

# diariolaley

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



20 Mayo  
2019

9418



Wolters Kluwer

## Redacción

**Directora de Publicaciones:** Marta Tovar Torres (marta.tovar@wolterskluwer.com)

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

**Jefe de Publicaciones edición diaria:** Isabel Desviat Manzanares  
(isabel.desviat@wolterskluwer.com)

**Jefe de Publicaciones Ciberderecho y Legal Management:** Carlos Fernández Hernández  
(carlos.fernandez@wolterskluwer.com)

**Coordinador:** César Abella Fernández (cesar.abella@wolterskluwer.com)

**Coordinadora LA LEY Unión Europea:** María del Prado Gómez Opazo  
(maria.prado.gomez@wolterskluwer.com)

**Análisis de la Documentación:** Wolters Kluwer España, S.A.

**e-mail Redacción:** ES-diariolaley@wolterskluwer.com

**e-mail Publicidad:** publicidad@wolterskluwer.es

**Diseño y Preimpresión:** Wolters Kluwer España, S.A.

**ISSN Electrónico:** 1989-6913

### © Wolters Kluwer España, S.A.

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

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

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

### Nota de la Editorial:

El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de Wolters Kluwer España, S.A., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único

organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

## **Wolters Kluwer**

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: [clientes@wolterskluwer.com](mailto:clientes@wolterskluwer.com)

<http://www.wolterskluwer.es>

## Créditos

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

### **Consejo de redacción**

Prof. Dr. Xavier Abel Lluch

Prof. Dr. Frederic Munné Catarina

Prof. Dr. Lluís Muñoz Sabaté

Prof. Dr. Manuel Richard González

### **Director**

**Frederic Munné Catarina**, Abogado y doctor en Derecho.

### **Subdirector**

**Manuel Richard González**, Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA.

### **Colaboradores en éste número:**

Xavier Abel Lluch

Juan Antonio Andino López

Roser Casanova Martí

Roberto García Cenicero

Frederic Munné Catarina

Enrique de Madrid Dávila

Carlos de Miranda Vázquez

Rafael Orellana de Castro

Berta Pellicer Ortíz

Joan Picó Junoy

Manuel Richard González

Autora Sotelo Vázquez

Cristina Vallejo Ros



La obra tiene por objetivo ser un manual en el que el abogado, juez, procurador o cualquier persona relacionada con el Derecho encuentre las nociones de comportamiento que debe tener en sus relaciones tanto con la administración de justicia como en el desempeño de su actividad.

Determinados principios como el respeto, la educación o la consideración hacia los demás, han regir toda actividad profesional. Por eso, es necesario orientar a quien actúa con desconsideración, puesto que probablemente lo haga por ignorancia y no por vocación de violentar su actuación profesional.

Estos principios básicos ayudan a la resolución de los conflictos, pues son necesarios en toda convivencia e imprescindibles cuando se administra justicia. Y ello porque la Administración de Justicia debe inspirar la credibilidad y consideración máximas. Para que exista este necesario ensalzamiento de la Institución son fundamentales no sólo las normas procesales, sino la correcta ejecución de las formalidades en todo ejercicio de la actividad en el ámbito jurídico.

**Autora:** Purificación Pujol Capilla



Consulta las condiciones de compra de esta obra en: →

[tienda.wolterskluwer.es](http://tienda.wolterskluwer.es)  
902 250 500  
[clientes@wolterskluwer.com](mailto:clientes@wolterskluwer.com)

Más información →

# Sumario

## **EN PRIMERA PERSONA**

- «*La prueba judicial a debate entre un juez, una abogada y una perito*». **Entrevistados: Roberto García Cenicero** (Magistrado), **Cristina Vallejo Ros** (abogado) y **Aurora Sotelo Vázquez** (licenciada en medicina. Especialista y Master en valoración del daño corporal).

## **PRACTICA FORENSE**

- «*Lo que nos enseña la práctica de las declaraciones de los acusados en el "juicio del proceso" y debemos exigir en cualquier proceso penal*», por **MANUEL RICHARD GONZÁLEZ**, Doctor en Derecho
- «*Probática y la prueba pericial*», por **RAFAEL ORELLANA DE CASTRO**, Abogado y perito calígrafo
- «*La emisión de una orden europea de investigación para la intervención de las comunicaciones*», por **ROSER CASANOVA MARTÍ**, Profesora de Derecho Procesal. Universitat Rovira i Virgili

## **DOSSIER DE LOS TRIBUNALES SOBRE PROBATICA**

- «*Reflexiones sobre el heurigrama del Prof. Muñoz Sabaté*», por **JUAN ANTONIO ANDINO LÓPEZ**, Profesor Asociado Universitat Internacional de Catalunya.
- «*Los hechos cruzan "Mórdor" para ser probados*», por **ENRIQUE DE MADRID DÁVILA**, Detective Privado. Profesor de Investigación Privada y Seguridad en Universitat de Barcelona.

## **JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO PROBATORIO**

- «*La renuncia abusiva a la prueba admitida*», por **JOAN PICÓ JUNOY**, Catedrático de Derecho Procesal. Universitat Pompeu Fabra.
- «*La sugerencia judicial de pruebas del art. 429 LEC y su posible preclusión con los escritos de demanda y contestación*», por **BERTA PELLICER ORTIZ**, Magistrada. Sección 15 Audiencia Provincial de Barcelona.
- «*La asistencia personal de las partes a la vista del juicio verbal, para su interrogatorio*», por **FREDERIC MUNNÉ CATARINA**, Abogado. Doctor en Derecho.

## **PREGUNTAS CON RESPUESTA: LA PRUEBA A CONSULTA**

- «*¿Cabe realmente la valoración de la prueba de reconocimiento judicial?*», por **CARLOS DE MIRANDA VÁZQUEZ**, Profesor de Derecho Procesal de la Universitat Internacional de Catalunya.
- «*La confidencialidad de la audiencia del menor*», por **XAVIER ABEL LLUCH**, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia 14 de Barcelona.

## EN PRIMERA PERSONA



### La prueba judicial a debate

**Frederic Munné Catarina**

Entrevistamos a un juez de primera instancia, una abogada y una perito sobre sus respectivas profesiones en relación a la prueba, la oralidad en la práctica de las pruebas, las posibles mejoras sobre la doble sistema de designación de los peritos, la impugnación de un documento electrónico, la renuncia al interrogatorio admitido y la defensa en contradicción del dictamen emitido por el perito, entre otras cuestiones.

Entrevistados:

**Roberto García Cenicero**

Magistrado

**Cristina Vallejo Ros**

Abogado

**Aurora Sotelo Vázquez**

Licenciada en medicina. Especialista y Master en valoración del daño corporal.

#### Preguntas comunes a Juez, Abogado y Perito

**1.- ¿Cuáles son las cualidades y habilidades profesionales que más destacaría en un juez,**

## un abogado y un perito?

**Respuesta del Magistrado:** Obviamente, lo más destacado que puedo decir respecto de las cualidades que han de caracterizar cada una de estas tres profesiones ira en consonancia con las funciones propias de cada una de ellas.

Evidentemente, el abogado, como asesor jurídico y garante de los derechos de una parte, deberá tener un altísimo grado de conocimientos jurídicos, capacidad de abstracción, y traslación de tales conocimientos al caso concreto. Y, para el buen fin de su trabajo, deberá disponer de una adecuada capacidad de análisis para discernir en cada pleito cuáles son los hechos constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes. No obstante, el éxito o el fracaso de la tarea de un abogado dependerán en buena medida de la actuación que se haya desarrollado antes de la tramitación judicial del litigio. Y eso ha de suponer también, obviamente, un buen nivel en técnicas de negociación. Todo buen abogado ha de ser consciente en todo momento que el interés de su cliente ha de pasar en todo caso por la obtención de una solución transaccional, o consecuencia de una mediación. No puede haber un derecho de defensa efectivo a favor de un cliente, en un proceso civil, si el abogado no es capaz de tender puentes con el resto de partes. Y, una vez iniciado el proceso judicial, un buen abogado ha de saber cuáles son los medios de prueba más idóneos en cada caso, cómo ha de actuar durante la práctica de la prueba, y cómo debe exponer sus argumentos, a fin de llevar al juez o tribunal al convencimiento de un determinado hecho. Por supuesto, todo ello depende también en buena medida de la capacidad de adaptación que el abogado tenga ante cada situación concreta que pueda plantearse. Por todo eso, es evidente que la empatía, la agilidad mental, la capacidad de análisis, la brillantez en la expresión escrita y oral, y la capacidad de síntesis son notas destacadas en su labor profesional.

En cuanto al perito, es evidente que la nota principal de su actividad ha de ser el conjunto de capacidades científicas, artísticas, técnicas o prácticas que tenga sobre la materia respecto de la que versará su actuación ante el juez o tribunal. Pero, por supuesto, el buen perito ha de ser un profesional que, más allá de sus conocimientos teóricos y de su capacidad de hacer un dictamen sobre un caso concreto, sepa exponer su pericia de una forma adecuada durante un juicio, a fin de auxiliar al juez (que no necesariamente ha de ser lo mismo que persuadir) sobre sus conclusiones. La actuación de un perito durante un juicio no equivale a la de un ponente o conferenciante, sino que ha de estar movida por la voluntad de ayudar al juez a dictar una resolución sobre un determinado asunto. Aunque es comprensible que en cierta medida su intervención venga condicionada por el interés de la parte que le ha contratado y que abonará sus honorarios, el hecho de aceptar el encargo y de actuar en un juicio como perito conlleva que sea predicable en su actuación un grado de objetividad e imparcialidad que resultan imprescindibles si se quiere dotar a su función de la relevancia que sin duda ha de tener. Y, por supuesto, cada vez es más importante que la función del perito se extienda a las peculiaridades que supone someter su dictamen a contradicción, tanto en lo que se refiere a responder a las peticiones de aclaración o a las críticas que se le hagan por la parte contraria, como a las críticas que él mismo pueda hacer de otros dictámenes que obren en la causa. En mi opinión, de la habilidad que el perito tenga en estas tareas, y no de sus capacidades académicas o doctorales, dependerá principalmente la eficacia de esta prueba ante el juez o tribunal.

Dejo para el final al juez, por tratarse de la figura que encarga el poder de decisión final del proceso. Para la obtención de un pronunciamiento, el juez habrá de valorar en conciencia las pruebas practicadas, tras pasarlas por el tamiz de las normas generales sobre carga probatoria. Y, a

continuación, deberá hacer un ejercicio de abstracción y de incardinación del caso concreto al supuesto legal. Pero, sobre todo, la función constitucional del juez le obliga a llevar a cabo este ejercicio sobre dos premisas fundamentales: por un lado, la garantía de los derechos de defensa de todas las partes; por otro, el sometimiento al imperio de la ley, al margen de cualquier criterio de arbitrariedad, lo que obliga a que cualquier resolución que se dicte sea razonada y fundada en Derecho. La tutela judicial efectiva no se limita a obtener una respuesta ante un caso concreto, sino que a esa respuesta ha de estar fundamentada de acuerdo con el ordenamiento jurídico, y dictarse tras un procedimiento con todas las garantías, y en el que se han respetado los derechos de las partes.

Y, en definitiva, no puede analizarse el contenido de la función de ninguna de estas profesiones si no se entiende que todas ellas son complemento las unas de las otras, y que todas se prestan para la efectividad de un servicio público esencial como es la administración de justicia. La función constitucional del juez perderá todo predicamento si las partes no han podido ejercer debidamente su derecho de defensa mediante una adecuada asistencia letrada, y si no han podido desplegar una actividad probatoria adecuada a sus intereses. En ese sentido, tanto los abogados como los peritos se configuran en profesionales cuya actividad tiene un doble ámbito o funcionalidad, ya que, por un lado, servirán (como no puede ser de otra manera) a los intereses de la parte que les ha contratado; pero, por otro lado, también actuarán en el proceso como colaboradores de la administración de justicia, y en tal medida su aportación es básica para que la sociedad disponga de una administración de justicia de calidad, y que el poder judicial pueda desplegar con la debida eficacia las funciones inherentes a su dimensión de servicio público.

**Respuesta de la Abogada:** Las cualidades que destaco de un Juez, en primer lugar, son la justicia y la responsabilidad del cargo que desempeña. Solamente asumiendo la responsabilidad que implica la función jurisdiccional puede beneficiarse al resto de operadores jurídicos que participan para conseguir un bien común, el derecho de defensa de la ciudadanía. En segundo lugar, el respeto en una sala de vistas y en la tramitación de un procedimiento judicial es fundamental, no sólo de parte del Juez sino de todos los que participan activamente en un juicio y/o procedimiento. Asimismo, desde el respeto se consigue más fácilmente la habilidad de dirigir un juicio, con el *tempus*, el diálogo y la colaboración de todos que es necesaria para que el justiciable sienta que se resuelva como se resuelva su problema, se ha tomado en consideración y se ha resuelto desde la responsabilidad y el respeto.

Otra habilidad que destacaría en un juez es ser resolutivo. Y para ello, es necesario que un Juez conozca del asunto en concreto; a título de ejemplo, no es lo mismo una audiencia previa en la que el Juez tiene pleno conocimiento del asunto, participa activamente en la fijación de la controversia, acepta únicamente las pruebas en las que se ha centrado el debate, que aquel Juez que, por los motivos que fueren, no conoce del asunto, deja libertad a las partes para la fijación de los hechos controvertidos, admite todo tipo de prueba y todo ello se traduce en un juicio, en el primer ejemplo, de una hora y en el segundo ejemplo de toda una mañana. Es destacable el juez que resuelve sin dudas, que no tiene inconveniente en una vista a resolver *in voce* y que, en definitiva, con el cumplimiento de las garantías del procedimiento simplifica la tramitación del mismo, no siendo protagonista más allá de la posición que ocupa, privilegiada por su facultad de resolver.

Las cualidades que destaco en un abogado son su vocación, ilusión y compromiso por la profesión. Pueden sonar a tópicos, pero podemos ver una gran diferencia entre los abogados que ejercen la profesión como una ocupación u oficio, como un trabajo que es la contraprestación de un salario,

con la desgana que ello implica. Con aquellos abogados que representan la vocación de servicio, la ilusión de la profesión, y ello intrínsecamente implica la atención al cliente de forma individualizada y personal, la formación continuada y la aptitud de querer ser cada día un profesional más experimentado, y capacitado con las herramientas necesarias para dar utilidad a la profesión y resolver los problemas de los clientes. Y esa es una de las habilidades que destaco del abogado, su capacidad para resolver los problemas ajenos, ya sea trabajando en equipo o individualmente. Particularmente, prefiero descantarme en el abogado al trabajo en equipo, me parece más enriquecedor la discusión sobre los asuntos, el diálogo sobre las distintas posturas jurisprudenciales, las estrategias de los asuntos, aunque también conozco a abogados que prefieren todo lo contrario, trabajar desde la individualidad.

En cuanto al perito es destacable su empatía para saber transmitir sus conocimientos técnicos y/o científicos sobre la materia. En un procedimiento en el que es necesario acudir a un perito es por el tecnicismo del asunto, por lo que deviene imprescindible que un profano en la materia, como es el Juez y el abogado, entiendan y comprendan las explicaciones del perito. Y una cualidad que destacaría en aquellos peritos más entendedores es la empatía con el resto de operadores jurídicos. Asimismo, la integridad en los peritos es fundamental. Desde la aprobación de la LEC 2000, y la configuración de la pericial de parte, es necesario que los peritos sean íntegros y defiendan su postura, tanto en lo que pueda beneficiar como perjudicar al cliente que les ha encomendado el informe pericial.

La dedicación del perito al procedimiento en cuestión también es destacable, ya que sin ella la defensa quedaría sesgada, cuando hablamos de intervenciones que por su carácter técnico son totalmente imprescindibles.

**Respuesta de la Perita:** En cuanto a la forma o actitud del Juez ante los operadores jurídicos destacaría la escucha activa, y el respeto a los distintos profesionales que intervienen en el procedimiento en el ejercicio de su profesión. El trato respetuoso a los justiciables y a los distintos operadores jurídicos dentro de los cánones de seriedad, respeto y educación. El Juez como autoridad debe tener la habilidad de dirigir el proceso y modular las intervenciones de los operadores jurídicos en sala, para evitar las posibles actitudes irrespetuosas y hostiles entre los distintos intervinientes.

En cuanto al fondo el Juez debería tener conocimiento previo al acto de juicio del objeto de la controversia.

Con respecto al abogado en su actuación profesional debe seguir la máxima de "*lo bueno si breve dos veces bueno*". Esto implica concreción, exposición ordenada de los argumentos, respeto a todos los intervinientes en el proceso, en especial a los compañeros y peritos, sin olvidar que la controversia existente en el procedimiento no implica ni permite el trato vejatorio ni la falta de respeto.

El Perito, como tal, viene obligado a decir verdad e instruir al juzgador y a las partes sobre el conocimiento de la materia sobre la que versa el pleito. El perito debe ser conocedor de su materia, concreto, mantener una exposición ordenada y objetiva en base a su conocimiento. Así mismo se le deben aplicar los parámetros de educación y respeto hacia todos los intervinientes en el procedimiento, evitando expresiones y gestos irrespetuosos.

**2.- ¿Qué valoración efectúa de la introducción de la oralidad en la práctica de las pruebas por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil? ¿Qué ventajas e**

## inconvenientes señalaría?

**Respuesta del Magistrado:** Mi valoración es muy positiva, y creo que en eso coincidimos sin excepción todos los agentes que actualmente actuamos en la administración de justicia. Cuando se aprobó la Ley 1/2000 yo acababa de incorporarme a la carrera judicial, y recuerdo que en aquellos días la introducción de la oralidad y la intermediación suponía un reto para todos, que provocaba en muchos de nosotros una sensación de vértigo. Tanto para quienes acabábamos de incorporarnos a la carrera, por la lógica inexperiencia e inseguridad que conlleva presidir un juicio cuando no estás avezado a ello, como para los más veteranos, por el acomodamiento que supone trabajar sin salir del despacho, la entrada en vigor de la nueva LEC suponía un gran reto. Me consta que algo parecido ocurrió entre abogados y peritos. Pero en muy poco tiempo los recelos se desvanecieron. Mediante la oralidad y la intermediación las pruebas despliegan toda su funcionalidad y sirven realmente para el fin pretendido. Sólo mediante la oralidad y la intermediación el abogado puede desplegar adecuadamente su estrategia de defensa, y el juez puede alcanzar una convicción adecuada sobre los hechos controvertidos. Una prueba sólo despliega todo su alcance mediante la percepción directa del juez. Y la mayor calidad de la prueba también supondrá una mayor calidad de la respuesta final que se dé al ciudadano.

Y, por supuesto, la oralidad también ha servido para la concentración del juicio en una unidad de acto, en contra de la dispersión de actos procesales que suponía la práctica de la prueba en un juicio civil conforme al sistema imperante bajo la vigencia de la LEC de 1881. La LEC 1/2000 supuso también un notable acortamiento en la tramitación de los procedimientos judiciales, con lo que también desde ese punto de vista supuso un gran avance.

**Respuesta de la Abogada:** La valoración es sobresaliente. Aún recordamos la práctica de las pruebas por escrito, cuando por parte del funcionario trasladaba a su Señoría las preguntas a formular a las partes, testigos y/o peritos, y con un sí/no, los funcionarios daban lectura a las preguntas y en su mesa se practicaban las pruebas. Puedo decir que recuerdo solamente un Juzgado de Primera Instancia, en el que en aquella época previa a la entrada en vigor de la LEC 2000, se practicaban las pruebas en sala, mediante oralidad y en presencia del Juez. La diferencia era sustancial. Sin duda, estoy en el grupo de personas que celebró la oralidad de la LEC 2000, aunque soy consciente que otras muchas ya estaban cómodas con una justicia escrita. Las ventajas son la intermediación, el conocimiento directo de todos los operadores jurídicos, la réplica, además del tiempo que se evita en el ejercicio de la profesión mediante la oralidad. En cuantas ocasiones, en juicios de varias sesiones finalmente el trámite de conclusiones no ha dado tiempo a formularse y con el acuerdo de las partes se acuerda su formulación por escrito y un trámite que hubiera significado 10 minutos de oralidad se convierte en días de trabajo por escrito. En cuanto a los inconvenientes, si es que hay alguno, es la intermediación a sensu contrario. Te obliga a la agilidad en los pronunciamientos, a un conocimiento real y profundo del asunto, aunque ello no debería ser un inconveniente sino un requisito para la defensa de un procedimiento. Podría sacrificarse en algún momento puntual la calidad de la escritura, del estudio profundo del asunto con la oportunidad de la oralidad del caso.

**Respuesta de la Perita:** Como VENTAJA la inmediatez, que posibilita la intervención ordenada de todas las partes intervinientes en el proceso, así como del propio Juzgador, que tiene la posibilidad de aclarar las dudas que puedan plantearse a lo largo del desarrollo del procedimiento. Todo ello es extensivo a los distintos operadores que intervienen en el procedimiento

**INCONVENIENTES:** La tensión y estrés que pueden interferir en el desarrollo de la puesta en

escena que puede interferir en la actuación de los distintos operadores jurídicos.

### 3.- ¿Cómo valora la doble modalidad de pericial, esto es, el sistema de perito de designación por la partes y el perito de designación judicial? ¿Cabe introducir alguna mejora?

