



Tribuna
Repensando el concepto de documento
8



Práctica Forense
La evidencia en la prueba contable y económica
14

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

TRIBUNA

LA LEY 12795/2011

La incidencia de la prueba estadística y del «principio de transversalidad» en la objetivación de la responsabilidad empresarial en materia de igualdad y no discriminación

Esther SÁNCHEZ TORRES

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de ESADE (URL)

La consolidación del concepto de «discriminación indirecta» ha dado lugar desde hace unos años a una serie de pronunciamientos judiciales en los que la valoración del contexto socioeconómico adquiere un papel fundamental, no sólo en la aportación de la prueba indiciaria, desde

la que se activa la inversión de la carga de la prueba, sino también en la fundamentación básica de los fallos judiciales en materia de tutela antidiscriminatoria.

La «prueba estadística» (esto es, la prueba consistente en la aportación de datos estadísticos significativos de la situación del colectivo especialmente protegido por la norma) y la «argumentación estadística» (esto es, la valoración «a partir», «en

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

Consejo de redacción

Prof. Dr. Xavier Abel Lluçh
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 Lluçh
Jose C. Balagué Doménech
Xavier Felip Arroyo
José María Hernández Ledesma

Maria Dolors Oller Sala
Rafael Orellana de Castro
Antonio Menacho de Solá-Morales
Carlos Miranda Vázquez

Joan Picó i Junoy
Esther Sánchez Torres

sumario

■ Tribuna

- La incidencia de la prueba estadística y del «principio de transversalidad»
Esther SÁNCHEZ TORRES 1
Repensando el concepto de documento
Xavier ABEL LLUCH 8

■ Práctica Forense

- La evidencia en la prueba contable y económica
José C. BALAGUÉ DOMÉNECH 14
La declaración de menores y el programa de apoyo a la exploración judicial en Cataluña
José María HERNÁNDEZ LEDESMA 17
Importante sentencia del TJUE sobre las listas de peritos en Francia
Rafael ORELLANA DE CASTRO 19

■ Dossier

- Dossier de los Tribunales sobre probática
Carlos DE MIRANDA VÁZQUEZ 21
Jurisprudencia sobre Derecho probatorio
M.ª Dolors OLLER SALA y Antonio MENACHO DE SOLÁ-MORALES 25

■ Preguntas con respuesta

- Preguntas con respuesta: la prueba a consulta
Xavier FELIP ARROYO y Joan PICÓ I JUNOY 29

■ Rincón de Lectura 31

función» y «al servicio» de la realidad socioeconómica) están adquiriendo una importancia trascendental en los procesos por vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación, alterando los parámetros tradicionales que servían de referente a las partes en litigio.

En el presente estudio analizaremos algunos de estos pronunciamientos judiciales, al objeto de determinar cuáles son las reglas que rigen actualmente la prueba en materia de discriminación, qué principios deben pautar su admisibilidad y qué trascendencia práctica van a tener, particularmente para las empresas en las que supuestamente se produzcan conductas discriminatorias.

I. EL JUEGO DE LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA, A PARTIR DE LA «PRUEBA ESTADÍSTICA»

1. El «impacto» sobre el colectivo protegido como elemento constitutivo de la discriminación

No cabe duda de que el concepto de «discriminación indirecta», al no basarse necesariamente —a diferencia de la discriminación directa— en un elemento subjetivo o intencional, sino en el resultado que provoca una determinada conducta, exige valorar el impacto cuantitativo que sobre el colectivo especialmente protegido pueda tener determinada decisión o práctica. Así se deduce claramente, por ejemplo en relación a la discriminación por razón de sexo, del art. 2 de la Directiva 2002/73/CE, según el cual se califica como: «Discriminación indirecta». «La situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios».

Si bien esta definición puede extenderse a otros colectivos jurídicamente amparados por la normativa antidiscriminación (afiliación sindical, discapacidad, edad, etc.), el mayor desarrollo dogmático y judicial se ha producido en relación a la discriminación entre hombres y mujeres. Y es precisamente el concepto de «discriminación indirecta» el que ha permitido diferenciar, a su vez, los conceptos de «sexo» y «género», ya que sólo a partir de la incuestionable constatación de la existencia de una serie de estereotipos sociales asociados a uno y a otro sexo puede entenderse el papel que socialmente han ocupado unos y otras, y por tanto puede entenderse que determinadas prácticas aparentemente neutras puedan ocasionar

un perjuicio específico a un colectivo en beneficio del otro.

En este punto resulta absolutamente clarificadora la doctrina del Tribunal Constitucional a propósito del concepto de «discriminación», en cuanto derecho que *representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas que han situado, tanto la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE* (1).

Desde esta perspectiva es lógico, por tanto, partir de la observación de la realidad social, analizar los roles de los diferentes colectivos que operan en ella, detectar los medios a través de los que cada uno de ellos interactúa con el entorno y valorar cómo y en qué medida sus conductas se ven alteradas por el cambio de las circunstancias. Dicho de otra manera, y siguiendo con la problemática entre hombres y mujeres, el concepto de «discriminación indirecta», esencialmente como conducta contraria a la «dignidad», sólo se entiende a partir de la idea de «género».

Y de ahí que el TJCE se oponga a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo (2).

A partir de esta argumentación, consiguientemente, y en la medida en que «la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre» (3), se hace del todo punto necesario entrar a valorar esta incidencia estadística.

Son diversos los pronunciamientos judiciales que, a la hora de apreciar la concurrencia de un supuesto de discriminación indirecta, han aludido a la estadística:

— En algunos casos, sin aportar datos concretos, sino una mera referencia a una situación social constatable con carácter general desde la remisión a diferentes fuentes:

- Así, en el caso de la STC de 14 de marzo de 2005 (4), en la que se afirma que:

«Y por lo que se refiere a la discriminación indirecta por razón de sexo, tras constatar que el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino y que, en consecuencia, la medida enjuiciada afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres, hemos declarado que no aparece justificado que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, diferenciación, por tanto, arbitraria y que además conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, situación ésta que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos, por lo que también desde esta perspectiva ha de concluirse que el párrafo segundo del art. 12.4 ET, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, lesiona el art. 14 CE, al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo.»

- Igualmente en el caso de la STC de 20 de diciembre de 1999, según la cual:

«En segundo lugar también se ha puesto de manifiesto mediante el informe que obra en autos del Instituto para la Mujer, recogiendo datos facilitados por el Ministerio para las Administraciones Públicas, que en la actualidad la abrumadora mayoría de los funcionarios y laborales que solicitan la excedencia para el cuidado de los hijos son mujeres.

Estos datos permiten concluir que en efecto hoy por hoy, en la práctica, la denegación de las solicitudes como la aquí enjuiciada supone un grave obstáculo a la conservación de un bien tanpreciado como es la permanencia en el mercado laboral que afecta de hecho mayoritariamente a las mujeres, perpetuando así la situación de clara discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (STC 166/1988, fundamento jurídico 2.º).

A una conclusión parecida llegamos en la STC 109/1993 en un supuesto que guarda alguna relación con el caso aquí enjuiciado. En la mencionada Sentencia,

relativa a las excedencias para la lactancia de los hijos menores de nueve meses, con cita de la STC 128/1987, se partía de la premisa de que con ellas "se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba con datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esa circunstancia a diferencia de los varones) ... (pues) existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él" (fundamento jurídico 6.º); esta constatación era, precisamente, la que permitía concluir con la declaración de la constitucionalidad de una medida que atribuía a las mujeres —y sólo a ellas— la posibilidad de solicitar el referido permiso de una hora de ausencia del trabajo para la lactancia de los hijos ... En el caso aquí enjuiciado la situación de grave desventaja que afecta a las mujeres no deriva de un hecho biológico incontrovertible como sucede en los supuestos de embarazo o maternidad, en los que además está en juego el art. 39.2 CE —según se apunta en la STC 109/1993—; sin embargo, por imposición de la realidad social, no por coyuntural menos incontrovertible en la actualidad, la situación de desventaja es análoga, puesto que al ser mayoritariamente las mujeres las que en la práctica se ven en la necesidad de solicitar la excedencia para el cuidado de los hijos, si no se les concede por no ser funcionarias de carrera, de forma abrumadoramente mayoritaria sólo ellas se ven obligadas a salir del mercado de trabajo, aunque hayan ocupado su plaza durante un largo período de tiempo, perpetuando así "diferencias históricamente muy arraigadas" que conllevan una situación de clara discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (STC 166/1988, fundamento jurídico 2.º).»

— En otros, haciendo mención a una realidad estadística concreta, reproduciendo determinados datos públicos o, al menos, refiriéndose a ella para un ámbito acotado, como en el caso de la STC de 22 de diciembre de 2004, según la cual el art. 12.4 ET debía calificarse como contrario al derecho y a la no discriminación por incidir mayoritariamente sobre el colectivo de mujeres, en la medida en que son ellas las que con carácter general recurren a la contratación a tiempo parcial:

«En las actuaciones que se acompañan al auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad consta una publicación del Instituto de la Mujer, titulada "Las mujeres en cifras, 1997", en la cual figura una informa-

ción estadística elaborada por dicho Instituto a partir de los datos de la encuesta de población activa, tercer trimestre de 1996 (Instituto Nacional de Estadística), conforme a la cual del total de la población ocupada en España en el referido trimestre a jornada completa (11.580.200 personas), las mujeres representaban el 31,50 por 100; y del total de la población ocupada a tiempo parcial en ese mismo trimestre (938.900 personas), las mujeres constituían el 75,16 por 100.

Asimismo, consultada la publicación "Mujeres en cifras" del Instituto de la Mujer correspondiente al año en curso (2004), resulta que, según la estadística elaborada a partir de datos de la encuesta de población activa correspondiente al primer trimestre del año 2004 (Instituto Nacional de Estadística), del total de la población ocupada asalariada a tiempo parcial en dicho trimestre (1.242.300 personas), las mujeres representan el 81,94 por 100.

Estos datos permiten concluir que, en efecto, el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino, lo que obliga, a la luz de la doctrina antes expuesta, a examinar con mayor cautela el impacto de la regla sobre cómputo de períodos de carencia contenida en la norma cuestionada, pues, acreditada estadísticamente la realidad sociológica indicada, esto es, que la medida afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres (*disparate effect*), para descartar la existencia de una discriminación indirecta prohibida por el art. 14 CE, habría que constatar que esa medida se explica por razones objetivamente justificadas de política social sin carácter discriminatorio.»

Sea con mayor o menor precisión, el recurso a la estadística ha tenido una importancia clave en algunos procesos de tutela antidiscriminatoria:

— Como «indicio básico» desde el que operar la inversión de la carga de la prueba. El ejemplo paradigmático de ello lo constituye la STS de 1 de junio de 1999 (5), en la que se produce un interesante debate —especialmente como consecuencia del uso sesgado que de determinados datos hizo la defensa de la empresa—, y en la que se acabó concluyendo la efectiva existencia de discriminación:

«Basta con acudir al relato de hechos probados de la sentencia recurrida, donde, entre otros extremos, se constata que "es práctica empresarial constante, invitar sugerir o recomendar a determinadas personas empleadas que cursen la solicitud para el cargo de delegado o

subdelegado en la Caixa de Catalunya, antes de que efectivamente los empleados la formalicen; en el entendido de que ello es un paso previo que avala la solicitud, resultando inusual y extraño presentarla si no ha mediado la indicación de hacerlo. Tales sugerencias e indicaciones son al margen de los informes anuales que se efectúan sobre los empleados por los jefes inmediatos" (hecho probado décimo). Así como que del colectivo de hombres y mujeres que entraron a "Caixa Catalunya" desde 1986 hasta el 15 de junio de 1998 han accedido al cargo de delegados 40 de los 799 hombres (5% respecto del colectivo de varones) y 12 de las 780 mujeres (1,5% del colectivo femenino) que habían sido contratados durante el expresado período (hecho probado undécimo). No se produce la desigualdad de trato en el momento de solicitar para el cargo los solicitantes, pues tal como se dice en la fundamentación jurídica de la resolución recurrida con valor de hecho probado (F. 4.º), de 95 hombres peticionarios del cargo de delegado lo obtuvieron 40, y de 31 mujeres que lo solicitaron accedieron a él 12, lo que arroja un porcentaje del 42,10% de varones y del 38,71% de mujeres, entre cuyos porcentajes no existe una diferencia llamativa. Sin embargo, la discriminación se lleva a cabo por vía indirecta, y estriba en que de hecho solicitan el puesto muchas menos mujeres que hombres, debido a la práctica empresarial (carente de aval en la reglamentación interna y también de justificación por razones objetivas) inveterada de que sólo se permite "de facto" la petición del cargo —independientemente de cuál fuera el sentido de los informes anuales emitidos sobre los empleados por sus jefes inmediatos— a aquellas personas a las que previamente se les ha sugerido que lo hagan; y como el puesto de referencia conlleva no sólo una mayor responsabilidad sino también una superior retribución que hace variar sustancialmente los ingresos con respecto a los subdelegados (hecho probado duodécimo), resulta que la discriminación en el plano laboral comporta asimismo otra en el estrictamente salarial.»

