




Práctica Forense
Valor probatorio de un correo electrónico
10



Práctica Forense
El dictamen pericial de caminos y servidumbres de paso
12

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

TRIBUNA

LA LEY 81/2013

Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la revisión de los hechos probados en la segunda instancia del proceso penal

Manuel RICHARD GONZÁLEZ

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA

Investigador y miembro académico del Instituto de Probática y Derecho Probatorio de ESADE

La persistente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los límites de los Tribunales de segunda instancia para revisar la prueba directamente inmediada por los Tribunales de primera instancia en el supuesto de apelación de sentencias absolutorias socava gravemente los principios del derecho y la lógica del sistema de apelación revisorio como recurso ordinario. La consecuencia más evidente es la limitación de los derechos de las víctimas al impedirles utilizar el recurso de apelación de forma efectiva y la práctica firmeza de las sentencias absolutorias dictadas en primera instancia del proceso penal.

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

Consejo de redacción

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

Director

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

Subdirector

Manuel Richard González
Profesor Titular de Derecho
Procesal UPNA. Miembro del Equipo
Académico del Instituto de Probática
y Derecho Probatorio (ESADE-URL)

Colaboradores en este número

Xavier Abel Lluch	Ernesto Martínez de Carvajal Hedrich	Manuel Richard González
Xavier Campillo i Besses	Carlos de Miranda Vázquez	
Pablo Izquierdo Blanco	Guillem Soler Solé	

sumario

- **Tribuna**

Análisis crítico de la jurisprudencia del TC sobre la revisión de los hechos probados
M. RICHARD GONZÁLEZ 1
- **Práctica Forense**

Valor probatorio de un correo electrónico
E. MARTÍNEZ DE CARVAJAL HEDRICH 10

El dictamen pericial de caminos y servidumbres de paso
X. CAMPILLO I BESSES 12
- **Dossier**

Dossier de los tribunales sobre probática
C. DE MIRANDA VÁZQUEZ 14

Jurisprudencia sobre derecho probatorio
X. ABEL LLUCH 18
- **Preguntas con respuesta: la prueba a consulta**

¿Cuáles son los límites para cumplimentar una solicitud de exhibición documental de la parte contraria?
Guillem SOLER SOLÉ 21

Reconocimiento judicial de personas físicas. ¿Puede solicitarlo la parte actora de su mandante?
Pablo IZQUIERDO BLANCO 22
- **Rincón de Lectura** 24
- **Biblioteca** 25

I. INTRODUCCIÓN. EXPOSICIÓN Y CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA REVISIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS EN LA SEGUNDA INSTANCIA DEL PROCESO PENAL

Dice el Tribunal constitucional en su sentencia 126/2012 de 18 de junio lo siguiente: «... que las razones por las que un Juez considera que la declaración de un testigo no es veraz sean ilógicas o irrazonables no implica que tal declaración sea veraz, de igual modo que considerar como irrazonables o ilógicas las razones que avalan un veredicto de inocencia no puede dar lugar a una atribución de culpabilidad». Cuesta entender semejante galimatías que, en realidad, no es más que un contraste de ideas falto de contenido sustancial. La razón de la confusión dialéctica del argumento probablemente se halla en la naturaleza del asunto del que trata la citada STC 126/2012 en la que el Tribunal Constitucional intenta explicar la bondad de su jurisprudencia relativa a los requisitos que deben cumplirse para que el tribunal de apelación pueda revocar en apelación una sentencia absolutoria dictada en primera instancia. De modo que la vacua argumentación es uno más de los argumentos esforzados con los que nos obsequia el Tribunal Constitucional para justificar su extravagante doctrina sobre la apelación de las sentencias absolutorias penales por la cual el Tribunal de apelación no puede revisar la valoración de la prueba personal inmediada por el Tribunal de primera instancia. Así se mantiene en la citada STC 120/2012 en la que el fragmento citado anteriormente continúa con el siguiente texto: «En suma, para la valoración sobre de la credibilidad de un testimonio será precisa siempre la concurrencia de la inmediación, so pena de vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el art. 24.2 CE (FJ 3.º; en igual sentido, SSTC 15/2007, de 12 de febrero, FJ 3.º; y 54/2009, de 23 de febrero, FJ 2.º). Lo afirmado lleva cabalmente a declarar vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) respecto de la condena por el delito de malos tratos, puesto que, como acabamos de poner de manifiesto, la revocación de la absolución se ha fundado en una diferente valoración de pruebas personales sin la debida inmediación». La STC 120/2012 de 18 de junio es una más de las muchas que el Tribunal Constitucional ha emitido desde la STC 167/2002 de 18 de septiembre respecto a la impugnación de las sentencias absolutorias dictadas en el proceso penal. En esta jurisprudencia el TC estableció la doctrina de la proscripción de la revisión por el Tribunal de segunda instancia de los hechos probados que hubieran sido directamente inmediados por el Tribunal *a quo*. Esta jurisprudencia tendría como finalidad garantizar el derecho a un juicio justo del acusado absuelto en el proceso penal. Derecho que se cumpliría mediante la celebración de una vista contradictoria con una eventual

repetición de la prueba practicada en primera instancia cuya valoración es impugnada en el recurso de apelación.

Esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha afectado notablemente el sistema de apelación revisora vigente en nuestro sistema de derecho procesal que ha quedado «dañado» al restringir el ámbito de conocimiento del Tribunal de segunda instancia respecto a la revisión de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal *a quo*. La justificación de la jurisprudencia se hallaría, y véase que utilizo el condicional, en la necesidad de garantizar un juicio justo para el acusado que hubiera sido absuelto en primera instancia conforme con lo prescrito por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En su virtud, no puede el Tribunal de segunda instancia revisar la valoración de la prueba realizada por el Tribunal *a quo*, pero sí podrá revisar la aplicación de la Ley (STC 46/2011, de 11 de abril) para la apreciación de algún vicio o defecto procesal. Tampoco se planteará, en principio, ningún problema para revisar aquella prueba que no hubiera sido objeto de inmediación como la documental (SSTC 46/2011, de 11 de abril y 120/2009, de 18 de mayo) o las inferencias realizadas por el Tribunal de primera instancia con base en la prueba practicada (STC 46/2011, de 11 de abril, STC 64/2008, de 26 de mayo). No obstante, cabe apuntar el alcance exponencial de esta jurisprudencia, ya que si bien en principio el Tribunal de apelación podría revisar la calificación jurídica, ésta depende en gran medida de la previa determinación de los hechos conforme con la prueba practicada que no podría ser objeto de revisión conforme con la jurisprudencia del TC. Por otra parte, si bien el TC admite la posibilidad de revisar el proceso deductivo del Tribunal *a quo*, sin modificar el relato de hechos probados, la realidad es que en muchas sentencias el TC ha declarado que esa es también una actividad proscrita para el Tribunal *ad quem* al afectar al criterio valorativo del Tribunal *a quo* (Véanse en este sentido, entre otras, las SSTC 120/2009, 184/2009, 144/2012).

Las consecuencias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia son devastadoras al impedir que los Tribunales de segunda instancia cumplan con su función para proveer conforme a derecho a las peticiones contenidas en los recursos de apelación especialmente las referentes a la impugnación por error en la valoración de la prueba. Por esa razón, y con el pretendido fin, procurar que los Tribunales de apelación puedan cumplir con su función, el Tribunal Constitucional propone la «solución» consistente en la sustanciación de una vista contradictoria en la alzada con una eventual repetición de la prueba impugnada. De ese modo quedarían garantizados los derechos del acusado absuelto en primera instancia y el Tribunal de apelación podría revisar la

valoración de los hechos probados de la sentencia de primera instancia. A ese fin, cuando se impugne la valoración de la prueba en las sentencias absolutorias se deberá proponer la celebración de vista oral en segunda instancia con la citación y nueva práctica de dicha prueba en segunda instancia en una audiencia contradictoria. En ese caso el Tribunal de segunda instancia estaría habilitado para revisar el criterio de valoración del Tribunal *a quo* y, en su caso, modificarlo. Esta audiencia contradictoria de repetición de la prueba no sería necesaria, sin embargo, respecto a determinadas cuestiones como son las siguientes: «Decidir si existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, si esa prueba de cargo ha sido constitucionalmente obtenida, si ha sido legalmente practicada, si ha sido racionalmente valorada y si el resultado de esa valoración está suficientemente motivado en la correspondiente sentencia, constituyen posibles pronunciamientos derivados del recurso de apelación ajenos al canon de inmediación a que nos venimos refiriendo.../... cuando la condena en segunda instancia se haya basado en una nueva y distinta valoración de prueba documental .../... la prueba pericial, atendida su naturaleza y la del delito enjuiciado, podrá ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir íntegramente el debate procesal cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes lleguen .../... la prueba indiciaria .../... cuando el órgano de apelación se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia a partir de unos hechos base que resulten acreditados en ésta, estamos ante una cuestión que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado....», STC 120/2009 de 18 de mayo.

Las dificultades que plantea la exigencia de repetición de la prueba en una vista contradictoria son muchas e insalvables. En primer lugar existe un obstáculo legal que no es otro que la falta de un motivo que permita solicitar la práctica en apelación de prueba en casos distintos a los previstos (las pruebas que no se pudieron proponer en la primera instancia, las propuestas indebidamente denegadas, siempre que se hubiere formulado protesta, y las admitidas que no fueron practicadas por causas no imputables al recurrente. Art. 790.3 LECrim.). En segundo lugar, tampoco resulta claro qué pruebas habría que solicitar que se repitiesen puesto que en muchas ocasiones, y más en las sentencias absolutorias, la absolución se fundamenta en una desestimación en su conjunto de la prueba practicada de la que se aduce es insuficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado.

Pero mucho más importante que la ausencia de regulación legal es la absoluta falta

de sentido que supone repetir una prueba en segunda instancia que conforme con el Tribunal Constitucional es el único modo mediante el que se puede modificar el relato de hechos probados de la sentencia de primera instancia. Efectivamente, resulta evidente que la prueba sólo se puede practicar una vez. De modo que si se vuelve a interrogar al acusado, a los testigos o a pedir a los peritos que informen lo estarán haciendo de nuevo aportando una prueba nueva y diferente a la que valoró el Juez de primera instancia. Se tratará de testigos y peritos cuya declaración o informe en la alzada serán valorados por primera vez por tratarse de una declaración distinta de la que tuvo lugar en la primera instancia. Todo ello con el agravante de tratarse de declaraciones sospechosas en tanto que los que comparezcan en segunda instancia lo harán prevenidos por las partes sobre las dudas y contradicciones que pudiera haber suscitado su declaración en primera instancia. En definitiva, ningún sentido tiene repetir en apelación ninguna clase de prueba, ya que en ese caso el Tribunal de apelación estaría conociendo de un nuevo juicio no revisando en apelación. Resulta evidente que siendo así la vía de recurso sería interminable puesto siempre cabría un nuevo recurso puesto que la sentencia de apelación se habría pronunciado sobre un objeto procesal renovado con la repetición de la prueba.

La lógica jurídica establece, como siempre se ha entendido, que la argumentación errónea, arbitraria, irracional y/o ilógica de la que puede adolecer la sentencia de primera instancia respecto a la valoración de la prueba debe poder ser revisada por el Tribunal de apelación siempre a instancia de parte auxiliándose a ese efecto de la sentencia de primera instancia, de las alegaciones del recurrente y, muy especialmente, de la posibilidad de reproducir la prueba contenida en soporte audiovisual en una vista de apelación en la que las partes podrán alegar y argumentar sobre sus respectivas posiciones procesales en un acto oral y contradictorio. Este es un nuevo medio de prueba en segunda instancia que se introdujo por la Ley 13/2009 y que permite a las partes en la apelación solicitar: «proposición de prueba o reproducción de la grabada...» (arts. 791.1 LECrim.). A ese fin las partes: «podrán solicitar copia de los soportes en los que se hayan grabado las sesiones» (art. 790.1 LECrim.) a efectos de su reproducción en la vista de segunda instancia que se iniciará con la práctica de la prueba: «y por la reproducción de las grabaciones si hay lugar a ella» (arts. 791.2 LECrim.). Esta norma se introdujo con la finalidad evidente de servir de solución al grave problema planteado por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en la STC 167/2002 y siguientes. Desde mi punto de vista era y es una buena solución al permitir a las partes solicitar la reproducción de la grabación del juicio en la segunda instancia para permitir una ple-

na contradicción e intermediación en segunda instancia respecto a la impugnación de la valoración de la prueba efectuada por el Juez de primera instancia con el debido respeto de los derechos de todas las partes en la alzada. Debe destacarse la diferencia existente entre esta petición y la ordinaria de práctica de la prueba en segunda instancia. En el último caso, los motivos para su solicitud tienen carácter restrictivo, puesto que la petición, admisión y práctica de prueba se produce en la primera instancia del proceso y la prueba en segunda instancia se fundamenta en la concurrencia de circunstancias excepcionales que permiten una limitada renovación del proceso cuyo contenido fáctico se ampliará con los nuevos hechos y alegaciones que resulten de la práctica de la prueba en la alzada. Por su parte, la reproducción en segunda instancia de la grabación de la prueba practicada en la primera instancia tiene carácter ordinario y una finalidad estrictamente revisora del criterio valorativo del Juez *a quo* en todos aquellos casos en los que se alegue error en la valoración de la prueba. En esos supuestos la reproducción de la grabación de la práctica de la prueba en primera instancia seguida del informe oral de las partes permite garantizar la debida audiencia y contradicción de las partes respecto a la impugnación de la valoración de la prueba. Es por ello que la petición debe admitirse de forma ordinaria, así como la sustanciación de la vista oral a la que también debería asistir el acusado absuelto en primera instancia.

Sin embargo, y no obstante la virtud de la norma para ofrecer una solución al problema planteado, el Tribunal Constitucional ha rechazado que la reproducción de la grabación de la práctica de la prueba en la primera instancia en la vista de la alzada sometida a plena contradicción pueda servir para fundar una sentencia revocatoria del tribunal de apelación frente al criterio valorativo del Juez de primera instancia: «La Audiencia Provincial entendió que, tras haber visionado la grabación audiovisual del juicio oral celebrado ante el Juez de lo Penal, estaba facultada para realizar una valoración de las pruebas de carácter personal practicadas en el dicho juicio, apreciando que el Juez *a quo* había incurrido en error al valorar tales pruebas, como consecuencia de lo cual procedió a fijar un nuevo relato de hechos probados que condujo a la condena de quienes habían sido inicialmente absueltos. Sin embargo, lo cierto es que la Sala quedó privada de la facultad de valorar de un modo distinto a como lo hizo el Juez de lo Penal las pruebas de carácter personal —desde el prisma de la credibilidad de los declarantes— al no haber convocado una vista o audiencia pública y contradictoria en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de primera instancia» (STC 120/2009). De modo que como en tantas ocasiones el Tribunal Constitucional se excede en sus funciones

al convertirse en un intérprete ordinario de la legalidad impidiendo que la reforma legal tenga el efecto pretendido de servir de solución al problema planteado por la impugnación de las sentencias absolutorias en primera instancia.

En el momento presente el Tribunal Constitucional mantiene su jurisprudencia sin que se atisben indicios de una corrección o de ofrecer alguna clase de marco interpretativo válido y adecuado que permita a los Tribunales cumplir con su función en el recurso de apelación. Más al contrario en las recientes sentencias del Tribunal Constitucional en esta materia se percibe con toda claridad una argumentación defensiva mediante la que se rechazan las legítimas objeciones planteadas por los Tribunales de apelación a la jurisprudencia limitativa de sus poderes para revisar la prueba en apelación. Mas aún en la reciente STC 201/2012, que se comenta en el § 3.3 de este trabajo, el TC se reafirma en su jurisprudencia con la particularidad de situar sobre las Audiencias provinciales la responsabilidad respecto a la garantía de los derechos de las víctimas que actúan como acusadores particulares en la apelación de las sentencias absolutorias en primera instancia. Derechos de las víctimas que son imposibles de cumplir en la segunda instancia con la citada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Véase el § 3.3 sobre esta cuestión).

Desde mi punto de vista lo que sucede es que el Tribunal Constitucional inició una jurisprudencia extremadamente limitativa de las funciones y poderes del Tribunal de segunda instancia sin atender a las características fundamentales del sistema de apelación. Esa es una evidencia que se constata simplemente analizando los argumentos del Tribunal Constitucional que en muchas ocasiones parece estar refiriéndose a un sistema jurídico de «película» o que como mínimo no es el nuestro. Curiosamente esa consideración puede constarse en el fragmento de la STC 120/2012 que se citaba al inicio de este trabajo en el que el TC se refiere a: «un veredicto de inocencia». Resulta curiosa tal referencia en una Sentencia porque, como es sabido, no existe en derecho procesal lo que llama el Tribunal Constitucional veredicto de inocencia, sino en su caso de culpabilidad. Efectivamente de lo que se trata en el proceso penal es de enervar la presunción de inocencia que todo ciudadano tiene frente al sistema de justicia. Se trata de una posición de inicial garantía que únicamente se puede destruir en el momento en el que un Tribunal de justicia resuelve imponer una condena por la comisión de un acto delictivo con base en la prueba practicada en el juicio oral. De modo que el veredicto puede ser de culpabilidad, pero nunca de inocencia. Dicho de otro modo, al acusado en el proceso penal se le puede declarar culpable de lo que fue, pero nunca se le puede declarar inocente. Siguiendo con el argumento, la ausencia de

una declaración de culpabilidad no supone, en ningún caso, una declaración, ni siquiera tácita, de inocencia. El acusado absuelto será inocente o no, pero esa es una cuestión que queda al margen de lo que al Derecho le cabe decidir que se limita a resolver sobre su culpabilidad. Ciertamente, a efectos procesales lo que cabe hacer es únicamente resolver si con las pruebas practicadas se puede determinar conforme a la sana crítica y, como se viene diciendo últimamente, más allá de toda duda razonable la culpabilidad del acusado respecto de los hechos por los que es enjuiciado.

