

diario

# LA LEY

Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio. Número 12

Año XXXIV • Número 8187 • Viernes, 8 de noviembre de 2013

[www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es)

WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. no se identifica necesariamente con las opiniones y criterios vertidos en los trabajos publicados.



**Práctica Forense**  
Reconstrucción de un accidente no laboral  
13



**Práctica Forense**  
Consejos muy prácticos para el perito citado a una vista oral  
15

**ESADE**  
Facultad de Derecho  
Universidad Ramon Llull  
INSTITUTO DE  
PROBÁTICA Y DERECHO  
PROBATORIO

## TRIBUNA

LA LEY 8236/2013

### La cadena de custodia en el proceso penal español

Manuel RICHARD GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho Procesal (UPNA). Investigador del Instituto de Probática y Derecho Probatorio (ESADE).

*El procedimiento de recogida, traslado y custodia de las evidencias adquiere un especial relieve en tanto que se debe garantizar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de la prueba pericial que se realice sobre las muestras e indicios obtenidos en la investigación criminal. La cadena de custodia es el nombre que recibe ese conjunto de actos que, en definitiva, garantizan la verosimilitud de la prueba y al que se dedica este trabajo que pretende ofrecer una explicación de que es, para que sirve y como es tratada esta institución en los tribunales de justicia.*

#### I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos ha adquirido cierta notoriedad el concepto de «cadena de custodia» entendida como el procedimiento

documentado de tratamiento de las evidencias desde su recogida hasta su análisis y utilización como prueba en el proceso penal. La importancia de la «cadena de custodia» es evidente al entroncarse directamente con el derecho a la prueba, a un

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  
Carlos de Miranda Vázquez  
Antoni Xavier Grau Novell

Juan Francisco Orellana de Castro  
Rafael Orellana de Castro  
David Pellisé Urquiza

Vicente Pérez Daudí  
Manuel Richard González  
Víctor Sanz Marín

## sumario

- **Tribuna**  
La cadena de custodia en el proceso penal español  
**M. RICHARD GONZÁLEZ** 1
- **Práctica Forense**  
Reconstrucción de un accidente no laboral en contradicción con la opinión de la inspección de trabajo  
**A. Xavier GRAU y V. SANZ** 13  
Consejos muy prácticos para el perito citado a una vista oral  
**J.F. ORELLANA y R. ORELLANA** 15
- **Dossier**  
Dossier de los Tribunales sobre probática  
**C. DE MIRANDA** 18  
Jurisprudencia sobre Derecho probatorio  
**X. ABEL LLUCH** 23
- **Preguntas con respuesta: la prueba a consulta**  
¿Qué prueba se requiere para cuantificar la indemnización por regalía hipotética?  
**D. PELLISÉ URQUIZA** 29  
¿Se puede alegar la infracción del derecho extranjero en el recurso de casación?  
**V. PÉREZ DAUDÍ** 30
- **Rincón de Lectura** 32
- **Eventos** 33

proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. Efectivamente, los derechos citados, que constituyen el fundamento del proceso penal, se basan en la existencia de una prueba válida que pueda ser objeto de valoración y constituir, en su caso, prueba de cargo. La importancia de esta cuestión no pasa desapercibida para las partes acusadas en el proceso penal que suelen hacer uso de la alegación de infracción de la «cadena de custodia» y no les falta razón a los impugnantes para denunciar infracciones en esta materia, puesto que el tratamiento de las evidencias en el proceso penal es en muchas ocasiones inadecuado y deficiente. De todos modos, antes de que nadie se ofenda, debemos reconocer que policía, fiscalía y jueces tienen «coartada» para justificar su proceder, en tanto que esta es una materia compleja a la que tradicionalmente se ha prestado poca atención, empezando por la regulación legal que es escasa y asistemática.

Efectivamente, nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal adolece de la falta de un tratamiento adecuado de las evidencias entendidas como aquellas muestras, cosas y/o objetos relacionados con la investigación criminal y con la prueba pericial de la que se servirán las partes en el juicio oral. El problema consiste en la falta de regulación, pero también en el desconocimiento de la normativa existente, cuando no en ocasiones de la simple desidia en el tratamiento de esta materia. Así se pone de manifiesto en los ejemplos analizados en el § 4 donde se muestran los defectos, omisiones e infracciones de las mínimas normas de cuidado que deben observarse con relación a las evidencias que, no se olvide, son las que finalmente constituirán la prueba que, en su caso, fundamentará una condena. En este sentido, no es infrecuente que los paquetes incautados que contienen sustancias estupefacientes, dinero o lo que fuere, se detallen o cuenten incorrectamente o que alguno desaparezca; o que se incauten, por ejemplo en varios vehículos o domicilios, distintas evidencias sin especificar a quien concretamente se incautan y las concretas circunstancias que concurren en la recogida de la evidencia; paquetes y bolsas no selladas o que «transitan» y/o «se depositan» en lugares no especificados en la documentación obrante en la causa. En fin, la casuística es variada y muestra una cierta desatención a la «cadena de custodia» de las evidencias obtenidas durante la investigación criminal.

Las razones que abonan este proceder son diversas. En primer lugar, la insuficiencia legal. Ya no es sólo que esta cuestión no se regule expresa y adecuadamente, sino que además las normas existentes son confusas al igual que lo son las normas sobre la competencia para la investigación criminal que la LECrim. atribuye al mismo tiempo a los

jueces de instrucción, a la fiscalía y a la policía judicial. Es evidente que una regulación legal precisa de la cadena de custodia debe conducir a un adecuado tratamiento de las evidencias, a lo cual deben también contribuir los tribunales de justicia que deben exigir el riguroso cumplimiento de estas normas (Véase el § 3 sobre la regulación legal de la «cadena de custodia»). La segunda razón, se enlaza con la anterior en tanto que una regulación precisa obligaría a todos los intervinientes a actuar de una manera determinada y conforme a la Ley. En tanto que eso no sucede lo cierto es que en muchas ocasiones no se atiende adecuadamente a la correcta gestión de las evidencias a fin de que puedan ser valoradas como prueba. La policía porque tiende a considerar, de un modo inconsciente, que su trabajo principal finaliza cuando se detiene al sospechoso y se incautan las evidencias poniéndolas a disposición judicial. Es a partir de ese momento cuando la deficiencia de la regulación legal se pone más de manifiesto al no regular la ley con precisión quien y como se recogen las evidencias, como se transportan y custodian y, finalmente, quien está autorizado a analizar los objetos, cosas o rastros. En este punto hay que convenir que la tan manida expresión: «disposición judicial» no significa nada más que las evidencias lo son de una causa penal que instruye un Juez que puede disponer de ellas a los efectos de sus funciones de investigación, al igual que pueden también disponer las partes de las evidencias a efectos probatorios. En definitiva las evidencias se hallan a disposición judicial a efectos de servir de prueba de las alegaciones de las partes. Ahora bien, ese poder lo es de disposición no de destrucción o eliminación, puesto que las evidencias recogidas en una investigación criminal en tanto que estén sometidas a un proceso jurisdiccional en cualquier fase de tramitación, sea en primera instancia o en vía de recurso, sirven a los fines de la Administración de Justicia y, por tanto, deberían conservarse hasta que la sentencia adquiera firmeza. Más aún, el cuerpo del delito y las piezas de convicción deberían poder conservarse, como norma general, durante el período de prescripción del delito a fin de poder ser utilizados en una eventual revisión de la sentencia. Sin embargo, en los últimos tiempos estamos asistiendo atónitos, al menos un servidor, a decisiones insólitas adoptadas por Jueces de Instrucción resolviendo la destrucción de evidencias en sentencias dictadas en primera instancia o incluso en estados tempranos de la investigación criminal. Este es el supuesto del tristemente conocido caso de la niña de origen chino fallecida la madrugada del 20 al 21 de septiembre de 2013 en Galicia. En ese caso, el Juez de instrucción autorizó la cremación del cadáver el día 23 del mismo mes a pesar que desde el momento inicial parecía claro que se trataba de una muerte no accidental en la que parecen estar implicadas diversas perso-

nas. En ese caso, por mucho que se reserven muestras del cadáver, resulta absolutamente impropio que el juez decida la destrucción de, no se olvide, el cuerpo del delito, en tanto que siempre puede darse lugar a nuevos exámenes que ya en este momento son imposibles. La razón del proceder del Juez en este y en otros casos similares no puede ser otra que la de consolar a la familia. Pero este es un criterio que debe ceder ante el primordial de persecución del delito en beneficio de toda la sociedad y, especialmente, de las víctimas. Paradójicamente, en el caso citado se ha imputado a los padres de la víctima y, en cualquier caso los responsables de la muerte deben estar plenamente satisfechos con la cremación del cadáver.

***La cadena de custodia constituye un sistema formal de garantía que tiene por finalidad dejar constancia de todas las actividades llevadas a cabo por cada una de las personas que se ponen en contacto con las evidencias***

La destrucción de las evidencias es una decisión que adoptan nuestros jueces en el proceso penal que parecen considerar que tienen una suerte de poder discrecional absoluto sobre las evidencias. Sólo así se puede entender que, por ejemplo, la Juez que conoció del caso Puerto en su sentencia de finales de abril de 2013 acuerde: «... el comiso y posterior destrucción, de las bolsas de sangre, plasma y concentrados de hematias y de su contenido aprehendidas en las entradas y registros realizados en los domicilios de .../... sin que haya lugar a la entrega de muestras solicitada por parte de las representaciones de Real Federación Española de Ciclismo (RFEC), Asociación Mundial Antidopaje (AMA), Unión Ciclista Internacional (UCI) y Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI)». Esta decisión resulta también insólita en tanto que resulta claro que la posibilidad de utilizar una evidencia como prueba en el proceso penal está sometida a especiales y lógicos requisitos excepcionales, sin que ello permita excluir que las evidencias puedan ser utilizadas en el marco de otras investigaciones o procedimientos administrativos regidos por sus propias normas. Otro supuesto muy llamativo de destrucción de las evidencias es el referido a los atentados del 11-M en Madrid. En este caso, los restos de los trenes objetivo del atentado del 11 de marzo comenzaron a ser desguazados por ordenes

de la policía el 15 de marzo (han leído bien), aunque otras fuentes hablan incluso que el desguace se inició entre el 13 y 14 de marzo. Sobre esa acción he llegado a leer que no existía ningún problema en desguazar los trenes puesto que, en realidad, no eran pruebas, sino una chatarra que constituyó en su día la escena del crimen. El Tribunal Supremo se pronunció sobre la cuestión calificando de sorprendente y apresurada la destrucción de los vagones en los que tuvo lugar la masacre lo que impidió: «... un estudio posterior más reposado y en profundidad, e incluso su reiteración de haber sido necesaria, de aspectos que pudieran haber resultado de interés para la investigación», sin que se produjeran mayores consecuencias. En realidad el tema de la destrucción de los trenes es más complejo que lo expuesto y probablemente sea merecedor de un estudio en profundidad, en cualquier caso, creo que sobran las palabras ante tamaña chapuza que únicamente puede suceder porque la Ley no regula clara y exactamente las competencias en orden a la recogida y custodia de las evidencias que, sin perjuicio de estar a disposición judicial, deben ser custodiadas y, aún, protegidas por la Administración de Justicia. De otro modo puede suceder que, como último ejemplo, los huesos de los niños desaparecidos de Córdoba pudieran haber sido destruidos por decisión de una responsable de la policía científica que, equivocadamente, había dictaminado que los huesos eran de animales. La continuación de la historia es por todos bien conocida en tanto que análisis posteriores permitieron dictaminar, como fue valorado por la sentencia de este caso (Véase SAP Córdoba, Secc. 3.ª, de 22 de julio de 2013), que los huesos pertenecían a dos niños de las edades de los desaparecidos. A este caso dedique un anterior trabajo en el que, más allá del lamentable error de la policía científica que realizó el primer análisis de los huesos hallados en la hoguera sita en el lugar del crimen escenario, se ponía ya de manifiesto la importancia de todo el procedimiento de recogida y custodia de las evidencias y la necesidad de regular convenientemente esta materia (1).

De lo expuesto se deduce la necesidad de tratar adecuada y legalmente esta materia que se relaciona, directamente, con la investigación penal que en la actualidad se atribuye a múltiples Cuerpos policiales (policía nacional, Guardia Civil, Policías locales, Policías autonómicas y Servicio de vigilancia aduanera), que se hallan sometidos a un teórico control judicial que en realidad no es tal, puesto que el tránsito de las evidencias por la instrucción penal suele ser en gran medida ajeno al conocimiento del Juez de instrucción que no puede garantizar el control necesario de las evidencias y con ello la autenticidad de la prueba. Es por ello que, desde mi punto de vista, la garantía de la indemnidad de la prueba corresponde a la Administración de

justicia que es la que debe velar por su custodia y mantenimiento estableciendo a ese fin las normas, los procedimientos y los lugares donde deben ser custodiadas las evidencias a fin de que puedan estar a disposición del Juez y también de todas las partes del proceso penal.

## II. ¿QUÉ ES Y QUÉ GARANTIZA LA CADENA DE CUSTODIA?

La cadena de custodia es el nombre que recibe el conjunto de actos que tienen por objeto la recogida, el traslado y la custodia de las evidencias obtenidas en el curso de una investigación criminal que tienen por finalidad garantizar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de la prueba. No es absolutamente necesario que los actos de la cadena de custodia se documenten por escrito pudiendo darse cuenta de la realización de las citadas actividades mediante testimonio de las personas que actuaron. Ahora bien, no cabe duda de la importancia de seguir protocolos de constancia, documentando todas las actividades relacionadas con el manejo de evidencias y, en definitiva, con la cadena de custodia. Lo que se pretende con ello es garantizar la trazabilidad de las evidencias o, como señala, FERNÁNDEZ ENTRALGO el tracto sucesivo: «Una correcta cadena de custodia ha de basarse en los principios de aseguramiento del tracto sucesivo del objeto custodiado desde su aprehensión hasta que se disponga su destino definitivo». SAP Huelva, Sección 1.ª, de 25 de junio de 2007, Ponente: Fernández Entralgo, Jesús, núm. 13/2007 (LA LEY 212269/2007). De otro modo la prueba, como se expone a continuación, podrá ser declarada inválida a efectos de fundar una sentencia de condena.

Sobre que sea la cadena de custodia se ha pronunciado en diversas ocasiones el Tribunal Supremo con determinadas expresiones forzadas que chirrían a los oídos de una persona mínimamente sensible. Así se ha dicho que: «es a través de la corrección de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la "mismidad" de la prueba». O también la frase complementaria según la cual: «la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que tiñe de valor jurídico». Véase, en este sentido, la STS 20 de julio de 2011, núm. 776/2011 (LA LEY 119792/2011) en la que TS declara que: «El problema que plantea la cadena de custodia, hemos dicho en STS 6/2010 de 27.1 "es garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediatez, publicidad y contradicción de las partes y el juicio de los juzgadores es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la 'mismidad' de la prueba. Se ha

dicho por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que tiñe de valor jurídico con el fin de, en su caso, identificar el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de que lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde el momento en que se interviene hasta el momento final que se estudia y analiza y, en su caso, se destruye". En cualquier caso, más allá de las diferencias de estilo en la definición existe un cierto consenso sobre el modo en el que la cadena de custodia se relaciona con la investigación y la prueba en el proceso penal. En este sentido podemos señalar como características de la cadena de custodia las siguientes:

1.º La cadena de custodia constituye un sistema formal de garantía que tiene por finalidad dejar constancia de todas las actividades llevadas a cabo por todas y cada una de las personas que se ponen en contacto con las evidencias. De ese modo la cadena de custodia sirve como garantía de la autenticidad e indemnidad de la prueba. La infracción de la cadena de custodia afecta a lo que se denomina la «verosimilitud de la prueba pericial» y, en consecuencia, a su legitimidad y validez para servir de prueba de cargo en el proceso penal.

2.º La cadena de custodia constituye una garantía de que las evidencias que se analizan y cuyos resultados se contienen en el dictamen pericial son las mismas que se recogieron durante la investigación criminal, de modo que no existan dudas sobre el objeto de la prueba pericial (2). A este respecto resulta evidente la relación entre la cadena de custodia y la prueba pericial, por cuanto la validez de los resultados de la pericia dependen de la garantía sobre la procedencia y contenido de lo que es objeto de análisis. Es por ello que en una situación ideal sería el propio perito que realizará el análisis el que procediese a la recogida de las muestras y evidencias, ya que el análisis pericial puede quedar determinado, en gran medida, por el modo como se obtiene y se conserva la muestra a analizar. Ahora bien, esta es una dinámica de trabajo difícil de establecer de modo general y tal vez poco operativa, de modo que bastará con que los técnicos forenses, sean policías o no, actúen conforme con los criterios legales y/o reglamentarios establecidos. A ese fin sirve, precisamente, la Orden JUS de 2010, a la que me refiero en el apartado siguiente, que establece los protocolos sobre recogidas de muestras y rastros y su envío al laboratorio. Lo importante, en definitiva es que en todo informe pericial se contenga la información precisa de los actos de recogida, aprehensión y la cadena de custodia seguida con relación las evidencias o muestras objeto de análisis. En caso contrario se podrá poner en duda el

resultado con base en la falta de verosimilitud de la prueba.

3.º La cadena de custodia se refiere y está asociada a la prueba como actividad y también como resultado. Efectivamente, la cadena de custodia determina la validez de la prueba e, indirectamente, de su resultado por cuanto la infracción de sus normas puede determinar que se «aparte» o «expulse» del procedimiento penal la evidencia y/o el resultado que se contuviere en el informe pericial. No puede haber un juicio justo sin una actividad probatoria válida y de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia. Siendo así, la relación directa de la evidencia con los hechos objeto de enjuiciamiento y su verosimilitud respecto de la prueba pericial son requisitos para su validez. A ese fin es necesario que se garantice que las evidencias que sirven de prueba estén relacionadas con los hechos y que no hayan podido ser alteradas o modificadas desde su recogida hasta su aportación como prueba al juicio oral. En consecuencia, la cadena de custodia garantiza la verosimilitud de la prueba y por tanto se constituye en requisito necesario del proceso penal, sin el cual no puede hablarse de un juicio justo y con todas las garantías. En este sentido se pronuncia con acierto la SAP Las Palmas, Sección BIS, de 29 de julio de 2009, núm. 52/2009 (LA LEY 318411/2009) que declara que: «... la vinculación de la cadena de custodia a la verosimilitud de la prueba, determina la vinculación de la actividad probatoria del proceso penal con los grandes principios que lo inspiran, de manera que sin verosimilitud de la prueba no puede hablarse siquiera formalmente de juicio justo o "proceso con todas las garantías" como declaró la STC de 29 de septiembre de 2003, antes citada, que otorgó el amparo precisamente por "rotura de la cadena de custodia" en cuanto, como también dijo la STC de 24 de octubre de 2005, "ante una rotura de la 'cadena de custodia' de una prueba resulta prácticamente imposible defenderse en el caso de que los Tribunales estén dispuestos a validarla y sirva como prueba de cargo"».

4.º La cadena de custodia puede acreditarse documental o mediante testimonio. Efectivamente, nada impide que la cadena de custodia se acredite mediante el testimonio de las personas que recogieron, custodiaron y/o conservaron las evidencias. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que el atestado policial donde se suelen contener los actos de la cadena de custodia tienen la consideración de denuncia por lo que suele ser necesario traer al plenario a los policías que actuaron en los actos de la cadena de custodia. De modo que para la plena convalidación de los actos de cadena de custodia será necesaria la declaración en el juicio oral de los agentes que la efectuaron, siempre que alguna de las partes alegue infracción y solicite su presencia. En

caso de que la cadena de custodia esté debidamente documentada y no exista ninguna clase de impugnación la jurisprudencia viene considerando que no se producirá ninguna clase de irregularidad pudiendo valorarse la prueba conforme resulta del informe pericial. En cualquier caso, la naturaleza de garantía formal de la cadena de custodia, como en definitiva de muchos actos del proceso penal, debería determinar que el testimonio de los funcionarios que actuaron en el asunto no pudiera suplir la carencia absoluta de documentación que acredite los actos de custodia sobre las evidencias obtenidas en la investigación criminal.

5.º Finalmente, cabe señalar que no afectan a la cadena de custodia los problemas que se puedan plantear con relación a evidencias que puedan haber quedado en la escena o lugar del delito tras una primera inspección de la policía. Este es un supuesto que puede darse y que no se relaciona directamente con la cadena de custodia, sino con la acreditación de la autoría mediante la prueba de la relación entre los hechos delictivos y los acusados. De un caso de esta índole conoce la SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 5.ª, de 30 de marzo de 2012, núm. 147/2012 (LA LEY 143884/2012), en el que se incautaron unas determinadas sustancias estupefacientes en un vehículo de alquiler, tras lo cual se entrega seis días después a su legítimo propietario. Un día después la policía vuelve a registrar el vehículo, ya en manos de la empresa propietaria, y halla otras cantidades de droga. Pues bien en este supuesto no se plantea una infracción de la cadena de custodia que todavía no se había iniciado, sino el problema de si pueden atribuirse a los acusados las nuevas sustancias prohibidas halladas siete días después del primer registro y detención de los acusados cuando el vehículo no estaba bajo custodia de la policía; teniendo en cuenta que otras personas podrían haber accedido al vehículo desde que fue entregado a su propietario. La decisión que toma la AP Tenerife es considerar que debe prevalecer la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*.

6.º Finalmente, también debe distinguirse la cadena de custodia de determinadas actividades de investigación o documentación que puedan practicarse sobre los efectos intervenidos y que suelen incluirse junto con los actos de la cadena de custodia. Este es el supuesto, por ejemplo, del pesaje, aplicación de reactivos o destrucción de las de sustancias aprehendidas, la grabación de videos, toma de fotografías. Estos actos suelen aportar mayor información y detalle sobre lo incautado, pero no se corresponden estrictamente con los actos necesarios de garantía de la cadena de custodia. Por esta razón, las diferencias de descripción de los efectos, de la indicación de su naturaleza o del peso de

lo incautado no implican necesariamente una ruptura o irregularidad en la cadena de custodia. Véase sobre esta cuestión la SAP Huelva, Secc. 1.ª, de 25 de junio de 2007, Ponente: Fernández Entralgo, Jesús, núm. 13/2007 (LA LEY 212269/2007).

### III. REGULACIÓN LEGAL Y PROPUESTAS DE REGULACIÓN DE LA RECOGIDA, CUSTODIA Y ANÁLISIS DE EVIDENCIAS

El procedimiento de recogida, custodia y análisis de evidencias está sometido a las normas sobre investigación criminal que en nuestra LECrim. se regulan de un modo impreciso y deficiente debido a las múltiples modificaciones de la Ley, que han conducido a un sistema en el que se entremezclan las competencias del Juez y de la Policía de un modo difícil de entender y mucho más de gestionar en el día a día de la investigación criminal. Como es sabido, la LECrim. de 1882 acoge un sistema de investigación criminal en el que, en principio, se otorga al Juez de instrucción el papel principal, no sólo como «director» de la investigación, sino también como interviniente directo de todas las diligencias de investigación previstas en la Ley incluida la recogida de las muestras y evidencias relacionadas con el delito. Así se prevé en los arts. 326 y ss. LECrim. en los que la Ley señala expresamente que: « Cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez Instructor o el que haga sus veces los recogerá y conservará para el juicio oral ...» (art. 326 LECrim.); o el art. 334 LECrim. que dice que: «El Juez instructor ordenará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió...». Sin embargo, y sin perjuicio de que el Juez pueda personarse en el lugar del delito y realizar alguna de las funciones descritas, la función de recoger los objetos de cualquier clase relacionados con el delito se atribuye, con carácter general, a la policía. Así está previsto en los arts. 282 y 292 LECrim. y especialmente en las normas del procedimiento abreviado y de enjuiciamiento rápido en las que se prevé que la policía judicial acudirá inmediatamente al lugar de los hechos y realizará las siguientes diligencias: « Recogerá y custodiará en todo caso los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, para ponerlos a disposición de la autoridad judicial» (art. 770.3 LECrim.) y « Remitirá al Instituto de Toxicología, al Instituto de Medicina Legal o al laboratorio correspondiente las sustancias aprehendidas cuyo análisis resulte pertinente» (art. 796.1.6 LECrim.) (3). Las normas citadas del procedimiento abreviado y de enjuiciamiento rápido regulan la cuestión de un modo más adecuado

previando que el Juez de instrucción instruya el procedimiento y «dirija» la investigación y que la policía sea, ordinariamente, la que sobre el terreno recoja los objetos, vestigios y las muestras que pudieran servir para la investigación de los hechos. En su virtud es la policía la que personada en el lugar del delito recoge, custodia y remite a los laboratorios oficiales las evidencias con la finalidad de su análisis pericial y su utilización como prueba que pueda fundar una sentencia condenatoria. Determinada la competencia para la recogida de evidencias el problema se halla en la ausencia en la LECrim. de normas suficientes que determinen con precisión como se actúa. Es decir como se procede en la recogida, custodia y remisión de las muestras e indicios de modo que quede garantizada su integridad y la validez de la prueba pericial que se realice. A ese fin se refieren insuficientemente algunos preceptos de la LECrim., entre otros los arts. 13, 326, 330, 334, etc., y especialmente el art. 338 LECrim. que dispone que: «... los instrumentos, armas y efectos a que se refiere el art. 334 se recogerán de tal forma que se garantice su integridad y el Juez acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito».

Más precisas son otras normas reglamentarias que regulan, parcialmente, esta cuestión, pero que carecen del rango y la sistemática adecuada para servir correctamente a la regulación de una materia de indudable importancia por su relación con el derecho a un juicio justo que puede quedar vulnerado cuando las pruebas no sean válidas por la rotura de la cadena de custodia. Resulta evidente, por tanto, la necesidad de regular con precisión la documentación de todos los actos de recogida, custodia y remisión de las evidencias de forma que queden registradas todas las circunstancias relativas a las cosas, objetos o muestras recogidos con relación a una investigación criminal (4).

