



Práctica Forense

Odontología legal y forense

4



Práctica Forense

La pericia vista por un perito

6



TRIBUNA

LA LEY 247/2012

Responsabilidad penal de las empresas. ¿Cómo probar el debido control?

David VELÁZQUEZ VIOQUE

Abogado Socio de Cuatrecasas & Gonçalves Pereira. Magistrado en excedencia

El presente trabajo expone las líneas fundamentales que deben integrar un adecuado programa de Criminal Compliance, ante la ausencia de ulterior concreción en nuestra legislación al aludir al «debido control» por las empresas. Y ello en consonancia con la valoración probatoria que deberán efectuar nuestros Tribunales sobre la suficiencia o no de las concretas medidas de prevención y detección de delitos adoptadas.

La introducción de la responsabilidad penal de las empresas por la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, no vino acompañada de la necesaria concreción en sus disposiciones. A este respecto, resulta paradigmática la ausencia de precisión del concepto de «debido control» a que

alude el art. 31 bis y que encuentra su reverso en el número 4 de dicho artículo, al reseñar como atenuante: «Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica».

De este modo, la prueba ante el Juzgado del debido control y de la virtualidad de las medidas de prevención y detección de delitos deviene tarea fundamental de las empresas que pretendan tal efecto atenuante o eximente, sobre las que recaerá la carga probatoria. Si bien como ha señalado BOCK (1) en su reciente escrito de habilitación no existe un deber jurídico para la adopción de una medida particular como tal, la adecuada delimitación de los fundamentos de un sistema de Compliance (y, por tanto, de sus Compliance Tools) constituye la clave de bóveda del efecto pretendido por el legislador al introducir tal responsabilidad, articulándose ésta sobre la base de la autorregulación empresarial.

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
Sergio Belmonte Martínez
Francisco Menem Raurich

Carlos de Miranda Vázquez
Frederic Munné Catarina
Jesús Sánchez García

Marta Sánchez-Ocaña Fernández
David Velázquez Vioque

sumario

Tribuna

Responsabilidad penal de las empresas. ¿Cómo probar el debido control?

D. VELÁZQUEZ VIOQUE 1

Práctica Forense

Odontología legal y forense

S. BELMONTE MARTÍNEZ 4

La pericia vista por un perito

F. MENÉN RAURICH 6

Dossier

Dossier de los Tribunales sobre probática

C. DE MIRANDA VÁZQUEZ 7

Jurisprudencia sobre derecho probatorio

X. ABEL LLUCH 9

Preguntas con respuesta

¿En qué momento procesal debe aportar la parte demandada el dictamen pericial en el juicio verbal?

M. SÁNCHEZ-OCAÑA FERNÁNDEZ 11

¿Cuáles son las posibilidades procesales de las partes para que las fuentes de prueba estén disponibles en la vista del juicio verbal?

J.M.ª SÁNCHEZ GARCÍA 12

¿Puede un padre llevar a su hijo menor extramatrimonial, sin conocimiento materno, a un laboratorio y allí extraerse los dos, una muestra de ADN para determinar la filiación?

F. MUNNÉ CATARINA 14

Rincón de Lectura

Biblioteca 16

Eventos 16



¿Qué medidas deben integrar un programa de *Corporate Compliance*? O, más concretamente, ¿cómo probar el debido control ante el Juez? ENGELHART ha apuntado que una indicación detallada de todos los componentes por parte del legislador es prácticamente imposible y no se corresponde con el principio de autorregulación empresarial (2). Ahora bien, de ahí a la carencia de cualquier alusión al respecto existe una considerable diferencia (3), generando una indeseable inseguridad jurídica a la espera de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo delimite en el futuro los elementos fundamentales del sistema.

Ciertamente, el desarrollo de un reglamento en esta materia hubiera contribuido a paliar tal situación, no disponiéndose en el presente de ulteriores precisiones. En este sentido, la Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, procede sin embargo a destacar que los programas de autorregulación corporativa no constituyen ni el fundamento de la imputación de la persona jurídica ni el sustrato de una pretendida culpabilidad de empresa, atribuyéndoles relevancia en orden a servir de instrumento para evaluar el contenido real del mandato del que es titular el gestor o representante, y aquello que integra el control debido de la actividad, por lo que concluye que no bastará un mero maquillaje de la empresa para obtener el efecto atenuante previsto en el art. 31 bis 4, pero sin especificar las medidas requeridas.

No obstante, disponemos de antecedentes tanto en nuestra legislación interna sectorial como principalmente en Derecho Comparado, que apuntan y delimitan con claridad las medidas que debe contener todo programa efectivo de prevención del delito. Por lo que concierne a la legislación interna, deben mencionarse la LO 3/2007, de Igualdad, en su art. 48, en lo relativo a la prevención de acoso en el trabajo, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, en lo atinente a la prevención del blanqueo (en especial, Capítulo II, «De la diligencia debida», arts. 3 a 16, y Capítulo IV, «Del control interno», arts. 26 a 33), e igualmente en relación con la transparencia y buen gobierno de las sociedades cotizadas, el Código Unificado de Buen Gobierno de Sociedades Cotizadas (art. 49) y la Ley 24/1988, del Mercado de Valores (art. 116).

A su vez, por lo que respecta a las diversas experiencias en Derecho Comparado, destacan los precedentes anglosajones, donde la responsabilidad penal de las empresas fue introducida con una marcada intención de fomentar el buen gobierno corporativo, ante la imposibilidad del Es-

tado de abarcar la concreta implementación de las precauciones exigidas.

En concreto, disponemos de los precedentes que implican las *US Federal Sentencing Guidelines for Corporations*, en relación con la implementación de un «*Effective Compliance and Ethics Program*», en la que se destacan como elementos esenciales de dicho programa los siguientes: establecimiento de estándares y procedimientos para prevenir y detectar la conducta criminal, ejercicio por parte del Consejo de Administración de una autoridad supervisora sobre la implementación y mejora del programa de *Compliance*, el nombramiento de un *Compliance Officer* y la delegación de funciones en el ejercicio de responsabilidades operativas, el *reporting* periódico a los miembros del Consejo de Administración y altos directivos, la exclusión de empleados incumplidores de los puestos de responsabilidad, la impartición de formación continuada en materia de *Compliance*, monitorización y auditoría constante de la eficacia del programa, aseguramiento de que el programa de *Compliance* es promovido y reforzado dentro de la empresa mediante incentivos para actuar en cumplimiento del mismo o bien mediante el establecimiento de las medidas disciplinarias adecuadas, así como, en último término, el establecimiento de una adecuada respuesta a los incumplimientos detectados, en orden a prevenir conductas similares en el futuro, lo cual incluye las necesarias modificaciones que debieran llevarse a cabo de dicho programa (4).

Igualmente, debe mencionarse la *UK Bribery Act* de 2010, que entró en vigor el 1 de julio de 2011, y que permite la persecución de compañías internacionales con presencia en el Reino Unido si éstas o sus socios se hallan involucrados en casos de corrupción, salvo que puedan acreditar fehacientemente que han implementado procedimientos adecuados de prevención al respecto, entre los que destaca una completa evaluación del riesgo penal (5).

Junto a ello, la previa implantación del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas en la mayoría de los países europeos permite al juzgador disponer de una referencia clara de los elementos que deberán ser objeto de valoración probatoria (6). En esta línea podemos mencionar en Italia el Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de junio de 2001, sobre *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*, en cuyo art. 6 expresamente se establece la exención (y no la atenuación como en nuestro art. 31 bis 4) para las personas jurídicas que adopten modelos de organización y de gestión idóneos para prevenir delitos de la especie de los cometidos. Entre las exigencias de dicho sistema de *Compliance* se incluyen la

individualización de las actividades de riesgo en función de la empresa, el desarrollo de protocolos específicos, la individualización de la modalidad de gestión de los recursos financieros, el desarrollo de obligaciones de información y la previsión de un específico sistema disciplinario.

Por tanto, la articulación de tales sistemas en nuestro país y, en consecuencia, la prueba de la adecuación de las medidas que deben adoptarse permiten entrever los dos elementos fundamentales de todo programa: por un lado, la necesidad de efectuar con carácter previo un diagnóstico de la situación de la entidad, de evaluar los riesgos penales que realmente le afectan (del conjunto de los tipos delictivos que permiten su comisión por una persona jurídica) y confrontar tales riesgos con las medidas y controles actualmente implementados en la empresa. La contraposición entre lo actualmente existente y los controles requeridos por la reforma penal permitirá establecer el riesgo residual a cuya cobertura deberán orientarse las medidas de prevención y detección de delitos que se desarrollarán con posterioridad.

Así, como tarea previa a esa labor de prevención y descubrimiento de delitos que constituye la base del sistema, resulta necesario realizar un análisis y evaluación de los riesgos específicamente penales que afectan a la actividad de la empresa. Por consiguiente, incluso en aquellas entidades con programas de cumplimiento normativo ampliamente desarrollados con anterioridad a la reforma surge la necesidad de adaptar el mapa de riesgos al nuevo marco normativo, a los delitos susceptibles de generar responsabilidad penal empresarial tras la LO 5/2010. Se trata de acreditar en el Juzgado que precisamente las medidas implementadas a través del programa apuntan a los riesgos especialmente determinados en el Código Penal, y no constituyen una mera trasposición de controles anteriores a dicha regulación. En este mismo ámbito, se incardina la necesidad de actualizar dicha evaluación con incorporación de las novedades legislativas y jurisprudenciales que permitan visualizar nuevos riesgos, o determinar la modificación de los controles existentes. Se trata, en definitiva, de reducir la probabilidad de comisión de delitos al límite de lo tolerado jurídicamente, y para ello debe procederse a delimitar un inventario de riesgos penales externos e internos en consideración a la actividad y volumen de la empresa, así como a su comunicación y documentación en el seno de ésta, mediante su plasmación en un concreto plan de acción.

En segundo término, una vez efectuado el diagnóstico, resulta necesaria la documentación del conjunto de medidas de prevención y detección de delitos, es decir, aquello que específicamente se

corresponde con lo exigido por el art. 31 bis 4 y cuya efectiva acreditación deberá valorar el Juez: «Medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica». En efecto, tal protocolo deberá aportarse al Juzgado como prueba documental a disposición de la empresa que permite verificar el control debido, sin perjuicio de la aportación como pericial de un informe de experto independiente que corrobore la virtualidad de dicho protocolo y, ante todo, que los controles verdaderamente están implementados y funcionan en el momento presente. No obstante, debe advertirse que este ulterior informe no es requerido expresamente por el legislador y que únicamente contribuye a reforzar de manera notable la prueba disponible para acreditar el control debido.

Entre las medidas que debe incluir dicho modelo de prevención y detección de delitos, junto al nombramiento de un responsable de cumplimiento penal o *Compliance Officer*, adquiere notable relevancia la impartición de formación continuada en materia penal, para todo el personal de la empresa, tanto escrita a través de manuales como oral mediante la impartición de seminarios. Ahora bien, no basta con la mera transmisión de información, sino que lo decisivo será acreditar el buen resultado de la formación adquirida, mediante la recopilación de documentación, comprobación de asistencia o la realización de controles. En conexión con lo anterior, deberán asimismo establecerse protocolos de investigación de cualquier incumplimiento de las medidas contenidas en el modelo, con implantación de un sistema de delegación de funciones en su seguimiento, así como el desarrollo de un régimen disciplinario que responda a las infracciones detectadas en el seno de la organización.

La eficacia del modelo requiere una adaptación del código de conducta a las nuevas exigencias penales, incluyendo los elementos de los nuevos tipos delictivos introducidos por la reforma (corrupción de particulares, estafa de inversores). La actualización de dicho código ostenta a su vez una función de determinación de conductas y transmisión de los valores de la empresa de carácter fundamental. En este sentido, no se trata únicamente de establecer sanciones en caso de incumplimiento, sino de incentivar a su vez el cumplimiento de la norma, en línea con lo dispuesto en su día por las *Federal Sentencing Guidelines* (7). Como concreción de tal código deben reseñarse también políticas, protocolos y manuales de buenas prácticas en los ámbitos sectoriales que den adecuada respuesta a los diversos riesgos penales (fiscales, medioambientales, seguridad de la información, *lobbying*, etc.). A su vez, si bien la doctrina mayoritaria en Alemania

niega la existencia de un deber penal de implantación de un sistema de *Whistle-blowing* (8), la habilitación y gestión de un canal de denuncias se está revelando como una de las medidas más eficaces en la detección de delitos, permitiendo a cualquier trabajador reportar, de manera confidencial, las infracciones apreciadas, deviniendo entonces necesario establecer un protocolo de gestión de denuncias y comunicación a empleados.

Finalmente, como parte integrante de un completo programa de *Compliance* deberá incluirse la revisión y actualización

de las medidas adoptadas, mediante su evaluación y mejora constante, de tal manera que pueda verificarse en el momento de su acreditación que realmente es eficaz en la prevención del riesgo. Se alude frecuentemente en este ámbito al posible efecto contraproducente que podrían revestir dichos programas, en cuanto la comisión del delito evidenciaría precisamente la ineficacia o inadecuación de éste. Sin embargo, no se trata de sancionar la mera producción de resultados, sino que el Juez deberá valorar si desde una perspectiva *ex ante* era previsible la realización de un riesgo no debidamente

cubierto por las medidas de *Compliance* implementadas en la empresa.