La referencia que hace el Tribunal Constitucional a un imposible «veredicto de inocencia» parece estar basada en un conocimiento parcial e insuficiente de las instituciones procesales y, probablemente, en la aplicación incorrecta de otros sistemas y procedimientos penales en los que sí existe el principio de respeto a los hechos probados declarados en la sentencia de primera instancia con la consecuencia de que, con carácter general, no pueden impugnarse por ese motivo las sentencias absolutorias que, de ese modo, adquieren firmeza. Así, se puede ver en la conocida película *Witness for the Prosecution* (Testigo de cargo) dirigida en el año 1957 por Willy Wilder, en la que se muestra cómo el enjuiciamiento penal se consuma en sí mismo en el acto del juicio, de modo que absuelto el acusado no cabe volver a valorar la prueba a pesar de que la absolución se pudiera haber basado en una errónea apreciación de la prueba por el Tribunal, en ese caso de Jurado. Es el objeto de la trama y el fundamento del golpe de efecto de la película en la que se explica la maquinación del acusado para falsear las pruebas y así lograr un pronunciamiento absolutorio en primera instancia imposible de revocar a posteriori. Así es en el derecho anglosajón, pero no por ninguna característica especial de su ordenamiento jurídico, sino por el hecho de tratarse de procedimientos de Jurado en los que la valoración de la prueba por ese especial Tribunal no puede ser objeto de revisión. Es por ello que tampoco es impugnable la valoración de la prueba en el recurso de apelación frente a la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado en España. Precisamente, esta conocida película puede tener relación con la inexplicable referencia contenida en la STC 120/2012 a un imposible: «veredicto de inocencia» (*sic*), que también se contiene en la conocida película. La alusión al «veredicto de inocencia» aparece en el momento cumbre de la película cuando el Presidente del Jurado que juzga al Sr. Leonard Vole (Tyrone Power) se dispone a emitir su veredicto bajo la atenta mirada de la esposa (Marlene Dietrich), el abogado del acusado (Charles Laughton) y de todo el resto de la Sala. En ese momento un miembro del Tribunal pregunta: «¿Señores del Jurado están de acuerdo sobre su veredicto?», a lo que el Presidente del Jurado responde: «Lo estamos», y continúa preguntando el

miembro del Tribunal: «encuentran ustedes al acusado Leonard Stephen Vole culpable o inocente del asesinato de Emily Jean French», a lo que el Presidente del Jurado responde: «*inocente excelencia*». La contundente frase pronunciada en una película tan conocida que todavía hoy se exhibe, especialmente a los alumnos de derecho, como una obra maestra del cine judicial puede ser el origen del falso entendimiento popular sobre qué es lo que se decide en un juicio penal. Para la mayoría de la población en el juicio penal se decide entre inocencia y culpabilidad de modo que tan razonable y coherente es que se declare la culpabilidad como la inocencia. Sin embargo, como bien saben los juristas en el juicio penal se parte de la presunción de inocencia, de modo que la única decisión posible del jurado es pronunciarse sobre la culpabilidad o no culpabilidad del acusado, nunca sobre la inocencia. Así está recogido en nuestra Ley de Jurado en cuyos arts. 67 y 68 establece las posibilidades del veredicto del Jurado: culpabilidad o inculpabilidad. Que le pasó entonces a Agatha Christie, autora del texto teatral en el que se basa la película, ¿tal vez desconocía las normas de enjuiciamiento penal o tal vez buscó expresamente una frase contundente (*inocente excelencia*)? Nada de eso, ya que si se acude a la versión original inglesa de la película se advierte que el Presidente del Jurado no dice «inocente», sino *not guilty*, es decir no culpable. De modo que la errónea referencia a un imposible «veredicto de inocencia» tiene su origen en un clamoroso error de traducción que se contiene en la versión doblada al español de la película. Visto así, igual la culpa del galimatías descrito al inicio de este trabajo con referencia incluida al «veredicto de inocencia» (*sic*), la tiene el doblador al español de la obra maestra de Agatha Christie y Billy Wilder cuyo error ha provisto a varias generaciones de ideas deformadas sobre qué es lo que se decide y cómo funciona el proceso penal.

II. CARACTERES DEL SISTEMA DE APELACIÓN. EXIGENCIAS DERIVADAS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y DEL RESPETO DE LOS DERECHOS DEL ACUSADO EN EL PROCESO PENAL

El recurso de apelación es el recurso ordinario que garantiza el derecho a la segunda instancia en el proceso penal y que puede interponerse con base en tres motivos: el quebrantamiento de forma, la infracción de ley y el error en la valoración de la prueba. Los dos primeros motivos se pueden reducir en realidad a uno, que es el de infracción de ley sustantiva o procesal, que viene referido al incumplimiento de las formas y garantías procesales o bien a una inadecuada aplicación de la ley sustantiva. Este es un motivo que tiene vocación pública por servir a

la correcta aplicación del derecho y que no atiende al elemento esencial del juicio que es la determinación de los hechos mediante la valoración de la prueba. Es por ello que se puede afirmar que el error en la valoración de la prueba es, con toda seguridad, el motivo de recurso más importante y genuino del sistema procesal de impugnación de sentencias al atender al contenido fundamental de la sentencia penal que es el criterio valorativo del Tribunal «*a quo*» respecto de aquello que constituye la esencia del juicio penal que no es cosa distinta que determinar qué fue lo que sucedió en el asunto objeto de enjuiciamiento. Esta determinación es esencial en el proceso penal porque de ella depende en primer lugar la consiguiente calificación como delictiva de la conducta y en segundo lugar la determinación de la participación de los acusados en los hechos objeto de enjuiciamiento. Siendo así la posibilidad de impugnar la inicial valoración del Juez «*a quo*» respecto de la prueba practicada constituye la esencia del derecho al recurso en el proceso penal, especialmente en el caso de sentencia condenatoria. Otra clase de impugnaciones como las referidas a la infracción de la ley sustantiva o procesal no se hallan en la base del derecho fundamental del condenado en el proceso penal a la revisión del fallo condenatorio, que se cumple y garantiza cuando la sentencia condenatoria puede ser impugnada mediante un recurso que prevea la revisión de lo actuado. Es decir la revisión por un tribunal superior de la valoración de la prueba contenida en la sentencia de primera instancia y realizada por el juez *a quo*.

Las características esenciales del recurso de apelación son las siguientes: 1.º El Tribunal *ad quem* asume mediante el recurso de apelación la plena jurisdicción sobre el asunto planteado, en idéntica situación en la que se hallaba el Juez *a quo* respecto a la legalidad sustantiva y procesal y a la revisión de la sentencia impugnada mediante, en su caso, una nueva valoración de la prueba. 2.º El ámbito de conocimiento del tribunal *ad quem* queda limitado por el principio de congruencia procesal en segunda instancia que determina que el tribunal de apelación únicamente pueda pronunciarse en el marco de las peticiones de las partes contenidas en sus escritos de recurso, salvo el conocimiento de oficio de cuestiones de orden público. 3.º La revisión de la sentencia por el Tribunal *ad quem* se puede extender al control de la legalidad, la nulidad procesal y a la revisión de la prueba efectuada por el Tribunal «*a quo*» y a la formulación, en su caso, de un nuevo relato de hechos probados resultado de la nueva valoración de la prueba revisada conforme la impugnación de las partes.

De lo expuesto resulta que la revisión de la prueba en la apelación es una característica esencial de nuestro sistema tradicional de justicia penal que se debe efectuar mediante

el examen y crítica por parte del Tribunal *ad quem*, en el marco de las impugnaciones de las partes, de todo lo actuado en primera instancia para resolver en una nueva sentencia sobre los hechos y el derecho aplicable con el referente del juicio en primera instancia respecto al que se produce la revisión que es el fundamento de la apelación. A ese fin el Tribunal de apelación podrá auxiliarse, a petición de parte, de la grabación audiovisual del juicio con la correspondiente sustanciación de una vista oral. Pero, no puede haber revisión si el proceso se renueva con repetición de la prueba practicada, puesto que en ese caso el Tribunal de apelación se estaría pronunciando de nuevo sobre una prueba con los mismos protagonistas pero con un distinto contenido de la sustanciada en primera instancia.

La sustanciación de una vista oral es la única exigencia que se desprende de la tan citada por el Tribunal Constitucional jurisprudencia del TEDH: «la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha extraído la exigencia —que ha vinculado al art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos— de que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostenga que no ha cometido la acción considerada infracción penal; doctrina que ha sido acogida por este Tribunal, de conformidad con el art. 10.2 CE, a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, vinculándola al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)». (STC 120/2009, de 18 de mayo). Efectivamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha referido al supuesto de la apelación de sentencias absolutorias. Ahora bien, lo único que exige en esos casos el TEDH es la celebración de una vista contradictoria en apelación con audiencia del acusado (STEDH GARCÍA HERNÁNDEZ CONTRA ESPAÑA. Sección 3.ª, Sentencia de 16 Nov. 2010, § 34). Y, en cualquier caso, la exigencia de esta garantía en fase de apelación depende «de las peculiaridades del procedimiento considerado». Véanse STEDH de 26 de mayo de 1988 —caso *Ekbatani contra Suecia*—; de 8 de febrero de 2000 —caso *Cooke contra Austria* y caso *Stefanelli contra San Marino*—; 27 de junio de 2000 —caso *Constantinescu contra Rumania*—, y 25 de julio de 2000 —caso *Tierce y otros contra San Marino*—. Efectivamente, en las sentencias citadas se ha venido entendiendo que para poder establecer si un recurso observa o no los derechos reconocidos en el Convenio de Roma, y concretamente el derecho a un juicio justo (art. 6.1), debe examinarse el sistema en su conjunto de acuerdo con el orden jurídico interno, con la finalidad de comprobar de que forma se garantizan los intereses y



derechos de las partes. Y se concluye declarando que: «pudiendo justificarse la falta de una vista o debate público en la segunda o tercera instancia por las características del procedimiento de que se trate, con tal de que se hayan celebrado en la primera instancia... no se puede concluir, por lo tanto, que, como consecuencia de que un Tribunal de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción, tal circunstancia ha de implicar siempre, en aplicación del art. 6 del Convenio, el derecho a una audiencia pública en segunda instancia, independientemente de la naturaleza de las cuestiones a juzgar» (STEDH de 26 mayo 1988, caso *Ekbatani*).

De modo que, en realidad, la jurisprudencia del Tribunal Europeo permite adoptar varias soluciones que permitan garantizar los derechos del acusado absuelto en la segunda instancia. Y a ese fin, para poder considerar que ha existido un juicio justo, es suficiente con la celebración de una audiencia pública en la que pueda existir contradicción y se pueda oír personalmente al acusado (STEDH IGUAL COLL CONTRA ESPAÑA de 10 de marzo de 2009: «§ 36 *L'étendue de l'examen effectué par l'Audience en l'espèce amène la Cour à considérer que la tenue d'une audience publique était indispensable*»). Esta conclusión se puede hallar también, y se confirma así, en la STEDH IGUAL COLL CONTRA ESPAÑA de 10 marzo de 2009 en la que el Tribunal Europeo declara que «§ 37. En las circunstancias del caso, es decir, la absolución de la demandante en el juicio después de la celebración de una audiencia pública durante la cual se practicaron... (distintas clases de pruebas de carácter tan personal como) la declaración del demandante, el Tribunal considera que la condena en apelación por la Audiencia Provincial, sin que sea escuchado en persona, no cumple con los requisitos de un juicio justo, garantizado por el artículo 6 § 1 de la Con-

vención». En el mismo sentido se pronuncia el TEDH en las últimas sentencias dictadas en esta materia. Concretamente en la STEDH de 13 diciembre de 2011 (Rec. 21460/2008. LA LEY 288667/2011) (CASO VALBUENA REDONDO CONTRA ESPAÑA. Sección 3.ª) y la STEDH de 22 de noviembre de 2011 (Rec. 23002/2007. LA LEY 256411/2011) (CASO LACADENA CALERO CONTRA ESPAÑA). En todas las sentencias citadas la doctrina del TEDH es constante en el sentido de exigir, únicamente, la necesaria audiencia en apelación del acusado absuelto sin que se contenga la exigencia de repetición de la práctica de la prueba que en el recurso se hubiera impugnado por considerar errónea la valoración del Juez «*a quo*».

La sustanciación de una vista contradictoria en segunda instancia en el caso de la apelación de sentencias absolutorias con la citación de acusado y reforzada con la reproducción de la grabación del juicio sustanciado en primera instancia solucionaría todos los problemas de garantía de un juicio justo que se pueden plantear en apelación. Se trata de unas actuaciones que están previstas en nuestra ley procesal y a las que no resulta difícil dar cumplimiento. De ese modo existiría una jurisprudencia clara, sencilla y respetuosa con los derechos de todas las partes en el proceso. El problema se halla en la postura del Tribunal Constitucional en esta materia que, como se ha expuesto, ha ido mucho más allá de lo exigido por el TEDH para acabar socavando el sistema de apelación penal hasta obtener el resultado práctico de la firmeza de las sentencias absolutorias dictadas en la primera instancia del proceso penal, ya que como veremos a continuación va a resultar realmente difícil que la Audiencia Provincial pueda revocar esa clase de sentencias.

III. CONCLUSIONES SOBRE LAS CONSECUENCIAS QUE PLANTEA LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ESPECIAL ATENCIÓN A LA DOCTRINA CONTENIDA EN LAS ÚLTIMAS SENTENCIAS EN ESTA MATERIA

Las consecuencias que ha comportado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la apelación de las sentencias absolutorias ya han sido descritas suficientemente en este trabajo. No obstante quiero finalizar este trabajo haciendo referencia a las consecuencias de la citada jurisprudencia sobre el sistema de apelación penal y los derechos de las víctimas en el proceso penal con el resultado final de todo ello que no es otro que una sensación profunda de inseguridad jurídica. Este es un efecto que se «está trabajando a fondo» en nuestro sistema de justicia y que lamentablemente está dando ya los resultados esperados de absoluto desconcierto de abogados y ciudadanos sometidos muchas veces a la falta de previsibilidad y coherencia de las decisiones de los Tribunales especialmente los de mayor rango que son los que debieran proveer mayormente a la seguridad y fiabilidad del sistema de justicia.

1. La imposible aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en nuestro sistema de apelación limitado y revisorio

Debe ponerse de manifiesto una vez más el error que ha cometido el Tribunal Constitucional al reinterpretar equivocadamente instituciones procesales asentadas en la lógica y el sentido común y cristalizadas en las normas jurídicas que ahora se ponen en discusión con la excusa de garantizar los derechos del acusado en el proceso penal. Como debe saber cualquier jurista el sistema procesal se fundamenta en un delicado equilibrio que definitivamente el Tribunal Constitucional ha roto en materia de apelación para llegar a un punto en el que desgraciadamente lo que impera es la confusión generalizada ante la falta de entendimiento de cuál sea el modo y el procedimiento de recurrir en apelación una sentencia absolutoria.

Resulta insólito que se impida a los Tribunales de apelación hacer aquello para lo que están destinados que es precisamente revisar por vía de recurso la aplicación de la Ley y la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal «a quo». Esa es, precisamente, la esencia del recurso de apelación como recurso ordinario que se puede interponer fundamentado en cualquier infracción procesal o de ley y en el error en la apreciación de la prueba (art. 790.2 LECrim.). La apelación garantiza el derecho a la segunda instancia en el proceso penal en tan-

to que el Tribunal de apelación puede valorar nuevamente la prueba practicada situándose en la misma posición que tenía el Tribunal de instancia. En definitiva, lo que resulta esencial a la segunda instancia es que no se limite la impugnación ni tampoco el ámbito de conocimiento del Tribunal de segunda instancia. Es ilustrativa, en este sentido, la STC 102/1994 de 11 abril, que declara que: «... La doble instancia en la jurisdicción penal, configurada precisamente como garantía... y como tal y por ello mismo integrada en el ámbito de la tutela judicial, conlleva la posibilidad de impugnar las decisiones judiciales ante un Juez superior, generalmente colegiado... y conlleva, con el llamado efecto devolutivo, que el juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba... "el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un *novium iudicium* (SSTC 124/1983, 54/1985, 145/1987, 194/1990 y 21/1993)... en consecuencia, es tan posible como frecuente la disparidad de criterio entre los Jueces y Tribunales de primera y segunda instancia..."».

La anterior es una sentencia de las muchas que había dictado el Tribunal Constitucional hasta la STC 167/2002 en la que recogía la doctrina ordinaria y asentada sobre el ámbito y los poderes de los Tribunales en la segunda instancia del proceso penal. En su lugar, en la vigente jurisprudencia se sugiere que el único modo de revisar la valoración del Tribunal *a quo* consiste en la repetición de la prueba impugnada: «el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado después de realizar una diferente valoración de la credibilidad de los testimonios de los acusados o testigos, en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la conclusión condenatoria, si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción». STC 60/2008, de 26 de mayo. Esta es la doctrina que se contiene en las muchas sentencias dictadas desde la inicial STC 167/2002, entre otras en las SSTC 201/2012 de 12 de noviembre, 144/2012 de 2 de julio, 126/2012, de 18 de junio, 144/2012, de 2 de julio, 46/2011, de 11 de abril, 45/2011, de 11 de abril, 127/2010 de 29 de noviembre, 30/2010 de 17 de mayo, 1 y 2/2010 de 11 de enero, 184/2009 de 7 de septiembre, 120/2009, de 18 de mayo y 49/2009 de 23 de febrero. Aunque el Tribunal Constitucional ha declarado en la última sentencia de la que tengo conocimiento sobre esta materia que no siempre será necesaria la repetición del juicio: «... la doctrina cons-

titucional no exige o alienta la repetición del juicio ante el órgano *ad quem* cuando se pretenda revisar una absolución, pudiendo éste, en el ejercicio de la potestad que le otorga el art. 117.3 CE y a partir de una interpretación no arbitraria de la regulación legal del recurso de apelación, confirmar la absolución sin citar a quienes hubieran declarado en primera instancia. En definitiva, lo único que la Constitución proscribiera es la revocación de una absolución —o, en general, una revisión *in peius* de la decisión de primera instancia— sin respeto a las garantías de intermediación y defensa contradictoria», STC 201/2012 de 12 de noviembre. Como se puede advertir se trata de una argumentación «circular» muy del gusto del TC por la cual no se exige la repetición del juicio pero se prohíbe la revisión de la prueba si no se procede a la repetición de la prueba. Y en ese punto el problema que se plantea es de insuficiencia de la regulación legal, que no prevé la posibilidad de solicitar la repetición en segunda instancia de la practicada en primera instancia. Pero, eso no es lo más importante, ya que aunque quisiéramos forzar la legalidad para aceptar esta posibilidad ningún sentido tiene repetir la prueba, porque la prueba se consuma una vez ha sido utilizada en el foro procesal que es el juicio. Esa es la razón por la que toda la actividad probatoria se concentra en el acto del juicio oral en la que consecutivamente y por orden se procede a la práctica de la prueba al objeto de que el Tribunal obtenga la debida ilustración y convencimiento para dictar su sentencia.