Entre las normas que regulan esta materia cabe citar las siguientes: En primer lugar, la Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Se trata de una regulación moderna y útil, redactada como un conjunto de normas o reglas que debe observar la policía para tomar y enviar muestras aptas para su análisis por parte del Instituto Nacional de toxicología y ciencias forenses. En la norma se hace referencia a la cadena de custodia, pero únicamente como una de las informaciones que debe contener el formulario de solicitud de análisis o estudios de muestras [art. 3.3 f)]. Información que se limita a un pequeño cuadrado en el que se debe hacer constar: nombre u organismo, fecha y hora, actividad de custodia sobre las muestras (*sic*) y firma. Se trata de una información insufi-



ciente para garantizar debidamente la trazabilidad de las evidencias. Véase que, por ejemplo, la derogada OM de 8 de noviembre de 1996 regulaba con mayor precisión la cadena de custodia haciendo referencia a la constancia de: —La toma de muestras se ha practicado en el día de // — Las muestras han sido envasadas y etiquetadas por: ..... — Tipo y/o número de precinto .....— Fecha de remisión de muestras al laboratorio // — Condiciones de almacenaje hasta su envío ..... (rellenar si procede) — Transporte efectuado por: ..... Firmado por: ..... .

En segundo lugar, cabe señalar el Acuerdo marco de colaboración entre el CGPJ, la Fiscalía general del estado, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, el Ministerio del Interior, y la agencia española de medicamentos y productos sanitarios, de 3 de octubre de 2012 que establece el protocolo a seguir en la aprehensión, análisis, custodia y destrucción de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. La finalidad de este acuerdo, recogida en el apartado II de la Exposición de Motivos, consiste en limitar el período de tiempo durante el cual las sustancias estupefacientes son almacenadas a disposición judicial, con la finalidad de evitar riesgos para la salud y la seguridad ciudadana, especialmente los derivados de la custodia y el almacenamiento de las drogas. A ese respecto, cabe recordar el peligro de sustracción que pende sobre las drogas almacenadas que obliga a emplear un gran número de recursos para su vigilancia. Por otra parte, la custodia de gran cantidad de drogas impide su debida conservación produciendo, en muchos casos, la degradación de los principios activos de las sustancias intervenidas y su inutilidad para posteriores análisis. Los problemas apuntados determinaron la redacción de los arts. 367 ter 1 LECrim. y 374.1.1.ª CP que establecen la posibilidad de decretar la: «... destrucción (de drogas) conservando muestras suficientes de

dichas sustancias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones». Sin embargo, la destrucción de las drogas se ha visto condicionada por la falta de coordinación de las distintas administraciones implicadas en el procedimiento de destrucción, cuestión que es a la que atiende el Acuerdo que prevé la actuación coordinada de todas las Administraciones firmantes. Ahora bien, resulta patente el conocimiento por parte de los firmantes de la necesidad de ir más allá de la firma de un Acuerdo para la destrucción de drogas, lo que se manifiesta en la propia regulación del Protocolo que en su primer apartado establece que: «El presente protocolo tiene por objeto abordar la problemática relativa a la documentación, toma de muestras, *cadena de custodia y conservación* o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas que son incautadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.../... en el seno de un proceso penal, con la finalidad de: Garantizar las condiciones de ocupación y conservación de aquellas fuentes de prueba que resulten necesarias para el enjuiciamiento de los hechos delictivos; y Velar porque la sustancia incautada, de carácter ilícito y peligrosa para la salud pública, no vuelva a reintroducirse en los canales de distribución y consumo, excluyendo que las condiciones de su conservación originen un peligro para la propia salud pública o incluso un riesgo de comisión de nuevos delitos». Como se ve el alcance del Protocolo va más allá de regular la destrucción de las sustancias al tratar cuestiones como la cadena de custodia que se regula en el apartado 4.º en el que se dispone la documentación de cada acto que se lleve a cabo sobre las sustancias haciendo constar expresamente los siguientes datos: «a) La persona y el lugar en el que se localizó las sustancias y muestras y la documentación del hallazgo. b) Relación de autoridades responsables de la custodia y de los lugares en que ha estado depositada la droga con indicación del tiempo que ha permanecido en

cada uno de ellos, de forma que se garantice la trazabilidad de todo el proceso de custodia. c) El motivo por el que la fuente de prueba ha sido enviada a otro lugar o ha pasado a manos de otras personas. d) Las personas que han accedido a las fuentes de prueba, detallando en su caso las técnicas científicas aplicadas y el estado inicial y final de las muestras». Estas normas se han de poner en relación con el art. 13 Orden JUS 1291/2010, citada anteriormente, que regula el modo en el que se han de remitir al laboratorio las sustancias estupefacientes. A saber: «En caso de alijos superiores a 2,5 kilos se enviarán las muestras resultantes de un muestreo. En los casos de alijos inferiores a 2,5 kilos se enviarán todas las muestras disponibles, preferentemente en su envase original, con la menor manipulación posible». En cuanto al muestreo la Orden JUS se remite a su vez a lo previsto en la Recomendación del Consejo de Europa a la que me refiero a continuación.

En tercer lugar, la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 30 de marzo de 2004 sobre directrices para la toma de muestras de drogas incautadas (2004/C 86/04), establece los actos que deberán realizarse para la toma de muestras de las drogas objeto de incautación que son las siguientes: «1. Un informe detallado de la incautación: descripción, numeración, ponderación, embalaje, origen, características externas, apariencia, fotos, etc., de las muestras. 2. Una técnica de muestreo basada en los métodos hipergeométrico o bayesiano, con un nivel de confianza del 95% y una proporcionalidad del 50% (como mínimo la mitad de los productos), o en el método recomendado por las Naciones Unidas». Finalmente, se refieren a esta materia, los arts. 4 y 31 Ley 17/1967, de 8 de abril, de estupefacientes; el Convenio único de 1961 sobre sustancias estupefacien-

tes y el Convenio de 1971 sobre sustancias sicotrópicas

Las normas citadas son insuficientes en tanto que regulan parcialmente la materia. La Orden JUS de 2010 únicamente regula el modo de recoger y conservar las muestras para la remisión al laboratorio, mientras que el Acuerdo Marco Interministerial de 2012 y la Recomendación del Consejo de Europa se refieren específicamente a las sustancias estupefacientes. Por otra parte, las citadas no son normas legales, sino a la sumo reglamentarias. Entre las citadas normas destaca el Acuerdo Marco de 2012 que, curiosamente, contiene la regulación más detallada de los extremos que deben constar expresamente para la documentación de la cadena de custodia. Estos son los siguientes: 1.º Las personas y lugares de recogida y depósito de las evidencias con expresión del tiempo del acto incluyendo el de duración del depósito. 2.º El motivo del acto, es decir el porque la evidencia ha sido enviada a otro lugar o ha pasado a manos de otras personas. 3.º Las personas que han accedido a la evidencia detallando en su caso las técnicas científicas aplicadas y el estado inicial y final de las muestras. Los mencionados datos y circunstancias son suficientes para regular adecuadamente esta materia el problema se halla en el lugar en el que se contienen un Acuerdo de colaboración entre administraciones y su limitación a una evidencia concreta como son las sustancias estupefacientes.

En definitiva, no cabe duda de la necesidad de regular la cadena de custodia en la LECrim. al tratarse de una materia esencial para la validez de la prueba. Esa regulación debería contemplar la actividad de recogida, conservación, catalogación, depósito y custodia de evidencias. Ello sin perjuicio de referirse

para un mayor detalle a otras normas reglamentarias. A ese fin pueden servir como base las normas contenidas en el Acuerdo Marco de 2012. De ese modo se logrará el debido conocimiento y aplicación de unas normas de cuya observancia depende la validez de la prueba en el proceso penal. Ninguna noticia tengo al respecto de las intenciones del legislador a este respecto, pero sí que podemos analizar el contenido de los dos borradores presentados con fecha de 2011 y 2013 de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a esta materia. Curiosamente existe un tratamiento dispar, por cuanto en el texto de 2013 se regulan esta, y otras varias cuestiones, de un modo deficiente. Mientras que, sin embargo, el anteproyecto de LECrim. de 2011 atendía específicamente a la cuestión de la cadena de custodia de un modo destacado y considero que, en esencia, acertado.

Efectivamente, en el Borrador de LECrim. de 2011 se dedicaba un apartado especial a la cadena de custodia. Concretamente un capítulo que contenía los arts. 357 a 360 en los que se regulaba: — Las garantías de las fuentes de prueba (art. 357); — La cadena de custodia cuyas características quedaban perfectamente reguladas en el art. 358.1 y 2: «1. La cadena de custodia se inicia en el lugar y momento en que se obtiene o encuentra la fuente de prueba. 2. Corresponde a todos cuantos tengan relación con la fuente de prueba, sean funcionarios públicos o particulares, la obligación de constituir, aplicar y mantener la cadena de custodia, garantizando la inalterabilidad de la fuente de prueba». En los arts. 358.3 y 359 se regulaban también el procedimiento básico de gestión de muestras remitiendo en aquello no regulado a futuras normas reglamentarias. Así, en el art. 359.2 se preveían los actos esenciales de la cadena de custodia, que debían documentar: «cada una de las personas o instituciones que hayan intervenido en la gestión y custodia de la muestra» (art. 359.3): «2. En todo caso se dejará constancia de los siguientes particulares: a) La persona y el lugar en el que se localizó la muestra y la documentación del hallazgo. b) Todas las personas que la hayan tenido a su cargo y los lugares en los que haya estado c) El tiempo que haya estado en poder de cada persona o depositada en un determinado lugar. d) El motivo por el que la fuente de prueba ha sido enviada a otro lugar o ha pasado a manos de otras personas. e) Las personas que han accedido a las fuentes de prueba, detallando en su caso las técnicas científicas aplicadas y el estado inicial y final de las muestras». Se trataba de una regulación que es prácticamente idéntica a la contenida en el Acuerdo Marco de 2012, pero que, naturalmente, adquiere otro relieve a contenerse en una norma legal. Estas normas se complementaban en el art. 360 que preveía los efectos de la cadena de custodia y el procedimiento para su impugnación por



las partes: «1. El cumplimiento de los procedimientos de gestión y custodia determinará la autenticidad de la fuente de prueba llevada al juicio oral y, en su caso, justificará sus alteraciones o modificaciones. 2. El quebrantamiento de la cadena de custodia será valorado por el tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba. 3. La cadena de custodia podrá ser impugnada en el trámite de admisión de la prueba alegando el incumplimiento de los procedimientos de gestión y custodia de las muestras». En definitiva, una regulación moderna y plenamente adecuada a los fines exigidos en un sistema procesal penal en el que las normas sobre prueba tienen una importancia esencial para la garantía de un juicio justo.

La sorpresa aparece cuando se analiza el Borrador de LECrim. de 2013 y se advierte que no se contiene ninguna regulación expresa y concreta en esta materia. En su lugar se hallan referencias puntuales en distintos artículos. Así, en los arts. 79 y 287 con relación a las funciones de la policía judicial: «... la Policía Judicial, de oficio o en ejecución de las instrucciones generales o particulares que le hubieran sido transmitidas por el Fiscal, adoptará las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad»; el art. 342 con relación a las funciones del Secretario Judicial en los registros; y finalmente el art. 356 en el que se regula la: «Recogida, aseguramiento e incautación» de los instrumentos y efectos del delito que pudieran ser utilizados como prueba, pero en el que no se contienen normas expresas sobre la cadena de custodia, sino que se limita a establecer que: «Se levantará acta en la que se hará constar su descripción, así como el lugar, tiempo y ocasión en que hubieran sido hallados, la cual podrá ser completada con fotografías o imágenes». En definitiva, la regulación propuesta en el Borrador de LECrim. de 2013 se asemeja en su contenido y estructura a la actualmente vigente contenida en la LECrim. de 1882. Siendo así resulta evidente que no se puede estar conforme con la regulación propuesta que se contiene en un Borrador que, además, regula otras cuestiones de un modo que cabe calificar como mínimo de poco meditado. Por ejemplo, se regulan las piezas de convicción y del aseguramiento de la prueba en sede de medidas cautelares reales (arts. 215 a 217) (Sinceramente, me es imposible hallar o entender la relación que pueda existir entre las medidas cautelares y la prueba). Ya en otras materias, tampoco considero acertada, por ejemplo, la regulación propuesta de la acusación popular (art. 71) que la limita extraordinariamente, la de las intervenciones corporales (art. 284) o, finalmente, resulta chocante la regulación del concepto de flagrancia que se contiene en el art. 343 donde se pretende hacer pasar por flagrancia la

mera sospecha. Basta acudir a la conocida STC 341/1993, que declaró inconstitucional parte de la LO 1/1992 de protección de la seguridad ciudadana, para adivinar cual sería el destino de un precepto como el indicado en el caso que esa norma entrara en vigor.

Expuesto lo anterior únicamente nos cabe esperar que ya sea en un nuevo Código Procesal Penal o bien en una reforma legal de la LECrim. se introduzca por fin en nuestro sistema procesal penal una regulación adecuada de la cadena de custodia que debe seguir en lo básico las reglas contenidas en el Borrador de LECrim. de 2011 o en el Acuerdo marco de 2012 donde se establece la necesidad de documentar cada acto de recogida, traslado y depósito de las evidencias, así como de los motivos de cada acto y el tratamiento científico que se hubiera dado a cada muestra y el estado inicial y final de la misma. En tanto esto no sucede los tribunales se han pronunciado considerando que existe un consenso sobre los requisitos que debe cumplir la cadena de custodia: «Aun cuando no existe una normativa reguladora expresa de las exigencias mínimas garantizadoras formalmente de la indemnidad de la cadena de custodia, las nuevas reformas normativas, la doctrina y la jurisprudencia han construido un cuerpo jurídico que se atiene a la normativa internacional en la materia y coherente con la Recomendación del Consejo de Europa de 30 de marzo de 2004 sobre directivas para la toma de muestras de drogas incautadas en la cual se establecen las pautas que deben regir la cadena de custodia: a) *informe detallado* (descripción, numeración, pesaje, embalaje, origen, características externas, apariencia, fotos, etc.) de la incautación por parte de las fuerzas del orden destinado a la policía científica y a los tribunales; b) *técnica de muestreo* conforme a criterios predeterminados; y c) adoptar las *medidas oportunas para garantizar la cadena de custodia en la transmisión de la sustancia o muestras...*». SAP Madrid, Secc. 29.<sup>a</sup>, de 29 de octubre de 2012; núm. 404/2012 (LA LEY 195638/2012). Esta es una relación citada en numerosas sentencias, véase también entre otras la SAP Las Palmas, Sección BIS, de 29 de julio de 2009, núm. 52/2009 (LA LEY 318411/2009).

En cualquier caso, las apuntadas son reglas que no están debidamente reguladas en la Ley lo que está propiciando una situación de inseguridad jurídica en la que según el supuesto, los funcionarios actuantes y el laboratorio que intervenga se va a tener un correcto tratamiento o no de las evidencias. Así se pone de manifiesto en la jurisprudencia que se analiza a continuación que muestra el desconocimiento de esta materia por parte de los funcionarios que actúan en la investigación penal y las diferencias de criterio para la resolución de las impugnaciones en esta materia. Todo ello conduce a una situación

que considero que debe ser remediada cuanto antes. A este respecto, como ha advertido acertadamente EIRANOVA ENCINAS, existen notables diferencias en el tratamiento que se concede en la jurisprudencia a las infracciones de la cadena de custodia advirtiéndose una mayor «flexibilidad» de los tribunales cuando el proceso penal tiene por objeto un delito de tráfico de drogas: «En principio, la "rotura de la cadena de custodia" invalida los datos que de la prueba se puedan ver afectados por esta circunstancia. Pero dicho esto, es curioso comprobar cómo dependiendo del delito los Tribunales son más o menos proclives a "disculpar" los defectos en la "cadena de custodia". Es en los delitos contra la salud pública, terrorismo y contra la libertad sexual en los que los Tribunales están siendo más reacios a evitar las consecuencias de la "rotura de la cadena de custodia"» (5). Por otra parte, también se observa un especial rigor del Tribunal Supremo, respecto a las Audiencias provinciales, para admitir impugnaciones en esta materia. Ahora bien esta mayor exigencia probablemente está fundada en la posición que asume el Tribunal Supremo como órgano de casación y, por tanto, especialmente, limitado respecto a la declaración de hechos probados realizada en primera instancia.

#### IV. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA «ROTURA» DE LA CADENA DE CUSTODIA EN LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

##### 1. Criterios generales sobre las consecuencias de la infracción de la cadena de custodia

El tratamiento procesal de las infracciones de la cadena de custodia está determinado en gran medida por la falta de una regulación legal específica que determine el modo en el que las evidencias deben ser recogidas, conservadas y custodiadas. No existiendo normas legales que aplicar no resulta fácil establecer cuales son los exactos requisitos que deben cumplirse para el tratamiento de las evidencias. El resultado es una jurisprudencia que se pronuncia de un modo bastante impreciso sobre esta cuestión que debe analizarse desde los pronunciamientos judiciales en la materia, que suelen resolver las impugnaciones atendiendo a si la infracción constituye una irregularidad que puede ser subsanada o bien producir la invalidez de la prueba. Así, una infracción menor de la cadena de custodia supondría una irregularidad que no determinará, necesariamente, el «apartamiento» del proceso de la prueba que podría ser valorada; mientras que una infracción mayor tendría por consecuencia la invalidez de la prueba que no podrá ser valorada al existir dudas sobre la autenticidad de la fuente de prueba. En definitiva se trata de

la aplicación de la doctrina clásica por todos conocida de la distinción entre irregularidad y nulidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo se ha empeñado en negar la posibilidad de que la rotura de la cadena de custodia pueda producir la nulidad de la prueba afirmando que la irregularidad grave en esta materia no produce la nulidad de la prueba, sino que se trata de una cuestión de validez y, en definitiva, de verosimilitud de la prueba que el tribunal no podrá valorar por falta de fiabilidad. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la STS de 26 de marzo de 2013, núm. 308/2013 (LA LEY 45510/2013) en la que declara que: «... es exigible hoy también asegurar y documentar la regularidad de la cadena para garantizar la autenticidad e inalterabilidad de la fuente de prueba. Cuando se comprueban deficiencias en la secuencia que despiertan dudas fundadas, habrá que prescindir de esa fuente de prueba, no porque el incumplimiento de alguno de esos medios legales de garantía convierta en nula la prueba, sino porque su autenticidad queda cuestionada, no está asegurada. No se pueden confundir los dos planos. Irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad. Habrá que valorar si esa irregularidad (no mención de alguno de los datos que es obligado consignar; ausencia de documentación exacta o completa de alguno de los pasos...) es idónea para generar dudas sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente de prueba. Ese es el alcance que se atribuía a la regularidad de la cadena de custodia en la normativa proyectada aludida: "El cumplimiento de los procedimientos de gestión y custodia determinará la autenticidad de la fuente de prueba llevada al juicio oral... El quebrantamiento de la cadena de custodia será valorado por el tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba" (art. 360). No es una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad». Nótese que el Tribunal Supremo se refiere, expresa y directamente, al contenido del art. 360 del Anteproyecto de Código procesal de 2011, citado con anterioridad. También se pronuncian en este sentido, incidiendo en la irregularidad como resultado de la rotura de la cadena de custodia, las SSTS de 29 de diciembre de 2009, núm. 1349/2009 (LA LEY 300228/2009) y de 4 de junio de 2002, núm. 530/2010 (LA LEY 93462/2010) (Ponente en ambas Maza Martín, José Manuel), en las que se hace referencia al carácter instrumental de la cadena de custodia afirmando que: «la irregularidad de la cadena de custodia no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno que, en todo caso, vendrá dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se haya producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y, especialmente, el derecho de defensa, y, en segundo lugar, que las "formas" que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipula-

ción, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen, que es el proceso al que denominamos genéricamente cadena de custodia, no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones» [en el mismo sentido la STS 25 de abril de 2012, núm. 347/2012 (LA LEY 64415/2012)].

La interpretación que ofrece el Tribunal Supremo es correcta al distinguir entre la simple irregularidad que puede ser subsanada y/o salvada por el razonamiento judicial y la invalidez de la prueba que se producirá cuando no exista garantía que la prueba se ha realizado sobre las muestras obtenidas en la investigación criminal. No obstante, cabe reprochar a la jurisprudencia citada la tendencia a relegar a un nivel inferior la infracción de la cadena de custodia cuando se afirma que su respeto y en su caso rotura no afectan a derecho fundamental alguno que, en su caso dice el Tribunal supremo, se producirá indirectamente por no: «... respetar las garantías esenciales del procedimiento y, especialmente, el derecho de defensa» (STS 4 de junio de 2002, cit.). De modo que, en cualquier caso, parece evidente que, aunque sea indirectamente, una infracción grave de la cadena de custodia determinará la invalidez de la prueba que no podrá ser valorada en tanto que nula y sin efecto. En caso contrario, se vulneraría el derecho de defensa, a un juicio justo y con todas las garantías y a la presunción de inocencia que no podría ser enervada con una prueba nula. Precisamente, el Tribunal Supremo ha declarado que la vulneración de la cadena de custodia tiene alcance casacional por su hipotética incidencia en el derecho a la presunción de inocencia del art. 24 CE (STS 26 de marzo de 2013, cit.). De modo que, naturalmente, la rotura de la cadena de custodia puede afectar al derecho a un juicio justo con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

No resulta fácil establecer reglas generales referentes a las consecuencias de la irregularidad en la cadena de custodia que quedaran determinadas en el caso concreto según las circunstancias concurrentes. Siempre teniendo presente que los tribunales partes de la presunción de veracidad de las actuaciones de la policía. Véase en este sentido la SAP Madrid, Secc. 29.ª, de 29 de octubre de 2012, núm. 404/2012 (LA LEY 195638/2012), que declara que: «... existe la presunción de lo recabado por el juez, el perito o la policía se corresponde con lo presentado el día del juicio como prueba, salvo que exista una sospecha razonable de que hubiese habido algún tipo de posible manipulación. O la prueba de dicha manipulación, tal y como establece la STS de 23 de junio de 2011». En general se suelen tratar como simples irregularidades

la ausencia de algún documento o mención o constancia en el atestado. Así, la falta de documento de justificativo del transporte de una evidencia del lugar del delito al laboratorio podría ser subsanado por la declaración del funcionario que la realizó [Véase la STS 6 de marzo de 2009; núm. 221/2009 (LA LEY 6925/2009)]. También se suelen tratar como irregularidad los errores referentes al número de bultos que componen un alijo de droga incautada. Este error es frecuente en las incautaciones de drogas y suele suceder cuando los paquetes o fardos van agrupados y algunos se separan durante el traslado. Este caso podría tratarse como una irregularidad formal, sin mayores consecuencias, que puede salvarse con el testimonio de los agentes en el acto del juicio para dar cuenta de la discrepancia. Incluso pueden darse diferencias del peso inicial obtenido por la policía y el realizado en el laboratorio. Estas diferencias pueden explicarse por la diferente precisión de los instrumentos utilizados en uno y otro caso.

Sin embargo, deben tener por consecuencia la invalidez de la prueba: la absoluta falta de constancia documental del lugar de incautación y/o custodia de drogas, las diferencias relevantes de peso o de número de paquetes incautados o la falta de constancia del lugar y el modo en el que se obtuvo una muestra biológica. En estos últimos supuestos, la «rotura de la cadena de custodia» afectará a la denominada verosimilitud de la prueba que habrá quedado entredicho, será sospechosa y por tanto no podrá ser valorada por el Juez (6). Así lo expresa con nitidez la SAP Las Palmas, Sección BIS, de 29 de julio de 2009, núm. 52/2009 (LA LEY 318411/2009), que se pronuncia sobre un supuesto en el que se producen numerosas irregularidades en la cadena de custodia de las sustancias estupefacientes: «... no se puede atribuir a los inculpados la tenencia de la sustancia estupefaciente aprehendida en el curso de su detención, ya que no existe un análisis de pesaje, composición y pureza válido, y por tanto, una prueba válida formalmente y materialmente verosímil como prueba de cargo, por lo que procede dictar sentencia absolutoria». No debemos olvidar que el derecho procesal se constituye en un conjunto de reglas formales cuya observancia garantiza los derechos de todas las partes en el proceso. Siendo así, cabe plantearse hasta que punto puede un tribunal valorar como una simple irregularidad la rotura de la cadena de custodia que se produce, por ejemplo, cuando se advierte que una bolsa con pruebas no está correctamente cerrada y sellada. En ese caso, puede haber existido contaminación o haberse modificado su contenido convirtiendo la prueba en sospechosa. Es por ello que, probablemente, los tribunales deberían atender con mayor exigencia las reglas sobre la cadena de custodia, ya que en el derecho procesal el pleno

cumplimiento de las formas y las reglas procesales constituyen presupuesto de un juicio justo y con todas las garantías. Sin embargo, y en sentido contrario, existen sentencias que vienen a convalidar las infracciones aduciendo incluso el teórico beneficio del acusado, por ejemplo cuando existen discrepancias con el peso total de la droga: «El hecho de que el Instituto Nacional de Toxicología haya analizado una prenda menos que las intervenidas Don. Fernando (por haberse extraviado una de ellas o por cualquier otra circunstancia) no puede haber perjudicado los intereses de las defensas de los acusados, toda vez que de ello, tan solo podemos deducir, que es posible que el Instituto Nacional de Toxicología ha analizado un menor número de prendas (impregnadas de cocaína) que las efectivamente ocupadas por los agentes de la autoridad, lo que, en todo caso, solo podría haber beneficiado a las defensas de los acusados, a los que hipotéticamente cabría pensar que se les podría haber imputado la posesión de una mayor cantidad de sustancia estupefaciente que la que queda reflejada en el informe pericial». SAP Barcelona, Secc. 3.ª, de 5 de noviembre de 2010, núm. 845/2010 (LA LEY 273693/2010).