— O como parte principal o accesoria de la fundamentación jurídica del fallo (6).

Es interesante analizar este diferente uso de los datos estadísticos, precisamente porque el propio Tribunal Constitucional sienta claramente que, cuando se invoca *in genere* el derecho a la igualdad, será necesario que la parte demandante aporte el denominado *tertium comparationis*, requerimiento que desaparece cuando se demanda por discriminación en contra de algunos de los colectivos referidos en el art. 14 CE:



«En segundo lugar, debe notarse que, como ha destacado la doctrina científica y este Tribunal, al igual que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado en numerosas resoluciones, cuando el derecho que se dice vulnerado no es el derecho a la igualdad *in genere*, sino su concreción en el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente proscritos en el art. 14 CE, no resulta en todo caso necesario aportar un *tertium comparationis* para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos casos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta. En efecto, en estos supuestos en los términos de comparación lo que se compara no son los individuos, sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el art. 14 CE, en nuestro caso las mujeres... En suma, en estos supuestos para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho» (7).

En precisión a lo expuesto, cuando se demanda por un supuesto de «discriminación directa» (generalmente asociada al «sexo» y no al «género»), será suficiente con aportar aquellos indicios que permiten conectar abiertamente el perjuicio laboral con la contingencia asociada al sexo. Es por ello que la aportación de un *tertium comparationis* en ocasiones va a ser imposible, porque la discriminación será genuina-

mente por sexo, esto es, asociada indisolublemente a una contingencia que materialmente sólo puede afectar a las mujeres (el embarazo, el puerperio y la lactancia natural).

Ello nos lleva necesariamente a entender que en los procesos por «discriminación», el «conflicto individual» (esto es, la afectación particular que sobre determinadas condiciones de trabajo puede haber sufrido una trabajadora) se integra en el «conflicto social» (esto es, la afectación que para el sistema social y democrático de derecho supone dañar a un miembro integrante del colectivo especialmente protegido).

De ahí que, a la hora de aportar los elementos indiciarios en base a los que activar la inversión de la carga de la prueba, sea conveniente aportar:

— el hecho o la serie de hechos a través de los que se construye la conducta discriminatoria;

— y/o la evidencia del daño a determinada condición de trabajo y como refuerzo de ello, la constatación estadística de la situación social del colectivo protegido en el que se integra el demandante y, en los supuestos específicos de discriminación indirecta, la constatación estadística del impacto «micro» (interno o a nivel de empresa) y «macro» (externo o a nivel social) de la conducta empresarial.

A la luz de esta clara irrupción del factor estadístico en los procesos judiciales, y al objeto de mantener el principio de seguridad jurídica y de tutela efectiva, va a resultar crítico el poder sentar unos principios objetivos desde los que valorar esta evidencia estadística, requerimiento que abre a su vez la puerta a la judicialización de los datos estadísticos, en los supuestos en los que se considere que no son admisibles.

2. Los criterios «jurídicos» para la valoración de los datos estadísticos

Como señalábamos más arriba, el papel fundamental que la «prueba estadística» adquiere en los procesos de discriminación indirecta hace necesario concretar las características de dicha prueba o, cuando menos, los requisitos para que pueda admitirse, no ya como válida, sino como suficiente a efectos de invertir la carga de la prueba.

Es preciso recordar en este punto que el Voto Particular de la STC de 20 de diciembre de 1999 ya alertaba de este extremo, rechazando el modo en como se habían valorado determinados datos estadísticos y proponiendo alternativamente otro criterio de aproximación (8).

Ha sido la jurisprudencia del TJCE la que ha concretado en cierta medida los principios que deben pautar la invocación y la admisibilidad de la «prueba estadística». En este sentido, el principio básico es el de «pertinencia estadística», «según la cual las estadísticas deben constituir parámetros de comparación apropiados y el órgano jurisdiccional nacional debe velar por que dichas estadísticas no queden desnaturalizadas por aspectos específicos del caso concreto» (9).

Con este punto de partida se concreta, señalándose que dichos datos deben ser válidos, en el sentido de que puedan tomarse en consideración por referirse a un número suficiente de individuos, o por no constituir la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales. En definitiva, debe tratarse de «datos estadísticos significativos» (10).

Por lo que se refiere al «método de comparación de estadísticas», imprescindible para contrastar los grupos de colectivos antagónicos, se exige que se comparen «por una parte, las proporciones respectivas de trabajadores que reúnen y que no reúnen el requisito (de dos años de empleo) exigido por la norma controvertida entre la mano de obra masculina y, por otra parte, las mismas proporciones entre la mano de obra femenina». No basta, por tanto, «con considerar el número de personas afectadas, ya que dicho número depende del número de trabajadores activos en todo el Estado miembro, así como de la proporción de trabajadores masculinos y de trabajadores femeninos en dicho Estado miembro» (11).

Finalmente, hecha esta comparación, sólo podrá estimarse la discriminación cuando los resultados arrojen: bien un porcentaje o bien un diferencial considerablemente menor o de balance negativo para los trabajadores feme-

linos, en beneficio de los trabajadores masculinos (12), o bien una diferencia que, aunque menos importante, es persistente y relativamente constante durante un largo período de tiempo.

La aplicación de dichos principios a la situación concreta de la empresa va a resultar mucho más fácil, en el caso en el que se aporten indicadores de discriminación, o bien las conclusiones de la evaluación o diagnóstico previo al que obliga la L 3/2007 de Igualdad entre hombres y mujeres.

Respecto a esta cuestión, sin embargo, deberá prestarse especial atención a cuáles han sido las formas de cálculo de dichos datos y si el referente a tomar es la «paridad» o es la «proporcionalidad». De ahí, de nuevo, que reiteremos la importancia de deslindar la situación «micro» y la «macro». En la primera, la valoración estadística de la situación de la mujer en la empresa (por ámbitos funcionales, condiciones de trabajo, tipología de contratos, etc.), deberá partir de una directa correlación con el porcentaje de mujeres existente en ésta y no del concepto de «paridad» o «representación equilibrada». Por ejemplo, no podría considerarse un indicio de discriminación la existencia de un porcentaje elevado de contratación temporal de las mujeres, si este porcentaje guarda correlación directa con el porcentaje de mujeres existente en la empresa.

Finalmente, y en relación con la valoración de los datos «macro», entendemos que es importante reforzar la idea de su necesaria «contextualización» y «correlación con el petitum», especialmente para evitar prácticas de «discriminación inversa» en aquellos sectores productivos feminizados.

Igualmente, entendemos que un recurso «absolutista» a la realidad socioeconómica, puede generar determinadas distorsiones en los conflictos de «género», cuando el afectado sea un hombre y no una mujer. En este caso, podemos llegar a la conclusión paradójica de que la protección del «género femenino» perjudica al «sexo masculino», que precisamente ha roto con los estereotipos de género, y que, por ello, con su contribución permite el cuestionamiento de las estructuras sociales y, en consecuencia, favorece la consecución del derecho a la igualdad y a la no discriminación (13).

Esto es, el recurso automático y absolutista a los datos estadísticos, siempre que arroje un balance negativo para las mujeres, impediría técnicamente la posibilidad de que los hombres perjudicados por una determinada medida pudieran obtener la tutela antidiscriminatoria, ante la más que posible consi-

deración de dicha medida como medida de «acción positiva» (basada en el axioma recogido en la normativa comunitaria de «diferenciar para igualar»).

Sin embargo, la realidad estadística — como de hecho la realidad misma — debe observarse de manera longitudinal, dinámica y evolutiva. Es por ello que entendemos que en las demandas por discriminación instadas por hombres, pero sobre conflictos de «género», debería hacerse una interpretación relativa de dichos datos o una valoración — quizás también estadística — de la evolución que, en aspectos vinculados a aquél, ha tenido el colectivo de hombres, especialmente cuando el conflicto que se suscita trae su causa en una condición laboral de poco o nulo impacto en la mejora de la situación de las mujeres.

II. LA APLICACIÓN AL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL DEL «PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD», O LA SANCIÓN ANTE LA FALTA DE VALORACIÓN DE LA REALIDAD ESTADÍSTICA POR LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA

Relacionado con lo que apuntábamos anteriormente a propósito de la importancia de la realidad estadística en la argumentación judicial y en esta línea de evolución del concepto de «discriminación indirecta», el Tribunal Constitucional, en la sentencia de 15 de febrero de 2007, incorporó un nuevo principio, esta vez de «interés público». Con independencia de que éste nos devuelva a la discusión originaria sobre si los derechos fundamentales pueden ser vulnerados por privados o sólo por los poderes públicos, lo cierto es que dicho argumento refuerza el carácter «cuasi objetivo» de la responsabilidad por discriminación.

El supuesto de hecho que da lugar a la sentencia parte de la solicitud de una trabajadora cajera-dependiente de Alcampo S.A. de una reducción de jornada por guarda legal de hijo menor de seis años. La trabajadora propone una reducción que no abarca la totalidad de los días laborables pactados inicialmente en el contrato, razón por la cual la empresa lo deniega. El Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid desestima igualmente la pretensión de la trabajadora, bajo el argumento de que su solicitud no se atiene a los límites imperativamente establecidos en el art. 37 ET, al haberse excluido con la reducción propuesta, varios de los días laborables de trabajo, en paralelo a una modificación de la jornada, por haberse suprimido por completo el turno de mañana.

Resulta interesante que el Ministerio Fiscal interesa la inadmisión del recurso de amparo, al entender que:

«La razón que justifica la decisión de la empresa no guarda relación alguna con la cualidad de mujer de la empleada, sino con la modalidad contractual de vincular a empleador y trabajadora y que afectará por igual a hombres y mujeres, al fundamentarse tal modalidad de prestación de servicios en la necesidad empresarial de cubrir alternativamente los puestos de trabajo en función de sus necesidades de producción u organización.»

En este contexto, y tras reproducir la pacífica doctrina sobre el concepto de discriminación por razón de sexo (14), el Tribunal reitera la doctrina sentada anteriormente por la STC de 20 de diciembre de 1999, a propósito de la no exigencia del *tertium comparationis* en los litigios en los que se invoca una supuesta discriminación (15).

Ello le lleva no sólo a destacar la importancia de la estadística (16), sino a exigir a nuestros Tribunales, en aplicación clara del principio de «transversalidad» (17), que en los litigios en los que se invoque el derecho a la no discriminación por razón de sexo, se realice no sólo una labor de interpretación técnica de la norma, sino una labor de contextualización social del conflicto: «El hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE de la cuestión que se le planteaba, de suerte que, como hemos afirmado en diversas ocasiones en relación con otros derechos fundamentales, el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra la Sentencia recurrida en amparo “no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado” (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5; y 92/2005, de 18 de abril, FJ 5)».

Por primera vez, un órgano judicial aplica las directrices para la evaluación del impacto en función del género a una decisión judicial. Es preciso recordar cómo en la comunicación de la Comisión sobre integración de la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias (18) se afirma que: «No basta con aplicar medidas positivas centradas en las mujeres, sino

más bien... recurrir a todas las políticas y medidas generales con el fin específico de lograr la igualdad».