La virtualidad del modelo de autorregulación empresarial (9) no debe quedarse en la mera apreciación de la atenuante prevista en el art. 31 bis 4 de nuestro Código Penal, que en todo caso hace referencia a medidas adoptadas con posterioridad a la comisión del delito (antes del comienzo del juicio oral), ni tampoco en la mera negación de la culpabilidad empresarial, que podría dar a entender que solo en el juicio oral podría debatirse sobre la eficacia de tales medidas. Éstas,

por el contrario, se configuran como circunstancias que excluyen la apreciación de la parte subjetiva del tipo, al no concurrir ninguna infracción del deber de cuidado empresarial, y, por consiguiente, cabe su alegación y prueba como motivo de sobreseimiento libre de las actuaciones al amparo del art. 637.2 LECrim., al no ser los hechos constitutivos de delito. Solo de este modo se permitirá eliminar la grave repercusión reputacional para las empresas, y fomentar, al mismo tiempo, el buen gobierno corporativo, finalidad última de la reciente reforma penal. ■

NOTAS

- (1) BOCK, D., *Criminal Compliance, Schriften zu Compliance, Nomos Verlagsgesellschaft, 1.ª ed., Baden-Baden, 2011, pág. 585.*
- (2) ENGELHART, M., *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA, Duncker & Humblot, Berlin, 1.ª ed., 2010, pág. 711.*
- (3) *Criticando la ausencia de seguridad jurídica que genera dicho proceder de nuestra legislación, frente a la concreción que puede apreciarse en la Ley chilena núm. 20.393, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil*

- de la ameba acuñado por Alex van Weezel», en Polít. Crim. Vol. 5 núm. 10 (diciembre 2010), Doc. 1, pág. 457.*
- (4) *El influjo de tales programas en la determinación de la culpabilidad se aprecia en el capítulo 8C2.5 de las Organizational Sentencing Guidelines («Índice de culpabilidad») que precisamente permite rebajar dicho índice en 5, 2 ó 1 puntos, según el grado de cooperación y aceptación de responsabilidad por parte de la organización empresarial.*
- (5) *Estándares específicos para la elaboración de programas de Compliance pueden apreciarse también en la regulación australiana: así, Australian Standard Compliance programs AS 3806-2006.*
- (6) *Entre otras regulaciones, pueden citarse la legislación alemana*

- articulada sobre la base de la Ley de Contravenciones (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, OwiG), parágrafos 30 y 130, el art. 121.2 del CP francés, complementado por la regulación del Libro IV del Code de procédure pénale, en cuyo Título XVIII se refiere a la persecución, instrucción y enjuiciamiento de las infracciones cometidas por personas jurídicas (arts. 706-41 a 706-46), el art. 102 del StGB suizo, art. 5 CP belga o la Ley Austriaca Federal sobre la responsabilidad de entidades por hechos punibles (Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten). Fuera de Europa merece destacarse, por su grado de determinación, la Ley chilena núm. 20.393 de 2009, en vigor desde el 2 de diciembre de 2009, y que regula la*

- responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiación del terrorismo y delitos de cohecho.*
- (7) *Capítulo 8B2.1(b) (6): «The organization's compliance and ethics program shall be promoted and enforced consistently throughout the organization through (A) appropriate incentives to perform in accordance with the compliance and ethics program».*
- (8) BOCK, D., *Criminal Compliance, ob. cit., pág. 732.*
- (9) *Sobre las plasmaciones prácticas de dicho modelo de autorregulación, vid. la monografía de NIETO MARTÍN, A., La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, ed. Iustel, Madrid, 2008, págs. 322 y ss. y passim.*

Coloquio

El futuro de la peritación judicial civil en la Unión Europea

Balance y propuestas

El Instituto Europeo de la Peritación y del Perito (EEEP) organiza en marzo de 2012 en Bruselas un coloquio sobre el tema: **El futuro de la peritación judicial civil en la Unión Europea.**

Este coloquio presentará el proyecto **EUREXPERTISE** subvencionado por la Dirección General de la Justicia de la Comisión Europea y dirigido por el **EEEP**.

Este proyecto ha inventariado los diferentes procedimientos de peritaje civil en el seno de la Unión Europea así como los diferentes estatutos de los peritos judiciales. Esta cartografía de lo existente ha sido realizada en concertación con la casi totalidad de los Tribunales Supremos de los veintisiete países de la Unión Europea.

Un Grupo de trabajo europeo compuesto de magistrados, de abogados y de peritos, ha sacado a la luz de ese inventario pistas de convergencia que se están sometiendo en la actualidad a las críticas de numerosas personalidades europeas. El conjunto de esos trabajos y sus conclusiones

se debatirán en el coloquio en talleres durante los cuales cada participante podrá expresarse en esos dos días.

Las actas de esas manifestaciones servirán de base para un libro blanco de propuestas de armonización de los procedimientos de las peritaciones civiles en los países de la Unión Europea. Ese libro blanco se entregará a la Comisión Europea en 2012.

Este coloquio debería atraer más de 220 magistrados, abogados y peritos reputados en el ámbito civil y procedentes de toda Europa. 1500 actas del coloquio serán distribuidas después en toda Europa.

El porvenir de la peritación en Europa les concierne. Vengan a debatir los 16 y 17 de marzo de 2012 en Bruselas.

European Expertise and Expert Institute

www.experts-institute.eu

Programa - Viernes 16 de marzo de 2012

9H30 - 12H30 **Alocución de acogida, Introducción de los trabajos**

- La peritación judicial civil en Europa
- Coste y financiación del peritaje civil
- Presentación de los talleres y organización de los trabajos

Conferencia en inglés, francés, neerlandés

Lugar de la conferencia: Hôtel Radisson BLU Royal, rue du Fossé-aux-Loups 47, Wolvengracht 47, Bruselas 1000

12H30 Almuerzo

14H - 17H30 Talleres: Talleres en inglés y en francés

14H30 - 15H30 Talleres: Sesión 1

- Designación y misión del perito
- Desarrollo de la peritación e informe del perito

16H - 17H30 Talleres: Sesión 2

- Formación, competencias y evaluación de los peritos
- Estatutos y deontología de los peritos, libre ejercicio y responsabilidad

20H Cena de Gala

Programa - Sábado 17 de marzo de 2012

9H - 13H Síntesis y conclusiones

- Restitución de los cuatro talleres y debates
- Síntesis general de los trabajos
- Conclusiones y perspectivas

Conferencia en inglés, francés, neerlandés

Precio

De la apertura hasta el 10 de febrero de 2012:

- Derecho de inscripción 380,00€ TI

Del 10 de febrero hasta el 12 de marzo de 2012:

- Derecho de inscripción 430,00€ TI

Cena de Gala (optativo) : 65,00€ TI

Suscribase al coloquio www.experts-institute.eu



Práctica Forense

Odontología legal y forense

LA LEY 328/2012

Odontología legal y forense

Sergio BELMONTE MARTÍNEZ

Doctor en Odontología. Licenciado en Criminología

Perito judicial de investigación en Odontología

Máster en reconocimiento de cadáveres a través de la boca

Este trabajo se centra en el informe pericial en Odontología legal y forense como la prueba principal en el proceso y en todo acto que requiera el conocimiento de un especialista en Odontología para que informe a las partes y aclare los extremos de litigio.

Hay que diferenciar entre el médico estomatólogo que es forense del odontólogo que es perito judicial en investigación odontológica, el primero es médico puesto que ha cursado la carrera de Medicina, ha completado los estudios de Odontología y aprobado las oposiciones a forense, el segundo es el odontólogo que ha cursado la carrera de Odontología y se ha especializado como perito judicial con todos los conocimientos que lleva implícito la especialidad. La diferencia no es tan importante a nivel de conocimientos, puesto que ambas titulaciones (Estomatología y Odontología) tienen las mismas atribuciones, si no a nivel laboral.

Los primeros ejercen desde la Administración de Justicia, luego tienen carácter de funcionarios a todos los efectos; y los segundos ejercen desde el ámbito privado, este hecho que a simple vista es irrelevante en según qué procedimientos marca diferencias muy importantes que más adelante trataremos.

La colaboración entre los primeros y segundos está totalmente recomendada y es de obligado cumplimiento para casos determinados.

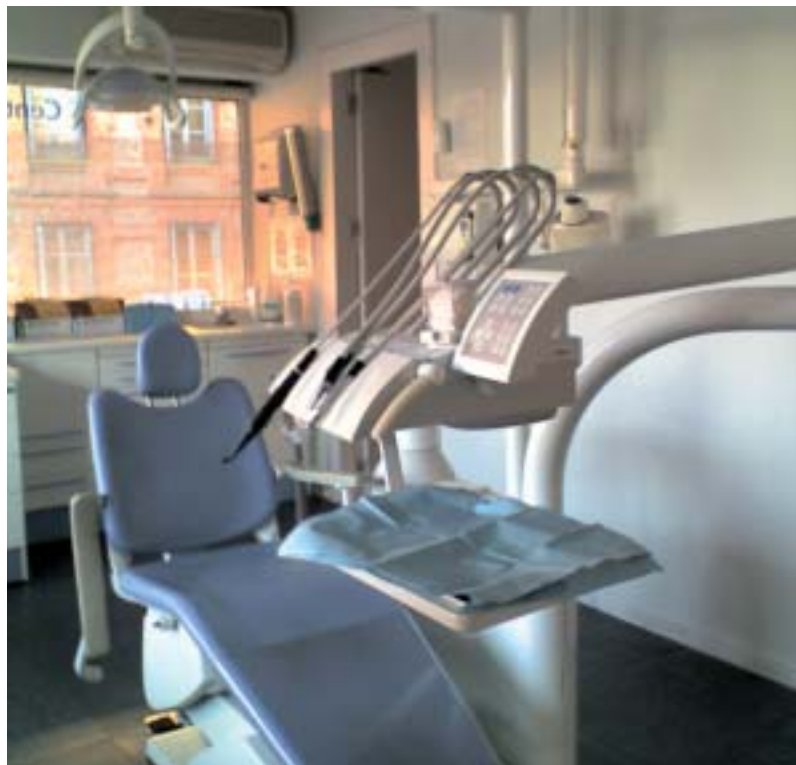
La prueba pericial odontológica en el ámbito civil, básicamente la actuación del perito en procedimientos ordinarios es el trabajo más requerido habitualmente tanto por nombramiento judicial como de parte. En ambos casos usualmente se requiere al perito para esclarecer extremos y puntos de discordancia entre pacientes y profesionales, ya sea por temas de mala praxis o bien por temas de reclamación de cantidad.

Tota prueba pericial empieza por el nombramiento y aceptación de cargo,

amén de la provisión de fondos (tema ampliamente discutido el pago de honorarios y la cuantía adecuada al trabajo del perito). A partir de este punto es esencial la inspección ocular del sujeto o material a examinar.

Tras la inspección ocular se debe obtener toda la documentación del proceso dental, no es de interés del perito odontólogo aquellos temas puramente legislativos, pero sí es de su interés toda la información relativa al paciente, esta información es: la ficha dental, consentimientos informados, anamnesis, radiografías, así como todo el material que sea o esté marcado por la literatura para poder llevar a cabo un tratamiento correctamente. Todo lo anteriormente citado, unido a las pruebas que se realizan en la IO, se utilizan para poder completar junto con la información de la literatura un dictamen pericial ajustado y de derecho para la defensa del caso.

Un buen ejemplo de pericial odontológica es aquella donde venga reflejado el motivo por el cual el tratamiento ha sido el adecuado o no, la explicación de la realidad de lo sucedido, la explicación teórica de los tratamientos de forma comprensible para las personas no duchos en Odontología e incluso hacer referencia a la literatura y bibliografía para ratificar lo expuesto. El siguiente punto es la valoración por separado de todas las funciones orales, se explicarán todas aquellas imágenes o radiografías siempre de forma comprensible para personas ajenas a la profesión. En mi experiencia personal apporto transparencias sobre las imágenes donde dibujo y reseño mis explicaciones así no modifico las pruebas. Pinto y explico sobre la transparencia todas aquellas incidencias que son de



obligado cumplimiento citarlas para la aclaración del litigio.

Como último punto está la conclusión, que en mi caso y por mi experiencia nunca es más larga de cuatro o cinco puntos muy concretos y concisos.

Hasta este punto es la explicación a temas de reclamación de cantidad y las formas de obtener las pruebas o cómo trabajar con ellas. Ahora bien, el perito judicial en Odontología también puede y de hecho actúa en casos penales, como ejemplo las agresiones ya sean por parte de animales o personas, en identificación de cadáveres, determinación de la edad, sexo, raza e incluso puede llegar a determinar las circunstancias de la muerte o de intoxicaciones dependiendo de características de las partes que conforman la boca.

De la misma forma que en la parte civil, todo informe será solicitado por alguna de las partes, deberá constar de las correspondientes acreditaciones del perito para tales efectos así como las autorizaciones por parte del/os organismos competentes.

Los métodos identificativos que se utilizan en Odontología forense están basados en el estudio de los tejidos blandos y duros. Por tejidos blandos entendemos que son los labios, encías, paladar, lengua, etc.; y, por tejido duro, el hueso y los dientes. Otros métodos identificativos son los elementos protésicos ya sean fijos o removibles o bien interóseos.

La identificación por medio del tejido blando, específicamente, encontramos dos áreas bien definidas e individualizadoras: los labios y el paladar. Los la-

bios tienen una serie de fisuras y surcos que son desde el nacimiento hasta la muerte del individuo invariables y con la característica de ser auto regenerables, el estudio de las huellas labiales es la queiloscopía, y está basada en el registro de las huellas que quedan en cualquier superficie que tenga contacto con los labios, por ejemplo, un beso con los labios pintados o incluso sin pintar dejan una huella identificadora. Los gemelos univitelinos son los únicos que comparten las huellas labiales.

El paladar en su parte mucosa es también un elemento diferenciador, mientras leemos este artículo podemos pasar la lengua por la parte del paladar que comprende la zona delimitada desde los premolares hasta la parte más anterior, notaremos con el tacto unas pequeñas protuberancias o mini «montañas» a cada lado, éstas son identificadoras y diferenciadoras para cada persona, su estudio se llama palatoscopía y la podemos usar por comparación con modelos de yeso de un paciente para su identificación.

La cabeza es considerada la caja negra del cuerpo humano por su resistencia a los impactos y a las altas temperaturas. Por este motivo, el paladar es importante en la identificación de cadáveres en catástrofes.