## 2. Impugnación de las infracciones de la cadena de custodia

Las infracciones de carácter procesal se han de impugnar tan pronto la parte tenga conocimiento de ellas. La impugnación puede producirse desde el inicio de la instrucción penal hasta el informe final de conclusiones. De otro modo es probable que la impugnación no sea atendida por entender el tribunal *ad quem* en vía de recurso que la parte se aquietó con la cuestión. Así, se entiende por el Tribunal Supremo que declara que: «Por lo demás, el hecho de que el recurrente no adujese nada de esas posibles irregularidades ni en sus conclusiones, ni en el juicio oral, ni en el informe final, con no ser motivo para esquivar el análisis de la cuestión planteada, es dato relevante y revelador. Nada interés ni probatoriamente ni argumentativamente para descubrir esas irregularidades o suscitar dudas sobre la fiabilidad de la cadena de custodia en este supuesto concreto o sobre la naturaleza real de la sustancia interesada» (STS 26 de marzo de 2013, cit.). En la impugnación se debe concretar el momento en el que se entiende que se produjo la rotura de la cadena de custodia y, en su caso, las normas infringidas y las personas o instituciones responsables de las mismas. Finalmente, resulta especialmente exigible que la parte argumente sobre el modo en el que la infracción convierte a la evidencia en sospechosa y a la prueba en nula por falta de garantías. Así se pronuncia el Tribunal Supremo que afirma que: «debe exigirse la prueba de la manipulación efectiva (SSTS 629/2011,

de 23 de junio; 776/2011, de 20 de julio)». [STS 25 de abril de 2012, núm. 347/2012 (LA LEY 64415/2012)]. Véase, en este sentido, la STS 6 de marzo de 2009; núm. 221/2009. LA LEY 6925/2009 (caso «el Solitario»), que declara que: «no existe duda alguna acerca de la validez de la “cadena de custodia” ya que el subfusil que le fue ocupado en su detención fue entregado a la Policía española con todas las garantías, sin que el recurrente haga otra cosa que poner en duda su regularidad, pero sin aportar ningún elemento para dudar de ella». Véase también la SAP Les Illes Balears, Secc. 1.ª, de 27 de julio de 2007, núm. 89/2007 (LA LEY 154653/2007) que declara que: «... la impugnación no ha de ser meramente retórica o abusiva, esto es, sin contenido objetivo alguno, no manifestando cuales son los temas de discrepancia, si la cantidad, la calidad o el mismo método empleado, incluyendo en esta la preservación de la cadena de custodia».

## 3. La irregularidad de la cadena de custodia no constitutiva de la invalidez o nulidad de la prueba

La relación de supuestos de irregularidad de la cadena de custodia no determinantes de la invalidez de la prueba son innumerables. Por ello la relación que se contiene a continuación debe entenderse como meramente ejemplificativa. Por otra parte, cabe tener presente en esta materia las circunstancias concurrentes que pueden determinar consecuencias distintas en supuestos de infracciones aparentemente similares. Así, son supuestos de simple irregularidad por infracción de la cadena de custodia los siguientes:

— La falta de documentación sobre la incautación, traslado y custodia de los efectos intervenidos, siempre que comparezcan los funcionarios que actuaron. Así se declara en la SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 5.ª, de 30 de marzo de 2012, núm. 147/2012 (LA LEY 143884/2012): «En este punto la principal alegación de las defensas, centradas en las intervenciones de sustancias .../... se centra en el hecho de que por los agentes policiales no se levantaron actas de incautación de las mismas. Sin embargo, aún pudiendo ser cierto que no se levantó un reportaje fotográfico o un acta in situ de las maniobras desarrolladas por los agentes para el descubrimiento de las diferentes sustancias y su incautación, ello no supone obstáculo alguno insalvable para dar plena validez a esas diligencias policiales».

— La falta de comparecencia en el juicio oral de alguno de los intervinientes en la cadena de custodia a efectos de declarar sobre esa cuestión, cuando la parte acusada no la solicitó ni aportó datos o elementos de juicio sobre la manipulación de las evidencias. Véase, en ese sentido, la STS 20 de julio de 2011,

núm. 776/2011 (LA LEY 119792/2011), que declara: «Respecto de la incomparecencia en el plenario de los agentes que custodiaron la droga en dependencias policiales depositada en una caja fuerte cerrada con llave, hemos señalado en STS 629/2011 de 23 de junio, que apuntar por ello a la simple posibilidad de manipulación para entender que la cadena de custodia se ha roto no parece aceptable, ya que debe exigirse la prueba de la manipulación efectiva». En el mismo sentido la STS 25 de abril de 2012, núm. 347/2012 (LA LEY 64415/2012).

— La comparecencia en juicio de los funcionarios que actuaron que no recuerdan con precisión los actos de la cadena de custodia en los que intervinieron: «El hecho de que compareciera al acto del juicio oral y no recordara los detalles no priva de validez

*Es necesario regular la cadena de custodia en la LECrim. al tratarse de una materia esencial para la validez de la prueba, contemplando la actividad de recogida, conservación, catalogación, depósito y custodia de evidencias*

su testimonio ni la diligencia llevada a cabo en relación a la sustancia intervenida, pues transcurrido un periodo de cinco años desde los hechos, lo extraño sería recordar todos los detalles, teniendo en cuenta el número de intervenciones de similares características, que dichos agentes realizan en el ejercicio de sus funciones». SAP de Madrid, Secc. 29.ª, de 29 de octubre de 2012, núm. 404/2012 (LA LEY 195638/2012). Véase también, en este sentido, la SAP Barcelona, Secc. 2.ª, de 21 de abril de 2010, núm. 252/2010 (LA LEY 95352/2010), que declara que la discrepancia entre el número de objetos incautados según el atestado y la declaración en juicio del policía interviniente no debe considerarse trascendente a efectos de acreditar la rotura de la cadena de custodia: «... no cabe duda que las declaraciones del agente con carnet profesional núm. ... en el acto del juicio oral sólo pudieron deberse a una equivocación, comprensible y razonable por el número de intervenciones que se ven obligados a realizar los funcionarios del Grupo de reacción de la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía del aeropuerto de El Prat de Llobregat y el tiempo pasado desde el momento de ocurrencia de los hechos de autos, que si bien no es en lo absoluto excesivo combinado con el anterior hecho hace explicable cualquier discrepancia

no esencial con lo al mismo atribuido en el atestado policial».

— La discrepancia en el número de envases o bultos conteniendo sustancias estupefacientes [STS de 8 de noviembre de 2010, núm. 984/2010 (LA LEY 208838/2010)] o por extensión cualquier otra clase de evidencias. Este es el supuesto de la SAP Madrid, Secc. 29.ª, de 29 de octubre de 2012, núm. 404/2012 (LA LEY 195638/2012), que declara que: «esta Sala entiende que la cadena de custodia no ha quebrado .../.... Lo mismo cabe decir de la alegada existencia de un solo paquete al que se refiere el análisis de farmacia, pues la perito que declaró en el acto del juicio oral, manifestó claramente que se trataba de un único envoltorio pero que contenía diez tabletas, así se refleja claramente en el informe analítico que obra unido a las actuaciones al folio 143 de la causa». Este es también el criterio de la SAP Barcelona, Secc. 3.ª, de 5 de noviembre de 2010, núm. 845/2010 (LA LEY 273693/2010), que considera que la discrepancia en el número de prendas de ropa (impregnadas de droga) incautadas y las analizadas en el laboratorio no presupone la ruptura de la cadena de custodia, decisión a la que llega la Audiencia tras el examen de las actuaciones: «Este Tribunal no puede por menos que dar la razón a los defensas de los acusados cuando han puesto de manifiesto la discordancia existente entre las prendas que se dicen intervenidas en el atestado policial y las que se dicen recibidas en el Instituto Nacional de Toxicología, pero creemos que existen otros datos en la causa que nos permiten afirmar que no se ha roto la cadena de custodia. En este sentido, basta con observar las fotografías obrantes .../.... sin que hayan sido impugnados por la defensa de .../.... en las que consta la male-

ta intervenida al Sr. .... y las prendas que se encontraban en el interior de la misma, .../.... (cuya autenticidad tampoco se ha cuestionado por ninguna de las partes) para llegar a la conclusión de que las prendas analizadas por el Instituto Nacional de Toxicología son las mismas que fueron intervenidas el día .../.... con ocasión del registro de la maleta que llevaba».

— El hecho de que la policía no procediera al pesaje de las sustancias incautadas. Véase a este respecto la SAP Sevilla, Secc. 1.ª, de 22 de enero de 2009, núm. 45/2009 (LA LEY 19844/2009).

— Los errores formales como la unión a otras actuaciones del informe pericial de las sustancias incautadas: «En realidad, como indica el Fiscal en su Recurso, ni siquiera puede hablarse propiamente de irregularidades que afecten a la repetida "cadena de custodia", sino tan sólo de una errónea incorporación del informe analítico de la droga, una vez producido ya éste y, por ende, finalizado ya ese proceso "de custodia", ulteriormente corregido cuando se detecta y que en definitiva, como se acaba de decir, no ha supuesto verdadera, efectiva e insubsanable vulneración del derecho de defensa de los acusados». STS 4 de junio de 2010, núm. 530/2010 (LA LEY 93462/2010). Véase en el mismo sentido STS 29 de diciembre de 2009, núm. 1349/2009 (LA LEY 300228/2009). No obstante, véase la SAP Barcelona 25 de enero de 2010, núm. 82/2010 (LA LEY 5643/2010), que se analiza en el siguiente apartado, en la que la Audiencia de Barcelona, en un caso similar, declara la invalidez de la prueba.

— Errores materiales respecto a las fechas de remisión o recepción de las sustancias estu-

pefacientes, siempre que las sustancias aparezcan debidamente identificadas: «... esta Sala entiende que la cadena de custodia no ha quebrado, y aún cuando valoráramos que se ha producido un error en cuanto a las fechas de remisión o recepción, ello no implicaría una rotura de dicha cadena, pues la sustancia aparece perfectamente identificada sin que genere ninguna duda al respecto...». SAP Madrid, Secc. 29.ª, de 29 de octubre de 2012, núm. 404/2012 (LA LEY 195638/2012).

— La ausencia de algún documento o acta de los referidos en las normas reglamentarias citadas: «la ausencia de alguno de los documentos a los que se refiere la normativa citada, no tiene por qué conllevar una quiebra de alcance constitucional. El motivo se limita a echar en falta algunos de los requerimientos formales del documento de remisión de la droga aprehendida» (STS 26 de marzo de 2013, cit.).

— El depósito de las evidencias en las dependencias de la policía, cuando no es posible el traslado a los depósitos de los laboratorios de sanidad. Así suele suceder en el caso de la incautación de grandes alijos de drogas los cuales se suelen custodiar en dependencia de la policía en lugar de en los órganos administrativos de sanidad y trasladándose a laboratorio únicamente las muestras para su análisis: «...de ello infiere la Sala a quo que: "en modo alguno se ha quebrantado en el presente caso la cadena de custodia por la razón fundamental de que la policía judicial se halla habilitada para la ocupación y remisión al organismo administrativo competente de la sustancia intervenida con independencia de dar cuenta inmediata al Juzgado competente de las actuaciones. Si bien por las circunstancias que fuere ello no fue posible debido a la falta de capacidad de almacenamiento del citado organismo administrativo, lo que provocó la necesidad de que su custodia tuviera lugar en las dependencias de la Guardia Civil de Pontevedra, a la que se desplazó la comisión judicial y la Perito y de la citada diligencia se levantó acta por la Sra. Secretario, todo lo cual en modo alguno implica la nulidad de la referida diligencia de toma de muestras y del posterior análisis pericial de la sustancia ilícita como pretende la defensa"» STS 16 de junio de 2009, núm. 641/2009 (LA LEY 125080/2009).

— La entrega de las sustancias incautadas a los Servicios Centrales del laboratorio en lugar de a los peritos concretos que realizaron el análisis: «Lo que debe de garantizar la cadena de custodia es que la sustancia analizada sea la intervenida a la persona de que se trate, y tal garantía no sufre menoscabo alguno si la sustancia que se interviene, debidamente identificada, se entrega en el organismo oficial correspondiente, sin que sea exigible legalmente que dicha entrega



sea personal a los facultativos concretos que después serán los encargados de analizarla, bastando con que se entregue en el servicio o dependencia común encargada de recepcionar los efectos de toda clase que son enviados para analizar al Instituto Nacional de Toxicología Departamento de Barcelona». SAP Barcelona, Secc. 2.ª, de 21 de abril de 2010, núm. 252/2010 (LA LEY 95352/2010).

**Las infracciones de carácter procesal se han de impugnar tan pronto la parte tenga conocimiento de ellas. La impugnación puede producirse desde el inicio de la instrucción penal hasta el informe final de conclusiones**

— La dilación temporal en el envío al laboratorio correspondiente de las evidencias para su análisis: «La fiabilidad de la prueba tampoco puede depender del tiempo que tarde en mandarse al laboratorio o de que se haga constar la identidad del transportista material o la hora y minuto en que se produjo el traslado. Nada añade a las garantías esas "burocratización" de la prueba» (STS 26 de marzo de 2013, cit.).

Quiero finalizar la relación de supuestos de irregularidad de la cadena de custodia con el planteado en el caso de los niños desaparecidos de Córdoba resuelto en primera instancia por la SAP Córdoba de 22 de julio de 2013. En dicha sentencia, el Magistrado presidente resuelve la impugnación de la defensa que había alegado la infracción de la cadena de custodia de los huesos atribuidos a los niños desaparecidos. La impugnación se fundó en varias circunstancias. A saber, falta de documentación del desprecinto de la caja que contenía los huesos y la desaparición de un hueso (la pieza número 8). También coadyuvaban con la impugnación las desafortunadas expresiones vertidas en juicio por la policía científica núm. 161, autora del primer informe erróneo en el que dictaminaba que los huesos hallados en la hoguera eran de animales. La buena señora en el acto del juicio dijo nada más y nada menos que: «los huesos se habían ido de copas». Pues bien el magistrado presidente del Jurado desestima la petición de nulidad de la prueba declarando que: «... aun en el caso más favorable a la tesis de la defensa, de que —a efectos meramente dialécticos, puesto que están contradichas por toda la prueba— se diera alguna virtualidad a las manifestaciones de la mencionada perito de que podría haber existido alguna

irregularidad en la cadena de custodia (la desdichada e irrespetuosa frase que ella atribuyó a un "cotilleo", de que "los huesos se habían ido de copas", o que la caja estuviera ocasionalmente encima de un armario), ello sería completamente irrelevante, porque lo determinante es que el resultado final es que los huesos eran los mismos y la propia perito lo afirma sin ambages. Como dijimos en el auto resolutorio de las cuestiones previas, confirmó la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y ha corroborado plenamente la prueba practicada, aun en el caso de que se hubieran cometido pequeñas omisiones o irregularidades, las mismas no tendrían trascendencia suficiente para invalidar la prueba, ni para poder afirmar la falta de identidad (la "mismidad" a la que hacíamos referencia antes) de las evidencias analizadas».

#### 4. La invalidez de la prueba por la infracción de la cadena de custodia

La invalidez de la prueba y, por tanto, la imposibilidad de su valoración ha sido declarada por los tribunales en los casos en los que se han producido infracciones graves de la cadena de custodia de modo que no puede garantizarse la verosimilitud de la prueba. También puede acordarse la invalidez de la prueba ante la existencia de numerosas irregularidades que por sí solas no serían determinantes de la invalidez, pero que juntas determinan esa consecuencia. Puede observarse la similitud de algunos de los supuestos mencionados en este apartado con los descritos en el anterior que fueron tratados como simples irregularidades. En definitiva, hay que atender a las circunstancias concurrentes en cada supuesto. Así, constituyen infracciones que comportan la invalidez de la prueba los siguientes supuestos:

— La falta de precisión en la atribución de las sustancias u objetos ilícitos a uno u otro acusado. Este es el caso examinado en la STC 170/2003 de 29 de septiembre, que es, probablemente, la sentencia del Tribunal constitucional que trata esta cuestión con mayor precisión en el que se cuestionaba la validez de la prueba pericial referida a unos soportes informáticos con contenido ilícito incautados a distintas personas y en distintos domicilios. El objeto de la impugnación consistía en la ausencia de un correcto precintado y en la falta de identificación y de detalle documental de los domicilios y las personas a quien fueron incautados los objetos ilícitos. Pues bien, en ese caso el TC declaró que las irregularidades expuestas no permitían valorar la prueba en tanto que no estaba asegurada su integridad y no puede garantizarse que la prueba pericial versara sobre los objetos incautados en la causa: «... se ha producido una deficiente custodia

policial y control judicial de dicho material, que no estaba debidamente precintado y a salvo de eventuales manipulaciones externas tanto de carácter cuantitativo (número de las piezas de convicción halladas en los registros) como cualitativo (contenido de aquellos soportes que admitieran una manipulación por su carácter regrabable o simplemente por su naturaleza virgen en el momento de su incautación, e incluso su sustitución por otros), lo que impide que pueda afirmarse que la incorporación al proceso penal de los soportes informáticos se diera con el cumplimiento de las exigencias necesarias para garantizar una identidad plena e integridad en su contenido con lo intervenido y, consecuentemente, que los resultados de las pruebas periciales se realizaran sobre los mismos soportes intervenidos o que éstos no hubieran podido ser manipulados en cuanto a su contenido...» STC 170/2003 de 29 de septiembre.

— La ausencia de documentación suficiente sobre las evidencias objeto de análisis de modo que no pueda garantizarse la indemnidad de la prueba. Así se declara en la SAP Barcelona, Secc. 3.ª, de 25 de enero de 2010, núm. 82/2010 (LA LEY 5643/2010) en un supuesto en el que se producen una cascada de irregularidades que determinan al tribunal a declarar la prueba inadmisibile: «... se ha producido una ruptura de la cadena de custodia de la sustancia intervenida a los acusados, toda vez que la sustancia se recibió en el Laboratorio tres meses más tarde, sin que se especifique en ningún momento la persona encargada de la entrega, ni el lugar donde fueron custodiadas las dos bolsas mencionadas, por lo que existe una duda más que razonable sobre la identidad existente entre la sustancia analizada por la Unidad del Laboratorio Químico de los Mossos d'Esquadra y la intervenida a los acusados, debiendo destacarse como, en el presente caso, no se cumplió el protocolo establecido en la Orden de 8 de noviembre de 1996 por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto de Toxicología».

— La discrepancia notoria en el número de envases o bultos conteniendo sustancias estupefacientes [STS de 8 de noviembre de 2010, núm. 984/2010 (LA LEY 208838/2010)] o por extensión cualquier otra clase de evidencias.

— La existencia de error en la identificación de las evidencias con el procedimiento correspondiente con la consecuencia de la imposibilidad de otorgar valor alguno a la prueba pericial. Este es el caso de la SAP Las Palmas, Sección BIS, de 29 de julio de 2009, núm. 52/2009 (LA LEY 318411/2009), en la que se declara la rotura de la cadena de custodia considerando la prueba inválida e inverosímil

como prueba de cargo: «... como hace constar el Juzgado de Instrucción, parece haber existido un cambio en los datos con los que se remitieron las sustancias aprehendidas en dos diligencias previas tramitadas simultáneamente, atribuyendo a los aquí acusados la heroína aprehendida supuestamente a otra detenida, y la cocaína a ésta. Ahora bien, por una parte no hay una certidumbre absoluta de que en efecto la sustancia analizada en las diligencias 380/2007 sea la aprehendida a los acusados. Existe un indicio importante, pero la cadena de custodia exige una certeza absoluta y no meros indicios. De hecho, ni siquiera consta una certificación del Secretario Judicial haciendo constar que se haya cometido dicho error, lo cual sólo se manifiesta en la providencia que ordena unir el testimonio de actuaciones. Además, desde el punto de vista formal, aunque se acreditara dicho error, la realidad es que el envío de la sustancia y su análisis se ha realizado en el seno de un procedimiento en que los acusados no han sido parte, por tanto durante varios meses no han tenido posibilidad alguna de ejercer el derecho de defensa y de contradicción respecto a los trámites de transporte, recepción, pesaje y análisis de la sustancia, hasta el punto de que el análisis se incorpora mediante testimonio de las otras diligencias meses después de efectuado e incorporado a éstas».

Este es también el supuesto analizado en la SAP Almería, Secc. 3.ª, de 1 de octubre de 2008, núm. 319/2008 (LA LEY 226669/2008), en la que se produce una evidente ausencia de «afianzamiento» suficiente de la cadena de custodia con la consecuencia de no poder valorar la sustancias incautadas: «... no habiéndose incorporado a las actuaciones el acta de aprehensión que debió firmar y sellar la Dependencia de Sanidad de Almería

con indicación del peso bruto y neto de las sustancias decepcionadas y su la distribución en lotes en función de las características diferenciadas de las mismas, habiendo manifestado las dos peritos del Dependencia de Sanidad de Almería que concurrieron al juicio que no reconocían la citada fotocopia del acta de aprehensión al no figurar la firma y el sello de su Servicio, ignorando si coincide con el que debía obrar en el expediente obrante en los archivos de Sanidad que no tenían a la vista en esos momentos, si bien la Perito que se personó en las instalaciones de la Comandancia de la Guardia Civil para proceder al pesaje y muestreo de los fardos incautados explicó que al proceder a la apertura de uno de ellos observó que contenía una sustancia distinta a los demás que por su apariencia externa pudiera tratarse de cocaína, mientras que los otros fardos que abrió contenían aparentemente hachis y ante dicho hallazgo optó por solicitar el traslado de todos los fardos a la Subdelegación del Gobierno en Almería, traslado del que, de haberse producido, no existe la más mínima constancia en el actuaciones, ignorándose dónde y cómo se produjo finalmente el pesaje y selección de muestras de los fardos correspondientes a la presente causa .../.... Por consiguiente, existiendo un claro y acreditado quebranto de la cadena de custodia sobre los objetos, efectos o pruebas del delito, no podemos afirmar con plena rotundidad y sin duda alguna que el contenido de los fardos intervenidos por la G. Civil en estas actuaciones y en que sustenta la acusación del Fiscal se corresponden precisamente con las sustancias analizadas por el Laboratorio de Sanidad de Sevilla e identificadas como THC y cocaína, por lo que esta duda sobre la identidad de lo aprehendido, elemento esencial del delito contra la salud pública por el que se acusa a de los

procesados, obliga a absolver a todos ellos en virtud del principio *in dubio pro reo*...».

— La absoluta ausencia de cualquier formalidad en la incautación y custodia de las evidencias. Este es el supuesto analizado en la SAP Barcelona, Secc. 2.ª, de 25 de febrero de 2009, núm. 132/2009 (LA LEY 20245/2009), en la que se incautan sustancias estupefacientes a un visitante en un Centro Penitenciario sin que se proceda a documentar debidamente la actividad: «... no se documenta la entrega de las sustancias y objetos a los referidos e ignotos Mossos d'Esquadra ni, claro es, quien la efectúa y no existe tampoco acreditación documental de cuando se entregaron, donde quedaron depositadas y bajo la custodia de quien desde el momento que se entregan a los Mossos "el día de ayer" (el día 8) hasta que el o los ignotos Mossos las entregan al Laboratorio "el día de hoy", esto es el día 9». Siendo así, la única consecuencia que puede tener tal dejación es la de considerar rota la cadena de custodia y la prueba objeto de pericia sospechosa: «... entiende la Sala que, sin mayor insistencia argumental, la poco diligente actuación del Centro Penitenciario, preñada de omisiones y dejaciones, no permite considerar probada, mas allá de toda duda razonable, que se ha salvaguardado la "cadena de custodia" de las sustancias. Al contrario, dicha actuación, genera objetivamente en Derecho una duda razonable sobre la indemnidad de la "cadena de custodia" en el concreto supuesto de autos...». Todo ello determina que la Sala acuerde la absolución por considerar que debe prevalecer la presunción de inocencia máxime cuando la infracción recae sobre el mismo objeto (la droga) de la prohibición (el tráfico de drogas). ■

## NOTAS

(1) Véase RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, «Reflexiones sobre la práctica y valor de la prueba científica en el proceso penal (a propósito del asunto de los niños desaparecidos en Córdoba)», *Diario LA LEY*, núm. 7930 de 25 de septiembre de 2012. Véase también sobre estas cuestiones RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *Análisis crítico sobre las instituciones fundamentales del proceso penal*, Aranzadi 2011.

(2) Así, lo señala EIRANOVA ENCINAS que dice que: «el análisis de ADN, toxicológico, etc., necesita que el objeto sobre el que va a recaer no ofrezca dudas sobre su procedencia y contenido». Véase EIRANOVA ENCINAS, E., «Cadena de Custodia y Prueba de Cargo», *Diario LA LEY*, núm. 6863, Sección Doctrina, 17 de enero de 2008. Véase también sobre la cadena de custodia LACUEVA BERTOLACCI R., «La importancia de la cadena de custodia en el proceso penal», *Diario LA LEY*, núm. 8071, Sección Tribuna, 26 de abril de 2013.

(3) Véanse también el art. 11.1 g) de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que dispone que son funciones de la policía: «g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente, y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes»; y el art. 4 RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial.

(4) En este sentido se pronuncia EIRANOVA ENCINAS que señala que: «... se deduce la necesidad de una regulación armónica y sistemática la "recogida", "custodia" y "análisis" de las piezas de convicción, teniendo muy en cuenta cuáles son los criterios que necesitan cumplirse desde el punto de vista forense; indicando las personas que en cada fase deben intervenir y que cometido tienen que desempeñar, señalando las actuaciones que deben diligenciarse, la forma de los documentos, clases de precintos, lugares de depósito, necesidad de que en el análisis pericial se valore la corrección

de la "cadena de custodia", etc.». EIRANOVA ENCINAS, E., «Cadena de Custodia y Prueba de Cargo», *Diario LA LEY*, núm. 6863, Sección Doctrina, 17 de enero de 2008.

(5) Véase EIRANOVA ENCINAS, E., «Cadena de Custodia y Prueba de Cargo», *Diario LA LEY*, núm. 6863, Sección Doctrina, 17 de enero de 2008.

(6) Así lo señala, acertadamente, EIRANOVA ENCINAS, que dice que: «... no debe constar la más mínima "prueba" de que haya podido ocurrir tal cosa, ya sea por mala fe o mala práctica. En el caso de que así sea, deberá observarse a qué datos de la prueba afecta la "rotura de la cadena de custodia", para desechar los mismos como hechos probados. En este caso, entra en juego la posibilidad de la explicación plausible y alternativa favorable al acusado, fundamentada en la posible manipulación». EIRANOVA ENCINAS, E., «Cadena de Custodia y Prueba de Cargo», *Diario LA LEY*, núm. 6863, Sección Doctrina, 17 de enero de 2008.



## Práctica Forense

### Reconstrucción de un accidente no laboral

# Reconstrucción de un accidente no laboral en contradicción con la opinión de la inspección de trabajo

**Antoni Xavier GRAU NOVEL**

*Ingeniero Técnico Industrial, Riesgos laborales. Master EADA Organización industrial. Miembro de la Asociación catalana de peritos judiciales y forenses colaboradores de la Administración de Justicia.*

**Víctor SANZ MARÍN**

*Ingeniero de la Edificación, Técnico Eficiencia Energética. Master en Prevención de Riesgos Laborales. Miembro de la Asociación catalana de peritos judiciales y forenses colaboradores de la Administración de Justicia*

*El trabajo analiza y contrasta la reconstrucción de un accidente que entra en contradicción con el dictamen de la Inspección de Trabajo, que considera un bar como una extensión del puesto de trabajo.*

## CASO ATÍPICO DE ACCIDENTE FUERA DEL CENTRO DE TRABAJO PERO NO EN ITINERE

**Caso práctico: Caída a la calle desde terraza en planta 7.<sup>a</sup> de edificio de oficinas**

### A) Descripción del caso

**A** uxiliar administrativo de una gestoría sita en la planta 16.<sup>a</sup> del edificio, que a las 14:00h sale de la empresa, desciende a la planta 7.<sup>a</sup> donde se halla una cafetería de pública concurrencia y una terraza de público acceso.