2. La firmeza de las sentencias absolutorias en la instancia

La jurisprudencia del TC ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico una nueva norma que determina la práctica firmeza de las sentencias absolutorias dictadas en la primera instancia del proceso penal. Con ello se está privando a las víctimas de su derecho a obtener justicia utilizando para ello los procedimientos previstos en la Ley y más concretamente la interposición de un recurso de apelación frente a la sentencia dictada en primera instancia. Recurso que se puede fundar, conforme está previsto en la Ley, en el error en la valoración de la prueba realizada por el Tribunal «a quo» sin que se exijan otros requisitos o condicionantes. Pues bien, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional afecta a los derechos de las víctimas en el proceso penal al impedir al Tribunal de apelación revisar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal *a quo* a pesar de que tal valoración contenida en la sentencia dictada en primera instancia pueda estar claramente viciada de arbitrariedad o de falta de fundamento. Precisamente, en el fragmento citado al inicio nos dice el Tribunal Constitucional que: «considerar irrazonables o ilógicas las razones que avalan un

veredicto de inocencia no puede dar lugar a una atribución de culpabilidad». Naturalmente que parte de razón tiene el Tribunal Constitucional porque el razonamiento de apelación respecto a una sentencia condenatoria debe observar los mismos requisitos que el de primera instancia en orden a las exigencias para considerar enervada la presunción de inocencia. De modo que una sentencia absolutoria en primera instancia con argumentos irrazonables y/o ilógicos no predetermina, necesariamente, una sentencia de condena en segunda instancia. En ese sentido, el Tribunal de apelación puede y debe corregir, siempre a instancia de parte y si procede, la aplicación de la ley sustantiva y procesal y la valoración probatoria del Tribunal *a quo* y dictar una sentencia que puede ser de condena siempre y cuando de la prueba practicada en primera instancia se desprenda la responsabilidad penal del acusado absuelto.

La AP sustituyó las conclusiones contenidas en los fundamentos de derecho de la sentencia impugnada por otras conclusiones obtenidas del razonamiento judicial realizadas por el Tribunal en segunda instancia, sin modificar para ello el relato de hechos probados

La firmeza de las sentencias absolutorias dictadas en la primera instancia del proceso penal no puede ser adoptada, a mi juicio, como una opción legal o jurisprudencial, ya que a ello se opone el derecho de las víctimas que tienen derecho no sólo al *ius ut procedatur*, sino también a la continuación del proceso penal en todas sus fases incluida la segunda instancia. De otro modo la tutela judicial efectiva de los derechos de las víctimas dependerán del único criterio de un Tribunal, que acostumbra a ser un Juez unipersonal. En cualquier caso, si la ley impusiera la firmeza de las sentencias absolutorias se trataría de una opción legal que podría ser cuestionada por inconstitucional. El problema consiste en el hecho de que la firmeza de las sentencias absolutorias se ha producido por aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, precisamente y vaya casualidad, es el encargado de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes. Parece una broma pero no lo es.

Precisamente, y tal vez alertado por las consecuencias de su propia jurisprudencia, cabe señalar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta cuestión en la reciente STC 201/2012 de 12 de noviembre, en la que se ampara a la acusación particular frente

a la sentencia dictada en apelación en la que la Audiencia Provincial desestima el recurso sin entrar en el fondo de las peticiones del recurrente de petición de revisión de la prueba: «... el núcleo de la controversia planteada en la presente demanda de amparo radica en que la Audiencia Provincial ha desestimado el recurso de apelación interpuesto sin dar respuesta a la pretensión del recurrente de que se revisara la valoración de la prueba y la calificación jurídica asumida por el órgano judicial de primera instancia y que había dado lugar a un pronunciamiento absolutorio...». Pues bien en esta sentencia el Tribunal Constitucional «*reprende*» al Tribunal de apelación por hacer aquello a lo que le determina su propia jurisprudencia (la del TC) es decir a no entrar a revisar la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de primera instancia y afirma el TC que: «... Atendiendo ahora a los concretos motivos de apelación formulados por el demandante de amparo, si bien el primero de ellos suponía una revisión de la prueba —para lo que sí hubiera sido precisa la audiencia al acusado—, el segundo estaba fundado en un error en la calificación jurídica de los hechos.../... De lo anterior se deriva que la Audiencia Provincial de Albacete omitió dar respuesta a una pretensión impugnatoria cuyo enjuiciamiento, en la medida en que estaba restringido a revisar la calificación jurídica de los hechos probados, no precisaba de audiencia personal al acusado ni de celebración de vista oral, y que tal omisión vino fundada en una interpretación errónea de la doctrina constitucional y de los preceptos que regulan el recurso de apelación penal; error que trasciende el plano de la irrelevancia constitucional y que debe calificarse como manifiestamente irrazonable y lesivo, por ello, del derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto dicha interpretación —tal como la propia Audiencia Provincial de Albacete manifiesta en la Sentencia impugnada— conlleva la completa abrogación de las posibilidades de recurrir en apelación por las partes acusadoras, opción que no puede considerarse acorde con el sistema de recursos vigente en la actualidad. Procede, en consecuencia, declarar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso, anular las resoluciones recurridas y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete».

Una primera lectura de la sentencia transcrita podría dar a entender que, finalmente, el Tribunal Constitucional ha decidido amparar los derechos de las víctimas en calidad de apelantes de las sentencias absolutorias. Sin embargo, si se atiende al conjunto de la sentencia lo único que resuelve el TC es anular la sentencia de la Audiencia para que ésta se pronuncie sobre la impugnación sobre la calificación jurídica de los hechos. Ahora bien, nótese que en el recurso de apelación se soli-

citaba: «... que se revisara la valoración de la prueba y la calificación jurídica asumida por el órgano judicial de primera instancia y que había dado lugar a un pronunciamiento absolutorio...». De forma que la calificación jurídica, como es norma en el derecho procesal, no deja de ser una actividad secundaria que se fundamenta en el aspecto esencial del enjuiciamiento que no es otro que el de la determinación de los hechos. Siendo así resulta inútil que el Tribunal se pronuncie sobre la calificación jurídica de unos hechos probados que no puede revisar. Porque, a pesar del amparo concedido a la víctima recurrente resulta claro que retrotraídas las actuaciones al momento de dictar sentencia la Audiencia Provincial lo único que podrá hacer es dictar otra sentencia en la que o bien acoja la jurisprudencia del TC sobre la imposibilidad de revisar la valoración probatoria o bien revise los hechos probados de la sentencia de primera instancia con la consecuencia de que en ese caso probablemente prospere un eventual y posterior recurso de amparo del acusado fundado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia que en la propia STC 201/2012 se encarga el TC de declarar completamente vigente.

3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional genera inseguridad jurídica

Finalmente, no cabe ninguna duda de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en esta cuestión y también en otras materias, combinada con la falta de jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a muchas cuestiones de interpretación legal, todo ello combinado con la insidia del legislador está llevando a una franca situación de inseguridad jurídica de los ciudadanos faltos de criterios claros y diáfanos sobre el entendimiento de las instituciones procesales. En este punto al apelante de una sentencia absolutoria le resulta extremadamente difícil en el momento presente saber si debe o no solicitar la práctica de prueba en segunda instancia y entendiendo que debe hacerlo como solicitar la prueba y que medida o extensión. Mientras se viene advirtiendo que las Audiencias Provinciales están procediendo a desestimar los recursos de apelación frente a sentencias absolutorias en primera instancia sin dar respuesta a la petición de revisión de la valoración de la prueba. El fundamento de tal decisión se halla sin ninguna duda en la aplicación de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que no establece criterios claros para saber qué es lo que se debe sustanciar en segunda instancia y cuáles son los límites del Tribunal de apelación.

Como se exponía con anterioridad el Tribunal Constitucional ha declarado que no existe obstáculo para la revisión de cuestiones jurídicas, tampoco para el control de la actividad probatoria documental y, en general,

de las inferencias y deducciones realizadas por el Tribunal «a quo» respecto de la prueba practicada. Así lo establece el Tribunal Constitucional en la STC 120/2009 de 18 de mayo, en la que establece que el Tribunal de apelación podrá: «supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante; esto es, cuando su intervención no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado sino en realizar un control externo del razonamiento lógico seguido para llegar hasta él; desde esta perspectiva, el Tribunal de apelación puede revisar la estructura racional del discurso valorativo de la prueba efectuado por el Juez a quo y, en su caso, revocar la sentencia apelada, sin la necesidad del contacto directo con la prueba que proporciona la inmediación, pues el referido control externo no implica por sí mismo una valoración de la prueba llamada a tener reflejo en la fijación del relato de hechos probados...». En su virtud el tribunal de apelación podría revisar, en principio, la prueba practicada respecto de los datos objetivos pero no en todo lo que suponga valoración de la credibilidad de la declaración impugnada: «En cualquier caso, el juicio de razonabilidad podrá tomar en consideración datos objetivos de la credibilidad del declarante (su edad, posibles deficiencias psíquicas o sensoriales, circunstancias de visibilidad, distancia con el lugar de los hechos, tiempo transcurrido, relaciones previas del declarante con las personas afectadas por su declaración, etc.) que incidan, no tanto en la sinceridad de la declaración —esto es, en la correspondencia entre lo que el declarante dice y lo que piensa— como en su carácter fidedigno —esto es, en la correspondencia entre lo que el declarante piensa y la realidad— pues es en la primera vertiente donde la intermediación cobra toda su importancia».

El problema consiste en la dificultad de deslindar cuando el razonamiento del Tribunal de apelación en orden a la revisión de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal a quo supera los invisibles e intrincados límites establecidos por el Tribunal Constitucional. Sobre este particular podemos examinar algunas sentencias en la que el Tribunal Constitucional se pronuncia de un modo extraordinariamente restrictivo respecto a la posibilidad de que los Tribunales de apelación puedan revisar cualquier aspecto directa o tangencialmente relativo a la prueba, de modo que el único ámbito de actuación del Tribunal de segunda instancia que le quedaría será la impugnación por infracción de ley y/o procesal. Aunque, como veremos tampoco es así, puesto que también en materia de revisión de la impugnación por infracción de ley el TC ha aplicado su jurisprudencia restrictiva. Esta evidencia junto con la imposibilidad de repetir la prueba practicada ha conducido en la práctica a considerar firmes las sentencias absolutorias en primera instancia.

Así, en la sentencia citada en el párrafo anterior (STC 120/2009) el Tribunal de apelación respetó el relato de hechos probados pero valoró y ponderó de forma distinta, a como lo hizo el Tribunal a quo, la credibilidad de las declaraciones inculpativas prestadas por los agentes denunciadores, las declaraciones testificales de los dos compradores de la sustancia y las declaraciones exculpativas de los acusados con la consecuencia de considerar probada la culpabilidad y, en consecuencia, condenar al acusado. En el caso expuesto, la Audiencia Provincial valoró de forma distinta el resultado de las pruebas practicadas con la consecuencia de considerar acreditada la culpabilidad del acusado. En definitiva lo que hizo la Audiencia Provincial fue sustituir las conclusiones contenidas en los fundamentos de derecho de la sentencia impugnada y sustituirlas por otras conclusiones obtenidas del razonamiento judicial realizadas por el Tribunal en segunda instancia, sin modificar para ello el relato de hechos probados. Se trata de resolver que 2+2 no son 5 como manifiesta la sentencia de primera instancia, sino que 2+2 son 4. Pues bien, en ese caso el TC otorgó el amparo del acusado abusivo en la primera instancia y condenado en apelación por entender que el Tribunal de segunda instancia se había excedido en: «... el control externo sobre la razonabilidad de la valoración de la prueba realizada por el Juez de lo Penal, incidiendo en la credibilidad de los declarantes». Cuando en realidad el Tribunal de apelación había revisado los juicios deductivos o de inferencia contenidos en la sentencia de primera instancia conforme a lo solicitado por el recurrente.

Las Audiencias Provinciales pueden aplicar la restrictiva legislación vigente en materia de admisión de prueba en segunda instancia o bien pueden admitir más ampliamente la petición de repetición de pruebas ya realizadas en primera instancia

Igual sucedió en la STC 144/2012 de 2 de julio en la que la Audiencia Provincial valoró de forma distinta, a como lo hizo el Tribunal a quo, las pruebas practicadas en primera instancia. Entre las pruebas revisadas por el Tribunal *ad quem* se hallaba el atestado policial que considera el TC no puede valorar de forma distinta por haber comparecido los policías al juicio en primera instancia y haber declarado también otras personas con relación a los hechos que contenía: «... la Sala afirma utilizar la prueba documental y pericial para sustentar su juicio de revisión (atestado policial, expediente de la Inspección

de Trabajo y Seguridad Social, pericial caligráfica de la Guardia Civil), elementos probatorios que, como también hemos afirmado, sí pueden en principio ser fiscalizables en vía de recurso sin merma de las garantías constitucionales .../... No obstante, en este caso estas diligencias, como reconoce el Fiscal, no pueden tener la eficacia revisora que les otorga el Tribunal, pues las mismas fueron llevadas después al plenario por quienes elaboraron dichos documentos, siendo ratificados y sometidos a contradicción a través de las declaraciones de los policías, agentes de la Guardia Civil y técnicos correspondientes de la Inspección de Trabajo (aportando éstos informaciones específicas sobre las particularidades del accidente), revistiendo estos testimonios una naturaleza incuestionable personal, por lo que el Tribunal de apelación no se puede apartar de las conclusiones obtenidas de los mismos por el Juez de instancia sin celebrar previamente vista pública y haber oído personalmente y directamente a sus protagonistas» (STC 144/2012 de 2 de julio). Parece olvidar el Tribunal Constitucional que los atestados policiales tienen una naturaleza compleja en la que se contienen distintos elementos que pueden ser valorados de forma distinta. Aunque, en realidad, lo que sucede es que la revisión de la prueba en apelación suele ser una tarea compleja en la que la modificación de un hecho concreto está relacionado inevitablemente con otro y, finalmente, prácticamente todos los hechos se introducen en el proceso penal mediante la declaración de acusados, víctimas, testigos y peritos en el acto del juicio oral. Así lo entiende también el TC: «En definitiva, los elementos probatorios ahora utilizados por la Audiencia Provincial, documental y pericial, en los que basa la modificación de los hechos probados de la Sentencia de instancia, están absolutamente imbricados sus resultados con la credibilidad de los testimonios de las pruebas personales que luego se desarrollaron en el plenario (declaraciones de acusados, perjudicado, testigos y peritos), no pudiéndose disociar en la forma en que se ha hecho por la Sala unos elementos de otros, pues ello supone una desnaturalización del contenido de la doctrina emanada de la STC 167/2002, al ponderarse así con esta fórmula de manera indirecta por el órgano de apelación pruebas de carácter personal sin las debidas garantías constitucionales y otorgarse por el mismo una preeminencia al contenido de las declaraciones documentadas sobre los propios testimonios personales, practicados en el momento cumbre del proceso penal respetando los principios de intermediación y contradicción» (STC 144/2012 de 2 de julio). Esa constatación es la que debería conducir a renunciar a la pretensión de repetir prueba alguna en segunda instancia y a permitir que los Tribunales de apelación cumplan con su función incorporando en su sentencia la debida motivación que

corresponda que deberá ser más completa en el caso de revisión de la valoración de la prueba en segunda instancia. Por el contrario, la jurisprudencia del TC aboca a la imposibilidad de revisar las sentencias impugnadas en apelación. En el caso citado en la STC 144/2012 se trataba sencillamente de dar por cierta y veraz, o no, la declaración de los policías que declararon en el plenario afirmando unos hechos a partir de su actividad policial en el lugar del delito (un accidente laboral). La declaración constaba en la documentación de la causa (grabación). En ese caso, lo que hace el Juez es no otorgar valor suficiente a los hechos aportados por los policías en su declaración. Por el contrario la Audiencia sí que considera relevantes las manifestaciones de los policías. Es más la Audiencia acude al atestado policial en el que constan los datos y circunstancias que permiten dar valor a la declaración de los policías. Valoración de la prueba documental que tampoco admite el Tribunal Constitucional que considera que la Audiencia Provincial no podía revisar la prueba practicada en primera instancia.

Finalmente, dos supuestos más en los que se constata la pertinaz voluntad del Tribunal Constitucional de blindar absolutamente las sentencias absolutorias dictadas en la primera instancia del proceso impidiendo que, de ningún modo, puedan ser revisadas por los Tribunales de apelación. En el primero el TC exige una vista contradictoria también para el supuesto de que la Audiencia revise la calificación jurídica: «Partiendo de la doctrina reseñada, y aun tomando en consideración el dato de que, como se ha concluido en el fundamento jurídico anterior, la Audiencia Provincial resolvió en rigurosos términos de calificación jurídica sobre los hechos declarados probados por la Sentencia apelada, ello no implica necesariamente que aquel órgano judicial pudiera prescindir de otorgar al demandante de amparo la oportunidad

de ser oído en la fase de recurso, audiencia que, como se señala en la precitada STEDH de 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu c. Rumanía*, § 58, no ha de confundirse con el derecho del acusado a hablar el último que, aunque pueda revestir una cierta importancia, debe distinguirse del derecho a ser escuchado, durante los debates, por un Tribunal». STC 184/2009 de 7 de septiembre. En el segundo supuesto, referido a la STC 120/2009, el TC exige lo que llama «... una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas...» para el supuesto en el que el Tribunal de apelación se pronuncie sobre la culpabilidad del acusado con base en el relato de hechos probados de la sentencia de primera instancia: «... cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal...».

Expuesto lo anterior no es extraño que las Audiencias Provinciales se inhiban ante las legítimas peticiones de las acusaciones de revisión de la valoración de la prueba en las sentencias absolutorias en la primera instancia del proceso penal. Puesto que por una parte el TC no admite revisión alguna de la prueba en segunda instancia y por otra la legislación procesal no permite (acertadamente) la repetición de prueba alguna en la segunda instancia por ser un absurdo. Precisamente, a la limitación legal para la práctica de prueba en segunda instancia se ha referido la STC 120/2009 de 18 de mayo con una argumentación en la que mantiene que: «... corresponde a los propios órganos judiciales interpretar las disposiciones de la Ley de enjuiciamiento criminal concier-

tes a la admisión de pruebas en la fase de apelación. En consecuencia, hemos aceptado —por ser respetuosa con la limitación constitucional a que nos referimos— aquella interpretación que entiende que con arreglo al art. 790.3 LECrim. —y, anteriormente a su art. 795.3— sólo podrán practicarse en apelación aquellas diligencias de prueba que no pudieron proponerse en la primera instancia, las propuestas que fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva, y las admitidas que no fueron practicadas por causas que no sean imputables al apelante (STC 48/2008, de 11 de marzo, FJ 3.º). Del mismo modo, hemos constatado como compatible con la referida limitación constitucional una interpretación que lleve a admitir la práctica en la segunda instancia de pruebas de carácter personal ya realizadas en la primera, cuando los recurrentes cuestionen los hechos declarados como probados (STC 167/2002, de 18 de septiembre, y las que siguen a la misma en este punto)». En resumen, nos viene a decir el Tribunal Constitucional que las Audiencias Provinciales pueden aplicar la restrictiva legislación vigente en materia de admisión de prueba en segunda instancia o bien pueden admitir más ampliamente la petición de repetición de pruebas ya realizadas en primera instancia. Lo que sucede es que tanto en un caso como otro la consecuencia es la misma y no es otra que la imposibilidad por parte de la Audiencia Provincial de modificar el relato de probados revisando la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de primera instancia. Porque en el caso de que no se admita la prueba en segunda instancia se habría vulnerado, presuntamente, el derecho a un juicio justo del acusado absuelto en primera instancia; mientras que en el caso de admitirse la repetición de la prueba en segunda instancia nos hallaríamos en el absurdo de estar celebrándose un nuevo juicio en la alzada. ■

laleydigital.es ITER PROCESAL

NUEVO PRODUCTO
ÚNICO EN EL MERCADO






Siga siempre el mejor camino

La primera guía interactiva de los procesos civiles para controlar eficazmente tanto su actividad como la de sus colaboradores y parte contraria, así como simular su estrategia procesal

Y CON LA GARANTÍA DE UN EXTRAORDINARIO EQUIPO DE AUTORES COORDINADOS POR **MANUEL ORTELLS RAMOS**

Catedrático de Derecho Procesal de la Univ. de Valencia, autor-coordinador del Proceso Civil Práctico

ENFOQUE TOTALMENTE PRÁCTICO Y MUY FÁCIL DE MANEJAR

-  Escoja el procedimiento de su interés.
- 
-  Seleccione el tribunal, rol y fase de recurso.
- 
-  Muestra gráficamente el procedimiento, la actuación procesal en que se encuentra y los pasos anteriores o posteriores.

