



## Práctica Forense

Prueba pericial caligráfica de testamentos ológrafos

3



## Práctica Forense

Dictámenes periciales: arte y antigüedades

5

**ESADE**

Facultad de Derecho

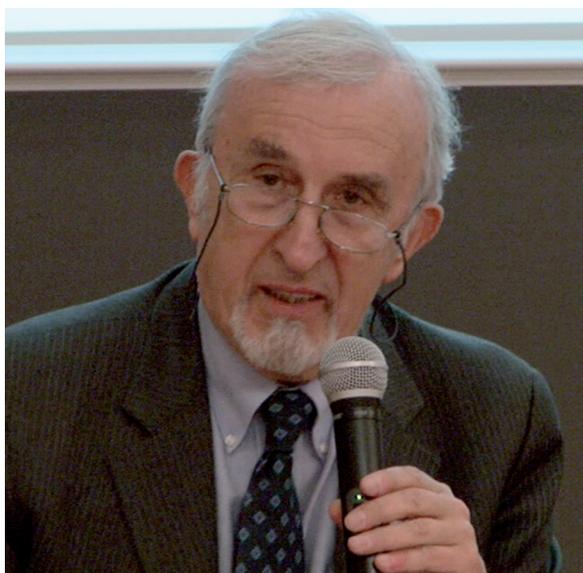
Universidad Ramon Llull

INSTITUTO DE  
PROBÁTICA Y DERECHO  
PROBATORIO

## EN PRIMERA PERSONA

LA LEY 5314/2012

### Entrevista con el Prof. Dr. Michelle Taruffo



«El juez imparcial es el juez que persigue la verdad»

El célebre procesalista Dr. Michelle Taruffo, profesor de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Pavía, protagonizó el pasado 16 de febrero el Legal Research Seminar de la Facultad de Derecho de ESADE para profundizar en la valoración de la prueba científica. Taruffo, autor de numerosas publicaciones en el ámbito del Derecho Procesal, es una de las mentes más destacadas del mundo en el campo de la prueba.

¿Cómo se despertó su interés por el estudio de los temas de prueba?

Se despertó en los años sesenta, durante mi época de estudiante. Por aquel entonces sentía un gran interés por la filosofía en general. Al empezar mi

tesis es cuando tuve que elegir: la verdad es que tuve mis dudas entre escoger filosofía y Derecho Procesal Civil. Al final acabé decantándome por el Derecho. Llevo más de cincuenta años explorando la probática. Es un tema que jamás termina.

Revista cuatrimestral del Instituto de Probática y Derecho Probatorio.  
Dirigida a juristas y otros colaboradores de la Justicia interesados en la semiótica,  
en cómo 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 del Equipo Académico  
del Instituto de Probática y Derecho  
Probatorio (ESADE-URL)

#### Colaboradores en este número

Xavier Abel Lluch  
Francisco González de Audicana  
Zorraquino

Christian Herrera Petrus  
Juan Francisco Orellana de Castro  
Carlos de Miranda Vázquez

Elvira Sánchez Gimeno  
Michelle Taruffo

## sumario

### ■ En primera persona

El juez imparcial es el juez que persigue la verdad (Entrevista con el Prof. Dr. Michelle Taruffo)

1

### ■ Práctica Forense

La prueba pericial caligráfica de testamentos ológrafos

Juan Francisco ORELLANA DE CASTRO

3

Dictámenes periciales: arte y antigüedades

Elvira SÁNCHEZ GIMENO

5

### ■ Dossier

Dossier de los Tribunales sobre probática

Carlos DE MIRANDA VÁZQUEZ

7

Jurisprudencia sobre Derecho Probatorio.

Xavier ABEL LLUCH

10

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

En la audiencia previa, ¿es posible adherirse íntegramente a los medios probatorios propuestos por la parte contraria y hacerlos propios a los efectos de obtener el dominio de los medios probatorios?

Francisco GONZÁLEZ DE AUDICANA ZORRAQUINO

15

¿De qué formas puede lograrse que declare un testigo residente en el extranjero en un procedimiento civil ordinario español?

Christian HERRERA PETRUS

15

### ■ Rincón de Lectura

17

### ■ Biblioteca

18

### ■ Eventos

19



3652K20470

¿Por qué en sus estudios científicos se comprende siempre la perspectiva histórica, filosófica, dogmática y comparatista?

Una de las razones es que jamás me gustó el Derecho Procesal Civil entendido únicamente desde la perspectiva clásica de la pura exégesis técnica del código. La manera académica estándar de tratar este tema es aburrida. De ahí mi interés por ampliar el estudio de la prueba desde otros ámbitos como la historia o el Derecho Comparado. Estudiar en clave comparatista o teórica tiene mucho más interés que basarse únicamente en la descripción tradicional y dogmática de las reglas procesales. Se trata de una razón psicológica.

*Creo que el sistema de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil estaba mejor resuelto, sobre todo porque las diligencias eran posibles después de la presentación de todas las pruebas de las partes. El juez tenía la situación perfecta para establecer si necesitaba algo más para las pruebas de los hechos*

También hay razones de método. No se puede llegar a comprender y valorar un sistema procesal sin tener en cuenta el desarrollo histórico de este sistema porque, sin la historia, no se dan términos de comparación. Hoy pasa lo mismo con el Derecho Comparado. Si uno no se ocupa de lo que ocurre en Inglaterra, se pierde una parte importante de Europa. Si uno desconoce lo que ocurre en Estados Unidos, se pierde una parte importante del mundo. Y lo mismo ocurre con América Latina y la China. La ventaja metódica básica de estudiar varios sistemas es que uno aprende a mirar su propio sistema desde fuera, es decir, sin los prejuicios que uno siempre tiene cuando analiza su sistema solo desde dentro.

La tesis central de sus estudios es que determinar la verdad de los hechos es posible y necesario para la Justicia de la decisión judicial, particularmente en un sistema jurídico basado en el principio de legalidad. ¿Puede desarrollar un poco más esta tesis?

La tesis se fundamenta en una premisa, que es la de comprender la función de un proceso civil. Si se entiende como muchos afirman —incluyendo EE. UU., Italia y España— que el fin del proceso es el de solucionar un conflicto, entonces la búsqueda de la verdad es algo que no interesa, es gastar tiempo y dinero. Pero si uno parte de la premisa que el fin del proceso es solucionar un conflicto, pero con una aplicación correcta de la regla de juicio, entonces toda la perspectiva cambia por el principio de legalidad, lo que conlleva a que un conflicto se resuelva con una decisión que aplica correctamente la regla de Derecho. La aplicación correcta de la regla de Derecho, dicen los filósofos, tiene una estructura condicional. Esto es, depende de más de una premisa. Tener, por ejemplo, una reconstrucción posiblemente verdadera de los hechos es una premisa necesaria para demostrar que la decisión es correcta, pero no es suficiente. Sin embargo, si la reconstrucción de los hechos no es verdadera, no se puede aplicar correctamente ninguna regla de Ley. Como ya decía Jerome Frank en los años treinta en Estados Unidos: «Ninguna decisión justa puede basarse en hechos erróneos». Lo que implica que si no hay verdad en el contexto procesal, no hay Justicia, porque entonces estaríamos ante un juicio puramente arbitrario, no controlable. En otras palabras, un autoritarismo puro sin principio de legalidad.

¿Existe incompatibilidad entre la búsqueda de la verdad y la imparcialidad judicial? ¿O, por el contrario, la búsqueda de la verdad es un elemento esencial de la imparcialidad del juez?

La segunda es la reflexión correcta. Hay muchos que piensan que la búsqueda de la verdad es algo arriesgado debido a la parcialidad del juez. El tema de los poderes probatorios del juez, como el principio inquisitorio, tiene muchos equívocos. Es como decir que el científico que trata de buscar la verdad sobre la reacción de un compuesto químico pierde su imparcialidad porque es el mismo que ha llevado a cabo el experimento. Nadie aceptaría una afirmación similar, es absurdo. Por otro lado, el juez puede ser parcial, aun cuando no haga nada, porque el hecho de que decida favorecer a una parte y no a la otra es algo que tiene poco que ver con su actividad procesal. Otro aspecto es que la verdad es imparcial. Por supuesto que una decisión que se fundamenta en la verdad de los hechos puede ser favorable al

demandante o al demandado. Pero si pensamos en serio en lo que significa buscar la verdad sobre un enunciado fáctico se ve que no hay parcialidad. No existe una verdad favorable para todos. Acabamos eligiendo la verdad que es más favorable a una de las partes. Puede ser que las consecuencias jurídicas sean favorables al demandante o al demandado, pero no en la búsqueda de la verdad en sí misma. Aunque buscar la verdad en un proceso no es lo mismo que buscar la verdad en una investigación científica, la neutralidad del juez no es diferente que la del científico.

El artículo 10 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, como usted sabe, dispone: «El juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos» ¿Qué valoración le merece este precepto?

Sin duda una valoración positiva, que va ligada a mi reflexión anterior. El juez imparcial es el juez que persigue la verdad. Porque la verdad es imparcial.

¿Debería existir una ética de la narración que impidiera al abogado presentar una narración de los hechos falsa?

Se trata de un tema bastante complejo, porque normalmente se dice, y creo que con razón, que el abogado no tiene obligación alguna con la verdad. Su función no es la de buscar la verdad, sino la de defender los intereses de su cliente hasta la victoria, con todos los medios admitidos por la Ley. En muchos códigos éticos de los abogados se encuentra la prohibición de decir conscientemente falsedades o de emplear conscientemente pruebas que se conocen falsas. Es la prohibición de la falsedad consciente, lo que significa que las falsedades inconscientes se admiten. Claro que no decir mentiras no significa decir la verdad. Como ya escribía Borges en uno de sus cuentos: «Del mismo hombre se pueden escribir infinitas biografías verdaderas». Yo añadiría infinitas biografías falsas. No existe solo el blanco y el negro, hay muchas otras posibilidades. La regla mínima es excluir las que son conscientemente falsas. El resto de falsedades son admisibles.

¿Cree usted ya superado el debate jurídico sobre los poderes de instrucción del juez —esto es, la iniciativa probatoria de oficio— en el proceso civil?

En mi opinión, este debate no tenía razón de empezar. Porque se habla del principio inquisitorio sin tener en cuenta que jamás existió un proceso civil inquisitorio. Existía un proceso penal inquisitorio, pero no civil. Se juega con el uso retórico de las palabras, porque el término inquisitorio tiene una connotación negativa. De hecho, lo que ocurrió en todos los sistemas procesales, al menos a partir de la segunda posguerra, es admitir muchos de los poderes probatorios del juez. Se hizo no porque fueran sistemas fascistas o comunistas, simplemente porque el proceso civil puramente dispositivo —como demuestran la experiencia histórica y la compartida— no es eficiente. No es un buen método procesal, porque no llega a la búsqueda de la verdad, a la correcta aplicación del Derecho en la decisión final. Por otra parte, argumentar que el código italiano de Derecho Procesal Civil es fascista porque es de 1940 es una estupidez, significa no conocer nada ni de politología ni de historia. Sería como decir que soy fascista porque nací en 1943. Son argumentos que no tienen ningún sentido. Por eso creo que el debate nunca debería haber empezado. Es un debate puramente ideológico, propagandístico.

¿Qué valoración le merece que la Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000 haya reducido los poderes de oficio del juez y haya eliminado las diligencias para mejor proveer?

Merece una valoración negativa. Es difícil valorar otros sistemas, pero como observador desde fuera, en España, la ideología del proceso civil es de tipo conservador, porque no tiene en cuenta las diligencias para mejor proveer y porque mira al pasado, es decir, a los sistemas europeos de la mitad del siglo XIX en los que predominaba la figura del juez pasivo y la lucha libre de las partes. Las diligencias finales que están en la Ley, a mi entender, no son diligencias para mejor proveer, porque solo pueden determinar la renovación de las pruebas y no la práctica de pruebas nuevas. Creo que el sistema de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil estaba mejor resuelto, sobre todo porque las diligencias eran posibles después de la presentación de todas las pruebas de las partes. El juez tenía la situación perfecta para establecer si necesitaba algo más para las pruebas de los hechos. El sistema anterior, a pesar de tratarse de un código liberal clásico, era perfectamente inteligente y racional.

¿Cree usted necesaria la regulación del régimen jurídico de las llamadas «pruebas electrónicas» a nivel supranacional?

En general, sí, porque es uno de los grandes problemas de las pruebas en este momento. Las reglas nacionales son diferentes en cada país, porque no siempre se otorga el mismo valor al mismo tipo de prueba electrónica. Creo que deberían existir unas reglas generales porque se trata de un problema global y no de un solo país. El legislador italiano, por ejemplo, continúa introduciendo nuevas reglas casi a diario, cambiando todo lo anterior. No es la perspectiva correcta.

¿Qué diferencias más importantes advierte usted en los estudios sobre la prueba en los países del civil y del *common law*?

La diferencia más importante es que los dos tipos de sistema tienen reglas de exclusión probatoria diferentes. La regla número uno de los EE. UU. que prohíbe la prueba de tercera mano no existe en países como Italia, Francia, Alemania o Inglaterra. Por el contrario, en sistemas como el francés y el italiano, existen reglas que no se aplican en otros sistemas, como, por ejemplo, la de prohibir testigos con tipos de contratos de un valor determinado. Mi punto de vista es benthamiano: creo que el mejor sistema de reglas probatorias es el que no existe. No comprendo, por ejemplo, por qué en Italia no es un testigo admisible el tercero, que a pesar de no ser parte en el proceso, podría contribuir a esclarecer la verdad. Cada exclusión de una prueba relevante es una limitación en la búsqueda de la verdad.

¿Cuáles son los retos más importantes del Derecho Probatorio en la actualidad?

Uno de los retos es eliminar reglas que no tienen sentido, como las exclusiones no justificadas. El reto más importante de hoy, sin embargo, es el de la prueba científica. La última edición del *Reference Manual of Scientific Evidence* del Federal Judicial Center, publicada recientemente, contiene 1.200 páginas de referencias —únicamente generales— sobre la prueba científica. Nuestro conocimiento sobre el tema es todavía bastante reducido. Por otra parte, hoy día ya no se puede hablar de prueba sin hablar de prueba científica, porque cada día, más frecuentemente, se emplean pruebas periciales como, por ejemplo, el análisis de ADN. La prueba científica es el tema de hoy y del futuro.

*Las aportaciones de la probática han sido, y continuarán siendo, una contribución importante para profundizar en el estudio del Derecho Probatorio. Afortunadamente, en los últimos años, la prueba se ha convertido en un tema de relevancia, tanto desde el punto de vista procesal como filosófico*

¿Cómo valora usted las aportaciones de la probática al estudio del Derecho Probatorio?

Las aportaciones de la probática han sido, y continuarán siendo, una contribución importante para profundizar en el estudio del Derecho Probatorio. Afortunadamente, en los últimos años, la prueba se ha convertido en un tema de relevancia, tanto desde el punto de vista procesal como filosófico.

¿Cómo valora usted la creación de un Instituto de Probática y Derecho Probatorio en el seno de una Facultad de Derecho? ¿Cuál debería ser su función primordial, la docencia, la investigación o la divulgación?

Tanto la docencia, como la investigación y la divulgación, deberían ser funciones primordiales. En cuanto a la creación de un Instituto de Probática, estoy completamente a favor. El error tradicional de la doctrina procesal ha sido considerar las pruebas como un pequeño detalle del Derecho Procesal, Civil, Penal o Administrativo, como una pequeña parte de una materia más importante. Es una creencia errónea. Tenemos que cambiar la perspectiva. La verdadera dificultad en la construcción del fallo judicial son los hechos. Y los hechos significan pruebas. Cuanto más estudiemos la prueba, más comprenderemos qué es administrar la Justicia. ■



LA LEY 6985/2012

## La prueba pericial caligráfica de testamentos ológrafos

Juan Francisco ORELLANA DE CASTRO

*Perito calígrafo y abogado. Miembro de Gabinete Jurídico Pericial Orellana y miembro de l'Associació Catalana de Perits Judicials*

*El trabajo analiza los aspectos a tomar en consideración en la prueba pericial caligráfica sobre testamentos ológrafos más allá de sus partes gráficas (escritura y firma), tales como el análisis documentoscópico del soporte (documento), la edad, estado senil y psicomotriz del testador y su historial médico y clínico.*

Una de las pruebas periciales caligráficas que se plantean con cierta frecuencia, y que sin duda ofrecen unas connotaciones peculiares, son las pruebas relativas a la autenticación de testamentos, codicilos o memorias ológrafas.

En el ámbito legislativo, el art. 678 CC establece, como una de las formas de testamento admitida, la del llamado testamento ológrafo, que se produce cuando el testador «lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el art. 688». El citado art. 688 y el siguiente art. 689 preceptúan una serie de requisitos para la validez de esta forma de disposición testamentaria (que reproducen de forma muy similar los arts. 421.17 y 421.19 L 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Codi Civil de Catalunya), a saber:

- 1) Debe estar escrito en su totalidad y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.
- 2) Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.
- 3) Dicho testamento deberá protocolizarse, presentándolo con este objeto al juez de 1.ª instancia del último domicilio del testador o al del lugar en que éste hubiese fallecido dentro de los cinco años contados desde el día de su fallecimiento (caducidad de cuatro años en el Codi Civil de Catalunya).
- 4) La doctrina y jurisprudencia han determinado en cuanto a la firma de testador, que ésta debe tratarse de su «firma habitual» entendida como «fir-

ma usual» no distinta a las anteriores que utilizaba en el periodo en que fue realizada. En el bien entendido que las firmas evolucionan a través del tiempo (STS, Sala 1.ª, 322/2011, de 5 de mayo).