Pues bien, la STC 3/2007 obliga a los Tribunales no sólo a que apliquen correctamente las reglas sobre inversión de la carga de la prueba en los procesos de tutela constitucional o que valoren con rigor la existencia de una justificación objetiva, proporcional y razonable como única posibilidad limitativa del derecho fundamental, sino especialmente a evaluar el impacto de sus pronunciamientos sobre la situación social de las mujeres: «Siendo ello así, y reconocida la incidencia que la denegación del ejercicio de uno de los permisos parentales establecidos en la ley puede tener en la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras, es lo cierto que el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego. Como hemos señalado también en relación con el tema de la excedencia, los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la

violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde. Como afirmamos en nuestra STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 5, la razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (SSTC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2, 126/1994, de 25 de abril, FJ 5)».

No hacerlo supondrá automáticamente una indebida tutela del órgano judicial que vulnerará directamente el derecho, en este caso, a la no discriminación por razón de sexo: «Dado que esta valoración de las circunstancias concretas no se ha realizado, debemos concluir que no ha sido debidamente tutelado por el órgano judicial el derecho fundamental de la trabajadora. La negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución

sirve ni cuáles fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, se convierte, así, en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar, y en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, de acuerdo con nuestra doctrina».

III. EL «PLAN DE IGUALDAD» Y LA APLICACIÓN DE LA LÓGICA PREVENTIVA

Siguiendo en esta línea de evolución, la L 3/2007 de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres alude directamente a las fuentes estadísticas como instrumento clave en el proceso de tutela antidiscriminatoria:

— En primer lugar, exigiendo a las Administraciones Públicas la integración de la perspectiva de género en su actividad ordinaria (19).

— En segundo lugar, cuando requiere que, con carácter previo a la elaboración del «Plan de Igualdad», se realice un «diagnóstico de situación» (20).

— En tercer lugar, a la hora de definir qué debe entenderse por «participación equilibrada» en la toma de decisiones, criterio que -por lo demás- podría servir para dotar de mayor seguridad jurídica al concepto anteriormente referido de diferencia significativa (21).

— Y finalmente, aunque no de forma expresa, al exigir la elaboración de «informes de impacto de género» en relación con la actuación de los poderes públicos (22).

Junto a ello, y a través de la figura del «Plan de Igualdad», pretende incorporar el principio de transversalidad a la empresa, de manera que de modo reflejo a como va a ocurrir en la actividad de los poderes públicos, el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará la actuación empresarial. De este modo, este principio deberá integrarse en la adopción y ejecución de decisiones unilaterales, contractuales o convencionales o en la definición, diseño y desarrollo del conjunto de todas sus actividades organizativas.

Con ello, en definitiva, se sientan las bases de un «sistema de evaluación de riesgos de discriminación», muy

Máster Universitario

 Universidad Rey Juan Carlos
Vicerrectorado de Alumnos, Títulos Propios, Postgrado y Unidades Docentes Delegadas

www.urjc.es

MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO PENAL ECONÓMICO

60 CREDITOS ECTS.

(Septiembre 2011 - junio de 2012)

Precio: 2800€ (Pendiente de fijar por la CAM).

Posibilidad de becas y financiación. PLAZAS LIMITADAS.

MÁSTER UNIVERSITARIO EN DERECHO PENAL ECONÓMICO

Email: master.derechopenal@urjc.es

Tfno: 91 488 7723

INFORMACIÓN GENERAL, PREINSCRIPCIÓN Y MATRÍCULA

Teléfono: 91 488 8508 / 91 495 9206

master.oficial@urjc.es

Para más información,

Teléfono: 91 488 9393

alumnos@urjc.es

OBJETIVO

GENERAL DEL MÁSTER:

FORMAR ESPECIALISTAS EN

DERECHO PENAL ECONÓMICO,

PROPORCIONANDO A LOS ALUMNOS LOS

CONOCIMIENTOS COMPETENCIAS Y HABILIDADES

INDISPENSABLES PARA EL EJERCICIO DE LA PRÁCTICA

JURÍDICA EN ESTA MATERIA.

LA ACTIVIDAD DOCENTE SERÁ DESEMPEÑADA POR PROFESIONALES

DE RECONOCIDA COMPETENCIA PROVENIENTES TANTO DE INSTITUCIONES PÚBLICAS COMO PRIVADAS (MAGISTRADOS, FICALES, CATEDRÁTICOS, ABOGADOS, CONSULTORES, INVESTIGADORES, ETC).

Derecho Penal Económico

Organismos Participantes:



Con la colaboración de:



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

próximo al ya existente en materia de riesgos laborales (23) y que, efectivamente, cobra toda su lógica una vez institucionalizado el concepto de «discriminación indirecta».

Siendo así, se consolida la línea de responsabilidad empresarial «por omisión», esto es, por defecto de prevención y con ella, la idea de «responsabilidad cuasi-objetiva». Así parece que debe concluirse por la ampliación de las obligaciones de detección y corrección de discriminaciones a las que debe hacer frente el empresario a través del «Plan de Igualdad», y por el papel que en este contexto va a tener la «prueba estadística», tal y como —anteriormente vimos— la están aplicando nuestros Tribunales.

Es preciso señalar cómo a través de la STC 250/2000, el Tribunal Constitucional ya determinó, a propósito de las descripciones que sirven de fundamento a los sistemas de valoración de puestos de trabajo, la necesidad de integrar factores de corrección «de género», una vez constatadas diferencias estadísticas significativas en el salario percibido por hombres y mujeres (24).

Sin duda, el gran reto en este punto es conseguir un modelo objetivo de tratamiento de datos estadísticos que sea capaz de matizar adecuadamente los

resultados que arrojen las valoraciones generales, basadas tradicionalmente en una aplicación simple de la conocida «regla de 3». La realidad social es extraordinariamente más compleja que lo que pueda mostrar cualquier aproximación meramente cuantitativa y cuando el factor cuantitativo se erige en instrumento principal desde el que activar un proceso de tutela, a riesgo de partir de una fotografía equivocada y consiguientemente no aplicar correctamente la norma, deberán realizarse las comparaciones, regresiones y ponderaciones necesarias que permitan contextualizar debidamente los datos estadísticos.

IV. CONCLUSIONES

El desarrollo teórico del concepto de «discriminación indirecta» ha supuesto un verdadero revulsivo en los procesos de tutela antidiscriminatoria y en las políticas sociales tendentes a la consecución del derecho a la igualdad de oportunidades.

La decisiva importancia de medir el impacto que determinadas decisiones o prácticas empresariales tiene sobre el colectivo de mujeres, está llevando paulatinamente a los Tribunales a dotar de mayor importancia a la prueba estadística. Y en sentido paralelo, la incorpo-

ración del «principio de transversalidad» también a la actuación de los Tribunales, va a exigirles realizar una valoración del impacto que su decisión pueda tener sobre determinada situación socioeconómica, a riesgo de vulnerar el art. 24 en conexión con el art. 14 CE.

Todo ello exige depurar los criterios en base a los cuales deberá realizarse la invocación y posterior toma en consideración de los datos estadísticos que, en todo caso, deberán regirse por los principios de pertinencia (cualitativa y cuantitativa), contextualización y significación.

La entrada en vigor de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres ha reforzado este criterio judicial, en la medida en que tanto poderes públicos como empresas privadas, van a verse obligadas a realizar «diagnósticos estadísticos de situación», en unos casos porque deberán desglosar por sexos toda la información a su disposición y, en otros, porque será necesario calcular «indicadores de discriminación» como paso previo a la adopción de medidas de atenuación o supresión de discriminaciones a través de los «planes de Igualdad». Pero la importancia de la prueba estadística no queda circunscrita a los procesos de tutela en materia de sexo/género. Actualmente son dos también los ámbitos en los que este tipo de prueba ha sido

determinante en la argumentación del fallo judicial. En un caso, el conflicto incoado en el marco de uno de los ERE instados por la empresa Nissan, en el que se pretende la declaración de nulidad por entender que el grueso de las personas que integran la lista de afectados pertenecen a una determinada organización sindical en favor de los sindicatos mayoritarios. En otro, sin duda más complejo en la construcción de la prueba que se reclama, a propósito de la negativa firmemente reiterada del Tribunal Supremo en declarar nulo por discriminación por estado de enfermedad, los despidos que directa o indirectamente estén fundados en la falta de asistencia de los trabajadores por enfermedad, siempre que —obviamente— no concurra causa de procedencia del despido (25). En este punto, el Tribunal Supremo reclama que se acredite la pertenencia de los «trabajadores enfermos posteriormente despedidos» como colectivo homogéneo y socialmente perjudicado, como condición para activar la posibilidad de entender que concurre una discriminación «por cualquier condición personal o social», requerimiento que nos ha de llevar a demostrar socioeconómicamente el perjuicio.

Como vemos, las matemáticas y la estadística entran en el debate jurídico por la gran puerta de la tutela constitucional. ■

NOTAS

(1) Entre otras en SSTC 128/1987, de 16 de julio; 166/1988, de 26 de septiembre; 145/1991, de 1 de julio; 17/2003, de 30 de enero, o 3/2007, de 15 de febrero.

(2) Entre los pronunciamientos más célebres, SSTJCE de 27 de junio de 1990 (Caso Kowalska); de 7 de febrero de 1991 (Asunto Nimz o de 4 de junio de 1992 (Asunto Bötzel).

(3) Como expresión más reciente de esta premisa, ver la STC 3/2007, de 15 de febrero.

(4) En sentido similar, véase el ATC de 11 de mayo de 2004 en el que se alude al hecho de que «los datos estadísticos demuestran que en la actualidad, el porcentaje de pensiones de viudedad percibidas por mujeres es más elevado que en el caso de los hombres». A propósito del mismo tema de la pensión de viudedad, el ATC de 9 de marzo de 2004 matiza, sin embargo, al declarar que «siendo cierto que los datos estadísticos demuestran que en la actualidad, el porcentaje de pensiones de viudedad percibidas por mujeres es más elevado que en el caso de los hombres, ese impacto adverso en un número mayor de mujeres no puede ser valorado como factor causante de la discriminación alegada. En la línea ya apuntada en el ATC 188/2003, de 3 de junio, la diferenciación normativa atiende sólo a la existencia o no de un vínculo matrimonial, por lo que la constatación estadística no puede considerarse aisladamente de los razonamientos reiterados por la jurisprudencia de este Tribunal sobre la materia...». Similar matiz lo realiza también el ATC de 3 de junio de 2003. Véase también a propósito de la cuantía de la prestación

por desempleo precedida de una reducción de jornada, ATC de 15 de febrero de 2006.

(5) En dicho pronunciamiento se enjuiciaba una supuesta práctica de discriminación en el sistema de promoción a Subdelegado y Delegado de sucursal de una entidad financiera. En instancia se dieron como probados los siguientes hechos: «I. Entre las fechas 1-5-1986 a 6-6-1998 la Caixa de Catalunya contrató a un total de 1.579 personas, de los cuales 799 son hombres y 780 mujeres. De ellos 626 hombres y 725 mujeres ingresaron por la categoría de auxiliar C, dentro del grupo de personal administrativo y de gestión (doc. 3 del ramo de prueba de la demandada)... II. Entre las fechas 1-5-1986 a 15-6-1998 han solicitado el acceso a la plaza de delegado/a de sucursal, un total de 95 hombres y 31 mujeres en total 126 personas. Todos ellos habían ingresado en la entidad por la categoría de auxiliar C, y se encuentran ubicados en Catalunya (docs. 11, 12, y 19 del ramo de prueba de la demandada)... III. - De entre los 126 peticionarios, accedieron efectivamente al cargo de delegado/a de sucursal en el indicado período, 40 hombres y 12 mujeres. Ello representa que lo obtuvieron, el 42,10% de los hombres y el 38,71% de las mujeres que lo solicitaron, y que con relación al número de plazas cubiertas 52 de delegados de sucursal 40 se asignaron a hombres, y 12 a mujeres lo que porcentualmente significa que el 76,9% de las plazas cubiertas fueron ocupadas por hombres y el 23,07% por mujeres (docs. 11, 12 y 19 del ramo de prueba de la demandada)... IV. - Entre las fechas 1-5-1986 a 15-6-1998 han solicitado el acceso a la plaza de subdelegado o subdelegada de sucursal un total de 226 hombres, y 253 mujeres, todos ellos ingresaron por la categoría de auxiliar C, y se encuentran prestando servicios en Catalunya (doc. núm.