Por último, en el tejido blando recuperando el tejido duro podemos encontrar los torus palatinos, linguales, maxilares, que son crecimientos anómalos de tejido duro en forma de pequeña protuberancia. Éstos si se extirpan no vuelven a salir y dificultan las identificaciones a pesar de poder encontrar rastros de la cirugía de su extirpación presentes en el tejido blando y posiblemente rastros radiográficos.

Evidentemente, hay otros defectos anatómicos diferenciadores e identificadores como son el labio leporino y el paladar hendido, para no alargarme en el presente simplemente los nombro para tener conocimiento de éstos.

El tejido duro, ya sean las piezas dentales o el hueso, ayuda en la identificación de personas tanto *ante mortem* como *post mortem*.

El cráneo tiene marcados por la literatura una serie de puntos llamados craneométricos, la unión de estos puntos y su medición dan como resultado unas variables matemáticas que expresan la raza, la edad, el sexo... Por medio del estudio de las llamadas suturas craneofaciales que son la unión de los diferentes huesos que conforman el cráneo, podemos determinar la edad de la persona. Por los ángulos formados por los maxilares, su tamaño y forma podemos determinar la raza y el sexo.

La identificación por medio de los dientes y el hueso circundante a éstos es de mucha ayuda en la actualidad, solo tenemos que recordar el tema Alacrana y la averiguación de la edad para poder juzgar o no como adultos o menores a los supuestos piratas marítimos, y este estudio se hace por medio del desarrollo y crecimiento de las piezas dentales y su cronograma así como el estudio de las radiografías del sujeto a cuantificar la edad, pudiendo estudiar su erupción y estado a nivel de germen de crecimiento.

Las piezas dentales nos sirven para identificar personas en catástrofes por medio de la comparación de las radiografías *ante mortem* y *post mortem* así como la ficha dental.

Se requieren un mínimo de doce puntos de coincidencia para poder tener una identificación positiva, así mismo las arcadas dentales sirven para identificar agresiones por el método de comparación de los modelos del agresor con las marcas dejadas sobre la víctima. Existen casos en los que el agresor puede llegar a extraerse piezas dentales para crear falsas identificaciones, pero mediante el estudio del hueso o lecho alveolar podemos determinar el plazo de tiempo de la extracción e identificar positivamente al individuo.

No nos olvidemos que tanto cadáveres como agresores, personas a identificar, pueden ser portadores de prótesis.

Las prótesis pueden ser fijas (puentes) removibles (esqueléticos, completas) cuyas marcas o trazos podrán ayudar en las identificaciones.

Como se puede desprender de este artículo la especialidad pericial en Odontología es amplia y compleja, para poder entender mejor lo expuesto, a continuación doy la explicación de dos identificaciones y los métodos utilizados.

Primer caso: identificación para un cuerpo carbonizado, donde se presume su identidad.

Lo primero que haremos como peritos judiciales en Odontología es aceptar el nombramiento si es de parte judicial o bien si es de parte (letrado o familia) solicitaremos la orden judicial para los efectos de la identificación. Así mismo, solicitaremos la colaboración de los forenses, ya que como peritos podemos efectuar la identificación con todas las pruebas, pero no podemos manipular el cadáver (este trabajo es de los forenses).

Una vez aclarado los puntos anteriores solicitaremos a la familia o conocidos las pruebas dentales *ante mortem*, o sea toda la documentación que pueda tener el odontólogo referente a los trabajos realizados al sujeto a identificar. Incluso solicitaremos a la familia o conocidos objetos personales utilizados por el sujeto a identificar, estos objetos son el cepillo de dientes, el peine o cepillo de pelo, alguna prenda de ropa, zapato, etc. no limpiada y usada por el difunto; estas pruebas, junto con una muestra de saliva de la línea materna del individuo, serán procesadas para la obtención del ADN mitocondrial.

Una vez estemos junto al cadáver haremos la inspección ocular de la cabeza y en especial de la boca, donde iremos comparando la ficha dental del odontólogo (AM) con el estado de la boca, e iremos anotando todos los puntos de coincidencia en relación a tratamientos dentales, es de importancia observar el estado de las encías y hueso por si hubiera habido pérdida de piezas *post mortem*. Otro punto de interés es la comparación de las radiografías panorámicas (ortopantomografías) para poder analizar áreas anatómicas de morfología específica para cada persona (los senos etmoidales, frontales y sinusales).

Anotaremos y compararemos todo lo relativo a las prótesis, aparatología externa e interna (implantes) ya que algunas de estas piezas pueden tener el número de referencia del fabricante. La legislación inglesa, por ejemplo, obliga a los fabricantes de prótesis a numerar cada aparato con lo que se facilita la identificación.

Normalmente tomaremos unas medidas para obtener un molde de los maxilares.

La identificación por medio de los dientes y el hueso circundante a éstos es de mucha ayuda en la actualidad, solo tenemos que recordar el tema Alacrana y la averiguación de la edad para poder juzgar o no como adultos o menores a los supuestos piratas marítimos

Estudiaremos el color de las piezas dentales, tanto de las naturales como de las prótesis. En el caso de las piezas naturales dependiendo de su color se puede llegar a establecer si ha habido muerte por ahorcamiento, si el cuerpo ha sido quemado e incluso si ha habido envenenamiento. Cuando un cuerpo es quemado las piezas dentales pueden aparecer con un color rosáceo, o bien dentro de la gama de colores marrones a grises (por la respuesta del material dental a la temperatura). Podremos establecer la temperatura y tiempo de incineración.

El último trámite será la extracción de las piezas molares por ser las más grandes y más fuertes ante la temperatura e impactos y por tener la mayor cantidad de ADN.

Así teniendo la ficha dental *ante mortem*, la ficha dental *post-mortem*, la prueba de ADN *ante* y *post mortem* ya podemos identificar positivamente al individuo, pasando a cumplir con lo establecido en los arts. 181 al 192 CC, devolviendo la identidad y pasando a ser de un ausente a un fallecido arts. 193 al 197 CC.

Segundo caso: La agresión por medio de la boca, el mordisco.

Podemos definirlo como la lesión producida al presionar mediante los dientes distintas partes del cuerpo u objetos.

Dependiendo de la fuerza ejercida pueden ser contusas o incisivo-contusas.

Las pruebas que haremos sobre la persona u objeto será la toma de ADN e impresiones sobre las marcas antes de lavarlas, evidentemente antes de estas acciones habremos localizado el área anatómica donde está la lesión que en el cuerpo acostumbra a ser en

lugares prominentes tales como orejas, nariz, manos, cuello, labios.

Si tenemos al supuesto agresor tomaremos pruebas de saliva para comparar el ADN y modelos de estudio de la boca para poder comparar con las marcas dejadas en el agredido u objeto. Por comparación podremos determinar si hay coincidencias o no entre ambos.

El punto de importancia en la identificación del mordisco viene dado por el hecho de que sirve para esclarecer: robos, delitos sexuales, maltrato infantil, riñas.

Para cada caso hay áreas anatómicas específicas del cuerpo, por ejemplo, utilizar el mordisco como arma de ataque estarán localizadas en nariz, manos, orejas, mejillas, labios, espaldas. En agresión heterosexual estará localizado en mamas, muslos, glúteos, clítoris y pene. En homosexuales en espalda, brazos, hombros, axilas y escroto.

De suma importancia la localización del mordisco en maltrato infantil acostumbran a aparecer en lugares escondidos ya que el agresor trata de disfrazarlas para no ser descubiertas y suelen localizarse en el tórax, abdomen, espalda y glúteos.

Así pues, al ser nombrados para la identificación del agresor, también indagaremos por la anatomía del mordisco si es animal o humano, si fuera animal deberemos pedir la autorización judicial para la identificación del animal y la colaboración de un veterinario/a para poder sacar las muestras dentales.

Según las características del mordisco podemos averiguar si el agresor tiene falta de piezas dentales, si le faltan piezas dentales en una arcada, en las dos arcadas o si es edéntulo (sin dientes).

Por las marcas y el color del mordisco podremos saber si ha sido realizado *ante mortem* o *post mortem*.

He intentado resumir a grandes rasgos parte del trabajo diario del perito judicial en Odontología. Es mucha información y, si es del agrado de los lectores, estaré encantado de redactar unos artículos específicos para cada tema en relación a los casos que nos ocupan, la Odontología legal y forense. ■



Práctica Forense

La pericia vista por un perito

LA LEY 329/2012

La pericia vista por un perito

Francisco MENÉN RAURICH

Ingeniero Técnico Industrial, auditor sociolaboral y topógrafo

El autor analiza desde la óptica del perito la necesaria adecuación de su intervención escrita y oral en el proceso a las peculiaridades procesales del mismo.

En el art. 335.1.º LEC se cita que el objeto y finalidad de los peritos es efectiva cuando se requieren conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos de forma objetiva. Entonces, se puede y debe afirmar con rotundidad que tales cualidades son insuficientes para actuar como perito que comparece a juicio oral para exponer su dictamen y, en concreto, en la contradicción efectiva que se producirá mediante las preguntas y aclaraciones que las partes dirigirán al perito sobre cualquier aspecto de la pericia, pudiendo el Juez preguntar y requerir del perito sobre el objeto de la pericia.

El perito, deberá ser consciente que durante su intervención en la vista, su la exposición del dictamen será sometida a contradicción, incluso solicitándole alguna de las partes, de forma estratégica, preguntas y explicaciones no incluidas en el dictamen para crear su propio silogismo. Todo ello para posicionar al juzgador respecto a la prueba. Más aún, si se examina la conceptualización de la sana crítica y la libre convicción, siendo un marco totalmente

abierto a las valoraciones judiciales donde la lógica, los conocimientos científicos y la experiencia no pasan de ser un intento retórico para objetivar lo subjetivo. De esta forma, la dialéctica se convierte en el envoltorio de todo el acto judicial.

El perito se va a encontrar ante estas situaciones en una vista a la hora de rendir su dictamen, paralelamente a los conocimientos técnicos o científicos, que deben ser el resultado de la demostración. Dichos resultados quedan acreditados y avalados por el contraste de la legislación o reglamentos oportunos del caso tratado y nunca de una probabilidad, razón o juicio particular del perito. De esta manera, la exposición del perito no admite contradicción, ya que si en vez de una pregunta aclaratoria se le efectúa una pregunta capciosa evidentemente la parte interrogante pondrá en evidencia su desconocimiento en la sala, lo que fácilmente es aprovechado por las parte adversas en sus conclusiones.

El perito debe considerar que actúa en un escenario judicial y está sometido a un estrés en sus preguntas y contradicciones por las partes, que le producen trastornos

mentales o emocionales. En la medida que el estrés se incrementa el perito comete más fácilmente errores debido al estado de tensión, dependiendo de la intensidad de dicho estrés al que está sometido. Por todo ello, el perito debe autoconsiderarse como un catalizador judicial, en el que interviene en un procedimiento judicial pero que no forma parte de él, así pues, el perito deberá conocer parte de la mecánica del proceso y la forma correcta de defender su dictamen ante cualquier contradicción.

Para ello, el perito deberá proceder como un «investigador», y el objetivo principal de sus conocimientos servirá para aplicar la comprobación de la rigidez o consistencia de los conceptos, justificaciones y conexiones de unos hechos. Los cuales los expondrá y demostrará con el fin de poderlos valorar e interpretar debidamente donde se fundamentan las pretensiones de las partes, lo que da seguridad al perito y certeza al Tribunal. Art. 299 LEC.

Las aclaraciones y preguntas efectuadas sobre un hecho a un perito en una vista se sustentan con refutaciones sofisticadas y trampas dialécticas. Aquí, el perito actuante deberá poseer conocimientos de retórica y oratoria y las claves de la argumentación al mismo nivel que su interlocutor, cuyo objetivo le permitirá conocer de antemano a donde se le quiere conducir y la estrategia empleada por su interlocutor. El perito, por lo general, es un elemento molesto al cual no le importa ni le interesa el desarrollo ni el desenlace del litigio.

Los argumentos que se emplean en el interrogatorio o aclaraciones del perito se apoyan en opiniones generalmente admitidas con el fin de establecer una contradicción. Aristóteles distingue a la dialéctica como método para obtener silogismos que pasan por verdaderos o son aceptados como tales (*Probabilia*); y que, en todo caso, no se da por seguro que sean falsos ni tampoco que sean verdaderos,

no siendo esto lo importante. Es decir, conseguir una apariencia de la verdad sin preocuparse del fondo es lo que se denomina verdad judicial.

Ahora bien, la seguridad de un perito y la firmeza de su tesis deben estar basadas en una investigación, una acreditación de los métodos empleados y sus resultados. Puesto que las partes en litigio, para obtener sus pretensiones, se sustentan en unos hechos percibidos sensorialmente mediante los sentidos y otros factores tales como los hechos interpretados. Cada parte litigante puede tener una percepción e interpretación distinta de un hecho, que son aportadas mediante declaraciones de testigos. Éstos a veces no mantienen una coherencia exacta unos con otros, hay testigos que aportan información obtenida de otros o testigos entrenados, las declaraciones de los testigos pueden quedar afectadas por su memoria en cuanto de codificación, de retención y recuperación, lo que genera una ambigüedad respecto a la realidad y una incertidumbre.

Si se definiese a la incertidumbre o riesgo bajo un punto de vista matemático, sería aquella que en cada acto conduce invariablemente a unos resultados conocidos, pero que están sujetos a una función de probabilidad que puede ser conocida o completamente desconocida. En ambos casos, cada parte litigante realiza su estrategia, la cual será elaborada en función de la decisión adoptada y modificada según la evolución del pleito. Motivo por el cual el perito debe estar formado en retórica y oratoria para contrarrestar los envistes dialécticos de las partes litigantes en defensa de su dictamen.