 LA LEY
grupo Wolters Kluwer

INFÓRMESE AHORA
902 250 500 tel | clientes@laley.es | laleydigital.es



Práctica Forense

Valor probatorio de un correo electrónico

Valor probatorio de un correo electrónico

Ernesto MARTÍNEZ DE CARVAJAL HEDRICH

*Técnico Superior Informático. Master en e-commerce. Perito Informático
Miembro de la Asociación catalana de peritos judiciales (www.perits.org)*

El trabajo analiza el valor probatorio del correo electrónico, destacando que de su cabecera se extrae su huella cronológica real y el nombre del equipo donde se redactó, extremos que no afectan al derecho a la intimidad, a diferencia del contenido del correo.

El correo electrónico se ha convertido en el medio más habitual de comunicación empresarial. También es un medio utilizado con frecuencia de forma fraudulenta por quienes se creen amparados por el aparente anonimato que ofrece Internet. Por ello es muy habitual que en los procesos judiciales las partes aporten copias impresas de correos electrónicos. De la forma en que se realice dicha aportación depende su fuerza probatoria, que puede llegar a ser equivalente a la de un burofax.

Por regla general, cuando una parte considera que dispone de un correo electrónico de especial relevancia para el caso lo aporta impreso, tal y como se genera al pulsar la opción de «imprimir» del programa de gestión de correos utilizado. La realidad es que el valor intrínseco de dicha prueba es prácticamente nulo y queda a expensas de que la otra parte no lo impugne ya que, caso de hacerlo, difícilmente se puede defender su legitimidad sin el adecuado soporte técnico. Esta carencia de fuerza probatoria se debe a que lo que se aporta en una copia impresa del correo y, como tal, es extremadamente sencillo generar documentos de texto con una apariencia idéntica, por lo que se genera una duda razonable sobre su autenticidad.

En algunos casos la parte que lo aporta intenta reforzar dicha autenticidad mediante un acta notarial pero la realidad es que dicha acta nunca sirve para dicho propósito ya que el notario únicamente podrá certificar que el correo electrónico está contenido en un determinado ordenador y que la copia impresa es fiel reflejo de lo que ve en pantalla, sin poder llegar a certificar que eso que ve en pantalla sea o no original y verídico.

En otros casos se llega incluso a aportar la versión impresa que incluye los datos ocultos de la cabecera del mismo, en un intento adicional de reforzar su originalidad pero, una vez más, de poco sirve sin el adecuado soporte técnico ya que, al igual que el propio email, es extremadamente sencillo generar documentos impresos que parezcan correos electrónicos, incluyendo esos datos ocultos de cabecera.

Se ha de tener en cuenta, por otro lado, que es también muy sencillo generar a posteriori un correo electrónico con un contenido, remitente, destinatario, fecha y hora que sea extrañamente favorable para quien lo aporta.

Así pues, el valor probatorio de un correo electrónico solo se logra mediante el correspondiente informe pericial informático en el cual se analice el equipo, o equipos, que lo contiene, los datos de cabecera y, sobre todo, su correspondencia cronológica. Es importante recalcar lo de «informático» porque en ocasiones se pretende buscar el apoyo técnico en otros profesionales cuyo informe carece del fundamento necesario. No hace mucho parti-

cipé como perito en un caso en el que la parte contraria aportaba un informe pericial emitido por un perito de otra especialidad quien, con toda seguridad, debía ser un experto en su materia, pero en esta ocasión le hizo un flaco favor a su cliente realizando afirmaciones que en modo alguno se correspondían con la realidad lo cual, como era de esperar, acabó pasando factura a la parte a quien pretendía favorecer.

El análisis forense de un correo electrónico se basa, principalmente, en los datos contenidos en su cabecera, datos que, en principio, están ocultos.

Los mensajes de correo electrónico siguen una estructura predefinida (*standard* RFC 822) para lograr una comunicación efectiva entre los diferentes ordenadores por los que va pasando durante su proceso de transmisión desde el emisor hasta llegar al destinatario o destinatarios.

Entre otras, dicha estructura permite detectar la fecha y hora en la que se realiza el envío, identificar el remitente y el destinatario, detectar errores en la transmisión, etc.

En esta estructura se distinguen dos partes fundamentales, las cuales son denominadas cabecera y cuerpo del mensaje.

La cabecera contiene toda la información relacionada con la transmisión del mensaje y permite determinar con certeza quién lo envía, cómo, qué día y a qué hora.

La segunda parte de la estructura del mensaje es la que contiene o transporta la información. Esta aparece después de la línea null que marca el fin de la cabecera y se compone de una serie de líneas que contienen caracteres ASCII y cuya longitud depende de la cantidad de información que el usuario desea transmitir.

RFC 822 define el protocolo SMTP, el cual es de características cliente/servidor. Por definición, el cliente SMTP es el que inicia la sesión y el servidor SMTP es el que responde (receptor SMTP). Tanto cliente como servidor de una sesión SMTP corresponden a servidores de correo electrónico.

Esta es una muestra de una cabecera de un mensaje de correo electrónico:

```

Delivered-To: SrGarcia@gmail.com
Received: by 10.36.81.3 with SMTP id e3cs239nzb; Tue, 29 Mar 2005 15:11:47 -0800 (PST)
Return-Path: Received: de correo.proveedordecorreoelectrónico.com (correo.proveedordecorreoelectrónico.com [111.111.11.111]) por mx.gmail.com with SMTP id h19si826631rnb.2005.03.29.15.11.46; Tue, 29 Mar 2005 15:11:47 -0800 (PST)
Message-ID: <20050329231145.62086.mail@mail.emailprovider.com>
Received: from [11.11.111.111] by mail.emailprovider.com via HTTP; Tue, 29 Mar 2005 15:11:45 PST
Fecha: Tue, 29 Mar 2005 15:11:45 -0800 (PST)
De: Mr Jones

Asunto: Hello
Para: Sr. Sánchez
  
```

El análisis del mismo permite determinar lo siguiente:

1. Cuándo redacta el mensaje el Sr. García:

Fecha: Tue, 29 Mar 2005 15:11:45 -0800 (PST)
De: Mr Jones
Asunto: Hello
Para: Sr. Sánchez

2. Cuándo se envía el mensaje a través de los servidores de correo electrónico del Sr. García, correo.proveedorcorreo.com:

Message-ID: <20050329231145.62086.mail@mail.emailprovider.com>
Received: from [11.11.111.111] by mail.emailprovider.com via HTTP; Tue, 29 Mar 2005 15:11:45 PST

3. Cuándo se transfiere el mensaje desde el proveedor de correo electrónico del Sr. García a la cuenta de Gmail del Sr. Sánchez:

DeliveredTo: SrSanchez@gmail.com
Received: by 10.36.81.3 with SMTP id e3cs239nzb; Tue, 29 Mar 2005 15:11:47-0800 (PST)
Return Path: SrGarcia@proveedorcorreo.com
Received: from correo.proveedordecorreoelectrónico (correo.proveedordecorreoelectrónico.com [111.111.11.111]) by mx.gmail.com with SMTP id h19si826631rnb; Tue, 29 Mar 2005 15:11:47-0800 (PST)

Así pues, como puede verse, en la cabecera encontramos datos que son aportados por el servidor de correo del proveedor de servicios utilizado y que permite determinar la huella cronológica real del correo, al margen de la fecha y hora que pudiesen tener los equipos emisor y receptor. Asimismo, permite conocer otra información, como el nombre del equipo en el que se redactó, algo que puede ayudar a señalar a un equipo en concreto y, por lo tanto, al posible autor del mismo.

En cuanto al contenido del mensaje, una vez determinada la autenticidad del correo electrónico en sí, queda también acreditado. Cuando la labor del perito es localizar posibles correos con un determinado contenido se ha de tener muy en cuenta la espinosa cuestión del derecho a la intimidad ya que el contenido del correo electrónico, equiparado a la correspondencia tradicional, pertenece a la esfera de la persona, no así los datos de cabecera, equiparables a lo que aparece en el exterior de un sobre. En mi caso concreto cuando, para poder responder a un extremo, necesito acceder a los contenidos, lo comento previamente con el Juez o con quien lleva la dirección letrada del caso. ■

Por otro lado el análisis de las diferentes secciones permite determinar:

La dirección de correo electrónico del destinatario.	Delivered-To: SrSanchez@gmail.com
La fecha en la que el mensaje llegó a los servidores de Gmail	Received: by 10.36.81.3 with SMTP id e3cs239nzb; Tue, 29 Mar 2005 15:11:47 -0800 (PST)
La dirección desde la que se envió el mensaje así como la fecha y hora de recepción	Received: from correo.proveedordecorreoelectrónico.com (correo.proveedordecorreoelectrónico.com [111.111.11.111]) by mx.gmail.com with SMTP id h19si826631rnb.2005.03.29.15.11.46; Tue, 29 Mar 2005 15:11:47 -0800 (PST)
Un número exclusivo asignado por correo.proveedorcorreo.com para identificar el mensaje	Message-ID: 20050329231145.62086.mail@correo.proveedorcorreo.com
De dónde proviene el correo y el medio utilizado	Received: from [11.11.111.111] por correo.proveedordecorreoelectrónico.com via HTTP; Tue, 29 Mar 2005 15:11:45 PST
La fecha, el remitente, el asunto y el destino: el Sr. García introdujo esta información (excepto la fecha) al redactar el mensaje de correo electrónico	Date: Tue, 29 Mar 2005 15:11:45 -0800 (PST) De: Mr Jones Asunto: Hello Para: Mr Smith



Práctica Forense

El dictamen pericial de caminos y servidumbres de paso

LA LEY 83/2013

El dictamen pericial de caminos y servidumbres de paso

Xavier CAMPILLO I BESSES

Doctor en Geografía. Miembro de la Associació catalana de perits judicials i forenses

El artículo aborda la pericia de caminos y servidumbres de paso destacando su consideración como objeto geográfico destinado a satisfacer necesidades sociales y económicas en el ámbito de la movilidad y el transporte.

El dictamen pericial geográfico en el ámbito de los caminos rurales suele tener las finalidades siguientes: 1. Determinar su propiedad (pública o privada); 2. Documentar su existencia, trazado y anchura; 3. Documentar la existencia de servidumbres de paso o demostrar la necesidad objetiva de su existencia y características.

La determinación de la titularidad de los caminos y su defensa jurídica plantea dificultades de tipo conceptual y metodológico. El hecho de que a menudo sea necesario dirimir los conflictos relativos a la propiedad de los caminos en el ámbito judicial, no debería hacer olvidar que los caminos son en primer lugar una infraestructura viaria cuya razón de ser es la satisfacción de necesidades sociales y económicas en el territorio. Los caminos son vías de comunicación al servicio de la movilidad, bienes inmuebles pegados al terreno contruidos con una finalidad práctica: posibilitar el tránsito de personas y el tráfico de mercancías, con la ayuda de los medios de transporte al alcance, antaño caballerías, hoy vehículos automóviles. Los caminos son pues una parte del sistema terrestre de comunicaciones y transportes que configura una densa y extensa red territorial de naturaleza funcional, y es en este sentido que podemos afirmar que los caminos son un objeto intrínsecamente geográfico.

En el ordenamiento jurídico español los caminos se definen por exclusión con respecto a la red de carreteras, dado que son caminos todos los viales no urbanos que no tienen esta consideración según la ley de carreteras. La ley catalana clarifica la distinción legal entre carreteras y caminos y nos proporciona un esbozo de división jerárquica:

1) Una red primaria integrada por las vías de dominio público de titularidad municipal de acceso a los núcleos de población.

2) Una red secundaria de caminos rurales integrada por las vías de dominio público de titularidad municipal.

3) Una red terciaria formada por caminos forestales, públicos o privados (dentro de la cual podríamos incluir también los caminos de uso agrícola).

4) Las vías privadas.

Obtendremos una visión completa de la red de caminos si a estas categorías añadimos:

5) Los caminos no aptos para la circulación rodada (caminos de herradura y senderos).

6) Las vías pecuarias.

De buen principio hay que aclarar que los caminos públicos no son derechos de paso sino bienes inmuebles de titularidad pública (como las carreteras), y ello no excluye que las administraciones públicas puedan ser titulares también de servidumbres públicas de paso. En caso de conflicto, determinar si una vía es de propiedad pública o privada es una competencia de la jurisdicción civil. No obstante, hay que subrayar que las pruebas técnicas que deben permitir juzgar sobre el caso en disputa son esencialmente de naturaleza geográfica e histórica. Esto es así porque, a diferencia de las carreteras de nuevo cuño (que incluyen expedientes de cesión y expropiación de los terrenos afectados), la mayoría de caminos públicos corresponden a vías que tienen un origen histórico. Aunque jurídicamente un camino público sea en última instancia cualquier camino que un municipio haya adquirido de una forma admitida en derecho, en el ámbito de los caminos el título de adquisición suele ser un proceso histórico de naturaleza inmemorial consistente en la posesión de la cosa

desde tiempos remotos. De ahí que la prueba o demostración de la propiedad pública de un camino deba tener dos partes o componentes: 1. La posesión (o uso público); 2. El carácter inmemorial de la posesión.

Si la titularidad pública de los caminos es el resultado de un proceso histórico, está claro que el reconocimiento jurídico de la propiedad no es el origen sino la consecuencia de una realidad de hecho, puesto que este reconocimiento está subordinado a una secuencia previa de hechos que no son propiamente de naturaleza jurídica. Por eso decimos que los caminos públicos son, en primer lugar, una realidad geográfica, socioeconómica, histórica y cultural. Esta realidad es reconocida explícita o implícitamente por la legislación aplicable y la jurisprudencia. El Real Decreto de caminos vecinales de 1848 define los caminos vecinales de primer orden a partir de su funcionalidad social y económica: «por conducir a un mercado, a una carretera nacional o provincial, a un canal, a la capital del distrito judicial o electoral, o por cualquier otra circunstancia, interesen a varios pueblos a un tiempo y sean de tránsito activo y frecuente». *Idem* la Ley de caminos vecinales de 1904: «Los que unan carreteras del estado o provinciales con estaciones de ferrocarriles... cabezas de Partidos judiciales o poblaciones en que haya mercados o fábricas importantes con estaciones de ferrocarriles... Los de interés común a dos o más ayuntamientos o que por alguna circunstancia especial afecten al tránsito general de una región importante» y la Ley de caminos vecinales de 1911: «Son caminos de servicio público a los efectos de la ley: los que enlacen un pueblo con otro, con una estación de ferrocarril, con un puerto, cala o embarcadero, con un mercado o establecimiento de servicio o utilidad pública o con una carretera construida o camino vecinal en buen estado de conservación por los cuales se pueda ir a cualquiera de esos puntos; los que enlacen dos de ellos, los que dentro de un municipio enlacen la cabeza del mismo con los suburbios». El *Costumari* publicado en 1921 por la Mancomunidad de Cataluña recoge asimismo esta asociación entre uso y función «[són camins públics] els camins rals, els veïnals, els que segueixen el jaç d'un riu o riera, o canal públic, i els que van a una església, cementiri o a una font pública». Y por último, también la jurisprudencia avala el vínculo entre funcionalidad y uso público: STS de 7 de mayo de 1987: «[...] que al servir de acceso a un lugar como es el mencionado Santuario, tiene una finalidad pública indiscutible, que sirve de impronta a la propia naturaleza jurídica del camino de que se trata».

O sea que a la hora de definir los caminos de uso público el legislador remite reiteradamente a ejemplos de funcionalidad y jerarquía de la infraestructura viaria, y aquí hay que subrayar que el estudio de la funcionalidad o el uso, la estructura territorial y la

jerarquía de la red viaria es una competencia de la ciencia geográfica.

En términos jurídicos, el uso público de un camino equivale a la posesión del bien inmueble. Los juristas han considerado el uso público de una vía una realidad de hecho determinable por el uso inmemorial, la afectación a un servicio público y la inclusión en un inventario. Al mismo tiempo, la doctrina jurídica y la jurisprudencia ha identificado el uso público con un convencimiento colectivo que se puede definir como «el uso que se hace del bien con el convencimiento de que se está ejerciendo un derecho inherente a la colectividad». Esta definición, aunque puede ser acertada desde una perspectiva sociológica y cultural, requiere, desde una óptica técnica extrajurídica, una explicación del uso público menos dependiente de un convencimiento que es por su propia naturaleza subjetivo, aunque compartido por la colectividad. Y también porque el testimonio subjetivo de la colectividad —que debe situarse en el marco de la inmemorialidad para que sea plenamente efectivo— resulta cada vez más difícil de obtener debido al despoblamiento de muchas zonas rurales, o porque los ancianos de hoy en día con frecuencia ya no pueden documentar el uso original o tradicional de muchos caminos históricos, porque desconocen el uso que de los mismos habían hecho sus padres y abuelos. Y no hay que olvidar tampoco que los testigos pueden verse presionados por el entorno social y que se niegan a veces a declarar, o que las declaraciones de testigos pueden ser contradictorias, lo que erosiona su credibilidad. Es por ello que en mi opinión las pruebas documentales de naturaleza objetiva tienen una relevancia cada vez mayor en los procesos en defensa de los caminos públicos.