Sobre las 14:15h el trabajador cae al vacío impactando sobre 2 motocicletas aparcadas en el borde de la acera de 5 metros de ancho.

### B) Documentación estudiada

Atestado policial, informes de la inspección de trabajo y manifestaciones.

### C) Estudio y descripción de la terraza

Forma rectangular de 15 x 4mts, accesible por la escalera del edificio, rellano del bar, pasillo general de la planta y ascensores.

Está embaldosada, pendientes pluviales del 2% máximo.

Todo el perímetro a calle está protegido por pantalla de barras a 2,50m de altura, excepto el punto de caída consistente en una *baranda de obra de 1,20 m. de h. x 0,98 m. de ancho x 0,20 m. de grueso, destinado a acceso de escalera de bomberos (camión).*

Cumplimiento de normativas:

— Cumple el código técnico de la construcción (altura superior a 6 m.: barandilla de 1,10m de h.).

— Cumple la normativa laboral y notas técnicas de prevención del INSHT (\*).

— Cumple con el RGSH (\*) de 1971 (barandillas de 0,90m. mínimo), anterior a la ley 31/1995 de LPRL (\*).

— Cumple con la ordenanza de la construcción (barandillas de 0,90m. mínimo), anterior a la ley 31/1995 de LPRL (\*).

— Cumple con las instrucciones gráficas actuales de seguridad en la construcción (altura mínima: 1m.).

Este edificio se adelantó a las normas: altura existente 1,20m.

Nota: Esta terraza, situada en la planta 7.<sup>a</sup> del edificio, no tiene relación ni forma parte del local adquirido por la gestoría donde prestaba sus servicios el trabajador, gestoría situada en la planta 16.<sup>a</sup>.

## LA LEY 8237/2013

## IV. ANÁLISIS CRÍTICO Y RECONSTRUCCIÓN DEL ACCIDENTE

1. *Se efectuaron mediciones y fotografías en el punto de caída y se comprobó que:* El accidentado, de altura 1,67 metros, estaba situado de pie junto a la baranda, y el borde superior de la misma le quedaba a la altura del pecho (muestreo con el perito Sr. Sanz). *Ello descarta caída por causas naturales* (mareo, desmayo, resbalón, etc.), puesto que en este caso la persona hubiera caído en el interior de la terraza.

2. *Tentativa reconstructiva de cómo pudo acceder sobre la baranda:*

Se estudia prácticamente la posibilidad de sentarse sobre la misma y sólo es factible con dificultad para personas de  $h > 1,85h$  y ágiles. El intento lo realiza el Sr. Sanz ( $h: 1,78m.$ ), con extrema dificultad y con una sensación de peligro inminente.

3. *Primera hipótesis:* el accidentado pudo con gran dificultad, sentarse sobre la baranda de obra, se desequilibró y calló a la calle.

Se ha comprobado que en la trayectoria de caída vertical no existían barras, travesaños, tendedores, ni ningún obstáculo que desviase la trayectoria del cuerpo, que habría ocupado un espacio de impacto al suelo a una distancia máxima de 2 metros desde la pared del edificio.

Del informe de la policía no se deducen evidencias de que el accidentado hubiese sido empujado o lanzado al vacío.

4. *Segunda hipótesis:* Reconsiderando la mecánica del accidente con los datos y evidencias recogidos, y el punto cierto de impacto en el suelo situado a 4,5 metros de distancia de la pared del edificio, el accidentado tuvo que encaramarse sobre el muro, colocarse de pie y tomar impulso de salto hacia la calle como condición objetiva para caer sobre la motocicleta aparcada al borde de la acera. Por tanto estamos ante una acción voluntaria como determinante del accidente, sin relación con su puesto de trabajo y profesión, y sin ninguna relación con las condiciones de su trabajo ni con incumplimientos de su empresa en materia de seguridad y salud.

## V. CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup> La caída del trabajador se produce fuera de su empresa que estaba situada en la planta 16, en un lugar concurrido por trabajadores de diversas empresas y de personas ajenas al edificio, que utilizan el bar allí existente para desayunar, comer o tomar café (exactamente igual que sucede en los juzgados). Importante tener presente que el trabajador sale de su trabajo y descendiende 9 pisos.

2.<sup>a</sup> No existe relación alguna entre la gestoría donde trabajaba el accidentado y el bar y la terraza donde ocurrieron los hechos, ni con cualquier otro local situado en la calle donde acuden los trabajadores de las diversas empresas de la zona y del propio edificio.

3.<sup>a</sup> No obstante, y en cumplimiento del encargo recibido, se procedió al estudio y reconstrucción del accidente utilizando modelos gráficos, físicos, matemáticos y se ha verificado el punto de caída, tomando mediciones y efectuando pruebas para asegurar la objetividad de los resultados.

4.<sup>a</sup> Las verificaciones y mediciones efectuadas confirman que las protecciones pe-

rimetrales de la terraza cumplen todas sus normativas y sobrepasan la altura preceptiva.

5.<sup>a</sup> La caída por causas naturales no era posible (ver croquis y fotografías) porque el accidentado sobresalía escasamente 50cm sobre la baranda.

6.<sup>a</sup> La caída desde la posición de sentado sobre la misma habría sido «a plomo» sin empuje hacia el exterior y verticalmente por simple desequilibrio, con posición final dentro de los 2 metros de distancia de la pared.

7.<sup>a</sup> Las verificaciones y cálculos gráficos de la caída, determinan la existencia de un fuerte impulso hacia el exterior para caer a 4,50 metros de distancia de la pared como posición final, impulso que sólo se podía conseguir si la posición inicial era en pie sobre la baranda.

8.<sup>a</sup> No podemos estar de acuerdo con el dictamen del Inspector de trabajo, porque considera la terraza de un bar como prolongación de puesto de trabajo, debiendo resaltar además las siguientes incongruencias:

En el primer informe de la Inspección de Trabajo se indica: «... comprobó que cualquiera puede precipitarse por tropezarse o apoyarse en el mismo... el suelo presenta inclinación

hacia los desagües con baldosas lisas» (insinúa un resbalón).

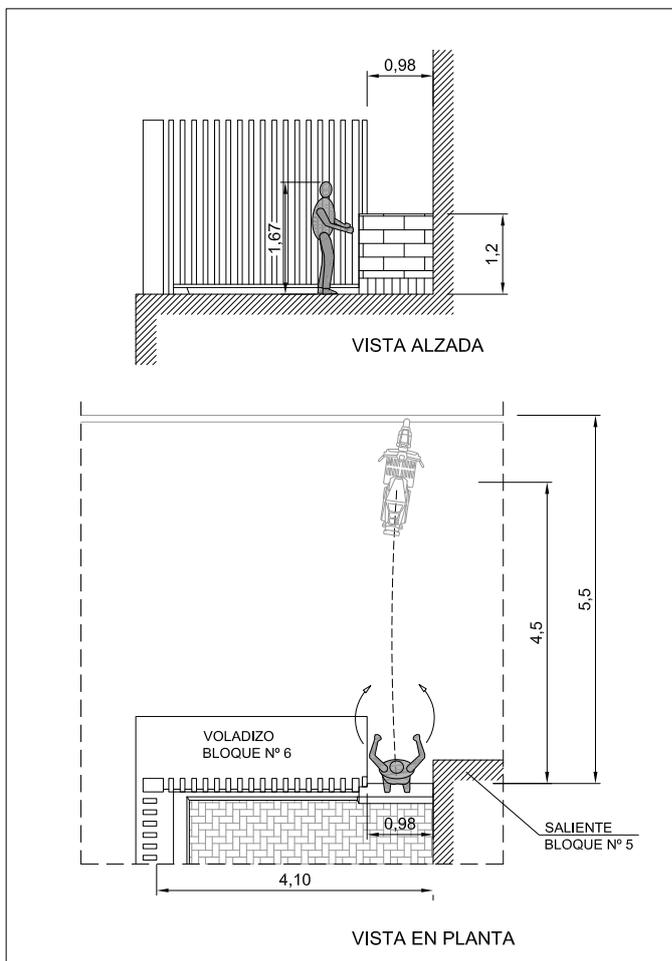
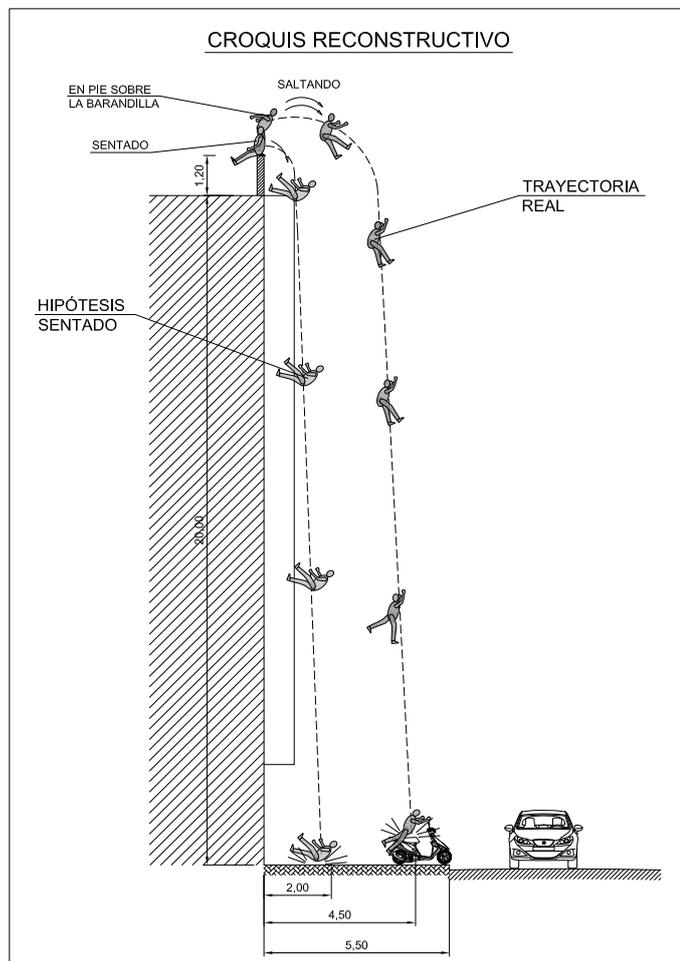
En el segundo Informe de la Inspección de Trabajo se indica: «Este funcionario realizó visita al lugar del accidente y comprobó que cualquiera puede precipitarse, bien por tropezarse, apoyarse o resbalar».

Estas conclusiones del Inspector no se apoyan en un estudio técnico y comprobado del lugar, siendo total y absolutamente subjetivas.

9.<sup>a</sup> El accidente se produce fuera de la empresa y puesto de trabajo, en hora de comer y no trae causa de defectos técnicos, organizativos ni de prevención de su empresa, pero tampoco de incumplimiento de normas constructivas de la terraza situada en la planta séptima del edificio. ■

## NOTAS

(\*) INSH: Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, RGSH: Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, LPRL: Ley de Prevención de Riesgos Laborales.





## Práctica Forense

Consejos muy prácticos para el perito citado a una vista oral

### LA LEY 8239/2013

# Consejos muy prácticos para el perito citado a una vista oral

**Juan Francisco ORELLANA DE CASTRO y Rafael ORELLANA DE CASTRO**  
*Abogados y peritos calígrafos. Socios de «Gabinete Jurídico Pericial Orellana, abogados y peritos calígrafos asociados». Miembros de la Asociación catalana de peritos judiciales colaboradores de la Administración de Justicia.*

*Se aborda la forma en que el perito debería actuar antes, durante y después de su intervención en una vista oral, aportando sus autores diversos consejos prácticos al respecto.*

**C**omo peritos calígrafos que venimos trabajando ante y para los Juzgados desde hace más de treinta años, hemos creído oportuno elaborar un listado de consejos dirigidos a aquellos peritos —de cualquier especialidad forense— designados ya sea por el Tribunal o por algunas de las partes, y citados para asistir a una Vista oral.

Tal vez puedan parecer consejos evidentes, y algunos de ellos hasta superficiales. Sin embargo, creemos que todos ellos bien podrían formar parte de un manual básico para saber cómo el perito debe enfrentarse a una Vista Oral, evitando, además, que las disfunciones de la Administración de Justicia puedan perjudicar en su cometido como perito que debe informar ante un Tribunal. Si nosotros hubiéramos tenido esta lista cuando empezamos a ejercer ante los Tribunales, seguramente en más de una ocasión nos hubiéramos evitado largas horas de espera, desplazamientos innecesarios, malos entendidos, y algún que otro disgusto.

Este compendio permitirá pues al perito saber qué precauciones ha de tener antes de comparecer a la Vista, qué gestiones realizar, y qué comportamiento debe seguir durante el Juicio Oral, para que su intervención se adecue a las normas del proceso y acabe siendo provechosa para el juzgador.

#### Unos días antes de la Vista:

— Lee bien el dictamen que hiciste. Léelo todo, no sólo su conclusión ¿por qué? Pues

porque seguramente el dictamen lo habrás hecho unos meses antes (incluso años), y será necesario que recuerdes todo su contenido. Las preguntas que te formulen pueden basarse en alguna parte del dictamen, y no sólo en la conclusión.

— Repasa también las notas que debiste haber tomado mientras realizabas el dictamen, porque te ayudarán a recordar bajo qué circunstancias se realizó el estudio, con quién hablaste, quién te encargó el dictamen, qué visitas hiciste y con quién, qué material recibiste y por parte de quién, cuándo, etc.

— Si tu dictamen pericial fue acompañado por una de las partes con su demanda inicial,

contacta con el abogado que te lo encargó, para preparar y coordinar tu intervención oral en la Vista. Además, puede ocurrir que haya un nuevo abogado director del asunto, al que le resultará de gran utilidad contactar contigo para que le expliques antes del Juicio el contenido de tu dictamen y le puedas comentar cualquier contingencia surgida durante su elaboración.

— Para preparar tu exposición oral, y aunque no seas un experto en leyes ni en Derecho, ponte en la piel del abogado al que tu dictamen puede perjudicar. De esta manera podrás deducir aquellas preguntas que te puede formular. Incluso puedes preguntar a un compañero perito de tu misma especialidad que se lea tu dictamen y que te dé su opinión, e incluso que sea crítico con su contenido. Ello te permitirá corroborar que la conclusión que emitiste es congruente con el resto de apartados de tu dictamen, y deducir dónde puede suscitarse la controversia técnica.

— Pregunta al abogado que te encargó el dictamen si las otras partes personadas en el proceso han presentado otro u otros dictámenes que contradigan el tuyo, en todo o en parte. En caso positivo, es importante leerlos, pues así podrás saber en qué marco se centrará el debate.

— Si crees que tu intervención en el acto de la Vista debe apoyarse en algún medio audiovisual, plantéaselo al abogado que te encargó el dictamen para que él también valore esta posibilidad. Si así lo decide, se deberá solicitar al Juzgado con el tiempo suficiente para que acuerde instalar en la Sala de Vistas algún sistema de visionado.

— Si el Juicio se va a celebrar en una localidad muy alejada de tu residencia, puedes pedir al abogado o al Tribunal que te permitan intervenir a través de videoconferencia. Esta solicitud debe hacerse con el tiempo





necesario, puesto que requerirá de un plazo para que el Tribunal lo acuerde, y para que se organice el sistema de videoconferencia. De todas maneras, será el abogado que te encargó el dictamen quien decida si es mejor que asistas en persona al juicio o bien considera que no hay inconveniente en que intervengas por videoconferencia.

— También es importante que, si no lo has hecho antes, traslades al abogado tus honorarios por asistir al juicio, puesto que si no pactaste unos honorarios a tanto alzado por todo tu trabajo, los honorarios periciales por asistencia a juicio son suplementarios a los que ya cobraste por la elaboración del dictamen pericial.

#### El día antes de la Vista:

— Asegúrate que la Vista se va a celebrar. A veces, en los días previos, el Tribunal puede haber recibido una solicitud de suspensión de alguna de las partes y por cualquier motivo (imposibilidad de asistir por parte de algún abogado, enfermedad sobrevenida de algunos de los citados o del propio juez, imposibilidad de localizar y citar a un testigo, huelgas, etc.), y todo y que el Juzgado sepa que el Juicio no se va a celebrar, puede que no haya tenido tiempo de notificar la suspensión a los testigos y a los peritos, ya citados.

— Si lo crees necesario, confirma la hora de la Vista con el abogado que ha propuesto tu comparecencia a la Vista, o llamando directamente al Juzgado del que has recibido la citación. Porque en ocasiones, la hora que se indica en la citación que has recibido en papel puede no coincidir con la hora real de la Vista.

— Asegúrate que conoces el lugar donde se encuentran los Juzgados y la Sala de Vistas ante la que debes asistir. En los edificios ju-

diciales de nueva construcción, las Salas de Vistas suelen estar en una planta diferente a la de la oficina judicial (normalmente en la planta baja). Fíjate si la citación que recibiste indica el número de la Sala a la que tienes que acudir.

#### El mismo día de la Vista:

— No te olvides de llevar contigo tu Documento Nacional de Identidad y, si lo tienes, el documento o certificado que te acredite como perito, ya sea de tu Asociación o Colegio profesional.

— Ves con tiempo al Juzgado. Al llegar a la Sala donde se va a celebrar la Vista, identifícate como perito al agente judicial que auxilia al Tribunal, y comunícale a qué procedimiento judicial has sido citado, mostrándole la citación que has recibido.

— Has de saber que los peritos somos los últimos en entrar a declarar, y antes entrarán las partes y los testigos. Por tanto, ármate de paciencia, porque el tiempo que un perito suele esperarse para entrar a declarar suele ser largo.

— No obstante, si tienes un señalamiento en otro Juzgado esa misma mañana, o tienes una gestión o compromiso importante que realizar, puedes solicitar al Tribunal y a los abogados que te permitan declarar antes que los testigos. Incluso puedes realizar esta solicitud si ves que hay muchos testigos y que tu tiempo de espera va a ser más largo de lo habitual. Si todas las partes están de acuerdo, el Tribunal suele acceder a tu petición.

#### Durante la Vista:

— Cuando te llamen a declarar, entra y ponte delante del micrófono, normalmente situado

en medio de la Sala. Habla a una distancia de 10 cm del micrófono, porque si hablas demasiado cerca del micrófono, tu voz no se grabará correctamente. No subas al estrado donde se sitúan los abogados y el Tribunal, a no ser que el Tribunal pida que te acerques para que examines alguna documentación incorporada a los autos o les aclares alguna cuestión examinando los documentos incorporados a la causa.

— Después de que el Tribunal te solicite el juramento o promesa del cargo, una de las primeras preguntas que seguramente te formularán es si te ratificas en tu dictamen. Si bien la LEC no indica que sea preceptiva la ratificación en sede de Vista Oral, ratificar significa que confirmas, que estás de acuerdo y que reconoces como tuyas todas las afirmaciones, consideraciones, valoraciones y conclusiones que constan en tu dictamen. Para contestar a esta primera pregunta, es recomendable que solicites al Tribunal que se te muestre tu dictamen original incorporado a los autos, para comprobar que efectivamente se corresponde fielmente con el que tú elaboraste. Tómate tu tiempo, es importante que compruebes detenidamente que realmente ese es tu dictamen.

— Algunos abogados o Tribunales preguntan si nos ratificamos en las conclusiones del dictamen, cuando en realidad la ratificación debe comprender también el resto de partes de nuestro dictamen. Nosotros utilizamos la fórmula «Me ratifico íntegramente en las conclusiones y en el total contenido de mi dictamen».

— Antes de ratificar tu dictamen y antes de que las partes empiecen a lanzarte la batería de preguntas que hayan preparado, es el momento de rectificar, de exponer cualquier error de forma o de fondo que hayas podido cometer en tu dictamen. Esto es importante porque si no aclaras o modificas aquel apartado de tu dictamen en el que has advertido algún error, por leve que sea, puede ser utilizado para desvirtuar tu dictamen y restarle credibilidad.

— Tras comprobar que la copia que tú tienes se corresponde con el dictamen original incorporado a los autos, tenla a mano, porque las preguntas que te formulen a partir de ese momento requerirán una consulta constante de su contenido. Si lo consideras necesario, pide con la suficiente antelación, que puedas estar sentado, o incluso pide una mesa para poder examinar y desplegar los documentos que utilizaste.

— Es recomendable que durante tu intervención o cuando respondas hagas mención a los folios de tu dictamen que tienen que ver con la pregunta que te están formulando: «Como indico a folio 3 de mi informe ...».

Ten en cuenta que el juez seguramente irá consultando tu dictamen mientras tú hablas, por lo que es interesante que le facilites el trabajo: pon en relación tu respuesta oral con la explicación escrita que aparece en tu dictamen.

— Has de responder a todas las preguntas que te formulen. Tú no puedes decidir si respondes o no a alguna pregunta que te formule cualquiera de las partes. Es el juez quien decide si las preguntas que te están formulando son o no pertinentes.

— Si no entiendes alguna pregunta, solicita que se te aclare, que se reformule, o se repita cuantas veces creas necesarias para que la entiendas.

— Sé claro en tus respuestas orales, y utiliza un tono alto para contestar, que se te oiga. Intenta no empezar la respuesta con un «mmmmm» o con un inicio como «Vamos a ver...» o «A ver ...» en cada intervención. Puede dar una idea de inseguridad. Así pues, ves al grano.

— Ser claro no significa ser contundente, de manera que no siempre te va a ser posible responder a todas las preguntas que te formulen con un SI o con un NO. A veces es necesario matizar la respuesta.

— Ser claro significa exponer tu respuesta de la manera más directa, precisa y didáctica posible, y que tenga una correspondencia directa con lo expuesto en tu dictamen.

— Además de la claridad, es recomendable que seas conciso. Algunos peritos se extienden innecesariamente, con la buena intención de intentar aclarar en demasía, provocando así una respuesta que excede al marco de lo que se nos está preguntando. No se pretende que dictes una clase magistral, ni que defiendas una tesis doctoral, sino sólo que respondas a una pregunta concreta sobre una parte de tu dictamen. Nada más.

— Tu actitud ante las preguntas, tu posición, tu tono de voz, tu mirada, tus gestos, tu capacidad de improvisar, tu vestimenta, tu soltura, tu manera de reaccionar ante preguntas que pueden ser impertinentes, también pueden ser importantes y tenidas en cuenta por el juzgador. Los expertos en lenguaje no verbal recomiendan, por ejemplo, que los peritos no crucen los brazos ni delante ni detrás del cuerpo a la hora de declarar, que no se giren o hagan movimientos reiterados o bruscos, y que miren a los ojos de los que les preguntan. Porque nuestros gestos y todo aquello que transmitimos a través de nuestro cuerpo dice de nosotros y puede ayudar a confirmar al Juzgador si nuestra explicación oral es más o menos creíble.

— Al responder, dirígete y mira al que te está preguntando, pero también dirígete al Tribunal o al Juez, que son los que en definitiva van a tener en cuenta y valorar tu intervención.

— Sé congruente con lo que expusiste en tu dictamen. A no ser que aparezcan circunstancias sobrevenidas y excepcionales que te lleven a modificar la conclusión de tu dictamen, tu cometido durante la Vista debe ser aclarar y explicar oralmente tu opinión profesional, que ya consta en el dictamen escrito.

— Es importante utilizar las mismas palabras o las palabras «clave» que utilizaste en tu dictamen escrito. No te pierdas en términos demasiado técnicos y farragosos propios de tu especialidad, no es lo que se pretende con tu intervención durante la Vista.

— También es importante utilizar los adecuados tiempos de verbo durante tu declaración. Hemos comprobado que, en ocasiones, los peritos o los testigos utilizan el tiempo condicional («podría», «caería», «excedería»), que puede dar pie a una interpretación errónea o insegura de nuestra opinión. Porque no es lo mismo decir, «lo que habría ocurrido es...», o «lo que podría haber ocurrido es...» que «lo que considero que ocurrió es que...».

— Sé respetuoso con la parte cuyas preguntas pueden ser un tanto «incisivas». Porque un buen perito debe entender que el abogado no está más que cumpliendo con su cometido, que consiste precisamente en intentar destruir la conclusión del dictamen pericial que le perjudica, dictamen pericial que puede ser el tuyo.

— En la Vista, también se podrá pedir tu opinión sobre los otros dictámenes presentados. Aunque no hayan sido objeto de tu informe, puedes perfectamente dar tu opinión sobre ellos si los has leído, y decir, por ejemplo, y que por los motivos que tú consideras, no compartes su conclusión. Ello, evidentemente, siempre que te pregunten sobre ellos.

— Si tu intervención durante la Vista Oral es conjunta con otros peritos de tu misma especialidad, es recomendable que intervengas cuando lo consideres preciso, siempre pidiendo permiso al Juez a la hora de tomar la palabra. Si crees que otros peritos han formulado algo que tú consideras erróneo, dirígete al Tribunal para saber si puedes intervenir, a los efectos de acotar o aclarar algún concepto que según tu opinión técnica, no ha quedado claro o es erróneo.

— La ley permite a las partes que te pidan ampliaciones a tu informe. Si crees que para contestar a estas ampliaciones necesitas un tiempo prudencial de estudio de los nuevos

datos, pídelo. No te sientas obligado a contestar de forma inmediata.

***Si el Juicio se va a celebrar en una localidad muy alejada de tu residencia, puedes solicitar al abogado o al Tribunal que te permitan intervenir a través de videoconferencia***

— Acuérdate de recoger tu DNI al salir del Tribunal.

— Si tienes tiempo, quédate en la Sala como público. Puede resultar interesante escuchar el resto de intervenciones de las personas citadas que entrarán a continuación, e incluso escuchar los informes finales de los abogados, porque pueden hacer referencia a tu informe o a tu exposición oral, lo cual te servirá para reflexionar acerca de la elaboración de tu dictamen.

#### Después de la Vista:

— Archiva el expediente y tenlo localizado. Porque en ocasiones, hemos sido citados para ratificar ese mismo dictamen pero en otro procedimiento judicial, incluso en una diferente jurisdicción.