21 ramo de prueba de la demandada)... V. - De entre los 479 peticionarios, accedieron efectivamente al cargo de subdelegado o subdelegada de sucursal 124 hombres y 116 mujeres, lo que representa que el 54,86% de los hombres y el 45% de las mujeres que lo solicitaron, lo obtuvieron y que de las 240 plazas cubiertas el 51,6% se asignaron a hombres y el 48,3% a las mujeres (doc. núm. 21 del ramo de prueba de la demandada)».

(6) Como ejemplo más reciente, STC 3/2007, de 15 de febrero, que comentaremos más adelante.

(7) En STC de 20 de diciembre de 1999.

(8) «La Sentencia se contenta con el hecho de que, según las certificaciones aportadas a los autos en el sector de la sanidad el personal interino en su mayoría lo integran las mujeres y que son sólo éstas las que solicitan la cuestionada excedencia. Pero este dato estadístico, si se quiere seguir, como hace la Sentencia, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, me parece insuficiente habida cuenta del reducido campo de comprobación estadística. Si se advierte que lo que se está enjuiciando es la aplicación del art. 29.4 Ley 30/1984 (en la redacción dada por la Ley 3/1989), dicho campo debe abarcar todo el ámbito de aplicación de esa norma, y no a un sector concreto como el de la sanidad... la Sentencia no debió conformarse con una estadística referida a un sector concreto, sino que debió exigir que el campo de la misma fuese el del ámbito de aplicación del art. 29.4 Ley 30/1984. No me parece, pues, que el dato estadístico tomado en consideración por la Sentencia y que constituye una base esencial de su argumentación, tenga la terminante relevancia que se

le ha atribuido. En cualquier caso, y aun en el no probado de que la estadística hubiera sido correctamente establecida, y demostrativa sin quiebras de la proyección negativa de la medida sobre las mujeres casi en exclusiva, creo que tal hecho no es por sí solo constitutivo de un tratamiento discriminatorio, si el mismo tiene una justificación objetiva y razonable. Me parece que la Sentencia, imprudentemente a mi juicio, se ha contentado con la mayoritaria repercusión negativa sobre las mujeres, minimizando, hasta un punto que considero incorrecto, la relevancia de la razón diferencial del trato entre funcionarios de carrera e interinos... el dato estadístico es sólo el signo aparente de la discriminación, no el hecho constitutivo de la misma. El error de nuestra Sentencia consiste, a mi juicio, en que en la práctica ha convertido el dato estadístico en el hecho de la discriminación, prescindiendo de la razón aducida, a mi juicio, suficiente, para explicar en términos de razonable neutralidad respecto del elemento género o sexo la diferencia de trato entre funcionarios de carrera e interinos en orden al disfrute de la situación de excedencia para el cuidado de hijos».

(9) STJCE de 9 de febrero de 1999 (Asunto Seymour-Smith y Laura Pérez).

(10) STJCE de 27 de octubre de 1993 (Asunto Danfoss).

(11) STJCE de 9 de febrero de 1999 (Asunto Seymour-Smith y Laura Pérez).

(12) Al respecto, la STJCE de 10 de marzo de 2005 (Asunto Nikoloudi), se refiere a «una afectación muy superior» o a una decisión que afecte «principalmente» o «exclusivamente» a las mujeres. En sentido similar, la STJCE de 23 de octubre de 2003 (Caso Schönheit y Becker) exige que se

afecte «a un porcentaje considerablemente mayor». La STJCE de 11 de septiembre de 2003 (Caso Steinicke) alude a datos estadísticos concretos, también en relación con el porcentaje de mujeres contratadas en la función pública a tiempo parcial. Con menor rigor, la STJCE de 20 de marzo de 2003 (86) (Caso Kutz-Bauer) se limita a evidenciar unas diferencias que de «forma exclusiva» afectan a hombres o a mujeres.

(13) El ejemplo paradigmático de ello lo constituye el debate judicial a propósito de la «ayuda de guardería» cuando éste se concede únicamente a las mujeres y no a los hombres que lo soliciten. En este sentido queremos destacar la argumentación —entre otras— de las SSTSJ de Extremadura de 10 de junio de 2005 y de 27 de mayo de 2004 en la que, después de tomar en consideración determinados datos estadísticos, se apunta que: «Desde luego es claro que la finalidad que persigue la Ley y que se impone en la sociedad actual nada tiene que ver con esa discriminación positiva a la que aluden las resoluciones, la cual solo podría tener como resultado la prolongación en el tiempo y la institucionalización de la situación descrita de la mujer por las indicadas sentencias. Conforme a la Exposición de Motivos es claro que la época y situación que describen las sentencias han sido superadas y lo que se persigue, precisamente con la nueva regulación, es ofrecer igualdad de oportunidades al hombre y la mujer al momento de participar en la vida laboral y familiar en plano de igualdad, con pleno respeto al art. 14 de la Constitución Española en lo que la realidad biológica de ambos sexos permite, excluido desde luego el hecho de la gestación y parto, cuya incumbencia es exclusiva de la mujer. En cuanto al resto en su proyección familiar y laboral que ahora se analiza, la incorporación plena de la mujer al trabajo en plano de igualdad debe ir acompañada de una igualdad en el reparto de las cargas familiares en el cuidado de los hijos, que son responsabilidad de ambos, igualdad incompatible con el hecho de abonar a la mujer trabajadora una ayuda por guardería por considerar que socialmente a ella, trabaje o no, le está atribuido el cuidado de los hijos y si se le concede dicha cantidad posibilita el acceso al mundo del trabajo. No, ello no es así, tal y como pone de manifiesto que tal ayuda si está prevista para el varón viudo, lo cual es claro, pone de manifiesto que solo cuando la madre falta es cuando le «sobreviene» al padre la obligación de cuidar de sus hijos menores de seis años (por cierto, sin aludir a situaciones como las de separación o divorcio en que los hijos queden al cuidado del padre). Y precisamente esas son las situaciones que la Ley 39/1999 trata de paliar, ofreciendo al padre las mismas posibilidades, los mismos derechos y obligaciones en el cuidado de sus hijos desde el momento de su nacimiento, lo cual se contradice con el supuesto estudiado de las ayudas por guardería, considerando que vulnera el art. 14 de la CE la concesión de las mismas solo al personal femenino, pues ese trato diferenciado en la época actual no tiene ningún tipo de justificación, máxime cuando en definitiva, el hecho de que se le niegue al actor dicha ayuda en ningún caso beneficia ni a la vida familiar, ni a la madre, la cual, es claro que no se ve discriminada positivamente, sino negativamente al no lucrar alguno de los miembros de la pareja la ayuda solicitada. Conforme a ello esta Sala, de nuevo, como ya ha hecho en las precedentes resoluciones identificadas al inicio de este fundamento de derecho, llama la atención a la recurrente en relación a la atenta lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, que se reproduce en la sentencia transcrita, y al último párrafo de la resolución en la que se

razona suficientemente sobre la situación real de la mujer en el mundo laboral y en las obligaciones asumidas en cuanto al cuidado de los hijos, así como sobre la circunstancia de que el hecho de conceder la ayuda por guardería exclusivamente a la mujer, negándosele al varón en ningún caso supone beneficio para la misma, sino, muy al contrario, un perjuicio en tanto en cuanto no ofrece las mismas posibilidades al varón, para que desarrolle iguales derechos y obligaciones en el cuidado de los hijos desde su nacimiento. Entre otros motivos por cuanto que el hecho de reconocer dicha ayuda a cualquiera de los miembros posibilita que ambos tengan la misma oportunidad de acceder al mercado laboral y de ser responsables en el cuidado de la prole. Y es que quizás, pudiera ser, que el cónyuge de los actores no pueda trabajar por tener que hacerse cargo del cuidado de los hijos menores de seis años, y la concesión de la ayuda solicitada propicie la inserción del mismo en la vida laboral en tanto en cuanto no se da por supuesto o por sentado que es a ella a quien incumbe el cuidado y atención de los mismos, sino también al varón, quien, por ser responsabilidad común, y obrando en beneficio también común de la familia, consciente de la labor que como padre ha de ejercitar, solicita la ayuda. No quiere ello decir que se desconozcan ciertas realidades, es que la interpretación que se efectúa a la luz de la Ley 39/1999 es la de propiciar la desaparición de las diferencias que puedan existir entre el hombre y la mujer en su proyección tanto familiar como profesional. Es el siguiente paso en el intento de conseguir dicha igualdad, que el caso examinado es partir de un aserto esencial plasmado legislativamente: los hijos menores de seis años no son de responsabilidad exclusiva y excluyente de la madre, sino de ambos progenitores. Y para que ello se materialice ha de partirse de otorgar iguales oportunidades al hombre y la mujer también en este caso en los derechos, pues el derecho que se le concede a uno, partiendo de una igualdad real, es indudable que beneficia a ambos cónyuges y al desarrollo de la vida familiar. Sólo resta decir que lo que hasta aquí se razona, no empece para que se dicten resoluciones que en otros ámbitos favorezcan la inserción laboral de la mujer, tal y como alega la recurrente, aludiendo a la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica en relación a la reducción de la base de cotización para jóvenes y mujeres de nueva incorporación en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en tanto que la clave de los precedentes razonamientos en cuanto a la ayuda por guardería estudiada han quedado extensa y prolijamente razonados».

(14) «... tal tipo de discriminación comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 136/1996, de 23 de julio, FJ 5; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; o 17/2003, de 30 de enero, FJ 3)».

(15) «Debe notarse que, como ha destacado este Tribunal, al igual que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado en numerosas resoluciones, cuando el derecho que se dice vulnerado no es el derecho a la igualdad in genere, sino su concreción en el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente proscritos en el art. 14 CE, no resulta necesario aportar en

todo caso un tertium comparationis para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos supuestos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta».

(16) «En efecto, en estos casos lo que se compara “no son los individuos”, sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el art. 14 CE en nuestro caso las mujeres».

(17) Recordar sintéticamente que el principio de «transversalidad», acuñado en la Conferencia de Pekín de 1995, está llamado a inspirar la actuación de todos los poderes públicos, pertenezcan éstos al ámbito legislativo, ejecutivo o judicial. En este sentido se les requiere para que, con carácter previo a la adopción o aplicación de cualquier decisión, realicen un estudio o aproximación sobre cuál será el impacto previsto respecto de hombres y mujeres. Igualmente, y en la fase concreta de ejecución, se les obliga a evitar la exclusión o afectación a las mujeres. Y finalmente se les requiere para desarrollar una ulterior fase de evaluación sobre los efectos de cada decisión sobre el colectivo femenino. Para mayor concreción, ir a la «Guía para la evaluación del impacto en función del género» en http://ec.europa.eu/employment_social/gender_equality.

(18) COM (96) 67.

(19) Para lo cual, tal y como dispone el art. 20: «los poderes públicos en la elaboración de sus estudios y estadísticas, deberán: a) incluir sistemáticamente la variable de sexo en las estadísticas, encuestas y recogida de datos; b) establecer e incluir en las operaciones estadísticas nuevos indicadores que posibiliten un mejor conocimiento de las diferencias en los valores, roles, situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres, su manifestación e interacción en la realidad que se vaya a analizar; c) diseñar e introducir los indicadores y mecanismos necesarios que permitan el conocimiento de la incidencia de otras variables cuya concurrencia resulta generadora de situaciones de discriminación múltiple en los diferentes ámbitos de intervención; d) realizar muestras lo suficientemente amplias como para que las diversas variables incluidas puedan ser explotadas y analizadas en función de la variable sexo; e) explotar los datos de que disponen de modo que se puedan conocer las diferentes situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres en los diferentes ámbitos de intervención; f) revisar y en su caso adecuar las definiciones estadísticas existentes con objeto de contribuir al reconocimiento y valoración del trabajo de las mujeres y evitar la estereotipación negativa de determinados colectivos de mujeres. Sólo excepcionalmente, y mediante informe motivado y aprobado por el órgano competente, podrá justificarse el incumplimiento de alguna de las obligaciones anteriormente especificadas». Igualmente en el art. 63 dispone que: «Todos los Departamentos Ministeriales y Organismos Públicos remitirán, al menos anualmente, a los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y de Administraciones Públicas, información relativa a la aplicación efectiva en cada uno de ellos del principio de igualdad entre mujeres y hombres, con especificación, mediante la desagregación por sexo de los datos, de la distribución de su plantilla, grupo de titulación, nivel de complemento de destino y retribuciones promediadas de su personal». Y finalmente el art. 77, según el cual «En todos los Ministerios se encomendará a uno de sus órganos directivos el desarrollo de las funciones relacionadas con el principio de igualdad entre mujeres y hombres en el

ámbito de las materias de su competencia y en particular, las siguientes: a) recabar la información estadística elaborada por los órganos del Ministerio y asesorar a los mismos en relación a su elaboración...».