Esta forma aparentemente sencilla de disposición *mortis causa*, dada la ausencia de excesivas formalidades y solemnidades en su otorgamiento, suele suscitar no pocos conflictos entre los supuestos beneficiarios, que se enzarzan con frecuencia en contiendas judiciales «fratricidas» cuando alguna de las partes impugna la veracidad y bondad de este manuscrito testamentario. De hecho, muchos expedientes judiciales aparentemente sencillos que se instan para protocolizar este tipo de testamentos a través de la jurisdicción voluntaria acaban en sangrantes procedimientos ordinarios (con mayor garantía probatoria) cuando familiares o supuestos beneficiarios *mortis causa* comparecen en el proceso para oponerse a la protocolización judicial alegando la falsedad del documento testamentario.

En cuanto al despliegue probatorio que permitirá formar la convicción del juez que deberá resolver sobre la protocolización o no de este testamento ológrafo en el expediente de jurisdicción voluntaria, el art. 691 CC establece que se designarán tres testigos que conozcan la letra y firma del testador a fin de autenticarlo y validarlo, y a falta de testigos idóneos, el juez podrá recurrir a la práctica del «cotejo pericial de letras» (prueba pericial caligráfica). En la práctica muchas veces se llevan a cabo ambas pruebas conjuntamente, testifical y pericial.



En el ámbito pericial grafotécnico, la prueba pericial caligráfica es especialmente exigente y ofrece no pocas peculiaridades. El experto que afronte este tipo de prueba deberá estar debidamente formado y contar con una buena experiencia en el análisis y cotejo de escrituras degradadas, especialmente en personas de avanzada edad que suelen ser las que realizan este tipo de testamentos en la última etapa de su vida.

En primer lugar, debe precisarse que el trabajo del experto no se limita aquí al análisis bien de una firma o bien de un manuscrito por separado, como en la mayoría de supuestos que se le plantean, sino que aquí el estudio abarca ambas cosas a la vez. En este sentido, cabe señalar que la autenticación de escritura y de firma sigue muchas veces un protocolo de investigación distinto. Así las firmas se presentan en general como construcciones caprichosas, agrafiadas, ilegibles y rubricadas, que cada cual genera de forma personal y libre sin ningún tipo de condicionante. En cambio la escritura sigue otros patrones más convencionales y estereotipados que aprendemos de pequeños en la escuela y aunque ciertamente la vamos evolucionando a través de los años, estos cambios se hacen menos evidentes, de modo que los grafismos pueden mostrarse similares entre un amplio núcleo de población. Ello hace que la escritura manuscrita sea en general más difícil de peritar que la firma (aunque parezca lo contrario), ya que podemos encontrarnos con muchas personas que realicen las letras del mismo modo y formato, sin apenas introducir variaciones (especialmente la letra a mayúsculas o de tipo versal), mientras que la firma se efectúa de forma más personalizada y goza de mayor valor identificativo porque está impregnada de detalles particulares ideados y automatizados por su titular que resul-

tan muy difíciles de imitar. De todos modos, en gran parte de testamentos ológrafos la experiencia me demuestra que el causante, persona de avanzada edad, debido a la educación caligráfica recibida en su momento, o por la solemnidad del documento que está redactando, suele firmar de forma caligráfica y extensa, con nombres y apellidos. Habida cuenta de que la mención de su nombre y apellidos también figura generalmente en el encabezamiento del texto del testamento, ello sin duda facilitará el cotejo y permitirá establecer o no una relación de identidad gráfica en todo su contenido.

Debe tenerse en cuenta que muchas veces se producirá una suplantación gráfica parcial en estos documentos. Me he encontrado con casos de testamentos cuya firma corresponde realmente al testador pero en cambio el texto corresponde al puño y letra de un tercero, o bien testamentos cuyo texto y firma son del causante pero la expresión del lugar y fecha se ha añadido por tercera persona.

En segundo lugar, porque la prueba pericial se extiende no solo al cotejo de las partes gráficas (escritura y firma), sino al análisis documentoscópico del propio soporte (documento), sobre el que puede haberse practicado una alteración o manipulación fraudulenta de origen físico o químico (raspados, lavados, enmiendas, añadidos) mediante algún tipo de procedimiento. Esto requiere la utilización por parte del perito de un instrumental adecuado para detectar este tipo de falsificaciones (videoespectros, microscopios, luces especiales), y estar capacitado para obtener la máxima efectividad en sus pesquisas a través de dichos técnicos. En este sentido, es frecuente que la falsificación tenga por objeto un añadido manuscrito por distinta mano, en distinto acto y con distinta tinta, circunstancias que, por

ejemplo, el análisis espectral de las tintas a través del videoespectro permitirá detectar.

En tercer lugar, otro aspecto importante que tiene relación con el grado de formación del experto, es su conocimiento y experiencia en el trabajo sobre escrituras y firmas degradadas, puesto que las muestras gráficas que se analizarán en el testamento ológrafo seguramente habrán sufrido una modificación sustancial a causa del proceso involutivo de toda persona como consecuencia de su estado senil.

En efecto, la edad del individuo es base determinante en la conformación de su escritura y firma. La mano es el instrumento con el que se escribe, pero el cerebro y la actuación coordinada de diversas de sus áreas nerviosas y motoras es lo que dirige la escritura y dispone cómo ha de realizarse. Por otra parte, la salud física y mental tiene una influencia decisiva sobre el sistema nervioso y psicomotriz, de tal suerte que cualquier alteración sobre dichas esferas influye directamente sobre los distintos órganos del cuerpo humano, entre ellos el brazo y la mano como miembros ejecutores de la escritura. Con el paso del tiempo y el advenimiento de la vejez no solo las neuronas del cerebro van decreciendo, sino que los distintos órganos del cuerpo se van degradando. Entonces aparece el temblor senil, los brisados originados por el descontrol nervioso, las deformaciones, la escritura poliédrica (las curvas se convierten en trazos rectos), la pérdida de ritmo, armonía, equilibrio, energía, velocidad, habilidad y fluidez en el trazo y los cambios súbitos de presión y dirección, como factores más destacables.

Si bien no existe un baremo exacto para determinar la edad por razón de la escritura ya que la vejez se presenta en el ser humano de distintos modos en relación con las enfermedades y patologías a ella asociadas, podrá llegar a determinarse, si se disponen de firmas de distintos periodos y épocas de la persona examinada, las producidas en los distintos periodos de su involución en razón de la presencia más o menos acusada de los defectos fenomenológicos que presentan.

El falsificador se podrá así amparar en la propia inseguridad gráfica del testador para que queden disimulados y solapados en el texto y/o firma, sus signos de imitación tales como temblores, deformaciones, empalmes o retoques. Se hace por tanto imprescindible que el experto conozca los aspectos y signos gráficos característicos de personas de edad avanzada para saber diferenciar su origen mendaz y apócrifo con respecto a los que se producen de forma natural

y espontánea en la vejez. El perito tendrá que estar debidamente formado en la producción de escrituras por personas afectas enfermedades tales como el parkinson, alzheimer, o cualquier afección neurológica ligada al proceso involutivo.

Por último, será aconsejable que el perito complemente su análisis grafoscópico teniendo acceso al historial médico y clínico del testador, lo más detallado posible y cronológicamente coetáneo al testamento, a fin de poner en relación sus enfermedades y trastornos con los signos grafopatológicos que concurren en su escritura y firma.

Los procedimientos que pueden seguirse para falsificar este tipo de testamentos son muy variados. Desde procesos de alteración documental para rectificar, enmendar o añadir menciones al testamento en distinto acto, pasando por la típica imitación por calco o servil a partir de muestras de escritura indubitada del testador, hasta procedimientos que, amparándose en su propia debilidad física y mental, y estado de semi-consciencia, pueden producir el manuscrito testamentario a partir del sistema de «mano guiada», donde se sujeta la mano del causante para complementar o facilitar la articulación de sus movimientos gráficos que se plasman así en el documento, donde seguramente se podrán identificar aspectos gráficos tanto del testador como del falsario.

Mi experiencia particular en este tipo de periciales me demuestra que no se trata aquí de identificar concordancias o discordancias en los aspectos más externos del grafismo como el formato o diseño de letras. En efecto, podemos encontrarnos con firmas de un testador muy dispares a pesar de haber transcurrido tan solo escasos momentos entre ellas, de modo que este examen morfológico podría conducirnos a establecer una distinta autoría entre ellas por causa de la disparidad de formatos. Considero que la labor del perito deberá centrarse en hallar, en una primera fase, signos gráficos propios de vejez en las muestras dubitadas, y en una segunda fase abordar el cotejo entre las muestras indubitadas y dubitadas con el fin de hallar similitudes o disimilitudes en aspectos generales como el movimiento, continuidad y génesis gráfica, y aspectos particulares especialmente en «gestos-tipo», que son aquellos detalles más imperceptibles e identificativos que forman parte del «ADN» escritural de toda persona a pesar de la modificación de formatos, dimensiones y proporciones que genera el transcurso del tiempo e involución senil.

En cualquier caso resulta muy importante contar con el máximo número po-

sible de muestras gráficas indubitadas del testador para el cotejo (muestras de escritura y muestras de firmas), producidas en periodos coetáneos o muy próximos a la fecha del testamento. De este modo las muestras cotejadas se hallarán seguramente en un mismo estadio grafoevolutivo y los signos grafopatológicos y peculiaridades gráficas que puedan observarse entre dichas muestras serán equivalentes. De todo modos, debe advertirse que el proceso involutivo que sufren tanto la escritura como la firma de personas mayores no tiene por qué seguir una degradación lineal, sino que nos podemos encontrar con firmas de aspecto más consolidado que correspondan a un momento posterior, en el que el testador haya recobrado su lucidez o se haya producido una mejora en su estado físico y/o psíquico.

carácter privado y no constituir verdaderos documentos indubitados según la relación que establece el art. 350 LEC, pueden verse impugnados por alguna de las partes del proceso, si se han aportado por la parte contraria, y máxime en el clima de gran confrontación que suele producirse en este tipo de procedimientos. Indudablemente para el perito estas muestras gráficas indubitadas requieren un mayor número de requisitos: a) Deben combinar escritura y firmas (por los motivos expuestos anteriormente); b) deben ubicarse en un periodo coetáneo o próximo a la fecha del testamento, y c) deben ser reconocidas previamente por las partes para que el juez les otorgue carácter de indubitadas y válidas para la prueba.

Otro extremo que puede solicitarse en la prueba pericial caligráfica sobre testamentos ológrafos es el de determinar a partir del análisis gráfico, el grado de consciencia y menoscabo de las facultades intelectivas y volitivas del causante en el momento de redactarlo y firmarlo, sin cuestionar la autenticidad del mismo. Debe decirse al respecto que un perito nunca podrá suplir la función de un médico especialista en enfermedades mentales y seniles que afectan a la capacidad de raciocinio del causante, pero desde un punto de vista gráfico, considero

que sí podrá dictaminar acerca de si los elementos gráficos de la escritura y firma del documento, por sus características y signos grafoinvolutivos y patológicos, son compatibles con el diagnóstico médico que se deduce de los informes que se hayan aportado a las actuaciones. Existe un amplio elenco de eminentes neurofisiólogos que han trabajado sobre la producción escritural de personas afectas de determinadas enfermedades asociadas a la vejez (p. ej., los neurólogos franceses Serratrice y Habib), que resultan de obligada lectura y aprendizaje por parte de los peritos calígrafos que deban aportar su criterio pericial complementario sobre este extremo fundamental relativo a la capacidad del testador, a través del estudio de su grafía.

En conclusión, podemos afirmar que la prueba pericial caligráfica y documentoscópica sobre testamentos ológrafos requiere una especial formación y experiencia del experto que deberá dictaminar sobre su autenticidad o inautenticidad, por las singulares características del tipo de muestras gráficas analizadas, y por las múltiples aspectos gráficos y no gráficos que se deberán verificar en el documento. ■

**Aparte de las escrituras notariales que se designen como indubitadas, y que el testador hubiera podido otorgar antes de su fallecimiento donde aparecerán sus firmas auténticas de comparación, la escritura se suele facilitar a través de cartas, postales, diarios, agendas o notas manuscritas**

Recuerdo un caso de imitación servil donde la escritura y la firma del testamento se produjeron a través de la copia de sus muestras indubitadas. El texto aparecía de modo indeciso y tembloroso en el testamento, con letras excesivamente dibujadas y homogéneas, carente de la naturalidad propia del testador (obviamente en el contexto de su estadio gráfico deteriorado). Se apreció asimismo que la firma se había plasmado a partir de una imitación prácticamente calcada de un modelo de firma que el causante había realizado veinte años antes, lógicamente en un estadio grafoevolutivo que no se correspondía al de la firma dubitada.

La obtención de muestras gráficas indubitadas del causante no resulta siempre fácil, especialmente las muestras de escritura. Es por ello frecuente que a parte de las escrituras notariales que se designen como indubitadas, y que el testador hubiera podido otorgar antes de su fallecimiento donde aparecerán sus firmas auténticas de comparación, la escritura se suele facilitar a través de cartas, postales, diarios, agendas o notas manuscritas que hayan podido conservar los familiares y que se aportan al proceso. Estos documentos, al tener



## Práctica Forense

**Dictámenes periciales: arte y antigüedades**

LA LEY 6986/2012

# Dictámenes periciales: arte y antigüedades

**Elvira SÁNCHEZ GIMENO**

*Historiadora del Arte. Perito Judicial especializado en arte y antigüedades. Miembro de l'Associació Catalana de Perits Judicials*

*El trabajo describe los errores más frecuentes y la tipología de objetos de la pericia en arte y antigüedades.*

## I. INTRODUCCIÓN

A menudo el dictamen pericial solicitado en arte y antigüedades no es una prueba en sí, sino una opinión, un estudio o un expertizaje que en la mayoría de casos le precede una inexacta petición del objeto de la pericia. El desconocimiento de la materia hace inexacto e innecesario el objeto de la prueba y, en consecuencia, las conclusiones en muchos casos no resuelven las dudas, ni ratifican el objetivo de la misma.

La elaboración de los informes requiere, por parte del perito especializado en arte y antigüedades, unos conocimientos técnicos, científicos y específicos en la materia. El profesional debe poseer unos conocimientos básicos en historia del arte y antigüedades; una formación técnica en restauración, producción y falsificaciones; y los conocimientos legislativos tanto especializados como generales.

El arte se ha convertido cada vez más en un activo patrimonial de elevados costes, haciendo que el valor económico de las piezas y objetos este presente en muchos dictámenes (herencias, divorcios, avales, seguros, robos...) y con ello la elaboración de los dictámenes se vuelve más exigente y profesional, y en muchos casos definitiva en el proceso judicial.

Los dictámenes en arte y antigüedades son amplios y variados. Dentro de la práctica diaria el dictamen de valor económico es el más solicitado, dado que el valor de la pieza es parte importante del litigio.

## II. DICTÁMENES DE VALOR ECONÓMICO

*A priori*, para muchos «peritos» determinar el valor de una pieza es fácil, no

tomando en consideración algunas premisas importantes:

— Para determinar el valor de un objeto, debe identificarse el objeto, realizar una ficha técnica, donde se incluyen todas las características físicas y asegurarse que se trata de un original.

— Una vez identificado el objeto, estudiado en su contexto y analizado en sus características técnicas, se realizará un estudio de mercado, teniendo muy en cuenta la ley de la oferta y la demanda, las transacciones efectuadas y el sentido común.

Los errores más habituales en las periciales de valor económico son los siguientes:

— No determinar la autenticidad de la pieza. Utilizar palabras y frases hechas que dan lugar a dudas y que excluyen la responsabilidad que el perito asume cuando acepta el compromiso de valorar un objeto.

El valor final de la pieza viene determinado por la autenticidad y originalidad. Si ésta no está demostrada, es imposible que se pueda realizar un dictamen de valor económico. En estos casos, en el mundo del arte, no hay medias tintas, si es un Picasso tiene mucho valor, si no lo es, no vale nada. No valoramos los materiales con los que se ha producido, valoramos que es un original de Picasso.

— Las técnicas industriales se confunden y se peritan en muchos casos como técnicas originales y manuales, no teniendo en cuenta lo que significa original. Bajo el epígrafe obra gráfica o escultura, se incluyen técnicas diferentes y la multiplicación de la obra en tirajes.

— A menudo en el mundo judicial los términos objetos viejos y antiguos se

utilizan aleatoriamente. Aunque la L 16/1985, de Patrimonio Histórico Artístico, determina que las antigüedades son aquellas que tienen más de cien años, ello no presupone que tengan un valor económico importante, en muchos casos es nulo. El Tiburón disecado de Damien Hirst, vendido en enero del 2005 en 12 millones de dólares y una silla de doscientos años de antigüedad que no tiene ningún valor nos sirven como ejemplo. Nunca debe valorarse lo viejo por ser antiguo, aunque éste pueda tener un valor histórico, etnográfico, local...

— El sentido común suele ser uno de los errores más comunes en nuestra profesión. El arte se ha puesto de moda, las cadenas de televisión y diarios lanzan noticias sensacionalistas de precios astronómicos en ventas de obras de arte. La globalización y la comparación parecen no existir cuando se trata de valorar un artista local de mediocre factura, superando con creces artistas consolidados como Monet, Degas... Los dictámenes periciales valoran una pieza superando el valor de otra pieza de mayor calidad, artista o época... Algunos profesionales son incapaces de comparar y situar en su contexto los objetos a valorar, a fin y efecto, de separar los mercados locales, nacionales e internacionales. El sentido común nos dice que si un artista es conocido en todo el mundo, su obra se distribuye en todos los ámbitos y las transacciones son internacionales, su valor estará por encima de otro artista local, mediocre y sin mercado internacional.