Según J. FRANK, considera que antes de un caso judicial empiece los hechos no existen, no son lo que realmente ocurrió entre las partes del litigio, sino lo que el Tribunal considerará que ocurrió, es decir, es una creación del Tribunal, por lo que el perito solo debe centrarse en la semiótica pericial. ■

LA LEY
grupo Wolters Kluwer

EXCLUSIVO
SERVICIO
DE CONSULTAS

Resuelva sus dudas
Contraste sus opiniones

FORO OFICINA
JUDICIAL

Con formularios,
documentación,
esquemas
e información relativa a
la implantación
de la Oficina Judicial

DIRECTOR

José María
Asencio Mellado.
Catedrático de Derecho
Procesal de la
Universidad de Alicante

PRÁCTICA DE TRIBUNALES

Las respuestas que el profesional necesita
en la práctica diaria del Derecho
Procesal Civil y Mercantil

Y ADEMÁS...

- Las opiniones de los mejores especialistas en la materia desde todos los puntos de vista
- Prácticos comentarios sobre jurisprudencia constitucional e informes
- Modelos, formularios, esquemas prácticos. Todo sobre la práctica procesal civil
- Toda la actualidad sobre cursos, conferencias, novedades bibliográficas...



<http://practicadetriboales.laley.es>

MÁS INFORMACIÓN: 902 250 500 tel • 902 250 502 fax • clientes@laley.es • www.laley.es



Dossier

Dossier de los Tribunales sobre probática

Consulte los textos íntegros en www.diariolaley.es

LA LEY 175/2012

Dossier de los Tribunales sobre probática

Carlos DE MIRANDA VÁZQUEZ

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

El autor aborda dos temas diferentes por completo. Por un lado, trata la problemática probatoria que afecta a los litigios sobre vicios del consentimiento y falta de información en la contratación de productos de inversión; por otro, nos presenta un ejemplo de cómo el Derecho Probatorio puede llegar a influir negativamente, aunque de modo inconsciente, en el rechazo de fuentes de prueba dignas de crédito.

I. LA PRUEBA DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO Y DE LA FALTA DE INFORMACIÓN EN SUPUESTOS DE CONTRATACIÓN DE INSTRUMENTOS DE INVERSIÓN

En estos tiempos proliferan las demandas civiles que persiguen la anulación de contratos bancarios por dolo *in contrahendo*, falta de la debida información por parte de la entidad financiera, y otros motivos análogos. De entre las muchas resoluciones que se publican a diario, se ha localizado una que aborda distintas cuestiones jurídicas y que enfrenta diversos problemas de prueba. Nos referimos a la reciente SAP Illes Balears, Secc. 5.ª, núm. 278/2011, de 2 de septiembre, rec. 118/2011 (LA LEY 172955/2011).

El supuesto de hecho, expresado de forma resumida, versa sobre una pareja de ciudadanos de nacionalidad alemana —demandantes—, que en abril de 2007 acababan de vender un inmueble por el que obtuvieron unos ingresos de 800.000 euros. Se dirigieron a una entidad de crédito —demandada— y manifestaron su deseo de invertir todo su dinero en un solo instrumento. Sin embargo, el banco les propuso diversificar el riesgo. Unos 245.000 euros los invirtieron, finalmente, en un producto financiero —se discute si deuda o participaciones— de la entidad Lehman Brothers. En septiembre de 2008 dicha compañía quebró al no ser rescatada por el Gobierno norteamericano.

Se discutió en el pleito sobre tres grandes cuestiones, fundamentalmente fácticas:

a) La calificación jurídica del ambiguo documento contractual, del que los actores firmaron únicamente la primera de sus cinco páginas. Los demandantes sostienen que suscribieron un contrato de gestión de valores con obligación de asesoramiento. La entidad demandada defiende que se trató de un simple negocio bancario de depósito y administración de títulos.

b) La concurrencia de un vicio grave en el consentimiento de los accionantes, como consecuencia del actuar doloso del banco que les habría presentado como seguro y garantizado un producto financiero de riesgo, además de ocultarles su condición de comisionista de Lehman Brothers. Según los actores, se les dijo que se trataba de bonos garantizados, con vencimiento en un plazo de tres años y con una rentabilidad fija anual. La demandada defiende que el producto consistía en participaciones preferentes, sin cobertura alguna del riesgo.

c) La falta de una adecuada información de los demandantes por parte de la entidad de crédito en relación con el progresivo deterioro de Lehman Brothers hasta su definitivo colapso. Se duelen los accionantes de que perdieron completamente su inversión como consecuencia, principalmente, de la pasividad absoluta de la entidad demandada.

Se debe puntualizar que, en primera instancia, los actores vieron desestimada íntegramente su demanda. El razonamiento en que se basa dicho fallo parte de la consideración de que el contrato fue de mero depósito y administración. No habiendo resultado probado que constituyera obligación del banco la de gestionar la cartera de valores y asesorar a sus clientes, ni hubo engaño al contratar el producto, ni tampoco tenía la entidad de crédito mayor obligación que la de remitir periódicamente a los demandantes las cotizaciones del valor.

Siguiendo la ordenada estructura de la sentencia de la Audiencia Provincial, abordaremos los problemas probáticos que plantea el asunto siguiendo el orden de cuestiones antes expuesto:

a) *Sobre la calificación del contrato.* La interpretación de los negocios jurídicos —que no deja de ser un ejercicio de hermenéutica sobre la voluntad de los intervinientes— exige analizar la evidencia circunstancial (indicios) que rodea la expresión, por escrito, de una determinada querencia. En el presente caso, el órgano jurisdiccional que conoció del recurso de apelación concluye que lo que suscribieron los actores con el banco fue un contrato de gestión de cartera con obligación de asesoramiento. Para llegar a tal resultado se basa en los siguientes indicios:

i) El documento contractual es completamente ambiguo, siendo que en la primera página se refiere al objeto del contrato, de forma genérica, como «multiproducto», mientras que, en páginas posteriores, se menciona el régimen de comisiones, propias de un servicio de gestión de cartera, mientras que, en la última plana, se alude al «depósito y administración de valores». Se añade a lo anterior que los demandantes solo rubricaron la primera de las cinco páginas del documento contractual que la entidad de crédito presentó en el proceso.

ii) La Audiencia Provincial considera que los actores eran inexpertos en materia financiera. Y para ello se basa en los siguientes subindicios: 1) Manifestaron su voluntad de invertir 800.000 euros en un solo producto; 2) tardaron dos meses en decidirse en relación con las posibilidades que el banco les puso sobre la mesa.

iii) La entidad de crédito demandada, desde el primer momento, asesoró a los accionantes: 1) Les recomendó diversificar el riesgo, ofreciéndoles distintos tipos de inversión; 2) al cabo de un año, el propio banco les sugirió cambiar los productos de otras inversiones que contrataron inicialmente, al mismo tiempo que la relativa a Lehman Brothers; 3) la correspondencia que recibieron se expresaba en términos inequívocos de asesoramiento, con indicaciones claramente personalizadas; (4) se les confirió trato de clientes de «banca privada» y llegaron a recibir una carta del

«centro de asesoramiento de banca privada».

Cabe convenir con la Audiencia Provincial en que el perfil probado de los actores difiere notablemente del de un experto conocedor del mundo inversor, que lo más que exigiría de una entidad de crédito es que actuase como intermediaria en la adquisición de la cartera de valores y como depositaria y administradora de la misma.

Desde un punto de vista probático, dos cosas llaman poderosamente la atención. Una positiva y otra negativa. La primera tiene que ver con el empleo, por parte del órgano jurisdiccional de apelación, de presunciones de segundo grado o, dicho de otra manera, de indicios que se asientan, a su vez, sobre otros indicios (práctica proscrita —en teoría— bajo el errado brocardo *praesumptio praesumptionis non admittitur*). La segunda guarda relación con la incomprensible falta de un dictamen pericial en el que un experto proporcionase al juzgador máximas de experiencia técnicas sobre las comisiones bancarias y la relación de su monto con el servicio prestado por el banco. Es de suponer que la mayor o menor implicación de la entidad de crédito —depósito y administración frente a gestión con asesoramiento— debería tener consecuencias a nivel de costes del servicio. Y esto hubiese constituido, sin duda, un poderoso indicio para la mejor interpretación de la efectiva voluntad contractual de las partes.

b) *Sobre la existencia de un vicio en el consentimiento (dolo).* La cuestión del engaño se articula en el caso analizado sobre dos pivotes distintos. Por una parte, se denuncia por los actores la condición de comisionista del banco con respecto a la entidad Lehman Brothers. Por otra parte, se sostiene que se quiso una cosa —un producto seguro, carente por completo de riesgo, con una rentabilidad constante y un plazo de amortización predeterminado— y se les hizo firmar otra cosa —un producto de riesgo, no garantizado, expuesto a las veleidades de los mercados—. Veamos las dos cuestiones con más detalle, por separado:

i) Efectivamente, la actora no desplegó prueba alguna que permitiera al juzgador concluir la condición de comisionista de la entidad de crédito con respecto a Lehman Brothers. Ahora bien, se podía haber intentado probar —como insinúa la resolución— que el banco que promociona el producto ya podía conocer un año y pocos meses antes de la quiebra de Lehman Brothers las dificultades financieras que atravesaba esta última, a causa de las hipotecas *subprime*. Una adecuada prueba pericial podría haber revelado que la entidad de crédito podía (e, incluso, debía) conocer la situación de los activos de referencia. A partir de este hecho probado cabría inferir la condición de comisionista de la enti-

dad de crédito demandada (parece lógico pensar que la colocación de un producto de dudosa solvencia o de elevado riesgo se deba a la percepción de una comisión).

ii) En cuanto al tipo de producto que los demandantes alegaron haber pedido —una inversión segura— frente al que la demandada sostiene que se le pidió —una inversión arriesgada pero más lucrativa—, la sentencia rompe con el razonamiento presuntivo que le ha llevado a considerar que el contrato suscrito era propio de personas inexpertas en materia de inversiones y excluye el dolo de manera terminante.

Entre otros, la sentencia analizada se apoya en los siguientes indicios: a) No se plasmó por escrito el alegado compromiso de garantía de la entidad de crédito —cuando, de haber existido, lo normal es que los actores hubiesen exigido su firma—; b) no consta que pidieran un folleto expresivo de las características de la inversión; c) no manifiestan su disconformidad hasta un año y medio más tarde; d) reciben una liquidación favorable, a determinado tipo de interés, y no expresaron su sorpresa o su extrañeza.

Resulta harto discutible que unos inversores inexpertos —así los considera la Audiencia Provincial—, sean capaces de distinguir un bono de una participación preferente. Por otra parte, en la práctica comercial de 2007, los clientes del perfil de los demandantes no exigían a los comerciales de los bancos que pusieran sus compromisos por escrito y los firmasen en su presencia, al margen de los contratos propios de las operaciones, redactados previamente por la propia entidad de crédito. Se ignora si en este caso había folleto explicativos e, incluso, si el mismo era inteligible para el cliente.

En estos hechos intervinieron tres personas: los esposos demandantes y la comercial del banco. Esta última declaró como testigo a propuesta de la entidad de crédito. A los primeros nunca se les llegó a escuchar. La sentencia lo lamenta y con razón. E, incluso, parece deslizar el contenido de aquel principio de la probática que reza que «el mayor enemigo de la probática es el Derecho Probatorio». Como quiera que la LEC proscriba el interrogatorio de la propia parte, se llega al paradójico resultado de que quien intervino en los hechos por parte del banco sí da su versión de lo ocurrido —como testigo—, pero no sucede así con los otros protagonistas del hecho que se ven obligados a guardar un gravoso silencio durante todo el juicio (1). Sin duda, su interrogatorio habría dado lugar a valiosísimos desprendimientos indiciarios. Desde luego, nos queda la duda de lo que hubiese sucedido de haberse interesado el reconocimiento judicial de los actores, a fin de examinar su capacidad intelectual para discernir entre dos productos distintos (2).

Por cerrar la cuestión de la prueba del dolo, resulta curioso que la sentencia, tras considerar cómo opera la carga primaria de la prueba en relación con este asunto, admita la enorme dificultad probatoria a la que se enfrentan los demandantes. Sin embargo, no se aplica el principio de la facilidad y disponibilidad probatorias —ex art. 217.7 LEC—, con el que haber atenuado la admitida y abrumadora carga que se cernió sobre los hombros de los accionantes. No es demasiado pedir que, entre otras cosas, la entidad de crédito aportase al pleito el folleto informativo, a fin y efecto de demostrar si existía —en esa época no era obligatorio— y si su contenido resultaba inteligible para un cliente de tipo medio.

c) *Sobre la falta de información por parte del banco acerca de la progresiva crisis del valor de Lehman Brothers.* Parte la sentencia de que la ausencia de datos constituye un hecho negativo de difícil probanza, *a sensu contrario* de lo que acontece con la demostración del hecho positivo de la efectiva comunicación.

Efectivamente, la entidad de crédito no ha probado haber proporcionado tal información. De hecho, se enroca en el argumento de que ninguna obligación tenía en este sentido, atendido que se trataba de un contrato de depósito y administración de efectos, bastando al efecto con remitir periódicamente las cotizaciones del valor en el mercado secundario.

Por su parte, los actores sí probaron —mediante noticias publicadas en Internet— que, desde marzo de 2008, la cotización de Lehman Brothers comenzó a caer de manera notable. Su razonamiento es simple: si en la red ya se propalaban dichas circunstancias, cuanto más la entidad de crédito debía conocerlas —por razón de su desempeño—. Y, aún así, la demandada no informó nunca a los demandantes —ni tan siquiera tras la quiebra de Lehman Brothers—.

