivamente la prueba pericial caligráfica para finalizar con una relación de problemas relevantes relacionados con este especial medio de prueba, como son el modo de realización de cuerpos de escritura, la validez de las fotocopias o la valoración

de la prueba. Para finalizar es importante reseñar la cita constante de jurisprudencia aportada en toda la obra, que la autora comenta con relación a los distintos aspectos analizados. ■

GESTIÓN LA LEY

PROGRAMA DE GESTIÓN DE DESPACHOS

ahora...

- Nuevo diseño
- Más intuitivo y flexible
- Alto nivel de personalización
- Nuevo gestor de avisos
- Enlace con Lexnet
- Cumplimiento de la LOPD





Biblioteca



LA LEY 21/2011

Bibliografía básica sobre la prueba en el derecho anglosajón

Aportamos en este apartado una relación sintética de bibliografía básica sobre la prueba en el Derecho anglosajón facilitada por el Abogado D. Anibal Martin Sabater, autor del segundo trabajo publicado en la Tribuna del presente número. A ese fin distinguimos entre la procedente de los Estados Unidos de América y la Británica. Se trata de las principales obras en esta materia que nos pueden permitir acceder a la comprensión y entendimiento de los conceptos esenciales y al modo de practicar la prueba en el derecho anglosajón. A buen seguro que de ese conocimiento podremos extraer enseñanzas de aplicación a la práctica de la prueba en nuestro derecho.

Bibliografía esencial sobre la prueba en los EE.UU.

- Christopher B. MULLER and Laird C. KIRKPATRICK, *Evidence*, 4.ª ed., 2009.
- Kenneth S. BROUN and George E. DIX, *et al.*, *McCormick on Evidence*, 6.ª ed. 2009.
- Edward J. IMWINKELRIED, *Evidentiary Foundations*, 7.ª ed. 2008
- Paul F. ROTHSTEIN, Myrna S. RAEDER and David CRUMP, *Evidence*, 5.ª ed., 2007.
- Alex STEIN, *Foundations of Evidence Law*, 2009.

Bibliografía esencial británica

- Adrian KEANE, Jammes GRIFFITHS, and Paul McKEOWN, *The Modern Law of Evidence*, 8.ª ed., 2010
- Peter MURPHY, *Murphy on Evidence*, 10.ª ed., 2008.
- Fiona RAITT, *Evidence: Principles, Policy and Practice*, 4.ª ed., 2008. ■



Tratado de Psiquiatría Legal y Forense

NUEVO

Incluye
CD-ROM

La 4.ª edición de esta extraordinaria obra

Libro eminentemente práctico.

Se trata de un manual de consulta para juristas actualizado con las últimas novedades legislativas sobre el tema.

Obra multidisciplinar, jurídica y científica, referida a los casos psiquiátricos con trascendencia forense. Todos sus conceptos se exponen en un lenguaje claro, sencillo y conciso que facilita la comprensión a juristas. En un solo volumen recoge:

Parte técnica; Legislación; Jurisprudencia (de todos los tribunales); Bibliografía.

Se recogen temas de máxima actualidad como es la violencia doméstica.

Encuadernación: Tapa dura / **Páginas:** 2.032 / **ISBN:** 978-84-8126-773-0



Autores:

Juan José Carrasco Gómez
y José Manuel Maza Martín



LÍDERES

PUBLICACIONES

AUTORES

TECNOLOGÍA



INNOVACIÓN

SERVICIOS

Un paso por delante



REDACCIÓN: Collado Mediano, 9. 28230 Las Rozas (Madrid)
 Tel.: 91 602 00 00 / e-mail: diariolaley@laley.es
JEFE DE PUBLICACIONES: Mercedes Rey García
COORDINADORA: María José Hierro Romero
EQUIPO DE REDACCIÓN: Belén Arranz Fernández, Yolanda Ballesteros García-Asenjo, Gemma Bruno García, Pilar Muñoz Mendo, Sonsoles Navarro Salvador
ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN: Centro de Análisis Documental LA LEY
DISEÑO GRÁFICO: Fran Vizuete González
EQUIPO DE DESARROLLO: Juan José García Lozano, Nieves García Cruz, Fernando González Serrano, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Emérita Cerro Durán, Álvaro González Gómez, Olga López Yepes, Javier Docasar, José Medina García, Ramón Zapata Juliá
PRODUCCIÓN GRÁFICA: Eva Arroyo Fraiz, M.ª Antonia Castedo Cotrina, Gloria Lozano Serradilla, Diana Moya Rodríguez, Silvia Mulet París, Laura Usera Macías
IMPRENTA: Grefol, S.L. Polígono 2 - La Fuensanta 28936 Móstoles (Madrid)



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

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

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

ISSN: 1138-9907

D.L. BI. 1223 1981

PUBLICIDAD

Nerea Bascones Díez

C/ Collado Mediano, 9. Las Rozas (Madrid)
 Tel.: 91 602 00 08. Ext.: 10233
 e-mail: nbascones@laley.wke.es

SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE

Tel.: 902 250 500 / Fax: 902 250 502
 e-mail: clientes@laley.es