**Respuesta del Magistrado:** De entrada, soy partidario a que continúe existiendo esa doble modalidad. Del mismo modo que cabe garantizar a cada parte el derecho a aportar dictámenes periciales emitidos por peritos de su libre designación, también ha de garantizarse la posibilidad de acudir a peritos de designación por el propio juzgado. Las reservas que un abogado o un juez puedan tener respecto de la mayor neutralidad de uno u otro, y la presunción (demasiado extendida, en mi opinión) de que el juez siempre terminará inclinándose por las conclusiones del perito de designación judicial siempre estarán ahí. No obstante, no por ello ha de quebrantarse el derecho de la parte a optar por una vía u otra. Supongo que a la hora de distinguir entre abogado de oficio y abogado de designación particular se dan las mismas prevenciones. Personalmente, creo que debe partirse de la presunción de objetividad de todos los peritos, y de la fidelidad al cumplimiento de los deberes del art. 335 LEC. Salvo excepciones, no creo que un perito defienda cosas distintas en dos juicios, desde un punto de vista técnico o científico, en función del interés de la parte que le ha contratado. Cuestión distinta, lógicamente, es que una parte, al preparar su demanda o contestación, quiera hacer valer el dictamen de un perito cuyo posicionamiento profesional es acorde a sus pretensiones, y rechace otro tipo de dictámenes que, siendo igual de respetables desde el punto de vista del rigor técnico o científico, lleven a una conclusión contraria a la que se pretende sostener durante el proceso.

No obstante, sí considero que habría que introducir mejoras. Deberían establecerse mecanismos de control respecto de la formación profesional y capacitación de algunos peritos respecto de algunos temas, especialmente en procedimientos complejos en los que se precisa de un dictamen pericial sobre cuestiones muy específicas. En muchas ocasiones, las partes recurren a un dictamen emitido por perito de designación particular no porque se presuma que el perito designado se ajustará a sus pretensiones, sino porque existe un riesgo de que el perito que el juzgado designe no esté suficientemente capacitado para emitir un dictamen pericial de calidad respecto de la cuestión controvertida. En ese sentido, es necesario establecer mecanismos de control o corrección en la confección de las listas, aunque es muy complejo establecer cuáles.

Por otro lado, soy partidario de que exista un cuerpo de peritos a disposición de los juzgados civiles, de manera análoga a los médicos forenses en el ámbito penal, que sirva de auxilio al juez en aquellas materias cuya resolución dependa esencialmente de la valoración de cuestiones técnicas o científicas. Existen muchos pleitos en el ámbito civil en los que la controversia se limita a una valoración monetaria relativa al alcance y determinación de un daño, material o personal, y esta labor de cuantificación deriva sin duda de la apreciación pericial, que constituye para estos procesos la prueba primordial. Son demasiado habituales los procesos civiles en los que la labor del juez se limita a tener que decantarse entre dos dictámenes periciales sobre cuantificación de un perjuicio, y es obvio que para eso sería aconsejable contar con algún tipo de auxilio. Además, este cuerpo legal de peritos forenses, sobre cualquier materia, podría ser muy útil para alcanzar acuerdos en muchos juicios civiles.

**Respuesta de la Abogada:** Ha sido mediante la práctica forense que se ha suplido la carencia legislativa de expresar cuándo se le admite a un litigante que no accede a la justicia gratuita que pueda intervenir con un perito judicial. En cuanto a este extremo, en algunas ocasiones, hemos

sufrido la inseguridad jurídica de que en un juzgado se pudiera admitir una pericial judicial frente a la diversidad de pruebas periciales para intentar armonizar la controversia y en otros no. Al mismo tiempo, debemos eliminar cualquier pronunciamiento encaminado a darle mayor objetividad a la pericial judicial que al resto de pruebas periciales de parte. Jurisprudencialmente se ha resuelto por la jurisprudencia menor que la pericial judicial no prevalece, en cuanto a datos de objetividad, respecto a la pericial de parte, pero entiendo que legislativamente no está resuelto este problema.

**Respuesta de la Perita:** Con independencia de la procedencia de la designa, el perito viene obligado a actuar bajo parámetros de verdad, objetividad, neutralidad y profesionalidad. Es por ello que cualquier perito debe respetar dichos principios.

Al perito judicial no hay porque presuponerle mayor objetividad que a los propuestos por las partes.

## Preguntas específicas para el Juez

### 4.- Desde su experiencia como Magistrado-Juez de Primera Instancia, ¿qué aspectos de la prueba valora más para formar su convencimiento de los hechos controvertidos?// ¿cómo debería procederse en caso de impugnación de un documento electrónico?

Por supuesto, creo que el juez ha de enfrentarse a la prueba de la manera más abierta posible, de modo que la convicción que pueda llegar a formarse respecto de cada caso derive realmente de una valoración conjunta de la prueba practicada, y entendiendo que en cada caso las pruebas determinantes de la realidad de un hecho pueden variar. Dicho ello, comparto la concepción general de que en el proceso civil la prueba principal es la documental, o incluso a veces la falta de ella. La inmensa mayoría de los pleitos civiles tienen como presupuestos fácticos hechos que, en la realidad cotidiana que nos envuelve, suelen tener un soporte documental que les sirve como sustento. Vivimos en una sociedad en la que tenemos una tendencia a documentarlo todo: contratos, escrituras, hojas de encargo, facturas, albaranes, recibos de pago, declaraciones amistosas de accidente, partes de siniestro, historiales médicos, comunicaciones entre partes (correos, burofaxes, SMS, whatsapp...), etc. Cabe añadir también las pruebas videográficas, de grabación de imagen y sonido. Prácticamente cualquier presupuesto fáctico revelador de responsabilidad civil (contractual o extracontractual) es susceptible de dejar un rastro documental. Además, tales documentos se habrían confeccionado de una forma prácticamente simultánea al hecho al que se refieren, con anterioridad al procedimiento judicial (en muchos casos, precisamente, para tratar de evitarlo). Por eso, es habitual que las pretensiones de las partes nazcan siempre de los documentos aportados, y que el resto de las pruebas que se practiquen tengan por objeto ratificar o contradecir lo que previamente ha quedado documentado, o llegar a donde los documentos no llegan.

Y, para valorar un documento, lógicamente habrán de seguirse las normas reguladas en los arts. 1281 CC. Para su aplicación, entiendo que los aspectos más relevantes en la tarea del juez pasarán por tener en cuenta siempre quién ha confeccionado el documento, así como en qué momento y circunstancias.

Aparte de estos casos, existen otros pleitos en los que la discrepancia se centra en aspectos científicos o técnicos, con lo que la prueba "estrella" pasa a ser la pericial. Y, para la valoración de esta prueba, es evidente que la autoridad profesional del perito, el proceso lógico y deductivo que

haya empleado, y la objetividad y capacidad de respuesta que aporte durante el juicio serán esenciales para formar mi convicción como juez en un sentido u otro.

Es cierto que también existen pleitos en los que las declaraciones de las partes y de los testigos son determinantes para el convencimiento del juez sobre un determinado hecho controvertido. Por supuesto, en el caso del interrogatorio de parte, el interés personal de quien declara es tan evidente que la utilidad de la prueba se apreciará casi siempre si la valoración se hace en perjuicio de quien declara. Es difícil (aunque no imposible) que una sentencia sea favorable a una parte gracias a que el juez se ha convencido de un hecho a partir del interrogatorio de dicha parte. Es más, estoy convencido de que si no existiese una norma como el art. 304 LEC apenas se propondría esta prueba, y ello explica también la práctica demasiado habitual en el juicio ordinario de renunciar a esta prueba justo en el momento de iniciarse el juicio (algo absolutamente rechazable, desde mi punto de vista, por lo que significa de falta de respeto y consideración a una persona a la que se ha obligado a acudir personalmente a juicio).

En cuanto a la prueba testifical, es evidente que se trata de pruebas en las que la subjetividad constituye un factor importante, la información que se aporta siempre depende de la impresión personal que alguien ha tenido, que siempre puede estar sometida a error, y por los fallos de memoria que cualquiera puede sufrir como consecuencia del paso del tiempo. Un testigo que no recuerde nada puede mover a la sospecha tanto como aquél que ofrezca hasta el último detalle de un hecho ocurrido hace años. Y todo ello por no hablar de la importancia que para esta prueba puede tener la habilidad de un abogado a la hora de interrogar, o la situación de nervios o vulnerabilidad de quien declara. Por eso se trata de una prueba que, aunque en ocasiones puede ser determinante para mover a la convicción de un juez, siempre debe valorarse con reservas.

En cuanto a la impugnación de un documento electrónico, hay que partir de las mismas normas que en el caso de impugnación de un documento en papel. Por supuesto, hay que distinguir el caso del documento que ya en su origen se creó con un soporte electrónico, de aquél que se confeccionó en papel, pero cuya incorporación al procedimiento se ha producido electrónicamente. En el primer caso, la impugnación dará lugar en muchas ocasiones a la necesidad de aportar dictámenes periciales informáticos, máxime si se tiene en cuenta el escaso bagaje con el que la mayoría de los jueces contamos en esa materia. En el segundo caso, el proceso más habitual consistiría en recabar la aportación del documento original en papel, por la parte o el tercero que lo tenga en su poder, y a partir de aquí seguir las normas generales sobre impugnación documental que contiene la LEC, de un modo tradicional. Y, en todo caso, resulta muy habitual en la práctica recurrir al criterio general del art. 326 LEC, sobre atribución de la carga probatoria a la parte que pretendió la incorporación de un documento privado al juicio.

### **5.- ¿Cómo valora Vd. el actual sistema de acceso a la oposición y qué papel cree que debe desempeñar la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial? ¿Qué materias cree Vd. que se deberían introducir en relación con la prueba en la formación de los jueces en la Escuela Judicial?**

Creo que el debate relativo a cuál es el mejor modelo para el acceso a la carrera judicial estará abierto de manera permanente, y sin duda es bueno que así sea. En mi opinión, considero que es bueno un modelo mixto como el actual, basado en una prueba teórica (examen de oposición), seguido de un periodo centrado en la formación práctica (Escuela Judicial). No obstante, los ejercicios estrictamente teóricos, en los que priman las habilidades memorísticas, tienen demasiado peso a la hora de llevar a cabo el proceso selectivo. En la mayoría de los casos, son

determinantes. Creo que el sistema de examen de oposición debería ser revisado, a fin de que las facultades memorísticas cediesen importancia a otro tipo de competencias también necesarias en la profesión de juez, como la abstracción, la deducción y el razonamiento. Pero, sobre todo, modificaría la fase de Escuela Judicial, de modo que la estancia en Barcelona se redujese sensiblemente, y se potenciase a cambio la fase de prácticas tuteladas, que es sin duda la más provechosa desde el punto de vista de la formación. Para mí resulta criticable que la estancia en la Escuela Judicial de Barcelona se prolongue durante prácticamente un año (con una dedicación excesiva y poco estimulante a actividades propiamente académicas, y en las que el enfoque práctico no deja de ser en ocasiones fruto de un voluntarismo poco útil), y que se incluya dentro del periodo formativo una actividad como juez sustituto (de escasa efectividad formativa, y muy cuestionable incluso desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o al juez ordinario predeterminado por la ley).

Y, por supuesto, es en el periodo de prácticas tuteladas donde el aspirante a juez puede desarrollar criterios propios y técnicas adecuadas en materia de prueba. La proposición de prueba (que depende del juicio de pertinencia sobre el medio propuesto en relación al hecho controvertido), la práctica de la misma (que requiere de una actuación de escucha activa y de moderación por parte del juez que preside un juicio), y su valoración al fundamentar un pronunciamiento (que requiere de una aplicación correcta de las reglas sobre carga de la prueba, de un razonamiento lógico-deductivo preciso, y de la plasmación del mismo en una resolución fundada que responda a las exigencias de tutela del justiciable), constituyen tareas que difícilmente pueden ser aprendidas mediante medios de formación meramente teóricos, y para los que la fase de prácticas tuteladas constituye un mecanismo idóneo y muy motivador como modo de dotar al nuevo juez de herramientas que le permitan desarrollar su función.

## Preguntas específicas para la Abogada

**6.- ¿Cómo cree que se podría revitalizar la prueba testifical? Con respecto a la práctica del interrogatorio de las partes ¿Cómo valora la práctica de renunciar al interrogatorio de la parte contraria para así evitar que sea pregunta por el propio Letrado? // ¿Cómo cree que se podría mejorar el sistema de retribución de los peritos de oficio?**

La forma de obtener mejores resultados de la prueba testifical es aprovechar los conocimientos directos del testigo acerca de los hechos objeto del procedimiento, mediante técnicas de interrogatorio, teniendo en cuenta que tal y como está configurada la valoración de la prueba testifical es a través de las reglas de la "sana crítica". Sin embargo, deberíamos realizar un comentario crítico, en la jurisdicción civil, en relación a la falta de credibilidad que se le ofrece a un testigo, que siempre deberá tener alguna relación con los hechos para ser un testigo pertinente y útil. Nos explicaremos. Aun cuando a los testigos se le formulan las generales de la Ley, parece que el falso testimonio tenga un valor distinto se trate de un testigo en una causa civil o penal. De forma, que por parte principalmente de los Jueces, a la hora de admitir o no una prueba testifical se tienen unos prejuicios acerca de la subjetividad o parcialidad de los testigos. Deberíamos apostar por la prueba testifical y eliminar dichos prejuicios, tal y como ya se ha asumido (genéricamente) en la prueba pericial de parte y la prueba pericial judicial.

La renuncia del interrogatorio, como estrategia procesal de la parte contraria puede llegar a resultar indiferente, por cuanto los escritos de alegaciones de las partes deben ser el reflejo del relato de hechos que mantiene el cliente, por tanto, esas preguntas se suplen por las alegaciones

de las partes e incluso por la prueba documental aportada. Eso sí, depende de la jurisdicción y de la materia que se trate dicho interrogatorio puede devenir prueba fundamental, como por ejemplo en los juicios de familia, en los que existiendo menores se vería suplido por la prueba solicitada por el Ministerio Fiscal. Sin embargo, nos encontramos con algunos partidos judiciales en los que la presencia del Ministerio Fiscal no siempre está garantizada, en esos casos, el derecho de defensa sí puede verse vulnerado.

Desde la perspectiva del perjuicio al propio cliente, la valoración podría llegar a diferenciarse estemos ante un procedimiento verbal o un procedimiento ordinario. A saber: en un procedimiento verbal, siguiendo lo preceptuado en el Art. 440 L.E.C., se advierte a los litigantes con la prevención de que si no asistieren a la vista y se propusiere y admitiere su declaración, podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio. Por tanto, y aunque existen autores autorizados que piensan que debe previamente interesarse el interrogatorio, dicha prevención debería significar la asistencia de las partes el día de la vista de forma obligatoria, so pena de ser propuesto su interrogatorio y no haber asistido. De ser así, la consecuencia de renunciar al interrogatorio es prácticamente inocua, el cliente ya tenía que desplazarse y personarse al acto de juicio por las prevenciones ex lege y, por tanto, no le provoca perjuicios añadidos, más allá de no poder dar su versión personalmente de los hechos.

Si hablamos del juicio ordinario, y en ocasiones, en partidos judiciales distintos al de la residencia habitual de la parte, al hilo de lo anterior, añadimos como perjuicio dicho desplazamiento, por cuanto, no sólo no va a poder expresarse personalmente, sino que, además, tiene que acudir personalmente al juicio ordinario, cuando podría haberse evitado presentando la contraparte un escrito procesal renunciando al interrogatorio. Valoro la estrategia de la parte contraria más como un perjuicio del cliente, pero no de su defensa, que se suple perfectamente con la prueba documental y el propio relato de los hechos en el escrito de alegaciones.

Los módulos de la justicia gratuita de todos los profesionales que actúan en un procedimiento judicial están totalmente desfasados y debemos trabajar por una mejora y actualización de los mismos, ya que se trata de un servicio público obligatorio que hoy en día no se encuentra remunerado en proporción al tiempo y la dedicación. Deben promoverse acuerdos con los organismos públicos, a fin de conseguir una mejora del sistema de pago de los peritajes, con un tratamiento justo y proporcional al trabajo efectivamente realizado.

### **7.- ¿Cómo valora el actual sistema de acceso a la profesión y, en particular, el Máster de acceso a la abogacía? ¿Qué materias deberían introducirse en relación con la prueba en el Master de acceso a la abogacía?**

El problema actual con el master de acceso a la abogacía es que debe orientarse hacia un examen estatal que se compone de 75 preguntas tipo test divididas en dos grandes grupos: 50 preguntas sobre cuestiones comunes (deontología profesional y organización de la profesión) y 25 preguntas a elección del candidato sobre el derecho material.

Si atendemos al Derecho comparado europeo, y en perspectiva miramos hacia Estados Unidos, vemos que poder ejercer la profesión de abogado tiene mucha más dificultad que en España.

La programática del Master de Acceso, aun cuando prevé unas prácticas obligatorias en despachos profesionales, y prevé unas asignaturas que debieran dar lugar al examen de casos prácticos, y por ende, introducir la prueba en la resolución de los mismos, en muchas ocasiones se convierte en un alargamiento del grado de Derecho, puesto que los profesores no son abogados en ejercicio, son

clases teóricas y van encaminadas a superar un examen tipo test, como evaluación continuada.

El master de acceso contiene la asignatura de Litigación en todas las materias del derecho, y bien desarrollada dicha asignatura permite el análisis de la prueba en cada uno de los casos prácticos que se plantea a los alumnos en dicha asignatura.

En otra ocasión en la que la prueba juega un papel fundamental es en los talleres prácticos de redacción de documentos y simulación. Cada programa está hecho a la medida de la universidad, pero en términos generales deben los alumnos realizar este tipo de asignaturas. En estos talleres se puede introducir técnicas de interrogatorio, análisis más pormenorizado de la prueba y siempre desde el examen y la perspectiva del caso práctico.

## Preguntas específicas para la Perita

### **8.-Cuál sería el mejor sistema de designación de perito? ¿Por las partes, por el juez directamente o un sistema mixto?**

Mi impresión es que al perito lo debe designar cada una de las partes, reservando al Juzgador que criterio pericial y que elementos periciales responden con mayor credibilidad a la controversia planteada en el juicio. En el caso de Perito Judicial, éste debería ser nombrado por insaculación respetando exquisitamente la especialidad y el orden de las listas aportadas al Decanato, no siendo designado directamente por el Juez. En casos de Justicia gratuita conseguir que los peritos sean debidamente remunerados evitaría la renuncia de mucho de ellos, con el consiguiente perjuicio para el desarrollo del proceso judicial y para el justiciable.

### **9.- Que recomendaciones concretas efectuaría a un perito que se dispusiera a defender (en contradicción) su primer dictamen pericial.**

Recomendarle que actúe con veracidad, con argumentos propios de su profesión, evitando entrar en descalificaciones del compañero (perito contrario), al que debe tratar con exquisita asepsia y elegancia. Que conteste a las preguntas que se le planteen con asertividad pero sin agresividad verbal, de la forma más ordenada y didáctica que le sea posible ciñéndose al máximo a las cuestiones concretas que se le planteen.

Añadiría que no se preocupe por si no le sale perfecto. No nacemos enseñados y para todos ha habido una primera vez.

## PRÁCTICA FORENSE



# Lo que nos enseña la práctica de las declaraciones de los acusados en el «juicio del procés» y debemos exigir en cualquier proceso penal

**Manuel Richard González**

*Doctor en Derecho*

*Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA*

### Resumen

La sustanciación en el Tribunal Supremo de la Causa Especial 20907/2017, conocida como juicio del «procés» está proporcionándonos un magnífico ejemplo de desarrollo de un procedimiento judicial en el que se están cuidando al máximo las normas y formas procesales. Una de las cuestiones de mayor interés ha sido el modo en el que se han producido las declaraciones de los acusados, que se analizan en este breve trabajo.

## I. INTRODUCCIÓN

Hace ya unos cuantos años tuve la oportunidad de escribir un trabajo doctrinal sobre la práctica de la declaración de los acusados en el proceso penal en el que atendía al modo en el que aquella se produce y los efectos que pudieran derivarse de esa práctica. En aquella ocasión atendía a algunos ejemplos que nos ofrecía la práctica forense con relación a la declaración en juicio de determinados

políticos acusados de delitos que en aquellos años (el artículo se publicó en 2012) ya tenían la oportunidad de declarar sentados frente a una mesa, en lugar de hacerlo como se acostumbra de forma ordinaria de pie ante el tribunal. Esta cuestión pudiera parecer baladí. Sin embargo, desde mi punto de vista no me cabe ninguna duda que la posibilidad otorgada al acusado de declarar sentado ante una mesa, incluso con la posibilidad de consultar algún documento o incluso poder disponer de agua para aclarar la garganta y el pensamiento constituyen elementos materiales de indudable importancia para la mejor defensa del acusado. Precisamente respecto al agua el maestro CALAMANDREI se quejaba del hecho de que no fuera usual disponer de agua a disposición de los acusados lo que para él era una garantía: **«de brevedad o de tortura leve en el caso de los deponentes»**. También destacaba la posibilidad de comunicación entre abogado y acusado que resulta decisiva en orden a garantizar plenamente el derecho de defensa del sometido a juicio.

Tiempo ha pasado desde aquellas reflexiones que siguen estando de actualidad, ya que desde mi punto de vista, la declaración de acusado en el acto del juicio oral adolece de la falta de actualización al sistema constitucional de libertades y derechos que rige en nuestro país. Se trata de un medio de prueba además especialmente significativo por su relación con la propia escenografía y la estructura formal de los elementos del juicio penal. Sobre esta cuestión, parémonos a pensar en la importancia que adquiere la especial ubicación que adoptan en la Sala los Jueces, jurados, abogados y, especialmente, los acusados. Esta especial disposición de los elementos personales del juicio se ha venido manteniendo conforme con una práctica forense que determinaba que el acusado se sentará frente al Tribunal y lateral y equidistante con la acusación y la defensa. Sin embargo, ninguna norma en la LECrim determina que la disposición de los acusados en la Sala de Justicia sea la indicada. Sobre ese particular la Ley únicamente se refiere, de modo genérico a que: *« toda persona interrogada o que dirija la palabra al Tribunal deberá hablar de pie »* (art. 685 LECrim). Esta especial escenografía legal es la que se percibe por la sociedad que durante las breves noticias sobre crónica judicial observa la imagen de los acusados sentados en lo que se ha venido a llamar *«banquillo»*, que así se denomina por tratarse, tradicionalmente, de asientos corridos sin respaldo. Resulta claro que esta especial disposición de los acusados en la Sala afecta a su derecho de defensa cuando deben declarar en pie en una situación de franca incomodidad y desventaja frente a los interrogadores; o cuando no se permite a los acusados departir con sus abogados o consultar sus propias notas, papeles o documentos durante el juicio al no contar con una simple mesa en la que depositarlos y examinarlos.