— Otro de los errores comunes a la hora de valorar económicamente una pieza es no tener en cuenta el mercado (ley de la oferta-demanda) y el conocimiento de él. Para algunos el valor es «lo que uno este dispuesto a pagar por esa pieza» sin tener en cuenta que, aunque fuera así, estamos sobrevalorando esa pieza. Los récords son una anomalía en estadística y los valores que se utilizan en un dictamen comprenden las medias y medianas.

El mercado nos aporta los datos que necesitamos para ejecutar bien las valoraciones económicas de los dictámenes periciales; sin embargo, el desconocimiento del mismo hace que a menudo se comentan errores como:

— Admitir el valor de compra, venta o adquisición como valor de mercado. En arte y antigüedades no existe el valor de reposición, pues el mercado sube, baja y posiciona los artistas y los estilos a lo largo de los años e incluso de los siglos.

— A menudo se compara el precio de una obra del mismo artista o similar que vemos en una galería, anticuario



y se valoran igual, presuponiendo que la transacción ya se ha realizado y que es un dato objetivo que podemos utilizar en los métodos comparativos de tasación de activos. Si a ello le añadimos que la comparación en arte ya de por sí es difícil debido a la dificultad de encontrar objetos iguales o similares, de la misma época del artista, de los mismos materiales, medidas, temas o épocas. Nunca se debe valorar con los mismos criterios un Picasso de la época azul, que un Picasso de su última etapa; ni un óleo sobre tela con una litografía; ni un aguafuerte de treinta ejemplares de tiraje que uno de 2.500.

### III. OTROS DICTÁMENES PERICIALES QUE SE INCLUYEN EN NUESTRA ESPECIALIDAD

Como hemos señalado nuestra especialidad incluye variados y poco tipificados objetos de la pericia, que unas veces por los conocimientos técnicos, otras por los históricos y otras por los profesionales se incluyen en nuestra especialidad. A continuación repasaremos brevemente algunos casos específicos:

— Falsificación, fraude o estafa. Éste es quizás uno de los dictámenes más curiosos, se llega a él no por el objeto de la pericia, sino a través del proceso de trabajo a la hora de valorar económicamente los objetos. Encontramos que las piezas no son originales, no pudiendo valorarse como tales. Escasos son los dictámenes por falsificación, puesto que pocos son los casos que se llevan a litigio. Más común es la estafa o fraude.

— Seguros, accidentes, deméritos. Las compañías de seguros utilizan a los peritos de arte y antigüedades tanto para valorar objetos que deben ser asegurados, incluidos los seguros de viaje. Como para

realizar dictámenes de demérito que son aquellos que deben hacerse cuando un objeto sufre un accidente, tanto en el ámbito privado como público. Debe realizarse un estudio de las consecuencias tanto físicas como económicas de tal accidente, y tener en cuenta cómo repercutirá en el valor final de la obra, puesto que no hay reposición de los mismos. Aquí los materiales y los conocimientos técnicos y científicos son la base de un buen dictamen.

— Blanqueo de capitales, tráfico de influencias y fraude a la Hacienda Pública. El arte y las antigüedades pueden haber sido adquiridos de forma opaca y la compra de estos objetos no requiere de registros notariales. Tener grandes fondos patrimoniales en arte es común en los casos más importantes de blanqueo de capitales. El objeto de la pericia es básicamente determinar exclusivamente los valores económicos, que, por supuesto, en la mayoría de casos, son capitales desviados, no declarados y defraudados a la Hacienda Pública.

— Robos. Cuando existe un robo el dictamen pericial puede tener dos ámbitos de actuación: una, determinar si nos encontramos ante un delito penal o no; y, otra, determinar la propiedad a través de la trazabilidad de las piezas.

— Valoración de activos artísticos como parte de avales, pagos. Un cliente avala con una pieza de arte una transacción bancaria, una hipoteca... El banco ejecuta el aval por falta de pago y debe volver a valorarse esa pieza. El dictamen aporta el valor de mercado de la pieza no en la compra de la misma, sino en la venta que hipotéticamente debe hacerse, o sea, un valor a la baja.

— Asesoría judicial. A menudo el juez solicita un dictamen que le ayude a aclarar o solucionar dudas del litigio.

Roban de una galería unas planchas de metal originales que en su día fueron grabadas por un artista «x», con ellas se hizo un tiraje litográfico. Objeto de la pericia: qué puede suceder con el robo de las planchas. Dictamen: las planchas son la parte original de la obra y con ellas se pueden reproducir miles de litografías. Consecuencias: el mercado de inunda de obras de ese artista, los precios bajan, el artista se desacredita y los clientes que compraron en su día el primer tiraje ven como el valor de mercado de las mismas cae en picado.

— Historia y legislación. Un inmueble es declarado BIC (bien de interés cultural), pasan los años y los límites que enmarcan este monumento se ven transformados por un cambio legislativo de urbanismo construyendo un equipamiento municipal. Objeto de la pericia: determinar cómo afectan estos cambios al monumento, idoneidad de los límites y valora los diferentes estudios emitidos por expertos e historiadores. En este proceso se tuvo que estudiar todos los precedentes históricos para llegar a la conclusión, primero, del porqué se declaró BIC a este inmueble (Ley de Patrimonio Histórico Artístico y leyes autonómicas al estar las competencias traspasadas) y en base a qué se eligieron esos límites territoriales. Una vez estudiado todo el proceso de incoación, como BIC y la historia del monumento, se plantea por qué se cambian los límites territoriales, quienes habían comprado los terrenos colindantes y por qué se cambió la legislación urbanística, Ley del Suelo, para hacer posible la edificación de los nuevos equipamientos. Finalmente se tuvo que hacer un contra informe de todos los dictámenes anteriores y de todos los estudios realizados por los historiadores.

Como peritos en ámbito exclusivamente privado, los informes o dictámenes antes citados se amplían a otros ámbitos como los dictámenes o inventarios económicos previos en casos de herencias, divorcios o separaciones, que en muchos casos no llegan a los juzgados. Las valoraciones o revaloraciones anuales de colecciones privadas y públicas. La creación y valoración de los fondos en el caso de aportación patrimonial a una fundación. La elaboración de informes económicos para el pago de impuestos, dación o la exportación, definitiva o temporal, de la pieza. Muchos son los casos donde son requeridos nuestros dictámenes, especializados en arte y antigüedades, y a pesar de que pueda parecer que la valoración económica en todas sus extensiones es el dictamen más solicitado, no podría realizarse un trabajo profesional sin los conocimientos históricos, técnicos y científicos que debe poseer un perito. ■



## Dossier

### Dossier de los Tribunales sobre probática

Consulte los textos íntegros en [www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es)

LA LEY 3283/2012

# Dossier de los Tribunales sobre probática

Carlos DE MIRANDA VÁZQUEZ

Juez sustituto. Miembro del Equipo Académico del Instituto de Probática y Derecho Probatorio (ESADE-URL). Profesor de Derecho Procesal y Probática de la Universitat Internacional de Catalunya (UIC)

*En primer lugar se trata sobre la prueba del negocio fiduciario, donde los indicios ponen de manifiesto que el fiduciario se muestra totalmente pasivo e ignora los detalles del objeto de la transmisión. Por otro lado, se analiza el concepto «contraindicio», en el marco de la jurisdicción penal, y aborda la problemática que plantea su papel como refuerzo indiciario de la solidez de la prueba indirecta de la acusación.*

## I. LA PRUEBA DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

Aunque no son muy frecuentes, los litigios relativos a la figura de la fiducia presentan un enorme interés probático. Una persona —que se considera a sí misma titular material— reclama a otra —a la que se atribuye la condición de titular formal o «aparente»— la reintegración de un bien o derecho. El demandante justificará la transmisión en razones de conveniencia —poner, por ejemplo, el patrimonio a resguardo del ataque de los acreedores—, o en razones de garantía en el marco de una relación de deuda —el objeto transmitido proporciona seguridad al destinatario de la prestación—.

«En cuanto a los negocios fiduciarios, estos contratos se definen doctrinalmente (no los regula de modo expreso el Código Civil) como aquellos en los que una persona transmite a otra un derecho (de propiedad o un crédito por lo general), obligándose el adquirente a reintegrar en él al transmitente o a un tercero cuando se den ciertas circunstancias; así el adquirente (fiduciario) ocupa un puesto de confianza para el transmitente (fiduciante).

Es pues el negocio fiduciario una forma compleja que resulta de la unión de dos negocios de índole y efectos diferentes:

a) Un contrato real positivo, esto es, la transferencia de la propiedad o crédito

que se realiza de manera perfecta e irrevocable.

b) Un contrato obligatorio negativo, que se configura en la obligación del fiduciario de usar de su posición jurídica para fin determinado o en cierta forma, para restituir en su caso la cosa o derecho adquirido al transferente o a un tercero.

(...) Nuestro Tribunal Supremo ha venido declarando sobre el particular que el negocio fiduciario se integra por dos diversos, uno de transmisión y otro de garantía, significando una diferencia entre el fin económico propuesto y el medio jurídico utilizado para lograrlo, pues aunque se transfiere la plena titularidad de una cosa o derecho el adquirente se obliga a volver a transmitirlo al enajenante o un tercero, una vez conseguido el fin económico realizando una combinación de figuras jurídicas que, salvo prueba de fraude, no obsta a su validez, pues el art. 1276 del Código Civil establece el principio de nulidad contractual en los que se expresa causa falsa salvo la existencia de otra verdadera y lícita, y que se presume (art. 1277) si no se prueba lo contrario» [SAP Barcelona, Secc. 4.ª, núm. 447/2005, de 19 de julio, FJ (LA LEY 26832472005)].

La prueba de la existencia de un verdadero negocio fiduciario resulta relativamente sencilla en aquellos casos en que el compromiso de reintegración que

asume el fiduciario consta por escrito. Una vez superadas eventuales impugnaciones, la discusión sobre el *factum* se desvanece [véase el caso contemplado en la SAP Madrid, Secc. 21.ª, núm. 443/2008, de 14 de octubre (LA LEY 212805/2008)].

Otra cosa muy distinta ocurre cuando el negocio fiduciario es verbal. Ahí sí se plantean serias dificultades probatorias. Evidentemente, cada parte dará su versión, al ser interrogada. En cuanto a la existencia de testigos, nos permitimos poner en duda su credibilidad —en la generalidad de los casos—. En la génesis de este tipo de negocios no hay reuniones formales, ni tampoco encuentros aireados a los cuatro vientos. Por el contrario, la experiencia cotidiana enseña que suelen ir tomando forma en diferentes conversaciones (raro será que en todas ellas se encuentre presente un testigo y que, encima, siempre sea el mismo), sin que haya un momento concreto en que se produzca un cruce de manifestaciones formales de voluntad, a modo de auto sacramental. Como ocurre con muchos fenómenos jurídicos intimistas, la informalidad, el carácter fragmentario y el asentimiento tácito, son las notas características y predominantes. Y el negocio fiduciario entra de lleno en esta categoría.

La doctrina científica distingue entre la fiducia que se otorga entre «amigos» (más ampliamente, entre personas ligadas por vínculos de afectividad) —fiducia *cum amico*— y entre acreedor y deudor —fiducia *cum creditore*—. Ambas se prueban —a falta de documento o de otra prueba directa— mediante presunciones *hominis* del art. 386 LEC [SAP Burgos, Secc. 2.ª, núm. 298/2010, de 21 de junio, FJ 2.º (LA LEY 115506/2010)]. Las dos figuras comparten indicios característicos y ello permitiría tratar la cuestión de su probanza de forma conjunta. Pero nos ha parecido más ilustrativo y enriquecedor abordar su estudio separadamente.

### 1. FIDUCIA CUM AMICO

Se la podría denominar «fiducia de favor», en la medida en que el bien sale formalmente del patrimonio del fiduciante para permanecer en poder del fiduciario, durante un tiempo, obteniendo el primero algún tipo de ventaja o beneficio (como pueda ser la elusión de eventuales ejecuciones o del pago de impuestos, entre otros muchos). Con respecto a esta modalidad de negocio fiduciario, hemos localizado una interesante resolución [SAP Vizcaya, Secc. 5.ª, núm. 624/2008, de 18 de diciembre (LA LEY 311684/2008)] que contiene un rico catálogo de indicios. Los hechos son sencillos. Una mujer adquiere un caserío. Rota la relación sentimental con quien fuera su pareja, éste demanda a aquélla,

afirmando ser el titular material de la finca y tratarse de un negocio fiduciario. La mujer sustancia su defensa en que fue ella sola la que arribó los fondos necesarios para la adquisición del inmueble. Los indicios —probados— que se pueden extraer de la sentencia son los siguientes:

a) Fue el actor —fiduciante— quien intervino en solitario en todas las conversaciones, tratos y contratos privados previos al otorgamiento de la escritura pública de compraventa y a la constitución de la garantía hipotecaria sobre el caserío. Incluso el fiduciante llegó a efectuar entregas de dinero, en concepto de arras, sin que la demandada haya probado que pusiera un euro.

b) Se constituyó una garantía hipotecaria adicional sobre una vivienda de exclusiva propiedad del fiduciante, en la que residía habitualmente al tiempo de los hechos.

c) Del interrogatorio, como testigo, del empleado de la entidad de crédito, resultó que la hipoteca sobre el caserío se autorizó única y exclusivamente en consideración a la capacidad de devolución del actor fiduciante, nunca de la fiduciaria demandada. De hecho, resulta probado que la demandada carecía por completo de capacidad económica.

d) La fiduciaria —titular formal del caserío— lo arrendó, pactando como renta mensual la suma a la que ascendía la cuota hipotecaria. Eso indica que, por sí sola, la demandada no podía afrontar la financiación de su adquisición. En otros casos de fiducia se observa que el fiduciante, pese a no ser titular registral de la finca, atiende el abono de la hipoteca, todo el tiempo y en solitario [véase SAP Tarragona, Secc. 3.ª, de 29 de noviembre de 2005, rec. 271/2004, FJ 1.º (LA LEY 232264/2005)].

e) El fiduciante pagó siempre los suministros del inmueble, así como los impuestos y los demás gastos a los que hubo lugar. En otros casos, se aprecia cómo el fiduciante es también quien solicita permisos y licencias administrativos en relación con el bien transmitido [SAP Palencia, núm. 207/2005, de 18 de julio, FFJJ 2.º y 3.º (LA LEY 159696/2005)].

A los indicios extraídos de la SAP Vizcaya, núm. 624/2008, que se acaban de reseñar, deben añadirse otros que ayudan a completar el cuadro de indicadores prototípicos de la fiducia (o «síndrome indiciario», en términos probáticos):

f) La ocupación efectiva de la finca por parte del fiduciante, una vez operada la transmisión, constituye un indicador muy poderoso del carácter meramente formal del cambio de titular [por

ejemplo, SAP Málaga, Secc. 6.ª, núm. 196/2003, de 12 de mayo, FJ 2.º (LA LEY 84306/2003)]. A ello se suele sumar el hecho de que hasta el momento de reclamar el fiduciante la reintegración del bien, el fiduciario nunca ha exigido su posesión, ni en juicio, ni fuera de él [SAP Illes Balears, Secc. 3.ª, núm. 303/2001, de 29 de mayo, FJ 6.º (LA LEY 107290/2001)].

g) La absoluta e inexplicable ignorancia del esposo de la fiduciaria, y yerno del fiduciante, acerca de la manera en que su cónyuge hacía frente a los pagos de la hipoteca, a lo que se añade la nula capacidad económica del matrimonio para poder atender las cuotas hipotecarias (SAP Málaga, núm. 196/2003, sentencia cit.).

h) La existencia de un móvil que explica la necesidad del fiduciante de poner un bien a buen recaudo en el patrimonio del «amigo», durante un tiempo. La amenaza cierta de ser ejecutado por los acreedores puede constituir una motivación muy poderosa para que cobre vida el negocio fiduciario [SAP Burgos, Secc. 2.ª, núm. 298/2010, de 21 de junio, FJ 2.º (LA LEY 115506/2010)].

i) A título más bien anecdótico —la propia sentencia califica el supuesto de «peculiar y poco frecuente»—, queremos mencionar el particular supuesto en que el fiduciante —marido— comparece en el otorgamiento de una escritura pública de compraventa, en la que su esposa —fiduciaria— interviene como única compradora, desempeñando el esposo el papel de garante personal y solidario. «Esta cierta "ingeniería jurídica" —señala la sentencia— solo puede responder a la voluntad interna concordada entre los esposos» (SAP Burgos, núm. 298/2010, sentencia cit.). Vamos, que se podría decir que nos encontramos ante un indicio necesario (*tekmerion*), ya que, salvo esta explicación lógica, no cabe otra mínimamente verosímil.

## 2. FIDUCIA CUM CREDITORE

En este caso, la finalidad que se persigue con el negocio fiduciario es garantizar una obligación preexistente. Y de esta especie concreta se ha localizado un supuesto que podríamos reputar de paradigmático. Nos referimos a la SAP Alicante, Secc. 7.ª, núm. 199/2004, de 30 de abril (LA LEY 288805/2004). Los hechos son, resumidamente, los siguientes: una empresa familiar adeuda dinero a otra. Los propietarios de la deudora transmiten una serie de inmuebles a los de la acreedora. Liquidado el débito, se reclama la reintegración de las fincas. La sentencia aludida (posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo) contiene también un amplio

cuadro de indicios, que pasamos a reseñar resumidamente como sigue:

a) A la transmisión de los inmuebles no le siguió pago alguno. Este indicio lo esgrime la fiduciaria demandada a favor de su tesis de la dación en pago. Sin embargo, el Tribunal considera, juiciosamente, que, de haberse querido otorgar tal condición a la transmisión, se habría expresado claramente en el contrato, cosa que no sucede. Efectivamente, nadie tendría más interés que el transmitente en hacer constar que se trataba de una transmisión con propósito solutorio y con eficacia extintiva de la obligación que se trataría de cancelar.