El uso público de los caminos es asimismo un hecho geográfico. Hemos visto cómo el legislador reiteradamente relacionaba el uso público de los caminos con la satisfacción de determinadas funciones socioeconómicas. Esto es el resultado de un razonamiento empírico de naturaleza geográfica. En efecto, desde esta perspectiva el uso público de una vía es una consecuencia de la funcionalidad de la vía en cuestión. Para la geografía un camino público es un camino que satisface necesidades sociales y económicas inherentes a la colectividad, o sea un camino que tiene o asume una funcionalidad pública (tal como ocurre con carreteras, plazas y calles).

Si el uso público es la expresión de una función, la función de la vía es la manifestación de una necesidad objetiva, social o económica de la colectividad. Por consiguiente, la demostración geográfica del uso público —con el concurso de pruebas documentales

y de testigos— pasa por la identificación de las funciones sociales y económicas que los caminos satisfacen o han satisfecho para la colectividad: ¿cuál es o era la razón de ser del camino?, ¿qué uso se hace o se hacía, y por parte de quién?, ¿cuál es o era su utilidad a los ojos de la colectividad? Estas son las preguntas que habrá que responder.

Para probar la naturaleza pública de un camino, el segundo factor que habrá que demostrar será el carácter inmemorial del uso público. La ley no proporciona una definición de la inmemorialidad, pero está claro que el término tiene un fundamento memorístico no historicista. El antiguo artículo 343 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña definía la inmemorialidad como sigue: «*quan l'actual generació, ni per ella mateixa ni per tradició de l'anterior, hagi conegut un estat diferent de les coses*». Es decir, que no se trata de ausencia de documentación histórica (la memoria que nos proporcionarían los documentos históricos conservados en archivos) sino de ausencia de memoria social o colectiva. Por consiguiente, no es necesario que nos remitamos al tiempo de los romanos.

Desde una óptica técnica y metodológica, si la titularidad pública de un camino deriva de un proceso histórico, lo que con las fuentes de información se tendrá que documentar y probar hasta donde sea posible o necesario, será el mismo proceso que equivale al uso público desde tiempo inmemorial.

Como España no dispone de una ley marco de caminos, vigente y actual, a imagen de la Ley de carreteras, el uso en el lenguaje jurídico, legal y administrativo actual de términos como camino vecinal, camino rural, pista forestal, resulta bastante confuso porque no parte de una definición clara y actualizada de estos términos, los cuales remiten a legislaciones sectoriales con definiciones diferentes —cuando no divergentes— y a textos legales periclitados, como las leyes de caminos vecinales antes mencionadas.

A esta confusión contribuye aún la subsistencia, en forma de costumbre o tradición, de términos en uso desde la edad media, como el término camino real, referido a los caminos públicos principales que unen dos pueblos entre sí. Los caminos reales no son más que los mismos caminos que pasarían a denominarse caminos vecinales en la nueva terminología introducida por la legislación de vías de hace dos siglos. Así, en el transcurso del siglo XIX el mismo camino real que aparece mencionado en documentos notariales y cartográficos, pasa a menudo a denominarse camino vecinal, de acuerdo con la terminología en boga. En suma, desde una óptica histórica, geográfica y cultural, los caminos vecinales (según la li-

teratura administrativa decimonónica) y los caminos reales (que remiten al viejo régimen foral) son por definición caminos de uso público desde tiempo inmemorial, de titularidad pública municipal.

Dicho esto, resulta obvio que los caminos públicos no son una mera infraestructura viaria con una utilidad económica, sino también una realidad social y cultural. Este hecho se hace especialmente patente en el concepto de uso público entendido como un convencimiento colectivo. El pueblo es el agente que ejerce la posesión del bien público a través del uso colectivo del camino. Por eso se lo apropia colectivamente y lo vive como algo propio, y lo convierte incluso en un signo de identidad de la comunidad. Un refrán valenciano dice así «*Qui sembra en camí real, perd lo gra i lo jornal*». Aunque el pueblo no sabe de leyes ni racionamientos jurídicos, sí sabe que los caminos públicos son algo sagrado, y esta certeza enlaza con la naturaleza inalienable e imprescriptible que, efectivamente, la legislación aplicable reconoce a los bienes de dominio público.

Una definición geográfica de los caminos privados basada en la funcionalidad puede acabar de contribuir a distinguir ambas realidades. La definición de vía de servicio que incluye la Ley de carreteras es una buena definición empírica de lo que realmente es un camino privado: «Los caminos de servicio o de acceso construidos como elementos auxiliares o complementarios de las actividades específicas de sus titulares». Un camino privado es pues un camino construido por un particular en el interior de su finca privada para satisfacer las necesidades propias de la finca, y eso es lo que deberá acreditar o probar el dictamen pericial.

A modo de conclusión se puede destacar la consideración de los caminos como un objeto geográfico, en tanto que infraestructura territorial destinada a satisfacer necesidades sociales y económicas en el ámbito de la movilidad y el transporte, y, en este contexto, la identificación de la titularidad pública con el resultado de un proceso histórico fundamentado en la inmemorialidad del uso público y por último la consideración del uso público como una expresión o manifestación de la funcionalidad de las vías asociada a la satisfacción de necesidades objetivas inherentes a la colectividad. La incompreensión del objeto en todas sus dimensiones puede conducir a juicios absurdos, como el de aquel municipio que ante una demanda vecinal justa se negaba a defender el camino real aduciendo que su titularidad catastral era privada y que el ayuntamiento desconocía quién era su propietario. Tener que probar que un camino real es público es algo parecido a tener que demostrar de quién es la calle o la plaza Mayor. ■

DOSSIER



Dossier

Dossier de los tribunales
sobre probática

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

LA LEY 225/2013

Dossier de los tribunales sobre probática

Carlos DE MIRANDA VÁZQUEZ

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

Se recoge la segunda parte del trabajo sobre prueba indiciaria y estándares de prueba. Más concretamente se estudia la prueba indiciaria civil —presunciones judiciales del art. 386 LEC— y los supuestos de concurrencia de hipótesis fácticas que explican una misma masa de indicios probados, con el fin de dotar de un cierto contenido objetivo al estándar propio del ámbito civil «probabilidad prevaleciente» o «preponderancia de evidencia», sobre casos reales resueltos por nuestros Tribunales.

EL ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

1. BREVÍSIMA INTRODUCCIÓN

Cuando un justiciable litiga, siempre le surge la misma pregunta: ¿qué cantidad de prueba se precisa en un determinado caso para convencer al juzgador sobre la verdad de una afirmación de hecho controvertida? En otras palabras, ¿qué dosis de evidencia se debe proporcionar al órgano jurisdiccional para que éste se convenza? La pregunta aún se puede formular de manera más precisa: ¿con qué cantidad de evidencia alcanzará el juzgador el convencimiento de que determinada afirmación de hecho es verdadera? Al umbral en el que el juez, sobre determinada dosis de evidencia (léase, cantidad o volumen de prueba), supera la duda y anida en su mente la certeza, es a lo que se denomina técnicamente «estándar de prueba». El reto científico que plantea dicho umbral es el de su determinación. Dicho de otro modo, se trata de averiguar dónde está situado, de modo que el órgano jurisdiccional puede percatarse con facilidad, en cada caso, de si lo ha superado o no (1).

2. UNAS POCAS CONSIDERACIONES TEÓRICAS PREVIAS

1. Supongamos un pleito en el que se carece de prueba directa. Al término del juicio, el

órgano jurisdiccional cuenta con un cúmulo de indicios probados —resultando dicho adjetivo de suma relevancia—, porque si no lo están, el juzgador debería rechazar cualquier inferencia sustentada en ellos. De ordinario, tendrá sobre la mesa dos razonamientos distintos —uno por cada parte litigante—, que enlazan los referidos indicios (o parte de ellos) con cada una de las tesis fácticas en liza. A partir de aquí, el juzgador tiene que inclinarse por alguna de las dos tesis enfrentadas.

2. Lo que parece acontecer en la praxis forense es que el órgano jurisdiccional escoge la tesis fáctica que cuenta con un mayor soporte indiciario. Dicho con otras palabras, se queda con aquella hipótesis factual que «explica» un número mayor de indicios y que, en consecuencia, «contradice» un número menor de ellos.

3. De lo dicho ya se puede extraer una consideración de hondo calado: todo parece apuntar a que, en el plano civil, lo que cuenta para que una de las partes vea acogida su tesis fáctica es que consiga reunir más indicios en apoyo de su afirmación fáctica que la parte contraria.

4. Así las cosas, parece que ya tenemos respuesta para el interrogante que se ha planteado anteriormente en relación con la cantidad o volumen que se precisa en el proceso civil para que una hipótesis fáctica, entre varias competidoras, sea escogida por

el juzgador, en un caso en que la prueba sea indirecta (presuntiva o indiciaria). La dosis de prueba apropiada en el proceso civil será aquella que permita a una de las hipótesis fácticas encontrar soporte en un número superior de indicios. Dicho de otro modo, aquella tesis que cuenta con un grado de confirmación superior. Considero que esta idea subyace a la denominación que en el ámbito anglosajón se atribuye al estándar de prueba civil: *preponderance of evidence*.

5. Lo anterior puede dar lugar a cierto malentendido que se encuentra en la literatura probatoria y que me apresto a aclarar por adelantado. En tiempos antiguos, una cierta obsesión por asegurar el acierto del juzgador a la hora de resolver sobre prueba indiciaria condujo a que se establecieran dosis cuantitativas de indicios para cada tema de prueba. Y se decía, en consecuencia, que los indicios se «cuentan».

Evidentemente, el establecimiento de dichas fórmulas cuantitativas, rígidas, privaba a la prueba presuntiva de su frescura racional, amén de que pretendía cerrar la puerta a la riqueza inaprensible de la realidad factual. Así, surgió una pronta y enérgica reacción que, en lo esencial, defendía que cada caso era distinto, siendo que el poder de convicción de un indicio podía variar de un caso a otro, de manera que se tenía que estar a su relevancia en el supuesto concreto. De ahí que se afirmara que los indicios no se «cuentan», sino que se «pesan». Pero, en cualquier caso, ni un enfoque, ni el otro, dan buena cuenta del estándar de prueba civil en materia de indicios.

6. En los últimos años, algunos probatoristas han sostenido que el razonamiento judicial que desemboca en la elección entre una de las hipótesis fácticas enfrentadas, sustentadas en indicios, es mucho más complejo que la mera superioridad numérica de los signos que apoyan los respectivos razonamientos presuntivos. Dichos estudiosos señalan que este proceso racional disquisitivo (al que técnicamente aluden como «inferencia hacia la mejor explicación») es mucho más complejo que asignar indicios a una o a otra hipótesis y luego contar con cuántos cuenta con cada una o qué mayor fuerza tienen los de un lado frente a los del otro. Estos estudiosos sostienen que el examen entre ambas tesis factuales enfrentadas pasa por evaluar cada una de ellas con arreglo a criterios tales como los siguientes: consistencia interna, capacidad para explicar diferentes clases de hechos, alto grado de coherencia con otras creencias de transfondo, simplicidad, no ser *ad hoc*, etc. (2).

A esta teoría se le han enfrentado algunas observaciones críticas. La principal es que resulta excesivamente excesiva para el ámbito civil. Hago más las palabras de LAUDAN

cuando afirma que «según las reglas actuales, si el actor tiene una mejor versión que la del demandado, debe ganar el juicio, aun cuando su teoría del caso no satisfaga los requerimientos a efectos de calificarla como la mejor explicación. En este estado de cosas, la IME [inferencia hacia la mejor explicación] es simplemente demasiado exigente como estándar de prueba civil» (3).

A mi modo de ver, hay otras objeciones que podrían añadirse perfectamente a la anterior. A saber, los epistemólogos jurídicos que han defendido tal planteamiento (de la *inferencia hacia la mejor explicación*) ni tan siquiera han conseguido ponerse de acuerdo sobre lo que conciben bajo la expresión «mejor explicación». Ya no se diga nada de las severas discrepancias que existen en cuanto a la nómina de criterios. Además, los criterios no se han graduado, de modo que se dificulta, cuando no imposibilita, dar una solución en aquellos casos en que —por poner un ejemplo— una hipótesis es más simple o económica que la rival, pero es menos probable en términos estadísticos (ha ocurrido muchas menos veces que la adversaria).

Visto que la teoría de la *inferencia hacia la mejor explicación* como estándar de prueba civil no resulta apropiada, nos alineamos con las escasas voces que han cuestionado su utilidad (como es el caso del propio LAUDAN).

7. Volvemos a estar como al principio. ¿Qué cantidad de indicios es preciso proporcionar al juzgador y de qué calidad deben ser éstos de manera que el órgano jurisdiccional se acabe inclinando por la tesis fáctica del litigante en detrimento de la de su adversario? Lo cierto es que no se encuentra respuesta en la dogmática. Tampoco corremos mejor suerte en la jurisprudencia —lo cual es lógico— por cuanto los Tribunales de Justicia no están para teorizar sobre las instituciones, sino para resolver las controversias que se les plantean. Con todo, es posible asentar ciertos postulados (aunque más bien se trate de hipótesis de trabajo) a la vista de lo que se desprende del análisis de resoluciones judiciales en las que se han resuelto casos, con hipótesis enfrentadas, sobre la base de presunciones judiciales. A saber:

i) El criterio prevalente es el de la superioridad numérica de los indicios que soportan una tesis factual en relación con la sostenida de adverso.

ii) Resulta sumamente difícil aislar supuestos en que una menor cantidad de indicios a favor de una tesis no constituye un obstáculo para que sea escogida por el órgano jurisdiccional, debido a su sobresaliente «potencia indicativa».

iii) Las situaciones de «empate», esto es, aquellas en que ambas tesis encuentran igual soporte en el conjunto de indicios probados,



hacen nacer en el juzgador un estado psicológico de duda —*dubio*— que se acaba resolviendo merced a las reglas legales de la carga de la prueba —art. 217 LEC—.

Mejor será trasladar las anteriores ideas al lector mediante el examen de algunos supuestos concretos extraídos del repertorio jurisprudencial.

3. ALGUNOS SUPUESTOS DE SUPERIORIDAD «CUANTITATIVA» ABRUMADORA

1. Comenzaré exponiendo los hechos del caso examinado, en sede de recurso de apelación, por la Sección 1.ª de la AP Huelva, en su sentencia 97/2010, de 7 de mayo (LA LEY 167567/2010): Un caballo se escapa, de donde fuera que estuviera recogido, y transita por una carretera comarcal, hasta que es embestido por un vehículo que se encuentra de repente con el animal. Fruto de la colisión, el caballo muere en el acto. Cuando llega la Policía, encuentran a un individuo junto al vehículo y al caballo. De primeras, dicha persona manifiesta ser el propietario del animal. Posteriormente, cuando toma conocimiento de que se le va a exigir responsabilidad civil por dicha razón, niega cualquier relación con el caballo muerto, afirmando en la contestación a la demanda que debía pertenecer a unos feriantes que por allí habían estado en torno al día del siniestro.

En este caso, los indicios que permiten concluir que el caballo causante del accidente pertenece al demandado son muchos y de poca entidad: i) reconocimiento inicial de su titularidad y mutación de lo manifestado en un primer momento cuando toma conciencia de la eventual responsabilidad pecuniaria que se le podría exigir; ii) la trayectoria inequívoca del caballo muerto, que parte del lugar donde el demandado tenía varios caballos re-

cogidos; iii) el animal causante del accidente tenía el mismo «hierro» (marcaje del ganado) que esos otros caballos, ya mencionados; iv) las cuerdas y los nudos que se observaron en las sujeciones de los caballos recogidos junto a la caravana del demandado coinciden exactamente con los que presentaba el animal siniestrado.

Por su parte, el demandado afirmó en su defensa que había otros grupos de caballos en las inmediaciones del lugar del accidente y que el animal que impactó con el vehículo pertenecía a dichas otras manadas de caballos. Lo que no hizo el demandado fue proporcionar el menor indicio al respecto. Tampoco del minucioso atestado policial, elaborado con las notas tomadas, entre otras cosas, de la inspección ocular de los alrededores, se desprendía la existencia de otros caballos que no fueran los del demandado.

En suma, todos los indicios reunidos en este litigio sostiene única y exclusivamente la tesis del actor frente a la hipótesis del demandado que se queda en una mera alegación.

2. Otro caso que me parece muy ilustrativo es el que abordó, en sede de recurso de apelación, la AP Huesca, en su sentencia 39/2000, de 14 de febrero (LA LEY 36660/2000): Dos contendientes se enfrentan por la titularidad de una yegua, de nombre «Isabela». El actor sostiene que ambos litigantes son copropietarios del animal, mientras que el demandado defiende que él es el único y verdadero dueño de la yegua.

Los indicios probados en los que el juzgador tuvo que basar su decisión son los siguientes: i) el actor se encontraba en posesión de la documentación del caballo (certificado de inscripción y carta genealógica); ii) el demandado contaba con la posesión efectiva del animal en sus cuadras; iii) para la adquisición de «Isabela» se entregaron a cambio

dos yeguas, propiedad cada una de ellas de ambos litigantes; iv) durante las dos semanas previas a consumarse el negocio traslativo, la yegua del actor quedó en las caballerizas del demandado; v) el actor viajó al lugar en que se perfeccionó la operación de permuta, lejos, por lo que parece, de su lugar habitual de residencia; vi) el actor no participó en la operación, figurando como parte negocial únicamente el demandado (a la persona que hasta ese momento había sido dueña de «Isabela» se le dijo que el demandante era únicamente un experto en crianza de caballos).

No pueden las partes contentarse con proporcionar unos pocos indicios, sino que deben agotar todas las técnicas heurísticas que brinda la Probática para reunir tantos como puedan. Y a ser posible, deben esforzarse en dar con indicios concretos del tema de prueba al que se enfrentan

La hipótesis de la copropiedad sostenida por el actor encuentra apoyatura en casi todos los indicios expuestos: i) una de las yeguas entregadas para adquirir a «Isabela» era de su propiedad; ii) viajó a la lejana población donde se perfeccionó la transmisión —nadie viaja tan lejos para una operación que no le afecta, por más amigo que se sea de la parte que sí va a transmitir—; iii) tras la adquisición de «Isabela», la documentación de ésta quedó en poder del demandante.

El único indicio que podría apuntarse a la cuenta del demandado es que fuera éste el único que apareciera en el negocio de permuta como adquirente de «Isabela». No obstante, resulta de todo punto plausible que actor y demandado conviniesen en ese modo de actuar, de apariencia «fiduciaria», porque por algún motivo les favoreciese. Por ello, este indicio también podría computar a favor de la tesis del demandante.