**En nuestro sistema procesal el acusado puede negarse a emitir declaración alguna**

Hay otras cuestiones de interés referidas a la declaración de los acusados en el acto del juicio oral como es el hecho de tratarse de una prueba que puede solicitar y practicarse a instancia de la acusación. Nótese, en este sentido, que la LECrim trata al acusado como una fuente y objeto de prueba. Posición de partida inaceptable en un sistema procesal moderno, en tanto que el acusado comparece al juicio investido del derecho constitucional a la presunción de inocencia que le ampara y legitima no sólo a negarse a contestar una u otra pregunta, sino al mismo hecho de no declarar si no lo decide voluntariamente conforme a la estrategia de defensa que haya decidido. Naturalmente que en nuestro sistema procesal el acusado puede negarse a emitir declaración alguna, pero esa es una acción forzada del acusado opuesta a la inercia de la regulación

legal que trata al acusado como un presunto culpable que lo mejor que puede y debe hacer es confesar su delito. Véase, en este sentido, el nombre que se da a la sección dedicada a la declaración del acusado que se titula: *«De la confesión de los procesados y personas civilmente responsables»* (Sección 1ª, Capítulo 3º, Título 3º, Libro 3º LECrim). Igualmente poco respetuosos

con la presunción de inocencia del acusado son los arts. 688 y ss LECrim donde se contiene la regulación de este medio de prueba que se inicia con una pregunta absolutamente impertinente e improcedente dirigida al acusado requiriéndole sobre si: « *se confiesa reo del delito*» (art. 688 y 689 LECrim). Naturalmente que, salvo circunstancias extraordinarias, el acusado no admitirá los hechos que se le imputan en tanto que se halla en el juicio asistido por un abogado precisamente con ánimo de defenderse de la acusación.

No obstante lo expuesto, bien es cierto que, como se ha dicho al inicio, la declaración del acusado en el proceso penal puede producirse de una manera bien distinta a como se ha venido practicando en nuestro sistema de proceso penal. Ciertamente lo más fácil sería que se produjera un cambio legal con la aprobación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que establezca un nuevo sistema de enjuiciamiento penal adecuado a los nuevos principios, reglas y derechos de un sistema de garantías y respeto de los derechos de los ciudadanos. El problema consiste en la falta de interés político para afrontar una Ley de estas características. Ruido de cambios legales no falta, pero mucho me temo que intenciones reales de afrontar este envite no existen. De modo que a la sociedad civil, y especialmente a los juristas, nos cabe promover una mejor interpretación y aplicación de las normas legales. A este fin sirve especialmente bien el procedimiento de declaración del acusado que, sin infringir los preceptos legales vigente, puede tener lugar en el juicio oral conforme con una interpretación más respetuosa con los derechos de los sometidos al proceso penal. De hecho en la Ley del tribunal del Jurado podemos hallar normas que apuntan en esa dirección, como la prevista en el art. 42.2 LJ que prevé que el acusado esté situado de modo que sea posible su inmediata comunicación con su abogado (art. 42.2 LJ). Norma que favorece el derecho de defensa y que nada impide que se aplique de forma general a todos los procesos penales. Más aún la Disposición Final 4ª de la Ley del Jurado establece que las futuras reformas procesales, a realizarse en el plazo de un año, deberán generalizar: «*los criterios procesales instaurados en esta Ley y en el que se establezca un procedimiento fundado en los principios acusatorio y de contradicción entre las partes ...*». Sin embargo, es notorio que las anunciadas reformas procesales no se han producido y que la declaración de los acusados se viene realizando de forma general al modo usual previsto inicialmente en la LECrim. Ello sin perjuicio de algún tribunal que ha venido aplicando algunas de las sencillas medidas aquí expuestas. Este es el supuesto de los procesos judiciales sustanciados a partir de 2010 respecto a determinadas causas que afectaban a personajes públicos, en los que pudimos ver como los acusados se hallaban en comunicación con sus abogados durante el desarrollo de la causa y declaraban ante el tribunal sentados frente a una mesa. Estas sencillas reglas procesales absolutamente adecuadas y necesarias las hemos vuelto a observar en las declaraciones de los acusados en el juicio del denominado «*procés*» (Causa Especial 20907/2017) en el que se juzgan a determinados cargos políticos y sociales por los sucesos del 1 de octubre de 2017 en Cataluña. La diferencia en este supuesto se halla en la circunstancia de tratarse de un proceso sustanciado ante el Tribunal Supremo lo cual dota de especial significación la práctica forense seguida en el juicio, dirigido por el presidente del alto tribunal. De modo que vamos a continuación a señalar brevemente las reglas procesales en esta materia que considero que cualquier abogado puede, incluso me atrevo a decir debería, exigir que se respetaran respecto a la declaración del acusado en el proceso penal. Quiero señalar que se puede acceder a todas las sesiones en la página web de la televisión de Cataluña (TV3), donde se puede comprobar los usos forenses seguidos en el juicio.

## II. LO QUE NOS ENSEÑA EL JUICIO DEL «PROCÉS» PARA LA PRACTICA FORENSE

PRIMERA. La declaración del acusado se producirá de pie o sentado a elección del declarante y podrá disponer de una mesa frente a sí en la que apoyarse y depositar, en su caso, los documentos que precise a fin de poder precisar alguna de sus respuestas. Nada impide que el acusado pueda tener a su disposición agua o bebida similar. Naturalmente, no debe admitirse que el acusado lea ninguna clase de declaración, pero resulta excesivo que la persona a la que se imputa un hecho punible no pueda auxiliarse de algún documento que le permita contestar con mayor precisión las preguntas que se le formulen. La posición de sentado del acusado resulta de la aplicación del principio de libertad y respeto que merece cualquier ciudadano para poder intervenir en un acto tan relevante como un juicio del modo que le sea más cómodo. Hablar de pie debe ser una elección, sin que nadie esté obligado a mantener una posición erguida que puede resultar cansada o penosa según las circunstancias. Y este principio debe mantenerse ya se trate de un aula, un foro o una Sala de Justicia. Pues bien, en el Juicio del «*procés*» acusados (también testigos), han declarado perfectamente sentados, provistos de agua y algunos con documentos en la mesa a efectos de poder realizar alguna puntual consulta (por ejemplo, Sres. Turull y Rull. No así el Sr. Junqueras que no dispuso de ningún documento).

SEGUNDA. El acusado debe situarse en la Sala de Justicia de modo que se garantice la comunicación con su abogado, en la forma en la que ya está prevista en el art. 42 LJ. De ese modo, se evita la imagen penosa del acusado situado en el centro de la Sala sin poder tener con su abogado más contacto que el visual, lo cual resulta rechazable si se pretende que el juicio oral sea el lugar auténtico donde se hace justicia en un marco de igualdad procesal y de garantías. Un juicio justo exige la posibilidad de comunicación del acusado con el abogado defensor. No por una cuestión meramente formal o estética, sino con la finalidad de que el abogado pueda consultar con su defendido los resultados de la prueba y dirigir de un modo más eficaz la estrategia de defensa, sugiriendo por ejemplo que no conteste a una pregunta. Esta comunicación sólo puede obtenerse mediante la cercanía física entre acusado y abogado, lo que se garantiza en el procedimiento de Jurado, pero no en el resto de procedimientos penales. A este respecto, el Presidente del Tribunal Supremo al inicio del interrogatorio del primer acusado (Sr. Junqueras), en la citada Causa Especial 20907/2017, se dirigió en general a todos los acusados diciendo: «**Alguno de los acusados quiere ya ejercer su derecho de sentarse junto a su abogado o por el contrario permanecen ahí**». Ante la «*invitación*» del Presidente de la Sala se producen unos segundos de indecisión sin que ningún acusado o abogado diga absolutamente nada. Ante ello el Presidente del Tribunal Supremo concluye: «**entendemos que permanecen ahí**». Efectivamente el acusado Junqueras declaró sentado, pero no próximo a su abogado. Igual hacen los otros acusados. Sin embargo, en las sesiones posteriores del Juicio algunos de los acusados se sientan cercanos a los abogados abandonando el llamado banquillo (en este caso unas sillas situadas en la parte central de la Sala).

**Nada  
impide  
que los**

TERCERA. La tercera, y última cuestión, considero que es de especial relevancia a efectos de garantizar el derecho de defensa del acusado. Se trata de la norma referente a que la declaración del acusado sólo debería producirse a instancia

## tribunales a petición de la defensa, acuerden la práctica de las declaraciones de los acusados al final de la práctica de la prueba

de su propia defensa. De modo que no podría el Fiscal solicitar la declaración del acusado como un medio de prueba, ya que de ese modo el acusado se convierte en objeto de la prueba. Situación que considero incompatible con su derecho de defensa. Sin perjuicio de que, obviamente, el acusado pueda negarse a contestar las preguntas de la acusación. En su virtud, la declaración del acusado se produciría a instancia de la defensa y debería poder realizarse en cualquier momento del proceso. Siendo así lo más razonable es que la petición de la defensa se produzca, en su caso, en el momento final del juicio antes de los informes finales de conclusiones. La declaración del acusado se iniciaría siempre por las preguntas de su defensa e iría seguida, naturalmente, por un turno de preguntas del resto de partes personadas que el acusado podrá contestar, o no, haciendo valer su derecho a no declarar. Este procedimiento no se ha llevado a cabo durante las sesiones del juicio del «*procés*». Sin embargo, cito aquí esta cuestión por considerarla de especial interés en el marco de las garantías procesales que debe tener el acusado. El problema consiste en la imposibilidad

de impedir a la acusación solicitar una prueba a la que tiene derecho conforme con la legalidad vigente. No obstante, nada impide que los tribunales, a petición de la defensa, acuerden la práctica de las declaraciones de los acusados al final de la práctica de la prueba, momento en el que el acusado puede valorar la consistencia de su posición procesal y obrar en consecuencia. Me consta que este proceder se admite en algunos tribunales de justicia.

Además, de la iniciativa y el momento del interrogatorio deberían dejarse sin efecto las normas de la LECrim referidas a las preguntas del Tribunal dirigidas al acusado al inicio del juicio oral requiriéndole a la confesión del delito y su culpabilidad (arts. 689 a 692 LECrim). Preguntas que, según la redacción literal de la Ley está obligado a contestar bajo apercibimiento de declararle confeso (art. 700 LECrim). En este punto debe prevalecer el derecho constitucional del acusado a no confesar contra sí mismo y no declararse culpable o como mínimo a poder hacerlo habiéndolo consultado con su abogado. Por otra parte habiendo presentado el acusado escrito de calificación de la defensa es esa la posición del acusado y no otra. Ello no impide, que el acusado pueda admitir en cualquier momento un hecho o toda la acusación, pero eso será una declaración que se deberá producir siempre a instancia del acusado y no a preguntas del Tribunal.

### III. CONCLUSIÓN

Desde mi punto de vista la forma y el modo en el que se está practicando la prueba en el juicio del «*procés*» (Causa Especial 20907/2017) constituye un precedente jurídico que debe poder ser aplicado en cualquier otro proceso penal, sin que pueda existir negativa o reserva alguna para su plena vigencia. Nótese que es la Sala del Tribunal Supremo dirigida por su Presidente la que ha dado carta de naturaleza al modo de practicarse la declaración de los acusados en el proceso penal que considero que debe ser exigido en cualquier otro juicio penal. De modo que nada debe impedir que los abogados soliciten que sus acusados:

- declaren sentados frente a una mesa y, en su caso, pudiendo consultar documentos;
- declaren y asistan al juicio junto a sus abogados;
- que como mínimo la prueba de declaración del acusado se practique al final de las sesiones del juicio.

# La probática y la prueba pericial

Rafael Orellana de Castro

*Abogado y perito calígrafo*

*Presidente de la Asociación catalana de peritos judiciales y forenses colaboradores de la Administración de Justicia*

## Resumen

**El éxito del experto en cualquiera de las fases de su investigación forense no dependerá únicamente de la solidez científica de las conclusiones, sino también en otras circunstancias que, *ab initio*, pueden parecer superfluas: los criterios seguidos para su designación, la manera de redactar el dictamen, la explicación didáctica para un lego en la pericia, su enlace con los pedimentos jurídicos, la intervención oral del perito, etc.**

Cuando se han publicado 25 ediciones de LA LEY ESPECIAL CUADERNOS DE PROBÁTICA Y DERECHO PROBATORIO, no puedo más que agradecer sinceramente a su Consejo de redacción por haber convertido esta revista en un referente de todo lo relacionado con la investigación de los medios de prueba y de la manera de acreditar los hechos en un procedimiento judicial. Quiero reconocer de forma especial el trabajo ingente que ha realizado Frederic Munné i Catarina para recopilar y organizar las publicaciones que en cada número, puntualmente, han ido apareciendo. También agradezco el esfuerzo de todos los miembros de la ASOCIACION DE PROBÁTICA Y DERECHO PROBATORIO, presidida por el catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Pompeu Fabra, Joan Picó i Junoy. Su presidencia está siendo extremadamente fructífera, puesto que bajo su dirección han aparecido numerosos libros y artículos, y se han llevado a cabo varios congresos, algunos de proyección internacional. Los miembros de su Junta Directiva merecen también mi más alto respeto, por su extraordinario nivel de conocimiento en todo aquello que tiene que ver con la prueba y con el Derecho. Y sobre todo, por su gran calidad humana. Para acabar, a través de estas líneas quiero rendir mi homenaje personal al presidente honorífico de nuestra Asociación, Luís Muñoz Sabaté, padre de la «probática», y quien, durante cada reunión, ha animado nuestros debates, ha tenido siempre respuestas acertadas a cuestiones a veces complejas, y por encima de todo, ha sido y es un incansable promotor de interesantes iniciativas. Verdaderamente, todos bebemos del incommensurable conocimiento y de la experiencia de Luís. Gracias por ello.

Hecha esta introducción, hay que reconocer la importancia de la probática como disciplina que trata de establecer la manera de probar los hechos en un proceso. Ese «cómo probar los hechos» aplicado a la prueba pericial permitirá que un dictamen despliegue toda su efectividad y pueda ser valorado adecuadamente por parte de un Tribunal.

## La regulación de la LEC deja un amplio margen de maniobra a las partes

La regulación de la LEC deja un amplio margen de maniobra a las partes en todo lo que hace referencia a la prueba pericial. Por de pronto, la obligación que la ley otorga a las partes de aportar un dictamen de peritos a la *litis* (a través de sus abogados), permite ya deducir el grado de responsabilidad que adquieren a la hora de delimitar su estrategia probatoria.

La probática podrá contribuir, entre otras cuestiones, a que el dictamen pericial encargado por la parte se oriente a causar el efecto pretendido: que sea valorado objetivamente por el Tribunal, que llegue a tener peso en la resolución judicial, y que su contenido no se vea mermado por la crítica de los litigantes perjudicados por su conclusión. Mi experiencia como perito calígrafo desde hace

casi 35 años me ha demostrado, sin embargo, que el éxito del experto en cualquiera de las fases de su investigación forense no dependerá únicamente de la solidez científica de las conclusiones emitidas en su dictamen, sino que la valoración que se pueda hacer de su intervención se basará, también, en otras circunstancias que, *ab initio*, pueden parecer superfluas. Por ejemplo, la manera de plantear y concretar la misión que deberá desarrollar el perito, o saber qué criterios se deberán tener en cuenta para designarlo, la manera de redactar el dictamen, que deberá combinar el contenido técnico con una explicación didáctica para que sea comprendido por un lego en la materia, o cómo enlazar los pedimentos jurídicos de la Demanda —o contestación— con las cuestiones técnicas objeto del dictamen, o cómo abordar la intervención oral del perito en la vista y la crítica del dictamen de la parte contraria a través del interrogatorio del art. 347 LEC, son cuestiones que, sin duda, podrán tener influencia en el juicio valorativo del Tribunal, y por lo tanto, entran de lleno en el ámbito de la probática.

Una de las cuestiones que considero que debería estar en el punto de mira de esta disciplina es cómo se puede acreditar el comportamiento imparcial del perito designado por la parte, a los efectos de cumplir con el precepto del art. 335.2 LEC. El Tribunal Supremo ha acabado fijando unos criterios que determinan cuándo se produce una vulneración de las reglas de la sana crítica en la valoración del dictamen de peritos. Así y entre otras, la sentencia de la Sala 1ª de este Tribunal de fecha 21 de julio de 2016 los concreta: en primer lugar, cuando no consta en la sentencia valoración alguna en torno al resultado del dictamen pericial. En segundo lugar, cuando se prescinde del contenido del dictamen, omitiendo datos, alterándolo, deduciendo del mismo conclusiones distintas, o valorándolo incoherentemente. En tercer lugar, cuando, sin haberse producido en el proceso dictámenes contradictorios, el Tribunal llegue a conclusiones distintas de los que han quedado unidos. En cuarto lugar, cuando los razonamientos del Tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad, o sean arbitrarios, incoherentes, contradictorios o lleven al absurdo, o atenten contra la lógica y la racionalidad.

Pese a ello, la jurisprudencia es vacilante y no siempre aplica escrupulosamente estos requisitos valorativos. Efectivamente, algunas sentencias se siguen apoyando en el criterio de los peritos designados judicialmente, alegando que éstos les ofrecen una mayor garantía de imparcialidad, sin que se tengan en cuenta otras circunstancias, como, por ejemplo, el rigor científico del dictamen, la solidez de sus conclusiones técnicas, o la seguridad y convicción en su defensa oral por parte de su autor. En este sentido, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 3 de marzo de 2016 se inclina por seguir el criterio del perito escogido por el Tribunal afirmando: «Aplicando la anterior doctrina al supuesto enjuiciado no se aprecia que la motivación del Tribunal de apelación incurra en errores patentes, sea arbitraria o ilógica. Razona la sentencia recurrida que ambos peritos se basan en criterios de valoración válidos y comúnmente aceptados, llegando en relación a

la mayor parte de los locales a resultados sustancialmente idénticos, hasta el punto de que el perito de las demandadas reconoció que prácticamente la discrepancia relevante se refería al local número 1. Con tales antecedentes, sigue razonando el Tribunal que es lógico y no arbitrario que el juzgado diese prioridad al informe que valoró en su práctica de mayor imparcialidad y objetividad, por tratarse de un perito insaculado por el juzgado en el proceso previo sobre división judicial de herencia.».

Sin perjuicio de estar al caso concreto, esta situación puede provocar que los peritos «privados» sean a veces percibidos con cierto recelo, o incluso con cierta desconfianza por parte de los Tribunales, lo que les estigmatiza y les coloca en una situación de franca inferioridad frente a los peritos extraídos de las listas, pues aquellos se verán obligados a realizar un sobreesfuerzo para justificar el contenido de su dictamen, y para alejar de la mente del juzgador una intención de presuponer que su actuación ha sido poco objetiva y alejada de su razón de ciencia por el hecho de llegar de la mano de la parte. En cambio, esta sobreactuación no la deberá hacer el perito de designa judicial, puesto que la imparcialidad le vendrá concedida casi automáticamente por el simple hecho de no haber sido escogido por la parte.

**Los dictámenes periciales de parte quedan infravalorados por su sistema de aportación a la litis**

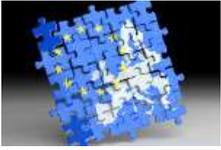
Si se consolidara esta situación, de manera que las opiniones de los peritos designados privadamente fueran desconsideradas por el hecho de incorporar su conocimiento técnico o científico a través de las partes litigantes, podríamos encontrarnos con una interpretación *contra legem* de los preceptos contenidos en la LEC y, en concreto, contraria al contenido del art. 336 LEC, puesto que si se obliga a las partes litigantes a aportar «los dictámenes elaborados por peritos por ellos designados y que estimen necesarios o convenientes», pero en cambio, estos dictámenes periciales quedan infravalorados por su sistema de aportación a la *litis* y por su contacto con las partes, entiendo que podría suscitarse una alegación de inconstitucionalidad por una inadecuada valoración de prueba. Como indican Xavier Abel y Joan Picó en su libro «La valoración de la prueba pericial en el proceso civil (Editorial La Ley, Barcelona, 2014), aunque el juez «subjetivamente se sienta inclinado a otorgar prioridad al dictamen de

designación judicial sobre el de parte, deberá prescindir del sistema de designación del perito, y entrar a valorar otros aspectos del dictamen como principalmente su razonabilidad y coherencia interna».