Además, consta probada una circunstancia que arrumba por completo la tesis explicativa de la dación en pago que defiende la demandada (a modo de «información»). La empresa del fiduciante solicitó ser declarada en suspensión de pagos. El mayor acreedor (que intervino además en el proceso universal como interventor judicial) era la empresa del fiduciario. Finalmente, se alcanzó un convenio de liquidación ordenada del activo. Y se pregunta la Audiencia Provincial: si fuera verdad la tesis de la dación en pago, ¿qué sentido tiene que el fiduciario se persone en la suspensión de pagos de la empresa del fiduciante afirmando el crédito de mayor envergadura? Si con la transmisión de los inmuebles ya se hubiese liquidado la deuda, dicha comparecencia en el procedimiento concursal carecería de justificación y, además, el deudor suspenso lo habría manifestado a bombo y platillo.

b) La conservación de la posesión por parte del fiduciante (indicio *retentio possessionis*) es otro indicio de honda significación. Y, además, en este caso, sucede que el transmitente ha permanecido en dicha posesión durante veintitrés años. Constituye una máxima de experiencia vulgar, difícilmente discutible, que ningún adquirente de un inmueble permanece tanto tiempo sin reclamar, en modo alguno, la rendición posesoria.

c) Se reintegró uno de los varios inmuebles transmitidos —por medio del correspondiente contrato— a la par que se produjo una amortización parcial de la deuda.

d) Durante veintitrés años, el adquirente, que ya hemos dicho que no hizo nada por exigir la rendición de la posesión, tampoco hizo el menor movimiento en aras a vender las fincas.

En definitiva, cabe concluir que, en ambos tipos de fiducia, los indicios acaban señalando inexorablemente dos cosas: 1.ª) El fiduciario se muestra absolutamente pasivo (no disfruta del bien transmitido, ni reclama su uso efectivo,

ni contribuye económicamente en modo alguno a su adquisición y mantenimiento) e ignora los detalles atinentes al objeto de la transmisión; 2.ª) el fiduciante

sigue ostentando el control, el disfrute y el sostenimiento pecuniario del bien o derecho del que se ha desprendido solo en apariencia.

## II. LOS «CONTRAINDICIOS» EN LA JURISDICCIÓN PENAL

Los órganos jurisdiccionales del orden penal emplean con mucha frecuencia el término «contraindicio». Por tal, debe entenderse cualquier indicio —más bien su alegación— que aporte el acusado y que, por sí solo o incluso conjuntamente con otros proporcionados por la acusación, le permita construir una hipótesis fáctica distinta a la sostenida por los acusadores. Como ha sentenciado nuestro más Alto Tribunal, un contraindicio es una «aportación fáctica de descargo» [STS, Sala 2.ª, núm. 528/2008, de 19 de junio, FJ 3.º (LA LEY 123360/2008)].

Para que los contraindicios puedan surtir un efecto favorable para el acusado, deben cumplir dos condiciones. La primera es que resulten plenamente probados, al igual que se exige de los indicios en que se sustente la tesis acusatoria. La segunda es que solos o, incluso, unidos a todos o parte de los proporcionados por la acusación, permitan sostener una hipótesis fáctica alternativa a la acusatoria, cuanto menos, tan verosímil o plausible como lo sea esta última.

Es pacífico, asimismo, que cuando los alegados contraindicios no resultan probados (piénsese en aquellos supuestos en que la coartada no deja de ser una mera manifestación interesada del inculpado, carente del menor respaldo probatorio), ello no permite inferir la culpabilidad del acusado [por todas, STC, Sala 1.ª, 24/1997, de 11 de febrero (LA LEY 2846/1997)]. Y ello por la sencilla razón de que la carga de la prueba de los hechos afirmados en el escrito de acusación grava exclusivamente a la parte activa, de modo que un déficit de prueba de esta última no se puede compensar, ni por asomo, con una alegación de descargo del acusado que haya quedado huérfana de sostén probatorio (1).

Sin embargo, nuestra jurisprudencia, especialmente la constitucional, defiende la idea de que una coartada desacreditada y, en general, un contraindicio no probado, o inverosímil, o incluso absurdo, puede servir para corroborar la convicción de culpabilidad alcanzada con la prueba de la acusación [STC, Sala 2.ª, núm. 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 6.º (LA LEY 10641/1998)]. El Tribunal Supremo en muchas ocasiones ha dado muestras de compartir esta doctrina y, por otra parte, ahí están las famosas sentencias del Tribunal Euro-

peo de Derechos Humanos dictadas en los casos *Murray contra Reino Unido*, de 8 de febrero de 1996, y *Averill contra Reino Unido*, de 6 de junio de 2000, de las que se desprende que los contraindicios pueden operar como «mecanismo de «refuerzo indiciario de segundo grado» de la solidez probatoria de los medios acreditativos propuestos por las acusaciones» (2).

Tal concepción del contraindicio (fracasado), como refuerzo indiciario de segundo grado de la masa de evidencia de la acusación, debe analizarse en dos escenarios distintos. Por un lado, conviene preguntarse qué sentido tiene esa función corroborativa en aquellos supuestos en que la acusación presenta una masa de indicios (encontrándose todos ellos probados) que conduce naturalmente a una conclusión lógica, cerrada y de todo punto verosímil. Por otro lado, cabe plantearse cuál sea la eficacia del contraindicio cuando esa misma masa de indicios aportada por la acusación es débil, excesivamente abierta y, por tanto, inconcluyente.

### 1. EL CONTRAINDICIO FRACASADO EN ESCENARIOS EN QUE LA PRUEBA INDICIARIA DE LA ACUSACIÓN RESULTE LÓGICA, CERRADA Y CONCLUYENTE

En estos casos, carece de sentido invocar esa condición de refuerzo. Si el acusado no prueba sus alegaciones de descargo y la acusación, por su parte, sí ha hecho lo propio con sus indicios y ha levantado una tesis fáctica que los explica de forma natural y concluyente, ya no se necesita más. La prueba indiciaria bien construida constituye esa mínima actividad probatoria de cargo apta para enervar la presunción de inocencia. Dicho con otras palabras, la consideración del contraindicio alegado y no probado como un mecanismo de refuerzo de segundo grado de la prueba de la acusación es un exceso verbal carente de consecuencias lógicas reales. Por más que sea todo lo inverosímil o absurdo que se quiera. Dicho con otras palabras, no aporta nada.

Se puede ver con claridad en la STS, Sala 2.ª, núm. 216/2010, de 2 de marzo (LA LEY 12439/2010). Un individuo es condenado por homicidio con base

exclusivamente en prueba indiciaria. En tal caso, se probó que el acusado había amenazado de muerte a la víctima en reiteradas ocasiones. El primero fue visto en la pequeña población donde ocurrieron los hechos, en el intervalo de tiempo en el que le sobrevino la muerte al sujeto pasivo. Incluso se le vio apoyado en la ventanilla del coche del fallecido, hablando con alguien. De madrugada, el inculpado regresó desde la población granadina donde se cometió el crimen hasta Galicia, embarcando inmediatamente para Venezuela, desde donde fue extraditado años más tarde.

Dejando al margen cualquier consideración sobre la masa de indicios que sirvieron para condenar, se quiere prestar atención a las afirmaciones de descargo que vertió el acusado en el juicio. Todas ellas fracasaron sencillamente porque no aportó prueba alguna que sustentase tales indicios: «Así se ha constatado que no es verdad que se marchara del pueblo a las diez u once de la noche, ya que lo vieron varias personas después de la una de la madrugada e incluso una hora más tarde. Tampoco se ha acreditado cuál fue la razón de su viaje al pueblo de la Herradura desde Galicia. Habló de que tenía que traer unos materiales para la mejillonera, extremo que en ningún caso consta probado. Y también se refirió a que desconocía que estuviera siendo buscado por la policía, ignorancia que no concuerda con el hecho de que llamara a la Guardia Civil telefónicamente el día 21 de mayo comunicándoles que sabía que lo estaban buscando y que estaba de viaje, pero que volvería en ocho días».

Pues bien, en este caso, no se le atribuye mayor importancia al fracaso de las afirmaciones de descargo, no probadas, del acusado. La robustez de la masa indiciaria de la acusación permite alcanzar una rotunda conclusión condenatoria sin tener que recurrir a corroboración alguna.

## 2. EL CONTRAINDICIO FRACASADO EN ESCENARIOS EN QUE LA PRUEBA INDICIARIA DE LA ACUSACIÓN RESULTA EXCESIVAMENTE ABIERTA, DÉBIL E INCONCLUYENTE

De la lectura de algunas —no pocas— resoluciones judiciales da la sensación

de que el contraindicio no probado (ya se base en una afirmación sencillamente no demostrada, ya se base en una aseveración inverosímil e incluso absurda), juega a favor de la tesis acusatoria como un indicio más. Y para muestra un botón. La STS, Sala 2.ª, núm. 759/2004, de 18 de junio (LA LEY 145360/2004) aborda un caso en el que se atribuye al acusado la perpetración del robo de la caja fuerte de un establecimiento de hostelería. Los indicios que la acusación hilvana para confeccionar la inferencia presuntiva acusatoria —y que el Alto Tribunal da por buenos— son los siguientes: «(...) La acreditación de que la caja fuerte fue efectivamente violentada; el hecho de que esto último ocurrió cuando el acusado trabajaba en el establecimiento; y la circunstancia de que hay información pericial que señala a éste como la persona que cumplimentó el cuerpo de uno de los cheques sustraídos. A tales extremos, sin duda valorables como de cargo, la Sala añade el significativo de que el inculpado hubiera negado conocer la existencia de la caja, a pesar de haber señalado el dueño del bar que era algo sabido por todos los que trabajaban en él, cosa por demás razonable».

La peligrosidad del razonamiento nos parece evidente por varias razones: 1.ª) Parece que el contraindicio (una alegación de descargo supuestamente inverosímil) viene a dar oxígeno a una masa de indicios que cimentan una inferencia, a nuestro modo de ver, excesivamente abierta, inconcluyente y débil; 2.ª) guardar silencio y ofrecer una explicación inverosímil o absurda no dejan de ser manifestaciones de un derecho sagrado del sujeto pasivo del proceso penal, del que no debería poderse extraer la menor conclusión inculpatoria. Sin embargo, aquí, una alegación de descargo que no es desde luego tan irrazonable como parece desprenderse de la sentencia (al menos no se explicita por qué motivo el conocimiento de la caja fuerte resultaba inexorable), pasa a integrar la masa de evidencia indiciaria sobre la que se fundamenta la tesis acusatoria.

Si el contraindicio que se rechaza por falta de prueba, o por resultar inverosímil o incluso absurdo, reviste virtualidad para convertir en concluyentes un conjunto de indicios inconcluyentes —para nosotros, la prueba indirecta de la acusación es débil—, se habría

producido una suerte de inversión de la carga de la prueba. Y tal cosa no debería ser posible en nuestro sistema procesal penal. Más que nada porque en los prototípicos supuestos en que se enjuicia un delito de robo con fuerza y la acusación tan solo presenta el indicio de la posesión del objeto sustraído (*possessio instrumenti*), la manifestación de justificaciones inverosímiles o incluso absurdas no sirven para transformar el carácter inconcluyente de dicho indicio y, por tanto, no permiten, en absoluto, desembocar en la condena del acusado. Las inferencias carentes de la nota de conclusividad constituyen el supuesto más habitual de reproche constitucional. Destacan, como ya hemos avanzado, los casos de tenencia de objetos previamente robados por parte del recurrente en amparo. Así, por ejemplo, se da el caso de una persona acusada de un robo con fuerza por la sola tenencia de unas aves anteriormente sustraídas y la falta de una justificación verosímil. Ante esto, el Tribunal Constitucional sostiene que «no es posible deducir de ese hecho, a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, la participación del poseedor de los pájaros en el robo de los mismos, con escalamiento de dos tapias y acceso al interior de un garaje» [STC, Sala 1.ª, núm. 24/1997, de 11 de febrero, ponente: Jiménez de Parga y Cabrera, FJ 3.º (LA LEY 2846/1997)]. Efectivamente, el enlace entre indicios y hecho presunto es endeble, básicamente porque hay muchas explicaciones para esos dos indicios (tenencia y falta de justificación verosímil). Además del robo perpetrado por el poseedor, cabe la receptación, que el acusado se los robe a la persona que los sustrajo en un primer momento, que los encontrase abandonados y tiene miedo de que se la impute un hurto de hallazgo, ex art. 253 CP, etc.). Y cualquiera de esas otras explicaciones, a falta de información adicional, es tan plausible como la de que el acusado fuera quien llevase a cabo la sustracción. «El proceso mental seguido se quiebra al pasar de la posesión de los pájaros al robo de ellos», concluye la citada sentencia. Por tanto, el fracaso del contraindicio no hace buena una prueba indiciaria de cargo abierta o ambigua. Al menos, teóricamente.

Pues bien, aquí sí. En el supuesto de la sentencia del Alto Tribunal, la afirmación del acusado de que desconocía de

la existencia de la caja fuerte —que el órgano jurisdiccional tilda de irrazonable— se añade al hecho de que trabajaba en el bar al tiempo de la perpetración del robo y a la circunstancia de haber rellenado de su puño y letra uno de los cheques del talonario sustraído del interior de la caja de caudales. Y con estos tres elementos, se desemboca, con gran rotundidad, en la condena del inculpado. Visto así, se entiende claramente eso de que el contraindicio —fracasado— juega como un mecanismo de «refuerzo indiciario de segundo grado» de la solidez probatoria de los medios acreditativos propuestos por la acusación. Sin embargo, no lo compartimos. Y ello por muchas razones. Baste aquí con aducir una sola. Seguramente, en este caso, se le informó al acusado de que tenía derecho a guardar silencio. Pero, probablemente, no se le dijo que efectuar manifestaciones de descargo no probadas, inverosímiles o, incluso, absurdas, jugaría en su contra, añadiéndose al marcador de la acusación. Quizá, si se le hubiese explicado tal cosa, juiciosamente se habría inclinado por un mutismo hermético, aunque a lo mejor fuese verdad que ignoraba la existencia de la caja fuerte o su localización específica.

Quizá se nos objete haber puesto a la misma altura los indicios de la acusación —a los que se calificará de «fuerzas»— y el contraindicio —al que como mera corroboración, se tildará de «débil» (3). La respuesta es simple. ¿Qué ocurriría si elimináramos el contraindicio fallido por un momento del razonamiento probatorio global de la acusación? Si éste pierde fuerza y deviene incapaz de sostener la conclusión, entonces, el contraindicio no tiene nada de débil. Y si ocurre lo contrario, su aportación a la fuerza probatoria del razonamiento del acusador es nula y su valor probático es neutro.

En suma, convendría repensar la conveniencia de reducir el alcance del contraindicio a sus justos términos, ya que, bien mirado, o no sirve para nada (cuando la prueba de la acusación es suficientemente sólida por sí misma), o contribuye a invertir la carga de la prueba en el proceso penal, *contra reo* (cuando un contraindicio no probado, inverosímil, o absurdo pasa a jugar como indicio favorable de la tesis acusatoria, convirtiendo en cerrado, fuerte y conclusivo un razonamiento que hasta entonces no lo era). ■

## NOTAS

(1) Sobre esta cuestión y en relación con lo que se dirá seguidamente, véase ORTEGO PÉREZ, F., «Consideraciones sobre el derecho del imputado a guardar silencio y su valor (interpretación

jurisprudencial del *ius tacendi*)», *Diario LA LEY*, núm. 6418, sección *Doctrina*, 9 de febrero de 2006, año XXVII, D-37, LA LEY 98/2006.

(2) Expresión empleada por MARCA MATUTE, J., «El imputado y el derecho de defensa en la instrucción», en *Estudios sobre prueba penal*.

Volumen I. *Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, Ed. LA LEY, Madrid, 2010, LA LEY 12256/2011.

(3) Esta distinción entre «indicios fuertes de culpabilidad» y «refuerzo

indiciario de segundo grado» de la solidez probatoria de los medios acreditativos propuestos por las acusaciones» se encuentra en MARCA MATUTE, J., «El imputado y el derecho de defensa en la instrucción», op. cit.



## Dossier

### Jurisprudencia sobre derecho probatorio

LA LEY 3284/2012

## Jurisprudencia sobre Derecho Probatorio

Xavier ABEL LLUCH

Profesor Facultad Derecho ESADE. Magistrado excedente. Director del Instituto de Probática y Derecho Probatorio (ESADE-URL)

*El primer comentario trata sobre la idoneidad del abogado como testigo interrogado y su deber de guardar secreto profesional. El segundo, se refiere a la prueba en segunda instancia en materia de guarda y custodia de los hijos. El tercero versa sobre el régimen jurídico de la prueba pericial de designación judicial, que a pesar del silencio legal exige expresar los extremos del dictamen y se razone su pertinencia y utilidad.*

### I. TESTIGO (ABOGADO) EXENTO DE DECLARAR

COMENTARIO A LA STS, SALA PRIMERA, DE 22 DE FEBRERO DE 2011, PONENTE: SR. RAFAEL GIMENO-BAYÓN COBOS

A efectos de nuestro comentario debemos centrarnos en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia comentada en el que se puede leer: «Pues bien, propuesta la declaración testifical de don Serafín, la propia parte señala que en el momento de prestar declaración afirmó lo siguiente: "Considero que dado que soy parte, estoy inhabilitado para actuar como testigo [...] podría provocar una nulidad de actuaciones, dado que, he sido parte, he contestado a la demanda y he estado presente en todas las declaraciones previas. Solicito que se me releve de la obligación de declarar como testigo, a más, de que podría haber una indefensión o provocar una contradicción [...]. Considero que mi testimonio, de haberlo, estaría viciado, y solicito que se me releve de la obligación de declarar como testigo, a más, de que podría haber una indefensión o provocar una contradicción, ya que como testigo tendría obligación de decir verdad, mientras que como abogado evidentemente no tengo esa obligación, con lo cual se podía haber comprometido mi tarea profesional, por lo que solicito se me releve de la declaración como testigo».