(20) Así, en el art. 46 se define el «Plan de Igualdad» como: «el conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo».

(21) Así en la disp. adic. 1.ª se señala que: «A los efectos de esta Ley se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento».

(22) Es el caso del art. 19 («los proyectos de disposición de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros deberán incorporar un informe sobre su impacto por razón de género»), del art. 55 («La aprobación de convocatorias de pruebas selectivas para el acceso al empleo público deberá acompañarse de un informe de impacto de género, salvo en casos de urgencia, y siempre sin perjuicio de la prohibición de discriminación por razón de sexo»).

(23) En este sentido es interesante analizar los paralelismos existentes entre el art. 46 del Proyecto de Ley de Igualdad: «Los Planes de Igualdad de las empresas son el conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados... Los planes de igualdad incluirán la totalidad de una empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo» y el art. 16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales («La prevención de riesgos laborales deberá integrarse en el sistema general de gestión de la empresa, tanto en el conjunto de sus actividades como en todos los niveles jerárquicos de ésta, a través de la implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales a que se refiere el párrafo siguiente. Este plan de prevención de riesgos laborales deberá incluir la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos necesarios para realizar la acción de prevención de riesgos en la empresa en los términos que reglamentariamente se establezcan. Los instrumentos esenciales para la gestión y aplicación del plan de prevención de riesgos, que podrán ser llevados a cabo por fases de forma programada, son la evaluación de riesgos laborales y la planificación de la actividad preventiva a que se refieren los párrafos siguientes...»).

(24) A propósito de la trascendencia de dicho fallo, véase a M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Feminización de tareas y masculinización de valoraciones», Relaciones Laborales, T. I, 2000.

(25) Entre otras, SSTS de 23 de mayo de 2005; 22 de noviembre de 2007; de 11 de diciembre de 2007; 18 de diciembre de 2007; 22 de enero de 2008; 13 de febrero de 2008; 22 de septiembre de 2008 o 27 de enero de 2009.



Tribuna

Repensando
el concepto
de documento

LA LEY 12796/2011

Repensando el concepto de documento

Xavier ABEL LLUCH

Profesor de la Facultad de Derecho ESADE. Magistrado excedente

La L 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, partió de un concepto de documento que exigía el soporte papel y la escritura, concepto que se ha visto superado por la aparición del llamado documento electrónico y la proliferación de una legislación extraprocesal —entre ellas la L 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica—. En este artículo, y partiendo de las diversas nociones doctrinales de documento y del concepto amplio de documento que acoge la jurisprudencia, se proponen las premisas para articular un concepto de documento en el que tenga cabida el documento escrito y en soporte papel y el documento electrónico.

I. LA NECESIDAD DE REFORMULAR EL CONCEPTO DE DOCUMENTO

La aparición de las nuevas tecnologías de comunicación e información (TIC) ha comportado la aparición de nuevas fuentes de prueba —las denominadas evidencias electrónicas—, como pueden ser, a título de ejemplo, una página web, un correo electrónico, una base de datos o una contabilidad en programa Excel, cuya aportación es cada vez más frecuente en los procesos judiciales y cuya admisibilidad, superada una fase inicial de recelo, viene siendo también cada vez más frecuente en los tribunales.

El Derecho Probatorio cuestiona si podemos seguir manteniendo un concepto dogmático de documento —apegado a la escritura y al soporte papel—, debemos reformular el concepto de documento —dando cabida a las nuevas evidencias electrónicas— o simplemente debemos crear *ex novo* de medios de prueba las denominadas pruebas electrónicas.

La L 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) optó por no forzar el concepto tradicional de documento, basado en soporte papel y la escritura, e introdujo, como prueba autónoma y sin precedentes, la prue-

ba «por medios e instrumentos» en el apartado segundo del art. 299, que literalmente dispone: «También se admitirán, conforme a lo dispuesto en la Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas relevantes para el proceso».

Transcurridos más de diez años de vigencia de la LEC, y a la vista de la constante proliferación de nuevas evidencias electrónicas, nos cuestionamos si debemos mantener la opción legislativa o es necesario reformular —también a nivel legal— el concepto de documento.

II. LA NOCIÓN DE DOCUMENTO

1. Las diversas nociones doctrinales de documento

A diferencia de otros medios de prueba, cuyo concepto es relativamente pacífico, existe «incertidumbre doctrinal» (1) con respecto del documento, pudiéndose distinguir, en el ámbito procesal, tres orientaciones doctrinales, según el acento se sitúe en la movilidad (concepción amplia), en la escritura (concepción estricta) o en la función representativa (concepción intermedia) del documento.

Esta incertidumbre se agrava por la doble regulación de la prueba documental, en la LEC y en el Código Civil (en adelante CC), y por el hecho que la doctrina civilista suele tener un concepto de documento distinto —normalmente más estricto, constreñido al solo escrito en el cual se ha fijado un pensamiento a través de palabras— que el de la doctrina procesalista (2).

En una concepción amplia el documento es cualquier objeto físico susceptible de ser llevado a presencia judicial. Representada por GUASP, para quien el documento es «aquel medio de prueba que consiste en un objeto que puede, por su índole, ser llevado a la presencia del Juez para su posible incorporación a los autos» (3), esto es, «cualquier objeto con función probatoria que puede ser llevado a presencia del Juez» (4).

Este autor parte de la existencia de una prueba que llama real, en la que un objeto físico sirve como instrumento para convencer al juez de la existencia o inexistencia de ciertos datos procesales. Sostiene que la esencia del concepto de documento no radica en su función representativa, que pone en tela de juicio, ni tampoco su carácter escrito, sino en su movilidad y en su tratamiento procesal para la aportación al proceso.

GUASP incluye dentro del concepto de documentos aquellos objetos que no tienen una función representativa (un tejido o un papel sin escritura) y distingue los documentos —objeto que es susceptible de ser llevado a presencia judicial para su incorporación al proceso— de los monumentos —objeto cuyo examen se realiza mediante el traslado del juez al lugar donde se encuentra, por tratarse de un inmueble—. Se trata, en todo caso, de un concepto amplio de documento, que no presupone la escritura.

En sentido opuesto, una concepción estricta circunscribe el concepto de documento a todo objeto escrito, con independencia del soporte material y del lenguaje gráfico expresado. Representada por GÓMEZ ORBANEJA, para quien documento es «la incorporación de un pensamiento por signos escritos, bien usuales, bien convencionales», puesto que «cuando la LEC y el CC hablan de documentos, entienden por tales los escritos» (5).

La identificación entre documento y escrito, como explica DEVIS ECHANDÍA, «es consecuencia de que el CC de Napoleón y los que en éste se basan, se refieren únicamente a éstos últimos (instrumentos o escritos), distinguiéndolos en instrumentos públicos y privados» (6). En esta construcción dogmática, el soporte puede ser papel, pero también puede ser un trozo de tela, de metal, de

madera, de piedra o de cualquier sustancia. Y el lenguaje debe ser escrito, bien por signos usuales, o bien por signos convencionales.

Dentro de esta concepción estricta, algunos autores mantienen posiciones más matizadas y otros más restrictivas. Más matizadamente PRIETO CASTRO distingue entre una noción estricta de documento, que comporta la escritura y es la que regula el Derecho positivo, y una noción más amplia en que la que engloba todo material que encierre una representación de un pensamiento «aunque no sea por escrito» (7). Y más restrictivamente CORTÉS DOMÍNGUEZ restringe el concepto de documento, al exigir no solamente como presupuesto la escritura, sino también el soporte papel, pues «documento es sólo y exclusivamente la representación de un pensamiento escrito en papel» y «cualquier otra manifestación de pensamiento escrita en materia distinta del papel no puede ser objeto de prueba por documentos», siéndolo en todo caso de reconocimiento judicial (8).

Una tercera concepción intermedia y mayoritaria considera como documento todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso. Esta teoría pone el acento más en la representación que en la grafía. La representación puede obtenerse bien mediante el sistema tradicional de la escritura, o bien mediante otros sistemas más modernos, como pueden ser los instrumentos de reproducción de la imagen y del sonido, pues ya CARNELUTTI, desde principios del siglo pasado, había aceptado el documento fotográfico, fonográfico y cinematográfico. Desarrollada esta teoría por CARNELUTTI (9), fue seguida por DEVIS ECHANDÍA (10) y en España, entre otros, por SERRA DOMÍNGUEZ (11), RAMOS MÉNDEZ (12) y MONTÓN REDONDO. Este último autor afirma que documento es «todo aquello capaz de incorporar datos que cualquiera puede obtener, no solo por la lectura sino también por el visionado a la audición» (13).

Dogmáticamente el concepto de documento permite incluir los objetos que se recogen en cualquier soporte, incluso los distintos del papel, y en cualquier grafía, incluso la no escrita, en línea con lo previsto en el Código Penal, conforme al cual documento es «todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria» (art. 26 CP). La ampliación conceptual del término documento, ya existente desde hace años en otros países —p. ej., art. 2.712 Código Civil italiano en relación con art. 261 Código Procedimiento Civil—, ha sido posible en España merced a la evolución jurisprudencial que ha dado cabida a documentos no escritos (14).

Ante la dificultad de ofrecer una noción unitaria de documento, la doctrina procesalista ha enumerado los elementos que integran la noción de documento, incluyendo el soporte, el contenido, el autor y discutiéndose si la fecha y la firma son requisitos de existencia o de eficacia probatoria. Resumidamente, podemos decir: a) el soporte, también identificado como la «cosa» u «objeto material» lo constituye una cosa mueble susceptible de ser llevada a presencia judicial, excluyéndose los inmuebles; b) el contenido es el acto documentado, y se entiende que puede representarse un hecho mediante la escritura —en cualquiera de sus variantes, manuscrita, mecanografiada, impresa y taquigrafiada— y también puede representarse un hecho mediante medios reproductivos —también en cualquiera de sus variantes, fotos, planos, películas, cintas de vídeo, disquetes informáticos, etc.—; c) autor del documento, que como expresara CARNELUTTI, no es quien materialmente lo crea, sino a quien jurídicamente se le atribuye su formación (15); d) la firma, cuya ausencia no afecta a la existencia del documento, sino a su eficacia probatoria, admitiéndose que puedan surtir efectos probatorios los documentos no firmados y reconocidos por su autor, y e) la fecha que, al igual que la firma, no es requisito de existencia, sino de eficacia probatoria.

2. El concepto de documento en la jurisprudencia

La jurisprudencia, atenta a los avances de las TIC y previsoramente —cuando no anticipadora— de futuras reformas legislativas, ha desligado el concepto de documento de su forma de presentación, entendiendo que, a efectos dogmáticos, lo fundamental no es el tipo de soporte —tradicionalmente apegado al papel—, sino la voluntad de dotar de perpetuación al pensamiento y la declaración de voluntad, cualquiera que sea el soporte —papel, audiovisual o informático— en que se recoja esa declaración de conocimiento o voluntad.

En la evolución jurisprudencial del concepto de documento se distinguen tres fases: 1.ª) fase restrictiva; 2.ª) fase de transición, y 3.ª) fase de aceptación (16).

En una primera fase se niega la eficacia al documento no escrito. Se funda en el doble argumento de que las leyes procesales (LEC 1881) y sustantivas (CC) solo preveían como medios de prueba los documentos escritos y que la enumeración de medios de prueba era cerrada, por lo que sin desconocer la existencia de objetos no escritos, éstos no podían tener cabida, como medios de prueba, en la ley. Siguiendo la concepción dogmática más tradicional se equipara el

documento con el escrito, entendido como «un objeto o instrumento en el que queda plasmado un hecho que se exterioriza mediante signos materiales y permanentes del lenguaje».