Consecuentemente, las preguntas que nos debemos plantear para solventar esta problemática son varias: ¿Cómo puede la probática contribuir a conseguir esa necesaria paridad valorativa entre ambos tipos de peritos? ¿Cómo eliminar de la mente del juzgador los prejuicios que desequilibran la balanza a favor del perito extraído de las listas del art. 341 LEC en perjuicio del perito *extra muros*? ¿Cómo eliminar la tendencia de los Tribunales a emitir interpretaciones *contra legem* sobre los dictámenes privados, alejada del razonamiento lógico y de los principios objetivos que informan la sana crítica del art. 348 LEC? Aunque algunos consideran que la cláusula de objetividad del art. 335.2 LEC es un instrumento adecuado y suficiente para asegurar la objetividad del perito y para equiparar a todos los expertos que actúan ante los Tribunales, entiendo que su obligada suscripción la ha convertido en una mera cláusula de estilo, puesto que el perito que se inicia en estas lides desconocerá el alcance de esa «mayor objetividad posible». Por tanto, ¿cómo dar al perito de la parte la credibilidad que la LEC le otorga, de manera que no sea desacreditado por el simple hecho de llegar sin un control judicial sobre su designa? Se me ocurren varias soluciones: en primer lugar, exigir una formación adicional y continua a todo experto que pretenda ejercer su actividad

ante los Tribunales. El hecho de que el art. 340 LEC exija como único requisito estar en posesión del título oficial de su especialidad (o ser entendido en una determinada materia), es claramente insuficiente y genera una desconfianza de los Tribunales hacia el colectivo de peritos, perjudicando además aquellos que trabajan de una manera honesta y digna y que, por ello, sus servicios son frecuentemente utilizados por las partes litigantes. No resulta pues adecuado que cualquier persona sin experiencia pueda intervenir en el foro como perito (como ocurre ahora), donde se pueden producir situaciones complejas que deben reconocerse y que muchas veces se solventan gracias a la experiencia y a la formación del experto. En segundo lugar, podría resultar útil crear una certificación de calidad para todos aquellos expertos, titulados o entendidos, que pretendan actuar ante los Tribunales ya sea por su inclusión en las listas del art. 341 LEC o por ser designados por las partes. Esta certificación podría ser expedida por los Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma, y reconocería haber superado unos cursos o pruebas sobre cuestiones básicas del proceso, o haber asistido a congresos, o haber publicado artículos, para acreditar, en definitiva, que su bagaje profesional es lo suficientemente dilatado para poder aportar su conocimiento técnico a una contienda judicial.

Considero pues que la probática, como disciplina que estudia la (mejor) manera de probar los hechos, debería abordar también estos importantes aspectos referidos a la valoración del dictamen de peritos, y, más en concreto, a la manera de acreditar y asegurar la imparcialidad del experto que lo ha elaborado, en aras a conseguir una valoración judicial objetiva y lógica, y desproveyéndola de prejuicios que van en contra del espíritu de la ley procesal y de la regulación concreta del dictamen de peritos.



# La emisión de una Orden Europea de investigación para la intervención de las comunicaciones (1)

**Dra. Roser Casanova Martí**

*Profesora de Derecho Procesal Universitat Rovira i Virgili*

## Resumen

Se analizan los pasos a seguir, en cuanto a la solicitud, alcance, contenido y gastos, respectivamente, en la emisión y en la ejecución de la Orden Europea de Investigación por parte de los jueces españoles.

## I. LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN

El instrumento de reconocimiento mutuo que permite la cooperación judicial en materia de prueba penal es la Orden Europea de Investigación (en adelante, OEI) (2) , regulada en la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal (en adelante, la Directiva) y que el Estado español ha incorporado recientemente a su ordenamiento jurídico interno con la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación (en adelante, LRM) (3) . En concreto, la OEI es una resolución judicial penal emitida o validada por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea dictada con el objetivo de solicitar pruebas o medidas de investigación en otro Estado miembro para su posterior introducción en un proceso penal interno —art. 1 de la Directiva y art. 189.1 LRM—.

## II. LA EMISIÓN DE UNA OEI PARA LA INTERVENCIÓN DE TELECOMUNICACIONES

Tanto la Directiva como la Ley de transposición prevén, a parte de las disposiciones generales, unos requisitos determinados para solicitar una OEI para la intervención de telecomunicaciones. Por su parte, la Directiva dedica el Capítulo IV a las disposiciones específicas para determinadas medidas

de investigación entre las que se encuentra la intervención de telecomunicaciones, a las que dedica los arts. 30 y 31 (4) . En cambio, la LRM separa la regulación de las diligencias de investigación concretas según se trate el estado español de autoridad de emisión o de ejecución. Así, si es el juez español quien solicita una OEI para la intervención de telecomunicaciones será de aplicación el art. 202 LRM, y en caso de ser el estado español ejecutor se estará a lo dispuesto en el art. 221 LRM.

Centrándonos en el primero de los supuestos señalados, ¿qué debe hacer un juez español si precisa, en el seno de un proceso penal, de la práctica de una intervención de telecomunicaciones que debe ejecutarse en otro Estado miembro de la Unión Europea? La respuesta la encontramos en la LRM y, de manera supletoria, en la Directiva. Pasamos a ver a continuación cuáles son los pasos a seguir para dar respuesta a la pregunta formulada:

#### a. Solicitud

Previamente a la realización de la solicitud de la OEI, el juez español deberá dictar un auto acordando la intervención telefónica cumpliendo con los requisitos exigidos en la LECrim —en especial los comprendidos en su art. 588 bis c) sobre el contenido de la resolución judicial, la cual deberá estar suficientemente motivada— (5) .

Una vez realizada la resolución judicial que acuerda la medida de investigación en el proceso penal interno, el juez podrá —en virtud del apartado primero del art. 202 LRM— emitir una OEI cuando sea necesaria la intervención de las comunicaciones en otro Estado miembro cuya asistencia técnica se requiera, rellenando el formulario del Anexo XIII de la LRM (6) , concretamente, la Sección H7 relativa a la intervención de telecomunicaciones.

**La autoridad de emisión certifica que la solicitud de la OEI es necesaria**

La autoridad de emisión, mediante el mencionado formulario, certifica que la solicitud de la OEI es necesaria y proporcionada a efectos de los procedimientos que en ella se especifican teniendo en cuenta los derechos del investigado o encausado —según el momento procesal que nos encontremos—, y acredita que la medida de intervención telefónica solicitada podría haberse ordenado en las mismas condiciones en un caso interno similar (7) . Para que la autoridad de ejecución tenga la capacidad de decidir si se dan o no estas condiciones, entendemos que es necesario que, a parte del formulario, el juez español adjunte el auto que acuerda, en el proceso penal interno, tal medida, pues se trata de la resolución judicial donde se motiva el respeto a los principios de

legalidad, proporcionalidad y el resto de subprincipios que de este último derivan, tales como, el de especialidad, idoneidad, excepcionalidad y necesidad de la medida acordada (8) . Refuerza esta idea el Considerando 32 de la Directiva señalando que «la autoridad de emisión debe dar a la autoridad de ejecución información suficiente, como los datos de la actividad delictiva investigada, para que la autoridad de ejecución esté en condiciones de evaluar si la medida se autorizaría en un caso interno similar».

En definitiva, el Estado de emisión en este formulario solicita al Estado de ejecución: por un lado, la realización de la medida de intervención telefónica teniendo en cuenta, como señala el propio Anexo XIII, la confidencialidad de la investigación; y, por el otro, el traslado, una vez finalizada, de los resultados obtenidos con la ejecución de la intervención telefónica para que puedan ser incorporados en el acervo probatorio del proceso penal interno (9) .

b. Alcance

La intervención de telecomunicaciones en el marco de una OEI abarca, como es lógico, el contenido de la comunicación, pero también la obtención de datos de tráfico y localización correspondiente a tales comunicaciones, en virtud del art. 202.1 *in fine* de la LRM. Ello permitirá al juez español emitir una OEI solo para obtener datos de comunicación, los cuales son menos nocivos para los derechos fundamentales en juego como el derecho a la intimidad y el secreto a las comunicaciones (10) .

c. Contenido

En relación con su contenido, debemos acudir al apartado cuarto del art. 202 y a la Sección H7 del Anexo XIII de la LRM. Así, la OEI emitida para la intervención de las telecomunicaciones debe contener:

**1.** Las razones por las que la autoridad de emisión considera que la medida de investigación es pertinente a efectos del procedimiento penal. En este apartado, el juez español deberá hacer constar la motivación para adoptar la intervención telefónica como si de un caso similar se tratara. De hecho, entendemos que los motivos son los mismos que constan en el ya elaborado auto de adopción de la medida intervención telefónica, el cual debe cumplir con todas las exigencias de la LECrim.

**2.** La información necesaria para la identificación de la persona afectada por la intervención, esto es, el investigado o encausado.

**3.** La duración de la intervención, que entendemos que no podrá ser superior a los plazos previstos en la LECrim para la diligencia de intervención telefónica. Así pues, en virtud del art. 588 ter g) LECrim la duración inicial será de 3 meses prorrogables por iguales periodos hasta un máximo de 18 meses (11) . Pese a ello, el art. 189.2 LRM permite a la autoridad española competente requerir un plazo más corto que el previsto con carácter general para la ejecución de la medida. Esta petición deberá ser motivada de manera expresa de acuerdo con los plazos procesales, la gravedad del delito u otras circunstancias.

**4.** Los datos técnicos necesarios, en particular el identificador de la persona, para garantizar que pueda ejecutarse la solicitud, como pueden ser el número de teléfono móvil o fijo, o la dirección de IP.

**5.** El método de ejecución de la intervención telefónica. El Estado de emisión puede escoger entre dos modalidades de ejecución: a) la primera es la transmisión directa del contenido de las comunicaciones al Estado de emisión; y, b) la segunda es la grabación y registro por parte del Estado de ejecución y su posterior transmisión del resultado de la intervención al Estado de emisión. De las dos modalidades, es más invasiva de los derechos fundamentales la segunda por haber más intervinientes en la escucha de las comunicaciones y en el tratamiento de los datos (12) . Respecto de la elección de la forma en que va a ejecutarse la OEI, la autoridad española competente podrá someterlo a consulta y/o ser consultada por la autoridad de ejecución.

Además, en este apartado el Estado de emisión debe hacer constar si precisa de la transcripción, descodificación o descriptado del material intervenido. Asimismo, como indica el apartado quinto del art. 202 LRM, esta petición podrá realizarse tanto inicialmente como durante la práctica de la intervención. En ambos casos, es necesario que sea acordado con la autoridad de ejecución.

Completada la OEI se enviará a la autoridad de ejecución del Estado cuya asistencia técnica se precise. Sin embargo, es posible que dicha asistencia técnica pueda ser prestada por más de un Estado miembro. Al respecto, el art. 202.2 LRM indica que la OEI sea enviada solo a uno de ellos. A tal efecto, se dará siempre prioridad al Estado miembro en el que se encuentre o vaya a encontrarse el investigado o encausado (13) .

#### d. Gastos

De la interpretación conjunta de los arts. 30.8 y 21 de la Directiva se desprende que los gastos que resulten de la ejecución de la OEI se asumirán por parte del Estado que ejecute la medida de intervención telefónica, excepto los que se deriven de la transcripción, la descodificación y el descryptado de las comunicaciones intervenidas, que correrán a cargo del Estado de emisión. Sin embargo, si la autoridad de ejecución prevé que los costes de ejecución de la intervención telefónica pudieran ser demasiado elevados deberá informar a la autoridad de emisión y acordar el modo de repartir dichos costes entre ambos —art. 21.2 de la Directiva—.

(1) Este trabajo se enmarca en el proyecto I+D «Hacia una nueva regulación de la prueba pericial» (DER2016-7549-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y el Grupo de Investigación Consolidado «Evidence Law» (2017 SGR 1205) financiado por la AGAUR, en ambos como investigador principal el profesor Joan Picó i Junoy.

[Ver Texto](#)

(2) Destacamos, para un análisis más profundo sobre esta materia, a *Casanova Martí, R. y Cerrato Guri, E.* (2019). La emisión de una orden europea de investigación para la obtención de prueba transfronteriza y su introducción en el proceso penal español. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62, 197-232; *Jimeno Bulnes, M.* (2016). Orden europea de investigación en materia penal. En M. Jimeno Bulnes (dir). *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*. Barcelona: J.M. Bosch, pp. 151-208; *Martínez García, E.* (2016). *La orden europea de investigación: actos de investigación, ilicitud de la prueba y cooperación judicial transfronteriza*. Valencia: Tirant lo Blanch; y *Bachmaier Winter, L.* (2011). La orden europea de investigación: la propuesta de Directiva europea para la obtención de prueba en el proceso penal. *Revista Española de Derecho Europeo*, 37, 71-93.

[Ver Texto](#)

(3) BOE 142, de 12 de junio de 2018, p. 60161.

[Ver Texto](#)

(4) Preceptos que sustituyen a los arts. 17 y siguientes del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000 (2000/C 197/01).

[Ver Texto](#)

(5) Ello se encuentra especialmente previsto en el art. 202.1 LRM. Sobre la motivación de la resolución judicial de intervención telefónica véase: *Casanova Martí, R.* (2018). La necesaria motivación de la resolución judicial de intervención telefónica. *Derecho y Proceso* (coord. Cachón Cadenas y Franco Arias) Vol. I. Barcelona: Atelier, 553-570.

[Ver Texto](#)

(6) Coincide con el Anexo A de la Directiva.

Ver Texto

- (7) Así lo requieren los arts. 189.1. LRM y 6.1 Directiva.

Ver Texto

- (8) Previstos expresamente en el art. 588 bis a) LECrim. La relevancia del cumplimiento de estos principios para la adopción de las medidas de investigación tecnológica ha motivado la emisión recientemente, por parte de la Fiscalía General del Estado, de la Circular 1/2019, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ([https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Circular\\_1-2019.pdf?idFile=305e155a-dba3-4d77-b3ae-ff24d4a78d5a](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_1-2019.pdf?idFile=305e155a-dba3-4d77-b3ae-ff24d4a78d5a), consultado el 19 de marzo de 2019).

Ver Texto

- (9) Sobre la admisibilidad de la prueba me remito a mi reciente trabajo Casanova Martí, R. (2018). Aspectos problemáticos de la introducción en el proceso penal español de las pruebas derivadas de una Orden Europea de Investigación. *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2, pp. 413 a 433.

Ver Texto

- (10) Asimismo, lo establece el Considerando 30 de la Directiva.

Ver Texto

- (11) Respecto el cómputo del plazo entendemos que empezará a contar, no desde que se dicta el auto autorizando la medida, sino desde que se adopta la resolución de ejecución de la OEI por parte del Estado de ejecución de la medida —art. 12.3 de la Directiva—, puesto que este último dispone del plazo de un mes desde la recepción de la OEI.

Ver Texto

- (12) En este sentido, véase *González Monje, A. (2017). Cooperación jurídica internacional en materia penal e intervención de comunicaciones como técnica especial de investigación. Granada: Comares, pp. 130-131).*

Ver Texto

- (13) En la misma línea lo indica el art. 30.2 de la Directiva. Téngase en cuenta, sin embargo, que el Considerando 31 de la Directiva establece que, en caso de no poder recibirse asistencia técnica de un solo Estado miembro, se podrá transmitir una OEI a más de un Estado de ejecución.

Ver Texto

# DOSSIER DE LOS TRIBUNALES SOBRE PROBÁTICA



## Reflexiones sobre el heurigrama del Prof. Muñoz Sabaté (1)

Juan Antonio Andino López

*Profesor Asociado Universitat Internacional de Catalunya*

### Resumen

El heurigrama es una herramienta ideada por el Prof. Muñoz Sabaté, y constituye una representación gráfica de la fórmula probática a través de un sistema topológico donde se ubican las fuentes, medios y argumentos de prueba en función de cada objeto de prueba que comprende el proceso. El presente estudio explica el heurigrama y lo revisa recordando que «cada abogado litigante puede modular a su gusto el heurigrama».

### I. INTRODUCCIÓN

Puede parecer que veinticinco números abordando la temática concreta de la probática y el derecho probatorio sean pocos, pero detrás de todos ellos se halla un equipo de juristas y de profesionales del Derecho Procesal que pretenden difundir la obra iniciada por parte del Profesor Lluís Muñoz Sabaté (creador y difusor de la probática en España), profundizar en el estudio del Derecho Probatorio, y ofrecer artículos innovadores que sean de suma utilidad para los operadores jurídicos, conservando sin embargo un rigor científico que es el que impulsa la labor llevada a cabo por mis compañeros de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio (2) , y a quienes les

agradezco su ayuda y dedicación que, año tras año, sirve para difundir la probática y el derecho probatorio, que cada vez gana más y más aceptación y utilidad en la práctica habitual de los tribunales.

La prueba es fundamental en todo procedimiento judicial. No nos llevemos a engaño: si un letrado asesora a un cliente en el marco de un procedimiento judicial es porque, simplemente, pretende ganar el pleito. Así, el convencimiento del juzgador tan sólo se conseguirá a través de una sólida prueba de los hechos afirmados por la parte (por su cliente). No hay otro camino. El juez dictará sentencia admitiendo los hechos alegados por parte de mi cliente sólo en el supuesto en el que haya sido capaz de demostrar y acreditar los mismos en el marco del procedimiento judicial. De hecho, el propio Prof. Muñoz Sabaté inicia una de sus muchas obras publicadas con la máxima italiana que dice «*o provare o soccombere*» (3) , expresión que aglutina la capital importancia de la prueba en cualquier orden jurisdiccional.

Es cierto que muchos autores han escrito manuales, artículos y aportaciones sobre la prueba a lo largo de la historia, pero el Prof. Muñoz Sabaté, además de abogado, es psicólogo clínico (4) y creo que aporta una novedad de capital importancia, cual es la fusión entre la psicología y el derecho en el ámbito de la prueba, ya que la argumentación de la parte y la prueba practicada buscan persuadir, convencer e inclinar al juez hacia las bondades de la argumentación y prueba de una de las partes y, a la vez, intentar defenestrar la argumentación y prueba de la adversa, cuestiones para las que la psicología puede jugar un papel muy importante.

Habida cuenta que el número veinticinco de la presente publicación es una ocasión especial, me permito fijarme en una de las muchas aportaciones originales del Prof. Muñoz Sabaté, cual es el heurigrama, y me permito la osadía de replantearlo para el proceso civil. Mi ánimo con esta humilde aportación consiste en poner de relieve la importancia del heurigrama como novedad y herramienta muy práctica, e intentar adaptar el mismo al proceso civil. No pretendo en modo alguno imponer un modelo u otro a ningún profesional del Derecho, sino al contrario, invito al lector a crear su propio heurigrama y a utilizarlo en los procedimientos judiciales en los que tenga que intervenir. Asimismo, el heurigrama también puede ser una herramienta interesante para el juez, ya que representará un «mapa de navegación» que le ayudará a determinar qué hechos son los controvertidos, qué argumentación jurídica es la que se discute en el pleito y qué prueba han aportado las partes referida a los hechos discutidos en el proceso.

## II. EL HEURIGRAMA DEL PROF. LLUÍS MUÑOZ SABATÉ

El heurigrama se puede definir como «una representación gráfica de la fórmula probática a través de un sistema topológico donde se ubican las diversas fuentes, medios y argumentos de prueba en función de cada objeto de prueba que comprende el proceso» (5) . En definitiva, el heurigrama permite dominar todo el procedimiento judicial con un solo folio, dos como máximo, que permite controlar los hechos, la argumentación jurídica y las pruebas antes, durante y después de que las mismas se practiquen.

La representación del heurigrama sería la siguiente simple tabla, ideada por el Prof. Muñoz Sabaté (6) :

Genothema probandi			
Thema probandi			
Subthema			

Fijación			
Verificación instrumental			
Infirmación			
Argumento			

La tabla anteriormente transcrita nos permite insertar en las correspondientes columnas la información que se produzca durante la tramitación del procedimiento, designando brevemente los hechos, argumentos y, sobre todo, prueba en las mismas, información que será de mucha utilidad al operador jurídico para disponer de una referencia rápida que explique la marcha del procedimiento.

En cuanto a los elementos que configuran el heurigrama, seguimos la explicación de los mismos que nos ofrece el Prof. Muñoz Sabaté (7) :

- *Genothema probandi*: se refiere al supuesto de hecho normativo del que se desprende una proposición factual genérica; por ejemplo, la responsabilidad extracontractual de un conductor que atropella a un peatón (art. 1902 CC).

- *Thema probandi*: contiene la transformación de la proposición factual genérica (responsabilidad extracontractual) en una proposición factual específica (los elementos de dicha responsabilidad, cuales son: acción u omisión, culpabilidad o negligencia, daño y relación de causalidad). Por ello, y siguiendo el ejemplo, de un genothema probandi se desprenden cuatro *themae probandi*.

- *Subthema probandi*: en dicha fila se encasillan los indicios que puedan existir para acreditar un thema probandi concreto.

- *Fijación*: en dicha fila se indicarán los medios de prueba concretos de los que dispone la parte para acreditar cada thema probandi. Aquí también se insertarán aquellos hechos no necesitados de prueba, al ser notorios, admitidos de adverso, protegidos por una presunción *iuris tantum* o los no controvertidos.

- *Verificación instrumental*: representa la prueba sobre la prueba, que consiste en aportar aquella prueba que corrobora o desmienta la fiabilidad de los medios de prueba empleados por la parte o por la parte contraria, referenciados en el apartado «fijación» anterior.

- *Infirmación*: en probática, «se trata de cualquier otra conclusión oponible a una presunción e inferida del mismo indicio» (8) . La infirmación implica poner a prueba el razonamiento presuntivo, contrastándolo, con el resultado de reforzar dicho razonamiento, o bien abandonarlo por completo. El clásico ejemplo es el de Robinson Crusoe, «habitante de una isla solitaria cuando en la playa encuentra una mañana la huella de un ser humano. Presunción: ha desembarcado otra persona en la isla. Infirmación: Robinson podría ser sonámbulo» (9) . Conclusión: si no hay nadie más en la isla, se debe abandonar la anterior presunción y abrazar el razonamiento de que Robinson era sonámbulo.

- *Argumento*: se trata de una casilla «libre» donde el operador jurídico podrá insertar otra información que le sea útil en el proceso (máximas de experiencia, táctica probatoria, carga de la prueba, etcétera).

Como se puede apreciar, mediante la simple utilización del heurigrama del Prof. Muñoz Sabaté, el operador jurídico domina el proceso con uno o dos folios, cuestión que, sin duda, facilita la labor, ya que visualmente se dispone de toda la información que se necesita.