Podemos centrar nuestro comentario en los siguientes aspectos: 1) La regulación legal del testigo con deber de guardar secreto; 2) la relevación del deber de guardar secreto del abogado en el caso; 3) la idoneidad del abogado como testigo interrogado.

1) La regulación legal del testigo con deber de guardar secreto. El art. 371 LEC regula el testigo exento de declarar por razón del estado o profesión de la persona (apartado primero del art. 371 LEC) y por razón de la materia (apartado segundo del art. 371 LEC), facultando al juez para apreciar la concurrencia de una exención de declarar, frente a la anterior y derogada inhabilitación *ex lege* (art. 1247.5.º CC). Se ha afirmado acertadamente que la antigua causa de inhabilitación legal del derogado art. 1247.5.º CC se ha transformado en un derecho-deber del testigo oponible a su genérica obligación de declarar (1).

Por razón del estado o profesión, el deber de guardar secreto, con fundamento en la normativa deontológica o profesional, se extiende a abogados y procuradores (arts. 437.2 y 438.2 LOPJ), ministros religiosos (art. 417.1 LECrim.), profesionales sanitarios, y funcionarios públicos, civiles o militares obligados por su cargo a guardar secreto.

El art. 371 LEC no se limita a declarar la exención del testigo por razón del esta-

do o profesión, sino que también regula el procedimiento para la exención del deber de declarar, atribuyendo al testigo afectado por el secreto profesional la facultad de alegarlo ante el Tribunal, mediante una exposición razonada, y la carga de probar la concurrencia del secreto, no siendo necesaria una prueba plena, sino una justificación razonable de su existencia, referida a su condición profesional o personal y a la normativa profesional que le ampara.

El Tribunal resolverá mediante resolución que, según la dicción legal, basta que revista forma de providencia (art. 371.1 LEC) —para otros debe ser una resolución oral, dado que el interrogatorio de testigos ha de practicarse en el acto del juicio (del juicio ordinario) o en la vista (del juicio verbal) (2)—, siendo deseable que contenga una mínima motivación, tanto más cuanto más relevante sea el testigo afectado por el secreto.

En el caso de apreciar la concurrencia de un deber de guardar secreto profesional, el testigo quedará exento de declarar, pero solo respecto de las preguntas afectadas por el secreto profesional, las cuales deberán constar en el acta (art. 371.1, *in fine* LEC). Este último matiz es decisivo, puesto que el deber de guardar secreto profesional, por su propia naturaleza, no se extiende a aquellos aspectos que ya han alcanzado publicidad o aquellos extremos respecto de los cuales el profesional no tiene un deber de guardar secreto (3) (ej. abogado testigo presencial de un atropello de un peatón en la vía pública).

En estos términos se expresaba ya la STS de 5 de marzo de 1981 al afirmar —con respecto a la anterior inhabilitación del art. 1245 CC— que: «La incapacidad no es absoluta, en el sentido en lo que se refiere al abogado, de que por el mero hecho de serlo pueda ser rechazado *a priori* como en las manifestaciones testificales que haya rendido, sino relativa, dependiente de que por la índole de las preguntas que se hubieren formulado y contestado afecten a un real y efectivo secreto profesional, que en manera puede estimarse existente cuando, como en el presente caso ocurre las manifestaciones testificales a las que se proyectan las preguntas formuladas a dicho testigo, y por éste contestadas, no forman parte realmente de secreto profesional, al referirse a una actividad documentada que por serlo adquirió publicidad [...]» (4).

También se ha propuesto que para obviar el deber de comparecer del testigo afectado por el secreto profesional se presente una «excusa anticipada por escrito» (5), solución que si bien ofrece la ventaja de evitar el desplazamiento

del testigo afectado por el secreto, presenta el inconveniente de ignorarse si todo el interrogatorio va a resultar afectado por el deber de secreto profesional, amén que la regulación legal presupone que la exención de declarar debe efectuarse en el momento de prestar la declaración, esto es, en el acto del juicio (del juicio ordinario) o en la vista (del juicio verbal). En este mismo sentido se pronuncia la sentencia comentada al afirmar que el art. 371.1 LEC «conjuga, por un lado, el derecho-deber de guardar secreto del testigo y, por otro, el de la parte a valerse de la prueba testifical, difiriendo a la fase de la práctica de la prueba la decisión sobre la procedencia del mismo a iniciativa del propio testigo» (FJ 7.º).

La regulación legal del procedimiento de la exención del deber de declarar deja sin solucionar algunas eventualidades, como, por ejemplo: a) que el Tribunal estime que no existe el deber de guardar secreto y el testigo se negare a declarar, en cuyo caso no entendemos procedente la imposición de una multa —reservada para los supuestos de negativa a comparecer (art. 292.1 LEC) y no de negativa a responder—, sino la de atender a la conducta del testigo como un indicio a valorar con el resto de los medios de prueba; b) que el sujeto afectado por el secreto no lo alegue y después se acredite que el hecho relevado debía haber sido guardado en secreto, en cuyo caso entendemos con PICÓ i JUNOY que la declaración del testigo será válida a efectos probatorios por no haberse vulnerado ningún derecho fundamental, y a salvo de la responsabilidad disciplinaria que, en su caso, pueda exigirse al testigo por haber quebrantado el deber de secreto profesional (6); c) que el Tribunal estime que no exista el deber de guardar secreto y el testigo declare, en cuyo caso también la declaración del testigo será válida, resultando más difícil la exigencia de responsabilidad disciplinaria al declarar por mandato judicial (7).

2) La revelación del deber de guardar secreto del abogado en el caso. El Tribunal Supremo estima correcta la relevación de la declaración de un abogado que había alegado su deber de guardar secreto profesional. Para ello el Tribunal utiliza varios argumentos. En primer lugar, invoca el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, recogido en el art. 24.2 CE, recordando que se trata de un derecho de configuración legal, por lo que la proposición de los medios de prueba —en este caso, la testifical de un abogado— debe efectuarse en la forma y el momento legalmente establecido, debiendo el medio de prueba estar autorizado por el ordenamiento jurídico (SSTC 236/2002, de 26 de junio y 147/2002, de 15 de junio

y 165/2001, de 16 de julio). En segundo lugar, cita la normativa orgánica —art. 437.2 LOPJ— y deontológica —art. 5.1 Código Deontológico de la Abogacía de 27 de noviembre de 2002 y art. 2.3.2 Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea de 28 de octubre de 1988— que recogen el deber de confidencialidad de los abogados por hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional. En tercer lugar, recoge el precitado art. 371.1 LEC y fundamentalmente las manifestaciones del testigo-abogado con anterioridad a su declaración en la que solicita se le revele de su deber de declaración invocando una eventual nulidad de actuaciones dado que había sido parte, había contestado a la demanda y había estado presente en todas las actuaciones.

En efecto, en el caso se trataba de una demanda de juicio ordinario interpuesta por una sociedad que tenía por objeto la instalación y mantenimiento de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad frente a otras tres sociedades y los administradores solidarios de una de ellas en reclamación de cantidad. Y una de las administradoras solidarias demandada resulta ser la testigo que invoca su deber de guardar secreto profesional.

3) La idoneidad del abogado como testigo interrogado. Más allá del supuesto invocado, la doctrina se ha planteado la posibilidad de solicitar la declaración como testigo del propio abogado y del abogado de la parte contraria, existiendo posiciones doctrinales divergentes. Un sector doctrinal, entre ellos PICÓ i JUNOY, defiende la admisibilidad de la declaración del propio abogado y del abogado de la parte contraria bajo el argumento fundamental que no existe norma prohibitiva alguna —como si sucede, por ejemplo, respecto del interrogatorio de la propia parte ex art. 301.1 LEC—, y que ello puede venir avalado por el reconocimiento constitucional del derecho a la prueba que comporta, entre otras consecuencias, la necesidad de una lectura flexible o amplia de normas legales tendentes a la máxima actividad probatoria (8). Para otro sector doctrinal, entre ellos MUÑOZ SABATÉ, la declaración testifical del propio abogado «es inaceptable, ya que si el artículo 377 considera testigo *suspectus* al familiar, dependiente, amigo o enemigo del abogado de la parte que lo haya presentado, y en cambio no incluye en la relación al propio abogado, tal omisión no puede valorarse como olvido, puesto sería un olvido imperdonable, sino porque da por sobreentendida su incapacidad técnica. El interrogatorio de testigos es interrogatorio de

terceros, cosa que difícilmente puede predicarse del defensor de la parte, cuya simbiosis con la misma me parece elocuente» (9).

Con carácter general, me inclino por la idoneidad del abogado de la parte y de la parte contraria a declarar como testigo con respecto a los hechos y noticias que haya conocido por razón de cualesquiera de las modalidades de su actuación profesional. Esta idoneidad se fundamenta, por una parte, en el reconocimiento legal del deber de confianza y confidencialidad en las relaciones entre abogado y cliente que recoge la normativa deontológica —ver el art. 5 Código Deontológico de la Abogacía— y que no son sino una concreción de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a sus clientes y, en definitiva, del derecho de defensa; y por otra parte, en la consideración dogmática que el testigo, por su naturaleza y esencia, y como fuente de prueba es siempre un tercero que presta una declaración de ciencia sobre los hechos generalmente pasados de los que ha tenido noticia, bien directa por haberlos presenciado, bien indirecta, por habérselos referido otra persona, resultando fundamental e inherente a la condición de testigo la característica de «tercero» y si bien el abogado no es parte —en el sentido procesal de sujeto que formula o frente al que se formula una pretensión—, sino que es el licenciado en Derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, su vinculación con la parte, una vez iniciado y en el curso del proceso judicial, resulta obvia al estar encaminada su actividad profesional al triunfo de la pretensión de su cliente. No me parece convincente el argumento de la falta de prohibición legal de declarar del abogado de la propia parte o de la parte contraria, pues existe una suerte de coincidencia de intereses entre el abogado y el cliente derivados de un arrendamiento de servicios profesionales que, en los hechos que haya conocido por razón de su actividad profesional, hace que deba prevalecer el deber de secreto profesional.

Todo ello en el bienentendido, ya apuntado, que el deber de secreto profesional no es absoluto, sino relativo, debiendo ceder con respecto de aquellos hechos que ya hubieren adquirido publicidad. Y también en el bienentendido que el abogado, como cualquier otro sujeto, y siempre que se refiera a hechos controvertidos, será idóneo para declarar con respecto de aquellos hechos cuyo conocimiento haya adquirido al margen del ejercicio de la profesión y cuando no interviene en el proceso para defender a alguna de las partes.

## II. DENEGACIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA DE PRUEBAS RELACIONADAS CON LAS APTITUDES DE LOS PADRES EN LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS

### COMENTARIO A LA STS, SALA PRIMERA, DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2011, PONENTE: SRA. ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS

Para centrar debidamente nuestro comentario procede dejar constancia de los siguientes hechos, que constituyen un resumen de las actuaciones judiciales: 1) D.<sup>a</sup> Eleuteria interpuso demanda de divorcio contra D. Obdulio ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Bilbao, recayendo sentencia en fecha 4 de noviembre de 2008 por la que se acuerda la disolución, por divorcio, del referido matrimonio, con adopción de las siguientes medidas: a) atribución a D.<sup>a</sup> Eleuteria de la guarda y custodia de Karlota, Peru y Telmo, siendo la patria potestad compartida; b) atribución a la madre, junto a los menores, del uso del domicilio conyugal sito en Bilbao; c) fijación de un régimen de visitas en favor del padre de forma amplia y flexible y, en cualquier caso, que no perjudique la salud del menor Telmo —que precisa de atención médica permanente al estar afectado por un síndrome polimalformativo congénito— y, en su defecto, de fines de semana alternos y mitad de los períodos vacacionales; d) D. Obdulio abonará, en concepto de alimentos para sus hijos Karlota, Peru y Telmo la cantidad mensual de mil ochocientos sesenta y uno con veinte euros (1.861,20 €) que ingresará anticipadamente en la cuenta que designe D.<sup>a</sup> Eleuteria y se actualizará conforme al IPC; e) los gastos extraordinarios serán sufragados por mitad entre ambos progenitores; f) los gastos correspondientes al IBI, Seguro de la vivienda familiar y gastos extraordinarios (derramas) comunitarios del inmueble serán abonados por ambos titulares por mitad (no se ha determinado cuota distinta de copropiedad en el inmueble); 2) contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por D. Obdulio ante la Audiencia Provincial de Bizkaia, recayendo sentencia con fecha 14 de diciembre de 2009 confirmatoria de la dictada en la instancia; 3) contra la sentencia de la Audiencia Provincial se interpuso por D. Obdulio recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, alegando, entre otros motivos, la denegación indebida de prueba en la segunda instancia; 4) en concreto, las pruebas denegadas, según se puede leer en fundamento jurídico segundo de la sentencia comentada eran las siguientes: «a) testificales-periciales, referidas a la enfermedad de Telmo; b) pericial psiquiátrica; c) testi-

ficales diversas y d) testifical psicológica». Dice que al no haberse admitido en primera instancia una serie de pruebas, el recurrente pidió en segunda instancia que se llevaran a cabo pruebas diversas de peritos psicólogos, sobre todo en lo relativo a las necesidades del hijo menor, Telmo, afectado por el síndrome polimalformativo congénito. Y todo ello con la finalidad de que se pudiera acordar un sistema de guarda y custodia compartida que beneficiaría a los hijos. El auto de la AP Bizkaia, Sección 4.<sup>a</sup>, de 17 de junio de 2009 denegó la petición sobre la base de que habían sido ya presentadas en la 1.<sup>a</sup> instancia y se habían denegado correctamente por las siguientes razones: a) una testifical pericial, porque era evidente el síndrome que padecía el hijo Telmo, ya que no son hechos controvertidos ni la propia enfermedad, ni su alcance, ni las necesidades de atención especializada; b) respecto a la pericial psiquiátrica, porque no existe ninguna evidencia de que ninguno de los progenitores presente patología alguna que les incapacite para ejercer la guarda y custodia de los hijos; c) respecto a la prueba de contenido patrimonial, porque hay suficientes datos en el procedimiento; d) las periciales testificales propuestas son innecesarias porque sus informes se unieron como prueba documental; e) son innecesarias las pruebas referidas a la disponibilidad horaria del recurrente; y f) respecto de la prueba pericial psicológica solicitada en base a la existencia de hechos nuevos, no se admitió «porque nada se razona sobre la improcedencia de su admisión, siendo evidente, y a salvo de acontecimientos excepcionales que aquí no concurren, que no puede tener consideración de hecho nuevo con relevancia el proceso de adaptación de unos menores ante la ruptura de sus padres»; 5) el Tribunal Supremo acordó estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Obdulio contra la SAP Bizkaia de 14 de diciembre de 2009, anular la sentencia recurrida y reponer las actuaciones de segunda instancia al momento de la denegación de la prueba, para que la Audiencia Provincial examinase cuáles de las pruebas propuestas por el padre apelante eran necesarias para tomar la decisión sobre la guarda y custodia en interés de los menores y dictase nueva sentencia con arreglo a los hechos que considerase probados según la prueba practicada, todo ello sobre la base de considerar que el art. 752 LEC contenía unas reglas sobre la prueba que constituían una excepción al régimen del art. 271.1 LEC y del art. 460 LEC.

A efectos de nuestro comentario, nos interesa centrar la atención sobre los siguientes extremos: 1) La identificación de los medios de prueba; 2) el alcance e interpretación del artículo 752 LEC; 3) la denegación de la prueba en la segunda instancia.

1) La identificación de los medios de prueba. Como es sobradamente conocido el art. 299.1 LEC contiene una enumeración de los medios de prueba de que las partes podrán valerse en juicio, comprensiva de: 1.º Interrogatorio de las partes; 2.º documentos públicos; 3.º documentos privados; 4.º dictamen de peritos; 5.º reconocimiento judicial; 6.º interrogatorio de testigos.

Es cierto también que el art. 370.4 LEC ha introducido, por vez primera en nuestro Código Procesal Civil, la figura del testigo-perito, en los términos literales siguientes: «cuando un testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a la que se refieran los hechos del interrogatorio, el Tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos» y que, en esencia, se refiere a la persona que sobre los hechos observados tenga especiales conocimientos técnicos (10). A este medio de prueba parece referirse la sentencia comentada cuando alude a las «testificales-periciales» (FJ 2.º).