— Si tu asistencia a la Vista Oral ha sido provocada por uno de los abogados, puedes llamarlo para saber cómo, según él, se ha desarrollado ese Juicio Oral. Te puede resultar interesante que el abogado te traslade sus impresiones, incluso que te diga qué le ha parecido tu intervención como perito.

— Puedes pedir al abogado que te ha contratado que te deje leer la sentencia cuando salga, porque seguramente en ella se hará una valoración de tu dictamen, y te resultará interesante saber cómo el juez ha valorado tu intervención como perito en ese caso en concreto.

— Ten presente a ese abogado para mantenerle informado acerca de la publicación de novedades de tu especialidad, envíale los artículos que hayas publicado, infórmale de tu asistencia a Congresos y del contenido de tus ponencias, etc. Seguramente necesitará un perito de tu especialidad para un futuro procedimiento judicial, y esta es la mejor forma que se acuerde de ti. ■



## Dossier

Dossier de los tribunales sobre probática

Consulte los textos íntegros en  
www.diariolaley.es

### LA LEY 5079/2013

## Dossier de los Tribunales sobre probática

### Sombras de un caso de prueba penal

Carlos DE MIRANDA VÁZQUEZ

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). Magistrado suplente.

*En esta ocasión, se analiza un caso de homicidio cuyo juicio de hecho presenta numerosos puntos de fricción con el derecho a la presunción de inocencia. Se desgrana el asunto y se analizan los distintos aspectos de la decisión judicial, fijando especialmente la atención en algunas disfunciones sistémicas, en relación con la valoración de la prueba, que pueden conducir a resultados cuestionables.*

#### I. INTRODUCCIÓN

En esta ocasión, nuestro objeto de análisis son dos resoluciones sobre un mismo y único asunto y no un concreto tema probático. Y no podemos decir que se trate de una sentencia de actualidad, porque la primera sentencia data de octubre de 2006 y la segunda se dictó aproximadamente unos ocho meses más tarde de la primera. Tampoco podemos decir que se deba a que constituyó un caso emblemático, de profunda repercusión mediática a lo largo y ancho del país. Su resonancia social fue discreta. Pero, con todo y esto, seguimos firmes en el propósito de llevar a término un sucinto análisis de ambas resoluciones —aunque, como se verá, daría para escribir muchas páginas—. Nuestro cometido es sumamente modesto. Son varias las cuestiones que afloran y que, tan sólo con plantearlas, infunden un profundo desasosiego en el lector y ya no digamos si estas resoluciones llegan un día a ser leídas con detenimiento por un justiciable, ajeno al mundo procesal. Y no es que se traten de problemas excepcionales. Más bien todo lo contrario. Creo que están presentes, casi constantemente, en nuestros procesos penales. Veamos qué amerita tanto interés.

#### II. ANATOMÍA DEL CASO

Se van a desgranar a continuación todos los datos fácticos de naturaleza objetiva —intencionadamente se soslayarán, de momento, los de corte subjetivo— de que dispusieron, tanto el Jurado, como el órgano jurisdiccional al que correspondió conocer de la segunda instancia (1):

1.º) El 3 de mayo de 2004, Victoria —de 32 años de edad— y Camila —de 54 años de edad—, la primera hija de la segunda, aparecieron muertas en la vivienda unifamiliar en la que moraban —junto al marido de Victoria— en la población barcelonesa de Lliçà de Vall.

2.º) El fallecimiento de Victoria aconteció entre las 12 y las 14 horas del día señalado. Esta víctima estuvo en la vivienda toda la mañana.

3.º) Camila encontró la muerte entre las 13.30 y las 14 horas del mismo día. Esta víctima habría salido por la mañana a realizar ciertas gestiones bancarias y médicas, regresando en hora indeterminada a la vivienda.

4.º) El acometimiento de Victoria se produjo con un arma blanca de un solo filo, ocasionándole un total de 13 heridas, 9 localizadas en el tronco y 4 en las extremidades superiores, lo que le causó la rotura de la arteria y vena iliaca izquierda, sección del duodeno, páncreas, vasos mesentéricos, arteria hepática común y mesentérica superior y perforación del pericardio con lesión de la aurícula derecha, teniendo una hemorragia masiva que le produjo la muerte por parada cardiorespiratoria.

5.º) El acometimiento de Camila se llevó a cabo del mismo modo, produciéndole una treintena de heridas (2 en el cuello, 10 en el tronco, 5 en las extremidades inferiores y 13 en las extremidades superiores), de lo que resultó la perforación del ventrículo derecho del corazón, así como del hemidiafragma derecho y del lóbulo inferior del pulmón derecho, dando lugar a una importante pérdida de sangre, insuficiencia respiratoria aguda y fallo cardíaco, desembocando también en parada cardiorrespiratoria.

6.º) Se encontró un cuchillo de cocina, en un cajón, que tenía restos de sangre de Victoria. En el mismo, ni se encontraron restos de sangre de Camila, ni ninguna transferencia biológica de terceras personas, incluido Leandro.

7.º) Debajo del cuerpo de Victoria —concretamente bajo su pierna izquierda— apareció un reloj, propiedad del marido de ésta, a estos efectos, Leandro, de la marca TagHeuer. El cierre del reloj se encontraba abierto. Los demás ejemplares de la serie del reloj que nos ocupa presentaban un defecto de fabricación, consistente en que el cierre se abría con suma facilidad.

8.º) En el reloj aparecido bajo el cuerpo de Victoria se localizaron restos de sangre de Victoria.

9.º) Las huellas que se recogieron en el lugar de los hechos se pudieron identificar en su totalidad —menos dos, a las que seguidamente se hará referencia—, como propias de Victoria, de Camila y de Leandro. Esas dos restantes no permitieron —por su deficiente calidad— su efectiva atribución (lo que no debe leerse como correspondientes a terceras personas anónimas; sencillamente no se pudo determinar a quién pertenecían, si a alguna de las tres personas citadas, o a un extraño).

10.º) Se encontró —cerca del cuerpo de Victoria— un mechón de cabellos rubios. No se pudo establecer la pertenencia de los mismos a las víctimas y tampoco se relacionaron con Leandro.

11.º) De todas las huellas dactilares localizadas en el lugar de los hechos, dos se reputaron carentes de valor por no disponer de suficientes puntos característicos.

12.º) A decir de los forenses, con toda probabilidad, las heridas infringidas a Victoria fueron hechas por una misma persona.

13.º) No se dispone de testigo alguno que viera entrar o salir a persona alguna de la vivienda donde se produjeron las atroces muertes, en el intervalo de tiempo en el que se ha fijado el fallecimiento de Victoria y Camila.

14.º) Los cajones de la habitación de Camila mostraban signos de haber sido registrados.

15.º) Ni Leandro, ni tampoco los familiares de las víctimas encontraron a faltar objetos o efectos personales.

16.º) El cristal de la puerta de la cocina, que da a la terraza, apareció roto.

17.º) Se hallaron restos de cerámica de un cenicero marrón con un escudo en una terraza exterior, que, a decir de los familiares, se hallaba normalmente dentro de la vivienda.

18.º) Aparecieron joyas de Camila desperdigadas por la terraza de la vivienda.

19.º) La caja que habría contenido dichas joyas presentaba un desperfecto.

20.º) Se encontró sangre de Leandro en la parte interior del cristal roto, esto es, en la cara que da a la cocina.

### III. UN ALTO EN EL CAMINO: UNA BREVE REFLEXIÓN SOBRE LO QUE SABEMOS HASTA EL MOMENTO PRESENTE

Convendrá el lector conmigo en que la evidencia disponible —toda ella indiciaria—, de carácter objetivo —insisto en la importancia de este último adjetivo— es —por emplear un término suave— escasa. A ver, repasemos:

a) No hay rastros de transferencias biológicas desde el cuerpo del autor del hecho criminal hasta los cadáveres.

b) Existen serias dudas sobre el arma del crimen. Es cierto que se encontró un cuchillo en un cajón, con restos de sangre de Victoria, que morfológicamente es compatible con la forma de las heridas. Pero hasta ahí.

c) Se localizó un mechón de cabellos rubios que no se sabe de quién son —aunque es seguro que no pertenecen a Leandro— y sobre los cuales los diferentes equipos periciales han navegado en un mar de dudas, cuando no se han contradicho abiertamente.

d) Han aparecido dos huellas que no podemos saber a quién pertenecen: si a las víctimas, a Leandro o váyase a saber a quién.

e) Nadie ha visto ni entrar ni salir a persona alguna en la casa en la franja horaria en que se perpetraron los homicidios.

f) He dejado para el final, intencionadamente, lo único realmente relevante de cuánto se lleva dicho, que no es otra cosa que el reloj, con el cierre abierto, propiedad de Leandro, bajo la pierna izquierda de Victoria.

Quizás esté rotundamente errado, pero me cuesta trabajo admitir que nos encontramos ante un acumulación hercúlea de pruebas de cargo. Si me hubiese contado entre los miembros del jurado que conoció de este asunto en primera instancia, sin añadir ningún aditamento de los que luego se dirán, me asaltaría una duda, más que razonable. Pero no adelantemos acontecimientos.

### IV. EL FALLO DE LAS DOS SENTENCIAS

La primera de las resoluciones —la que resulta del juicio con jurado— encontró a Leandro culpable de los asesinatos de Victoria y Camila, condenándole a veinte años de prisión por cada una de las muertes, con más las restantes penas accesorias. La segunda de las resoluciones se limitó —cumpliendo con los cometidos de su competencia funcional— a confirmar la primera, desestimando el recurso de apelación interpuesto por Leandro.

### V. ¿POR QUÉ SE ENCONTRÓ CULPABLE A LEANDRO? BUSCANDO RAZONES

#### 1. La pesadilla del fracaso de los contraindicios y la elusión del derecho a la presunción de inocencia

Nadie puede negar que hoy en día, el Tribunal Supremo proscribiera que el fracaso de los contraindicios y la orfandad probatoria de las versiones exculpatorias —en especial, de la coartada— no puede contarse como una prueba de cargo frente al acusado. Pero luego, como por efecto de un extraño sortilegio, el fracaso o la orfandad a los que me he referido acaban aparejándose a pruebas de cargo y suman —mucho— a la hora de inclinarse por un pronunciamiento condenatorio. Y todo como consecuencia de un discurso oscuro, ininteligible, pero sumamente pernicioso, si se considera detenidamente: dichas versiones exculpatorias fracasadas «(...) no solamente no desvirtúan sino que refuerzan la convicción racionalmente deducida de la prueba practicada» (FJ 2.º de la Sentencia dictada en este caso, en sede de recurso de apelación). Ya analicé la cuestión en otro dossier de tribunales, así que me remito a lo allí expuesto (2). Pero no puedo evitar decir algo más. Si el imputado/acusado tiene

derecho, no ya sólo a guardar silencio, sino que puede mentir y ofrecer mil y una versión exculpatorias, sin que se deba extraer de ello el menor provecho probatorio para la acusación, ¿por qué no se abandona definitivamente esa asentada costumbre del sí pero no, de que los silencios o las mentiras del acusado no deben tener repercusiones negativas para él y luego resultan que sí las tienen? O una cosa, o la otra. Pero las dos a la vez resultan contradictorias.

En el caso que nos ocupa, tengo para mí que Leandro no mintió en relación con su coartada. Digo que no mintió porque los testimonios que sirvieron para desacreditar su versión exculpatoria no me merecen crédito. Pero sobre eso volveré más adelante. Lo más que se puede decir de la versión de Leandro es que no cuenta con prueba que permita su cumplida justificación racional. Descendamos a los detalles del caso y se comprenderá mejor lo que quiero significar.

Según Leandro, esa mañana marchó a la casa en construcción que estaba edificando junto a su esposa, la difunta Victoria. Allí permaneció hasta que regresó al mediodía y encontró los cadáveres de su mujer y de su suegra.

No hay ninguna prueba directa y, al parecer, tampoco indirecta de que permaneciera todo el tiempo en ese otro lugar. Pero eso no debería tener mayor trascendencia a la hora de decidir sobre su culpabilidad. Al menos, a tenor del derecho a la presunción de inocencia y el derecho derivado a guardar silencio e incluso a mentir (3). Sin embargo, la Sentencia que recoge el veredicto del Jurado dedica su segundo fundamento de derecho —el primero versa sobre la calificación jurídica de los hechos—, en el que —aclaro— ya se entra a analizar la prueba que permite alcanzar conclusiones sobre la autoría, a la cuestión del fracaso de la coartada ofrecida por Leandro. Dicho más sencillamente, fue lo que más pesó en el proceso decisor del Jurado, o al menos eso parece. En lugar de dejarlo para el final, como remate de una sólida prueba de naturaleza objetiva (según la cuestionable doctrina jurisprudencial antes mencionada), parece erigirse en el principal motivo. Algo debió tener que ver con todo esto la evidente endeblez de la prueba indiciaria objetiva que reunió la acusación. Sea como fuere, se percibe de trasfondo un cierto sesgo de confirmación. La prueba de corte objetivo parece venir a confirmar la negativa impresión que causa el fracaso de la coartada, esgrimido como primer y determinante elemento de convicción del Jurado.

Desde luego, no comparto la forma de proceder. Y me pregunto a qué conclusión se hubiese llegado de haber orillado completamente el fracaso de la coartada de Leandro (insisto, por falta de prueba). Y también me



cuestiono si no sería más honesto con esta forma de proceder que se informara taxativamente a todo imputado sobre las nefastas consecuencias que le puede acarrear ofrecer una versión exculpatoria mendaz o que no vaya a poder probar. Me da la sensación que el derecho a la presunción de inocencia ha perdido un jirón de su integridad por esta vía.

## 2. Hechos y dichos del imputado, una pesada losa

Llama poderosamente la atención hasta qué punto el Jurado magnificó las palabras y la conducta de Leandro, en los primeros compases de la investigación. Por lo visto, en un momento determinado, Leandro (que, por cierto, era policía autonómico) pronunció una frase que, a la postre, le perjudicó ostensiblemente: «Tenéis muchos indicios, pero prueba no tenéis ninguna» (FJ 2.º, ap. l.f, de la primera sentencia). Quizás, lo que quiso expresar Leandro, en este caso, es que se carecía de prueba directa alguna sobre el hecho central y los indicios hallados se antojaban, en junto, endeble. O pudo querer decir otra cosa. La tal expresión admite muchas lecturas. Puestos a mal pensar, sí, podría parecer que se jacta de que la Policía no ha encontrado pruebas o bien que, como policía, él también había hecho un buen «trabajo» no dejando pista alguna. Pero, visto desde otro ángulo, cabría entender que estaba espetando a sus compañeros de profesión a que extremaran los esfuerzos para localizar más evidencia, porque la que había —y hubo finalmente— es, al menos a mi modo de ver, escasa y de pobre significación. No obstante, no es cosa de interpretar lo que quiso decir —pues para eso hay que estar preparado técnicamente y conocer más exactamente las circunstancias que rodearon esa manifestación—. Resultando ambigua la expresión en su significación, opino que el Jurado tendría que haberla obviado.

También se ha tomado en consideración la conducta de Leandro al encontrar los cuerpos

y la forma en que reaccionó cuando se llevó a cabo la inspección ocular y el levantamiento de los cadáveres. Sin duda alguna, se interpreta su comportamiento en clave negativa. Pero no consta la elaboración de dictamen pericial alguno, de corte psicológico, que, previa entrevista con el imputado —si es que se hubiese querido prestar a ello— analizara e interpretara el modo de conducirse Leandro en esos momentos iniciales. Me parece cuanto menos peligroso el modo ciertamente naíf de interpretar la conducta del acusado por parte del Jurado y se me antoja un exceso extraer de ello consecuencias perjudiciales para Leandro.

Si llevamos el argumento al extremo, parece aconsejable que los sospechosos reaccionen del modo más dramático e histriónico posible, no sea que una conducta menos expresiva puede llegar a identificarse con el comportamiento de un malhechor sin sentimientos, cruel y despiadado.

## 3. Prueba testifical, intermediación y revisión de la credibilidad en sede de recursos

Esta cuestión guarda una estrecha relación con la primera. El fracaso de la coartada de Leandro se sustentó esencialmente en seis testificales. Algunos de los testimonios coincidieron en que todos ellos habían visto el coche del acusado aparcado delante de la vivienda en el intervalo de tiempo en el que se produjeron los homicidios. Los restantes testigos manifestaron, sin desacuerdo alguno, que no habían visto el vehículo de Leandro aparcado delante de la vivienda en construcción.

La primera consideración que merece esta cuestión es la preocupante inoperancia de los conocimientos alcanzados por la Psicología del Testimonio en el plano procesal probatorio.

En las resoluciones —como es lógico— no se contiene un detalle del desarrollo de los

interrogatorios de estos testigos. Y, por ello, no se puede saber hasta qué punto se les formularon preguntas dirigidas a evaluar la calidad de su percepción y de su memoria, además de aquellas otras cuestiones tendientes a confirmar su sinceridad. Pero en todo caso, me aventuro a conjeturar. Creo contar con el respaldo que proporciona que el Jurado no mencione ni una sola razón de los motivos por los que tuvo por fiables a todos esos testigos que depusieron sobre la presencia del vehículo de Leandro delante de su domicilio esa mañana. Eso sí, se puede leer en la segunda de las sentencias algo que pretende disipar cualquier duda: «Las testigos vecinas (...) se expresaron con claridad y de forma coincidente» (FJ 2.º). Y para remachar el argumento se añade: «No podemos obviar que se trata de una prueba testifical múltiple, coincidente, cuyas declaraciones se refuerzan entre sí y practicada con todas las garantías».

Vayamos al meollo de la cuestión. Bastará un ejemplo para ilustrar lo que se pretende razonar. Una de las testigos, Diana, manifestó que «(...) vio el coche del acusado y el de su esposa aparcados a las 10,30 horas del día de los hechos y los vio en la misma situación cuando volvió a su casa aproximadamente a las 13,30 horas» (FJ 2.º, segunda resolución). Pues bien, ¿se acuerda el lector de si el lunes pasado, cuando cogió el coche en el parking, el automóvil del vecino del 2.º 1.ª estaba estacionado en su plaza? ¿Y cuando regresó? ¿Estaba o no el utilitario de ese vecino concreto? La respuesta será que no, salvo que el coche del vecino nos llame la atención poderosamente por alguna razón (su color; nos entorpece la apertura de la puerta de nuestro automóvil; etc.). A este fenómeno mnemónico, los expertos en Psicología del Testimonio lo denominan «saliencia». Y un factor que disipa la aludida saliencia, es que una determinada situación se repita con cierta frecuencia. Lo extraordinario cuando se torna ordinario, deja de captar la atención de nuestra percepción (4). Por consiguiente —y con ello volvemos al caso—, si para los vecinos de Leandro, la ubicación de su coche resultaba un hecho anodino, repetitivo, y, además, la rememoración no se produjo a pocas horas de haberse producido el acto perceptivo, ¿cómo pueden afirmar que a las 10.30 horas estaba y que a las 13.30 horas también el día de los hechos (que hasta el momento de la intervención policial era tan ordinario como cualquier otro)? No decimos que los vecinos mintieran cuando fueron interrogados, sino que se nos hace difícil que tuvieran tal claridad de memoria sobre un hecho anodino como es ver coches aparcados en la acera de su ciudad.

Lo peor de todo es que la valoración de la prueba personal no puede ser revisada en sede de recursos como consecuencia de que el órgano jurisdiccional *ad quem* carece de

la taumatúrgica intermediación de la que sólo goza el órgano *a quo*.

Sigo sin comprender cómo es posible que la intermediación invista a los juzgadores —ya no digamos nada si se trata de jurados— de una suerte de facultad extraordinaria para determinar la credibilidad de un testigo con tan sólo verle y escucharle. A mí me parece que no es posible. Sin la formación necesaria no es posible interpretar correctamente el lenguaje no verbal. Incluso para los expertos no resulta en absoluto tarea fácil. Ya me he pronunciado al respecto en otro lugar (5). Pero si la valoración de la prueba a través de la práctica de una rigurosa intermediación es un mito, lo suyo es obtener toda la información necesaria de cuantos datos se nos ofrecen, tanto a través del propio medio de prueba escrutado, como del resto de los que se hayan practicado. Información oral o escrita que permite, perfectamente, extraer indicios sobre los que inferir acerca de la confiabilidad del testigo (por la calidad de su percepción, de su memoria, de la recuperación del recuerdo y por su sinceridad).

Regresemos al supuesto que nos ocupa. Ya he dicho que la literalidad de las resoluciones nos impiden conocer el detalle de los interrogatorios y, al propio tiempo, omiten cualquier mínimo razonamiento sobre los motivos por los que los diversos testigos que depusieron sobre la localización del coche de Leandro resultaron dignos de confianza. No es de extrañar tanto silencio. La intermediación obra una suerte de efecto automático e inaprehensible en la mente del juzgador o del jurado. Y, claro, quién puede desarrollar una cabal y completa argumentación a partir de una sensación o de una impresión. Y a todas estas, la sociedad nunca podrá conocer por qué razones esos testigos merecieron toda la confianza de los jurados, a pesar de que recuerdan cosas percibidas en unas circunstancias de las que la Psicología del Testimonio nos dice que no deberían albergar esas evocaciones en su mente, con tan elevado grado de detalle. Sea como fuere, esos testigos (que, con prodigiosa memoria, dicen que vieron el vehículo de Leandro todo el tiempo aparcado delante de su casa y en ningún momento aparcado en las proximidades de la vivienda en construcción) resultaron determinantes para acabar con la coartada del acusado y, al mismo tiempo, para construir una inferencia cuyo desenlace fue que el encausado no salió de su vivienda, donde se cometieron los horrendos crímenes.

#### 4. Compatibilidades y falacias

Me detendré muy poco en este punto. Quizás porque no merezca más. Pero no puedo negar que ha despertado mi interés. Vamos con el detalle del caso que nos ocupa. Leandro —el

acusado— presentaba en ciertas heridas en el pulpejo (6). La herida es compatible —señalan los forenses— con el empleo de un arma blanca. Luego, Leandro se produjo esa lesión con un arma blanca. De lo que cabe deducir que fue él quien asestó las muchísimas puñaladas que acabaron con la vida de Victoria y de Camila. Pero hay más aplicaciones de este razonamiento sobre la compatibilidad. El cuchillo que se encontró en un cajón de la cocina con restos de sangre de Victoria resultó ser compatible con la morfología de las incisiones que presentaban las fallecidas en sus cuerpos. Ergo, es muy probable que ese cuchillo fuese el empleado para agredirlas.

A mí este tipo de razonamiento se me antoja falaz. Aquí se hace jugar la compatibilidad como una suerte de mecanismo de determinación por exclusión. Me explico. Damos con un elemento que es compatible con otro. El filo de un cuchillo de cocina con la morfología de las incisiones. Y no habiendo otro elemento que presente las mismas credenciales de compatibilidad, concluimos, como altamente probable, que aquel primero es el agente causal, sin más información que corrobore el salto lógico. Y lo mismo vale para las heridas de Leandro en el pulpejo de su mano. Pero en ambos casos, el razonamiento se encuentra viciado porque se sustenta en un escenario de ignorancia. No hay más elementos compatibles, no porque la relación de caracteres sea singular y, por ende, excluyente. Podrían existir muchos otros elementos igualmente compatibles, que ahora desconocemos. Por consiguiente, la compatibilidad no puede ser genérica. Bien pensado, las heridas en el pulpejo no serían de tal singularidad que sólo las pudiese originar el empleo de un arma blanca, sino que también se las podría haber ocasionado Leandro realizando trabajos en la nueva vivienda que estaba construyendo (el propio acusado alude a que el día de autos habría estado arreglando una puerta). ¿Acaso presentaban las heridas de Leandro un indicio característico de los que quedan tras el uso apresurado de cuchillos, capaz de excluir otras causas posibles? Según las sentencias, en absoluto. Por lo tanto, pudiendo obedecer la herida al manejo de un arma blanca, igualmente podría explicarse por la realización de trabajos de carpintería y por otras muchas cosas. ¿Fue el cuchillo del cajón el que se usó para agredir a Victoria y Camila? Según las sentencias, no se puede responder tajantemente a eso. Así las cosas, sólo se me ocurre una cosa. Por higiene argumentativa, tanto el cuchillo de cocina —en el que no se hallaron rastros biológicos de Leandro—, como las heridas en la mano del acusado —cuya etiología ha quedado indeterminada—, deberían haber desaparecido del discurso de las resoluciones. Más que nada porque sin afirmarse tajantemente su valencia probatoria, parece que contribuyen a alimentar la idea de que fue Leandro quien con ese cuchillo

apuñaló de forma inmisericorde a su mujer y a su suegra, hiriéndose con ello en la mano. De hecho, un elemento que se pasó por alto, y que entiendo sumamente sugerente, es que no se encontraran rastros biológicos de Leandro en la supuesta arma del crimen; de hecho, una lesión en el pulpejo tendría que dejar restos en el elemento que la provocara.

#### 5. Un mechón de cabellos rubios y una encrucijada pericial

Cerca del cuerpo de Victoria se encontró por la Policía un mechón de cabellos rubios. Pudiera ser que la víctima se los hubiera arrancado a su agresor durante el acometimiento, aunque eso es pura especulación. En cualquier caso, Leandro no es rubio y parece que no se encontraron coincidencias genéticas. Desde luego, habría podido constituir una prueba de descargo, a mi modo de ver, decisiva. Sin embargo, ocurrió lo que sigue, que me he permitido extraer del texto de la segunda de las resoluciones (FJ 11.º) para conservarlo en toda su integridad: «(...) Se encontró cerca del cadáver de Macarena un mechón de cabellos rubios (...). Se trata del mechón de cabellos señalado como M8 (indicio 53) por el Departamento de Madrid del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. En las conclusiones de su informe obrantes al folio 1265 dicen en relación con el referido indicio 53 (M8) que "no muestran semejanza morfológica de cabellos analizados de SCA y MEAV (las víctimas)". Posteriormente, también el Departamento de Barcelona del mismo Instituto elaboró un dictamen analizando las muestras de sangre y pelos que les fueron entregados para ello y en concreto la muestra 31, que se corresponde con el mechón de cabellos rubios etiquetado como indicio 53 señalada como M8 por el Departamento de Madrid, concluyen que a la vista de los resultados no se puede excluir que los cabellos descritos como M8-1 "pertenece a Macarena, a Serafina o a cualquier persona emparentada con éstas por vía materna" (folio 1566). Ante la aparente divergencia de conclusiones, los peritos fueron sometidos a contradicción y preguntados sobre ello, y al respecto los peritos del Departamento de Barcelona contestaron que la muestra M8 (mechón rubio) coincide con la muestra indubitada obtenida en la línea mitocondrial de Serafina y Macarena y que "sus conclusiones son distintas del informe de Madrid, pero no son contrapuestos, ya que ellos abundan más que en el de Madrid, ya que ellos abundan en el contenido celular" (folio num. 101 del acta del juicio oral, que no consta grabado). Preguntados a través de videoconferencia los peritos del Departamento de Madrid contestaron que la muestra M8 "no presentaba semejanza con los pelos de las víctimas aunque todos eran parecidos" (folio núm. 103 del acta del juicio oral)».