No puede dejar de mencionarse una circunstancia llamativa. El demandado —ante la precariedad indiciaria en que se ve inmerso— opta por «modificar» los indicios, únicamente en el plano alegatorio, para poderlos encajar en su hipótesis de la propiedad exclusiva. Y a tal efecto sostiene que si el demandante se halla en poder de la documentación de «Isabela» es porque se la debió sustraer, sin él darse cuenta. Sin embargo, ese indicio «ampliado» (tenencia de la documentación por hurto), que ciertamente, de haberse probado, le insuflaría mucha fuerza a su tesis, carece del menor sostén probatorio: no denunció tan siquiera la supuesta sustracción de los papeles. Igualmente, afirma que la

yegua «Reyerta» —que se entregó junto con «Campanilla» a cambio de «Isabela»— en realidad era suya por transmisión del actor para pago de unas supuestas deudas. De ahí que en las dos semanas anteriores a la adquisición de «Isabela», el demandado tuviese a «Reyerta» en su cuadra. Lo que sucede es que de la deuda que habría justificado la entrega de «Reyerta» como forma de pago no hay absolutamente nada, más que aseveraciones vagas e imprecisas. Además, esa circunstancia tiene otra lectura cuanto menos tan plausible como la de la transmisión como forma de pago: siendo que se iban a llevar ambas yeguas para ser entregadas a cambio de «Isabela» a una población bastante lejana, es lógico pensar que se efectuara el transporte de ambas de una sola vez y por el mismo cauce. Por eso no es de extrañar que dos semanas antes el actor enviara a «Reyerta» a las cuadras del demandado para preparar su transporte juntamente con «Campanilla».

4. EN LAS ANTÍPODAS DE LA SUPERIORIDAD ABRUMADORA: LAS SITUACIONES DE «EMPATE»

1. En primer lugar, expondré el supuesto del que conoció la Sección 3.^a de la AP Burgos en su sentencia 309/2010, de 16 de julio (LA LEY 130448/2010). Se trata de un accidente de circulación y la controversia gira en torno a la determinación de la responsabilidad en la causación del mismo, que actor y demandado se atribuyen mutuamente. Los indicios con que se cuenta son los siguientes: i) las manifestaciones vertidas por los implicados tras el accidente con ocasión de cumplimentar la declaración amistosa de siniestro; ii) la localización y la morfología de los daños ocasionados a los vehículos implicados. Lo que sucede es que ambos grupos de indicios son de una potencia indicativa discreta, o lo que es lo mismo, tanto permiten sostener la tesis del actor, como la del demandado. La consecuencia es que el juzgador albergó dudas esenciales sobre la forma en que se produjo realmente el accidente y quién fue el responsable del mismo. Así las cosas, se acabó por desestimar la demanda aplicando las reglas que regulan la carga de la prueba (art. 217 LEC).

2. Un supuesto semejante al anterior es el contemplado por la Sección 8.^a de la AP Valencia, en su sentencia 421/2010, de 15 de julio (LA LEY 133831/2010). Un siniestro circulatorio desemboca en una sentencia absolutoria, por aplicación de las reglas de la carga de la prueba, toda vez que los escasos indicios reunidos en el proceso son claramente insuficientes para poder inclinarse por alguna de las dos teorías en liza sobre la forma de ocurrir el accidente y la responsabilidad de uno u otro de los litigantes en su causación. La vaguedad de los indicios (léase la nula potencia indicativa de los mismos) permitía

que éstos pudieran jugar tanto a favor de una tesis fáctica, como de la contraria.

5. UN CASO «INTERMEDIO»: ENTRE LA SUPERIORIDAD INDICIARIA ABRUMADORA Y LA SITUACIÓN DE «EMPATE» ENTRE HIPÓTESIS FÁCTICAS RIVALES

Me refiero al supuesto que aborda la sentencia de la Sección 5.^a de la AP Granada, 191/2010, de 30 de abril (LA LEY 167221/2010). El asunto enjuiciado versa sobre la supuesta reserva mental de la esposa, de origen colombiano, al contraer matrimonio con un español.

Los hechos principales del caso son, resumidamente, los siguientes: ambos se conocen a través de internet, comenzando una relación telefónica, que desemboca en la mutua decisión de ambos de contraer matrimonio en Colombia. El novio otorga poderes tan amplios y bastantes como sean necesarios para que ella pueda adelantar los trámites registrales. Un mes antes del enlace, ambos conviven en la vivienda de los padres de ella, en el país sudamericano. Se casan y conviven un mes en Colombia, tiempo durante el cual se lleva a cabo la inscripción del matrimonio en la oficina consular. Tras ello, él regresa a España. Ella «desaparece», sabiéndose después, a través del pleito, que vino también a España, primero sola y más tarde con dos hijos habidos en una relación anterior. Lo más significativo de todo es que la demandada no se valió del matrimonio con el ciudadano español, ni para obtener el permiso de residencia en España (en la que ciertamente tenía familia), ni para alcanzar la nacionalidad española.

En primera instancia se desestima la demanda por entender el juzgador que no hubo reserva mental al tiempo de prestar el consentimiento matrimonial. Sin embargo, la Audiencia Provincial revoca la decisión adoptada en la primera instancia y estima la demanda.

Bien mirado, todos los indicios (menos uno al que seguidamente me referiré) permiten inferir, por igual, ambas hipótesis fácticas (la simulación, por una parte, y la seriedad del consentimiento matrimonial prestado, por la otra). Pero hay algo que en materia de prueba de la simulación tiene una relevancia notable. Aludo al indicio *Móvil*. En este caso, lo que ha quedado probado precisamente es la ausencia de móvil, es decir, que la esposa no contrajo matrimonio con el propósito de obtener la residencia en España o la nacionalidad. La ausencia de móvil esgrimida por la esposa es el indicio que debería acabar decantando la balanza hacia la desestimación de la demanda, siquiera sea por tan poco, «cuantitativamente» hablando, aunque «cualitativamente» tiene una fuerza lógica

incontestable. A la Audiencia Provincial —para sorpresa de quien lee su sentencia— se le antoja irrelevante el detalle del «por qué» del matrimonio, pero, en mi opinión, lejos de carecer de trascendencia, este dato se revela como decisivo para la adecuada resolución de la premisa menor del silogismo (como ya intuyera acertadamente el juzgador de instancia). Se dice en Probática que ningún detalle debe descartarse por nimio, ni tan siquiera la más insignificante brizna de evidencia. La ligereza con la que el Tribunal de apelación ventila la cuestión oculta una posibilidad verosímil que explicaría lo sucedido: durante el mes de convivencia marital, ella pudo descubrir algo en él enojoso, desagradable o incluso peligroso que le convenció de no continuar con la convivencia esponsal en España. Quizás, por el carácter íntimo o personal de lo descubierto, la demandada optó por no ventilarlo en el procedimiento judicial. Y eso no quita que ella se casara con pleno convencimiento y sin albergar la menor reserva en su voluntad. Sea como fuere, la inexistencia de móvil debilita notablemente la tesis del actor, de la existencia de reserva mental, y refuerza la postura de la demandada que niega en todo momento haber contraído matrimonio con un propósito torcido.

6. CONSIDERACIONES PRÁCTICAS QUE SE DERIVAN DE LO ANTERIOR

1.ª) Siendo que la realidad es una, única, no pueden existir dos hipótesis enfrentadas que sean verdaderas al mismo tiempo. Así que los indicios, en principio, deberían apuntar solamente a una de ellas. Lo que sucede es que indicios escasos, de carácter vago o genérico, pueden crear la apariencia de que encuentran encaje en ambas tesis. *A sensu contrario*, cuantos más indicios y más precisos sean éstos, más difícil será que una de la hipótesis encuentre la menor apoyatura en ellos. Por tanto, no pueden las partes contentarse con proporcionar unos pocos indicios, sino que deben agotar todas las técnicas heurísticas que brinda la Probática para reunir tantos como puedan. Y a ser posible, deben esforzarse en dar con indicios específicos o concretos del tema de prueba al que se enfrentan.

2.ª) En el ámbito de la litigiosidad civil lo que parece primar es el superior refrendo indicia-rio de una tesis fáctica frente a la hipótesis contraria. En caso de igualdad, el juzgador se verá abocado a un estado psicológico de duda, al enfrentarse a una indecisión insalvable. Frente a semejante tesitura no le queda otra

que aplicar indefectiblemente las reglas sobre la carga de la prueba (art. 217 LEC).

3.ª) Aunque basta que la superioridad sea mínima —a veces, como se ha expuesto, un indicio resulta suficiente para decantar la balanza—, la tendencia general de los casos estudiados es la polarización, de manera que lo más frecuente es que, o bien una parte vea sustentada su tesis fáctica por una cantidad de indicios abrumadoramente superior, o bien que los indicios (normalmente, escasos y genéricos) encajen tanto en una como en otra hipótesis. ■

NOTA

(1) Para un mayor conocimiento de la figura del estándar de prueba, me remito, principalmente, a GASCÓN ABELLÁN, M., *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, en *Doxa* núm. 28 (2005), págs. 127-139.

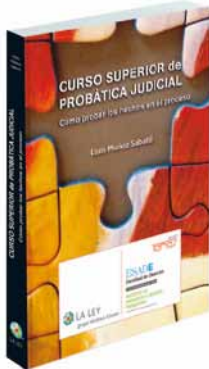
(2) Para un estudio en profundidad, véase LAUDAN, L., *Aliados extraños: la inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba penal*, en «El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal», Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2012, pág. 112.

(3) *Ibidem*, págs. 112-113.



Curso superior de probática judicial

Cómo probar los hechos en el proceso



AUTOR:
Lluís Muñoz Sabaté

→ El clamoroso éxito obtenido por el *Curso de Probática Judicial* (2009), edición totalmente agotada, ha inducido a LA LEY (grupo Wolters Kluwer) a **publicar, no una segunda edición, sino a encargar al autor una ampliación de sus profundos conocimientos sobre dicha disciplina**, no solo entendida en el sentido de «cómo probar los hechos en el proceso», sino también de «como ayudar a probarlos».

→ Fruto de dicho encargo ha sido este Curso SUPERIOR de probática judicial, que supera ampliamente el contenido de aquélla.

En esta nueva obra vuelven a recogerse, de un modo sistemático y metódico, aunque mucho más extenso, ideas y herramientas que igual sirven para ser impartidas en un curso académico, cómo así ya se está haciendo en algunos centros, como para servir de guía a jueces, fiscales, abogados, detectives, peritos y policía científica.

→ Páginas: 272 / Encuadernación: Rústica / ISBN: 978-84-9020-129-9

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



Dossier

Jurisprudencia sobre derecho probatorio

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

LA LEY 228/2013

Jurisprudencia sobre derecho probatorio

Xavier ABEL LLUCH

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

El primer comentario trata sobre valoración de la prueba testifical y destaca la importancia tanto de lo que el testigo afirma o manifiesta (declaración de ciencia) cuanto el motivo de su afirmación (fuente de conocimiento), y nos recuerda que las relaciones personales del testigo con las partes y con los hechos pueden ponerse de manifiesto por distintos cauces. En el segundo, se destaca la relevancia del acta en la prueba de reconocimiento judicial, y de hacer constar en ella la fidedigna constancia de las percepciones del Juez, así como las firmas de todos los asistentes.

I. CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN GENERAL Y DE LA TESTIFICAL EN PARTICULAR

Comentario SAP Madrid (Sección 10.ª) de 29 de febrero de 2012, Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Josefa Ruiz Marín

Traemos a colación esta sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid porque en su fundamento jurídico tercero recoge un cuerpo doctrinal muy completo y preciso sobre la valoración de la prueba, en general, y sobre los criterios de valoración de la prueba testifical en particular.

1. SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN GENERAL

Siguiendo una clásica doctrina científica la sentencia distingue dentro del concepto genérico de valoración de la prueba dos operaciones distintas, una de apreciación o interpretación y otra de valoración en sentido estricto.

En primer lugar, y con respecto a la apreciación o interpretación se contienen las siguientes afirmaciones: a) comprende el análisis separado de cada una de las pruebas aportadas; b) consiste en establecer probatorios que proporciona cada medio de prueba, esto es, la declaración de la parte o del testigo, el contenido del documento u otro soporte aportado al proceso; lo percibido en el reconocimiento, la información suministrada por los peritos;

c) esta labor debe realizarse en la apreciación de cualquier medio de prueba, pero es particularmente relevante en las declaraciones de testigos y peritos; d) esta labor exige constatar la correspondencia entre las afirmaciones de hecho introducidas por las partes y los extremos aportados por el testigo y el perito en sus declaraciones; e) también exige la calificación de los resultados de cada medio de prueba y la idoneidad objetiva para basar la convicción judicial en atención a las incidencias que han tenido lugar durante su práctica, así por ejemplo, y tratándose de la prueba de una prueba testifical deberán atenderse a aspectos tales como su firmeza o vacilación en el momento de la declaración. Y tratándose de una prueba pericial deberá atenderse, entre otros aspectos, a la recusación o tacha del perito o las aclaraciones o rectificaciones del dictamen. Son todos ellos aspectos que tienen lugar durante la práctica de la prueba y cuya trascendencia no puede ignorarse en la operación de apreciación probatoria.

Y en segundo lugar, y con respecto a la valoración en sentido estricto, y a la vista de la operación de apreciación o interpretación, el juez deberá proceder a su «valoración» aplicando bien una regla de libre valoración —caso de testigos y peritos— o de valoración tasada —caso de documentos— y consiste en determinar la credibilidad del testigo, la razonabilidad de las máximas de experiencia aportados por el perito o si el documento es auténtico y refleja los hechos ocurridos en la realidad.

La sentencia comentada también contiene una consideración sobre la inmediatez que, a nuestro entender merece alguna matización. Se afirma que la inmediatez dota de una posición privilegiada al juzgador de instancia y ante el que se practica la prueba, y parece dar a entender que, cuando se trata de una prueba testifical, el juicio revisor del tribunal de apelación se circunscribe «a la razonabilidad y respaldo empírico del juicio probatorio», pero sin entrar en considerar «la credibilidad de los testimonios prestados ante el juzgador».

Desde este razonamiento parece operarse una restricción del juicio revisor del tribunal de apelación —restringido a la razonabilidad del juicio probatorio— y fundada, por una parte, en una visión estricta del principio de inmediatez que entiende que ante la falta de inmediatez directa del tribunal de apelación, se deberá respetar la valoración del tribunal de instancia, salvo que sea ilógica y, por otra parte —y aun cuando no se razone expresamente en la sentencia comentada— en una suerte de equiparación entre las funciones de la apelación y de la casación.

Por nuestra parte, y de ahí la necesidad de matizar las afirmaciones contenidas en la sentencia comentada, y compartiendo que el valor del principio de inmediatez y de la posición privilegiada del juez de instancia, entendemos que ello no impide una nueva valoración por el tribunal de apelación y, en su caso, la modificación de la apreciación del juez de instancia, cuando así se aprecie y se razone, pues entendemos que tal posición es más acorde con el modelo de apelación limitada configurado por nuestro legislador que permite la revisión del juicio de hecho por el tribunal de apelación con la misma amplitud y libertad de apreciación que el juez de primera instancia.

2. SOBRE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL

La sentencia recoge la doctrina clásica y consolidada del Tribunal Supremo en cuanto que:

- a) no está sujeta a reglas tasadas de valoración;
- b) se somete a las reglas de la sana crítica, que en palabras de la sentencia comentada son «las más elementales directrices de la lógica humana» y tal vez con mayor precisión cabría definir como las reglas derivadas de la ciencia, de la lógica y de las máximas de experiencia, debiendo subrayar, en todo caso, que una valoración libre no es una valoración discrecional, en cuanto la sana crítica libera al juez de reglas tasadas pero no le libera de la racionalidad de la decisión.
- c) la sana crítica, en cuanto sistema de valoración de la prueba testifical, aparece modalizada por tres parámetros, como son la razón de conocimiento del testigo, las circunstan-

cias concurrentes en el testigo y la tacha y su resultado (art. 376 LEC).

Profundizando algo más en los parámetros que modalizan la valoración del interrogatorio de testigos recogidos en la LEC, y que no se encuentran recogidos en otros medios de prueba de libre valoración se pueden añadir las siguiente reflexión. La razón de ciencia, también conocida como la «razón del dicho», y aun cuando el art. 370.3 LEC parece reconducirla a cada respuesta que ofrezca el testigo, debe deducirse del conjunto de su declaración. En la valoración de la prueba testifical importa tanto lo que el testigo afirma o manifiesta (declaración de ciencia) cuanto el motivo de su afirmación (fuente de conocimiento).

Las circunstancias concurrentes en el testigo deben reconducirse a las relaciones personales del testigo con las partes y con los hechos sobre los que declara. Estas circunstancias pueden ponerse de manifiesto bien en las preguntas generales de la ley (art. 367 LEC), bien en la facultad de poner de manifiesto circunstancias relativas a la imparcialidad del testigo (art. 367.2 LEC), bien en el curso del propio interrogatorio.

Y la tacha y su resultado. En el supuesto que alguno de los testigos haya resultado tachado no es necesario que el juez dicte una resolución sobre la estimación o desestimación de los motivos de la tacha, pero no puede ignorar tal circunstancia en el momento de dictar sentencia, de manera que deberá motivar, con carácter reforzado, los motivos por lo que otorga credibilidad a un testigo, no obstante haber sido tachado.

Volviendo nuevamente a nuestro caso, la Audiencia Provincial rectifica la valoración efectuada por el juez de instancia en cuanto a la prueba testifical. Razona la Sala para otorgar credibilidad a las declaraciones testificales que «además de ser las únicas practicadas al efecto, y le resultan a esta Sala absolutamente verosímiles, y unánimes en la realidad de lo acaecido, la forma como se produjeron los hechos y las manifestaciones que efectuaron en cuanto a admitir la prórroga del citado contrato de arrendamiento». En el caso se ejercita una acción de resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio por expiración del término contractual, y el juez de instancia estima la demanda por no otorgar credibilidad a la existencia de un pacto verbal de prórroga entre las partes por diez años afirmada por unas declaraciones testificales. La Audiencia Provincial, por el contrario, da crédito a las mismas declaraciones testificales sobre el triple razonamiento de considerar que fueron las únicas pruebas practicadas sobre el extremo de la prórroga del contrato de arrendamiento, que fueron verosímiles y que fueron unánimes.



II. PERCEPCIÓN JUDICIAL V./ CONSTANCIA DOCUMENTAL EN LA PRUEBA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL

Comentario STSJ Galicia (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª), de 18 de junio de 2012. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Reigosa González.

En la demanda rectora de las presentes actuaciones se ejercita una acción negatoria de servidumbre de aguas o de acueducto, habiéndose practicado en la instancia la prueba de reconocimiento judicial, cuya errónea práctica y valoración es denunciada por el actor y recurrente en casación. En concreto se alega por el recurrente la nulidad de la práctica de reconocimiento judicial por no hacerse constar en el acta de reconocimiento judicial las apreciaciones de la juzgadora y por la falta de empleo de medios audiovisuales para la constancia del reconocimiento judicial, debiendo centrar nuestro comentario sobre estos dos aspectos.