Y es también cierto, que el art. 92.9 CC, en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, alude al llamado «dictamen de especialistas» que el juez, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar para adoptar medidas en lo relativo a la idoneidad de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores. Se trata, como se ha precisado acertadamente, de la intervención de los equipos psicosociales adscritos a los Juzgados de familia en los procedimientos en los que es solicitada su intervención y que se crearon por parte del Ministerio de Justicia y a instancia del Consejo General del Poder Judicial en el mes de noviembre de 1983 y a quienes corresponde, entre otras funciones, la emisión de informes periciales psicológicos, psicosociales, sociofamiliares y socioeducativos a solicitud de los órganos judiciales y fiscales, y su defensa en juicio (11). Una de las características específicas de este medio de prueba es que no solo se solicita del «especialista» —ordinariamente asistentes sociales y psicólogos, pero sin que se excluyan médicos pediatras o psiquiatras—, que se limiten a analizar hechos pasados, sino también que efectúen una «pronóstico de futuro» (12). A este tipo de medios de prueba parece que alude la sentencia comentada cuando alude a que el recurrente propuso en primera y segunda instancia una

«pericial psiquiátrica» (FJ La referencia a pruebas «testificales-periciales» o «periciales-testificales» puede inducir a confusión en la medida que no nos aclara si nos encontramos ante una prueba testifical (interrogatorio de testigos), ante un testigo-perito (interrogatorio de testigos recogido en el art. 370.4 LEC) o ante una prueba pericial (dictamen de peritos en la nomenclatura de la LEC). Y la identificación del medio de prueba no es baladí pues, aun cuando tanto el interrogatorio de testigos (art. 376 LEC) cuanto la prueba pericial (art. 348 LEC) se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica, el régimen de proposición del interrogatorio de testigos, incluido el del testigo-perito —en la audiencia previa (del juicio ordinario ex art. 429.1 LEC) o en la vista (del juicio verbal ex art. 443.4 LEC)— y el régimen de aportación de los dictámenes periciales —con la carga de la aportación inicial de los dictámenes a instancia de parte (arts. 336.1 y 265.1.4.º LEC)— no es idéntico, resultando, por ende, oportuno identificar precisamente a los medios de prueba para determinar la forma y el momento de proposición y/o de aportación.

2) El alcance e interpretación del art. 752 LEC. En la sentencia comentada se argumenta que el art. 752 LEC «evita la aplicación en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, del artículo 271.1 LEC y del propio artículo 460 LEC, dada la naturaleza del objeto del proceso». Se añade, además, que «el artículo 752.1 LEC contiene reglas sobre la naturaleza de la prueba, de naturaleza diversa a las que rigen los procesos generales, que son: a) la posibilidad de alegar e introducir prueba a lo largo del procedimiento; y b) que el Tribunal decreta de oficio cuantas pruebas estime pertinentes».

Las anteriores afirmaciones pueden, cuando menos, matizarse. Es cierto que el art. 752 LEC, ubicado en sede de disposiciones generales en los procesos de capacidad, matrimonio, filiación y menores, contiene diversas especialidades probatorias que afectan a la aportación de los hechos al debate —irrelevancia del momento procesal de su introducción (art. 752.1, I LEC)—; a la prueba —facultad de acordar pruebas de oficio por el juez y por el Ministerio Fiscal, con independencia de las propuestas por las partes (art. 752.1, II LEC)—; a la conformidad de las partes respecto de los hechos —no vinculación del Tribunal por la conformidad, el silencio o las respuestas evasivas (art. 752.2 LEC)—; a la segunda instancia —aplicación de las especialidades probatorias tanto a la primera cuanto a la segunda instancia (art. 752.3 LEC)—; y a la fuerza probatoria de algunos medios de prueba —inaplicabilidad de las normas sobre fuerza probatoria del interrogatorio de



las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos (art. 752.4 LEC)— (13).

Ahora bien, y prosiguiendo con el análisis del art. 752.1 LEC, debe precisarse a continuación también las siguientes afirmaciones: a) en cuanto a la introducción de los hechos en el proceso, prevista en el párrafo primero del art. 752.1 LEC, ello no legitima al juez para la introducción de hechos distintos de los alegados por las partes; b) en cuanto a la introducción de las pruebas, prevista en el párrafo segundo del art. 752.1 LEC, se reconoce una triple iniciativa probatoria, a saber, la iniciativa de las partes, la del Ministerio Fiscal y la del propio juez; pero en el bienentendido que la prueba propuesta por las partes deberá observar las normas generales de proposición y se propondrá, tramitándose estos procedimientos por el cauce del juicio verbal con contestación escrita (art. 753.1 LEC), como regla general en la vista (art. 753.1 en relación con el art. 443.4, ambos de la LEC) y tratándose de dictámenes a instancia de parte deberán aportarse con la demanda o con la contestación a la demanda (arts. 265.1.4.º y 336.1 LEC); c) en cuanto a la prueba que pueda acordarse de oficio por el juez, al amparo del tantas veces citado párrafo segundo del art. 752.1 LEC, preciso es recordar que la iniciativa probatoria de oficio no puede suplir la inactividad, desidia o desinterés de las partes, por lo que debe existir una mínima actividad probatoria de las partes.

3) La denegación de la prueba en la segunda instancia. En el caso, se estimó el recurso extraordinario por infracción procesal, al entender que la denegación de la prueba en la segunda instancia fue incorrecta y se acordó reponer las actuaciones a la segunda instancia al momento de la denegación de la prueba para un nuevo examen por la Audiencia Provincial. Para ello se argumentó, por

una parte, que el art. 752.1 LEC permite alegar e introducir prueba a lo largo del procedimiento y que el Tribunal podía acordar de oficio las pruebas que estimase pertinentes. Se añade, además, que la denegación de la prueba en la segunda instancia con respecto a las aptitudes de los padres con respecto a la guarda y custodia de los hijos había generado indefensión al recurrente y que esta indefensión era más patente cuando la atribución de la guarda y custodia a la madre se había efectuado sobre la única razón de la «falta de comunicación» entre los cónyuges, tratándose de una motivación insuficiente. También puede añadirse, aun cuando no se cite expresamente en la sentencia comentada, que en la segunda instancia de los procedimientos sobre capacidad, matrimonio, filiación y menores rigen las mismas especialidades probatorias previstas en los apartados 1.º y 2.º del art. 752 LEC, por imperativo del apartado 3.º del mismo art. 752 LEC.

Debe aquí reiterarse lo expuesto en el apartado anterior, en el sentido que para acordar la prueba de oficio al amparo del art. 752.1, II LEC será necesario ponderar si la parte recurrente (D. Obdulio) observó una mínima actividad probatoria, que permitiera al juez acordar *ex officio iudicis* un dictamen de especialistas sin suplir la inactividad de la parte recurrente, por lo que, en nuestro entender, y para ponderar si la denegación de pruebas en primera y en segunda instancia fue ajustada a Derecho, debería atenderse a si el recurrente y demandado D. Obdulio aportó en su escrito de contestación a la demanda un dictamen pericial de psicólogo o, en su caso, en la vista del juicio verbal, y con fundamento en el art. 92.9 CC, recabó el dictamen de especialistas. Ello significa que el juez de primera instancia o el Tribunal de apelación, y al amparo del art. 752.1, II LEC, podrá acordar de oficio el dictamen de especialistas, pero una vez sopesada la

actividad probatoria que se haya practicado a instancia de la parte, pues en los procedimientos de capacidad, matrimonio, filiación y menores aun cuando el principio de aportación de parte aparece matizado, dada la existencia de un interés público, no queda anulado.

Si se hubiera recabado el dictamen de especialistas en la primera instancia y en la segunda instancia —o, como reza, la sentencia comentada la «pericial psiquiátrica»—, como parece deducirse del fundamento jurídico segundo, y éste se hubiere denegado sobre el único argu-

mento que «no existía ninguna evidencia de que ninguno de los progenitores presente patología alguna que les incapacite para ejercer la guarda y custodia de los hijos», podría entenderse que la denegación fue indebida, en tanto que la precitada prueba no se dirigía a acreditar una presunta incapacidad de los progenitores para la guarda y custodia, sino cuál de los progenitores resultaba más idóneo para ostentar la guarda y custodia o, como solicitaba el demandado-recurrente D. Obdulio, se atribuyera de forma compartida a ambos padres, cumplimentándola de forma semanal.

### III. DICTAMEN PERICIAL DE DESIGNACIÓN JUDICIAL: RÉGIMEN JURÍDICO Y VALORACIÓN

#### COMENTARIO A LA SAP MURCIA, SECC. 4.ª, DE 12 DE ENERO DE 2012, PONENTE: SR. FRANCISCO CARRILLO VINADER

Como antecedentes necesarios para centrar las cuestiones comentadas procede dejar constancia de los siguientes extremos: 1) D. Eloy interpuso demanda reclamando daños y perjuicios sufridos a consecuencia de un accidente de circulación (38.045,81 €), intereses y costas, contra el conductor (D. Germán) y contra la aseguradora del vehículo contrario (la mercantil Reale Seguros Generales, S.A.), la cual fue turnada al Juzgado número Tres de Cieza (Murcia); 2) los demandados en su contestación a la demanda habían aceptado la realidad del accidente y su responsabilidad, pero discrepaban de las consecuencias dañosas, entendiendo que solo debían indemnizar en 4.276,54 € (ya pagados) y 4.572,30 €, que se consignaban y ofrecían, pero sin intereses, ni costas; 3) en fecha 20 de julio de 2011 el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia cuyo fallo literal era el siguiente: «Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D.ª Amalia Templado Carrillo, en nombre y representación de D. Eloy, y debo condenar y condeno a D. Germán y a Reale Seguros a pagar solidariamente al demandante la cantidad de dieciséis mil quinientos setenta y ocho euros con veintiséis céntimos (16.578,26 €). A dicha cantidad se le debe descontar las cantidades que le han sido entregadas a cuenta a D. Eloy. No se imponen intereses legales a los demandados. En cuanto a las costas procesales, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad»; 4) para fijar dicha cantidad el Juzgado de Primera Instancia había partido de las lesiones y secuelas establecidas por el perito designado judicialmente, que había sido solicitado por el actor por otrosí digo en su escrito de demanda y recogido en el

auto de admisión a trámite de la demanda, habiendo sido nombrado perito judicial, aceptado el cargo y emitido el dictamen; 5) frente a la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la mercantil Reale Seguros Generales, S.A., y por D. Germán, solicitando su revocación, dictándose SAP Murcia en fecha 12 de enero de 2012, cuya parte dispositiva era del tenor literal siguiente: «Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la mercantil Reale Seguros Generales, S.A. y D. Germán, ante esta Audiencia, representados por el Procurador Sr. [...], contra la sentencia dictada en el juicio ordinario seguido con el número 738/09 ante el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Cieza, y desestimando la oposición al recurso sostenida por D. Eloy, ante esta Audiencia representado por el Procurador Sr. [...], debemos revocar y revocamos parcialmente dicha sentencia, en el sentido de fijar como indemnización a satisfacer por los demandados la de nueve mil trescientos treinta y ocho con ochenta y un céntimos (9.338,81 €), de la que habrá que descontar las cantidades ya satisfechas, sin hacer imposición de las costas causadas en esta alzada».

Los demandados-recurrentes (D. Germán y Reale Seguros Generales, S.A.) habían fundado su recurso, sendas alegaciones referidas respectivamente, a la infracción del art. 336 LEC en la aportación del dictamen pericial y al error en la valoración del dictamen pericial, lo cual nos lleva a comentar las cuestiones siguientes:

1.—Momento de aportación del dictamen pericial. Alegan los recurrentes, como primer motivo del recurso de apelación, la infracción del art. 336 LEC, pues no debió tenerse en cuenta el informe del perito de designación judicial interesado por el actor en la audiencia previa, porque no habían podido hacer alegaciones en contra ni proponer prueba para combatirlo, por lo que solo debía tenerse en cuenta el informe pericial

aportado por los demandados al contestar la demanda.

Es cierto que la LEC ha modificado sustancialmente el régimen de la prueba pericial, exigiendo la aportación inicial de los dictámenes periciales a instancia de parte (arts. 265.1.4.º y 336 LEC), de manera que el dictamen no acompañado con la demanda o la contestación a la demanda no podrá ser aportado con posterioridad, por efecto de la preclusión procesal (art. 269 LEC), y dejando a salvo la posibilidad de «anuncio» del art. 337 LEC. Se ha justificado la necesidad de la aportación inicial de los dictámenes periciales, a partir de la Exposición de Motivos de la LEC, en razones de agilidad y simplicidad del procedimiento, y también en razones de igualdad de armas procesales y buena fe puesto que «sirve para que el litigante conozca *ab initio*, uno de los medios probatorios importantes de que se valdrá su adversario procesal» (SAP Tarragona, de 15 de enero de 2007).

Sin embargo, mal puede hablarse de simplicidad cuando la regla general de la aportación inicial, invocada por los recurrentes en apelación y regulada en los arts. 265.1.4.º y 336 LEC, admite varias excepciones (arts. 337 y 338.1 y 2 LEC) y si añadimos las posibilidades de aportación de dictámenes de designación judicial y de oficio, se han contabilizado hasta doce momentos distintos de aportación del dictamen pericial en lo que, en gráfica y sintética expresión de PICÓ i JUNOY, constituye un auténtico *labyrinthus peritiae* (14).

En el caso comentado, es cierto que el actor (D. Germán) no aportó un dictamen con su escrito de demanda, pero no es menos cierto que interesó en dicho escrito (y por medio de un otrosí digo) el nombramiento de un perito-médico especialista en valoración del daño corporal y en el auto admitiendo a trámite la demanda, se tuvo por solicitado. Debe entenderse viable esta alternativa, como afirma acertadamente la sentencia comentada, al apuntar que: «Además de la aportación inicial de los dictámenes elaborados por los peritos "designados por las partes" hay otra posibilidad de nombrar peritos» (FJ 2.º), cual es el sistema de designación judicial de peritos. En efecto, y como he tenido ocasión de comentar en otro lugar, la LEC configura la prueba pericial de designación judicial con carácter opcional, subsidiario y eventual (15). Opcional, porque las partes podrán escoger entre aportar la pericial de parte o solicitar la pericial de designación judicial; y podrán aportar la una —pericial de parte— y solicitar, además, la otra —pericial de designación judicial—. Ambos, actor y demandado, podrán solicitar una pericial de designación judicial, aun cuando no hubieran aportado dictamen de parte en los escritos de alegaciones. Subsidiario, porque la modalidad ordinaria de prueba

pericial es el dictamen por perito designado por la parte, sujeto a la carga de aportación inicial, bajo sanción de preclusión. Y eventual, porque la modalidad de pericial de parte constituye una facultad de las partes, sujeta a un juicio de pertinencia judicial. Esta interpretación viene ratificada por la tramitación parlamentaria de la LEC, en cuyo borrador inicial no estaba prevista la pericial de designación judicial (16), y por la Exposición de Motivos de la LEC [«(...) se reserva la designación por el Tribunal de perito para los casos en que así sea solicitado por las partes o resulte estrictamente necesario»].

2.—Sobre el régimen de la pericial de designación judicial. En la sentencia comentada se indica que el perito de designación judicial se interesó por el actor con la demanda (otrosí digo), que en el auto de admisión a trámite de la demanda se tuvo por interesado, que se procedió a su nombramiento por providencia de 29 de marzo de 2010 (folio 117), aceptación del designado (folio 119), requerimiento al solicitante para provisión de fondos por providencia de 12 de abril de 2010 (folio 120), consignación de dicha provisión (folios 139-140) y procediéndose a la emisión del dictamen (todo ello según se desprende de su FJ 2.º).

Interesa efectuar, siquiera brevemente algunas precisiones, con respecto a la solicitud de una pericial de designación judicial con los escritos de alegaciones. En efecto, y no obstante el silencio legal, se deberán expresar los extremos del dictamen y motivar su solicitud, razonando la pertinencia y utilidad de la prueba pericial (art. 339.2 LEC). La pertinencia viene referida, como cualquier otra pericial, a la necesidad de conocimientos científicos, artísticos o prácticos (art. 335.1 LEC). La utilidad, en aquellos supuestos en que las partes hayan acompañado una pericial de parte, se refiere a la necesidad de otra pericial distinta de la inicialmente aportada. Y en aquellos supuestos en que las partes (o alguna de ellas, como en el caso la actora) no hayan acompañado una pericial de parte, a la necesidad de la prueba pericial.

La admisión de la prueba pericial y el nombramiento de perito debe efectuarse «en el plazo de cinco días desde la presentación de la contestación a la demanda, con independencia de quien haya solicitado dicha designación» (art. 339.2, II LEC), aun cuando pudiera parecer más prudente diferir la admisibilidad de la prueba pericial de designación judicial y el nombramiento del perito a la audiencia previa (art. 429.1 LEC), una vez efectuadas, en su caso, las alegaciones aclaratorias y complementarias (art. 426 LEC) y fijados los hechos controvertidos (art. 428 LEC), que será el momento en el que el juez estará en condiciones de decidir la pertinencia o utilidad del dictamen,

así como la fijación de los extremos del mismo (17).

*De lege ferenda* se ha propuesto simplificar la regulación del art. 339 LEC del modo siguiente:

a) Reconducir a un solo momento, la audiencia previa —en el juicio ordinario— o el acto de la vista —en el juicio verbal— la fase de proposición, dejando por sentado que la solicitud de una pericial de designación judicial, como ya hemos comentado, no depende de la previa aportación de una pericial de parte («háyanse o no aportado dictámenes periciales de parte, éstas podrán solicitar, bien en la audiencia previa, bien el acto del juicio verbal, que se proceda a la designación judicial de un perito para cada uno de los conocimientos especializados objeto de debate»).

b) Exigir la concreción de los extremos del dictamen pericial, permitiéndose la ampliación por la parte no proponente («al interesar la práctica del dictamen pericial, las partes deberán concretar cuáles sean los extremos concretos sobre los que debe versar la pericia. La parte que no haya propuesto el dictamen pericial podrá interesar su ampliación respecto de aquellos concretos que le interesen»).

c) Mantener y simplificar el juicio de admisión judicial («el Tribunal no vendrá vinculado por la solicitud de las partes en torno a la designación judicial de perito, acordándola cuando para la resolución de cualquier cuestión de influencia decisiva para la decisión del proceso sea necesaria la posesión de conocimientos técnicos especializados»).

d) Acordar la suspensión en el caso de que la solicitud se efectúe en la vista del juicio verbal («cuando la solicitud de dictamen pericial se efectúe en el acto de la vista, se suspenderá por el plazo que el Tribunal considere necesario para que se emita el dictamen por el perito») (18).