### III. REVISANDO EL HEURIGRAMA PARA EL PROCEDIMIENTO CIVIL

El propio Prof. Muñoz Sabaté anima al lector a modificar su modelo de heurigrama cuando dice «cada abogado litigante puede modular a su gusto el heurigrama» (10) . Por ello, expondremos nuestro modelo de heurigrama para que el lector también lo modele a su gusto, ya que, insisto, la idea fundamental del mismo es que sea útil. Para ilustrar lo anterior, permítame el lector echar mano de nuestra experiencia profesional. Para situarnos, daré los siguientes datos: sala de vistas de un juzgado. Verano con calor y sin aire acondicionado. Las 13,40 de la mañana después de un juicio de casi tres horas. El juez da paso al trámite de conclusiones del art. 433.2 LEC, añadiendo que «cada letrado dispone de cinco minutos para concluir», dando la palabra al demandante y cronometrando su intervención. El letrado de la parte demandante no para de mover papeles y de balbucear unas improvisadas conclusiones, obviando hechos, pruebas y argumentación jurídica, habida cuenta la premura del tiempo encomendado. Por ello, entendemos que el heurigrama puede ser de utilidad para intentar concluir eficazmente dentro del tiempo concedido por el tribunal en el ejemplo planteado, pero...¿cómo?

Basándonos en la regulación del procedimiento declarativo en la LEC, nuestra sugerencia de heurigrama sería la siguiente, al que nos hemos permitido completar con un hipotético ejemplo (demanda de reclamación de cantidad y oposición por defectos de la cosa vendida):

Hecho	Demanda	Contestación	Prueba	Prueba 2	Indicio	Consideraciones jurídicas	Otros
<b>Existencia contrato (no cont.)</b>	Párrafo 2 pág 2	Párrafo 3 página 4	Doc. 2 dda (orden de pedido) Doc. 3 (confirmación orden de pedido)				
<b>Entrega de la cosa (no cont.)</b>	Párrafo 4 pág 5	Párrafo 6 pág. 7	Doc. 4 dda (albarán de entrega)				
<b>Emisión facturas (no cont.)</b>	Párrafo 3 pág 6	Párrafo 2 p. 8	Doc. 5 dda				
<b>Reclamación pago facturas (no cont.)</b>	Hecho 4, pp. 7-8	Párrafo 3, p. 8	Doc. 6 dda Docs 2-3 cont dda.				
Defectos cosa vendida	---	Hecho 3, pp. 6-7	Doc. 2 cont dda ( <i>e-mails</i> )	T. González T. López Demandado P. Rodríguez			
Negación deuda	---	Hecho 5, pp. 8-9	Docs 2-3 cont dda	T. González T. López Demandado			

Como se ha leído, el supuesto de hecho consiste en una demanda de reclamación de cantidad y una demanda reconvenzional alegando defectos en la cosa vendida.

El heurigrama propuesto se centra en los hechos (primera columna), que podemos individualizar y sintetizar en seis (existencia de contrato documentado o bien mediante la existencia de orden de pedido y su posterior confirmación, entrega de la cosa, emisión de facturas, reclamación extrajudicial de pago, defectos de la cosa vendida y consecuente negación de la deuda). Los cuatro primeros serán hechos manifestados por parte del demandante, mientras que los dos últimos serán una manifestación del demandado.

La segunda y tercera columna localizan los hechos de la primera columna en los escritos rectores del procedimiento, y son muy útiles para fijar los hechos controvertidos y no controvertidos en el acto de la audiencia previa (art. 428 LEC). Una vez superada la audiencia previa, se puede añadir directamente a los hechos de la primera columna «no cont.» para indicar que son hechos no controvertidos y, en consecuencia, no será necesaria su prueba en el acto del juicio.

Las siguientes dos columnas es donde se sugiere indicar la información relativa a la prueba. Quizás sería aconsejable dejar la primera columna para la prueba documental acompañada a los escritos de demanda y de contestación a la demanda, ya que nos puede ayudar para reafirmar la controversia o no del hecho, así como para proceder, en su caso, a impugnar algún documento o informe pericial de contrario en el acto de la audiencia previa (art. 427 LEC).

En la columna de la «Prueba 2» sugerimos insertar el nombre de todas las personas que intervendrán en el acto del juicio, ya sea el demandante o demandado, insertar el nombre concreto del testigo, precedido por una «T» (por ejemplo, «T. González», significa que declara como testigo el Sr. González), o insertar el nombre del perito, precedido por una «P» (por ejemplo, «P. Rodríguez», significa que declara el perito Sr. Rodríguez. Sugerimos insertar antes del acto del juicio el nombre de todas las personas que vayan a declarar porque es más cómodo, al hacer las preguntas, simplemente tachar el nombre de la persona que cuya declaración no ayude a acreditar el hecho controvertido. ¿El testigo Sr. González declara que no conoce defecto alguno en la cosa vendida? Entonces el demandado tachará su nombre en su heurigrama. En resumen, mantendremos el nombre de aquellos testigos que, con su declaración, ayuden a acreditar el hecho controvertido, puesto que es más fácil tachar su nombre en el acto del juicio o simplemente dejarlo si lo tenemos previamente escrito.

En la columna de «indicios» insertaremos aquella prueba indiciaria que ayude a acreditar el hecho controvertido, a la luz del art. 386 LEC, prueba que entendemos puede ser muy útil incluso en el ámbito civil (11) .

Asimismo, en la columna «consideraciones jurídicas», el abogado podrá insertar aquellas cuestiones jurídicas que, al amparo del art. 433.3 LEC, desee formular en el acto de la vista.

Finalmente, en la columna «otros» el operador jurídico podrá insertar aquellos comentarios o cuestiones que estime de su interés y que no tengan su encaje en las columnas anteriores. Por ejemplo, podrá insertar comentarios, como demandado, mientras el abogado del demandante concluye oralmente, para contestar a dichas conclusiones cuando disponga del turno de palabra.

El heurigrama sugerido pretende ser útil durante todo el proceso, puesto que de la mera lectura de la demanda y de la contestación el abogado podrá determinar cuántos hechos son admitidos, qué prueba ha aportado la parte contraria, frente a la prueba aportada por su cliente, podrá ser útil

para el acto de la audiencia previa, pues podrá localizar dónde la parte contraria trata los hechos para declararlos controvertidos o no controvertidos y, finalmente, será útil en el acto del juicio para seguir el desarrollo de las declaraciones de las partes, testigos y peritos, pero, sobre todo, para formular conclusiones *eficazmente*. El art. 433.2 LEC indica que las partes concluirán sobre los hechos controvertidos. Por ello, entendemos que puede ser inútil concluir sobre hechos no controvertidos. Al contrario, si se quiere referenciar los mismos, entonces una afirmación genérica podría ser suficiente, del estilo de «esta parte hace referencia a los hechos no controvertidos fijados en el acto de la audiencia previa del presente procedimiento celebrada en fecha 16 de enero de 2019». Al disponer de un solo folio delante, la intención consiste en hacer más sencilla la tarea de concluir oralmente sobre los hechos controvertidos al final del acto del juicio.

En definitiva, como hemos indicado anteriormente, coincidimos con el Prof. Muñoz Sabaté cuando manifiesta que cada uno es libre de confeccionar su propio heurigrama, y esperamos haber facilitado dicha labor con la descripción del heurigrama del Prof. Muñoz Sabaté y la versión modificada para el procedimiento civil.

---

(1) Quiero agradecer al Dr. Carlos de Miranda Vázquez sus comentarios y aportaciones que, sin duda, mejoran la versión inicial de este trabajo.

[Ver Texto](#)

(2) La Asociación de Probática y Derecho Probatorio ([www.probativa.org](http://www.probativa.org)) está presidida por los Prof. Lluís Muñoz Sabaté y Joan Picó i Junoy, y formada por excelentes juristas y profesionales del Derecho Procesal (Xavier Abel Lluch, Berta Pellicer Ortiz, Carlos de Miranda Vázquez, Manuel Richard González, Rafael Orellana de Castro, Enrique de Madrid Dávila, Roser Casanova Martí y Frederic Munné Catarina). Además de preparar los presentes Cuadernos de Probática publicados por el Diario La Ley, la Asociación organiza un Congreso Internacional sobre prueba cada año (el último de ellos celebrado en la Universitat Pompeu Fabra los días 22 y 23 de noviembre de 2018, tratando temas de prueba en el Derecho de Familia), así como la publicación de monografías sobre la prueba por parte de la editorial Wolters Kluwer, en el marco de la colección «Probática y Derecho Probatorio».

[Ver Texto](#)

(3) *Muñoz Sabaté*, Ll., «Introducción a la probática», J.M. Bosch, editor, Barcelona, 2007.

[Ver Texto](#)

(4) Consta dicha mención, por ejemplo, en la solapa de su libro «Diccionario Enciclopédico de Probática y Derecho Probatorio», editorial La Ley, Madrid, 2014; y también, por ejemplo, en «Técnica Probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso», 4ª ed., Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

[Ver Texto](#)

(5) Voz «Heurigrama», en *Muñoz Sabaté*, Ll., «Diccionario Enciclopédico de Probática y Derecho Probatorio», *op. cit.*, pp. 245-247.

[Ver Texto](#)

(6) El heurigrama se explica, por parte del Prof. Muñoz Sabaté, en diversas obras suyas, entre las que destaco, además de la citada en la nota anterior, las siguientes: «Introducción a la probática», *op. cit.*, pp. 121-126 y 143; «Curso superior de probática judicial. Cómo probar los hechos en el proceso», ed. La Ley, Madrid, 2012, pp. 209-214; y «Técnica Probatoria», *op. cit.*, pp. 659-667.

[Ver Texto](#)

- (7) Tomo los términos de *Muñoz Sabaté*, LI, «Curso superior de probática judicial...», *op. cit.*, pp 213-214; y de «Introducción a la probática», *op. cit.*, pp. 124-125.

Ver Texto

- (8) Voz «Infirmación», en *Muñoz Sabaté*, LI., «Diccionario enciclopédico de probática y derecho probatorio», *op. cit.*, p. 275.

Ver Texto

- (9) Voz «Infirmación», en *Muñoz Sabaté*, LI., «Diccionario enciclopédico de probática y derecho probatorio», *op. cit.*, p. 275.

Ver Texto

- (10) *Muñoz Sabaté*, LI, «Diccionario enciclopédico de probática y de derecho probatorio», *op. cit.*, p. 245.

Ver Texto

- (11) Por ejemplo, importancia de los indicios en la prueba de la simulación contractual, *vid.* *Picó i Junoy, J.*, «Los indicios en la prueba de la simulación contractual», en *InDret*, 3/2017, disponible en <http://www.indret.com/pdf/1328.pdf>, visitada el 14 de marzo de 2019. Asimismo, debemos citar el libro de *Muñoz Sabaté*, LI., «La prueba de indicios en el proceso judicial. Análisis para juristas, detectives, periodistas, peritos y policías», ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

Ver Texto



# Los hechos cruzan «mordor» para ser probados

Enrique de Madrid Dávila

*Detective Privado*

**Profesor de Investigación Privada y Seguridad en Universitat de Barcelona**

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

## Resumen

**La probática, como arte de investigar para probar, exige una serie de pasos que el autor nos describe: diseñar un plan, organizarlo, ejecutarlo, redactar un informe y ratificarlo en juicio.**

Como detective privado en ejercicio desde hace 33 años llevo mucho tiempo «amando» y «peleándome» con los hechos.

Me dan de comer y me dan problemas a la vez. Algunos hechos son claros, fuertes, sanos y se encuentran inmediatamente. Pero la mayoría de hechos que como detective profesional me solicitan encontrar mis clientes son los hechos escondidos, protegidos, disimulados, débiles, camuflados..., los difíciles de encontrar. Y tienen esta naturaleza difícil bien porque son hechos que van en contra del interés de una parte contraria que actúa intencionalmente para mantenerlos ocultos (por intereses contrapuestos en litigio), bien porque el cliente no los alcanza porque es necesario bucear profesionalmente en la realidad para encontrarlos, bien porque están perdidos en el tiempo y su huella ya es débil, bien porque están fuertemente atrincherados tras leyes y derechos fundamentales, y el cliente desconoce las técnicas para hacerlos salir de la madriguera para cazarlos donde ya es legal obtenerlos. El maestro Lluís Muñoz Sabaté dice en una máxima: «EL MAYOR ENEMIGO DE LA PROBÁTICA ES EL DERECHO PROBATORIO». La contraposición entre la búsqueda de la verdad, y la protección de los derechos fundamentales de los investigados, y otras reglas, que limitan el acceso al conocimiento completo de los hechos.

En mis primeros escritos sobre probática definía la investigación como:

*«Proceso de localización, estampado, traslado y reproducción de huellas, producidas por hechos, con objeto de justificar a tercero(s) creencias sobre acontecimientos argumentadas bajo la teoría de los hechos.»*

Cuando acababa esta frase en clase en la Universidad sentía en mis ojos las miradas de los alumnos más aturcidas que las vacas mirando a un tren. Entonces decidí explicarme mejor, como sigue.

Investigar para probar significa diseñar una serie de acciones que se materialicen en unos hechos de búsqueda para localizar los hechos que se necesitan, bajo criterios legales, de proporcionalidad, de racionalidad de las actividades, criterios económicos y criterios éticos. Es decir, diseñar primero un plan (2) organizar después quiénes y cómo participarán (3) ejecutarlo (4) confeccionar una explicación de los resultados (redacción en un informe), y por último (5) ratificar como testigo o como perito. Este es el largo camino que deben realizar los hechos para poder crecer «de indicios a prueba» (Julio Iglesias decía en su canción «de niña a mujer»). Pero este camino está lleno de amenazas. Los hechos han de atravesar «Mordor»: hay partes contrarias las cuales está en contra de su interés que la realidad de los hechos sean adquiridos, hay abogados que lucharán a cuchillo para que no sean admitidos en el proceso, habrán jueces a los que les costará valorarlos, y habrá investigadores torpes, sin experiencia ni astucia para encontrarlos y comunicarlos clara, inequívoca y legalmente. Eso si, económicamente los cobrarán.

Bien, como decía Jack el destripador, vayamos por partes.

## I. DISEÑAR

Diseñar la investigación es un arte en sí mismo. ¿Qué hacer primero y qué hacer después? ¿Por dónde empezar la investigación? El diseño de una investigación es un ejercicio intelectual que posee metodologías propias. No voy a entrar en este artículo a descomponerla completamente, porque la metodología tiene técnicas propias con herramientas conceptuales complejas (la modelización del espectro factual hipotético, por ejemplo). Y no entro en la profundidad porque por experiencia la frase anterior ya ha provocado una bajada de audiencia, y desearía que continuasen leyendo este artículo y no «sintonizasen» otro artículo. En resumen, el diseño está orientado a:

1. Identificar y hacer una lista extensa de todas las fuentes de prueba posibles (testigos, bases de datos, archivos, documentos, sistemas informáticos, etc....).
2. Escoger como abordar a las fuentes con métodos operativos de investigación para transformar los hechos recogidos en medios de prueba «admisibles» y «valorables» en el proceso judicial.

Sin entrar en profundidad técnica al no disponer de más espacio en este escrito, identifico a continuación los métodos operativos estándar conocidos:

- Inspección/ reconocimiento (visual o con herramientas).
- Vigilancia/seguimiento/ control.
- Interceptación de comunicaciones.
- Encuesta/interrogación.
- Consulta en base de datos.
- Acercamiento
- Infiltración en ambiente laboral o social

## II. ORGANIZAR

Cada persona tiene su talento, y hay personas buenas para interrogar, otras para seguir sujetos, otras para disponer cámaras de grabación, otras para infiltrarse en unos almacenes donde los empleados roban, etc...Elegir a las personas para las tareas y proporcionarles los recursos y medios adecuados para sus cometidos, es también un ejercicio crítico para el éxito. Y también pensar que el proceso de investigación tiene imprevistos, y que hay que cambiar los planes a veces en fracciones de segundo. Flexibilidad y capacidad de improvisación son también cualidades importantes para los investigadores.

## III. EJECUTAR

Ya estamos preparados para entrar en acción y empezar la temporada de recogida de setas en formato «hechos». Ejecutamos ya el plan con el personal escogido, pero esto no significa descansar de la gestión de la investigación. Es necesario controlar y verificar que el plan se ejecuta tal y como se ha diseñado. Hay que actuar para verificar que los investigadores operativos no se salen del guión establecido.

## IV. REDACCIÓN DEL INFORME

La mejor investigación se transforma en un desastre mal comunicada. Fotos borrosas, lejanas, relatos indescifrables, etc. Los resultados de una investigación pueden resultar en un relato complejo, como ocurre en casos de complejas ingenierías jurídicas y societarias para el blanqueo de capitales. Experiencia en comunicación por parte del «escritor» del informe podrías ser deseable.

Un informe nunca se sabe dónde puede llegar. En mi experiencia siempre escribo mi informe pensando que lo puede llegar a leer el investigado, las partes contrarias, el juez, la prensa, la autoridad policial, y un niño de cinco años (el que cita Groucho Marx en sus películas. Bueno, lo que quiero decir aquí es que el informe debe ser muy comprensible, y en ocasiones simple en lugar de complejo).

## V. RATIFICACIÓN EN JUICIO

Buuuuf.....ya estamos llegando al final y los hechos todavía sobreviven. Sobre la ratificación en juicio yo diré aquí poco, ya que doctores más importantes tiene la ciencia.

Matizar únicamente que hay que ir peinado y con colonia. Engalanado con el mejor traje, como en las bodas, porque sabemos que la buena imagen y la pulcritud da más credibilidad. Un buen lenguaje del cuerpo también sería deseable, respuestas cortas sin entrar nunca en valoraciones sino en descripción de los hechos de los que se ha sido testigo, y hablar lo justo. Más se hable, más vulnerabilidades se abren a favor de la parte contraria. Ahhh...repasarse bien el informe para no tener lagunas, pues también queda bien.

# JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO PROBATORIO



## La renuncia abusiva a la prueba admitida (1)

Joan Picó i Junoy

*Catedrático de Derecho Procesal*

*Universitat Pompeu Fabra*

### Resumen

La renuncia de la prueba testifical admitida no debería de prosperar en el proceso cuando tenga un marcado carácter abusivo, puesto que la libertad de proposición probatoria alcanza hasta la actuación judicial admitiéndola. A partir de ese momento debería darse audiencia antes de proveer sobre la renuncia, porque lo contrario implica hacer depender la eficacia de una resolución judicial de la voluntad unilateral de una parte.

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las prácticas procesales más recurrentes en multitud de juicios es la renuncia a la prueba admitida, siendo la de interrogatorio de la parte contraria y la de testigos las más afectadas. ¿Porqué y en qué circunstancias puede tener lugar dicha renuncia? Este breve estudio va a centrarse en la renuncia de la prueba testifical admitida, e intentará dar argumentos para que aquella que tenga un evidente carácter abusivo no prospere en el proceso.

## II. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE ADQUISICIÓN PROCESAL

El principio de adquisición procesal —cuya formulación se debe a CHIOVENDA y sus *Principios de Derecho Procesal Civil*— en materia probatoria, puede comportar un doble contenido: uno restringido, en virtud del cual sólo la prueba practicada puede ser valorada por el juez, beneficiando o perjudicando dicha valoración a ambos litigantes, esto es, al margen de la concreta parte que la haya propuesto; y otro amplio, en función del cual también la prueba aportada inicialmente junto a los escritos iniciales de alegaciones, la simplemente admitida, o la que se esté practicando, puede desplegar su eficacia procesal al margen de que la parte que la haya propuesto o aportado renuncie a ella.

El Tribunal Supremo (TS), por ahora, sólo ha asumido el concepto restringido de este principio: en un primer grupo de sentencias destacó la libertad del juez para valorar la prueba practicada sin atender a la concreta parte que la haya aportado (SSTS de 31 de mayo de 2005; 27 de diciembre de 2004; *et altri*); y en otro grupo de sentencias destacó, igualmente, que dicha libertad de elección de los resultados probatorios no supone vulnerar las reglas legales de distribución de la carga de la prueba (SSTS de 27 de junio de 2005; 3 de febrero de 2004; *et altri*).

### III. LA TRADICIONAL ADMISIBILIDAD DE LA RENUNCIA A LA PRUEBA TESTIFICAL ADMITIDA PERO NO PRACTICADA

En el juicio ordinario la prueba se admite en la audiencia previa pero se practica en el juicio, motivo por el cual es posible que durante este *lapsus* de tiempo la parte proponente renuncie a la práctica de la prueba ya admitida.

Tradicionalmente, la doctrina y jurisprudencia admiten la validez de esta renuncia, estableciendo que la vigencia del principio de adquisición procesal no impide que se pueda desistir de la práctica de una prueba admitida, por lo que la parte contraria —que no la solicitó— no podrá ya instar su posterior práctica (ni en primera ni en segunda instancia). Para ello se utilizan, básicamente, los siguientes tres argumentos:

**(a)** La falta de «adquisición» probatoria cuando todavía estamos ante una mera admisión de la prueba. Es posible entender que la prueba no se «adquiere» desde el momento de su admisión, ya que lo verdaderamente relevante de toda prueba es su resultado, y esto es lo que se «adquiere» al proceso para su valoración judicial.