Me parece cuanto menos llamativa la disparidad de conclusiones alcanzadas por ambos equipos periciales sobre la misma muestra. Y es, desde luego, difícil de digerir que unos «pelos» no presenten semejanzas con los propios de la víctima, aunque, a fin de cuentas, sean parecidos. Pero yendo un poco más allá, no se ha establecido de forma tajante que los cabellos sean de Victoria, pudiendo pertenecer —en el mejor de los casos— a una tercera personas a cualquier individuo emparentado por vía materna. Ergo, este elemento probatorio —en lugar de obviarse sin más— debería haber contribuido a cernir más dudas sobre el caso. ¿Es razonable que la encrucijada a la que se llega con los dictámenes periciales sirva únicamente para desterrar esta prueba de la masa de evidencia del caso? ¿Qué ocurre si —como aquí sucede— uno de los dictámenes permitiría inferir que en el escenario pudo encontrarse un tercero, distinto a Leandro y a las víctimas? ¿Ninguna consecuencia debe tener desde la perspectiva de la presunción de inocencia? Parece ser que no.

## 6. La peligrosa ductilidad de las máximas de experiencia

Esta consideración nos podría ocupar de forma monográfica y, a buen seguro, este espacio no nos alcanzaría para agotar la cuestión y aportar algo útil. Así que me limitaré a enunciar el problema sucintamente. Y para mejor exponerlo, partiré nuevamente del caso. Leandro manifiesta, en su defensa, a modo de *alibi*, que durante el lapso de tiempo en que se cometieron los crímenes, él se encontraba en la vivienda en construcción, efectuando algunos trabajos. Pues bien, aunque no se ofrece detalles sobre el particular, el caso es que cuando la Policía acude a la casa, la camiseta que llevaba puesta Leandro estaba limpia. Y tenía que estar ¡sucial! porque, al parecer, de todos es sabido —máxima de experiencia vulgar— que lijar puertas desprende polvo que inexorablemente se adhiere a la ropa,

sin que se pueda extraer más que con su lavado.

La generalización en cuestión me parece, cuanto menos, discutible. Para empezar, porque no es una máxima de experiencia vulgar, sino propia de quien se dedique a la carpintería o al bricolaje. Quien no haya lijado una puerta nunca o tampoco haya visto hacerlo, no puede más que ignorar qué consecuencias comporta para la ropa que se lleve puesta. Y cuando una máxima de experiencia no es vulgar, sino especializada —a veces, se confunde técnica con propia de un ámbito científico o profesional—, esto es, propia del acervo cultural de una minoría, se precisa el concurso de un experto —léase, perito—.

En el supuesto de autos, la aludida generalización tuvo consecuencias pésimas para Leandro, pues la limpieza de su camiseta sirvió para devastar definitivamente su coartada. Sin embargo, se le ha condenado sin que hasta el momento se haya confirmado nunca, ya sea merced a la intervención de un perito, ya sea por vía experimental, que lijar puertas mancha inevitablemente la ropa y que la suciedad impregnada no se quita más que con un concienzudo lavado de las prendas.

## 7. Estándar de prueba penal, duda razonable y la aparición de un reloj debajo de una pierna

Llegamos al final. ¿Y qué nos queda? Si se elimina la coartada fracasada, lo que dijera el acusado en los momentos iniciales de la investigación, lo que adujeron los testigos sobre la localización de su vehículo, las heridas en el pulpejo de su mano, el cuchillo encontrado en un cajón de la cocina como arma del crimen, la limpieza de la camiseta, e incluso el carácter simulado del robo, entre otras cosas, volvemos a la misma situación en la que nos encontrábamos al principio.

Entonces, examinamos la prueba objetiva, material, que quedó en la escena, en busca

de elementos que apuntaran claramente a aquí acusado Leandro. ¿Y qué es lo único que puede comprometerle? Pues que su reloj de pulsera apareciera debajo de la pierna izquierda de Victoria. No me parece contundente, ni decisivo. A fin de cuentas, alguien pudo colocarlo ahí intencionadamente. Una vez que se hubo desacreditado la hipótesis del robo fallido que desembocó en homicidio, no es únicamente Leandro el que podría querer acabar con la vida de Victoria y Camila. Es más, por no saber, ni tan siquiera se conoce el móvil del crimen. Y si fuese un tercero quien cometió el horripilante asesinato —quizás impulsado por motivos pasionales, a la vista de cómo se ensañó con las fallecidas—, no carecía de sentido que hubiese buscado implicar a Leandro. Él sostuvo que se le olvidó el reloj en casa cuando marchó a la otra vivienda. En modo alguno se ha desacreditado tal aseveración.

Por otra parte, no puede pasar desapercibido el hecho de que apareciera un mechón de pelo rubio, al lado del cuerpo de Victoria. Después del sainete pericial, tan importante evidencia —quizás de descargo— quedó en entredicho, o mejor, anulada, cuando su relevancia se me antoja mayúscula. Porque, claro, si los cabellos no son de Leandro —que no lo son— y no fuesen de Victoria, ni tampoco de Camila, se cerniría sobre el caso una duda más que razonable.

A mi modesto modo de ver, la debilidad objetiva de la evidencia indiciaria y las numerosas incertidumbres que jalonan este asunto, me han llevado a dudar. Pero es muy posible que esté equivocado. A fin de cuentas, los jurados y el órgano jurisdiccional revisor nunca albergaron la más mínima vacilación a la hora de decidir (7). Quizás todo se deba a que el estándar de prueba y su duda razonable distan mucho de estar bien definidos, de modo que en lugar de haber alcanzado la deseable objetividad, aún nos encontremos en el reino de la subjetividad y de la íntima convicción. ■

## NOTAS

(1) No desvelaré la reseña de ambas sentencias hasta el final y como nota a pie de página, porque no quiero que el lector se aventure a beber de las fuentes originales. No quiero escamotearle nada. Pero no quiero que se contamine, porque, a la vista de lo que sigue, es preocupantemente fácil que se confunda el juicio.

(2) Véase el Dossier de Tribunales publicado en el Diario LA LEY, Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio, núm. 8, en fecha 25 de junio de 2012, núm. 7887, págs. 8-9.

(3) Sobre el particular, cfr. el reciente trabajo de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho Penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 54-57.

(4) Sobre estas cuestiones, más extensamente, me remito a mi trabajo *Valoración de la prueba. La prueba indiciaria*, en «Estudios sobre prueba penal (III). Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: diligencias de instrucción, entrada y registro, intervención de comunicaciones, valoración y revisión de la prueba en vía de recurso» (X. ABEL LLUCH y M. Richard González, dirs.), Ed. La Ley, Madrid, 2013, págs. 380 y ss.

(5) Véase mi trabajo, *La determinación de la credibilidad del testigo*, en *Revista Iuris*, núm. 175, 1 de septiembre de 2012, págs. 38 y ss.

(6) Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende por pulpejo, «parte carnosa y mollar de un miembro pequeño del cuerpo humano, y, más comúnmente, parte de la palma de la mano, de la que sale el dedo pulgar».

(7) Las resoluciones son las siguientes: SSAP Barcelona, Secc. 10.ª, 23/2006, de 30 de octubre (LA LEY 326076/2006) y STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 15/2007, de 13 de julio (LA LEY 353263/2007).



## Dossier

Jurisprudencia sobre  
Derecho probatorio

Consulte los textos íntegros en  
www.diariolaley.es

LA LEY 5084/2013

# Jurisprudencia sobre Derecho probatorio

Xavier ABEL LLUCH

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

*En el primer comentario el autor sostiene la irrenunciabilidad de la prueba admitida, ofreciendo una sugerencia al letrado y otra al juez. En el segundo, analiza los motivos por los cuales se otorga preferencia al dictamen de parte, debidamente ratificado y sometido a contradicción, frente a un informe del médico forense que no fue sometido a contradicción. Y en el último, se analiza si el juez puede al amparo del art. 429.1.II LEC acordar una prueba cuyo momento procesal ya ha precluido.*

## I. LA RENUNCIA A LA PRUEBA ADMITIDA

STS, Sala 1.ª, de 13 de mayo de 2013,  
Ponente: Arroyo Fiestas.

Como antecedentes para encuadrar la cuestión debatida debemos partir de los siguientes hechos: 1) Que ante el Juzgado de Primera Instancia de Mula se interpuso demanda de juicio ordinario por D. Samuel contra D. Inocencio y D.ª Otilia en ejercicio de la acción reivindicatoria, dictándose en fecha 31 de julio de 2009 sentencia desestimatoria; 2) Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de D. Samuel, la Audiencia Provincial de Murcia (Secc. 1.ª) dictó en fecha 8 de julio de 2010 sentencia revocando la del Juzgado de Primera Instancia y declarando que D. Samuel era titular de la finca descrita en el hecho cuarto de la demanda condenando a los demandados D. Inocencio y D.ª Otilia a restituir al actor la posesión de la finca; 3) Interpuesto recurso de infracción procesal por D. Inocencio se alegó: a) infracción del art. 225.3 LEC, solicitando nulidad de actuaciones ante la inexistencia de grabación de la vista del recurso de apelación; y b) vulneración del principio de la tutela judicial efectiva por cuanto D. Inocencio renunció a un testigo (D.ª Esmeralda), no siendo admitida dicha renuncia por la Audiencia Provincial de Murcia.

Centrándonos en la renuncia a la testigo, que va a ser objeto del ulterior comentario, procede dejar constancia de los siguientes hechos: 1) En el juicio ordinario seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Mula no se grabó el acto del juicio, por lo que D. Samuel interpuso recurso de apelación, instando la nulidad del procedimiento, alegando la importancia de la declaración del demandado D. Inocencio y de la testigo D.ª Esmeralda, y subsidiariamente la revocación de la sentencia de instancia; 2) En el escrito de impugnación del recurso de apelación D. Inocencio alegó que ninguna de las partes había solicitado la nulidad de actuaciones ante el Juzgado de Primera Instancia de Mula, y por D. Samuel se espera a instar la nulidad de actuaciones cuando la sentencia de instancia no le fue favorable; 3) A la vista de tales alegaciones, la Audiencia Provincial de Murcia suspendió la deliberación de la sentencia y acordó señalar vista para recibir declaración a D. Inocencio y testifical a D.ª Esmeralda, notificando dicha resolución a las partes, con advertencia de la posibilidad de interponer recurso de reposición frente a la misma, lo que no hizo ninguna de las partes; 4) En fecha 2 de junio de 2010 se celebró vista ante la Audiencia Provincial de Murcia practicándose el interrogatorio de D. Inocencio y la testifical de D.ª Esmeralda, sin levantarse grabación y extendiéndose acta en la que la Secretaria Judicial recogida las preguntas y respuestas, con suficiente extensión; 5) En el acto de la vista por D. Inocencio

renunció a la testigo, no siendo aceptada la renuncia por la Audiencia Provincial «puesto que no se produce ningún retorno» (FJ 1.º); 6) La testigo D.ª Esmeralda fue interrogada por la representación letrada de D. Samuel.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia no admitió la renuncia a la prueba testifical bajo el argumento «que no se produce ningún retorno» (FJ 3.º). La sentencia del Tribunal Supremo tampoco admite la renuncia bajo el argumento que la Audiencia Provincial «no estaba practicando una prueba nueva, que como tal podría renunciarse, sino que estaba reproduciendo una prueba ya practicada y que no fue renunciada en primera instancia, por lo que tampoco podía serlo durante un acto procesal en el que tan solo se pretendía reiterar lo ya practicado» (FJ 3.º).

La cuestión de la renuncia a la prueba admitida, y con anterioridad a su práctica, es una vexata cuestión, que ha dividido a la doctrina entre un sector —llamémosle— más tradicional y partidario de la admisibilidad y un sector llamémosle más moderno y contrario a su práctica. A favor de la renunciabilidad se ha argumentado, en síntesis, la vigencia de principio de aportación de parte en el proceso civil —si la parte tiene la carga de proponer los medios de prueba, también tiene la facultad de renunciar a los mismos—; la posibilidad de desistimiento legal a la propia prueba todavía no practica en el art. 288 LEC; y el hecho que la adquisición probatoria sólo se produce con la práctica de la prueba, pues con anterioridad a su práctica no se ha producido su adquisición, pues lo que verdaderamente interesa es el resultado de la prueba (1).

En contra de la renunciabilidad de la prueba admitida se aduce, también resumidamente, el principio de adquisición probatoria que no se produce desde la práctica de la prueba, sino ya desde su admisión; el principio de aportación se agota con la admisión de la prueba, dado que una vez admitida, ya no estamos en fase de proposición, sino de juicio, en el que las partes preparan la defensa en función de la prueba admitida, la propia y de contrario; el hecho que la prueba admitida genera una expectativa de prueba que puede verse frustrada de admitirse el desistimiento; y la doctrina de los actos propios y la buena fe procesal, pues la expectativa de intervención en la práctica de la prueba propuesta de adverso, podría verse frustrada si la parte proponente de la prueba renunciara perjudicando el derecho de defensa de la contraparte (2).

Pero en el caso comentado, tanto la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia como la del Tribunal Supremo eluden la anterior polémica, y no aceptan la renuncia a la prueba admitida con una argumentación distinta, que es la que ahora debemos examinar. En efecto, la Audiencia Provincial de Murcia —según

transcribe la sentencia del Tribunal Supremo—no acepta la renuncia de la testigo admitida bajo el escueto argumento que «que no se produce ningún retorno» (FF.JJ. 1.º y 3.º). Aun cuando no se alude expresamente el razonamiento de la Audiencia Provincial de Murcia parece acoger que el principio de adquisición procesal se produce desde la admisión de la prueba —en este caso el interrogatorio de la testigo D.ª Esmeralda— y ese principio es el que evita que la prueba pueda ser «retornada» frustrando la legítima expectativa de la parte no proponente a intervenir en su práctica.

La argumentación del Tribunal Supremo es aún más matizada y sutil. En línea de principio afirma la renunciabilidad de las pruebas admitidas —y ello se deduce claramente de la expresión— «no se estaba practicando prueba nueva, que como tal podría renunciarse». Pero en el caso enjuiciado no estamos ante la práctica de una prueba en segunda instancia, sino ante la reproducción o reiteración de una prueba ya practicada en la primera instancia cuyos resultados no se podían apreciar al faltar la grabación del acto del juicio en el que se practicó dicha prueba testifical. Por tanto, la sentencia comentada parece adscribirse a la tradicional doctrina de la renunciabilidad de las pruebas propuestas y no practicadas, que excepciona en el caso por entender que la prueba ya había sido practicada —en cuyo caso, por supuesto, huelga aludir a la renuncia— y en segunda instancia se producía su reiteración para su debida constancia —en el caso, a través del acta de la Secretario Judicial— y posterior apreciación.

Por nuestra parte, y aun sin ignorar la solidez de los argumentos de quienes defienden la renunciabilidad de la prueba admitida y no practicada, nos adscribimos con el sector doctrinal que defiende la inadmisibilidad de la renuncia a la prueba admitida, no solamente por los argumentos ya expuesto más arriba, sino porque entendemos que esta es la postura más respetuosa con el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) que debe presidir toda la actividad probatoria y que debe facilitar la mayor actividad probatoria de las partes en aras a la mejor convicción judicial y, en definitiva, la mejor tutela judicial efectiva.

En cualquier caso, y para obviar la polémica doctrinal, somos partidarios de una doble recomendación práctica, una dirigida al letrado y otra dirigida al juez. De cara al letrado, compartimos la sugerencia de Picó i Junoy, de que el «litigante que desee una prueba la solicite en el momento procesal oportuno y no confíe en la admisión de la prueba de la parte contraria será ya suficiente para su propia defensa debido a que podrá participar en su realización» (3). De cara al juez, y de producirse una renuncia a la prueba admitida y, con anterioridad a aceptar o rechazar la renuncia, preguntar a la parte no proponente si tiene interés en la práctica de la

prueba o, por el contrario, no lo tiene. Si la parte no proponente manifiesta interés en la práctica de la prueba, y dado que ha sido admitida, entiendo que debe practicarse. Si la parte no proponente no manifiesta ningún interés en la práctica de la prueba, y habiéndose solicitado la renuncia por la parte proponente, entiendo que podrá aceptarse tal renuncia.

## II. PREFERENCIA DEL DICTAMEN DE PARTE ACTORA, RATIFICADO EN EL ACTO DEL JUICIO, SOBRE EL INFORME MÉDICO FORENSE

SAP Islas Baleares, Secc. 3.ª, de 1 de febrero de 2013, Ponente: Moragues Vidal

Como antecedentes necesarios para el estudio y análisis de las cuestiones que seguirán interesa dejar constancia de los siguientes hechos: 1) Que en fecha 30 de octubre de 2006 D.ª Visitación sufrió lesiones y secuelas cuando viajaba en el interior de un autobús de la Empresa Municipal de Transportes de Palma, por causa imputable al conductor del citado vehículo, formulando demanda ante los Juzgados de Palma de Mallorca; 2) Que en la instancia se aportaron varios dictámenes periciales: a) un dictamen pericial de parte por el perito, doctor Juan Carlos, elaborado dos años después del siniestro, que fijaba el período de baja en 201 días improductivos y las secuelas consistentes en perjuicio estético medio y lesión vascular periférica, lesión grave (trastornos tróficos graves), siendo éste dictamen ratificado en el acto del juicio y respondiendo el médico a las preguntas de los letrados; b) un dictamen pericial aportado con la demanda, emitido por el doctor Abilio, de fecha 15 de enero de 2008, médico de cabecera del centro de Salud de Génova, ratificado en el acto del juicio y respondiendo a las preguntas de los letrados; c) Que también se aportó un dictamen emitido por el médico forense de fecha 7 de junio de 2007 y por los facultativos del servicio médico de la mutua de accidentes Fremat, que fijaban un período de lesiones de la actora muy inferior, concretamente en 30 días, y negaban la existencia de secuelas, sin que ninguno de ellos fuera ratificado a presencia judicial; 3) Que en fecha 23 de enero 2012 por el Juzgado de Primera Instancia número 11 de Palma de Mallorca se dictó sentencia por la que estimando la demanda promovida por D.ª Visitación contra el Consorcio de Compensación de Seguros se condenaba a ésta última a abonar a la actora la suma de 54.198'03 euros, más los intereses legales establecidos en el art. 20.4 Ley de Contrato de Seguros desde la fecha del siniestro (30 de octubre de 2006), con imposición de costas procesales, basándose fundamentalmente en los informes periciales de parte; 4) Frente a la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por el Consorcio de Compensación de Seguros mostrando su disconformidad con la valoración de las lesiones y secuelas por la

sentencia de instancia y alegando la errónea valoración de la prueba pericial por la juzgadora a quo al haber otorgado mayor credibilidad al dictamen pericial del perito contratado por la parte actora, doctor Juan Carlos, sobre los informes emitidos por dos profesionales médicos imparciales, como eran el médico forense y los facultativos del servicio médico de la mutua de accidentes Fremat; 5) Que en fecha 1 de febrero de 2013 se dictó sentencia por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca revocando parcialmente la sentencia de instancia, pero únicamente en el extremo relativo al cómputo de los intereses de demora, manteniéndose los pronunciamientos indemnizatorios en concepto de lesiones y secuelas.

A partir de los anteriores hechos nos interesa focalizar nuestra atención en tres apartados, desarrollados en el fundamento jurídico tercero de la sentencia comentada, y que son: 1.—Concepto de sana crítica; 2.—Criterios valorativos de la prueba pericial; 3.—Preferencia del informe de parte sobre informe forense en el caso.

1.—Concepto de «sana crítica». Se afirma en la sentencia comentada que una de las características fundamentales de la regulación de la prueba pericial en la Ley 1/2000, de 7 de enero (en adelante LEC), a pesar de su privatización «continúa siendo el de la libre apreciación razonada, o en terminología tradicional de nuestro derecho, el de apreciación «según las reglas de la sana crítica» (art. 348 LEC) (FJ 3.º). Puede afirmarse, en efecto, que pocos conceptos son tan familiares como complejos para el jurista como el de la «sana crítica», y no en vano algún autor, procedente del ámbito de la judicatura, se ha preguntado qué es la sana crítica (4).

Preciso es comenzar por señalar que, históricamente, los antecedentes de este concepto se remontan al art. 148 del Reglamento sobre el modo de proceder del Consejo Real en los negocios contenciosos de la Administración de 30 de diciembre de 1846 que, con respecto al interrogatorio de testigos, disponía: «Las demás personas serán examinadas como testigos, sin perjuicio que las partes puedan proponer prueba acerca de ellas, y el Consejo calificar según las reglas de la sana crítica, las circunstancias conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de sus declaraciones» (5). La sana crítica, fue recogida por primera vez, en un código procesal civil en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 que disponía: «Los jueces y tribunales apreciarán según las reglas de la sana crítica la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos» (art. 317 LEC 1855) y fue mantenida en la LEC 1881, tanto con respecto al interrogatorio de testigos (art. 659 LEC 1881) como, recogida por vez primera, con respecto a la prueba pericial (art. 632 1881). Y actualmente, debido al ensanchamiento de los sistemas de libre valoración de la

prueba aparece recogida en varios artículos de la vigente LEC: para el interrogatorio de las partes (art. 316.2 LEC); los documentos privados no averdados (art. 326.2 LEC); las copias reprográficas (art. 334.1 LEC); la prueba pericial (art. 348 LEC); el interrogatorio de testigos (art. 376 LEC); la prueba por instrumentos de filmación, grabación y semejantes (art. 382.3); y la prueba por instrumentos informáticos (art. 384.3 LEC).

Como se ha afirmado acertadamente se trata de una «frase genuina española» (6), recogida en numerosos ordenamientos iberoamericanos, y entre ellos (7): a) arts. 163.5, 368 y 477 del Código Procesal y Civil y Comercial de la Nacional de Argentina (Ley 17.454, *Boletín Oficial* 27 de agosto de 1981 modificado por Ley 25.488, *Boletín oficial* 22 de noviembre de 2011); b) art. 397 Código Procesal de Bolivia (promulgado el 2 de abril de 1976); c) art. 425 Código Procesal Civil de Chile (Ley 1.552, de 30 de agosto de 1902, modificada por Ley 20.217, de 12 de noviembre de 2007); d) art. 187 Código Procesal Civil Colombia (D1400 de 6 de agosto de 1970, *Diario Oficial* núm. 33.150, de 21 de septiembre de 1970, Código derogado por la Ley 1564/2012 en los términos establecidos en el art. 626, que rige a partir de 10 de enero de 2014); e) art. 330 Código Procesal Civil de Costa Rica (Ley 7130, de 16 de agosto de 1989); f) art. 115 Código Procesal Civil de Ecuador (Codificación 11, Registro Oficial Suplemento 58, de 12 de julio de 2005); g) art. 127 *in fine* Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala (DL 107, de 14 de septiembre de 1963); h) art. 245.1 Código Procesal Civil de Honduras (D 211-2006, promulgado el 20 de febrero de 2007); i) art. 980 Código Judicial de Panamá (Libro II. Procedimiento Civil, diciembre 2001); j) art. 269 Código Procesal Civil de Paraguay (Ley 1337, de 4 de noviembre de 1988); k) art. 139.2 y 140 Código Procesal Civil de Uruguay (Ley 15.982, de 18 de octubre de 1988, leyes modificativas de 28 de septiembre de 1997); h) art. 507 Código Procesal Civil de la *Gaceta Oficial*, núm. 4.209, Extraordinaria, de 18 de septiembre de 1990.

No resulta fácil ofrecer un concepto doctrinal sobre las nociones de la sana crítica, aun cuando, tal vez por su carácter descriptivo y pedagógico, y a partir de la propia terminología legal, resulta muy ilustrativa la definición ofrecida por Guasp, al explicar que las reglas de la sana crítica como «los criterios normativos ("reglas", pero no jurídicas) que sirven al hombre normal, en una actitud prudente y objetiva ("sana") para emitir juicios de valor (estimar, apreciar: "crítica" acerca de una realidad) (8). Por nuestra parte, las hemos definido como "las reglas no jurídicas derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia que sirven para fundar una valoración razonada de la prueba y permiten su control posterior por otro órgano superior" (9)». Y hemos señalado que sus características son: a) son reglas no jurídicas, en cuanto principios, axiomas, máximas,

directrices, que no están escritas ni codificadas; b) son reglas mixtas, de carácter estable, en cuanto contiene reglas lógicas e inmutables, y de carácter contingente, en cuanto contienen reglas de experiencia, variables en tiempo y lugar; c) son reglas de carácter valorativo, en cuanto sirven para fundar una decisión racional de la valoración probatoria, frente a los sistemas de valoración basados en la íntima convicción judicial; y d) son reglas tendencialmente expansivas, pues aun cuando habitualmente recogidas para la valoración de la prueba testifical y pericial, se aplican a cualquier medio de prueba, en la medida que no exista una valoración tasada (10).

2.—Criterios valorativos de la prueba pericial. En la sentencia comentada se aluden a algunos parámetros o criterios valorativos de la prueba pericial y, concretamente, se alude a «sus [del juez] propias máximas de experiencia, la lógica interna del informe del experto, su ajuste a la realidad del pleito, la titulación del perito con relación a lo que constituye el objeto de la pericia, la relación entre el resultado de la pericial y los demás medios probatorios obrantes en autos, el detalle y la exhaustividad del informe, la metodología o las operaciones practicadas para la obtención de conclusiones, como son la inspección, la extracción de muestras o la realización de los análisis» (FJ 3.º).