Es precisamente por esta falta de información por lo que la Audiencia Provincial obliga a la entidad de crédito a indemnizar a sus clientes. Sin embargo, lo que los demandantes aportan como una inocente prueba de que, desde marzo de 2008, Lehman Brothers había perdido un 30% de su valor de cotización en bolsa (por tanto, ya se podía inferir que algo no iba bien), se convierte en el elemento de cálculo de la indemnización. Se condena al banco a restituir a los actores la mitad del 70% del monto de la inversión inicial (lo de la mitad pretende representar la posibilidad de que los clientes decidiesen no vender los valores por si su cotización se recuperaba). La solución no deja de sorprender por varias razones: 1) Es cuestionable la máxima de experiencia de que un inversor probadamente inexperto pueda, ante datos alarmantes, querer mantener el riesgo vivo; 2) se aporta por los deman-

dantes —como prueba documental— un informe del Banco de España en el que se expone que el problema de las hipotecas de riesgo y las turbulencias financieras se hace patente en torno a verano de 2007. Si esto se sabe en el entorno financiero, ¿no es lógico pensar que lo pudo saber la entidad demandada? Si este conocimiento se pudo adquirir ya en verano de 2007 (cuando aún la cotización del valor no había comenzado a deteriorarse), por qué

se toma marzo de 2008 como referencia para calcular el importe de la indemnización; 3) el alto conocimiento del entorno financiero por parte del banco queda probado por el hecho, demostrado, de que otros productos en los que se diversificó la inversión fueron modificados por sugerencia de la propia entidad de crédito (y es de suponer que se hizo tal cosa para no perjudicar esas otras inversiones).

II. PROBATIONES NON SUNT COARTANDAE

La STS, Sala 1.ª, núm. 803/2010, de 1 de diciembre (LA LEY 204546/2010), pone de manifiesto un fenómeno psíquico bastante frecuente entre los juzgadores. Pesa tanto el Derecho Probatorio (y sus limitaciones, algunas de ellas excesivas) que, en ocasiones, se puede llegar a prescindir de una prueba porque, de manera inconsciente, ya nos parece que está «manchada», solo porque contiene algún elemento que relacionamos con algún motivo de sospecha. La prueba no puede ser coartada por una aplicación excesiva y rigorista del Derecho Probatorio, fundada en un garantismo exacerbado. Y aún menos puede ser desechado el valor probático de un medio de prueba, de primeras, porque presente algún rasgo que nos permita ponerle la etiqueta de sospechoso, sin detenernos a examinar su contenido.

El supuesto de hecho del que conoció el Alto Tribunal en este concreto caso es muy sencillo. Se trataba de una afirmada *fiducia cum amico*. Dos hermanos invertían los rendimientos de un negocio común en la adquisición de bienes raíces. La particularidad del asunto radica en que se ponían a nombre de uno solo de ellos. En un determinado momento, el hermano fiduciante requirió del fiduciario la venta de un inmueble, a lo que este último se negó.

El problema probatorio que se planteó era el habitual en materia de fiducia, esto es, la demostración de que el fiduciante ha participado de algún modo en la adquisición de la propiedad. ¿Cómo convencer al juzgador —se planteó el fiduciante, ahora reconvertido a actor—?

Por lo visto, presentó en juicio un único testigo. Se trataba del abogado que había venido prestando servicios para ambos hermanos, por igual, durante bastante tiempo. Es más, dicho letrado había mediado entre ambos litigantes para que alcanzasen una solución amistosa, llegando a redactar varios documentos de naturaleza transaccional, reflejando los intereses de los dos hermanos de igual forma.

Dicho testigo declaró en el juicio que en una ocasión en que, en su papel de mediador entre los malavenidos parientes, escuchaba las pretensiones del hermano fiduciario, éste le reconoció que tenía muy

claro que los dos eran copropietarios y que su renuencia a reconocer tal cosa obedecía a motivos estratégicos para forzar las negociaciones sobre una herencia que ambos se disputaban.

Pues bien, tanto en primera instancia, como posteriormente en apelación, este testimonio se desechó absolutamente, privándole del menor crédito, en razón a las relaciones personales del letrado con los hermanos litigantes (*sic*). Dichos órganos jurisdiccionales habían llegado a internalizar hasta tal punto los motivos de tacha de los testigos (art. 377.1 LEC) que, con tan solo oír decir que se trataba del abogado de los litigantes, ya no quisieron tan siquiera prestar atención a lo que pudiera decir.

Por su parte, el Alto Tribunal subraya la clamorosa imparcialidad del testigo que siempre actuó para ambos litigantes por igual, hasta el punto de que dicha circunstancia no hace sino fortalecer su legitimidad como testimonio. Efectivamente, *probationes non sunt coartanda* (3). Los motivos de sospecha para lo único que sirven es para que los operadores forenses redoblen la atención y verifiquen —con las preguntas adecuadas— la credibilidad del testigo. Si éste actúa con el solo fin de favorecer a quien le propone, no nos debemos de preocupar, puesto que él solo quedará en evidencia, con un interrogatorio sagaz. Pero esto es una cosa y otra muy distinta es que el juzgador se ponga la venda antes que la herida y, como un resorte, cierre sus sentidos a la información que pueda provenir del testigo, aún cuando quepa incluirlo en el listado de *suspectus*. ■

NOTAS

(1) *Sobre esta cuestión, compartimos absolutamente la opinión de RAMOS MÉNDEZ, F., Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles, tomo I, 1.ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2008, pág. 695.*

(2) *Somos conscientes de que se plantea una solución poco ortodoxa, pero lógica en última instancia. Véase, sobre el particular, RAMOS MÉNDEZ, F., Enjuiciamiento Civil. Cómo gestionar los litigios civiles, ob. cit., págs. 683-684.*

(3) *El brocardo lo encontramos en MUÑOZ SABATÉ, LL., Curso de probática judicial, 1.ª ed., Ed. LA LEY, Madrid, 2009, pág. 34.*



Dossier

Jurisprudencia
sobre Derecho
Probatorio

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

LA LEY 176/2012

Jurisprudencia sobre Derecho Probatorio

Xavier ABEL LLUCH

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

El primer comentario nos recuerda los supuestos en los que procede aplicar las reglas del onus probandi (falta o insuficiencia de prueba) así como su alcance en la casación (su deficiente aplicación a pesar de concurrir esos supuestos en el momento de dictar sentencia). El segundo versa sobre cómo puede producirse la admisión de hechos y, en especial, la admisión táctica de los hechos como facultad o como deber del Tribunal.

I. SOBRE LA DOCTRINA DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y EL ALCANCE DE SU INVOCACIÓN EN EL RECURSO DE CASACIÓN

Comentario a la STS de 14 de marzo de 2011
Ponente. Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández

En el fundamento jurídico quinto de la citada resolución se puede leer: «En el motivo segundo, submotivo primero, del recurso extraordinario se alega infracción de lo establecido en el art. 217 LEC en relación con el 216 de la misma Ley. El argumento de la denuncia se resume en que la sentencia declara probado un daño que ni siquiera se ha intentado probar porque no se ha llevado a cabo la más mínima actividad probatoria para demostrar su ocurrencia.

El submotivo se desestima porque se contradice en su mismo planteamiento. Si la sentencia recurrida declarada probado que hubo un perjuicio no cabe posibilidad de que infrinja el art. 217 LEC, el cual solo entra en juego cuando no habiendo resultado probado un hecho, controvertido y relevante para la decisión del asunto, el juzgador atribuye las consecuencias desfavorables de tal falta de prueba (o prueba insuficiente en su caso) a la parte a quien no correspondía la carga de probarlo.

El que exista o no actividad probatoria, así como la ponderación de su

función, y cualesquiera que sean los elementos de hecho obrantes en el proceso, y quien los aportó, en los que se fundamenta la apreciación del juzgador, son temas ajenos a la doctrina del *onus probandi*. Ésta exige, como primer presupuesto operativo, que el hecho relevante no conste acreditado, y solo en tal caso procede examinar el segundo presupuesto, consiste en la atribución de la responsabilidad de la omisión a quien no resulta procedente conforme a la regla general de la carga de la prueba, o la regla especial correspondiente (en su caso).

Del fundamento transcrito, en su brevedad, interesa destacar tres cuestiones: 1.º La delimitación de la doctrina del *onus probandi*; 2.º el presupuesto objetivo del *onus probandi*; 3.º el presunto temporal del *onus probandi*; 4.º las consecuencias de la doctrina del *onus probandi*.

1.º La delimitación de la doctrina del *onus probandi*. El expediente de la carga de la prueba constituye una regla de juicio para el Juez (de modo primor-



dial) y una norma de conducta para las partes (de modo secundario). A ambas funciones se refería DEVIS ECHANDÍA al definir la carga de la prueba como «noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al Juez cómo debe fallar cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que debe fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte» (1).

La misma dualidad de funciones (regla de juicio y norma de conducta) y su carácter principal —de la regla de juicio— y secundario —de la norma de conducta— aparece recogida en la exposición de motivos de la LEC al afirmar: «Las normas de la carga de la prueba, aunque solo se aplican judicialmente cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso [regla de juicio], constituyen reglas de decisiva orientación para las partes [norma de conducta]» (Epígrafe IX, párrafo 28). La aplicación judicial es la función principal y en eso consiste la regla de juicio dirigida al juzgador. Y la norma de orientación de la conducta es la función secundaria y se dirige a las partes.

Como regla de juicio es una norma de *ius cogens*, de naturaleza procesal, y obligada observancia por el Juez, a quien se dirigen para que pueda dictar la sentencia más ajustada al caso concreto, operando siempre después de la valoración de la prueba, y que opera tanto en los procesos dispositivos como en los no dispositivos. El fundamento de la regla de juicio radica en el deber judicial de dictar una sentencia sobre el fondo del asunto (art. 1.7 CC). Como norma de conducta constituye un imperativo del propio interés de las partes y que puede orientar su estrategia probatoria. El fundamento de la

norma de conducta radica en el principio de aportación de parte, entendido como facultad y carga de las partes de introducir los hechos y las pruebas en el proceso.

Delimitado en los anteriores términos el concepto y las funciones de la carga de la prueba es menester separar de su contenido otros aspectos que, a menudo, se invocan para fundamentar un recurso de casación, y que, como recoge la sentencia comentada, son «la existencia o no de actividad probatoria» (esto es, la observancia del principio de aportación de parte), «la ponderación de su suficiencia» (esto es, la llamada dosis de prueba o coeficiente de elasticidad de la prueba), y «quien aportó los hechos en que se fundamenta la apreciación del juzgador» (esto es, el principio de adquisición procesal). No se puede confundir, por tanto, la doctrina de la carga de la prueba con otras cuestiones (alcance del principio de aportación de parte y del principio de adquisición procesal o dosis de prueba) que, aun cuando relacionadas con la misma, no pertenecen a su esencia.

2.º El presupuesto objetivo de la carga de la prueba. Aparece descrito en la sentencia comentada en los términos siguientes «que el hecho relevante no conste acreditado» y también como que «no habiendo resultado probado un hecho, controvertido y relevante para la decisión del asunto». En definitiva, se trata de la «existencia de hechos dudosos relevantes o, en palabras, del art. 217.1 LEC «cuando (...), el Tribunal considere dudosos unos hechos relevantes para la decisión (...). De la sentencia comentada se puede deducir que para estimar una infracción de la normativa de la carga de la prueba, en cuanto al presupuesto objetivo, se exige: a) La existencia de un hecho controvertido precisado de prueba; b) que el hecho sea necesario para resolver la cuestión



litigiosa; c) que se trate de un hecho no probado, sea por falta total de prueba, sea por insuficiencia de prueba».

Una cuestión que plantea el presupuesto objetivo es si la aplicación de la regla de juicio requiere la insuficiencia probatoria o la inexistencia de prueba. Un sector doctrinal sostiene que la regla de juicio deberá aplicarse tanto en los supuestos de inexistencia de prueba sobre los hechos controvertidos como en los supuestos de insuficiencia de prueba, pues, a efectos de resolver, el hecho no existe, por lo que ha de recibir el mismo tratamiento (2). Otro sector, por el contrario, opina que conceptualmente deben distinguirse los supuestos de insuficiencia probatoria —para los que entrará en juego la regla de juicio— de los supuestos de inexistencia probatoria —para los que ni siquiera entrará en juego la regla de juicio, sino el principio general de aportación de parte (*iuxta allegata et probata, iudex iudicare debet*)—.

Se añade que no existiendo una mínima actividad probatoria, el Juez deberá tener por no acreditadas las afirmaciones de hecho y dictar sentencia absolutoria, por lo que la regla de juicio solo será de aplicación en aquellos supuestos en los que, efectuada una labor probatoria, aunque sea mínima, los hechos han quedado inciertos (3).

Aun cuando ambas situaciones —insuficiencia e inexistencia probatoria— comportan la ausencia de convicción judicial, se añade que sus repercusiones no son idénticas, puesto, que si se ha practicado una mínima actividad probatoria, el Juez, mediante el empleo de presunciones, puede dictar una resolución distinta de la que dictaría en supuestos de falta absoluta de prueba (4).

La sentencia comentada no aborda directamente esta cuestión, pero da

a entender que el presupuesto objetivo concurre tanto en los supuestos de inexistencia de prueba como de prueba insuficiente en su caso.

3.º) Junto al presupuesto objetivo, la normativa de la carga de la prueba exige la concurrencia de un presupuesto temporal y es que la duda se debe producir al tiempo de dictar sentencia u otra resolución semejante, como afirma el mismo apartado primero del art. 217 LEC. Este presupuesto temporal es el que marca la distinción entre la regla de juicio y las reglas de valoración de la prueba, en el sentido expresado por SERRA DOMÍNGUEZ que: «Mientras las reglas de valoración determinan qué afirmaciones deben estimarse probadas, las reglas de la carga de la prueba establecen las consecuencias desfavorables de la falta de la prueba» (5). El presupuesto temporal es que la ausencia o insuficiencia de la prueba se produzca en el momento de dictar sentencia, pues la regla de juicio opera en la fase final del proceso, y una vez practicada la valoración de las pruebas por el Juez.

De ahí que la sentencia comentada, reiterando constante y pacífica jurisprudencia, afirme que la regla de juicio no será de aplicación cuando en virtud de las reglas de la valoración de la prueba, el Tribunal ha declarado probados, sea como existentes —en el caso comentado la existencia de un daño— o inexistentes, unos determinados hechos.

4.º) Las consecuencias de la doctrina del *onus probandi*. Aparecen descritas en la sentencia comentada al afirmar que consiste en la «atribución de la responsabilidad de la omisión a quien no resulta procedente conforme a la regla general de la falta de la prueba, o de la regla especial correspondiente».