La STS de 30 de noviembre de 1981 (17) no admite que puedan aportarse como medio de prueba unas cintas magnetofónicas debido a la dificultad de comprobar la autenticidad de la grabación. Fundamenta la negativa en el carácter cerrado de los medios de prueba de los entonces vigentes 578 LEC 1881 y 1215 CC. Con todo en esta sentencia ya se deja constancia de la existencia de otros objetos, no escritos, que pueden asimilarse al documento. En la parte que interesa, la citada sentencia dispone literalmente:

«..., y siendo los siete medios de prueba que enumera el mencionado art. 578 así como los del art. 1215 del C. Civ., y no otros, los que pueden emplearse, la cuestión estriba en determinar si la grabación en cinta magnetofónica que la recurrente pretende se le admita tiene la consideración de documento, y ha de tenerse en cuenta que si bien es cierto que tradicionalmente el concepto de documento se ha venido identificando como un «escrito», o sea, como un objeto o instrumento en el que queda plasmado un hecho que se exterioriza mediante signos materiales y permanentes del lenguaje, y que la inmensa mayoría de los documentos que se aportan a un proceso son «escritos», ello no es óbice para que existan en la actualidad otros objetos que, sin tener esa condición, puedan hacer prueba fidedigna como aquéllos y que, por analogía, puedan equipararse a los mismos, mas por lo que respecta a las cintas magnetofónicas no puede decirse tengan igual virtualidad dada la dificultad de comprobar su autenticidad de la grabación, de lo que deriva que los juzgadores de instancia, al denegar la admisión de este instrumento como medio de prueba no quebrantaron ninguna de las formalidades del proceso, ni se infringió, por tanto, el art. 578 LEC, ya que aquél no puede estimarse comprendido entre los medios de prueba que dicho precepto tiene establecidos y, por tanto, no es legalmente admisible, lo que obliga a desestimar el motivo.»

Esta sentencia fue calificada como paradigmática de la ruptura entre la realidad y nuestros órganos judiciales (18). A partir de su lectura, SANCHÍS CRESPO deduce tres conclusiones: 1.ª) La enumeración de los medios de prueba es exhaustiva en la ley. 2.ª) Las cintas magnetofónicas no están incluidas en las enumeraciones legales de prueba y solo podrían ser consideradas medios probatorios por analogía con los documentos. 3.ª) La analogía no es posible entre documentos y cintas, no porque estas últimas sean no escritas, sino por-

que son fácilmente manipulables, por lo que es difícil comprobar la autenticidad de la grabación (19).

En una segunda fase se acepta el valor probatorio de los documentos no escritos, siempre que vengan averdados por otros medios de prueba. Se fundamenta en la constatación de la existencia de avances técnicos que se traducen en nuevas fuentes de prueba, como pueden ser las cintas magnéticas, los vídeos y demás sistemas reproductivos, en el reconocimiento de tales medios de prueba en algunos países de nuestro entorno (p. ej., Italia), en la labor jurisprudencial de adecuar el derecho vigente a la realidad social de nuestro tiempo y en la inexistencia de una prohibición expresa en la LEC o en el Código Civil.

En el ámbito civil, la STS de 30 de noviembre de 1992 admite la validez de un vídeo como medio de prueba, si bien condiciona su eficacia probatoria a la certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad del mismo y, en la parte que interesa, razona:

«Efectivamente los medios probatorios documentales aparecen regulados en los arts. 1216 y siguientes del Código Civil y 596 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se suele equiparar documento a escritura, art. 1223 y 1224 del Código Civil, y no se preveen las aportaciones probatorias derivadas de los importantes avances y descubrimientos técnicos de estos tiempos, como sucede con las cintas magnéticas, vídeos y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual del pensamiento humano, contrario a lo que sucede en el Código Civil italiano, cuyo art. 2712 (Sección Cuarta, Título Segundo, Libro Sexto), en relación al precepto 261 del Código de Procedimiento Civil, sí recoge tales instrumentos de prueba, tanto en forma general como específica.

La falta de atención de nuestros legisladores a estos estados de progreso científico no significa que la Jurisprudencia permanezca estática y pasiva, en razón a labor de hacer el Derecho más próximo y útil a los hombres por su adecuación a la realidad histórico social presente y complementación del Ordenamiento Jurídico (arts. 1-6.º y 3 del Código Civil). No se da prohibición expresa de utilización de esta clase de medios probatorios y los arts. 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1215 del Código Civil no han de reputarse herméticamente cerrados al efecto, en cuanto aquéllos reflejan más que propiamente expresan los pensamientos humanos. En todo caso su utilización probatoria exige siempre la necesaria y precisa averdación y certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad que encuentra cauce procesal adecuado mediante el reconocimiento judicial, sometido a las reglas de

procedimiento y valoración previstas. En esta línea aperturista es significativa la antigua S 25-5-1945 que reconoció valor probatorio a reproducciones fotográficas, al no presentar en pugna con la ley y concretamente con el precepto procesal 504, estableciendo la resolución los requisitos para lograr eficacia» (20).

En el ámbito penal, y con anterioridad a la reforma de 1995 —cuyo art. 26 introdujo una noción amplia de documento—, la STS de 19 de abril de 1991, a propósito de una estafa mercantil, abogaba por superar un concepto del documento ceñido a la escritura, postulando «un concepto material de documento», y razonaba:

«El concepto de documento, actualmente, no puede reservarse y ceñirse en exclusividad al papel reflejo y receptor por escrito de una declaración humana, desde el momento que nuevas técnicas han multiplicado las ofertas de soportes físicos capaces de corporeizar y dotar de perpetuación al pensamiento y a la declaración de voluntad; una grabación de vídeo, o cinematográfica, un disco o una cinta magnetofónica, los disquetes informáticos, portadores de manifestaciones y acreditamientos, con vocación probatoria, pueden ser susceptibles de manipulaciones falsarias al igual que el documento escrito. Una inspiración ampliadora late en el art. 560 CP al aludir, diferenciadamente, a «papeles o documentos». En el propio campo de la Administración Pública se extiende el uso de nuevas técnicas en la llevanza de los Registros. Se impone un concepto material de documento, en racional y fundada homologación de los más adelantados y funcionales medios con los sistemas tradicionales imperantes hasta ahora» (21).

Y en el ámbito civil, la STS de 3 de julio de 1989 califica como documento privado unas fotografías que reflejan el estado de un edificio en régimen de propiedad horizontal y que son aportadas con el propósito de acreditar unas obras inconsistentes (22).

En una tercera fase se acepta el documento no escrito como modalidad singular de prueba documental. Se admite un concepto amplio de documento, en el que se prescinde del soporte papel como elemento identificativo y se acentúa su carácter de objeto representativo de un hecho de interés para el proceso.

En el ámbito contencioso-administrativo, la STS de 3 de noviembre de 1997 reconoce un concepto amplio de documento, que incluye los documentos electrónicos. Se razona que la noción de documento no puede limitarse al papel, como soporte, ni a la escritura, como unidad de significación, de forma que el ordenador y los ficheros que almacenan

la información constituyen una nueva forma de entender la materialidad de los títulos valores y, en especial, de los documentos mercantiles. En su fundamento jurídico décimo se argumenta:

«Estamos asistiendo, en cierto modo, en algunas facetas de la vida, incluso jurídica, al ocaso de la civilización del papel, de la firma manuscrita y del monopolio de la escritura sobre la realidad documental. El documento, como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica, no puede identificarse, ya, en exclusiva, con el papel, como soporte, ni con la escritura, como unidad de significación. El ordenador y los ficheros que en él se almacenan constituyen, hoy día, una nueva forma de entender la materialidad de los títulos valores y, en especial, de los documentos mercantiles» (23).

En el ámbito penal, la STS de 2 de diciembre de 2000, a propósito de una estafa mercantil, razona que el concepto de documento admite los plasmados en escrito, y aquellos otros que pueden ser asimilados, entre los que enumera, a modo ejemplificativo, un ordenador, un vídeo, una película. Su razonamiento literal es el siguiente:

«Si bien es cierto que ese concepto de documento ha sido clarificado en el artículo 26 del vigente Código Penal de 1995 no lo es menos que durante la vigencia del anterior también se consideró que los soportes informáticos podrían ser objeto de falsedad penal, y así tenemos que la sentencia de esta Sala de 24 de noviembre de 1997, que se apoya a su vez en las sentencias de 3 de junio y 11 de octubre de 1994, nos indica que ha de entenderse por documentos a esos efectos, no sólo el escrito plasmado en papel según el criterio tradicional, sino también todo aquello que se le puede asimilar, por ejemplo, un disquette, un documento de ordenador, un video, una película, etc., con un criterio moderno de interacción de las nuevas realidades tecnológicas en el sentido en que la palabra documento figura en algunos diccionarios como cualquier cosa que sirve para ilustrar o comprobar algo» (24).

Resoluciones judiciales recientes se pronuncian a favor de un concepto amplio de documento en el que lo esencial es la transmisión de información y lo secundario el soporte en que se recoge. Incluso alguna resolución destaca las ventajas del documento no escrito sobre el documento escrito, como la STS de 4 de noviembre de 2009, que literalmente, y en la parte que interesa, afirma:

«El soporte papel ha sido superado por las nuevas tecnologías de la documentación y la información. Cualquier sistema que permita elaborar ideas, declaraciones, informes o datos susceptibles de ser reproducidos en su momento, suple con



ventajas al tradicional documento escrito, siempre que existan instrumentos técnicos que permitan acreditar la fiabilidad y seguridad de los impresos en soporte magnético. Se trata de una realidad social que el derecho no puede desconocer. El documento electrónico imprime en las "neuronas tecnológicas", de forma indeleble, aquello que se ha querido transmitir por el que maneja los hilos que transmiten las ideas, pensamientos o realidades de los que quiere que quede constancia. Su autenticidad es tan firme que supera la realidad que puede visualizarse en un documento escrito» (25).

De la evolución jurisprudencial descrita, y con SANCHÍS CRESPO, entendemos por documentos «todos aquellos objetos en los que a través de la vista, el oído o el tacto, pueda percibirse una manifestación de la voluntad o revelen a simple vista la existencia de un dato de interés para el proceso» (26).

3. El concepto de documento en la Ley de Enjuiciamiento Civil

El art. 578. 3.º LEC 1881 aludía, literalmente, a «los documentos privados y la correspondencia», lo que significaba implícitamente que el documento privado debía revestir forma escrita y estaba relacionado con la correspondencia. En la Exposición de Motivos de la vigente LEC se anticipa que: «No habrá de forzarse la noción de prueba documental [...] y no es de excluir, sino que la ley lo prevé, la utilización de nuevos instrumentos probatorios, como soportes, hoy no convencionales, de datos, cifras y cuentas, a los que, en definitiva, haya de otorgárseles una *consideración análoga a la de las pruebas documentales*» (párrafo 13.º, epígrafe XI). Esto es, no son documentos, pero sí tienen tratamiento procesal similar.

La LEC, en coherencia con el anunciado propósito de «no forzar la noción

de prueba documental» (Exposición de Motivos) y siguiendo el precedente de la LEC de 1881, opta por un concepto estricto de documento, que presupone el soporte papel y la escritura. Varios son los argumentos que corroboran esta afirmación:

1.º) La regulación de la aportación de documentos (arts. 265 y ss. LEC), pues al aludir a los medios de la reproducción de la imagen y del sonido y de los soportes informáticos, se hace de ellos una mención aparte y sin considerarlos documentos. La propia rúbrica del art. 265 LEC alude a los «documentos y otros escritos y objetos relativos al fondo del asunto» (27).

El art. 265.1, en su apartado primero, alude a «los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial efectiva», en expresión que la doctrina identifica como referencia a los denominados documentos materiales, entendidos como aquellos documentos fundamentales que sirven de base a la pretensión ejercitada y generan la causa de pedir [SSTS de 10 de noviembre de 2003 (28) y 10 de diciembre de 1996 (29)]. Y el mismo art. 265.1, en su apartado segundo, regula «los medios e instrumentos a que se refiere el apartado 2 del artículo 299, si en ellos se fundaran las pretensiones de tutela formuladas por las partes», expresión con la que se alude a los medios audiovisuales y los instrumentos informáticos (arts. 382 a 384 LEC).