3.—Sobre la valoración del dictamen pericial. Los demandados-recurrentes argumentan que se había producido error en la valoración de la prueba pericial —la del perito designado judicialmente y que había fijado las lesiones y secuelas en 16.578,26 €— y alegan que debía seguirse el criterio del informe del médico forense, que reunía los requisitos que la sentencia enumeraba para seguir el informe del perito designado judicialmente (haber reconocido personalmente al lesionado, su imparcialidad y objetividad y ser experto en valoración personal).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, con cita y transcripción parcial de la STS de 11 de mayo de 1981, contiene unas interesantes precisiones sobre la valoración del dictamen pericial, que en palabras literales de la precitada sentencia del Tribunal Supremo significa que: «La fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside esencialmente, no en sus afirmaciones, ni en la condición, categoría o número de sus autores, sino en su mayor o menor fundamentación y razón de ciencia, debiendo tener, por tanto, como prevalentes, en principio, aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una superior explicación racional, sin olvidar otros criterios auxiliares, como el de la mayoría coincidente o del alejamiento al interés de las partes».

En el caso enjuiciado, la Audiencia Provincial de Murcia, como Tribunal de apelación, procede a una nueva valoración de los dictámenes emitidos —fundamentalmente el del perito designado judicialmente (y que había seguido el Juzgado de Primera Instancia) y el del médico forense— para discrepar de los días de incapacidad y lesiones fijados por el Juzgado de Primera Instancia y atender como más razonables los fijados por el médico forense, estimando parcialmente el recurso de apelación y fijando el monto total de la indemnización en la cantidad de nueve mil trescientos treinta y ocho euros con ochenta y un céntimos (9.338,81 €), de la que habría de detraerse las cantidades ya satisfechas.

Más allá de las particularidades del caso, nos interesa sentar algunas pautas generales para la valoración del dictamen pericial, la mayoría de las cuales pueden entrecerse en la argumentación de la Audiencia Provincial de Murcia y que pueden resumirse del siguiente modo: a) Tanto el dictamen de los peritos designados por las partes cuanto el dictamen de designación judicial están sujetos a idéntico y único criterio de valoración recogido en el art. 348 LEC («el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica»), sin hacer distinción entre dictámenes a instancia de parte y dictámenes de designación judicial, al resultar de aplicación el art. 348 LEC a ambas modalidades de dictamen pericial, ni contener la LEC una regla distinta de valoración (o de preferencia) del dictamen de designación judicial con respecto al dictamen de parte; b) lo decisivo y fundamental para la valoración del dictamen pericial no reside en el sis-

tema de designación del perito —sea por la parte, sea por el juzgado a instancia de parte o *ex officio iudicis*—, sino en la fundamentación y razón de ciencia del dictamen aportado, que deberá ser sometido a la valoración crítica por el Tribunal sentenciador, sin voluntarismos ni arbitrariedades, sino atendiendo a principios lógicos o las reglas de la experiencia; c) en la valoración del dictamen pericial, y a parte de su propia conclusividad —razón de ciencia del dictamen pericial— no pueden olvidarse otros criterios complementarios, y particularmente el hecho que el dictamen pericial debe ser valorado, al igual que el resto de los medios de prueba, en una valoración conjunta de la prueba (art. 218.2 LEC), lo cual deberá comportar dar credibilidad a aquellas conclusiones del dictamen pericial que resulten corroboradas por otros medios de prueba, particularmente por las pruebas documentales; d) en la valoración del dictamen pericial también deberán tenerse en cuenta las distintas fases del dictamen en cuanto a su reconocimiento —por ejemplo, en el caso, si el perito médico ha examinado al lesionado—; a la emisión —por ejemplo, si el dictamen presentado por escrito comprende la descripción del objeto del dictamen, las operaciones periciales llevadas a cabo, el resultado de las operaciones periciales y las conclusiones (19)—; y a la contradicción —pues en el acto del juicio (en el juicio ordinario) o en la vista (en el juicio verbal)— la firmeza en la ratificación del perito o las aclaraciones y puntualizadas efectuadas pueden realzar la credibilidad del perito, del mismo modo que las respuestas evasivas, genéricas o inconcretas, o simplemente los silencios, pueden disminuirla. ■

## NOTAS

(1) JIMÉNEZ CONDE, F., «Interrogatorio de testigos en el proceso civil», en *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, GÓMEZ-COLOMER, J. L. (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 231.

(2) DE LA OLIVA SANTOS, A., «Comentario al art. 371 LEC», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Civitas, 2001, pág. 628.

(3) Entre otros, RIFÁ SOLER, J. M., «Comentario al art. 371 LEC», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, Ed. Atelier, Barcelona, 2000, pág. 1.719; VALLS GOMBAU, J. F., *La declaración testifical del notario en el proceso civil*, Seminario de Jueces y Magistrados, Ed. Marcial Pons, 2011, pág. 29.

(4) STS 5 de marzo de 1981. Y en sentido similar puede verse la STS 12 de noviembre de 1985.

(5) GARCÍA VILA, J. A., «Sobre la expedición de copias a instancia de la autoridad judicial y las declaraciones testificales del Notario», en *Seminario de Jueces y Notarios*, Ed. Marcial Pons, 2011, pág. 43.

(6) PICÓ I JUNOY, J., «Idoneidad del abogado como testigo interrogado», en *El interrogatorio de testigos*, ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), Ed. J. M. Bosch, 2008, págs. 179-180.

(7) PICÓ I JUNOY, J., «Idoneidad del abogado como testigo interrogado», en *El interrogatorio de testigos*, ob. cit., pág. 180.

(8) PICÓ I JUNOY, J., «Idoneidad del testigo», ob. cit., págs. 181-182.

(9) MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil LEC 1/2000*, J. M. Bosch, 2001, pág. 359.

(10) En palabras de la SAP Las Palmas de 2004, FJ 1.º, la figura del testigo-perito «permite al juzgador, al practicarse el interrogatorio, aceptar que quien ha sido propuesto como testigo, además de su función específica, añada lo que en la ley llaman manifestaciones, esto es, juicios por aplicación de conocimientos científicos, artísticos o prácticos a los hechos que conoce».

(11) ANDRÉS JOVEN, J., «El dictamen de especialistas y el dictamen de peritos», en *Aspectos prácticos de la prueba civil*, ABEL LLUCH, X. y PICÓ I JUNOY, J., J. M. Bosch, Barcelona, 2005, págs. 49 y ss.

(12) Sobre las diferencias entre el dictamen de especialistas y el dictamen de peritos

puede verse la SAP Cantabria, Secc. 1.ª, de 20 de julio de 2004, FJ 2.º (LA LEY 17250/2004) señalándose como principales divergencias: a) la forma de realización del informe; b) la forma de designación del perito interviniente; c) la forma de concreción del objeto de la pericia; y d) la exclusión de los letrados e incluso de las partes, excepto en la entrevista.

(13) Más ampliamente puede verse mi estudio *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, págs. 184 y ss.

(14) PICÓ I JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso civil español*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2001, pág. 82.

(15) ABEL LLUCH, X., «La prueba pericial», Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho ESADE, Serie Estudios Prácticos sobre los medios de prueba, núm. 3, J.M. Bosch, 2009, pág. 105.

(16) Se introduce en los arts. 386 y 390 ALEC, en términos muy restrictivos, manteniéndose similar redacción en los arts. 336 y 340 PLEC, y algo más amplia en el actual art. 339 LEC.

(17) La SAP Madrid, Secc. 14.ª, de 8 de septiembre de 2005, FJ 3.º, analiza las ventajas e inconvenientes de efectuar

la admisión y nombramiento del perito judicial bien en los cinco días posteriores a la contestación a la demanda, bien en la fase de la audiencia previa, razonando que la admisión y designación en cualquiera de ambos momentos no comporta la nulidad ni la ilicitud de la prueba.

(18) Se transmiten literalmente, entre comilladas y entre paréntesis, las propuestas de reforma de SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Algunas reformas urgentes a la Ley 1/2000 sobre enjuiciamiento civil», en *Revista Jurídica Catalunya*, núm. 3, 2003, pág. 842.

(19) El contenido del dictamen pericial no aparece descrito en la LEC, pero resulta muy ilustrativo el artículo 478 LECrim., que literalmente dispone: «El informe pericial comprenderá, si fuere posible: 1.º Descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo o del modo en que se halle. El secretario extenderá esta descripción, dictándola los peritos y suscribiéndola todos los concurrentes; 2.º relación detallada de todas las operaciones practicadas por los peritos y de su resultado, extendida y autorizada en la misma forma que la anterior; 3.º las conclusiones que en vista de tales datos formulen los peritos, conforme a los principios y reglas de su ciencia y arte».



## Preguntas con respuesta

### La prueba a consulta

LA LEY 6987/2012

# Preguntas con respuesta: la prueba a consulta

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

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

*La primera cuestión analiza la posibilidad de adherirse a todos los medios probatorios de la contraparte, en la audiencia previa, y hacerlos propios para evitar su renuncia sobrevenida. Y la segunda trata sobre las distintas formas en que puede practicarse el interrogatorio de un testigo extranjero en un procedimiento civil ordinario español, ya sea ante el juez o mediante los mecanismos de cooperación internacional.*

## I. EN LA AUDIENCIA PREVIA, ¿ES POSIBLE ADHERIRSE ÍNTEGRAMENTE A LOS MEDIOS PROBATORIOS PROPUESTOS POR LA PARTE CONTRARIA Y HACERLOS PROPIOS A LOS EFECTOS DE OBTENER EL DOMINIO DE LOS MEDIOS PROBATORIOS?

**Francisco GONZÁLEZ DE AUDICANA ZORRAQUINO**  
*Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona*

**E**n ocasiones se observa en el procedimiento ordinario la siguiente situación: en la audiencia previa se proponen los medios probatorios por una de las partes y llegado el día del juicio se renuncia en el mismo acto al medio de prueba propuesto y admitido, generalmente testifical.

Es cierto que la respuesta afirmativa a la pregunta efectuada impediría tal consecuencia, que en ocasiones resulta perjudicial para la otra parte no proponente del medio probatorio, pero, a estos efectos, lo sustancial es determinar si es conforme a Derecho la posibilidad de la parte contraria a la que propone los medios probatorios, el que pueda adherirse íntegramente a todos los medios probatorios propuestos por la otra parte en el acto de la audiencia previa, y entiende el que suscribe que sí por lo siguiente.

Dicha afirmación debe excluir aquel medio probatorio que expresamente prevé el legislador su incompatibilidad, esto es, la parte contraria no podrá adherirse al interrogatorio de su parte solicitado por la opuesta, art. 301.1 LEC. O aquel otro medio probatorio, documental, que, por su unión al expediente, ya forma parte del material probatorio a valorar.

Por lo que me refiero a los siguientes medios probatorios; interrogatorio de testigos, declaraciones de peritos, reconocimiento judicial, reproducción ante el Tribunal

de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes o cualquier otro medio no expresamente previsto por el que pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, arts. 299 y 300 LEC.

*Presupuesto:* no existe impedimento legal o precepto que impida tal actuación en el acto de la audiencia previa o en la regulación relativa a la prueba.

*Premisa:* el principio dispositivo y de aportación de la parte de los hechos conlleva la libertad o discrecionalidad de escoger los medios probatorios, arts. 216 y 218 LEC, añadiendo que la admisión de los medios probatorios no conlleva la obligatoriedad en su ejecución, art. 288.1 LEC [i. e., «el litigante por cuya causa no se ejecutare temporáneamente una prueba admitida será sancionado por el Tribunal con multa (...), salvo que acreditase falta de culpa o desistiese de practicar dicha prueba si él la hubiese propuesto»], por lo que el juzgador a lo sumo podrá apreciar mala fe procesal en la renuncia del medio probatorio propuesto por la parte (art. 247 LEC), pero no podrá obligar a su ejecución, conforme a los anteriores principios y precepto aludido.

*Argumento:* la parte no proponente del medio probatorio pasa con esta actitud o acto procesal a ser proponente de los medios probatorios, a los solos efectos de impedir la consecución de una estrategia procesal de la parte contraria y controlar los medios de prueba para lograr la convicción del juzgador, este último, el juez, no puede obligar de oficio a la ejecución del medio probatorio porque no dispone de los cauces procesales adecuados para lograr la consecución de la búsqueda de la verdad material, ya que la excepcional diligencia final de oficio, art. 435.2 LEC [i. e., «excepcionalmente, el Tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados (...) siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos»], lo es si se desvela alguna fuente de prueba por medio probatorio distinto o no del propuesto por las partes, a consecuencia de los medios practicados en el acto del juicio, trasladando por tanto las fuentes y los medios de prueba a la disposición de las partes, de ahí lo anterior, en cuanto a apreciar en su caso mala fe procesal por la renuncia sobrevenida de un medio probatorio, si bien este juez no entiende esa mala fe procesal, abarcando ese proceder la estrategia procesal, sin perjuicio de la indemnización por los posibles daños y perjuicios que pudiera haber ocasionado a terceros.

*Conclusión:* si no existe impedimento para la adhesión a un medio probatorio propuesto por la parte contraria debe extenderse dicho acto dispositivo a todos aquellos medios probatorios propuestos por la contraria, con la excepción de los antedichos, a los efectos de configurar por ambas partes lo que será objeto de pronunciamiento y de convicción por el juzgador.

## II. ¿DE QUÉ FORMAS PUEDE LOGRARSE QUE DECLARE UN TESTIGO RESIDENTE EN EL EXTRANJERO EN UN PROCEDIMIENTO CIVIL ORDINARIO ESPAÑOL?

**Christian HERRERA PETRUS**  
*Profesor de Derecho Procesal en la Universitat Pompeu Fabra y en la Universitat Abat Oliba. Doctor en Derecho. Abogado*

Como consecuencia de la presencia cada vez mayor de un componente internacional en las relaciones personales, profesionales y comerciales, es relativamente frecuente —y lo será más en el futuro— que en un litigio civil planteado ante los Tribunales del Poder Judicial español exista la necesidad o conveniencia de obtener como medio de prueba la declaración testifical de una persona que tiene conocimiento directo sobre los hechos controvertidos objeto del procedimiento pero que reside en el extranjero.

Las vías posibles de que dispone el litigante para tratar de asegurar la práctica de ese medio de prueba en el acto de juicio o la aportación o incorporación de la declaración testifical a los autos son varias, como diversas son también las implicaciones procedimentales, los límites y los riesgos estratégicos que conlleva cada una de ellas:

### 1. Directamente ante el propio juez que tramita el procedimiento y en su Juzgado

En primer lugar, el primer camino a recorrer es la posibilidad de que la parte interesada en la práctica del medio de prueba localice al testigo que reside en el

extranjero y gestione privadamente su comparecencia ante el Juzgado, de modo que éste participe en el acto del juicio (o, excepcionalmente, en un momento posterior como diligencia final), con o sin el auxilio de un intérprete, según los casos. En este sentido, cabe descartar la citación por el Juzgado del testigo que reside en suelo extranjero a través del Servicio de Actos de Comunicación, cuyo ámbito operativo se limita al territorio español, ni pueden enviarse al extranjero los exhortos regulados en el art. 171 LEC, sin perjuicio de que quepa recurrir a los mecanismos de cooperación internacional en materia de prueba a que nos referimos *infra*. Vale recordar que la especificidad de la materia probatoria hace, en principio, inaplicables las normas sobre cooperación en materia de notificación (Reglamento 1393/2007, Tratado de La Haya de 1965 u otras normas —generalmente bilaterales— de Derecho internacional propias de este ámbito).

Esta primera solución supone la necesaria disponibilidad del propio declarante, a quien generalmente habrá que costear el desplazamiento y estancia en el territorio español. Este coste puede ser repercutido en las costas y gastos del procedimiento, en la hipótesis de vencer el pleito con imposición de costas a la adversa, por lo que constituye un elemento estratégicamente relevante. Sin embargo, el límite a esta solución privada está en la propia voluntad del tercero de colaborar con el procedimiento. Es claro que no puede obligársele a acudir a la sede del Tribunal en que se sigue el procedimiento.

En segundo lugar, también puede incorporarse la declaración del testigo a los autos de forma indirecta mediante otro medio de prueba; en concreto: la aportación de un documento en que se refleje el contenido del propio testimonio. Esta vía puede tener una menor eficacia probatoria al no permitir un examen del testigo con intermediación judicial, ni un control previo de imparcialidad, ni, en fin, la posibilidad de formulación de nuevas preguntas, pero en algunos supuestos no cabe descartar su utilidad o conveniencia, o simplemente puede que resulte la única opción viable (porque el testigo *a posteriori* haya fallecido, sea ilocalizable, está incapacitado, etc.). Tal es el caso, por ejemplo, de una sentencia dictada en otro Estado en la que se refleje con detalle cuál ha sido el contenido de la declaración del testigo; o de una declaración efectuada por el mismo ante un fedatario público extranjero.

## 2. A través de los mecanismos de cooperación jurisdiccional internacional

Más allá de los supuestos en que sea posible o estratégicamente interesante la participación directa del testigo en la propia vista (o, excepcionalmente, en un acto posterior como diligencia final) o la aportación de su declaración a los autos indirectamente por otros medios de prueba, la prueba testifical puede obtenerse mediante los sistemas de asistencia jurisdiccional internacional, que han de activarse mediante solicitud de la parte interesada en el acto de la audiencia previa. Nos referimos, claro, a los supuestos en los que el testigo no quiere o no puede desplazarse desde el extranjero a la sede del Tribunal español.