Como en su día afirmara ROSEMBERG: «La teoría de la carga de la prueba es la teoría de las consecuencias de la falta de prueba» (6). Estas consecuencias aparecen recogidas en el art. 217 LEC, que reemplazando y sustituyendo al incompleto y deficiente art. 1214 CC, y con una técnica procesal más correcta y minuciosa, contiene unas reglas generales de distribución de la carga de la prueba (apartados segundo y tercero del art. 217 LEC) y unas reglas especiales (apartado cuarto y quinto del art. 217 LEC).

Así, y resumidamente: a) Se establece la carga de la prueba del demandante, gravándole con la prueba de los hechos constitutivos de los que desprende or-

dinariamente el efecto jurídico pretendido (art. 217.2 LEC); b) se establece la carga de la prueba del demandado y se le grava con la carga de la prueba de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes de la pretensión del actor (art. 217.3 LEC); c) se establece una regla especial de distribución de la carga de la prueba en supuestos de competencia desleal y publicidad ilícita (art. 217.4 LEC); d) se establece una regla especial de distribución de la carga de la prueba en supuestos de actuaciones por discriminación por razón del sexo (art. 217.5 LEC); e) se establece que los criterios generales de la distribución de la carga de la prueba pueden quedar modificados por Leyes especiales (art.217.6 LEC).

II. SOBRE LA ADMISIÓN DE LOS HECHOS

Comentario a la STS de 22 de febrero de 2011. Ponente Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos (LA LEY 90856/2011)

En el fundamento jurídico segundo se puede leer: «La pretendida valoración de lo dispuesto en el art. 281.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede ser canalizada por la vía del artículo 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que este motivo de infracción procesal está reservado, en lo que aquí interesa, al examen del cumplimiento de las normas procesales reguladoras de la sentencia que comprenden el procedimiento para dictarla, su forma y contenido, requisitos internos, pero no con carácter general la exigencia de prueba, ni las vulneración de las reglas y principios que deben observarse en su valoración».

No obstante, a fin de dar respuesta al motivo, significaremos que, previsto en el artículo 281.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes, las respuestas ambiguas, las insinuaciones, el silencio o la falta de negación de la demandada de determinados extremos de hecho, no relevan de la carga de probar, al no constituir “plena conformidad de las partes” como se deduce del art. 405.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que deja al arbitrio de los Tribunales considerar el silencio o las evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales, y en el caso enjuiciado, la Sala de Apelación, en uso de sus facultades soberanas, rechaza tener por demostrados los hechos que entiende “negados” o, cuando menos, no admitidos, al declarar en relación con tal extremo de hecho que “respecto del cual ni siquiera se ha guardado silencio, lo que no relegaría a

la parte actora de su carga probatoria, sin perjuicio de que la falta de la contestación expresa pudiera ser entendida por el Tribunal como asentimiento a los hechos afirmados por el demandante, lo que es una facultad judicial, no una obligación establecida legalmente (art. 405.2 LEC)”».

La sentencia transcrita aborda el tema de la admisión de los hechos en el proceso civil, respecto de cuya materia efectúa unas interesantes precisiones que nos interesar subrayar y sistematizar, en torno a tres cuestiones: 1.º) ¿Qué es la admisión de hechos?; 2.º) ¿Cómo puede producirse una admisión de hechos, y particularmente la admisión tácita?; 3.º) La admisión tácita de los hechos como facultad o como deber del Tribunal.

1.º) ¿Qué es la admisión de los hechos? El proceso tiene una estructura dialéctica, y se rige por el principio de aportación de parte y de contradicción. En virtud del principio de aportación de parte, al actor en la fase inicial del proceso le corresponde introducir los hechos en el proceso (art. 399.3 LEC) y al demandado la carga de admitirlos o negarlos (art. 405.2 LEC). La admisión o negación de los hechos por el demandado tiene una trascendencia probatoria indiscutible, en cuanto sobre los hechos admitidos —«los que existe plena conformidad», en la dicción del art. 281.3 LEC— se establece una dispensa de prueba.

La admisión de los hechos de la afirmación de contrario y debe tener lugar en la fase de alegaciones, pues en esta fase debe quedar delimitado el objeto del proceso y el *thema probando*. Como afirma acertadamente GARCIMARTÍN

MONTERO, la admisión de los hechos «supone la existencia de una manifestación en sentido positivo acerca de los hechos alegados por la contraria» (7).

2.º) ¿Cómo se produce la admisión de los hechos? La admisión de los hechos puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando el hecho aducido por el actor es admitido por el demandado en la fase de alegaciones. La admisión expresa de los hechos, como nos recuerda la sentencia comentada, exige «plena conformidad de los litigantes» (art. 281.3 LEC) y produce la dispensa de prueba.

Ahora bien, no siempre se produce una admisión expresa de los hechos, sino que a veces se producen, como enumera la sentencia comentada, «respuestas ambiguas, insinuaciones, silencio o falta de negación de la demandada sobre determinados extremos de hecho». ¿Supone ello una admisión tácita de los hechos? El legislador dispone que «el Tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales» (art. 405.2 LEC). A mi modo de ver, la admisión tácita de los hechos puede producirse: a) Por vía del silencio, esto es, cuando litigante elude pronunciarse sobre las alegaciones de contrario; b) por vía de las respuestas evasivas, esto es, cuando el litigante se pronuncia sobre las alegaciones de contrario, pero la ambigüedad y falta de precisión de la respuesta no permite deducir cuál es su postura; c) por la vía de afirmación de hechos distintos que presuponen la realidad de los afirmados de contrario.

Íntimamente relacionada con esta cuestión figura la relativa a si la admisión tácita exige o no una resolución en la audiencia previa en la que se tenga el hecho por admitido, existiendo en la doctrina dos posiciones claramente diferenciadas. Un sector doctrinal, al cual nos adherimos, sostiene que si la admisión tácita se pospone para la fase de sentencia y como una facultad del Juez —tal como sucedía con los arts. 549 y 690, II LEC 1881—, no se produce el efecto de la dispensa de prueba, y el actor tendrá que proponer prueba sobre el hecho presuntamente admitido de modo tácito (8). Otro sector doctrinal, por el contrario, en atención a razones de prudencia y a la falta de una previsión legal expresa, sostiene que la Ley no impone una declaración de hechos admitidos tácitamente y que su fijación requiere de una motivación en la sentencia —arts. 209.2 y 218.2 LEC (9)—.

3.º) Una tercera cuestión es la relativa a si la admisión tácita es una facultad o una obligación del Tribunal. Tal como

se deduce de los términos potestativos del art. 405.2 LEC [«el Tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas (...)»] y como recuerda la sentencia comentada, se trata de una facultad soberana de los Tribunales declarar determinados hechos como tácitamente admitidos. La complejidad que, a menudo comporta, la interpretación de los silencios o las respuestas evasivas de los escritos de alegaciones, junto con el dato que las demandas no siempre contienen un relato de hechos «de forma clara y ordenada» (art. 399.3 LEC), aconsejan que la admisión tácita se confíe al prudente arbitrio de los Tribunales. No existe, por tanto, un deber de declarar tácitamente admitidos los hechos.

En el caso enjuiciado, en que se reclamaba un crédito derivado de la existencia de relaciones comerciales entre dos mercantiles, la Sala de Apelación rechaza que pueda existir una admisión tácita de los hechos por los codemandados a partir de la impugnación de unas llamadas «cuentas de mayor» y las restantes facturas, de lo que se deduce que no hubo una admisión tácita del crédito documentado. ■

NOTAS

(1) ECHANDÍA, D., *Compendio de Pruebas Judiciales*, T. II, 9.ª ed. Bogotá, 1988, pág. 149.

(2) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Ed. LA LEY, Madrid, 2005, pág. 32.

(3) CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con MORENO CATENA, V.), *Derecho Procesal Civil*, 4.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 204.

(4) GONZÁLEZ GRANDA, P., «Los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria en el sistema del art. 217 LEC», en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 42.

(5) SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, T. XVI, vol. 2, ALBALADEJO, M. (dir.), Ed. Edersa, Madrid, 1991, pág. 51.

(6) ROSEMBERG, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, II, Buenos Aires, 1955 (trad. DE ROMERA VERA), pág. 222.

(7) GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Ed. Cedecs, 1997, pág. 153.

(8) MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 6.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2006, pág. 86.

(9) SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, 2.ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 178.



LA LEY 330/2012

Preguntas con respuesta: la prueba a consulta

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

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

La primera cuestión analiza la aparente contradicción entre los arts. 265.4 y 337.1 LEC sobre la aportación del dictamen pericial por el demandado en el juicio verbal. La segunda analiza qué instrumentos procesales tienen las partes para poder practicar en el acto de la vista del juicio verbal toda la prueba propuesta por las partes. Y la tercera, gira en torno a la validez de la prueba biológica (ADN) extraprocesal obtenida por un solo progenitor para impugnar una filiación en un juicio de paternidad.

I. ¿EN QUÉ MOMENTO PROCESAL DEBE APORTAR LA PARTE DEMANDADA EL DICTAMEN PERICIAL EN EL JUICIO VERBAL?

Marta SÁNCHEZ-OCAÑA FERNÁNDEZ
 Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia
 núm. 2 de L'Hospitalet

Ésta es una cuestión muy controvertida en los Juzgados y en los foros de discusión, debido fundamentalmente a la redacción algo confusa del art. 337 LEC.

Efectivamente el art. 337.1 en su redacción tras la reforma operada por la Ley 13/2009, respecto de los dictámenes elaborados por peritos designados por las partes, termina diciendo en su última frase «que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el verbal». Si solo nos quedamos con esta parte del párrafo parece que el demandado debería aportar su dictamen pericial de parte como muy tarde cinco días antes de la vista. Sin embargo, considero que esta interpretación no es la correcta.

Como primera aproximación hemos de acudir a la interpretación literal de la norma. Si comenzamos el análisis del art. 337.1 desde el principio del párrafo, se advierte ya desde la rúbrica que el artículo se refiere al *Anuncio de dictámenes cuando no se puedan aportar con la demanda o con la contestación*. Y, literalmente, dice: «Si no les fuese posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados junto a la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse, que habrán de aportar para su traslado a la contraria, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el verbal».

Es decir que el artículo está pensando que junto a la contestación no se pudo aportar el dictamen y en ella se anuncia para su aportación posterior. Posterior pero lo antes posible, y en todo caso cinco días antes de la vista del verbal. Esta regulación solo puede referirse a los verbales con contestación escrita, que son los menos, ciertamente. Y ello porque es materialmente imposible que en la contestación oral en el acto del juicio se exprese el dictamen de que se quiera valer el demandado —dictamen que no se pudo traer junto a la contestación de acuerdo con la primera parte del párrafo— y que a la vez se aporte cinco días antes del propio acto del juicio en el que ya se encuentra.

La regla general la establece el art. 336.1, que impone la obligación de que los dictámenes de parte se aporten con la demanda o con la contestación si ésta hubiere de realizarse de forma escrita, y añade la previsión de sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 337 (en caso de que no fuese posible su aportación junto con la demanda y contestación). De forma que interpretando conjuntamente los arts. 336 y 337.1 se desprende que el plazo de cinco días de antelación a la vista se refiere solo a los casos de verbales con contestación escrita.

También si acudimos a una interpretación sistemática de la regulación de la aportación de las pruebas por el demandado en el juicio verbal (el verbal digamos *normal*, con contestación oral que es la regla general), nos encontramos con el art. 265 LEC, que no ha sido reformado por la Ley 13/2009, y que está dentro del Título I «De las disposiciones comunes a los procesos declarativos», en cuyo punto 4 recoge expresamente que: «En los juicios verbales, el demandado aportará los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes a que se refiere el apartado 1 en el acto de la vista». Esta disposición no ofrece dudas interpretativas y es coherente con la interpretación de los arts. 336 y 337 que defendemos.

Considero, además, que sigue plenamente vigente el razonamiento efectuado por el Tribunal Constitucional en su STC 60/2007, de 26 de abril, que dice: «Los arts. 265.1.4 y 336 LEC hacen referencia al régimen general de la aportación de los dictámenes periciales a instancia de las partes. Estos preceptos establecen el momento procesal preclusivo de su aportación, que coincide con la presentación de los escritos de demanda y de contestación a la demanda (también rige esta regla en los casos de demanda reconvenional y de contestación a la misma) en el juicio ordinario; en el juicio verbal, debido a que la contestación a la demanda se realiza oralmente en la vista, el dictamen aportado por el demandado debe introducirse al tiempo de la contestación oral, es decir, en la vista (arts. 265.4 y 336.1 y 4 LEC)» (1).

En este mismo sentido, se han pronunciado, entre otras, la SAP Toledo, Secc. 1.ª, de 15 de junio de 2011, núm. 185/2011, rec. 171/2010 (2); la SAP A Coruña, Secc. 3.ª, de 27 de julio de 2011, núm. 426/2011, rec. 90/2010 (3); y la SAP Barcelona, Secc. 4.ª, de 26 de mayo de 2009, núm. 289/2009, rec. 556/2008 (4).

La interpretación lógica también debe llevarnos a la misma conclusión: en los verbales puros la contestación oral se efectúa en el acto del juicio, y exigir a una parte que aporte prueba antes de formular sus alegaciones es contradictorio con el orden lógico del proceso.

Coincido con los que opinan que el art. 337.1 *in fine* debería haber incluido la mención expresa a los verbales con contestación escrita, como hace el art. 336.4, y también con los que denuncian la posible indefensión para el actor si se encuentra sorprendido en el acto de la vista con un dictamen que puede ser largo, técnico y difícil de leer en ese momento. Pero estos problemas deben solucionarse con la aplicación del principio general de prohibición de la indefensión, concediendo el Juez un tiempo al letrado actor para conocer el dictamen pericial contrario, o incluso si fuera necesario acudiendo a la interrupción de la vista.