Antes de comentar, siquiera brevemente estos criterios valorativos, es preciso comenzar por señalar que son todos ellos criterios jurisprudenciales y no exhaustivos. En efecto, la LEC no contiene referencia alguna a criterios valorativos de la prueba pericial y la escueta redacción del art. 348 LEC se limita a señalar que «el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica», a diferencia de lo que sucede con respecto a la valoración del interrogatorio de testigos, en el que, además de la referencia explícita a las reglas de la sana crítica, se añade que el juzgador deberá tomar en cuenta «la razón de ciencia que hubieren dado (los testigos), las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y su resultado» (art. 376 LEC), que aparecen como tres criterios legales auxiliares para valorar la credibilidad del testigo. Por ello, y ante la falta de criterios legales auxiliares, es la jurisprudencia, particularmente la llamada «jurisprudencia menor» emanada de las Audiencias Provinciales, la que se encarga de listar, enunciar o enumerar algunos criterios que puedan orientar la valoración de la prueba pericial, pues la sola referencia a la sana crítica, precisa de alguna concreción ulterior y más explícita para motivar el juicio de hecho y justificar el porqué se otorga preferencia —como sucede en el caso comentado— a un dictamen sobre otro, particularmente en el sistema de prueba pericial instaurado por la vigente LEC que favorece la existencia de una pluralidad de dictámenes periciales —fundamentalmente de parte—, con conclusiones y apreciaciones a

menudo discrepantes, y que se ve aumentado cuando se admiten dictámenes judiciales de designación judicial, o una misma parte aporta varios dictámenes periciales.

Con respecto a los criterios apuntados por la sentencia comentada interesa efectuar las siguientes precisiones: a) la referencia a las «máximas de experiencia» y la «lógica interna del informe» más que criterios valorativos de la prueba pericial, constituyen el contenido de las reglas de la sana crítica, pues no olvidemos que las hemos definido como «las reglas derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia» y, por otra parte, el art. 218.2 *in fine* LEC, al aludir a la motivación del juicio de hecho y de derecho, ya anticipa que toda motivación deberá ajustarse siempre «a las reglas de la lógica y la razón»; b) la referencia a «la relación entre el resultado de la prueba pericial y los demás medios probatorios obrantes en autos» más que un criterio valorativo de la prueba pericial es nuevamente un criterio de valoración probatoria, también recogida en el art. 218 LEC, y que hace referencia a la apreciación conjunta de la prueba, rectamente entendida, en el sentido que la valoración probatoria no puede fundarse en el resultado de un solo medio de prueba, sino que debe tener en cuenta el resultado de ellos, entrando, en su caso, en consideración las reglas de colisión entre medios de prueba libre —como es la prueba pericial— con medios de prueba tasados —como es, en parte, el interrogatorio de las partes y la prueba documental—; c) la referencia a la titulación del perito, el detalle del dictamen pericial y las operaciones periciales practicadas con *strictu sensu* criterios orientadores de la valoración pericial. Con respecto a la titulación del perito deberán ponderarse factores tales como su competencia profesional, experiencia, especialización o curriculum profesional del perito y, en general, cualquier dato revelador de su solvencia científica —ej. el reconocimiento por la comunidad científica de su condición de experto sobre una determinada materia—. Con respecto al detalle y exhaustividad, hay que tener en cuenta que cuanto más detallado sea un dictamen mayor será su calidad, interesando tan la propia exactitud cuanto la correlación entre las manifestaciones del perito en el cuerpo del dictamen y las conclusiones contenidas en el mismo. Y con respecto a las operaciones periciales, deberá tenerse presente que, en los dictámenes a instancia de parte, no ha sido posible la participación de la parte adversa.

Con carácter más general una enunciación de criterios generales de valoración de la prueba pericial ha sido formulada por el magistrado Seoane Spiegelberg, quien alude a los siguientes: a) la cualificación de quien prestó el dictamen pericial, y, por tanto, su especialización sobre el tema a informar; b) el método observado por el perito, señalando, por ejemplo, que debe atribuirse mayor valor al dicta-

men de un perito médico que práctico, para valorar secuelas físicas, diversas pruebas tales como radiografías o resonancias magnéticas, que otro que lo llevó a cabo, basándose en su impresión clínica; c) las condiciones de la observación o reconocimiento, apuntándose, a título de ejemplo, que debe darse prioridad al dictamen del arquitecto que efectúa el reconocimiento el día que llueve y comprueba las filtraciones de agua a través de la cubierta; d) la vinculación del perito con las partes; e) la proximidad en el tiempo y el carácter detallado del dictamen; f) el criterio de la mayoría coincidente, conforme al cual el dictamen de varios técnicos es racional que prevalezca sobre el contradictorio de uno de ellos (11).

Por nuestra parte, y partiendo de la utilidad de estos criterios sentados por las Audiencias Provinciales hemos procedido a sistematizarlos del modo siguiente: 1.º) Criterios personales, inherentes a la persona del perito y a su relación con las partes, que determinan la competencia profesional del perito y su imparcialidad, redundando en una mayor calidad del dictamen emitido: a) la cualificación del perito; b) la vinculación del perito con las partes; c) la concurrencia de algún motivo de tacha en el perito; 2.º) Criterios relativos al objeto del dictamen, derivados de la clase de encargo que asume el perito y del análisis de los llamados aspectos «no técnicos» del dictamen: a) la clase de dictamen pericial, distinguiéndose entre el peritaje científicamente objetivo (ej. el ADN de una persona) y el peritaje de opinión; b) la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los extremos del dictamen; c) la correlación entre los hechos probados y los extremos del dictamen pericial; 3.º) Criterios relativos a las operaciones periciales, como son: a) la intervención de las partes en las operaciones periciales; b) el método empleado por el perito; c) las condiciones del reconocimiento; d) la práctica conjunta de la prueba pericial con otras pruebas; 4.º) Criterios relativos a la emisión y contenido del dictamen, comprensivos de aspecto formales o externos, tales como la fecha de emisión o la emisión de más de un dictamen pericial, y aspectos que integran el llamado análisis técnico del dictamen, y relativos a la solidez de las conclusiones, el grado de conclusividad o las máximas de experiencia empleadas por el perito: a) la proximidad con los hechos; b) la concurrencia de varios dictámenes y el criterio mayoritario; c) el carácter detallado y la solidez de las conclusiones del dictamen; d) la conclusividad del dictamen; e) la revisión de las máximas de experiencia técnicas empleadas por el perito; 5.º) Criterios relativos a la contradicción del dictamen, derivados de la intervención del perito en el acto del juicio o de la vista: a) la ratificación o falta de ella o la rectificación del perito —que, como veremos a continuación fueron decisivos en la sentencia comentada—; b) la posibilidad de careo entre peritos; c) la ampliación de extremos de la pericial; 6.º)

Criterios derivados del Derecho Probatorio y de la doctrina jurisprudencial: a) la valoración conjunta de todos los criterios orientadores; b) el principio de apreciación conjunta de la prueba; y c) la proscripción de la arbitrariedad judicial (12).

3.—Preferencia del informe de parte sobre informe forense en el caso. En este supuesto obran en las actuaciones hasta cuatro informes periciales, dos aportados por la actora con la demanda, y que son el dictamen pericial del doctor Juan Carlos y el dictamen pericial del médico de cabecera doctor Abilio, y otros dos «ajenos» (por así decirlo) a la parte actora, como son el informe médico forense y el informe de los facultativos del servicio de la mutua de accidentes Fremat. La discrepancia fundamental entre los informes de parte y los restantes radican en dos extremos. Por una parte, en cuanto a los días improductivos sufridos por la actora D.ª Visitación, que el dictamen del doctor Juan Carlos y el doctor Abilio fijan en 201 improductivos, mientras que el informe médico forense y la mutua Fremat, que es de 30 días improductivos. Y por otra parte, en cuanto al alcance de las lesiones, que el dictamen del doctor Juan Carlos se fijan en perjuicio estético medio y una lesión vascular periférica, con aparición de úlceras y trastornos tróficos graves, cuya secuela es negada por el informe médico forense.

La sentencia de instancia de mayor credibilidad a los informes de parte, en argumentación compartida por la Audiencia Provincial, que esgrime los siguientes argumentos: a) si bien es cierto que la parte actora, D.ª Visitación, aportó un informe de parte, elaborado por el doctor Juan Carlos, que era un perito de su elección, no es menos cierto que las conclusiones de este dictamen pericial fueron compartidas por las formuladas por el médico de cabecera, el doctor Abilio; b) las conclusiones formuladas por los doctores Juan Carlos y Abilio han sido «explicadas detalladamente en el acto del juicio» (FJ 3.º); c) los informes de los doctores Juan Carlos y Abilio no han sido desvirtuadas convenientemente por el informe médico forense y de la mutua, los cuales, además, no han sido ratificados ni sometidos a contradicción en el acto del juicio.

La argumentación de la Audiencia Provincial de la Audiencia de Palma de Mallorca descansa, a nuestro entender, en una doble consideración. Por una parte, la consagración por la LEC de un sistema de pericial del actor y de contrapericia por el demandado, de manera que a la parte demandada le corresponde desvirtuar la validez del conocimiento científico aportado por la actora en su dictamen pericial. Y por otra parte, la intervención del perito en el acto del juicio y la posibilidad de contradicción, pues aun no siendo la «ratificación» condición de eficacia del dictamen pericial, de existir varios dictámenes contradictorios, y unos sometidos

a contradicción y otros no, no puede obviarse tal extremo en la valoración probatoria, pues, en definitiva, prueba pericial es dictamen emitido por escrito más la intervención en el acto del juicio o de la vista. En palabras SAP Toledo de 19 de septiembre de 2006 «la prueba por dictamen de peritos no se integra únicamente por el contenido del informe escrito que se aporta a los autos sino que también se compone por lo que el propio perito manifieste en su intervención en la vista en casos como el presente en que sea llamado a la misma, y con ello por las explicaciones que ante las partes y el Juez dé de su informe y por las respuestas, ampliaciones y aclaraciones que ofrezca a preguntas u objeciones de las partes y el tribunal (art. 347 LEC)» (13).

### III. ¿PUEDE EL JUEZ AL AMPARO DEL ARTÍCULO 429.1.II LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL SUGERIR LA PRÁCTICA DE UNA PRUEBA PERICIAL?

STSJ Cataluña, Sala Civil y Penal, de 17 de diciembre de 2012, Ponente: Ramos Rubio

La controversia jurídica se centra en la discrepancia del único inmueble del caudal relicto a efectos del pago de la legítima reclamado por los actores. Y como antecedentes del caso, a efectos, de nuestro interés dejamos constancia de los siguientes: 1) En la escritura de aceptación de herencia el único inmueble del caudal relicto se valoraba en 162.866,73 euros, por lo que el importe de la cuota legítima de los actores era el de su cuarta parte, esto es, 40.716,68 euros; 2) En primera instancia, el Juzgado núm. 3 de Tarragona y mediante sentencia de fecha 22 de marzo de 2011 había fijado el importe de la cuarta parte de la legítima en 110.492,55 euros; 3) En segunda instancia, la Audiencia Provincial de Tarragona fijó el importe de la cuarta parte de la legítima en 40.716,68 euros; 4) Contra la anterior sentencia la parte actora formula recurso extraordinario por infracción procesal alegando, entre otros motivos y por lo que aquí interesa, infracción del art. 427.4 LEC en relación con el art. 426.1 y, subsidiariamente, el art. 429.1.2.º LEC; 5) La sentencia dictada por la Audiencia Provincial había declarado la nulidad de la prueba pericial practicada en la primera instancia por los actores y había resuelto el litigio sobre la valoración asignada unilateralmente por el demandado al caudal relicto en la escritura de aceptación de herencia; 6) Los actores en su escrito de demanda habían manifestado su disconformidad con la valoración efectuada del inmueble del caudal relicto en la escritura de aceptación de herencia —de 154.200 euros—, por considerar que su valor real era sensiblemente superior, y anunciaban la solicitud de una pericial judicial para valorar la finca incluida en el caudal relicto a la espera de las pruebas que pudiera

aportar el demandado con su escrito de contestación a la demanda, por lo que, a la vista que el demandado no aportó ninguna prueba pericial, los actores concretaron su prueba pericial con fundamento en los arts. 427.4 y 426.1 LEC; 7) Subsidiariamente, los actores alegaron que, aun cuando no pudiera aceptarse la proposición de la prueba pericial, el juez de primera instancia debía haber acordar una prueba pericial de oficio, con fundamento en el art. 429.1.2.º LEC; 8) En la instancia, la actora había propuesto la prueba pericial para la valoración del bien inmueble con fundamento en el art. 427.4 LEC, en relación con el art. 426.1 LEC, siendo admitida por el juez de instancia por considerarla pertinente y útil.

La sentencia nos suscita las siguientes cuestiones: 1.—Proposición de la forma pericial; 2.—Presupuestos para el ejercicio del art. 429.1 LEC; 3.—Posibilidad de acordar prueba pericial al amparo del art. 429.1 LEC.

1.—Proposición de la prueba pericial. Según consta en la sentencia comentada en su escrito inicial de demanda los actores se habían reservado «solicitar, en la audiencia previa, la práctica de una prueba pericial, consistente en que por un Arquitecto que designe al efecto dicho Juzgado, se proceda a efectuar una valoración de la finca 4.120, consistente en fijar el precio de mercado que la misma tenía en fecha 28 de agosto de 2007, fecha del fallecimiento del causante» (FJ 1.º, apartado 2). El juez de primera instancia admitió la prueba pericial, con fundamento en el art. 427.4 LEC, en relación con el art. 426.1 LEC, por considerarla pertinente y útil, pero posteriormente la Audiencia Provincial de Tarragona, al resolver el recurso de apelación, declaró la nulidad de la prueba pericial, por entender que se había infringido el art. 339.2.2. LEC, dado que la actora no había efectuado una proposición de prueba pericial en la demanda, sino el propósito de hacerlo en la audiencia previa, y que la proposición en la audiencia previa, al no ampararse en hechos nuevos ni alegaciones complementarias, una vez contestada la demanda, debía hacerse con el consentimiento de la demandada.

La regulación de la prueba pericial (arts. 335 a 350 LEC), tildada por algún autor de «un verdadero *labyrinthus peritiae*» (14), «auténtico galimatías procesal» (15), o «verdadero caos normativo» (16), y por alguna resolución judicial como un «maremagnum legal» (17), es tributaria del ajetreado trámite parlamentario, y la opción legislativa por consagrar una modalidad ordinaria de dictamen pericial —la pericial a instancia de parte— y otra subsidiaria o complementaria —la pericial de designación judicial— y se centra fundamentalmente en los aspectos procedimentales de la prueba (momento y forma de aportación de las diversas modalidades de dictámenes) (18). Se han señalado por la doctrina hasta

doce momentos distintos en la aportación del dictamen pericial. Como acertadamente razonada la sentencia comentada puede, simplificada, recogerse los siguientes supuestos.

Por una parte, la aportación por las partes de los dictámenes por peritos por ellas designados que, como regla general, deberán aportarse junto con la demanda y contestación a la demanda (arts. 265.1.4.º y 336.1), bajo sanción de preclusión, y como excepción, y cuando no fuere posible la aportación inicial, se prevé la posibilidad que la parte anuncie su intención de aportar el dictamen pericial, que habrán de aportar en cuanto dispongan de ellos para su traslado a la parte contraria y, en todo caso, cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o la vista al juicio verbal. Adviértase, por tanto, que con respecto a los dictámenes por peritos de parte las únicas modalidades son la aportación inicial —junto con los escritos de alegaciones— o el anuncio de su aportación —con los límites temporales ya señalados—, pero no existe, como parece razonar la parte actora, una suerte de «reserva de aportación».

Por otra parte, cabe la solicitud de designación judicial de perito que puede revestir distintas modalidades: a) la solicitud una de las partes en los escritos de alegaciones (art. 339.2 LEC); b) la solicitud por ambas partes en los escritos de alegaciones (art. 339.2.III LEC); c) la solicitud a consecuencia de alegaciones o peticiones complementarias efectuadas en la audiencia previa (arts. 339.3 y 427.4 LEC) que está condicionada a que ambas partes se muestren conformes con el objeto de la pericia y acepten el dictamen del perito que el tribunal nombre; d) el titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita no precisa efectuar una solicitud, sino que el legislador se limita a exigirle que anuncie su propósito de aportar un dictamen (art. 339.1 LEC). Adviértase, por tanto, que con respecto a los dictámenes de designación judicial, se requiere expresamente la solicitud en los escritos de alegaciones (art. 339.2 LEC) o —de existir alegaciones o peticiones complementarias— conformidad de las partes, pero no existe tampoco, ninguna «reserva de aportación» o «anuncio de propósito de solicitud».

De todo ello concluimos que la fórmula escogida por la actora, consistente en reservarse la solicitud de designación judicial de perito a la vista de la contestación a la demanda, de no existir alegaciones o peticiones complementarias, no aparece recogida en la LEC.

2.—Presupuestos para el ejercicio de la facultad de indicación de insuficiencia probatoria del art. 429.1.2.º LEC. En la sentencia comentada se razona que «subsidiariamente, los recurrentes consideran que se ha infringido el art. 429.1.2.º LEC, teniendo en cuenta que,

aun cuando no quisiera aceptarse que la proposición de la prueba pericial de los actores fue hecha en debida forma, el Juez de primera instancia —tal como advirtió expresamente en su sentencia (FD, último párrafo)— podía haber dispuesto de oficio la práctica de la misma por considerar que «las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos» (FJ 1.º, apartado 1).

El art. 429.1.2.º LEC ha regulado una novedosa facultad, que nos hemos atrevido a calificar como facultad de integración probatoria —tal como han recogido algunas resoluciones de la jurisprudencia menor [SAP Baleares, de 3 de mayo de 2005, SAP Madrid, de 27 de octubre de 2005 y SAP Málaga de 3 de marzo de 2008 (19)]— en la medida que: a) confiere al juez una facultad, de carácter eventual, pero no le impone un deber de señalar la suficiencia probatoria; b) se trata de una facultad judicial, porque si bien es cierto que originariamente se atribuye a las partes la carga de proponer los medios de prueba (principio de aportación de parte), no es menos cierto que, una vez propuestos, se faculta al juez para completar la eventual insuficiente de los mismos; c) es una facultad de integración, porque el juez no «corrige» ni «subsana» ni enmienda la iniciativa probatoria de las partes, sino que la completa mediante la eventual indicación de insuficiencia probatoria y, en su caso, la propuesta de prueba para suplirla; d) probatoria, porque la facultad judicial versa sobre la prueba propuesta, particularmente sobre la insuficiencia de los medios propuestos por las partes, la existencia de hechos afectados o no por tal insuficiencia, y la facultad judicial para proponer prueba sobre los mismos.

Esta facultad, cuyo fundamento es discutido y pudiera residir en una compensación por la pérdida del poder judicial con la desaparición de las diligencias para mejor proveer, comprende, como se ha apuntado, una facultad de indicación de insuficiencia de la prueba propuesta por las partes y una facultad de sugerencia de los medios de prueba para paliarla, y está sujeta a una serie de presupuestos, acertadamente enumerados en la sentencia comentada (FJ 2.º, apartado 3.1), y que son: 1.º) la existencia de hechos controvertidos, porque en su defecto no se abre el período probatorio; 2.º) la previa proposición de las partes, porque la normativa del art. 429.1.2.º LEC no puede suplir la inactividad de las partes ni subsanar pruebas no propuestas o propuestas indebidamente por las partes; y 3.º) la existencia de un juicio eventual de insuficiencia probatoria que se trata de una «apreciación subjetiva que difícilmente podrá ser objeto de un control externo y a posteriori por otro órgano judicial para imponerle su propio criterio» [SAP Navarra de 16 de abril de 2002 (20)].

Además, de ejercitarse tal facultad, su uso debe observar ciertos límites, señalados por la doctrina. En primer lugar, el juez no podrá introducir hechos distintos de los alegados por las partes, respetándose el principio dispositivo. Y en segundo lugar, el juez no podrá utilizar fuentes probatorias distintas de las existentes en las actuaciones, respetándose así la debida imparcialidad judicial (21).

Y también resulta claro, tal como afirma la sentencia comentada, y contrariamente a lo sostenido por la parte actora, que la normativa del art. 429.1.2.º LEC no autoriza la prueba de oficio, dado que ésta solo se prevé para los supuestos expresamente previstos en la ley (arts. 282 y 339.5 LEC) y porque el propio art. 429.1 LEC, en su párrafo tercero, dispone que, a la vista de la indicación de insuficiencia probatoria efectuada por el juez, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones iniciales de prueba.

3.—Posibilidad de acordar prueba pericial al amparo del art. 429.1 LEC. En la sentencia comentada se razona que concurren todos los presupuestos, ya descritos, para el ejercicio de la facultad de indicación de insuficiencia probatoria, puesto que: a) ambas partes coincidieron en la existencia de un único hecho controvertido, a saber, el valor que debía asignarse al único bien inmueble incluido en el caudal relicto a efectos del pago de la legítima; b) la parte actora ha desarrollado

una actividad probatoria, como se desprende de la aportación, entre otras, de la copia del testamento y la nota registral de la finca y, particularmente de la copia de la escritura de inventario y aceptación de herencia; y c) el magistrado de primera instancia enunció el juicio de insuficiencia probatoria del art. 429.1.2.º y señaló que la prueba pericial era la conducente para paliar tal insuficiencia probatoria, asumiendo la parte la proposición de tal pericial.

Por nuestra parte, no podemos compartir la conclusión de la sentencia comentada, y que incide en uno de los temas más polémicos del art. 429.1.2.º LEC, a saber, si al amparo de dicha normativa, el juez puede proponer un medio de prueba —particularmente documentos y dictámenes— cuyo momento procesal ya ha precluido (22). Entendemos que la facultad del art. 429.1.2.º LEC debe efectuarse con respeto al principio de la legalidad probatoria de manera que no pueden proponerse medios de pruebas sometidos a un estadio anterior de preclusión. Además, la solicitud y aportación de los dictámenes periciales —al igual que los documentos— a unos estrictos momentos preclusivos, sea con los escritos de alegaciones (arts. 265.1.4.º y 336.1 LEC), sea con la necesidad de formular su solicitud en tales momentos (art. 339.2 LEC). Y, por último, la normativa del art. 429.1.2.º LEC no permite la subsanación de pruebas no propuestas o propuestas indebidamente por

las partes y así se ha afirmado literalmente que [...] el Juez a quo no puede subsanar, al amparo de la facultad que le confiere el art. 429.1 de la Ley Civil Adjetiva, la omisión de los informes periciales que deben acompañarse con la demanda (art. 336 LEC), la omisión del anuncio del dictamen cuando no se pueda aportar con la demanda (art. 337 LEC) y la falta de solicitud en el escrito de demanda de la designación judicial de perito (art. 339 LEC) [SAP La Rioja, de 31 de enero de 2005 (23)].

Únicamente cabría la indicación y propuesta de una prueba pericial, al amparo de la normativa del art. 429.1.2.º LEC, en los supuestos legalmente previstos. A la vista del contenido de los arts. 265.1.4.º y 336 LEC —que imponen la carga procesal de aportar los dictámenes de parte con los escritos de alegaciones— y del art. 339.2.II LEC, —que fija como momento preclusivo para la solicitud del dictamen judicial los escritos de alegaciones, con la salvedad que se refieran a «alegaciones o pretensiones no contenidos en la demanda»— por lo que hemos de concluir que, legalmente, solo se permite una «sugerencia» de aportación de dictamen pericial que no quiebra la normativa legal en los supuestos, poco frecuentes, de alegaciones o pretensiones complementarias [art. 427.3 LEC en relación con el art. 426.1, 2 y 3 LEC (24)] o en los supuestos de hechos nuevos o de nueva noticia. ■

## NOTAS

(1) Esta doctrina «tradicional» puede verse, entre otras, en SAP Pontevedra, Secc. 6.ª, de 6 de octubre de 2012.

(2) ABEL LLUCH, X., *Derecho Probatorio*, J. M. Bosch, Barcelona, 2013, págs. 303 a 305; PICÓ i JUNOY, J., *La inadmisión renuncia a la prueba testifical*, *Rev. Iuris*, núm. 189, abril 2013, págs. 30 a 33.

(3) PICO i JUNOY, J., *La inadmisión renuncia a la prueba testifical admitida*, *Rev. Iuris*, núm. 189, abril 2013, pág. 33.

(4) Nos referimos a ZUBIRI DE SALINAS, F., que en el año 2004 publicó un clarificador artículo con un título no menos significativo, *¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen del experto*, en *Rev. Jueces para la Democracia, Información y Debate*, núm. 50, julio 2004.

(5) *Gaceta de Madrid*, de 21 de enero de 1847, núm. 4512, pág. 1.

(6) GÓMEZ COLOMER, J. L., en AA. VV., *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 340.

(7) Referencia extraída del Trabajo Final de Master en Investigación y Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho ESADE-URL, titulado «Las reglas de la sana crítica. Especial referencia en la valoración

de la prueba testifical», de fecha 30 de septiembre de 2013, a cargo de Sara Pons Marty.

(8) GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, vol. 1.º, 2.ª parte, M. Aguilar, editor, Madrid, 1947, pág. 647.

(9) ABEL LLUCH, X., *Configuración de las reglas de la sana crítica en la Ley 1/2000*, de *Enjuiciamiento Civil*, artículo inédito.

(10) ABEL LLUCH, X., *Configuración de las reglas de la sana crítica en la Ley 1/2000*, de *Enjuiciamiento Civil*, artículo inédito.

(11) SEOANE SPIELGEBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, 2.ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 407 a 414. Una anterior edición de esta obra fue publicada en 2002.

(12) ABEL LLUCH, X., *Derecho Probatorio*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2013, págs. 727 a 741.

(13) SAP Toledo, Secc. 1.ª, de 19 de septiembre de 2006, FJ 1.º.

(14) PICÓ i JUNOY, J., *La prueba pericial en el proceso civil español. Ley 1/2000*, de *Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., págs. 82, expresión asumida por la SAP Baleares, Secc. 3.ª, de 8 de abril de 2005, FJ 2.º.

(15) MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil LEC 1/2000*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2001, pág. 335.

(16) GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *La prueba pericial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 412.

(17) Auto Juzgado Primera Instancia núm. 1 Santander, de 4 de diciembre de 2002, FJ 3.º.

(18) La SAP Barcelona, Secc. 14.ª, de 23 de junio de 2003, FJ 2.º alude a la consagración de la opción legislativa por un sistema de pericia (del actor) y de contra-pericia (del demandado), con dificultad para el encaje de la pericial dirimente.

(19) SAP Baleares, Secc. 3.ª, de 3 de mayo de 2005; SAP Madrid, Secc. 14.ª, de 27 de octubre de 2005; SAP Málaga, Secc. 5.ª, de 3 de marzo de 2008, FJ 3.º.

(20) SAP Navarra, Secc. 2.ª, de 16 de abril de 2002, FJ 5.º.