1. LA OMISIÓN DE MEDIOS TÉCNICOS DE CONSTANCIA EN EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL

El recurrente aduce, con fundamento en el art. 469.1.4.º LEC, un error notorio en la valoración de la prueba de reconocimiento judicial porque no se habían empleado medios técnicos de imagen y sonido, tal y como imperativamente exige el art. 359 LEC. Ello suscita, fundamentalmente, dos cuestiones. Primera, si en todo reconocimiento judicial es preciso su constancia en medios de reproducción de la imagen y del sonido. Y segunda, si la ausencia de tales medios puede acarrear una valoración indebida de la prueba.

La primera cuestión, relativa al carácter imperativo de los medios de reproducción de la imagen y del sonido, aparece probablemente

enturbada por la redacción del art. 359 LEC, en cuya primera proposición, se afirma literalmente: «se utilizarán medios de grabación de la imagen y del sonido u otros instrumentos semejantes para dejar constancia de lo que sea objeto de reconocimiento judicial y las manifestaciones de quienes intervinieron en él [...]». La fórmula verbal imperativa utilizada por el legislador pudiera dar a entender, en una primera y literal interpretación, que todo reconocimiento judicial debe recogerse en un medio apto para la reproducción de la imagen y del sonido, del mismo modo que deben recogerse las actuaciones orales en vistas, audiencias y comparecencias ante el Tribunal (art. 147.1 LEC). Ahora bien, la fórmula verbal imperativa no pasa de ser un *desideratum* y la exigencia de los medios de reproducción de la imagen y del sonido no puede calibrarse con el mismo rigor con respecto a las actuaciones que se celebren en las dependencias judiciales que con respecto a las actuaciones que se celebren fuera de ellas. Como tiene declarado la jurisprudencia menor el uso de los medios técnicos es facultativo para las partes y para el tribunal, y alude a aquellos supuestos en que las partes o tribunal dispongan de ellos, pero su omisión ni es motivo de nulidad de actuaciones, ni justifica su repetición ni impide su valoración en la segunda instancia, pues el reconocimiento debe, en todo caso, documentarse mediante el acta extendida al efecto por el secretario judicial (art. 359 LEC). Por otra parte, también consideramos que, aun en el supuesto de uso de medios audiovisuales, es preferible que el juez no redacte una acta sucinta, pues aun siendo cierto que lo esencial puede constar en el soporte técnico, la redacción de un acta llamémosle «completa» obliga a que el juez en el mismo acto del reconocimiento efectúe una primera elaboración intelectual de sus percepciones y apreciaciones.

La segunda cuestión es la relativa a la valoración indebida de la diligencia de reconocimiento judicial por la ausencia de empleo de medios de reproducción de la imagen y del sonido. Aun cuando obviamente el hecho

de que las apreciaciones y percepciones del juez aparezcan recogidas en tal soporte pueden redundar en su mayor fidelidad, particularmente en el momento de dictar sentencia por el mismo juzgador que ha practicado la diligencia de reconocimiento judicial y también en la valoración de la prueba que pueda realizar el tribunal de apelación, su ausencia no resta de virtualidad ni eficacia probatoria a la diligencia de reconocimiento judicial en cuanto que: a) lo esencial y específico del reconocimiento judicial es ser una prueba de percepción judicial directa, en la que el juez, sin intermediarios, entra en contacto con el lugar, objeto o persona del reconocimiento y deja constancia de sus apreciaciones y percepciones por cualesquiera de los sentidos; b) ni siquiera la utilización o empleo de medios de reproducción de la imagen y del sonido, exonera la confección de la correspondiente acta de la prueba de reconocimiento judicial, tal como preceptúa el mismo art. 359 LEC.

Además, la sentencia comentada aduce otros argumentos propios del caso, y que resumimos del modo siguiente: a) el hecho de que ya en el acta de reconocimiento judicial se hiciera constar expresamente que no se disponía de medios audiovisuales, sin que ninguna de las partes hiciera mención sobre la necesidad del empleo de los mismos; b) el hecho de que la omisión de los medios audiovisuales en ningún caso era imputable a la juzgadora de instancia; c) en todo caso, tal ausencia constituiría, a lo sumo, una «irregularidad meramente formal»; d) que el recurrente en casación no señalaba, como exigía una correcta técnica casacional, cuál era el derecho fundamental vulnerado.

2. EL VALOR ESENCIAL DEL ACTA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL

Alega también el recurrente que en el acta de reconocimiento judicial no se hacía constar lo apreciado por la juzgadora que practicó dicha prueba. Con o sin medios audiovisuales, de la prueba de reconocimiento judicial debe extenderse la correspondiente acta (art. 359 LEC), en la que deben constar las percepciones y apreciaciones del juzgador y de los demás intervinientes en el acto (art. 358 LEC).

En el caso, y como razona la sentencia comentada, en el acta de reconocimiento judicial constan las manifestaciones realizadas por los peritos y por los letrados de las partes, detallándose incluso que los letrados efectuaron observaciones con respecto a unos mojonos, y que obviamente tales manifestaciones se efectuaron en presencia de la juzgadora de instancia. Con respecto a la



intervención de la juzgadora se indica en la sentencia comentada que «no se recogen manifestaciones directas y expresas de la propia juez» y también que en el escrito de conclusiones de la parte recurrente se hizo «mención a una intervención de la jueza cuando preguntó a los peritos qué solución tenía el tema de las aguas».

Debe precisarse que el acta de reconocimiento judicial está sujeta a unas exigencias formales y de contenido, todas ellas recogidas en el art. 358 LEC. En cuanto a la forma, deberá ser «detallada», tanto para permitir su valoración por el juez en el momento de dictar sentencia cuanto su posterior control por un tribunal superior, y además ser «clara», y especialmente cuando es manuscrita por el secretario judicial, debe ser legible. En cuanto al contenido, toda acta de reconocimiento judicial debe contener: a) un encabezamiento, con los datos formales, relativos al día, hora, lugar y asistentes al acto del reconocimiento; b) un cuerpo, integrado por las percepciones y apreciaciones del tribunal, que constituyen el núcleo del acta y el sustrato de la valoración probatoria; c) las observaciones de las partes y, en su caso, de las personas prácticas o técnicas intervinientes; d) en su caso, el resultado de las demás pruebas (periciales, testificales e interrogatorio de las partes) practicadas simultáneamente o sucesivamente con el reconocimiento judicial (arts. 356 y 357 LEC); e) y una parte final, con la firma de todos los asistentes. En el caso de emplearse medios técnicos, se recogerán las indicaciones para la identificación de las grabaciones y reproducciones (art. 359 LEC).

Retomando de nuevo el comentario del caso interesa destacar que, con respecto al juez, el acta debe recoger no tanto sus «observaciones» (pues ello es más propio, en su caso, de letrados y peritos) cuanto sus «percepciones y apreciaciones», pues el juez es el protagonista y el destinatario de la prueba de recono-

cimiento judicial resultando específico a esta prueba la impresión sensorial recibida por el juez y a partir de la cual se forma su convicción. No importa tanto «lo que dice» el juez durante la práctica de la diligencia de reconocimiento judicial cuanto «lo que ve, oye, palpa o gusta» y la fidedigna constancia de sus percepciones. Y por otra parte, no debe descuidarse la parte final del acta de reconocimiento judicial con la firma de todos los asistentes. Si alguno de los letrados o peritos intervinientes considera que sus observaciones no han sido recogidas adecuadamente, o incluso las percepciones y apreciaciones del juzgador, o que se han omitido las mismas, es la firma del acta el momento adecuado para dejar constancia de la oportuna queja o protesta, tal como razona la sentencia comentada para desvirtuar los alegatos del recurrente.

El acta de reconocimiento judicial constituye ciertamente el núcleo de la prueba de reconocimiento judicial, en cuyo acto —y como hemos tenido ocasión de describir ampliamente en otro lugar— puede adivinarse un orden que, idealmente respondería al siguiente esquema: 1.º desplazamiento del juez y de las partes al lugar del reconocimiento o traslado del objeto o persona a reconocer a la sede judicial; 2.º verificación de los asistentes; 3.º identificación de los extremos del reconocimiento; 4.º examen judicial del lugar objeto o persona; 5.º observaciones o declaraciones de personas prácticas o entendidas; 6.º observaciones de las partes, abogados y procuradores; 7.º aportación de máximas de experiencia por el perito; 8.º interrogatorio, en su caso, de los testigos y peritos; 9.º redacción del acta de reconocimiento judicial; 10.º firma del acta de reconocimiento judicial (1). ■

NOTAS

(1) ABEL LLUCH, X., *Derecho Probatorio*, J. M. Bosch, 2012, págs. 1090-1092.



Preguntas con respuesta

La prueba a consulta

LA LEY 84/2013

Preguntas con respuesta: la prueba a consulta

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

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

La primera cuestión analiza hasta qué punto cabe cumplimentar una solicitud de exhibición documental aportando más documentación de la estrictamente solicitada, sin causar con ello indefensión a la parte que lo haya solicitado. La segunda, hasta qué punto la parte actora puede solicitar el reconocimiento personal y psiquiátrico de su mandante en un declarativo ordinario sobre la nulidad de un contrato de compraventa de participaciones preferentes.

I. ¿CUÁLES SON LOS LÍMITES PARA CUMPLIMENTAR UNA SOLICITUD DE EXHIBICIÓN DOCUMENTAL DE LA PARTE CONTRARIA?

Guillem SOLER SOLÉ

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia 1 de Barcelona

Cuestión planteada: ante la solicitud de exhibición documental de un parte respecto de la contraria, ¿debe ceñirse su cumplimentación estrictamente al tipo de documento solicitado (factura, certificado, recibo, presupuesto, etc.) o puede complementarse (o suplirse) con documentos de otro tipo pero referidos a los mismos hechos cuya acreditación o falta de acreditación pretendía poner de manifiesto la parte requirente?; en caso de respuesta afirmativa, ¿no puede ello suponer una infracción de la preclusión del momento procesal para la aportación de documentos para la parte requerida?

Supuesto: En un proceso declarativo la actora ejercita una reclamación de cantidad por impago de parte del precio presupuestado de unas obras ejecutadas; admite el pago parcial y aporta el presupuesto total por un importe superior, reclamando la diferencia; la parte demandada alega que con el importe cuyo pago admite la actora ha abonado íntegramente las obras efectivamente ejecutadas, al no haberse realizado por completo; la parte actora solicita la exhibición del recibo de dicho pago, para contrastar su objeto y contenido (por si en el mismo se hace referencia al cierre o liquidación de la deuda);

la demandada cumplimenta el requerimiento aportando no sólo el recibo sino también otro presupuesto no firmado (supuestamente posterior al inicial) pero cuyos conceptos coinciden con el contenido del recibo; lo aporta no como modificación de la oposición, sino a los meros efectos de poder contrastar el contenido del recibo cuya aportación le ha sido requerida. La parte actora se opone a la admisión del nuevo presupuesto, por haber precluido a la demandada la posibilidad de su aportación y por exceder del ámbito del requerimiento.

1. Normativa procesal aplicable

Según el artículo 328.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), relativo al deber de exhibición documental entre partes, «cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba». Por su parte, el artículo 329 LEC prevé los efectos de la negativa a la exhibición, en el sentido de que, «en caso de negativa injustificada a la exhibición del artículo anterior, el Tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado».

2. Momento de realizar la solicitud

Como puede observarse, la LEC no prevé un momento preclusivo en que deba realizarse la petición de exhibición, por lo que la parte actora podrá plantearla en la misma demanda inicial o en la audiencia previa del juicio ordinario o, en el verbal, en el mismo acto de la vista, en cuyo caso, si no puede cumplimentarse por la demandada la aportación en el acto, podría interrumpirse la vista, de reputarse relevante el documento. La parte demandada podrá plantear la solicitud de exhibición documental en el escrito de contestación a la demandada o en el acto de la audiencia previa del juicio ordinario y, en el verbal, como prueba anticipada tras la notificación del señalamiento del juicio o en el mismo acto del juicio, con la misma precisión anterior, relativa a la interrupción en caso de no aportarlo la actora.

3. Finalidad perseguida

Con independencia del momento en que se plantee la solicitud, se trata en todos los casos de documentos aportados («exhibidos») por una parte pero no por iniciativa propia sino a instancia de la contraria. Por ello deben cumplirse los requisitos de no hallarse a disposición de la parte que insta la exhibición y, lógicamente, que se refieran o al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba. La solicitud suele referirse a documentos no aportados por la otra actora y que, de existir, por su contenido pudiera perjudicarla, o, en otro caso, a documentos que reflejen hechos que se sostenga que no han acontecido en la realidad y que, de haberlo hecho, deberían tener reflejo documental, lo que pretende ponerse de manifiesto poniendo a la parte contraria en la situación de no poder atender el requerimiento, con lo que podría operar el artículo 329 LEC ya indicado.

4. Límites en la cumplimentación

En algunos casos, como en el expuesto, suele plantearse el problema de cuáles son los límites en el cumplimiento de la exhibición, es decir, si la parte requerida únicamente puede aportar aquellos documentos expresamente identificados por la parte solicitante o si, por el contrario, puede aportar un documento no exactamente coincidente en cuanto a su tipología con el indicado por la parte requirente, siempre lógicamente que haga referencia al hecho que en principio debía reflejar el documento indicado por la parte requirente.

El matiz es relevante puesto que en la práctica las partes no suelen concretar el tipo específico de documento que solicitan sino genéricamente el hecho que debería probarse, por ejemplo, una parte solicita que la contraria aporte «justificante» de un pago, que puede reflejarse de muchas formas documentales. Es en este punto donde se plantea el problema planteado: para el caso de que una parte pretenda aportar un documento que, por su tipología, no coincida exactamente con el solicitado por la contraria, ¿puede aceptarse?; de ser positiva la respuesta, ¿no habría riesgo de infringir la preclusión del momento de aportación de documentos previstos para la actora con la demanda y para la demandada con la contestación a la demanda o, en ciertos casos especiales, en la audiencia previa (arts. 265 y 269 LEC)?

En el caso planteado, aparentemente parece que debiera inadmitirse el nuevo presupuesto aportado, por cuanto ya pudo ser aportado con la contestación y no deja de ser un documento fundamental de la oposición. Al mismo tiempo, ello no obstante, atendiendo al estricto objeto de la controversia, si la finalidad pretendida con la exhibición documental es concretar el objeto del pago por medio del recibo (si es un pago parcial o total), puede ser relevante para valorar la «eficacia» del propio recibo su eventual correspondencia con un nuevo presupuesto no aportado hasta entonces ni por la demandada ni por la actora. Lógicamente, en esta cuestión procesal no debe analizarse el valor probatorio de este nuevo presupuesto (por carecer de firma, etc.), sino meramente su admisibilidad como medio de prueba complementario del documento objeto de requerimiento. Aunque parece que debiera darse preferencia a la opción denegatoria, lo indicado permite apreciar un cierto fundamento a una interpretación flexible favorable a la ampliación de las posibilidades probatorias. De admitirse el documento, debería permitirse a la actora efectuar alegaciones e incluso aportar nuevas contra pruebas, para evitar una posible indefensión.

II. RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE PERSONAS FÍSICAS. ¿PUEDE SOLICITARLO LA PARTE ACTORA DE SU MANDANTE, PARA PRETENDER LA ACCIÓN DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE PARTICIPACIONES PREFERENTES?

Pablo IZQUIERDO BLANCO

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia 1 de Mataró

Supuesto: Puede la parte actora, interesar el reconocimiento judicial personal y psiquiátrico de su mandante en un juicio declarativo ordinario en ejercicio de la acción de nulidad [anulabilidad] de un contrato de compraventa de participaciones preferentes, en el que se alega vicio en el consentimiento del actor a la hora de formar su convicción personal sobre el producto adquirido o que no entendió la información precontractual que se le transmitía, provocando con ello el error en su voluntad a la hora de trasladar su consentimiento, al objeto de que el Juez pueda valorar por sí mismo los déficits intelectuales o falta de capacidad del actor a la hora de comprender la complejidad del producto subordinado que adquiría.

1. Normativa procesal aplicable

El art. 355 LEC dispone al respecto que el reconocimiento judicial se acordará cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona y, el art. 355 del mismo cuerpo legal, prevé que el reconocimiento judicial de una persona se practicará a través de un interrogatorio realizado por el tribunal, que se adaptará a las necesidades de cada caso concreto. En dicho interrogatorio, que podrá practicarse, si las circunstancias lo aconsejaren, a puerta cerrada o fuera de la sede del tribunal, podrán intervenir las partes siempre que el tribunal no lo considere perturbador para el buen fin de la diligencia. En todo caso, en la práctica del reconocimiento judicial se garantizará el respeto a la dignidad e intimidad de la persona.

El art. 633 de la LEC de 1881 no contemplaba la posibilidad de practicar el reconocimiento judicial de las personas físicas [hablaba de sitio o cosa litigiosa] y el Código civil circunscribía la prueba a los procesos de declaración de la filiación o de incapacidad, lo que unido al rechazo sistemático de la prueba en general por parte de la judicatura, ha determinado una escasa aplicación práctica de la misma en relación a los objetos o cosas, cuanto más a las personas fuera del ámbito imperativo de la prueba en los juicios de capacidad o internamiento psiquiátrico.

2. Ámbito de aplicación de la prueba de reconocimiento de personas

La doctrina suele distinguir en el reconocimiento judicial de las personas físicas entre: a) El reconocimiento personal; b) El corporal, y c) El psiquiátrico. El primero recae sobre los rasgos y caracteres físicos externos de la persona (color de los ojos, piel, cabello, estatura, complexión física, cicatrices, deformidades, etc.). El segundo atiende al cuerpo en sí mismo considerado, esto es, sus partes, miembros u órganos y especialmente a las limitaciones de movimiento del mismo o sus ausencias por amputación traumática o derivadas del nacimiento y, el tercero, es el que recae sobre facultades o carencias psíquicas de una de las partes del proceso, pero no desde la óptica de la limitación de capacidad mental médica o pericial, sino en relación a la capacidad de entender y comprender cabalmente la información que se le suministra en un proceso de negociación precontractual.

Debe precisarse que este último tipo de reconocimiento nada tiene que ver ni guarda relación con la prueba pericial médica de determinación del grado de capacidad mental de la parte, ya que ello es propio de la prueba pericial, mientras que el reconocimiento judicial psiquiátrico de la persona física, primero habitualmente se practica sobre personas plenamente capaces y, segundo, tiene por objeto ilustrar al Tribunal en relación a las condiciones mentales o psíquicas de una de las partes del proceso para valorar si la misma pudo entender y comprender la información que se le trasladó en las relaciones precontractuales al objeto de determinar si pudo cabalmente comprender el alcance y consecuencias del contrato que se le proponía o, si por la complejidad inherente al mismo y, el tipo de información facilitada, así como la relación de confianza histórica que vinculaba a las partes en litigio, determinó una asunción de información en lugar de una comprensión del contenido de la misma.