II. ¿CUÁLES SON LAS POSIBILIDADES PROCESALES DE LAS PARTES PARA QUE LAS FUENTES DE PRUEBA ESTÉN DISPONIBLES EN LA VISTA DEL JUICIO VERBAL?

Jesús M.ª SÁNCHEZ GARCÍA
Abogado

Las fuentes de prueba que creamos necesarias para la acreditación de los hechos alegados y que no podamos aportar con nuestros escritos rectores al inicio del procedimiento o en la vista del juicio verbal con contestación oral, deberemos intentar obtenerlas con anterioridad a la vista, para poder utilizar las mismas a través de los distintos medios de prueba. Y ello dependerá de nuestra habilidad profesional, a fin de poder convencer al Tribunal que necesitamos hacer uso de

los medios de prueba pertinentes en defensa de los intereses de nuestros clientes, conforme consagra el principio constitucional contenido en el art. 24 CE.

Es necesario que dichas fuentes de prueba sean traídas a los autos para que se encuentren presentes el día de la vista, ya que uno de los requisitos esenciales de un procedimiento oral es que las pruebas se practiquen con la debida contradicción, en igualdad de armas y bajo la intermediación judicial, conforme preceptúa el art. 289 de la Ley.

Hemos de resaltar que muchas de esas fuentes de prueba se utilizarán para poder preguntar a las partes, testigos, etc., y que requieren de su previo examen y exhibición y, lo que es más importante, que, conforme dispone el art. 427 de la Ley, de aplicación para el trámite del juicio verbal, ya que el juicio verbal se rige por los mismos principios que el ordinario, pero en unidad de acto en la vista, las partes deben pronunciarse sobre todos los documentos, informes y dictámenes antes de la proposición de prueba y, si no son impugnados, ni contradichos, en cuanto a los efectos jurídicos que se pretende sobre los mismos, entran en el proceso con todo su valor probatorio, sin perjuicio de la valoración que posteriormente le dé el Tribunal, pero entran en el proceso con pleno valor probatorio (5).

Para una adecuada contradicción y posicionamiento de las partes respecto de los documentos aportados de contrario, es conveniente que los mismos estén el día de la vista, facilitando la posibilidad de que las partes se pronuncien al respecto, evitando, con ello, diligencias de prueba innecesarias y superfluas o, en su caso, permitiendo que las partes puedan proponer los correspondientes medios de prueba sobre hechos que sean controvertidos, en función del pronunciamiento que al respecto hayan podido hacer las partes.

Es ilustrativa la SAP Barcelona, Secc. 1.ª, de 23 de marzo de 2004, de la que es ponente D. Francisco Javier Pereda Gómez, resolviendo que el trámite previsto en el art. 427 LEC no tiene por objeto calificar el valor probatorio por cada parte, de las pruebas documental y pericial, al ser ésta una función propia de la fase de conclusiones, sino de evitar el libramiento de despachos de adverbación de documentos públicos y privados que consten por copia simple y de ahorrar las testificales respecto a aquellos documentos elaborados por empresas, compañías de suministros y, en general, terceros ajenos al pleito.

Nuestra Ley Procesal Civil prevé respecto del juicio verbal una regulación general en los arts. 437 al 447 Ley de Trámites Civil, estableciéndose un trámite especial para los procedimientos de familia, regulados en el Título I del Libro IV (debiéndose tener presente actualmente las especialidades procesales reguladas en el Libro II del Código Civil de Cataluña), en el que el legislador prevé, como regla general, la contestación a la demanda de forma escrita, trámite en el que deberán aportarse las fuentes de prueba.

Conforme lo dispuesto en el art. 265 de la Ley, deberán aportarse los documentos, dictámenes, informes y demás medios de prueba fundamentales y esenciales de la pretensión con los escritos rectores de demanda y contestación a la demanda, debiendo aportarlos el demandado en el juicio verbal, al contestar la demanda oralmente, el día de la vista.

Por otra parte, la Ley regula la práctica de cada uno de los medios de prueba previstos en el art. 299 de la misma.

Por tanto, las fuentes de prueba deberán aportarse al procedimiento en sus momentos procesales fijados en la Ley de Trámites, a fin de poder articular la proposición de los medios de prueba que creamos adecuados para la defensa de los intereses de nuestros clientes.

En materia probatoria, no debemos confundir las finalidades perseguidas por el legislador con las diligencias preliminares o con la prueba anticipada o el aseguramiento de la prueba.

Realmente, las fuentes de prueba más habituales son los documentos, tanto de la parte contraria como todos aquellos que están en posesión de terceros y archivos públicos o privados, de los que nosotros no podemos obtener copia.

1. Las actividades probatorias previas a la vista

A) La prueba pericial

La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, ha introducido una serie de reformas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que afectan de forma sustancial

a la posibilidad de obtener las fuentes de prueba con anterioridad a la celebración de la vista, posibilitando que se encuentren en los autos cuando se celebra la misma, a fin de poder articular los medios de prueba, que permitan una adecuada y pertinente defensa. Así:

a) En relación con los dictámenes elaborados por peritos designados por las partes, se prevé que se aportarán junto con la demanda o con la contestación en los juicios verbales con oposición escrita y si no fuera posible debe aportarse, para su traslado a la contraria, en cuanto dispongan de ellos y, en todo caso, cinco días antes de iniciarse la vista.

b) El art. 337 exige que se aporte como máximo la pericial cinco días antes de la vista del juicio verbal. Pero, a mi entender, esta previsión se limita al juicio verbal con contestación por escrito (que el PP pretendió introducir con carácter general en el trámite parlamentario a través de las enmiendas 374 y 375 presentadas en el Congreso y que fueron retiradas en la ratificación de la ponencia celebrada en la Comisión de Justicia del Congreso el 18 de junio de 2009).

c) Por ello sigue en vigor el art. 265.4 LEC que no ha sido modificado y que prevé que el dictamen pericial de parte en el juicio verbal sin contestación escrita deberá ser aportado por el demandado en el acto de la vista. Interpretación que, además, ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en la sentencia de la Sala 2.ª, 60/2007, de 26 de marzo de 2007, que concede el amparo en un caso en el que se denegó la prueba pericial aportada por el demandado en la vista del juicio verbal porque el órgano de instancia entendió que era aplicable el art. 337 y no el art. 265.4 LEC, afirmando el TC que: «La inadmisión de la prueba propuesta para su defensa en el juicio verbal (...) no resulta conforme a la exigencias constitucionales de tutela judicial efectiva, puesto que ha dado lugar a la negación a la parte demandada de la posibilidad de que se practicara una prueba en principio pertinente y que cabría hubiese resultado decisiva para la resolución del pleito» (6).

Así, si queremos proponer una pericial de parte, la deberemos aportar con la demanda o al oponernos a la misma, conforme lo dispuesto en el art. 336, permitiéndose la aportación posterior para la parte demandante en función de lo manifestado por la parte demandada al oponerse a la demanda, conforme prevé el art. 265.3, en relación en los arts. 338.1 y 427.3.

Lo mismo podemos decir respecto de la pericial judicial, que deberá anunciarse con el escrito de demanda o al contestar la misma, conforme dispone el art. 339 de la Ley, permitiéndose a la actora proponerla, igualmente, en función de las alegaciones de la demandada al oponerse a la demanda, conforme lo dispuesto en el art. 339.2, en relación con el art. 427.4, sin perjuicio de las especialidades introducidas por la Ley 13/2009, para la solicitud de pericial judicial en el juicio verbal para el demandado con oposición no escrita.

Actualmente, el art. 339 LEC prevé que el demandado en el juicio verbal, sin trámite de contestación escrita, pueda solicitar la designación judicial de perito al menos con diez días de antelación al que se hubiere señalado para la vista.

B) Las actividades previstas en el artículo 440.1.3, in fine LEC

Cuando queramos proponer la comparecencia de la parte contraria o de testigos que no podamos aportar, deberemos solicitar su citación dentro de los tres días siguientes al señalamiento de la vista, conforme preceptúa el art. 440 de la Ley.

Y la misma diligencia, en tal perentorio plazo, deberemos hacer cuando se quiera obtener datos que obren en poder de terceros y sobre los que la parte no pueda tener acceso, solicitando los mismos, al amparo de la nueva previsión del último inciso de su párrafo tercero del art. 440, al remitirse a los trámites del art. 381.

C) La edición de documentos

Cualquier documento que obre en poder de las partes es conveniente solicitar del Tribunal, al amparo de lo dispuesto en los arts. 328 y 329 LEC que sea requerida la parte contraria, para que se aporte a los autos con anterioridad a la vista.



Al respecto, la SAP Madrid, Secc. 14.ª, de 31 de marzo de 2005 (7) analiza el deber de cita de los archivos regulado en el art. 265.2 LEC y la distinción entre el deber de exhibición de documentos en poder de terceros, regulado en el art. 330 LEC, el deber de exhibición entre las partes, previsto en el art. 328 de la Ley, y las respuestas escritas de personas y entidades jurídicas sobre hechos del proceso conocidos por razón de su actividad ordinaria, mercantil e industrial.

Nuestra Carta Magna contempla el acceso a los medios de prueba como un derecho fundamental.

La Ley de Enjuiciamiento Civil exige que todos los medios de prueba se practiquen en la vista con sujeción a los principios de unidad de acto y de inmediación, conforme dispone el art. 290 de la Ley.

La propia Ley Procesal, conjugando debidamente su articulado, nos permite convencer al Tribunal de la conveniencia de tener aquellos documentos que obren en archivos a los que no podemos acceder, así como de documentos de contrarios o de terceros y solicitar que sean aportados con anterioridad a la vista, siempre y cuando dichas solicitudes sean pertinentes y útiles.

Así, el propio art. 269 nos dice que, cuando hayamos hecho la oportuna designa que fija el art. 265.2 de la Ley (lo que requiere efectuar la designa en nuestros escritos iniciales, especialmente mediante otrosí), podremos solicitar que se expidan los oficios oportunos para obtener la correspondiente documentación.

Y respecto de documentos que obran en poder de terceros, deberemos acudir bien al deber de exhibición de documentos en poder de terceros, que regula el art. 330 LEC, bien al deber de exhibición entre partes, del art. 328 LEC, o, por último, cuando se trate de hechos relevantes para el proceso, podremos solicitar que informen personas jurídicas y entidades públicas, al amparo del art. 381 de la Ley, petición esta última que, preceptivamente, deberemos realizar dentro de los tres días siguientes al señalamiento de la vista, conforme dispone la nueva regulación del párrafo tercero del art. 440 de la Ley.

Debemos solicitar que sean traídos al procedimiento dichas fuentes de prueba, bien en nuestros propios escritos iniciales de la *litis* (en el juicio verbal con contestación escrita) e igualmente el demandado en los juicios verbales con oposición oral el día de la vista, a través de las oportunas peticiones instrumentales, o bien durante los tres días siguientes al señalamiento de la vista, conforme lo dispuesto en el art. 440, aun cuando la previsión legal sea solo para testigos, partes y solicitud de informes al amparo del art. 381, o, en cualquier caso, antes de la vista, con antelación suficiente para que puedan estar debidamente cumplimentados, pero justificando adecuadamente cada una de las peticiones, conforme las previsiones legales que hemos comentado.

La propia Ley Procesal da mecanismos al demandante y al demandado, para que, utilizados con habilidad, puedan traer al procedimiento y, antes de la vista, tanto en el trámite con contestación escrita, como en el de oposición oral, las fuentes de prueba que, por no haberlas podido aportar con sus escritos rectores o no puedan aportarse en la contestación oral el día de la vista,

sean necesarias, útiles y pertinentes para la defensa de sus intereses, a fin de que en la vista y bajo los principios de intermediación procesal y la debida contradicción, puedan garantizar un juicio con igualdad de armas, gozando de la tutela judicial efectiva y la utilización de los medios de prueba pertinentes que proclama nuestra Carta Magna.

De ahí deriva la importancia de la prueba. Podemos hacer una magnífica exposición de los hechos acaecidos en nuestros escritos rectores de demanda u oposición, pero, si no se demuestra, no se alcanzará procesalmente el resultado favorable. Salvo los supuestos en el que el *thema decidendi* sea una cuestión de mera interpretación jurídica, las exposiciones fácticas y jurídicas no son suficientes para convencer al Tribunal, siendo necesario una actividad posterior para acreditar las afirmaciones de hecho realizadas y esta actividad que es esencial, fundamental en el procedimiento, es la prueba.

III. ¿PUEDE UN PADRE LLEVAR A SU HIJO MENOR EXTRAMATRIMONIAL, SIN CONOCIMIENTO MATERNO, A UN LABORATORIO Y ALLÍ EXTRAERSE LOS DOS UNA MUESTRA DE ADN PARA DETERMINAR LA FILIACIÓN?

Frederic MUNNÉ CATARINA

Abogado. Socio de Dret Privat Abogados. Doctor en Derecho Profesor de Derecho Procesal en ESADE. Miembro del Equipo Académico del Instituto de Probática y Derecho Probatorio (ESADE-URL)

La pregunta plantada por el lector en realidad es más extensa: «¿Puede un padre llevar a su hijo menor extramatrimonial (sin conocimiento ni autorización de la madre) a un laboratorio y allí extraerse los dos, una muestra de saliva, para previo estudio del ADN de ambos, determinar la filiación de ese hijo? En el ámbito Civil: ¿El documento del informe del laboratorio podría utilizarse como principio de prueba (exigido por la LEC), para un juicio de impugnación de filiación o sería una prueba nula por ilícitamente obtenida (derecho a la intimidad e indefensión del menor que acabaría perjudicado en dicho pleito pues al perder la filiación paterna pierde el derecho de alimentos del padre)? Y en el ámbito Penal: ¿Es delictivo? a) El acto mismo de realizar la prueba; b) el adquirir ese conocimiento (secreto) y utilizarlo en un Juzgado con fines de perjudicar al menor (impugnación filiación)?».