**(b)** El reconocimiento legal de la renuncia a la propia prueba todavía no practicada en el art. 288.1 LEC.

**(c)** La vigencia del principio de aportación de parte, con la consiguiente posibilidad de renunciar a aquello que no se desea aportar, a pesar de haber sido inicialmente solicitado y admitido. En función del art. 282 LEC «las pruebas se practicarán a instancia de parte», y en concreto, de aquella que la haya propuesto, por lo que, en principio, no se permite que el juez pueda ordenar la práctica de la prueba admitida, ni a instancia de la parte contraria que no ha tenido la iniciativa probatoria ni de oficio. Y en este sentido se ha pronunciado tradicionalmente la jurisprudencia, que tiende a admitir la renuncia a la prueba admitida en base a la libre disposición de los actos procesales de las partes (así, cfr. las SSTS de 30 de noviembre de 1993, las de 24 de julio y 18 de marzo de 1992, o la de 18 de octubre de 1988).

### IV. REVISIÓN CRÍTICA DE ESTA DOCTRINA

Aun admitiendo la seriedad argumental de la doctrina tradicional a favor de la imposibilidad de realizar aquella prueba cuya práctica se ha renunciado, puede cuestionarse si ello es lo más acertado al objeto de lograr la máxima eficacia del sistema procesal que, en materia probatoria, se concreta en permitir la mayor actividad probatoria valorable por el juez, pues ello redundará en la obtención de una sentencia lo más justa posible, esto es, en una mejor tutela judicial de los conflictos.

¿Por qué se puede renunciar a una prueba testifical admitida? Se me ocurren tres motivos:

**(a)** Porque se entiende que la declaración del testigo, después de la prueba ya practicada, carece de sentido por redundante (por esta razón, incluso el art. 363.II LEC llega a permitir al juez para que, cuando haya escuchado el testimonio de al menos tres testigos con relación a un hecho discutido, pueda obviar las declaraciones testificales que falten).

**(b)** Porque la parte proponente de la prueba sea consciente de que el testigo no está presente en la sala de vistas —o no acudirá a la misma— y no desea interrumpirla al objeto de no retrasar la resolución final del proceso (el art. 193.1.3º LEC prevé esta causa de interrupción).

**(c)** Porque previamente al juicio el abogado proponente se ha puesto en contacto con el testigo y es consciente de que no dirá lo que quisiera que declarase —o no lo hará con la «intensidad» deseada— por lo que ante el peligro de que pueda perjudicarlo prefiere renunciar a esta prueba testifical. ¿Debe admitirse esta conducta procesal? ¿Qué argumentos existen para rebatirla? En la práctica de los tribunales suele admitirse dicha renuncia y no practicar la prueba testifical inicialmente admitida, haciéndose ello normalmente bajo la excusa de los argumentos expuestos en el epígrafe anterior. Sin embargo, en mi opinión, no es ésta la solución correcta, debiéndose permitir a la parte contraria de la que pidió la prueba testifical que solicite su práctica. Y para ello existen cuatro serios razonamientos en los que sostener mi posición:

— En primer lugar, por el juego de los arts. 214.1 y 207.4 LEC. La parte libremente ha pedido la prueba testifical y ha provocado un pronunciamiento judicial que ordena su práctica, por lo que ya no podrá ser modificada debido a la regla de la invariabilidad de las resoluciones judiciales (art. 214.1 LEC); y el juez debe siempre procurar que las resoluciones judiciales firmes se cumplan en todo lo dispuesta en ella (art. 207.4 LEC). Por ello, cuando existe una resolución judicial firme —esto es, inmodificable— no puede dejarse a una de las partes su libre cumplimiento. Pero en la medida en que el juez, *ex officio iudicis*, no puede ordenar su práctica, deberá dejar que la parte contraria pueda exigir el cumplimiento de dicha resolución y, en consecuencia, pedir que se practique la prueba testifical.

— En segundo lugar, porque la actitud de la parte proponente impedirá la iniciativa de proposición probatoria judicial del art. 429.1.II LEC: en la medida en que la prueba testifical ya habrá sido propuesta por una parte, desaparece la facultad judicial accionar lo previsto en dicha norma. Por ello, de renunciarse a dicha prueba debería «resurgir» la indicada iniciativa judicial inicialmente frustrada por la previa proposición —y admisión— de la prueba testifical, por lo que tiene sentido permitir al juez que indique a ambas partes la posible conveniencia de la práctica de la prueba testifical renunciada.

— En tercer lugar, porque dicha renuncia frustra la lógica expectativa de la parte contraria de participar contradictoriamente en su práctica (arts. 289.1 y 372.1 LEC). Es posible que ante la admisión de la prueba testifical no se desee reiterar o insistir sobre la misma en la confianza de que dicha prueba se practicará pudiendo entonces preguntar al testigo admitido. Por ello, en la medida en que es posible que la parte que no ha propuesto la prueba lo haya hecho

confiando en que, cuando menos, podrá intervenir en su práctica debido al principio de contradicción, una renuncia sorpresiva e injustificada —que, en muchas ocasiones tiene lugar en el mismo inicio del acto del juicio para lograr el mayor efecto sorpresa, exteriorizando así cierta actuación maliciosa— debería justificar que el juez no admitiese la renuncia (así, los arts. 247 LEC y 11 LOPJ establecen, como consecuencia de una actuación maliciosa, el rechazo fundado de la petición procesal o, dicho en otros términos, la inadmisión del acto procesal solicitado) y permitiese a la parte contraria obtener lo que en lógica expectativa esperaba que se realizaría en el acto del juicio, esto es, participar en la práctica de la prueba admitida. Es cierto que para la contraparte habrá precluído ya la posibilidad de pedir prueba pero, en este caso, propiamente no existirá petición de nueva prueba sino participación en la que ya ha sido admitida y que debía practicarse con su plena intervención. Por ello, MUÑOZ SABATÉ considera que «el principio de adquisición procesal debería ir más lejos, al menos en aquellos casos donde se sospeche una deslealtad procesal, en el sentido de extender la comunidad a la prueba simplemente propuesta, puesto que el acto de proposición puede generar en la contraparte una expectativa suficiente para influir en el planteamiento de sus propias pruebas» por lo que «antes de aceptar la renuncia a una prueba propuesta y todavía no recibida, debería ser oída la parte contraria, dándole la oportunidad de hacerla suya».

— Y, finalmente, en cuarto lugar, puede traerse a colación la aplicación de la doctrina de los actos propios, por lo que quien pide una prueba no puede luego instar su no práctica por ir en contra de sus propios actos. Si bien inicialmente podría pensarse en la invalidez de esta doctrina al caso planteado, porque tan acto propio es el activo —de la parte que propuso la prueba— como el omisivo —de la parte contraria que no la solicitó—, por lo que ninguno estaría legitimado para alegar esta doctrina, lo cierto es que el activo origina en la parte no proponente de la prueba la expectativa de su participación activa en la misma, por lo que debe respetarse la vigencia de dicha expectativa. En definitiva, en aquellos supuestos en los que la renuncia se realiza perjudicando el derecho de defensa de la contraparte, que sorpresivamente ve limitado su derecho a la contradicción, podría justificarse la limitación a la eficacia de dicha renuncia, pudiendo tener ello su acomodo normativo, como se ha indicado, en los arts. 247 LEC y 11 LOPJ.

En conclusión, entiendo que la libertad de proposición de prueba existe hasta que se provoca la actuación judicial admitiéndola, creando así expectativas a la parte contraria, por lo que a partir de ese momento su posterior renuncia debería provocar, antes de proveer sobre la misma, la audiencia de la parte contraria, si no quiere hacerse depender la eficacia de una resolución judicial a la voluntad unilateral de una parte y frustrar expectativas de derechos a la contraria.

## V. RECOMENDACIÓN FINAL

En la práctica procesal, para evitar el problema aquí planteado, es del todo aconsejable que el litigante que desee una prueba la solicite formalmente en el momento procesal oportuno, y no confíe en que la admisión de la prueba de la parte contraria será ya suficiente para su propia defensa debido a que podrá participar contradictoriamente en su realización. De lo contrario, podrá encontrarse con más de una sorpresa.

## VI. ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ABEL LLUCH, X.: *Derecho Probatorio*. Barcelona: J.M.<sup>a</sup>. Bosch, 2012 (pp. 358 a 363).

CORBAL FERNÁNDEZ, J.: *La adquisición procesal y la carga de la prueba*, en «La prueba en el proceso civil», Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993 (pp. 152 a 156).

FONS RODRÍGUEZ, C.: *Proposición de la testifical y adquisición procesal*, en «El interrogatorio de testigos», dir. Xavier Abel y Joan Picó. Barcelona: J.M.<sup>a</sup>. Bosch, 2008 (pp. 264 a 271).

MUÑOZ SABATE, LL.: *Fundamentos de prueba judicial civil LEC 1/2000*, Barcelona: J.M.<sup>a</sup>. Bosch, 2001 (pp. 209 a 211).

PICÓ JUNOY, J.: *El principio de la buena fe procesal*, 2<sup>a</sup> edición, Barcelona: J.M.<sup>a</sup> Bosch, 2013 (pp. 175 a 182).

Ídem, *El principio de adquisición procesal en materia probatoria*, en «La Ley», 2006, T.I (pp. 1304 a 1316).

---

(1) Este estudio se enmarca dentro del Proyecto I+D «Hacia una nueva configuración de la pericial judicial» (DER2016-7549-P), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y el Grupo de Investigación Consolidado «Evidence Law» (2017SGR1205) reconocido y financiado por la Generalitat de Catalunya.

[Ver Texto](#)

# La sugerencia judicial de pruebas del art. 429 LEC y su posible preclusión con los escritos de demanda y contestación

Berta Pellicer Ortiz

Magistrada

Sección 15 Audiencia Provincial de Barcelona

## Resumen

Se analiza el alcance de la iniciativa probatoria del juez que permite señalar a las partes la práctica de la prueba o pruebas que estima convenientes, en el sentido de si puede extenderse a sugerir a las partes la prueba documental, la pericial y la prueba prevista en el segundo apartado del art. 299 LEC.

El art. 429.1 LEC prevé una cierta iniciativa probatoria del juez, pues le permite señalar a las partes la insuficiencia probatoria propuesta respecto de uno o varios hechos y además le faculta para señalar la práctica de la prueba o pruebas que estima convenientes.

El problema se plantea al regular la LEC dos formas distintas de aportación de la prueba al proceso, pues, de una parte, la prueba de interrogatorio de parte, de interrogatorio de testigos y el reconocimiento judicial se proponen oralmente en el acto de la audiencia previa, pero, de otra parte, los documentos, ya sean privados o públicos, los dictámenes periciales y los medios o instrumentos de reproducción de la palabra, sonido o imagen, así como los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir palabras, datos cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase relevantes para el proceso se deben aportar con la demanda y la contestación ex art. 265 LEC.

Además en cuanto a esta diferente forma de aportación de los medios probatorios, se debe señalar que no es sólo temporal, sino también cualitativa, en el sentido de que el art. 269.1 LEC establece un momento preclusivo para la aportación de estos documentos, dictámenes, medios o instrumentos, que son, en el caso del actor, con la demanda y en el caso del demandado con la contestación a la demanda, salvo los casos excepcionales que prevé la propia LEC, permitiendo su aportación posterior.

Ello plantea la cuestión de si el Juez, en la audiencia previa y al amparo del art. 429.1 II) y III) LEC puede sugerir a las partes la prueba documental, la pericial y la prueba prevista en el segundo apartado del art. 299 LEC.

La doctrina sostiene posturas contradictorias respecto de la cuestión controvertida, que se pueden resumir del siguiente modo:

## I. DOCTRINA A FAVOR DE LA TESIS DE LA PRECLUSIÓN PROBATORIA

ABEL LLUCH, sostiene que la iniciativa probatoria de oficio está sujeta a dos presupuestos, a saber, que exista una cierta actividad probatoria, pues el juez no puede suplir la inactividad probatoria de las partes y la observancia de la legalidad probatoria en relación a la proposición de la prueba, por lo que sostiene, en relación a la sugerencia judicial de la prueba, que no puede venir referida a los medios de prueba cuya proposición haya precluído (1) .

Por su parte, BANACLOCHE PALAO considera que una interpretación del art. 429.1 II) y III) LEC que permitiera cualquier clase de prueba, por tanto, también aquella cuyo momento de proposición hubiera precluído, promovería la desidia de las partes (2) .

De igual modo, SEONE SPIELGELBERG defiende que la posibilidad del juez de manifestar la insuficiencia probatoria y, en su caso, indicar las pruebas que se consideran convenientes, se debe efectuar con respecto a la legalidad probatoria, que no permite ni la proposición ni la aportación al juicio extemporáneas en virtud de esta invitación judicial, de pruebas que pertenecen a estadios procesales anteriores, cuyo régimen normativo no puede ser obviado por el juez, que, por tanto, no puede indicar la insuficiencia probatoria e indicar la necesidad de la práctica de pruebas que no fueron interesadas por las partes oportunamente (3) .

## II. DOCTRINA A FAVOR DE LA INICIATIVA Y SUGERENCIA PROBATORIA DEL JUEZ SIN LIMITACIONES

PICÓ I JUNOY, por el contrario, sostiene que no existe la anterior limitación porque, de un lado, la preclusión a que se refiere el art. 269 LEC sólo alcanza a la aportación inicial de documentos por las partes pero no a la aportación que deriva al iniciativa probatoria del juez, de manera que si el art. 429.1 II) y III) LEC no distingue nada se debe distinguir y, por otro lado, porque si se aplicara en sentido estricto la tesis de la preclusión de las partes, el art. 429.1 II) y III) LEC, quedaría vacío de contenido, porque la iniciativa del juez siempre tendrá lugar en la audiencia previa, y, por tanto, precluída la proposición de todas la pruebas solicitadas por las partes (4) .

En este sentido, ETXEBERRÍA GURIDI parte de la idea de que la voluntad del legislador con la previsión del art. 429.1 II) LEC era la de compensar la pérdida de poder que supone la regulación de las diligencias finales para el Juez, pues poco podría compensar una interpretación del art. 429.1 II) y III) LEC, que restringiera la posibilidad de sugerir la prueba documental, pericial y la prevista en el art. 299.2 LEC.

Los tribunales también se han pronunciado sobre esta cuestión, y en este sentido, por un lado, debe desatacarse, sobre el alcance y contenido del art, 429 LEC, la STSJ de Catalunya, Sala Civil y Penal, Sección 1ª, de 17 de diciembre de 2012 (CENDOJ ROJ: STSJ CAT 13111/2012), que declara que: *«En efecto, el ejercicio de la facultad judicial prevista en el art. 429.1.2 LEC presupone, en primer lugar, que existan uno o más hechos controvertidos; en segundo lugar, que exista una cierta, aunque deficitaria, actividad probatoria de las partes que la iniciativa judicial está llamada a completar, pero en ningún caso a suplir; y en tercer lugar, que el juez emita un juicio,*

*necesariamente apriorístico y provisional, sobre la insuficiencia de la prueba propuesta y todavía no practicada para acreditar el hecho o hechos controvertidos.*

*Concurriendo tales presupuestos, tanto "podrá señalar" el juez la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente, referidas en todo caso a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos (art. 429.1.2 LEC), en cuyo caso las partes podrán asumir o no la propuesta judicial; como las partes —o solo una de ellas— "podrán... completar o modificar" sus respectivas proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el juez (art. 429.1.3 LEC).»*

Y sobre la concreta cuestión que analizamos, destaca la SAP Murcia, de 15 de febrero de 2002, FD 2º, que declara que: *«la facultad que le confiere el art. 429.1 de la LEC al tribunal no puede servir de fundamento para subsanar la inexistencia de pruebas o las propuestas inadecuadamente por las partes por no ajustarse a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil».*

Finalmente se pueden sostener los siguientes argumentos en contra de la tesis de la preclusión probatoria, es decir, a favor de la indicación y sugerencias judiciales probatoria sin limitación (5) :

**1.** Supuestos legalmente admitidos: pues la propia LEC contempla supuestos excepcionales que prevén la aportación de documentos y dictámenes y medios e instrumentos en un momento posterior a la demanda y a la contestación a la demanda.

Y la doctrina también ha apuntado que la LEC no ha querido establecer demasiada rigidez en la fijación del principio de preclusión relativo a la aportación de documentos, al permitir excepciones los arts. 270 y 271 LEC (6) .

**2.** Falta de distinción: el art. 429.1.II LEC no distingue ni especifica que el Juez sólo pueda sugerir el interrogatorio de parte, la testifical y el reconocimiento judicial, pues se refiere a que *«podrá señalar la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente»*. Por tanto, puede utilizar todo el elenco de pruebas que la LEC concede a la partes en el art. 299 LEC para acreditar los hechos que las mismas han aportado al proceso.

**3.** El propio contenido del art. 429.1 II y III LEC: desde una perspectiva práctica, sostener que sólo el juez puede sugerir el interrogatorio de parte, la testifical y el reconocimiento judicial, sería dejar vacía de contenido la previsión legal que analizamos, lo que entronca con una interpretación finalista del precepto, pues es difícil defender que el legislador prevé un precepto inaplicable o de muy limitada posibilidad de aplicación.

**4.** El momento procesal de la sugerencia judicial: la doctrina que defiende la tesis de la preclusión probatoria se basa en que determinadas pruebas, señaladamente, la documental, pericial y la del art. 299.2 LEC, deben ser aportadas en un momento procesal anterior, pero se debe atender al momento procesal en el que el juez hace uso de la facultad probatoria que analizamos, porque lo cierto es que todas la pruebas se aportan por las partes en un momento anterior, luego se puede interpretar que, en realidad, es presupuesto de la facultad de sugerencia judicial, que las partes ya hayan realizado su proposición probatoria.

**5.** La finalidad del proceso que está encaminado a alcanzar justicia: si bien es cierto que el proceso civil se asienta sobre los principios dispositivo y de aportación de parte, también lo es que al art. 1 CE consagra la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico y, por su parte, el art. 24 CE consagra el derecho a la tutela judicial efectiva. Partiendo de ello, aunque el proceso sea de naturaleza privada la última finalidad del mismo es que la sentencia sea lo más justa posible, por lo que, ante la insuficiencia probatoria de las partes sobre los hechos que las

mismas han introducido en el proceso, no parece que choque con los principios que informan el proceso civil una facultad que no le atribuye proponer prueba de oficio ni introducir hechos nuevos, pero sí sugerir a las partes la práctica de una prueba que corrobore los hechos que fundamentan sus pretensiones y, en un última instancia, que permita que la Sentencia sea más justa y adecuada a la realidad de los hechos enjuiciados.

**6.** Argumento histórico: la LEC del año 1881 permitía, como diligencia para mejor proveer, que se pudieran presentar nuevos documentos, en su art. 340 LEC 1881. Y a propósito de este artículo, el Tribunal Supremo, en las SSTS 9 de julio de 1919 y 6 de diciembre de 1947, sentó la doctrina de que los documentos traídos al proceso por la vía de las diligencias para mejor proveer, tenían la misma fuerza probatoria que los traídos por las partes y se podían apreciar en su conjunto con los demás.

**7.** Adecuación de la práctica forense a la realidad: parece no ser contrario a la lógica que si el juez entiende necesario que se practique un determinado medio de prueba, pueda hacer uso de esta facultad respecto de todos los medios de prueba, máxime en procesos en los que si no dispone de determinados datos y pruebas de naturaleza técnica difícilmente va a poder resolver la *litis* o bien en los procesos en los que no resulta preceptiva la representación por Procurador ni la asistencia Letrada, respecto de los que se puede defender que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye la facultad del juez de sugerir a las partes, legas de derecho, que un hecho no va a quedar suficientemente acreditado y que su prueba puede proceder de un documento, dictamen o medios o instrumentos del art. 299.2 LEC.

**8.** Legalidad probatoria: el juez no está vulnerando la legalidad probatoria si sugiere la práctica de la prueba documental, pericial o de los medios o instrumentos del art. 299.2 LEC, porque la sugerencia judicial no se ampara en los art. 265 y 266 LEC, sino el art. 429.1 II y III) LEC y por tanto, tiene plena cobertura legal.

**9.** La preclusión probatoria: va dirigida a las partes y no al juez, al cual le precluye la facultad de sugerir a las partes actividad probatoria en el acto de la audiencia previa, de manera que no podrá hacer uso posterior de esta facultad.

**10.** Desidia de las partes: el juez no sustituye a las partes en la proposición de prueba, sino que la complementa con esta facultad, por lo que, no parece sostenible el argumento que defiende la doctrina partidaria de la preclusión de que la interpretación amplia de la facultad judicial favorece la desidia de las partes o incluso actuaciones torticeras que obedezcan a una determinada estrategia procesal.

---

(1) *Abel Lluch, X.: La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso, en «Los poderes del juez civil en materia probatoria», Abel Lluch, X. y Picó Junoy, J (coord.), J.M. Bosch Editor, Barcelona 2003, pp 143-144.*

[Ver Texto](#)

(2) *Banacloche Palao, J.: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Civitas, Madrid, 2001, pp.725.*

[Ver Texto](#)

(3) *Seone Spiegelberg, J.L.: La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 30 y 33.*

[Ver Texto](#)

- (4) *Picó Junoy, J.: La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso, en «Los poderes del juez civil en materia probatoria», Abel Lluch, X. y Picó Junoy, J (coord.), J.M. Bosch Editor, Barcelona 2003, pp 159-160; ídem, El juez y la prueba, edit. J.M.<sup>a</sup>. Bosch editor, Barcelona, 2007, pp. 124 a 128.*

[Ver Texto](#)

- (5) Estos argumentos los desarrolla detalladamente *De la Rúa Navarro, J.;* «*La facultad del art. 429.1 II y III LEC y la preclusión probatoria ¿Puede el juez proponer medios de prueba cuyo momento procesal ha precluído (ej.dictámenes y documentos)?*» en VLEX-232275.

[Ver Texto](#)

- (6) *Guzmán Fluja, V.: El proceso Civil, Escribano Mora, F. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.*

[Ver Texto](#)



# La asistencia personal de las partes a la vista del juicio verbal, para su interrogatorio

Frederic Munné Catarina

Abogado

Doctor en Derecho

## Resumen

El autor analiza la carga procesal de las partes de asistir personalmente a la vista en el juicio verbal para su interrogatorio y la consecuente potestad judicial de la «*ficta confessio*» en caso de incumplimiento, y el alcance de la misma a la luz de la imprecisa redacción del art. 440.1 LEC.

La Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC introdujo la contestación escrita en el juicio verbal (art. 438.1 LEC), manteniendo la proposición de la prueba durante el desarrollo de la vista una vez delimitado el objeto de prueba, es decir tras «*fijar los hechos sobre los que exista contradicción*» (art. 443.3 LEC). Proposición que puede completarse con la iniciativa probatoria del juez (art. 429.1 LEC). Ahora bien, ello incluye al interrogatorio de parte en cualquier caso? O debe anunciarse el interrogatorio de la parte contraria para su citación judicial?

El art. 440.1 LEC establece en su párrafo tercero que en la citación a las partes para celebrar la vista «*se advertirá a los litigantes que han de concurrir con los medios de prueba de que intenten valerse, con la prevención de que si **no asistieren y se propusiere y admitiere su declaración, podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio ...***» en que hubiesen intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial (art. 304 LEC). No obstante, acto seguido, el párrafo cuarto del mismo precepto prevé que se indicará a las partes que disponen de **un plazo de cinco días tras notificarles la citación de la vista para «indicar las personas que, por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el letrado de la administración de justicia a la vista para que declaren en calidad de parte, testigos o peritos ...»**.

Con anterioridad a la Ley 42/2015, de 5 de octubre, una parte de la Doctrina (1) sostenía que la contradicción entre ambos preceptos era tan sólo aparente, por cuanto el tercer párrafo se refería a la carga de comparecer a la vista so pena de la *ficta confessio*, mientras que el cuarto se ceñía a las personas que pueden ser llamadas como parte sin ser formalmente parte, sino meros titulares

de la relación jurídica y no la «parte formal» del proceso, que ya ha sido convocada al acto de la vista. Y en efecto una cosa es la citación de las partes para el juicio (párrafo tercero del art. 440.1 LEC) y otra distinta su citación para ser interrogadas (párrafo cuarto del art. 440.1 LEC) supuesto éste último que es el único que puede conducir a la *ficta confessio* si concurre citación específica, como señala la Audiencia Provincial de Barcelona (Sentencias 4/5/2018, rec. 791/2017 y 13/9/2018 (2) , rec. 889/2017 entre otras). Sin embargo, como veremos, no compartimos que hoy pueda sostenerse que el párrafo cuarto del art. 440.1 LEC se refiera a la «parte» que no lo sea formalmente.

Y nótese que la cuestión no es cuál debe ser el momento procesal oportuno para proponer el interrogatorio de la parte, que a nuestro entender es obvio que debe hacerse en la vista, sino en qué medida los efectos de la *ficta confessio* (párrafo tercero del art. 440.1 LEC) exigen solicitar su citación «dentro de los 5 días» posteriores a la citación para la vista (párrafo cuarto del art. 440.1 LEC), como acto preparatorio de la misma (3) , al menos en los casos en los que siendo preceptiva la postulación (arts. 23 y 31 LEC) la comparecencia en juicio se haga por medio de procurador (art. 23 LEC).

**La facultad judicial de la *ficta confessio* exige que en la citación se advierta a de las consecuencias si la parte no asiste**

A nuestro juicio, la incomparecencia del litigante a la vista como carga procesal, se refiere al litigante que habiendo sido citado para su comparecencia personal para ser interrogado, no comparece (4) . En cambio la facultad judicial de la *ficta confessio* exige que en la citación, solicitada de contrario dentro de los cinco días siguientes a la misma, se advierta a de tal consecuencia si la parte no asiste personalmente (5) , además de que en la vista se proponga y se admita la prueba de su interrogatorio. En efecto, entendemos que **no es necesaria la asistencia personal de las partes a la vista si no se ha solicitado su expresa citación** dentro del plazo de los cinco días que señala el párrafo cuarto del art. 440.1 LEC y que **la advertencia de una eventual *ficta confessio* que contempla el párrafo tercero, se refiere tan sólo al interrogatorio propuesto y admitido durante la vista, siempre que las partes cumplan con su obligación de «concurrir con los medios de prueba de que intenten valerse»** o bien que hayan interesado dentro del plazo de los cinco días «la citación para la vista» de las personas **que** no van a poder

presentar ellas mismas, ya sea «en calidad de» parte, de testigo o perito.

Y ello con base, esencialmente, en las siguientes consideraciones:

**1.** La Ley 42/2015 ha venido a reforzar esta interpretación del art. 440.1 LEC al sustituir el plural «partes» por **el singular «parte»**, lo que le aleja aún más de la interpretación antaño sostenida por un sector de la Doctrina acerca de que la expresión «en calidad de partes» se refiriese a quien no siendo formalmente «parte» sea un tercero mero titular de la relación jurídica. Ya no se sostiene que pueda referirse de forma genérica a las personas asimiladas a «las partes» (art. 301.2 LEC), sino en singular a «la parte» contraria o colitigante (art. 301.1 LEC) a interrogar, ya sea el demandante o el demandado. Y a ello coadyuva la Exposición de Motivos de dicho texto legal (IV), que justificar las modificaciones introducidas en la regulación del juicio verbal con la finalidad de reforzar la tutela judicial efectiva y que específicamente señala que **«se exige que se anuncie con antelación la proposición de la prueba del interrogatorio de la parte»**. Y si bien es cierto que ello no se expresa con la misma claridad en el texto legal (art. 440.1 LEC), en el trámite parlamentario la iniciativa legislativa no hacía tal mención en el

Preámbulo ni en el párrafo cuarto del art. 440.1 LEC se mencionaba a «la parte», con lo que era evidente la intención inicial del legislador de suprimirlo. Pues bien, en su redactado final, tras seis enmiendas de grupos parlamentarios distintos, su recuperación pero en singular se justifica en la necesidad de **«no obligar a que hayan de acudir siempre las partes a todas las vistas de juicio verbal, siendo suficiente que acudan cuando se pida su citación a efectos de su interrogatorio, puesto que el sujeto que acude a un Juzgado suele emplear toda la mañana, si no la jornada ...»**. Incluso las enmiendas que se incorporan al texto legal (núms. 217 y 224 del Grupo Popular) obedecen según expone la portavoz del grupo proponente de la enmienda (6) a la finalidad de **«evitar la indefensión de las partes, permitiendo que actúen con igualdad de armas y puedan acudir a juicio con los medios de prueba necesarios ...»**.

**2.** El art. 440.1 LEC **no distingue entre** las personas a indicar que van a declarar en calidad de **parte, testigo o perito**, y que por no poder aportarlas hayan de ser citadas por el Tribunal a la vista: la única «distinción» es el ya mencionado uso del singular tan sólo para la «parte», y *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. En efecto, se sitúa en un plano de igualdad a los tres (parte, testigo o perito) sin distingo alguno. Y si el texto legal no distingue no parece hermenéuticamente correcto sostener un trato diferente entre la parte por un lado y los testigos y peritos por otro. El testigo y el perito tan sólo están obligados a asistir a la vista si son citados a tal efecto, sin perjuicio de su eventual asistencia voluntaria. La equiparación legal, a efectos de solicitar su citación personal dentro del repetido plazo de cinco días, conlleva que la parte también debe de comparecer personalmente a la vista tan sólo si es citada a tal efecto (su interrogatorio), siempre sin perjuicio de su eventual asistencia voluntaria. Se trata de una carga (indicar a quien se debe citar para que declare en juicio ya sea en calidad de *parte, testigo o perito*) preparatoria de la vista. Y situados legalmente en ese plano de igualdad, no hay duda que los testigos y los peritos tan sólo comparecen a la vista por uno de estos dos cauces: porque asisten a ella voluntariamente, o porque dentro del repetido plazo de 5 días alguna parte haya pedido su expresa citación personal a la vista.

**3.** La Ley de Enjuiciamiento civil **no obliga a las partes a comparecer personalmente en juicio** cuando estén asistidas y representadas de abogado y procurador (arts. 23 y 31 LEC). Es absurdo que toda parte deba acudir doblemente representada a la vista, a través de su procurador (cuya asistencia resultaría redundante) y personalmente. Precisamente por ello la regulación del juicio verbal incorpora la citación preceptiva de la parte que no pueda ser aportada, para evitar que la vista deba suspenderse. **Si la asistencia personal de las partes fuese obligada, sería absurdo exigir ese anuncio**: carecería de sentido que dentro del plazo de cinco días deba de explicitarse la necesidad de citar a una u otra *parte*, si estuviesen obligadas a asistir personalmente en todo caso (7) .

**4.** Una **interpretación lógica** del art. 440.1 LEC implica que lo razonable es que deba de solicitarse la citación de la contraparte con la antelación suficiente a la vista por **no poderla aportar consigo la parte proponente**, a diferencia del testigo o perito que está en función de cada caso. Es la contraparte o la coparte respecto de la que exista *«oposición o conflicto de intereses»* (art. 301.1 LEC) **por la legítima contraposición o conflicto de intereses** propia del contradictorio, por lo que una parte no puede tener la carga procesal de aportar a la vista a su contraria o al colitigante con intereses divergentes. Es lógico que su carga meramente preparatoria consista tan sólo en el deber de solicitar su citación dentro del plazo preclusivo de cinco días tras la notificación del señalamiento de la vista, además de tener que proponer dicho interrogatorio el mismo día de la vista.

**5.** Debiendo de estar la parte comparecida en juicio a través de su procurador, resultaría

incomprensible la paralela obligación de asistir además personalmente a la vista, sin saber si se propondrá su interrogatorio, con los **costes de tiempo y traslados que ello comporta** (8) . Y en este sentido, de lógica y **eficiencia**, se expresan las enmiendas a la Ley 42/2015 que postulaban la necesidad de mantener en la LEC la referencia a tener que solicitar la citación judicial de «la parte» dentro del plazo ampliado de los cinco días. Así se justifican tales enmiendas en el hecho de que siendo suficiente con que las partes acudan cuando se pida su citación judicial a efectos de su interrogatorio es ilógico obligarlas a acudir siempre, *«con los costes que ello comporta de tiempo y traslados»* y cuando *«el sujeto que acude a un Juzgado suele emplear toda la mañana, sino la jornada»*. En efecto, como señala la SAP de Barcelona de 19/12/2017 (rec. 235/2016) en su F.J. 4º, no parece lógico entender que sea obligatorio asistir al juicio, salvo que no se comparezca preceptivamente por medio de procurador, *«pues de otro modo se establecería por vía indirecta y en la práctica un efecto no exigido ni previsto por el legislador, cual es que los litigantes tengan obligación de acudir en todo caso a la vista del juicio (...) sea o no solicitado su interrogatorio por la otra parte (...) con las consecuencias que ello puede suponer e inconvenientes como **obligar a desplazamientos desde lugares distantes, cuando luego no se interese su declaración»***.

Es más, en diversos supuestos el juicio verbal está sometido a fueros imperativos y si se propone su interrogatorio, la parte puede hacer uso de la **facultad de solicitar la práctica de dicha prueba mediante auxilio judicial e incluso mediante videoconferencia** (art. 169.4 LEC) por razón de la distancia, dificultad de desplazamiento u otras circunstancias personales análogas de la parte, no parece lógico ni razonable que la parte a interrogar deba de estar a expensas de saber si se propondrá o no dicha prueba de interrogatorio el mismo día de la vista. En realidad el precepto se refiere a «las personas citadas», con lo que la **citación personal para su interrogatorio es conditio sine qua non** para hacer uso de la mencionada facultad de la parte.

**6.** En algunos supuestos concretos resulta evidente la necesidad de solicitar la citación de la contraparte o colitigante (art. 301.1 LEC) para su interrogatorio en la vista. Conforme al art. 309.1 LEC **en el interrogatorio de persona jurídica o de ente sin personalidad jurídica**, en que su representante en juicio no hubiera intervenido en los hechos controvertidos, **resulta imprescindible conocer con antelación a la celebración de la vista si se solicitará el interrogatorio** de parte, para que la persona que sí intervino en tales hechos pueda ser identificada y citada a la vista, sin necesidad de tener que suspender la vista (art. 290 LEC).

**7.** Si, como entendemos, la asistencia personal de la parte a la vista no es necesaria, salvo que sea citado para ello por el Tribunal a expresa petición de parte, **resultaría contrario a la buena fe procesal** (art. 247.1 LEC) guardar silencio dentro de ese plazo de cinco días, para luego sorpresivamente en la vistas pretender la *facta confessio* ante la inasistencia personal de la contraparte o el colitigante, con el fin fraudulento de sacar provecho de su propia omisión del *onus alegandi*, al no haber pedido en tiempo hábil su imposibilidad de traerla a juicio. Ello enlaza con la preceptiva intervención de las partes en el procedimiento representadas mediante procurador, puesto que como pone de manifiesto la SAP de Barcelona de 13/9/2018 (rec. 889/2017) si la parte no es citada de forma personal para ser interrogada y *«estaba representada en el acto de la vista a través de su procurador, no tenía conocimiento de que uno de los demandados iba a proponer como medio de prueba su interrogatorio»*.

En **conclusión**, y por los motivos expuestos, aunque la redacción del art. 440.1 LEC es mejorable y *de lege ferenda* sería deseable que su párrafo cuarto se refiriese expresamente a: *«... en calidad de parte actora o demandada, testigos o peritos ...»*, entendemos que la carga procesal de asistir a

la vista del juicio verbal tanto el demandante como el demandado de forma personal, así como la consecuente potestad judicial de la «*ficta confessio*», exige que se haya pedido su citación judicial **en calidad de parte para su interrogatorio** dentro del pazo de los cinco días siguientes al señalamiento de la vista. Obviamente además de proponer y admitirse la prueba de interrogatorio de dicha parte, en el desarrollo de la vista.

- (1) *Pico Junoy, J.* en «*El interrogatorio de partes*», Serie Estudios prácticos sobre medios de prueba, Bosch editor 2007, pág. 291. En el mismo sentido *Garnica Martín, J.F.* «*El juicio verbal común y sus especialidades*» en «*La Ley de Enjuiciamiento civil tras dos años de vigencia*», Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 2004, pág. 483.

En sentido contrario, *Banaloche Palao, J.* en «Presencia y ausencia de las partes en la vista del juicio verbal a efectos de su posible interrogatorio», Diario La Ley núm. 5486, de 20 de febrero de 2002, pág. 16, para quien no parece razonable que la expresión «declarar en calidad de partes o de testigos se entienda referida a personas que no son parte ni testigo pero que declaran «en esa calidad», puesto que "la expresión 'en calidad de' significa según el DRAE 'con el carácter o la investidura de' y el carácter no es sino la condición dada a una persona por la dignidad que sustenta o la función que desempeña».

[Ver Texto](#)

- (2) «... la Sala considera que no tenía por qué asistir personalmente al acto de la vista, por cuanto que estaba representada en dicho acto a través de su procurador, y no tenía conocimiento de que uno de los demandados iba a proponer como medio de prueba su interrogatorio. Cuestión distinta habría sido que el demandado hubiera solicitado su citación para declarar en calidad de parte y la actora hubiera desatendido voluntariamente la citación cursada a tal efecto».

[Ver Texto](#)

- (3) A la misma conclusión llega *Flors Maties, J.* en «GPS Procesal civil», Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 31/20. No obstante a nuestro juicio se parte de la errónea premisa de que «*sólo si se ha propuesto la prueba de interrogatorio de la contraparte dentro de los cinco días ...*»

[Ver Texto](#)

- (4) Así lo entiende también la SAP de Barcelona de 4/5/2018 (rec. 791/2017) en su F.J. 2º en el que se razona que «*una cosa es la citación para el juicio (art. 440.1 párrafo 2º) y otra, bien distinta, su citación para ser interrogada (art. 440.1, párrafo 3º), supuesto éste último que será el único que puede conducir a la pretendida ficta confessio y que en este caso no concurre al no constar esa citación específica al juicio para ser sometida al interrogatorio de parte*».

[Ver Texto](#)

- (5) Como señalara *Sanjurjo Rios* (en «El procedimiento probatorio en el ámbito del juicio verbal», Ed. Reus, Madrid 2010, pág. 141.), la *ficta confessio* a la que alude el párrafo tercero del art. 440.1 LEC sólo despliega auténticos efectos procesales como potestad judicial cuando alguna o ambas partes procesales hicieran caso omiso de lo establecido en el párrafo cuarto, pero no en otro caso.

Del mismo modo, es preciso advertir a la parte en su citación personal, que el Tribunal puede imponerle la *multa* que prevé el art. 292.4 LEC en relación con el art. 304.1 LEC, si no comparece para su interrogatorio, en la vista. Y en defecto de la advertencia, entendemos que no cabrá imponer tal multa.

[Ver Texto](#)

- (6) Diario de Sesiones núm. 309, de 1 de octubre de 2015, pág. 59.

[Ver Texto](#)

- (7) En este sentido se expresa la SAP de Barcelona 13/9/2018 (rec. 889/2017) en su F.J. 3º cuando afirma que la *ficta confessio*, como facultad judicial, exige «que el litigante haya sido citado expresamente para ser interrogado, con la correspondiente advertencia, máxime cuando las actoras intervienen en el procedimiento representadas mediante procurador.

[Ver Texto](#)

- (8) En este sentido *Sanchez García, J.* en «El interrogatorio de parte en el juicio verbal» Boletín digital AJFV. Derecho civil. enero 2017, pág. 6.

[Ver Texto](#)

# PREGUNTAS CON RESPUESTA: LA PRUEBA A CONSULTA



## ¿Cabe, realmente, la valoración de la prueba de reconocimiento judicial? (consecuencias prácticas)

Carlos de Miranda Vázquez

*Profesor de Derecho Procesal de la Universitat Internacional de Catalunya*

### Resumen

La valoración de la prueba de reconocimiento judicial no consiste en valorarse el juez a sí mismo, sino en valorar los indicios desprendidos durante el reconocimiento judicial. Su valoración, y consiguiente motivación, como ejercicio valorativo libérrimo, aconsejaría una norma específica en la LEC para que no sea una actividad judicial exenta de control.

## I. INTRODUCCIÓN

A priori, puede parecer que se trata de una cuestión teórica, con escasa repercusión práctica. Sin embargo, tras una mirada detenida, el asunto cobra interés (1) . Si nos inclinásemos por dar una respuesta negativa al interrogante, podríamos concluir que se trataría de una actividad judicial exenta de control. Si no hay ejercicio valorativo alguno, tampoco hay nada que fiscalizar. Y esta posibilidad no me parece excesivamente tranquilizadora. A esta inquietante observación se le añade la enigmática omisión del legislador. Se trata del único medio de prueba que carece de un

precepto que discipline el modo en que el juez deba valorarlo. Cabe pensar que, si no lo hizo, no fue por descuido, sino porque no quiso, y quizás porque considerase que no hay nada que valorar...

## II. VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL, ¿HAY O NO HAY?

Tres apuntes previos para despejar problemas semánticos, que los hay, y que distorsionan el análisis de la cuestión. En el marco de la práctica de la prueba (actividad probatoria en sí misma, a lo que también nos podemos referir como medio de prueba) el juez recibe información por sus sentidos —en el reconocimiento y en las demás— y la procesa intelectualmente. Esta actividad la denomino «apreciación». En cambio, la «valoración» es otra cosa distinta —insisto, en mi concepción personal—. Se trata de atribuir «valor» a una fuente de prueba en función de si el juez la reputa fiable o digna de crédito (2) .

Sentado lo anterior, no me cabe la menor duda de que el reconocimiento judicial es un auténtico medio de prueba, merced al cual se extrae información de la realidad misma —objeto de aprehensión sensorial— y la procesa intelectualmente, verbalizando la codificación de aquélla (que es, precisamente, lo que se plasma en el acta que levanta el Letrado de la Administración de Justicia) (3) .

**El reconocimiento judicial es un auténtico medio de prueba**

Además de tal «apreciación», el juez puede —y debe— valorar la prueba. Mejor dicho, debe decidir, racionalmente, si considera fiable la fuente de la información, que no es otra que la realidad misma que reconoce sensorialmente. Cabe establecer un paralelismo —muy pedagógico— con la prueba testifical, por ejemplo. El juez aprecia las palabras del testigo y valora a éste —su fiabilidad— echando mano de las reglas de la sana crítica. Si lo estima digno de crédito, asumirá la información que ha aprendido —apreciado—. El hecho de que no exista un intermediario entre la realidad de contraste y el

propio órgano jurisdiccional no puede llevarnos a error. No tiene sentido que el juez «se valore a sí mismo», ni que valore el acta levantada con ocasión de la práctica del reconocimiento judicial.

Por consiguiente, podemos responder ya el interrogante inicial en sentido afirmativo: sin duda, cabe la valoración, por parte del órgano jurisdiccional, de la prueba de reconocimiento judicial.

## III. ¿CUÁL ES EL EXACTO OBJETO DE VALORACIÓN Y SOBRE QUÉ ELEMENTOS EFECTÚA DICHO EJERCICIO INTELECTUAL? (4)

Me parece exento de discusión que la actividad valorativa es estrictamente intelectual. En lo que no hay excesivo consenso es en la naturaleza de la misma. Tengo para mí que se trata de un razonamiento de naturaleza presuntiva (5) .

La finalidad que persigue la valoración es, en mi opinión, y como ya he avanzado, determinar la fiabilidad de la fuente de prueba, esto es, de la realidad objeto de reconocimiento. Y, más exactamente, se trata de determinar si dicha realidad material es auténtica, o no, porque haya sido objeto de manipulación, alteración o adulteración.