2.º) La regulación de la presentación de copias (arts. 273 a 280 LEC) alude siempre a los escritos y documentos, nunca a las copias de los medios de reproducción de la imagen y del sonido o de los soportes informáticos.

El propio Capítulo IV «(De las copias de los escritos y documentos y su traslado) del Libro II (De los procesos declarativos) alude textualmente a las copias de

los escritos y de modo significativo los artículos 382 a 384 no hacen ninguna alusión a las copias de los documentos electrónicos, sino únicamente a la facultad de la parte aportante de facilitar una «transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte que se trate» (art. 382.1 LEC).

La omisión de cualquier referencia al traslado de copias de documentos electrónicos en la versión inicial de la LEC ha sido parcialmente superada por la L 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que ha incluido un segundo párrafo en el art. 276.2, del tenor literal siguiente: «Cuando se utilicen los medios técnicos a que se refieren los apartados 5 y 6 del art. 135 de esta Ley, el traslado de copias se hará de forma simultánea a la presentación telemática del escrito y documento que se trate y se entenderá efectuado en la fecha y hora que conste en el resguardo acreditativo de la presentación. En caso de que el traslado tenga lugar en día y hora inhábil a efectos procesales conforme a la Ley se entenderá efectuado el primer día y hora hábil siguiente».

3.º) La enumeración de los medios de prueba en el art. 299 LEC, que en su apartado primero incluye los documentos y en su apartado segundo regula, de modo independiente —«y con cierto aire de secundariedad», en gráfica expresión de MONTON REDONDO (30)—, los medios de reproducción de la imagen y del sonido y los soportes informáticos.

El apartado segundo del art. 299 LEC, en coherencia con el anunciado propósito de no introducir cambios con respecto a una legislación centenaria —y en este punto obsoleta— regula los «nuevos medios de prueba» o «modernos medios de prueba», distinguiendo: a) los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen relevantes para el proceso, y b) los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase relevantes para el proceso.

Previamente el apartado primero del art. 299 LEC, en coherencia con la tradición jurídica española y sus precedentes arts. 578 LEC 1881 y 1.215 CC, ya se ha encargado de recoger un listado de los medios de prueba —interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos— de «los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio».

La simple lectura del art. 299 LEC puede dar a entender que en su apartado primero —en el que se encuentran documentos públicos y privados— se in-

cluyen los verdaderos y genuinos medios de prueba, mientras que en su apartado segundo —en el que se encuentran los medios audiovisuales y los instrumentos informáticos— son medios de prueba agregados que el legislador no puede ignorar, atendido el avance de la técnica, pero que no merecen ser catalogados entre los genuinos.

4.º) Los arts. 317 a 323 (documentos públicos), 324 a 327 (documentos privados) y 328 a 334 (disposiciones comunes) regulan el régimen jurídico de las distintas clases de documentos y sus aspectos comunes, y entienden que se trata de escritos (31).

Hay que reconocer, eso sí, que la legislación extraprocesal, como la L 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, ha permitido la introducción de alguna referencia al documento electrónico [art. 326.3.º LEC (32)] que no se incluía en la versión original de la LEC 2000.

Únicamente se aparta de la exigencia de la escritura el art. 333 LEC, rubricado «extracción de copias de documentos que no sean escritos», en alusión a «los dibujos, fotografías, croquis, planos, y otros documentos que no incorporen predominantemente textos escritos».

De los anteriores argumentos se deduce que, a efectos de prueba civil, el documento requiere el doble requisito de la expresión escrita de un acto o pensamiento humano y del soporte que pueda llevarse al tribunal para ser unido a los autos (33). Se han definido como documentos aquellos que «su aportación vendrá al proceso por medio de un soporte mueble, generalmente papel, de carácter autónomo y fácilmente manejable y trasladable, que incorpora escritura en forma de palabras o cifras, y cuyo contenido y significado se puede entender y visualizar de forma inmediata» (34).

Los medios de reproducción de la imagen y del sonido y la prueba por soportes informáticos se consideran un medio de prueba autónomo, distinto de los documentos, como se desprende de su enumeración aparte en el listado del art. 299 LEC y de su regulación autónoma (sección 8.ª, dentro del Capítulo VI —«De los medios de prueba y las presunciones»— del Título I del Libro II, arts. 382 a 384 LEC), siquiera en muchos aspectos su regulación es muy similar (así, por ejemplo, se impone también el deber de aportación inicial —art. 265.1.2.º LEC—). Todo ello en coherencia con lo previsto en la Exposición de Motivos de la LEC que prevé la regulación de los medios audiovisuales y los soportes informáticos y anticipa que «haya de otorgárseles una consideración análoga a la de las pruebas documentales».

A efectos de prueba civil, el documento requiere el doble requisito de la expresión escrita de un acto o pensamiento humano y del soporte que pueda llevarse al tribunal para ser unido a los autos (35). Se ha afirmado acertadamente que «el concepto procesal civil de documento se contrae para dar cabida exclusivamente a aquellos instrumentos de fijación de la realidad que consistan en la fijación de palabras, si bien escritas en papel u otro material similar» (36).

III. HACIA UN CONCEPTO AMPLIO DE DOCUMENTO

Para dar cabida a los documentos electrónicos —y, en general a los medios reproductivos— dentro de la prueba documental será necesario reformular el concepto «clásico» de documento, apegado a la escritura y al papel, y aceptar que «los nuevos soportes serán los documentos del siglo XXI» (37), opción descartada por la LEC (38), con olvido que esos nuevos soportes constituyen una modalidad de documentos singularizada por su obtención y reproducción a través de medios técnicos.

La incertidumbre doctrinal sobre el concepto de documento, vigente la LEC de 1881, provocó que en otros textos normativos se elaborara una noción autónoma de documento. El art. 26 CP 1995 dispone que «a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica».

La LEC, apegada a la escritura y al soporte papel, ha provocado que el legislador tenga que ofrecer nociones más amplias y comprensivas de documentos en soportes distintos del papel y mediante textos no escritos, sea en la propia LEC —art. 812 LEC, para el juicio monitorio o el art. 728.2 LEC para el solicitante de medidas cautelares—, sea en leyes posteriores— p. ej., art. 114 L 24/2001, de 27 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social o art. 3 L 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica—.

El citado art. 812 LEC, al regular las deudas que son susceptibles de reclamarse por el proceso monitorio, permite que se acrediten «mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren...».

El art. 728.2 LEC requiere al solicitante de medidas cautelares «los datos, elementos y justificaciones documentales» conducentes a justificar sus pretensiones y se admite que tal acreditación «en defecto de justificación documental» pueda hacerse de otra manera, abriendo la vía para los medios reproductivos.

El art. 114 L 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social permite que los documentos públicos notariales se realicen en soportes informáticos y gocen igualmente de fe pública.

Y el art. 3 L 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, ofrece una definición de documento electrónico (art. 3.5), considera que el documento electrónico puede ser el soporte de documentos públicos y privados (art. 3.6) y que el soporte en que se hallen firmados los datos electrónicamente sea admisible como prueba documental (art. 3.8), todo lo cual ha provocado que se añada un apartado 3.º al art. 326 LEC, regulador de la fuerza probatoria de los documentos privados, que contempla el documento electrónico.

El documento es todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso (39). Bajo este concepto tienen cabida los documentos en soporte papel y no papel, expresados mediante la escritura u otra señal impresa, y también, por ende, los medios audiovisuales y los instrumentos informáticos, pues como afirma SERRA DOMÍNGUEZ «documento no es sólo un escrito, sino cualquier objeto representativo, teniendo mayor poder de representación la palabra o la imagen que la escritura» (40). Y en términos similares MONTÓN REDONDO sostiene que documento es «todo aquello capaz de incorporar datos que cualquiera puede obtener, no solo por la lectura, sino también por su visionado o audición» (41).

La argumentación expuesta, y que consagra la tendencia calificada por algún autor como «documentista» (42), ha encontrado refrendo legal en textos normativos posteriores a la LEC. Así, la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios en la Sociedad de la Información, cuyo art. 24, apartado 2.º, dispone: «en todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental». Y la L 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (en adelante LFE), otorga a los soportes electrónicos que incorporen datos firmados electrónicamente la consideración de documento (arts. 3.5 y 8, primer inciso, LFE).

Se ha criticado esta opción legislativa, no tanto porque conceptualmente resulte insostenible equipar el documento escrito con el documento electrónico, cuanto porque se desconoce la categoría de prueba por instrumentos, creada por el art. 384 LEC en el año 2000, esto es, tan solo tres años antes que la LFE. Se argumenta que resulta difícil justificar la calificación como documento de los soportes informáticos electrónicamente

firmados, como hacen los arts. 3.5 y 8, primer inciso, LFE, y en cambio catalogar como instrumentos del art. 384 LEC el resto de soportes electrónicos (43).

El legislador no ha establecido una excepción a la noción de la prueba por «instrumentos informáticos» (arts. 299.2 y 384 LEC). Las cosas han sucedido de modo distinto. El legislador de la LEC 2000 mantuvo un difícil equilibrio entre una concepción tradicional del documento, apegada a la escritura y al soporte papel, y la necesidad de dar cabida a las fuentes de prueba derivadas de los avances técnicos, creando *ad hoc* y *ex novo* la categoría de la prueba por instrumentos, a manera de prueba autónoma con respecto de la documental. El legislador de la Ley de la Firma Electrónica asume una noción dogmática de documento que prescinde del soporte papel y de la escritura y equipara los soportes electrónicos firmados con el documento escrito.

Para superar la concepción del documento apegado a la escritura, sería necesaria una doble modificación de la LEC. Por una parte, suprimir el apartado segundo del art. 299, que ha introducido la prueba por «medios e instrumentos» como una modalidad autónoma —y en cierto sentido secundaria— frente a los medios de prueba «clásicos» —que son los recogidos en el apartado primero del mismo art. 299 LEC—. Por otra parte, incluir dos grandes categorías de documentos dentro de los medios de prueba «clásicos», a saber, los documentos recogidos en soporte escrito y los documentos recogidos en soporte distinto —audiovisual, magnetofónico y electrónico—. Tanto los documentos en soporte escrito como en soporte distinto podrían, a su vez, ser documentos públicos o privados (44).

La modificación legal propuesta es coherente con nuestra concepción dogmática del documento. Si entendemos que el documento es todo objeto representativo de un hecho de interés para el proceso lo fundamental es la capacidad representativa del objeto y lo secundario el soporte —papel, audiovisual, informático o electrónico— en que aparece recogido dicho objeto, pues ni la escritura ni el soporte son las notas esenciales del documento. Se trata de una solución ya adoptada en el Derecho comparado, pues el art. 2.712 del Codice Civile italiano regula las «reproducciones mecánicas» y constituye la Sección IV (*Delle riproduzioni meccaniche*) dentro del Capítulo II (*Della prova documentale*). Y de modo similar se regula en el artículo 362 del Código Civil portugués. En concreto, el precitado artículo 2.172 alude a «Le riproduzioni fotografiche o cinematografiche, le registrazioni e, in genere, ogni altra rappresentazioni mecánica de

fatti e di cose formano piena proba dei fatti e delle cose rappresentante [...]».

IV. PREMISAS PARA UN CONCEPTO DE DOCUMENTO

La necesidad de reformular el concepto de documento ha sido sentida, particularmente en España, ante la rigidez legal. Hace pocos años, y con motivo de la promulgación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, sobre Enjuiciamiento Civil, SANCHÍS CRESPO apuntaba la conveniencia de formular un nuevo concepto de documento, y señalaba que los principales obstáculos se encontraban en la «barreira legal» —esto es, en el hecho que los textos legales identificaban el documento con el soporte escrito tradicional— y los problemas derivados de la seguridad de los documentos no escritos —esto es, las notas de fidelidad (identidad entre lo representado y lo realizado) y de perdurabilidad (constante disponibilidad de lo representado tal y como aconteció)—.