No parece haber ilícito penal si partimos de la premisa de que es precisamente el padre, que hasta ese momento está ejerciendo la patria potestad, quien lleva al menor a un laboratorio para adquirir unos resultados clínicos con el fin de utilizarlos ante un Juzgado, aunque ello se haga en aparente perjuicio del menor. Y decimos en «aparente perjuicio», porque, en opinión de quien suscribe, es muy discutible que sea perjudicial para un menor poder acceder y conocer su verdadera filiación, aunque ello suponga la pérdida de un derecho (de alimentos). Derecho que se perdería por haber sido erróneamente reconocido, es decir, por no tener el menor derecho a percibirlos ni tener el alimentista obligación de darlos.

Desde el punto de vista civil, el lector se cuestiona si el informe del laboratorio podría utilizarse como principio de prueba (exigido por la LEC) en una impugnación de filiación o no podría aceptarse por ilícitamente obtenida.

En primer lugar, es preciso poner de manifiesto que la LEC nos ofrece un instrumento procesal mucho más idóneo para obtener de forma anticipada la prueba biológica, cuales son las medidas de anticipación y aseguramiento de la prueba de los arts. 293 a 298 LEC. La intervención del Tribunal, sea o no con carácter contradictorio, garantizará la plena validez de la misma. No obstante, ello exige que esa anticipación de la prueba biológica obedezca al temor fundado que la misma no pueda realizarse en el momento procesal oportuno.

En cuanto a la licitud y validez de la prueba biológica obtenida extraprocesalmente podría discutirse si dicho acto entra en la órbita de los actos propios de la patria potestad (art. 154 CC) en cuyo caso dado que el art. 156 CC dispone que los actos realizados por un solo progenitor serán válidos tan solo si cuentan con el consentimiento expreso o tácito del otro (lo que no sucede entre las premisas de la cuestión planteada) o si se trata de actos conformes al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad, se trataría de una prueba ilícitamente obtenida; o bien, como entendemos, si se trata de un acto *extra ordinem* (fuera de los con-

templados en el art. 154 CC) en cuyo caso nos hallamos ante una prueba lícita, sin perjuicio de su valor probatorio a los efectos del «principio de prueba» exigido por el art. 767.1 LEC, en los juicios de filiación. ■

NOTAS

(1) La STC otorga el amparo al recurrente y concluye afirmando que: «La interpretación realizada por el Juez de Primera Instancia en el presente caso, exigiendo, con base en el art. 337.1 LEC la aportación en el juicio verbal de los dictámenes periciales por parte del demandado con anterioridad a la vista no se corresponde, como queda señalado, con lo expresamente previsto en el art. 265.4, que se refiere a la aportación de los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes en el acto de la vista del juicio verbal. Por otra parte, el art. 337 LEC no resulta aplicable en la situación que se produjo en el caso, pues regula los supuestos en los que las partes no pueden aportar los dictámenes periciales en la fase de alegaciones, y por ello lo «anuncian» en sus escritos de demanda y contestación; es decir, se trata de una norma excepcional, únicamente prevista para esta eventualidad, no para la norma general del juicio verbal en el que siempre es oral la contestación a la demanda. En todo caso, desde la específica óptica que ha de presidir nuestro enjuiciamiento, hemos necesariamente de concluir que, en las concretas circunstancias del caso, la inadmisión de la prueba propuesta para su defensa en el juicio verbal por D. Manuel no resulta conforme a las exigencias constitucionales de tutela judicial efectiva, puesto que ha dado lugar a la negación a la parte demandada de la posibilidad de que se practicara una prueba en principio pertinente y que habría hubiese resultado decisiva para la resolución del pleito».

(2) La SAP Toledo, razona en su FD 1º:

«La cuestión del momento de proposición en tiempo y forma debidas de la prueba pericial en el juicio verbal que, como admite la propia apelante, ha dado lugar al principio a diversas interpretaciones en las Audiencias Provinciales, ha culminado en una posición actualmente imperante que es la indicada por la STC de 26 de marzo de 2007 por la que en aplicación del art. 265.4 y del art. 443 de la LEC se permite su aportación en la vista que es el momento de contestación a la demanda, puesto que en el juicio verbal sin contestación escrita la fase de prueba integrada por proposición y práctica tiene su desarrollo en la vista, y así el art. 337.1 LEC debe entenderse aplicable en juicios verbales en que la contestación ha de realizarse de forma escrita porque si no le fue posible, en sus términos literales, a la parte demandada presentar la pericial con la «contestación», es decir, en la vista, no podría anunciar la prueba para aportarla después «en todo caso cinco días antes de celebrarse la vista»».

(3) La SAP A Coruña afirma en su FD 2.º: «Se indican también como vulnerados los artículos 265.1.4.º, 336, 337.1 y 338 de la LEC al admitirse como prueba pericial un dictamen aportado con el escrito de proposición de prueba. Sin embargo, el motivo tampoco puede ser atendido, tratándose de un juicio verbal sin contestación escrita, resulta de aplicación preferente el artículo 265.4 de la LEC pudiéndose aportar tal prueba en el acto de la vista».

(4) La SAP de Barcelona recoge transcrito el razonamiento del TC y añade en su FD 2.º: «En los litigios cuya resolución o respuesta jurídica se ve necesitada del concurso de conocimientos técnicos o científicos, como suelen ser aquellos referidos a problemas constructivos, conforme al artículo 265.4 de la LEC las partes deben acompañar los dictámenes periciales que obren en su poder con la demanda y con la contestación (en el juicio verbal al contestar oralmente la demanda en el acto de la vista)».

(5) Al respecto ver artículo publicado en LA LEY núm. 7494, año XXXI, 22 de octubre de 2010, por Vicente PÉREZ DAUDI y Jesús SÁNCHEZ GARCÍA, sobre el pronunciamiento de las partes ante los documentos aportados de contrario.

(6) En tal sentido se pronuncian las sentencias de la Secc. 1.ª de la AP Toledo, de 15 de junio de 2011, rollo 171/2010, y de la Secc. 3.ª, de la AP A Coruña, de 27 de julio de 2011, rollo 90/2010.

(7) (LA LEY 71640/2005): El deber de cita de archivos solo rige en relación con los documentos públicos y auténticos por naturaleza, en función de la libertad de acceso, al archivo donde se custodian. S es de libre acceso, deben aportarse con la demanda o contestación, sin que la parte pueda escudarse en la designación de archivo. Solo cuando se trate de archivos en los que se exija especial legitimación para su acceso es cuando entra en vigor la cita del archivo para evitar daños al litigante.

Por el contrato, los documentos privados, que no gozan de autenticidad, y que carecen de archivo o protocolo deben aportarse originales; sobre ellos no hay nadie con poder certificante, salvo que ese documento privado estuviese en archivo público como complemento del documento público. En este último caso, si es necesaria la cita de archivos, y lo es por las más elementales razones de lealtad procesal.

El complemento al deber de aportación es el deber de exhibición de documentos en poder de terceros del art. 330 de la LEC, el deber de exhibición entre partes del art. 328 LEC, y la respuesta escrita de personas y entidades jurídicas sobre hechos del proceso conocidos por razón de su actividad ordinaria mercantil e industrial, art. 381, pero que no es prueba documental; es prueba testifical escrita. Es la mal llamada prueba de oficios a la compañía suministradora del gas, energía eléctrica, etc., para que nos faciliten los consumos de un determinado inmueble. En todos estos casos de aportación por terceros o de exhibición entre partes, no es necesario que se designen archivos en la demanda o contestación; no hay archivo público de referencia con potestad certificante, la respuesta escrita de personas jurídicas no es, como ya hemos dicho, prueba documental; es prueba testifical.



rincón

DELECTURA

LA LEY 10/2012

Análisis crítico de las instituciones fundamentales del proceso penal

Autor: RICHARD GONZÁLEZ, Manuel

Edita: Aranzadi

Año: Cizur Menor, 2011, 472 páginas



La obra que se presenta tiene por objeto ofrecer una visión crítica del proceso penal español mediante el análisis de las instituciones donde se ubican los problemas y las dudas que se plantean en el ejercicio de la práctica forense penal. A ese fin, en la obra se analiza distintas cuestiones de interés, como son las referentes a la iniciación y las partes en el proceso penal con atención especial al Ministerio Fiscal y a la formulación de las acusaciones particular y popular. Especial atención se dedica en la obra a la investigación y prueba de los delitos. Materia que se estudia detalladamente. Especialmente con relación a las intervenciones corporales y la obtención de muestras de ADN. Cuestiones de evidente interés que plantean problemas especialmente respecto a la posibilidad de acordar intervenciones corporales para obtener muestras de ADN contra la voluntad del sometido a la medida. La prueba pericial también es objeto de un profundo estudio desde la consideración de su importancia esencial en cualquier clase de procedimiento judicial. Otras materias objeto de análisis son el juicio oral, la carga y valoración de la prueba en el juicio oral y también en sede de recursos. Concretamente en materia de recursos se analizan con exhaustividad los problemas y límites que la jurisprudencia vigente plantea respecto a la práctica de la prueba en segunda instancia y en casación. Cuestiones que se asocian a los problemas referidos a la función y finalidad del recurso de casación penal como una segunda instancia y al ámbito de conocimiento del Tribunal de apelación en el supuesto de recursos frente a sentencias absolutorias. Todas las cuestiones se analizan con el referente esencial de la jurisprudencia dictada en la materia, que se analiza y contrasta con decisiones y opiniones diversas. Finalmente, debe destacarse una parte final del libro en el que se analizan las posibilidades de reforma del proceso penal español con especial atención a las materias referidas a la investigación y prueba. ■



rincón

DELECTURA

LA LEY 11/2012

La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada. Sobre la grabación de las vistas, los recursos y la garantía de la inmediación

Autor: CALDERÓN CUADRADO, María Pía

Edita: LA LEY

Año: Madrid, 2011, 473 páginas



La profesora CALDERÓN atiende en esta obra a la impuesta realidad del empleo de sistemas tecnológicos para la documentación de las vistas y las repercusiones que ello conlleva en sede de recursos. A ese fin, la autora analiza con detalle tanto las normas como las últimas tesis doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia para, de ese modo, atender tanto a la vertiente teórica como a la práctica. ■



rincón

DELECTURA

LA LEY 13/2012

Guía práctica profesional de investigación policial y medios de prueba en el proceso penal

Autor: MAGRO SERVET, Vicente

Edita: LA LEY

Año: Madrid, 2011, 827 páginas



Como ya hicimos en el pasado número de Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio volvemos a reseñar una obra jurídica en la que se analiza la tarea de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la investigación procesal penal. Éste es un ámbito del conocimiento del proceso penal y, especialmente, del Derecho Probatorio que consideramos de esencial interés para el completo entendimiento del funcionamiento de la prueba en el proceso penal. En este caso, reseñamos la obra de MAGRO SERVET, autor bien conocido, en la que se analiza la función de investigación de la Policía de una forma completa y práctica ofreciendo criterios que a buen seguro son del interés de todos aquellos juristas que se dedican al proceso penal. En este sentido, es intención confesa del autor que la obra sirva a los letrados a la hora de intervenir en el proceso penal y proponer medios de prueba que afecten al resultado de la investigación previa, o traten de combatir los que en ésta se han utilizado planteando defectos de forma en su ejecución. Finalmente, debe destacarse el esquema de exposición seguido por el autor en el que se contienen determinados grupos de temas que, a su vez, son desarrollados mediante preguntas y respuestas de formulación frecuente entre los profesionales y a las que se intenta dar cumplida respuesta. ■



Biblioteca

LA LEY 14/2012

Últimas publicaciones en materia de prueba

- GIL VALLEJO, B., *El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal*, Ed. J. M.^a Bosch, Barcelona, 2011, 201 págs.
- GARCÍA RAMÍREZ, J.; ROMERO SANTOS, L., y GARCÍA GONZÁLEZ, F., *La técnica del interrogatorio*, Ed. Rasche, Madrid, 2011, 193 págs.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN J., *El interrogatorio del acusado. Reflexiones a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, 346 págs.
- RIVERA MORALES, R., *La prueba: un análisis racional y práctico*, Prólogo Lorenzo M. BUJOSA VADELL, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, 440 págs.
- RIZO GÓMEZ, M.^a B., *La anticipación de la prueba en el proceso civil*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, 167 págs. ■



Eventos

LA LEY 703/2012

Instituto de Probática y Derecho Probatorio Reseña visita Sr. Lemaire:

El pasado 19 de diciembre el Instituto de Probática y Derecho Probatorio tuvo el honor de contar con la presencia del Sr. **Jean-Raymond Lemaire**, presidente del **European Expertise and Expert Institute** (www.experts-institute.eu), quien se reunió con el Prof. Dr. Xavier Abel Lluch, D. Rafael Orellana Castro, el Prof. Dr. Manuel Richard González y el Prof. Dr. Lluís Muñoz Sabaté, todos ellos miembros del equipo académico del Instituto de Probática, para explicarles sus proyectos y sus principales actividades, entre las cuales cabe destacar las siguientes:

- Financiar trabajos de investigación.
- Organizar conferencias europeas.
- Mantener una *website* con un fondo documental europeo.
- Lanzar y gestionar ambiciosos proyectos europeos apoyados por la Comisión Europea.

El Sr. Lemaire puso de manifiesto que, actualmente, su proyecto más importante es el de EUREXPERTISE, financiado por la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea. Sus principales líneas son las siguientes:

- Identificar los diferentes estatus de expertos de Justicia en la Unión Europea.
- Sugerir formas de armonización.
- Organizar conferencias para su discusión.
- Proponer vías de armonización a la Comisión Europea.

Finalmente, el Sr. Lemaire informó a los asistentes del próximo congreso organizado por el European Expertise and Expert Institute, que tendrá lugar en Bruselas los días 16 y 17 de marzo de 2012, bajo el título «The Future of Civil Judicial Expertise in the European Union», y cuyas actas servirán de base para la elaboración de un libro blanco, que será remitido a la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea. ■

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