Para alcanzar dicho juicio racional, el juez tomará la información desprendida de la propia fuente

de prueba durante el desarrollo de la actividad probatoria. Cuanto más rico y meticuloso sea el ejercicio de «aprehensión sensorial», tanto mejor será la posterior valoración. Porque no sólo deberá prestar atención el juez a lo que le transmite la realidad reconocida sobre sí misma, sino que tendrá que reparar en la información que atienda a la integridad —o la alteración— de la fuente misma. Todo ello, una información y otra, deberá ser verbalizado y plasmado minuciosamente en el acta levantada por el Letrado de la Administración de Justicia.

Llegados al momento de dictar sentencia, el juez adoptará su decisión valorativa en función, en primer lugar, de los indicios que, desprendidos durante el transcurso del reconocimiento, se hallen disponibles en el acta. Y, en segundo lugar, dichos indicios los pasará por el tamiz de sus máximas de experiencia sobre la integridad de la realidad observada —o, a la inversa, sobre las manifestaciones típicas de manipulación o alteración—. Así pues, se trata, a todas luces, de un ejercicio valorativo libérrimo, casi imposible de tasar, diría yo, por su propia idiosincrasia. Por consiguiente, estimo necesario que en la LEC se introdujera una norma específica, tal cual acontece con los testigos o con los peritos.

#### **IV. MOTIVACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL Y POSIBILIDADES REALES DE CONTROL DE LA MISMA EN SEDE DE RECURSOS**

De lo anterior se desprende, con pie en los arts. 218.2 LEC y 24.1 y 120.3 CE, que el juez viene obligado a motivar razonadamente también su decisión en torno a la valoración del reconocimiento judicial, en el sentido de justificar la postura adoptada en cuanto a la fiabilidad, o no, de la fuente misma de prueba.

En cuanto a la posibilidad del cuestionamiento de la misma en sede de recursos, con especial atención al recurso de apelación, me parece que hay cuatro facetas de control:

**(i)** La conformidad a Derecho del desarrollo de la actividad probatoria misma, haciendo especial hincapié en las posibles divergencias habidas entre lo que verbalizase el juez y lo que percibiese sensorialmente el resto de asistentes, o en las discrepancias entre lo primero y el contenido de la grabación audiovisual que se efectuase *in actu*. Lo que se pone en tela de juicio no es la valoración de la prueba, sino más bien su apreciación (desde la perspectiva semántica que he adoptado al comienzo de este breve estudio).

**(ii)** La efectiva motivación del ejercicio valorativo, de modo que sea cognoscible, de verdad, el material indiciario de partida en el razonamiento judicial —que no puede ser otro que el contenido en el acta— y las máximas de experiencia que, expresa o tácitamente, hayan dado pie al órgano jurisdiccional para alcanzar la conclusión final acerca de la fiabilidad de la fuente de prueba —de la realidad material reconocida—. A este respecto no creo que nos debamos contentar con la socorrida falacia *ad ignorantiam*. Es posible que el juez no diga nada porque «no ha visto nada (sospechoso de alteración, adulteración o fraude)» que le lleve a recelar o a negar la correspondencia de lo percibido con su estado originario. Se me antoja insuficiente contentarse con esto. Al contrario, el juez debería, por sistema, prestar atención a la realidad misma percibida —para describirla— y a cualquier indicador que, a su parecer, permita apuntar, bien hacia la integridad de la fuente de prueba, bien hacia su alteración (misma que puede ser natural, pero que afecta a su fiabilidad, o artificial, porque se ha intervenido sobre esa realidad para alterarla, total o parcialmente). En este sentido, no me parece nada desdeñable que los

abogados presentes en el acto —o las mismas partes, o los peritos, cuando reconozcan simultáneamente la realidad, *ex art.* 356 LEC— le indiquen al juez las posibles señales que se aprecien en el objeto del reconocimiento, para bien o para mal.

**(iii)** La efectiva inclusión en el acta levantada —con ocasión del reconocimiento— de los indicios, tomados como sustrato de la decisión judicial. Me parece sumamente cuestionable que el juez pueda partir, a la hora de elaborar su juicio, de recuerdos personales sobre lo percibido en el transcurso de la prueba que, por alguna razón, no verbalizó y, por ende, no se recogieron en la referida acta. Más espinosa es, a mi modo de ver, la circunstancia de que un indicio no fuera objeto de expresión oral por el juez y, sin embargo, sí se desprenda —sin duda— de la grabación audiovisual simultánea, cuyo soporte obre unido a las actuaciones. Considero que debería tomarse en consideración porque, en tanto no se supere la discordancia existente entre los arts. 358 y 359 LEC, y atendido el derecho fundamental a la prueba —*ex art.* 24.2 CE—, la prueba debe maximizarse, nunca restringirse o escatimar en su contenido por formalismos exasperantes.

**(iv)** Por último, debe atenderse a las máximas de experiencia —necesariamente vulgares— que el juez maneje, de ordinario implícitamente en su discurso. En mi opinión, entrañan un riesgo notable porque, por lo general, dichas máximas no serán prácticamente nunca vulgares, sino especializadas. Los signos de integridad —o, por el contrario, de alteración— de una realidad material cualquiera, salvo que sean evidentes por burdos (6), escapan a la capacidad del hombre con un nivel cultural medio. Cuestión distinta —y desde luego preocupante— es la que atañe a la forma en que quepa denunciar tal disfunción en sede de recursos, cuando, para empezar, la demostración del carácter erróneo de la máxima de experiencia empleada implícitamente por el juez reclama inexcusablemente la aportación de una opinión experta —de un dictamen pericial, en definitiva—.

---

(1) Mi interés en la cuestión nació al redactar el capítulo relativo a la prueba de reconocimiento judicial en la obra *Práctica Procesal Civil*, tomo V, 23ª ed., J. E. Corbal Fernández, P. Izquierdo Blanco y J. Picó i Junoy (dirs.), edit. Bosch-Wolters Kluwer, Barcelona, 2014, pp. 4115-4167.

[Ver Texto](#)

(2) Sobre estas cuestiones, me limito a la cita —por razones de espacio— del magnífico trabajo de *Abel Lluch, X., La valoración de la prueba en el proceso civil*, edit. La Ley, Madrid, 2014, páginas concretas 51 a 56.

[Ver Texto](#)

(3) Para un estudio sistemático y riguroso, con abundante aparato bibliográfico, me remito a las páginas 1033 y siguientes de la obra de *Abel Lluch, X., Derecho Probatorio*, edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2012.

[Ver Texto](#)

(4) En cuanto a muchas de las afirmaciones que se verterán en este epígrafe, me reconozco deudor, directa o indirectamente de la abundante literatura existente al respecto. Quiero mencionar explícitamente a una de las principales autoridades en la materia y a sus observaciones sobre esta cuestión concreta, de fechas relativamente recientes: *Solé Riera, J., Valoración del reconocimiento judicial*, en «La prueba de reconocimiento judicial», X. Abel Lluch y J. Picó i Junoy (dirs.), edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2012, pp. 437-446.

[Ver Texto](#)

(5) Me remito, sobre esta compleja cuestión, a *Muñoz Sabaté, LL., La prueba de indicios en el proceso*

*judicial*, edit. La Ley, Madrid, 2016, pp. 24-31.

[Ver Texto](#)

- (6) Recuerdo un caso de la práctica forense en el que era indiscutible la alteración del objeto reconocido —una máquina—: se la había pintado de otro color pero la pintura aún estaba fresca y si se retiraba la capa superficial se apreciaba el verdadero tintado, el original.

[Ver Texto](#)



# La confidencialidad de la audiencia del menor

Xavier Abel Lluch

*Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia 14 de Barcelona*

## Resumen

**En el presente artículo se analizan los temas relacionados con la confidencialidad de la audiencia del menor, esto es, si debe grabarse y/o extenderse un acta; quien debe extender el acta (si el Juez o el Letrado de la Administración de Justicia); y, finalmente, si se debe entregar copia del acta y de la grabación a los letrados.**

La Ley 15/2015, de 2 de julio, sobre Jurisdicción Voluntaria, ha introducido una novedad importante en la práctica de la denominada «audiencia del menor», al prescribir que si se practica la audiencia con posterioridad a la comparecencia deberá darse traslado del acta a los letrados para que puedan formular alegaciones (art. 18.4 LJV). Dicho traslado del acta no estaba previsto —ni ha sido modificado— en los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni en la Ley Orgánica del Protección Jurídica del Menor que regulan la audiencia del menor. Sobre el artículo 18.4 LJV este autor planteó una cuestión de inconstitucionalidad que fue admitida a trámite por el Tribunal Constitucional el pasado mes de julio de 2018.

La forma de practicar la audiencia del menor en los procesos de familia aparece regula en el artículo 770 regla 4ª LEC, a cuyo tenor *«En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas, cuando ello sea necesario»*.

Dicho panorama legal ha resultado, en parte, alterado por el artículo 18 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, a cuyo tenor: *«Del resultado de la exploración se extenderá acta detallada y, siempre que sea posible, será grabada en soporte audiovisual. Si ello tuviere lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días»*.

La previsión, hasta ahora solo en la LJV, de la grabación y traslado del acta a los letrados, plantea, cuando menos, las siguientes cuestiones: a) si debe grabarse la audiencia del menor y/o extenderse un acta con su resultado; b) caso de admitirse qué debe redactarse un acta, quién es el

encargado de su redacción (Juez o Letrado de la Administración de Justicia) y con qué contenido (solo datos objetivos de la audiencia o también manifestaciones del menor); y c) si debe entregarse copia de la grabación y/o darse traslado del acta a los letrados (1) .

## I. LA CONSTANCIA DE LA AUDIENCIA DEL MENOR

Con respecto a la constancia de la audiencia existen tres posiciones doctrinales. Un sector entiende que no se puede grabar la audiencia, ni extender un acta con las manifestaciones y opiniones del menor, por cuanto atenta al derecho a la intimidad del menor (art. 18.1 CE), y basta con levantar un acta de constancia de la fecha, hora y lugar de la audiencia, y de quienes estuvieron presentes.

En el extremo opuesto, se entiende que debe, cuando menos, levantarse un acta detallada de las manifestaciones del menor, en la línea de lo previsto en el artículo 18.4 LJV y la Circular 6/2015, de la Fiscalía General del Estado. Se argumenta que ello afecta al derecho de defensa (art. 24.2 CE) y nada de lo practicado en las actuaciones puede permanecer oculto a los letrados, a los efectos de un eventual recurso de apelación.

No faltan posiciones intermedias que, tratando de conciliar el derecho a la intimidad del menor (art. 18.1 CE) y el derecho de defensa del letrado (art. 24.2 CE), sostienen que puede levantarse un acta, no necesariamente detallada, facultándose al juez para recoger aquellas manifestaciones que no comprometan la intimidad. Otros entienden que el juez podría facilitar una información oral a los letrados del contenido de la audiencia (2) .

## II. LA GRABACIÓN EN SOPORTE AUDIOVISUAL

La grabación de la audiencia del menor se efectúa por el auxilio judicial, a través de los sistemas de videograbación existentes en los Juzgados. Dado que la audiencia tiene lugar, por lo general, en un espacio diferente de la Sala de Vistas, es posible advertir la presencia de todos los intervinientes, esto es, el menor, el juez, el Ministerio Fiscal, el auxilio judicial, el Letrado de la Administración de Justicia y, aun excepcionalmente, de especialistas (psicólogos).

**La grabación del acta en soporte audiovisual ofrece una doble ventaja**

La grabación del acta en soporte audiovisual, aun cuando algunos entienden que vulnera la intimidad del menor, ofrece una doble ventaja. Por una parte, permite percibir la comunicación «no verbal» del menor (postura del cuerpo, lenguaje de las manos, silencios, tono de la voz, expresiones de la cara, etc...). Y, por otra parte, y a los efectos de una eventual impugnación, el tribunal superior tiene acceso a la grabación íntegra sin necesidad de reiterar una nueva exploración, y aun con mayor fidelidad del acta extendida al efecto. Adviértase que una de las causas de denegación de la audiencia del menor es la de evitar someterlo a múltiples exploraciones que afectan a su estabilidad emocional.

La grabación quedará registrada en el programa informático del Juzgado, con indicación del número de procedimiento y la fecha de la misma y bajo la custodia del Letrado de la Administración de Justicia.

## III. LA REDACCIÓN DEL ACTA Y SU CONTENIDO

Un sector doctrinal entiende que la redacción del acta corresponde al Letrado de la Administración de Justicia bajo el doble argumento que da fe pública de una diligencia judicial (art. 453.1 LOPJ (3) ) y permite al juez centrarse en la conversación con el menor y debe recoger el contenido mínimo, esto es, los datos «objetivos» imprescindibles tales como fecha, hora, lugar e intervinientes.

En el extremo opuesto, otro sector doctrinal sostiene que debe extenderla el Letrado de la Administración de Justicia, pero debe tener un contenido «detallado», en los términos del artículo 18 LJV, esto es, con constancia de las manifestaciones del menor, por afectar al derecho de defensa del letrado, no presente en dicho acto.

Tampoco faltan posiciones intermedias que sostienen que el acta debe redactarla el juez, bajo el doble argumento que no existe necesidad de introducir una nueva persona —en este caso, el Letrado de la Administración de Justicia— en un trámite que afecta a la intimidad del menor y que será el juez quien mejor recoja las opiniones que le pueden servir para formar la convicción judicial y con el contenido —objetivo u subjetivo— que estima más oportuno.

#### IV. LA COPIA DE LA GRABACIÓN Y/O EL TRASLADO DEL ACTA

Un sector doctrinal argumenta que no se debe entregar copia de la grabación ni dar traslado del acta, puesto que la audiencia va dirigida al tribunal (SAP 17 de febrero de 2015 (4) ). Se añade que no puede constituir nulidad de actuaciones el no haber dado traslado del acta de exploración a los letrados, pues no es un elemento en el que pueda ser fundado un recurso por error en la apreciación de la prueba, tanto si el acta se conserva en sobre cerrado a disposición del tribunal de apelación, como si se refleja en diligencia abierta a disposición de las partes (SAP Barcelona, 26 de junio de 2015 (5) ). El acta, en si mismo redactada, recogería los datos objetivos, esto es lugar, fecha y hora e identidad de los intervinientes y, a lo sumo, las manifestaciones más destacadas que no comprometen al menor, y todo ello en garantía del derecho de la intimidad del menor.

En el extremo opuesto, se ha defendido que debe darse traslado, cuando menos del acta y a ser posible de la grabación, para permitir el derecho de defensa, pues el letrado en trámite de conclusiones o para fundar un recurso de apelación deberá tenerlas en cuenta dado que han servido para fundar la convicción y la decisión judicial, y así consta en la motivación de la sentencia.

Las posiciones intermedias defienden la posibilidad de, sin necesidad de dar traslado de la grabación, puede darse información sobre el contenido de la exploración, sin recoger las manifestaciones del menor que afecten a su intimidad. Y otros que defienden que, con el marco legal vigente, solo se debe traslado del acta de las audiencias que han tenido lugar en los expedientes de jurisdicciones voluntaria, por *mor* del ya citado art. 18.4 LJV, pero no en los expedientes contenciosos, dado que no existe una norma legal equivalente ni en la LEC ni en la LOPJM.

De lo aquí expuesto se desprende que el nuevo artículo 18.4 LJV plantea muchas dudas, que me llevaron a plantear una cuestión de inconstitucionalidad —ya admitida a trámite (6) — pues se plantea una colisión entre el derecho a la intimidad del menor (art. 18 CE) y el derecho de la defensa del letrado (art. 24 CE), amen de que la LJV rompe con la tradición jurídica precedente —y no modifica la LEC— y tampoco otorga al juez una facultad de soslayar en el acta las manifestaciones que afecten a la intimidad del menor y puedan ocasionar un «conflicto de

lealtades» con sus progenitores.

Por mientras el TC no resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada, lo más razonable es: a) grabar la audiencia del menor, a fin de evitar una nueva exploración en la segunda instancia; b) extender un acta por el Letrado de la Administración de Justicia, soslayando aquellas manifestaciones que afecten a la intimidad del menor o que le puedan ocasionar un «conflicto de lealtades» con sus progenitores, y sin dar traslado a los letrados; c) informar por parte del juez a los letrados, si lo solicitan, sobre el hecho de la audiencia y el desarrollo de la misma, nuevamente obviando las manifestaciones que afecten a la intimidad del menor.

Entiendo que con esta alternativa se confiere al juez el poder de velar, en un juicio de ponderación constitucional, que la redacción del acta no lesione la intimidad del menor, que no es otra cosa que manifestación del principio del interés superior del menor, que afecta a la sustanciación del proceso y no sólo a la decisión final, y que «primará sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir» (art. 2.1 LOPJM).

El juego del principio del interés del menor implica una transferencia tuitiva del menor que, por sí solo, no puede defender sus interés, hacia la autoridad judicial, que ha de velar por el mismo. En esta solución, el Letrado de la Administración da fe de los datos objetivos —fecha, hora, lugar e intervinientes— y subjetivos —selección de manifestaciones relevantes del menor efectuada por el juez—, cuya imparcialidad institucional no es cuestionable. Esta solución presupone, además, que, al inicio de la exploración, el juez ha advertido al menor sobre la finalidad de la misma, el carácter no vinculante de su opinión, así como el derecho a reservar su parecer, no manifestándose al respecto.

- 
- (1) Ver Encuesta Jurídica. *Con la actual normativa vigente, nacional e internacional, ¿se ha de respetar el derecho de confidencialidad del menor en las audiencias? ¿se deben distinguir los supuestos?* Coord. Pilar González Vicente, ed. Sepin, enero 2017.

[Ver Texto](#)

- (2) Conclusiones del Encuentro de Magistrados de las Secciones de las Audiencias Provinciales de Derecho de Familia y de Jueces de Familia. Discusión de una Guía de Buenas Prácticas y Análisis de las Últimas Reformas. Madrid, del 14 al 16 de marzo. Taller 4: *Valoración de la prueba pericial y exploración de menores*, Relatora: María Dolores Viñas Maestre.

[Ver Texto](#)

- (3) *Arangüena Fanego, C.*, en «Tratado de Derecho de la Familia» (Yzquierdo Tosada, M. y Cuenca Casas, M. dirs), Vol.II, 2ª ed., 2017, ed. Aranzadi, Navarra, p.722.

[Ver Texto](#)

- (4) La SAP Barcelona, secc.12, de 17 de febrero de 2015, fto. jco.2º (Roj: SAP B 1766/2015-ECLI:ES:APB:2015:1766) afirma: «tampoco debe el tribunal notificar a las partes el resultado de la diligencia para que los letrados puedan realizar consideraciones y conclusiones sobre las mismas, a excepción de la constatación de que se ha practicado, puesto que la finalidad de la misma, además del respeto del derecho del niño ya aludido, es la percepción por el tribunal de la visión del conflicto subyacente desde el punto de vista del menor».

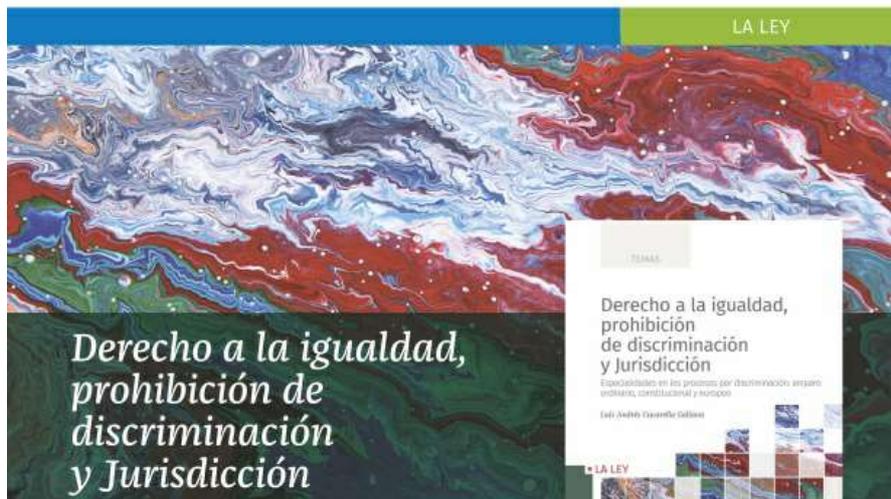
[Ver Texto](#)

- (5) SAP Barcelona, secc.12ª, de 26 de junio de 2015, fto. jco.2º.

[Ver Texto](#)

- (6) Cuestión de inconstitucionalidad n.º 3442-2018, en relación con el artículo 18.4 de la Ley 15/2105, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, por posible vulneración del artículo 18.1 de la CE, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona, en el procedimiento de jurisdicción voluntaria núm. 196-2018 (BOE, núm. 178, de 24 de julio de 2018).

[Ver Texto](#)



Las sociedades desarrolladas toman conciencia de los derechos civiles de grupos sociales discriminados o en riesgo de estarlo. Esto explica la entrada en vigor de normas legales que protegen el derecho a la igualdad frente a exclusiones por diversas causas y ámbitos.

La presente obra quiere prestar atención a los problemas y cuestiones procesales que surgen cuando nos encontramos en casos de conductas masivas de carácter discriminatorio que podrían originar litigios masivos ante los Tribunales, siendo su objetivo analizar las especialidades procesales existentes en los procedimientos judiciales que pudieran seguirse en esos casos de conductas discriminatorias, verificando, sobre todo, cuestiones relativas a legitimación activa para la tutela del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación del artículo 14 de la Constitución.

Autor: Luis Andrés Cucarella Galiana



Consulta las condiciones de compra de esta obra en: →

[tienda.wolterskluwer.es](http://tienda.wolterskluwer.es)  
902 250 500  
[clientes@wolterskluwer.com](mailto:clientes@wolterskluwer.com)

Más información →

Ya estamos trabajando en los contenidos del próximo número de su publicación

**diariolaley**

ciberderecho legalmanagement