(21) PICÓ i JUNOY, J., *El derecho a la prueba*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 267 a 271; y del mismo autor *El juez y la prueba*, J. M. Bosch, Barcelona, 2007, págs. 117 a 119.

(22) Ampliamente esta polémica en ABEL LLUCH, X., *Derecho Probatorio*, ob. cit., págs. 159 a 163.

(23) SAP La Rioja, Secc. 1.ª, de 31 de enero 2005, FJ 1.º. Y en sentido similar SAP Murcia, Secc. 3.ª, de 15 de febrero de 2002, FJ 2.º.

(24) SAP Burgos, Secc. 2.ª, de 23 de julio de 2002, FJ 2.º.



## Preguntas con respuesta

La prueba a consulta

LA LEY 8241/2013

# Preguntas con respuesta: la prueba a consulta

*Esta sección esta 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 trata sobre la dificultad probática del cálculo de la regalía hipotética que prevé nuestro Ordenamiento para indemnizar los daños por una infracción de un derecho de propiedad industrial o intelectual y su adecuación a la Directiva 48/2004/CE. En la segunda, el autor analiza los tres mecanismos por lo que considera que cabe impugnar, en casación, la aplicación del derecho extranjero.*

## I. ¿QUÉ PRUEBA SE REQUIERE PARA CUANTIFICAR LA INDEMNIZACIÓN POR REGALÍA HIPOTÉTICA DERIVADA DE LA INFRACCIÓN DE UN DERECHO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL O INTELECTUAL?

David PELLISÉ URQUIZA  
Abogado

La prueba de los daños realmente causados por la infracción de un derecho de propiedad industrial o intelectual (en adelante PI) resulta con frecuencia harto difícil, cuando no imposible. Por ello, la Directiva 48/2004/CE relativa al respeto de PI, en su art. 13.1 de carácter imperativo, dispone como alternativa, *cuando proceda, fijar los daños y perjuicios mediante una cantidad a tanto alzado sobre la base de elementos como, cuando menos, el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.*

El «cuanto menos» de la citada norma comunitaria es convertido en un máximo por nuestra objetable Ley 19/2006 de transposición, pues ofrece como toda alternativa al cálculo de los daños reales, la cantidad que como precio el infractor hubiera debido pagar al titular de PI por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar

a cabo su explotación conforme a derecho. Este criterio alternativo es conocido como la regalía hipotética.

Por otra parte, frente al amplio margen de discrecionalidad que la Directiva confiere a los tribunales nacionales en la aplicación de estos dos criterios indemnizatorios básicos (daños reales v. daños en abstracto), la mencionada Ley 19/2006 reserva al titular de PI la elección del criterio indemnizatorio, elección que necesariamente deberá formular en el escrito de demanda (STS 3148/2011, de 11 DE mayo).

Estas diferencias entre la norma comunitaria y su fallido trasunto español resultan del todo relevantes al analizar el esfuerzo probatorio exigible al titular de PI que opta por la regalía hipotética, habida cuenta el régimen más favorable al titular de PI que instaura la Directiva.

Cuando el actor elige la regalía hipotética, nuestros tribunales ya tienden a presuponer la existencia *ex re ipsa* de enriquecimiento injusto del infractor, de manera que el debate se centra en la fijación del importe o de las reglas de cálculo de la regalía hipotética.

La cuestión radica, pues, en si debe exigirse una diligencia o esfuerzo probatorio, y en qué grado, al actor que opta por la regalía hipotética.

Hay que recordar, en este punto, que el criterio indemnizatorio abstracto o de regalía hipotética responde precisamente a la voluntad del legislador de aliviar la carga probatoria del perjudicado por la infracción de PI. Por consiguiente, sería un despropósito supeditar el acceso a una regalía hipotética al despliegue de una actividad probatoria determinada.

De hecho, en el ámbito de las infracciones de marcas y de diseños, el legislador español ya dispone que el titular de PI tendrá, en todo caso y sin necesidad de prueba alguna, derecho a percibir en concepto de indemnización de daños y perjuicios el 1 % de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente introducidos en el mercado.

Aunque bien intencionada, esta original norma local resulta cuestionable en su concreta formulación, pues por su rigidez da pie a indemnizaciones injustas, bien por insuficientes, bien por abusivas (piénsese en la indemnización ligada al uso de determinada denominación social confusoria con una marca registrada, que podría resultar infringida incluso estando en desuso).

Lo que importa retener como razonable es que el titular de PI infringido, incluso cuando no despliega el mínimo esfuerzo probatorio, merece en todo caso una cantidad mínima en concepto de regalía hipotética, principio general que por identidad de razón debería extenderse a todas las modalidades de PI, y no sólo a las marcas y diseños.

Para acceder a una regalía hipotética más cercana a la realidad de los daños causados o del enriquecimiento injusto del infractor, el actor tendrá al menos tres focos de interés que atender, perfectamente combinables, y que el demandado podrá combatir con iguales medios probatorios.

a) En primer lugar, acudiendo normalmente a la prueba documental o pericial, procederá introducir elementos fácticos ligados al caso enjuiciado, tales como el valor económico del PI infringido, las circunstancias de la infracción, la culpa o negligencia del infractor, la gravedad de la lesión, el grado de difusión en el mercado, etc.

Si el titular del PI infringido ya ha concedido una o más licencias para la explotación de dicho PI, la remuneración fijada para estas licencias contractuales servirá de referente al calcular la regalía hipotética. Para no incentivar la infracción de PI, cabe esperar que la regalía hipotética resulte más onerosa que la regalía contractual.

Claro está que la ausencia de licencias contractuales, o incluso la ausencia de explotación del PI directamente por su titular, no constituye obstáculo para optar por una regalía hipotética. Antes al contrario, en caso de ausencia de explotación de una patente, el titular sólo puede reclamar indemnización acudiendo a la regalía hipotética.

b) El segundo foco de atención vendrá dado por la prueba que las partes puedan aportar relativa al mismo sector de mercado donde se desenvuelve la infracción enjuiciada, y que ilustre sobre aspectos tales como las condiciones económicas habituales en las licencias contractuales, con vistas tenerlas en consideración para fijar una regalía hipotética en el caso enjuiciado.

c) Por último, resultará pertinente alegar casuística jurisprudencial sobre regalías hipotéticas, obviamente lo más próxima posible al caso enjuiciado, pues sin duda servirá de referente. Este último recurso en modo alguno debe despreciarse, pues puede alcanzar enorme influencia, aunque no aparezca explicitada por el juzgador.

Carece en todo caso de sentido sacralizar la importancia de los informes periciales con vistas a determinar la regalía hipotética. Por de pronto, dichos informes suelen tener una utilidad relativa debido a su acentuado carácter especulativo, pues ante la insuficiencia de datos y referentes en el mercado, los peritos poco más pueden hacer que acudir a *factores indiciarios y bases estimativas más o menos certeras para concretar el precio de la licencia hipotética* (SAP Barcelona, Secc. 15, de 17 de febrero de 2010). De ahí que en ocasiones, ante el elevado coste de estos informes, las partes prescindan de aportarlos.

De ahí, también, que con frecuencia los tribunales se aparten sensiblemente de las estimaciones establecidas en los informes periciales, y acaben fijando discrecionalmente la indemnización de acuerdo con las pautas que expone la STS 528/2012, de 16 de enero:

«La fijación de unos parámetros distintos para la valoración -ponderación- cuantitativa de los daños y perjuicios, dentro del criterio legal seleccionado por la parte (regalía hipotética), no supone incongruencia *extra petita* porque no se da cosa distinta, ni resulta alterada la *causa petendi* en sus perspectivas fáctica y jurídica.

Cuando la ley no establece las pautas para cuantificar el daño, el Tribunal no está sujeto a las que señalen las partes, y puede tomar en cuenta todas las que se acomoden a la justa determinación del mismo, en relación con el caso y la naturaleza de las cosas, sin que puedan considerarse sorpresivas dado que forman parte del raciocinio humano.

(...)

Y es que, en la fijación de la indemnización de daños y perjuicios, el Tribunal (aparte del máximo solicitado) solo está vinculado por los criterios legales —sistema, concepto y pautas previstas en la norma—, de modo que, si la parte opta por uno de los criterios legales (en el caso, el de regalía hipotética), el Tribunal no puede conceder indemnización por otro, salvo ejercicio alternativo o subsidiario. Pero cosa distinta sucede cuando se trata de cuantificar la indemnización, en cuyo aspecto el ámbito jurisdiccional del Tribunal se extiende a la ponderación de todos aquellos factores —determinantes de parámetros, pautas o bases—, alegados o no por las partes, que sea preciso tomar en cuenta.»

En definitiva, la regalía hipotética debe aplicarse con la flexibilidad necesaria para cumplir el cometido que la Directiva 48/2004/CE encomienda a los tribunales nacionales, en el sentido de velar por el restablecimiento del equilibrio patrimonial quebrado por la infracción de PI, adoptando decisiones que desincentiven nuevas infracciones.

## II. ¿SE PUEDE ALEGAR LA INFRACCIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL RECURSO DE CASACIÓN?

Vicente PÉREZ DAUDÍ

*Profesor titular de Derecho Procesal. Universitat de Barcelona*

El art. 281.2 LEC prevé que «el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación».

La aplicación de la norma de derecho extranjero para resolver el objeto del proceso vendrá delimitada por la existencia de una norma de conflicto que lo declare aplicable al caso concreto. Esta norma de conflicto forma parte del derecho interno y no es necesario que se acredite ya que el Tribunal tiene la obligación de conocerla.

Una cuestión distinta es la vigencia y contenido de la norma de derecho extranjero aplicable (1). En este caso nos hallamos con que es una norma jurídica que el Tribunal no tiene la obligación de conocer y que debe ser alegada y acreditada por la parte como si se tratase de una de una cuestión de hecho (2).

Pero esta similitud no es total ya que su naturaleza de norma jurídica implica una serie de diferencias en la práctica:

— El Tribunal puede aplicar el derecho extranjero cuando tenga conocimiento de la vigencia y alcance del mismo aunque no haya resultado acreditado en el proceso por la actividad de las partes. Lo único que se le exige es que deje constancia en la sentencia de su conocimiento privado a los efectos de su posterior control a través de los recursos.

— El régimen de impugnación del derecho extranjero a través de los recursos de casación y de infracción procesal también es distinto al de los hechos. Así la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2006 (que reproduce posteriormente la STS de 24 de junio de 2010) afirma «cuando se ha demostrado al Juez cuál es derecho aplicable, éste no puede ser tratado como un mero hecho, porque es un conjunto normas jurídicas y el Juez está obligado a emplear las técnicas jurídicas apropiadas para su interpretación y aplicación».

A continuación analizaré la cuestión planteada sobre el sistema de recursos cuando una de las partes quiera plantear la vulneración del



derecho extranjero aplicable o su disconformidad con el que el Tribunal ha considerado vigente y aplicable en la sentencia.

La pregunta que se plantea es cómo debe articularse la disconformidad de la parte recurrente con la aplicación y prueba del derecho extranjero ante el Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia. Para ello debe distinguirse entre la infracción del mismo y su acreditación.

Cuando el Tribunal dicte sentencia, tanto el de primera instancia como el de apelación, deberá hacer constar en la misma el derecho extranjero aplicable al caso concreto. Para ello deberá atender a las pruebas practicadas en el proceso y a su conocimiento privado. Una vez que se ha dictado la sentencia la misma podrá ser recurrida y la parte podrá alegar la vulneración del derecho extranjero.

La cuestión se plantea si debe realizarlo a través del recurso de casación o del recurso por infracción procesal. El Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en torno al mecanismo adecuado distinguiendo la impugnación de la prueba del derecho extranjero y la vulneración del derecho considerado aplicable.

Así cuando la parte alegue la vulneración del derecho extranjero cuyo contenido y vigencia se ha declarado probado deberá hacerlo a través del recurso de casación. En este aspecto se ha planteado si se puede alegar la infracción de una norma jurídica extranjera ante el Tribunal Supremo a través del recurso de casación ya que si recibiera el tratamiento de hecho no podría realizarse.

En un primer momento el Tribunal Supremo no lo permitió. Así en la sentencia de 15 de julio de 1983 el Tribunal Supremo denegó la admisión del recurso de casación en que se alegaba la infracción de la ley alemana. Sin embargo, posteriormente ha modificado la doctrina jurisprudencial y permite que se alegue a través del recurso de casación la vulneración de la ley extranjera. Así en la sentencia de 4 de julio de 2006 permite que se alegue a través del recurso de casación la infracción del derecho extranjero, con el siguiente argumento:

«A nuestro parecer deben distinguirse dos aspectos en lo que se refiere a la aplicación de la Ley extranjera: a) el primero consiste en la determinación del contenido de la Ley que deba aplicarse según la norma de conflicto correspondiente; en este momento, deben utilizarse todos los medios de prueba dirigidos a demostrar al juzgador la vigencia, el contenido y la interpretación de la norma declarada aplicable, para lo cual debe emplearse el art. 12.6 CC; b) Cuando se ha demostrado al Juez cuál es derecho aplicable, éste no puede ser tratado como un mero hecho, porque es un conjunto normas jurídicas y el Juez está obligado a emplear las técnicas jurídicas apropiadas para su interpretación y aplicación y a ello nos lleva el propio tenor del art. 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que establecía que el recurso de casación debía fundarse en "la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate" y en este caso, el aplicable es el derecho alemán. La Ley aplicable puede ser infringida, inaplicada, etc. y no debe hacerse diferencia entre derecho extranjero y derecho nacional una vez que se ha demostrado que el primero es

el aplicable al caso sometido al juzgador, porque otra consecuencia sería tanto como impedir el acceso a los recursos establecidos por la Ley (art. 24 CE), además de infringir la norma conflictual española. Sin embargo, la doctrina formulada en un recurso de casación por infracción del derecho extranjero no deba ser tenida como doctrina legal a los efectos del art. 6.1 CC, sin perjuicio de que pueda servir de pauta en posteriores conflictos ante los Tribunales españoles producidos en problemas semejantes en los que deban aplicarse las mismas normas jurídicas».

Tal como indica la sentencia citada a través del recurso de casación se puede alegar la infracción de la ley extranjera (en el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2010). Pero de conformidad con lo previsto en el art. 281.2 LEC éste deberá haber sido acreditado o investigado por el Tribunal.

En muchas ocasiones la parte alega a través del recurso de casación la infracción de una norma extranjera que no ha quedado acreditada en el proceso o lo ha sido en forma distinta a la pretendida en el recurso. Cuando la parte lo que pretenda es discutir la vigencia y aplicación del derecho extranjero el mecanismo adecuado no es el recurso de casación, ya que tal como se ha analizado el tribunal español no tiene la obligación de conocerlo por lo que recibe un tratamiento similar a una cuestión de hecho.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconducido este motivo de impugnación al Recurso por Infracción Procesal. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de este alto tribunal. Así la STS, Sala de lo Civil, 722/2009, de 23 de marzo afirma que:

«(...) aunque cumple con la exigencia formal de invocar como infringido un precepto sustantivo aplicable a la controversia, es evidente que lo que se está planteando a través del motivo no es la infracción de la norma de conflicto aplicable a la relación controvertida, sino a aquellos aspectos atinentes a la prueba del derecho extranjero los cuales se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, vigente en el momento de formularse, y no en el de casación.»

A modo de conclusión los mecanismos para impugnar la aplicación del derecho extranjero ante el Tribunal Supremo o Tribunal Superior de Justicia es:

— Cuando se alegue la infracción de la norma de conflicto a través del recurso de casación.

— Cuando se alegue la infracción de la ley extranjera que ha sido declarada probada en la sentencia a través del recurso de casación.

— Cuando se impugne la acreditación del derecho extranjero al considerar la parte que no su contenido y aplicación es distinta a la declara en sentencia debe alegarlo a través del Recurso por Infracción Procesal. ■

## NOTAS

(1) Sobre el tratamiento procesal del derecho extranjero ver ampliamente ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, capítulo IV de la versión digital.

(2) En este sentido se ha pronunciado de forma reiterada la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Ver por todas las SSTs, Sala 1.ª, de 27 de diciembre de 2006, 4 de julio de 2007 y 30 de abril de 2008. A nivel doctrinal ver ampliamente ABEL LLUCH, *Derecho Probatorio*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 2012, págs. 85 y ss.



## rincón DELECTURA

LA LEY 5235/2013



### El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal

Autor: LAUDAN, Larry

Edita: Ed. HAMMURABI, Buenos aires 2012, 394 páginas

Larry LAUDAN está considerado uno de los más grandes epistemólogos del siglo XX, físico por la Universidad de Kansas y doctorado en filosofía por la Universidad de Princeton, ha ocupado diversas posiciones académicas en universidades de Estados Unidos, Inglaterra y México. LAUDAN es actualmente profesor visitante en la facultad de derecho de la Universidad de Texas en Austin. En los últimos años ha centrado su interés en los problemas probatorios del proceso penal. Entre sus libros más importantes destacan: *Progress and Its problems* (1977), *Science and Values* (1984) y *Beyond Positivism and Relativism* (1996), y en el ámbito jurídico *La prueba en el derecho* (editado junto con Juan A. Cruz Parceró en 2010).

En el presente libro LAUDAN trata sobre la cuestión de los estándares de prueba. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar?. Aliados extraños: La inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba penal. ¿Es razonable la duda razonable? El contrato social y las reglas del juicio: un replanteo de las reglas procesales. Crítica a la «convicción íntima» como estándar de prueba en materia penal. ■



## rincón DELECTURA

LA LEY 5236/2013



### Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica

Autor: LAUDAN, Larry

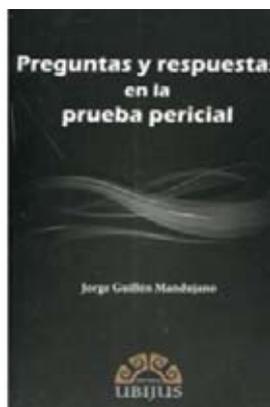
Edita: MARCIAL PONS 2013, 332 páginas

El libro presenta un análisis de epistemología jurídica que parte del presupuesto de que la averiguación de la verdad es objetivo fundamental del proceso judicial. A partir de aquí, Laudan analiza con brillantez algunas reglas probatorias y procedimentales que regulan el proceso penal estadounidense con la finalidad de conocer cuánto contribuyen o cuánto merman las posibilidades de llegar a la verdad; y, así, determinar si el coste epistemológico que suponen es ineludible o bien si pudieran encontrarse otros mecanismos para lograr los fines subyacentes. Pese a que el autor se centra en el caso estadounidense, su análisis es aplicable a todos aquellos sistemas, como los nuestros, que incluyen reglas similares. En cualquier caso, con independencia del sistema, existe siempre la posibilidad de error en todo tipo de procesos judiciales. En material penal los errores suponen falsas condenas pero también falsas absoluciones; por ello, Laudan analiza tanto las posibilidades de disminuirlos mediante las reglas vigentes, como la distribución del riesgo de error entre las partes a través de mecanismos como la presunción de inocencia y el estándar de prueba. En resumen, estamos ante un libro imprescindible para quien pretenda observar el proceso penal desde la óptica de la epistemología y de la justificación de sus reglas probatorias. ■



## rincón

### DELECTURA



LA LEY 5237/2013

## Preguntas y respuestas en la prueba pericial

Autor: GUILLÉN MANDUJANO, Jorge,

Edita: Ed. UBIJUS, Mexico 2013, 446 páginas

Jorge GUILLÉN MANDUJANO es un experto en práctica forense que ha desarrollado desde todos sus ángulos, como litigante con más de 25 años de experiencia en el sistema judicial Mexicano. El objetivo del libro se centra en despejar todas las dudas del litigante, del juzgador y hasta del perito, homologando información con experiencia y visión. Se trata de una obra que de manera práctica técnica y concisa, contesta todas las preguntas que surgen al ofrecer las pruebas, al rendir un dictamen y al valorarlo, por lo que si quiere asegurar el éxito de una prueba pericial en muchos juicios es toral, y una responsabilidad leer

este libro, que contiene todas las posibles preguntas y respuestas que surgen en un proceso, que ilustra plenamente al lector, dándole la vertiente a seguir al litigante para asegurar una sentencia favorable, un dictamen correctamente elaborado por un perito y al juzgador, una arma para una exacta valoración. ■



## Eventos

LA LEY 113501/2013

## La dificultad de demostrar el mobbing

*El Instituto de Probática y Derecho Probatorio de ESADE reúne a expertos para exponer cómo detectar y hacer frente al mobbing escolar, laboral e inmobiliario*

Carlos fue víctima de acoso escolar en primaria y ESO. Sufrió vejaciones continuadas y maltratos de sus compañeros de clase durante mucho tiempo. Fue víctima de actos traumáticos, como ponerle una bolsa de plástico en la cabeza y tirarlo por las escaleras. El daño psicológico reiterado le dejó secuelas graves que, muchos años después, todavía sigue arrastrando.

La historia de Carlos es una de las muchas que recibe la *Asociación No al Acoso Escolar*, según afirmó su presidente, Javier Pérez Aznar, durante la Jornada sobre Mobbing, organizada el pasado 14 de junio por el *Instituto de Probática y Derecho Probatorio de ESADE*.

La jornada, que tuvo lugar en la *Facultad de Derecho de ESADE*, reunió a expertos que expusieron cómo detectar y hacer frente al *mobbing* escolar, laboral e inmobiliario.

### El acoso escolar, un enemigo invisible

«Los suicidios de los menores Jokin, Mónica y Carla han aumentado la sensibilización y el número de demandas sobre los casos de *mobbing* escolar. Aun así, el acoso ha experimentado, lamentablemente, una tendencia al alza en los últimos años. Las políticas de prevención que se están haciendo no están surgiendo efecto», advierte Pérez Aznar.

En España, uno de cada cuatro niños y niñas sufre acoso escolar. Las consecuencias de este acoso —a menudo, una amenaza silenciosa— pueden dejar secuelas graves y, en ocasiones, incluso irreversibles. En la actualidad, el 20 % de los pacientes que acuden a una consulta psiquiátrica han sido víctimas de acoso escolar en el pasado.



«Carlos no era alumno mío, pero estuvimos en el mismo instituto. El gran problema del acoso escolar es detectarlo, porque no se ve. Siempre sucede cuando los profesores no están presentes», alerta Carmen Cabestany, profesora y secretaria de la *Asociación No al Acoso*

Escolar. «Es muy difícil que los profesores podamos detectarlo y, si lo logramos, el problema es que los dos siempre lo niegan, porque la víctima está bajo amenaza.»

### Los testigos, pieza clave en el proceso.

Demostrar un caso de *cyberbullying* es relativamente fácil, pero demostrar un caso de acoso en las aulas es mucho más complicado, porque a menudo no hay pruebas. Según Cabestany, «la prueba clave para demostrar que el acoso existe son los testigos. El problema es que los testigos también tienen miedo».

Cabestany señala que las cifras de acoso escolar son más elevadas en primaria que en secundaria, y que es en primaria donde tiene que empezar a prevenirse y han de promoverse políticas de intervención para evitar el acoso.

«Cuando hablas con un director, la mayoría de las veces su respuesta es negar que en su centro exista acoso. Pero, lamentablemente, muchas veces sí que existe; el problema es que está oculto. Nuestro gran desafío es demostrar que ese acoso existe, porque solo cuando reconocemos su existencia es cuando podemos empezar a buscar soluciones», afirma Pérez Aznar.

### El *mobbing* laboral

El objetivo del *mobbing* laboral es destruir de manera sistemática la estabilidad psicológica de la persona y arrastrarla a una posición de indefensión. «La persona que inicia el acoso tiene un objetivo muy claro para elegir a su víctima y dañarla», explica Marina Parés Soliva, presidenta del Servicio Europeo de Información sobre el *Mobbing*.

El *mobbing* en el ámbito laboral puede darse también en organizaciones con muy buenas prácticas. La diferencia, según Parés, es que en este tipo de organizaciones es más fácil evitar que estas conductas agresivas continúen en el tiempo una vez detectadas: «Si el resto de compañeros que presencian el acoso no lo permiten, el *mobbing* no prospera».

Demostrar el acoso laboral no es fácil. Uno de los obstáculos que puede retrasar su detección es el nivel de resistencia de la persona que está siendo atacada. «La víctima puede tener un nivel de resistencia personal muy fuerte, que puede hacer que incluso agresiones muy violentas presenten pocas manifestaciones», afirma Parés.

Por su parte, Mar Aldeano Martín, asesora del *Síndic de Greuges*, destaca que la institución recibe numerosas quejas de acoso por parte de empleados públicos e insiste en la importancia de detectarlo a tiempo para proteger a los trabajadores: «El acoso laboral es un riesgo que tiene que prevenirse, y la Administración Pública debe proteger a los trabajadores frente a este tipo de riesgo». Según Aldeano, aunque la Generalitat dispone de un protocolo de actuaciones para prevenir estas situaciones, la realidad es que no está siendo efectivo y por esto está en proceso de revisión.

Otras dificultades para demostrar el acoso en el trabajo incluyen desde encontrar los mecanismos para distinguir el acoso del estrés y las exigencias profesionales hasta determinar quién es el trabajador que está actuando como agresor; saber diferenciar un falso acoso de uno real; detectar a los testigos falsos, e identificar a los «simuladores conscientes», que persiguen un beneficio económico.

### El *mobbing* inmobiliario

Llamadas telefónicas a altas horas de la madrugada, cortar el agua o la electricidad sin previo aviso, negarse a cobrar los recibos, difundir rumores falsos como un posible desahucio o acusar a los inquilinos ancianos de que se lo inventan son algunas de las agresiones que reciben los vecinos que están sufriendo *mobbing* inmobiliario.

El acoso inmobiliario para intentar echar a los inquilinos de una vivienda es una práctica que, aunque recurrente, también es difícil de probar, puesto que muchas de las amenazas no son demostrables en un juicio.

«El agresor siempre niega la realidad del ataque e intenta alegar que el inquilino tiene problemas de convivencia. El acoso inmobiliario acostumbra a hacerse a través de terceros, no directamente desde la agencia o el propietario», explica Parés. «Pueden darse casos en los que la inmobiliaria alquile otros inmuebles a personas que les hagan la vida imposible, u otros como empezar unas obras y dejarlas apuntaladas durante años sin hacer nada, con el riesgo de poder provocar accidentes a la larga». ■

#### 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 Maíllo Arnaiz, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Rubén Ortiz, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Sergio Tiscar Medina, Ramón Zapata Juliá

PREIMPRESIÓN E IMPRESIÓN por Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© 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).