3. Momento de realizar la solicitud

Al igual que el resto de la prueba, el reconocimiento judicial de la persona física deberá proponerse en forma oral [sin perjuicio de la instrucción, especialmente útil en este caso para precisar los extremos de la misma] en el desarrollo de la vista del juicio verbal —art. 443.4 LEC— o en el transcurso del acto de la audiencia previa —art. 429.1 LEC—. Ahora bien, la específica regulación de la prueba contenida en el art. 353.1 de la LEC y, sin perjuicio de la amplitud que, caso de ser admitida, el tribunal estime que ha de tener en su desarrollo, a la hora de proponer la prueba por la parte, determina el que no basta con efectuar la proposición de la misma con la única mención a la prueba [reconocimiento judicial], sino que es preciso que la parte que la interese exprese ya los extremos principales sobre los que quiere que ésta discorra, incluso con mención separada y detallada de aquellos aspectos concretos o preguntas que desea que el Tribunal traslade a la parte sometida a reconocimiento.

Recuérdese que si bien el desarrollo de la prueba se articula conforme al art. 355 de la LEC en forma de interrogatorio, no es el interrogatorio de parte a que se refiere el art. 301 y ss. de la LEC, sino que es un interrogatorio en el que, si bien se garantiza la contradicción de los letrados en su práctica, debe realizarse por el Tribunal con la adaptación de las características del caso concreto que exija la dignidad de la

persona. Asimismo, la obligación de indicar los extremos sobre los que va a versar la prueba, posibilita a la contraria, antes de la realización del reconocimiento judicial, proponer otros extremos que le interesen sobre los que deba ser la persona también interrogada.

El art. 355 LEC posibilita al Tribunal llevar a cabo el interrogatorio de la parte en que consiste el reconocimiento judicial psiquiátrico, a puerta cerrada o fuera de la sala de vistas, en su despacho privado u otro lugar, al objeto de valorar o graduar mejor el objeto del mismo, preservando la contradicción de las partes, pero no en la forma en que habitualmente asistimos al desarrollo del interrogatorio de las partes en el juicio, sino en forma de amplia conversación o diálogo entre el tribunal y el sujeto a interrogar, sin perjuicio de que el Tribunal intercale también las oportunas preguntas sobre los extremos indicados por las partes al proponer y admitir la prueba. Además, en función de las circunstancias del caso concreto, si el juez no considera oportuna la presencia de las partes y los letrados, se admite doctrinalmente que el interrogatorio de parte psiquiátrico se realice sin la presencia de éstas, documentando el acto al objeto de que las partes y sus letrados puedan tener acceso a su contenido a los efectos de poder en la fase de conclusiones llevar a cabo las alegaciones que estimen de interés en relación al resultado de su práctica, para lo que tendrá gran importancia su documentación en acta [358 LEC] o a través de los sistemas de grabación a que se refiere el art. 359 del mismo cuerpo legal.

4. El derecho de la parte contraria a que no intervenga el actor en el juicio

Si bien doctrinal y jurisprudencialmente queda claro que el reconocimiento judicial psiquiátrico de una persona física es una prueba distinta al interrogatorio de parte, tanto en su objeto como en su forma de desarrollo y valoración; los detractores de la misma abogan por el derecho de la parte demandada a no proponer la intervención en juicio del actor, como parte de su estrategia procesal, su derecho a decidir la forma en que se van a oponer a la reclamación efectuada en su contra y la carga de la prueba que afecta a la actora, toda vez que como sabemos, la parte actora no puede proponer el interrogatorio de ella misma. Asimismo, muchos jueces consideran que lo que vaya a contarles la parte actora a través de la conversación o diálogo a que se refiere el interrogatorio de parte carece de mayor valor, por cuanto a tenor del art. 316 de la LEC a la hora de valorar el mismo en la sentencia, solo deberán declarar ciertos los hechos que han quedado acreditados a través del mismo —siempre que no los contradigan otras pruebas— y siempre y cuando les sean enteramente perjudiciales a la parte que los reconoció.

Al respecto, debemos partir de la diferencia entre ambas pruebas, ya que si bien el reconocimiento judicial psiquiátrico se realiza técnicamente bajo la forma de interrogatorio, lo cierto es que tanto la prueba, su desarrollo y su valoración son diametralmente opuestas a éste y no pueden interrelacionarse las consecuencias o efectos jurídicos de una y otra. El interrogatorio de parte, ex art. 301 LEC, tiene por objeto «hechos y circunstancias de los que tenga noticia una parte y guarden relación con el objeto del juicio» y, el reconocimiento judicial psiquiátrico de una persona física recae sobre la valoración «de las facultades o carencias psíquicas de una de las partes del proceso en relación a la capacidad de entender y comprender cabalmente la información que se le suministró en un proceso de negociación precontractual y que determina la formación de su convicción contractual». Es decir, no se analizan hechos litigiosos, sino la capacidad de una parte de entender, desde una perspectiva lógica y humana (no médica) la información precontractual que se le ha facilitado, para lo que sin duda la conversación personal de la misma con el Juez que ha de decidir, es el medio idóneo para valorarla, tal y como también hacen los mismos Tribunales en los juicios verbales de declaración

de la capacidad o incapacidad de las personas, en los que de forma imperativa, junto al dictamen pericial del médico forense, es esencial que el Tribunal efectúe un reconocimiento judicial psiquiátrico del sujeto sobre el que se ha de pronunciar en relación a su capacidad, para poder personalmente advertir los referidos déficits o carencias.

Asimismo, en cuanto a los efectos de la prueba, la de reconocimiento judicial psiquiátrico es de valoración libre, por ser una prueba directa, a través de la que el Tribunal se persuade del objeto del reconocimiento, pero sin preferencia sobre las demás con las que ha de conjugarse para su apreciación, tal y como indican reiteradamente las sentencias del STS, Sala 1.ª, de 16 de abril de 1990, STS, Sala 1.ª, de 16 de octubre de 1990, STS, Sala 1.ª, de 31 de diciembre de 1993, STS, Sala 1.ª, de 23 de octubre de 1999, mientras que la prueba de interrogatorio de parte si está sometida a las restricciones del art 316 LEC antes citadas.

5. La facultad del Juez de interesar de oficio la prueba

El art. 429 LEC posibilita al Tribunal la facultad de indicación de insuficiencia probatoria y la facultad de proposición de pruebas, al objeto de poner de manifiesto a una de las partes, el hecho o hechos que, una vez propuestas las pruebas por la misma, podrían verse afectados por una eventual insuficiencia probatoria, con anterioridad a la práctica de la prueba.

En este sentido, si la parte actora afirma la imposibilidad del actor de haber comprendido bien la información precontractual que se le suministró con carácter previo a la suscripción del contrato y, por el contrario la parte demandada afirma la plena capacidad del mismo para entender y comprender la información que se le indicó, así como su plena asunción de los efectos que comportaba el contrato, parece lógico que uno de los hechos controvertidos en el juicio sea precisamente la capacidad de una de las partes para entender y comprender la información precontractual facilitada al objeto de formar correctamente su consentimiento, sin error o sin vicio que provenga de una información errónea o maliciosamente transmitida, para lo que la prueba de reconocimiento judicial psiquiátrico, se evidencia como un medio idóneo a través del que el Tribunal puede valorar por sí mismo y, no por lo que le digan en juicio los testigos [directores de la sucursal bancaria, familiares del actor, empleados de una u otra parte, etc.] si efectivamente, la parte está en condiciones de entender la operación que se le propone con base a su edad, nivel de estudios, conocimientos científicos, confianza con los interlocutores contractuales, complejidad de la operación propuesta, conocimientos mercantiles o económicos de las repercusiones del contrato suscrito, voluntad de inmovilizar su patrimonio a largo plazo unido a su edad, trayectoria histórica de sus inversiones o depósitos, etc.

Ciertamente, no se trata de que el Tribunal verifique abierta y directamente la totalidad de las indicadas preguntas, ya que de hecho no le hará falta, en una conversación con un interlocutor, es fácil descifrar el nivel de discernimiento del mismo para entender y comprender operaciones simples o complejas, sin necesidad de preguntar sobre el litigio objeto de debate, ya que la prueba no tiene ese objeto, sino poder el Juez valorar si el sujeto tiene o no la capacidad intelectual adecuada o suficiente, en función de los factores expuestos, para entender la operación jurídico económica realizada. La práctica diaria es mucho más rica y abierta en ejemplos que los que se pueden trasladar al papel, pero no cabe duda de que en juicios en los que se analiza la capacidad intelectual de una parte para entender y comprender la información precontractual ofrecida por la contraparte, al objeto de poder la misma formar correctamente su voluntad, estas conversaciones constituyen un medio idóneo de su verificación, incluso sin necesidad de entrar en los detalles del caso concreto, sino verificando los hábitos y costumbres del sujeto, su nivel de estudios y formación y la rutina de su vida diaria. ■



rincón

DELECTURA



LA LEY 382/2013

Probática penal. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia

Autores: Carlos DE MIRANDA VÁZQUEZ

y Elena RILLO PERALTA

Edita: LA LEY, 2012

En el momento presente la Probática es una disciplina en pleno auge. La cuestión de hecho ya se ha granjeado el interés de los operadores forenses y ha crecido enormemente la demanda de formación en técnica probatoria. La Probática como ciencia ya ha asentado sus bases teóricas y su aplicación práctica en el ámbito jurídico privado ha tenido una acogida muy favorable en el foro. Ahora, la probática aplicada llega a la esfera jurídico penal. La presente obra es la primera entrega de una colección que aborda la problemática de la prueba de distintos tipos penales. Y no sólo tiene interés disponer de un exhaustivo compendio de experiencias acerca de cómo probar tal o cual delito. También interesa contar con algunas sugerencias sobre cómo proceder en su investigación.

En este libro se tratan exclusivamente los principales delitos contra la Administración de Justicia.

- ¿Cómo probar de manera eficiente que una denuncia es falsa?
- ¿Cómo convencer al Juzgador de que un hurto fue inspirado por el ánimo de resarcirse de un derecho subjetivo insatisfecho y no se debió al mero ánimo de lucro?
- ¿Cómo demostrar que un sujeto agredió a otro con el expreso propósito de vengarse por la actuación de la víctima como testigo en un juicio?
- ¿Cómo acreditar que la vulneración de una orden de alejamiento fue dolosa?

El lector encontrará respuesta a estas preguntas y a otras muchas en las páginas de este libro, que tiene el siguiente contenido:

Introducción

Capítulo 1.- Acusación y denuncia falsas (456 CP)

Capítulo 2.- Simulación de delito (457 CP)

Capítulo 3.- Falso testimonio (458 CP)

Capítulo 4.- Realización arbitraria del propio derecho (455 CP)

Capítulo 5.- Obstrucción a la Justicia (464 CP)

Capítulo 6.- Encubrimiento (451 CP)

Capítulo 7.- Quebrantamiento de condena (468 CP)

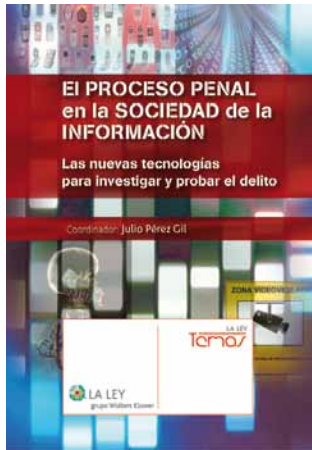
Capítulo 8.- Omisión del deber de impedir delitos o de promover su persecución (450 CP)

Capítulo 9.- Prevaricación (446-449 CP) ■



rincón DELECTURA

LA LEY 383/2013



El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito

Autor: PÉREZ GIL, Julio

Edita: LA LEY, 2012

Una parte sustancial de los mecanismos para indagar y probar la comisión de delitos se basa en el examen de novedosas fuentes o soportes de datos. Nos referimos a formatos electrónicos, a bases de datos recopilados preventivamente (videovigilancia, tráfico de telecomunicaciones, perfiles identificadores de ADN, etc.) o, incluso, a las llamadas «actividades de inteligencia». Estas nuevas formas de obtención de información han irrumpido ya hace tiempo en nuestro proceso penal y, sin duda, lo han hecho para quedarse. La potencialidad para la investigación y la aptitud probatoria de esos vestigios, cualquiera que fuera su formato, no parece cuestionarse. Pero la ausencia de un claro fundamento normativo condiciona y lastra la recopilación de información, su utilización, su valoración e incluso, en ocasiones, permite poner en duda su licitud. No deja de producir sorpresa

el enorme contraste que se pone de manifiesto cuando diligencias de investigación novedosas pero habituales, de las cuales se quiere obtener un resultado probatorio válido, no tienen más opción que la de realizarse al amparo de unas normas procesales penales que siguen ancladas en el pasado remoto.

El propósito principal con el que se presenta esta obra es el de ofrecer al lector soluciones a los problemas que los citados aspectos están planteando en la práctica judicial y policial, sugiriendo además cuáles pudieran ser las mejores formas de afrontarlos en el próximo futuro. Son objeto de atención específica, por ejemplo, el uso en el proceso penal de información derivada de inteligencia, las nuevas fronteras de la intervención de comunicaciones, el uso de técnicas de investigación invasivas de la intimidad o la problemática suscitada por el uso forense de las bases de datos de ADN. Junto con ello se analizan diversas modalidades delictivas específicas de la sociedad de la información y se revisa la forma en la que nuestra administración de justicia está preparada para hacer frente a los nuevos retos.

Sobre esas materias, todas ellas plenamente actuales, se ofrecen al lector diversas perspectivas tanto teóricas como prácticas, mucho de cuyos aspectos esenciales han sido ya analizados y sometidos a discusión pública ante cualificados foros académicos y profesionales. ■



biblioteca

LA LEY 384/2013

Últimas publicaciones en materia de prueba

- BENAVENTE CHORRES, H., *La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal. Concepto y modalidades*. J. M. BOSCH EDITOR, 2012, 460 páginas.
- CUADRADO SALINAS C., *La investigación en el proceso penal*, LA LEY, 2010, 380 páginas.
- CORDÓN AGUILAR J. C., *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*, Editorial: INSTITUTO VASCO DERECHO PROCESAL, 2012, 379 páginas.
- PICÓ I JUNOY, J. y ABEL LLUCH, X. (Directores), *La prueba de Reconocimiento Judicial*, J. M. BOSCH EDITOR, 2012, 516 páginas.
- BALAGUÉ DOMÉNECH, J.C., *La prueba pericial contable en las jurisdicciones civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, J. M. BOSCH EDITOR, 2012, 295 páginas. ■



LA LEY
grupo Wolters Kluwer

Ahora, por muy poco dinero, descubra de manera clara y concisa las pautas para desenvolverse con éxito en sala

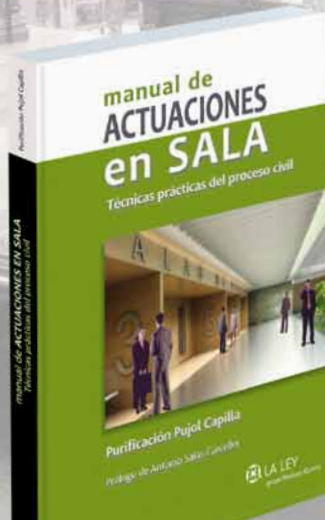
Para un acertado desempeño de las actuaciones orales

Método para actuar con destreza ante los Tribunales

Manual de actuaciones en Sala

Técnicas prácticas del proceso civil

Ahora por sólo 30 €



AUTORA:
Purificación Pujol Capilla

«Este libro va a ser de gran ayuda para que los abogados puedan celebrar las audiencias de forma digna, sensata, congruente y fundamentada jurídicamente, pues contiene los esquemas estratégicos en los que apoyarse tanto en las audiencias previas como en el posterior juicio ordinario o en el verbal»

Prólogo de:
Antonio Salas Carceller

Páginas: 320 • Encuadernación: Rústica
ISBN: 978-84-9020-053-7

Después de la promulgación de la Ley procesal del año 2000 las actuaciones más trascendentales de todos los procedimientos van a tener lugar «en sala», por lo que el abogado debe mostrar *in situ*, en ese escenario, un completo dominio de las actuaciones orales.

Entre otras destrezas, la primera es que sea capaz de reaccionar con rapidez: conocer cuándo y cómo puede recurrir una decisión judicial (se puede perder un pleito por no haber interpuesto en tiempo y forma el recurso de reposición); cómo desarrollar la fase de conclusiones del juicio ordinario de una forma clara, bien armada jurídicamente y, además, breve (el tribunal se lo agradecerá); cuándo, cómo y qué pruebas debe solicitar y el modo en que éstas deben practicarse, etc.

ESTRUCTURA

La obra se estructura en torno a las diferentes fases del proceso civil que exigen la intervención verbal de los abogados contendientes:

La audiencia previa; Juicio ordinario; Juicio verbal; La prueba en general; La documental; El interrogatorio; La pericial; La testifical; La reproducción de imagen o sonido; El reconocimiento judicial.

Y cada uno de dichos apartados tiene una disposición común:

- Esquema descriptivo de la actuación procesal
- Análisis de los aspectos formales y jurídicos de la fase procedimental
- Reproducción de la normativa procesal de aplicación
- Jurisprudencia relacionada

Adquiera su ejemplar en el tel.:
902 250 500

o en Internet:
<http://tienda.laley.es>

LA LEY
diario

PUBLICIDAD

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

SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE

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

REDACCIÓN: Collado Mediano, 9. 28230 Las Rozas (Madrid)

Tel.: 91 602 00 00 / e-mail: diariolaley@laley.es

JEFE DE PUBLICACIONES: Mercedes Rey García

COORDINADORA: María José Hierro Romero

EQUIPO DE REDACCIÓN: Belén Arranz Fernández, Yolanda Ballesteros García-Asenjo, Gemma Bruno García, Pilar Muñoz Mendo, Sonsoles Navarro Salvador

ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN: Centro de Análisis Documental LA LEY
DISEÑO GRÁFICO: Fran Vizuete González

EQUIPO DE DESARROLLO: Emérita Cerro Durán, Juan José García Lozano, Nieves García Cruz, Diana Gómez Fernández, Gloria Lalanda Marcos, Julián Maíllo Arnaiz, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Rubén Ortiz, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Sergio Tiscar Medina, Ramón Zapata Julià

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

Printed in Spain

LA LEY
grupo Wolters Kluwer



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

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

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

ISSN: 1138-9907

D.L.: M-11197-2012