Cuando el testigo se halle en la Unión Europea, es de aplicación el Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil. A juzgar por los datos ofrecidos en los informes encargados recientemente por la Comisión Europea, esta norma, hoy más conocida y utilizada que hace unos años, ha tenido una acogida positiva entre los jueces de los Estados miembros. El sistema de cooperación diseñado por la misma descansa en la utilización de formularios que han de cumplimentarse y transmitirse directamente entre los jueces o sus oficinas judiciales en el idioma y por el medio previamente determinado por cada Estado (información que se halla en la página web de la Comisión). Aunque los plazos de cumplimiento de los solicitudes de cooperación son impropios, en el sentido de que en la legislación comunitaria no hay prevista sanción u otra consecuencia por su incumplimiento, lo cierto es que resultan razonables y, en todo caso, obligan a los jueces a acomodar los plazos procesales domésticos so pena de infringir el principio de supremacía y efecto directo del Derecho Comunitario (así, por ejemplo, el juez español debe esperar como mínimo los noventa días que confiere el art. 10 del Reglamento a su colega europeo para que envíe el resultado de la prueba testifical, sin quepa aplicar la preclusión).

El Reglamento 1206 prevé tanto la modalidad activa de asistencia jurisdiccional como la pasiva. La primera, que se regula con cierta profusión (arts. 10 a 16) y es propia de la tradición judicial continental, supone la solicitud por el juez *a quo*



—en España siempre a instancia del litigante interesado— al juez *ad quem*, por medio de formulario, para que este último practique la prueba testifical y envíe el resultado documentado —o incluso grabado— de vuelta al procedimiento principal. Se prevé la posibilidad de que se solicite al juez extranjero la aplicación del Derecho Procesal propio del Estado *a quo* (en este caso de los arts. 360 a 381 LEC sobre prueba testifical), lo que será interesante si se considera inapropiada alguna regla procesal prevista en la legislación procesal propia del juez requerido en materia de prueba testifical. También cabe solicitar el uso de tecnología como la videoconferencia o teleconferencia para salvaguardar en lo posible el principio de intermediación, de suerte que el juez *a quo* pueda seguir el desarrollo del acto en el extranjero. Y, en fin, con el mismo fin de conjurar las consecuencias de la falta de intermediación, es incluso teóricamente posible —aunque en la práctica ciertamente improbable— enviar representantes del Juzgado solicitante a la sede del Tribunal *ad quem* para que estén presentes y después puedan dar cuenta al juez del procedimiento principal del acto de declaración del testigo.

El Reglamento también recoge la modalidad pasiva o indirecta, propia de la tradición angloamericana, que, sin embargo, regula de forma mucho más escueta en el art. 17. Esta opción supone que, previa autorización del Estado en que se halla el testigo, el propio juez *a quo*, o alguien comisionado por éste, se desplace al territorio del Estado *ad quem* y por sí mismo practique allí la prueba testifical, siempre en las condiciones autorizadas por este último, entre las que suele incluirse la propia presencia de control de algún funcionario del Estado requerido y la imposibilidad de imponer sanciones al testigo renuente, cuya declaración ha de ser voluntaria. Cabe solicitar que el desplazamiento al territorio extranjero sea virtual y se efectúe de forma telemática, es decir, por medio de la videoconferencia o teleconferencia, lo que permite ahorrar costes al sistema judicial *a quo* y a los propios litigantes.

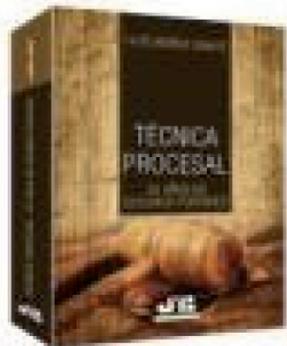
Resulta muy dudoso que la preferencia por una modalidad u otra por parte del litigante pueda vincular al juez español, cuya decisión sobre el tipo de práctica de prueba a solicitar —activa o pasiva, con o sin tecnología, etc.— descansa en razones de oportunidad y pragmatismo, limitadas únicamente por el deber de respetar la lectura maximizadora que sobre el derecho a la prueba efectúa el Tribunal Constitucional. Pero, en todo caso, la amplitud de opciones debe ser explorada por el abogado procesalista y la preferencia que se profese ha de ser debidamente argumentada al juez del procedimiento.

Cabe destacar, por último, que si el testigo no reside en territorio de la Unión Europea habrá que recurrir al Tratado de La Haya de 1970 vigente en esta materia —que ofrece soluciones parecidas, aunque de ejecución más lenta, y con escasa eficacia cuando la cooperación se pretende entre Estados del *common law* y del *civil law*—, o bien rastrear la posible aplicación de un convenio bilateral vigente entre España y el Estado tercero concernido. En último término, es posible acudir a los mecanismos clásicos de cooperación entre Estados en ausencia de norma expresa, que descansan en la costumbre internacional o, con mayor aplicabilidad en este ámbito, en el principio de reciprocidad, aunque estas últimas soluciones son poco atractivas por su gran lentitud y escasa eficacia práctica. ■



## rincón

### DELECTURA



### Técnica Procesal

Autor: MUÑOZ SABATÉ, LL.

Edita: J. M. Bosch, Barcelona, 2012, 598 páginas.

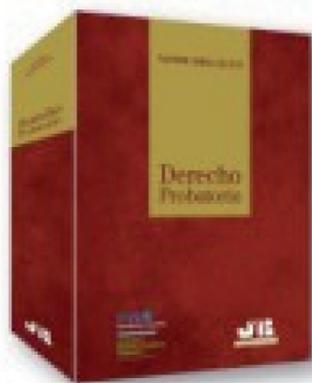
**E**sta obra recoge de forma sistemática los múltiples estudios que MUÑOZ SABATÉ ha ido publicando en los últimos 25 años (1987-2012). De esta forma se facilita el acceso al pensamiento de este gran jurista español en torno a cinco grandes ámbitos: Derecho Probatorio, probática, arbitraje, cuestiones diversas de Derecho Procesal y psicología jurídica. La finura y estilo directo de sus escritos nos conduce siempre al placentero acto de leerlos entusiastamente. Se trata de breves trabajos en los que con certero ánimo crítico analiza multitud de problemas procesales. ■

LA LEY 368/2012



## rincón

### DELECTURA



### Derecho Probatorio

Autor: ABEL LLUCH, X.

Edita: J. M. Bosch, Barcelona, 2012, 1.180 páginas.

**L**a presente obra tiene por objeto el estudio de la prueba, parte esencial de todo procedimiento, pues existe una relación esencial de causa-efecto entre prueba y sentencia, como revela el viejo apotegma *probare o soccombere*. Se estructura en dos partes diferenciadas. En una primera parte, titulada «Fundamentos y procedimiento probatorio», se abordan los grandes interrogantes del Derecho Probatorio, esto es: qué es la prueba, qué se prueba, quién prueba, cómo se prueba y cómo se valora la prueba. Junto a los temas dogmáticos más tradicionales —objeto, iniciativa de la actividad probatoria, carga de la prueba, presunciones y valoración de la prueba— se intenta dar una visión también completa de otros temas fundamentales, como el procedimiento probatorio —prestando particular atención a la prueba de oficio, las diligencias finales y al juicio de

admisión de los medios de prueba—.

En una segunda parte, titulada «Los medios de prueba en el proceso civil», se efectúa un estudio de cada uno de los medios de prueba —interrogatorio de las partes, interrogatorio de testigos, prueba pericial, prueba documental, prueba electrónica y reconocimiento judicial—, con una visión centrada en la práctica diaria de los Juzgados y Tribunales y en los problemas que ha suscitado, superada la primera década de vigencia, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En el análisis de cada uno de los medios de prueba se ha pretendido combinar la visión dogmática con la práctica forense, atendiendo tanto a la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, cuanto a la conocida como «jurisprudencia menor», pues múltiples cuestiones procedimentales, originadas por la publicación y aplicación de la precitada Ley 1/2000, de 7 de enero, están recibiendo una respuesta en esta instancia. ■

LA LEY 369/2012

# PLAN PARA LA FORMACIÓN CONTINUA DE LA ABOGACÍA



## ESTAR AL DÍA ES IMPRESCINDIBLE, ESTAR AL DÍA ES FÁCIL.

Por primera vez en España y para los próximos cuatro años, el CGAE con la colaboración de la editorial LA LEY, ponen en marcha un Plan de Formación Continua en materia jurídica, de organización y gestión del despacho y uso de herramientas y tecnologías.

Cursos de actualización presenciales y on line dirigidos a profesionales de la abogacía y personal administrativo, contable e informático de despachos, asesorías e instituciones.

Un Plan del:



Consejo General  
de la Abogacía Española

En colaboración con:



LA LEY  
grupo Wolters Kluwer



## rincón

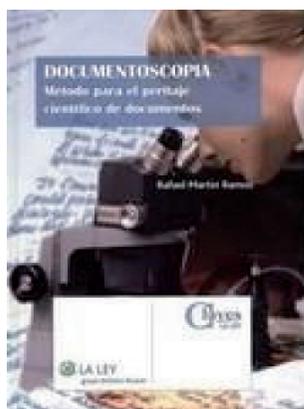
### DELECTURA

LA LEY 370/2012

## Documentoscopia. Método para el peritaje científico de documentos

Autor: MARTÍN RAMOS, R.

Edita: LA LEY, Madrid, 2012.



La obra citada trata sobre la «pericial caligráfica» o «cotejo de letras», denominaciones con las que aparecen en las leyes para referirse a los peritajes de documentos que a menudo nada tienen que ver con la escritura manual y sí con otros aspectos que originan dudas sobre su autenticidad. La Documentoscopia es una rama de la Criminalística aplicada a la investigación del documento moderno en sentido lato, es decir, no solo de los manuscritos, sino también de los papeles, impresiones mecánicas, sellos, etc. Es una obra actualizada concebida con un sentido generalista. Se encuentran tratados los medios materiales esenciales con que hoy día se confecciona un documento moderno, tales como la impresión láser, de chorro de tinta, telefaxes, fotocopias, impresión *offset*, bolígrafos de tinta gel, papeles reprográficos, autocopiativos o estucados, etc.; y en cuanto a los instrumentos de investigación, los elementos de microscopía, fotografía digital, el empleo del escáner o los programas informáticos. Se abordan asimismo aspectos sustanciales del peritaje: análisis microscópico de los trazos y las tintas de los diversos útiles de uso común; la escritura de zurdos; la recopilación de los síntomas de falsificación en manuscritos e impresiones mecánicas resumidos en tablas esquemáticas; los peritajes a través de fotocopias y de las fotocopias mismas, y el estudio de las tipografías y de las características de los modernos procesadores de textos. Los ejemplos provienen de la recopilación de casos reales realizados a lo largo de más de veinte años de ejercicio ante los Tribunales. La obra está planificada para un uso en tres niveles de conocimiento, con el doble fin de aprendizaje y consulta, dirigida a tres tipos de destinatarios: para la formación de nuevos técnicos en Documentoscopia, estudiantes de Derecho y Criminología, con un planteamiento exhaustivo de los contenidos, el estudiante tiene todos los elementos necesarios para iniciarse en la disciplina; para peritos en ejercicio, privados o pertenecientes a los Cuerpos de Seguridad, por las mismas razones, en el libro tienen nuevos aspectos para ampliar y revisar sus conocimientos, y para jueces, secretarios judiciales, fiscales y abogados, quienes intervienen en la Administración de Justicia pueden consultar fácilmente capítulos específicos sin necesidad de cubrir las etapas de otras áreas de conocimiento. Los profesionales del Derecho disponen de una herramienta esencial para entender esta clase de trabajo pericial; qué significan los términos que emplean los peritos; si los métodos aplicados son o no apropiados; si el desarrollo es exhaustivo o tiene carencias, o si los instrumentos empleados se ajustan o no a la praxis científica. En suma, todo lo que necesitan saber para enfrentarse con conocimiento cabal a un dictamen pericial sobre documentos. ■



## Biblioteca

LA LEY 372/2012

### Últimas publicaciones en materia de prueba

— FUERTES ROCAÑÍN, J. C., *Manual de psiquiatría forense*, Ed. Aran Ediciones, 2012, 232 páginas.— ANTÓN BARBERÁ, F., Y DE LUIS TUREGANO, J. V., *Policía científica*, Ed. Tirant lo Blanch, 2012, 1.714 páginas.

Se trata de la 5.ª edición de una obra que trata con extensión un buen número de cuestiones referidas a la actividad de la Policía Científica atendiendo al uso de las tecnologías y las recientes normas, en la investigación del delito.

— MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Ed. Civitas, 7.ª ed. 2012, 640 páginas.

Ésta es una obra ya clásica de la que se presenta la séptima edición actualizada con las novedades legislativas y jurisprudencia que se han producido desde la anterior edición. Este libro ofrece una visión completa de la prueba en el proceso civil, aunando profundidad, claridad expositiva y atención práctica respecto de los múltiples aspectos concretos. ■


**Wolters Kluwer**  
España

Este es el fruto de la **ALIANZA** entre dos grandes Editoriales,  
para proveerle a Usted con el **mayor fondo editorial jurídico**




Ahora con un **5% de descuento**

**AUTOR: Joaquín de la Serna Bosch**

Páginas: 522 • Encuadernación: Cartoné • ISBN: 978-84-9790-952-5




## LA SUBASTA JUDICIAL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

- Con acceso on-line a los formularios
- **2ª edición.** Obra adaptada al Real Decreto-Ley 8/2011 y a la Ley 37/2011

**ADQUIERA SU EJEMPLAR.** Servicio de Atención al Cliente 902 250 500

Consígalo también en Internet  
<http://tienda.laley.es>





## Eventos

LA LEY 5477/2012

### El Instituto de Probática y Derecho Probatorio de la Facultad de Derecho de ESADE participa en un congreso europeo sobre el futuro del perito judicial civil

*El Instituto de Probática y Derecho Probatorio de la Facultad de Derecho de ESADE participó en el congreso europeo que tuvo lugar el 16 y 17 de marzo de 2012 en Bruselas sobre el peritaje judicial civil en la Unión Europea, organizado por el Instituto Europeo del Peritaje y del Experto (IEEE – [www.experts-institute.eu](http://www.experts-institute.eu)), en colaboración con la Comisión Europea.*

A poyándose en un estudio preliminar sobre la situación de la prueba pericial judicial civil en los distintos países de Europa, a partir de las contestaciones que las Cortes Supremas de los diferentes Estados de la UE realizaron sobre esta cuestión, y teniendo también en cuenta las contribuciones del Sr. Bostjan Zupancic, magistrado de la Corte Europea de los Derechos Humanos, la Sra. Irmgard Griss, ex presidenta de la Corte Suprema de Austria, y del Sr. Daniel Chabanol, consejero de Estado honorario francés, se crearon las bases para elaborar un proyecto que fue enriquecido con las aportaciones de los asistentes al Congreso de Bruselas.

Durante los trabajos del coloquio, en el que intervinieron más de ciento setenta asistentes procedentes de dieciocho países europeos, se identificaron y consensuaron los criterios de convergencia en cuatro ejes principales relacionados con el peritaje:

- 1) Nombramiento del perito y definición de su misión.
- 2) Desarrollo de la prueba pericial y elaboración del dictamen.
- 3) Formación, competencias y evaluación de los peritos.
- 4) Estatuto y deontología de los peritos, ejercicio libre y responsabilidad.

Se llegó a un consenso sobre las condiciones para acudir al peritaje de justicia, el control del proceso pericial por parte del juez, el pleno respeto a la independencia del perito, las cualidades que de él se esperan y el respeto por parte de éste de unas normas de conducta, todo ello con la finalidad de disponer, en cada Estado, de un proceso de habilitación de expertos que permita crear, a nivel europeo, una base que agrupe al conjunto de las listas nacionales y que garantice tanto al justiciable como al juez que el perito ha cumplido con los requisitos exigidos.

Alain Nuée, magistrado en ejercicio y primer presidente del Tribunal de Apelación de Versalles, dio por cerrado el congreso, estableciendo las grandes líneas de lo que podría constituir una reglamentación europea del peritaje judicial que pueda ser utilizada en los litigios transfronterizos o en cualquier instancia judicial susceptible de tener repercusiones en varios países de la Unión Europea. También propuso la organización de una conferencia europea de consenso sobre el peritaje de justicia en un futuro no muy lejano. ■



Los representantes del Instituto de Probática y Derecho Probatorio en el Congreso fueron el Sr. Rafael Orellana y la Sra. Sara Pons Marty.

NUEVO

# NACE EL PORTAL DE REVISTAS

EL PRIMER QUIOSCO JURÍDICO EN LA RED



**LÍDERES EN OPINIÓN Y ANÁLISIS DOCTRINAL**  
Las más prestigiosas firmas del panorama jurídico, dirigen y componen los consejos de nuestras revistas garantizando la calidad y la excelencia de los más de 500 artículos que cada mes se incorporan al portal.

## ADEMÁS...

- ✓ Actualización permanente y sistema de búsqueda.
- ✓ Revistas semanales por correo electrónico.
- ✓ Contenidos nuevos e interrelacionados.
- ✓ Nuevos formatos compatibles con todo tipo de tabletas.
- ✓ Alertas personalizables por correo electrónico.
- ✓ Vídeos y encuentros digitales.
- ✓ Interacción con los contenidos con posibilidad de votar, opinar o sugerir.
- ✓ Reciba también su revista en papel.

ENTRE EN <http://revistas.wke.es> Y COMPRUÉBELO

tel.: 902 250 500



**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

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: Emérita Cerro Durán, Juan José García Lozano, Nieves García Cruz, Diana Gómez Fernández, Gloria Lalanda Marcos, Julián Maillo Arnaiz, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Rubén Ortiz, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Sergio Tiscar Medina, Ramón Zapata Julià  
PRODUCCIÓN GRÁFICA: Eva Arroyo Fraiz, M.ª Antonia Castedo Cotrina, Gloria Lozano Serradilla, Diana Moya Rodríguez, Silvia Mulet París, Laura Usera Maciás  
Impreso por Wolters Kluwer España, S.A.



© 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.: M-11197-2012