La misma autora defendía un concepto amplio de documento a partir de una triple premisa:

1.º) Un argumento, la distinción entre las fuentes y los medios, que parte de la constatación que las fuentes, en cuanto realidades extraprocesales, son ilimitadas y los medios, en cuanto mecanismos para aportar las fuentes, son limitados y que en la prueba documental el documento es la fuente y el medio la actividad necesaria para incorporarlo al proceso, pudiendo existir nuevas fuentes de prueba (p. ej., documento electrónico) que no estuvieran previstas en el momento de la promulgación del Código Procesal Civil.

2.º) Un indicio, la existencia de nuevas formulaciones legales, como podían ser, entre otras, el art. 25.2 Ley de 22 de diciembre de 1992, reguladora del Impuesto del Valor Añadido, desarrollada por el art. 25.2 del Reglamento, que reconocía validez jurídica a las facturas electrónicas (45), o el art. 230 LOPJ que recogía las posibilidades de utilización de «medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos» (46), o el art. 26 CP 1995 que ofrece una noción de documento, a efectos penales, que huye deliberadamente de la escritura (47), como se encarga de precisar también la jurisprudencia (48); o el art. 45.5 Ley de 26 de noviembre de 1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que no solo ofrece un concepto amplio de documento, sino que reconoce formalmente efectos probatorios (49).

3.º) La constatación de un avance tecnológico, la implantación de la firma digital

como sustituto de la manuscrita (50).

La concepción dogmática del documento, que supera la exigencia del soporte escrito, parte de la triple consideración del documento como 1.º) objeto representativo de un hecho de interés para el proceso; 2.º) objeto comprensivo de una unidad de información, y 3.º) objeto de naturaleza mueble.

1. Objeto representativo de un hecho de interés para el proceso

Esta premisa, elaborada por CARNELUTTI y seguida por otros muchos autores, permite acentuar la razón de ser y utilidad del documento en detrimento del soporte papel y la grafía escrita. A ello aun cabría añadir que ese carácter representativo atribuido al documento permite la exteriorización de un pensamiento querido y con voluntad que tal exteriorización se perpetúe en el tiempo.

Con ello se recogen las funciones del documento como: a) expresión de un pensamiento del autor (función de garantía), pues el documento puede ser atribuido a la persona de un autor; b) expresión que se perpetúa en el tiempo (función de perpetuación), pues a través de un soporte apto permite que perpetúen actos, hechos y declaraciones de voluntad; c) expresión de interés para el proceso (función probatoria), puesto que a través del documento se puede acreditar un acto, hecho o negocio jurídico y una vez creado, y caso de ser aportado al proceso, permite dejar constancia de cuáles eran los actos, hechos documentados o las relaciones jurídicas entre las partes.

El documento escrito y el documento electrónico participan del carácter de objeto representativo de un hecho de interés para el proceso, pues en la génesis de ambos interviene una persona humana (un autor) que desea plasmar un acto, hecho o una declaración de voluntad. Se ha objetado que en las pruebas electrónicas no puede conocerse el contenido sino es a través de un aparato (ordenador) y que, a diferencia del documento escrito, es necesaria una actividad de práctica de prueba (51), pero ni la necesidad de un aparato ni de una actividad de reproducción desvirtúan el carácter representativo de las pruebas electrónicas, sino que singularizan su práctica.

2. Objeto representativo de una unidad de información

Esta premisa atiende a la finalidad del documento como instrumento de comunicación entre personas o, cuando menos, como sistema de almacenamiento de datos. Con ello se desplaza la noción del documento del soporte papel para

incidir en el requisito de la transmisibilidad de la información.

El art. 3 RD 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, establece que «a los efectos del presente Real Decreto, se entiende por [...] d) Documento: entidad identificada y estructurada que contiene texto, gráficos, sonidos, imágenes o cualquier otra clase de información que pueda ser almacenada, editada, extraída e intercambiada entre sistemas de tratamiento de la información o usuarios como una unidad diferenciada».

El documento escrito y el documento electrónico participan del carácter de objeto comprensivo de una unidad de información. Esta información puede plasmarse a través de signos convencionales y fácilmente asimilables por su destinatario (documento escrito) o puede plasmarse a través de «mensajes de datos», ya sea en su forma denominada «texto en claro», es decir, legible o entendible, ya sea en su forma encriptada, es decir, con posibilidad de ser leído y entendido a través de un procedimiento tecnológico normalizado (documento electrónico).

3. Objeto de naturaleza mueble

El documento es fácilmente transportable de un lugar a otro, siendo la movilidad una nota característica común al documento escrito y al documento electrónico, pues cualquiera que sea su soporte, por lo general, es susceptible de ser traído a presencia judicial.

El documento escrito y el documento electrónico son fácilmente transportables y trasladables de un lugar a otro ya sea mediante un soporte papel (documento escrito) ya sea mediante un dispositivo de almacenamiento de información o mediante su transformación en un documento escrito de formato papel (documento electrónico).

La definición expuesta se asienta sobre la base de considerar que la función del documento es la de incorporar una información con finalidad probatoria, prescindiendo del carácter de la información —escrita, gráfica, audiovisual— y del soporte que la contiene —papel, audiovisual o electrónico (52)—, aun cuando se recoge en soporte fácilmente transportable. Por el contrario, se destaca que ese soporte —cualquiera que sea— debe tener la característica de ser duradero en el tiempo, pues solamente un soporte de tal naturaleza permite el almacenamiento de la información para que ésta pueda ser editada, extraída e intercambiada. Igualmente la noción ofrecida pone el acento en la nota del

almacenamiento con eventual intercambio de información entre personas.

V. PERSPECTIVAS DE LEGE FERENDA

La regulación del documento puede contemplarse desde una triple perspectiva. Una primera posición parte del concepto de documento escrito, reconduciendo las restantes expresiones de un pensamiento sin escritura a objetos que no tienen la consideración legal de documento y que deben introducirse en el proceso a través de la prueba pericial o la prueba de reconocimiento judicial. Ha sido la posición dominante durante la vigencia de la LEC 1881.

Esta posición ofrece la ventaja de permitir un concepto «cerrado» de documento, aun cuando puede ser un concepto de utilidad muy reducida, limitada a un número de fuentes de prueba concretas, y que deja sin resolver los interrogantes derivados de la aparición de documentos electrónicos, los cuales deberían ser objeto de definición y regulación en leyes extraprocesales. Además, siendo la LEC supletoria de otros órdenes jurisdiccionales, pudiera ser, como así ha sucedido en el CP 1995, que fuera necesario definir la noción de documento en otros ámbitos jurídicos.

A esta concepción del documento, basada exclusivamente en la escritura, se han dirigido dos objeciones. Primera, el considerar que el documento no escrito está expuesto a mayores posibilidades de adulteración que el documento escrito, lo cual no ha sido verificado experimentalmente. Y segunda, el estimar necesaria la práctica de un reconocimiento judicial y, en su caso, de una prueba pericial, para el examen del documento no escrito, con olvido de que también el documento escrito debe ser examinado por el Juez, y de ser negada su autenticidad debe ser objeto de una prueba pericial caligráfica (53).

Una segunda posición consiste en definir un concepto de documento que presuponga la escritura pero regular simultáneamente la prueba electrónica o, por emplear la terminología de la LEC, la prueba por «medios e instrumentos» (arts. 299.2 LEC y 328 a 384 LEC). Es la opción escogida por la LEC 2000.

Desde esta posición se regula el documento escrito y no se ignoran las expresiones no escritas del pensamiento que se introducen a través de la prueba por instrumentos o reproductiva, cuyo régimen jurídico, en lo sustancial, se asimila a la prueba documental. Ofrece el inconveniente de que el concepto de «instrumento» puede resultar excesivamente ambiguo y de que el régimen ju-

rídico de la prueba por instrumentos sea demasiado genérico, lo cual tampoco evita la proliferación de una legislación extraprocesal.

Una tercera posición consiste en reformular el concepto de documento, en el sentido apuntado, dando cabida dentro de esta noción a todo objeto representativo de un hecho de interés para el proceso, fácilmente transportable, y que contenga una unidad de informa-

ción, cualquiera que sea el soporte —papel, audiovisual o informático— y la expresión —escrita, sonora o visual— de dicha información.

Esta posición ofrece la ventaja de una noción omnicompreensiva de documento, en la que tendrían cabida las formas tradiciones y clásicas —léase, escritas— de expresión de un pensamiento humano y también las formas más recientes —esto es, no escritas, sino a través de imágenes,

sonidos o datos—, resultando necesario introducir en la regulación legal aquellas particularidades que son propias del documento no escrito —audiovisual, sonoro o electrónico—. Como se ha escrito acertadamente «se hace necesario un concepto actual de documento que aglutine todas sus formas como medio de acreditación en juicio y en el tráfico jurídico» (54).

Aun cuando un concepto amplio de documento probablemente no evi-

taría la existencia de una legislación extraprocesal —y sería necesaria, por citar un ejemplo, una ley sobre la firma electrónica— es de esperar que, cuando menos, el régimen jurídico del documento electrónico —en cuanto a su aportación, impugnación, verificación y valoración— podría ser objeto de un tratamiento procesal unitario en la Ley Procesal Civil y en la sección de la prueba documental, a modo de subsección. ■

NOTAS

(1) *La expresión, gráfica y certera, es de MONTERO AROCA, J., La prueba en el proceso civil, 5.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, pág. 288.*

(2) MUÑOZ SABATÉ, LL., *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso, 4.ª ed., Ed. Praxis, Barcelona, pág. 407.*

(3) GUASP, J. y ARAGONESES, J., *Derecho Procesal Civil, t. I, 7.ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 446.*

(4) GUASP, J., *La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales, en Estudios Jurídicos», 1.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs.420 y 421.*

(5) GÓMEZ ORBANEJA, E. (con HERCE QUEMADA, V.), *Derecho Procesal Civil, vol. 1.º, 8.ª ed., Madrid, 1976, pág. 339.*

(6) DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial, t. II, 5.ª ed., Ed. Víctor P. de Zavalía, pág. 488.*

(7) PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil, 5.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1989, pág. 166.*

(8) CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Derecho Procesal Civil, 4.ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2001, pág. 291.*

(9) CARNELUTTI, F., *La prueba civil (traducc. Alcalá-Zamora y Castillo), 2.ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, págs. 156 y ss.*

(10) DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría de la prueba judicial, t. 2, 5.ª ed, 1981, pág. 486, para quien «documento es toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera».*

(11) SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La prueba documental, en «Instituciones del nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», vol. II, ALONSO-CUEVILLAS, J. (coord.), Ed. Dijusa, Barcelona, 2000, pág. 236, para quien documento «todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso».*

(12) RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil, t. I, Ed. Atelier, Barcelona, 2008, pág. 742.*

(13) MONTÓN REDONDO, A., *Medios de reproducción de la imagen y del sonido, en «La prueba», MONTERO AROCA, J. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VII/2000, CGPJ, Madrid, 2000, pág. 178.*

(14) CERVELLÓ GRANDE, J. M.ª y FERNÁNDEZ, I., «La prueba y el documento electrónico», en *Derecho de Internet, MATEU DE ROS, R. y CENDOVA MÉNDEZ DE VIGO, J. M. (dirs.), Aranzadi, Navarra, 2000, pág. 386, analizan la evolución del término documento en la jurisprudencia.*

(15) CARNELUTTI, F., *La prueba civil (traducc. Alcalá-Zamora y Castillo), 2.ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.*

(16) ELÍAS BATURONES, J. J., *La jurisprudencia ante el documento electrónico (o en soporte no escrito). Su aceptación como prueba documental, en rev. Tapia, octubre-noviembre 1996, pág. 69.*

(17) STS, Sala 1.ª, de 30 de noviembre de 1981, cdo. 2.º (LA LEY 12998-JF/0000).

(18) MONTERO AROCA, J., «Las cintas magnetofónicas como fuentes de prueba», en *Trabajos de Derecho Procesal, Barcelona, 1988, pág. 333.*

(19) SANCHÍS CRESPO, C. y CHAVELI DONET, E. A., *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000 (Doctrina, jurisprudencia y formularios), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 60.*

(20) STS, Sala 1.ª, de 30 de noviembre de 1992, FJ 1.º (LA LEY 12873/1992).

(21) STS, Sala 2.ª, de 19 de abril de 1991, FJ 4.º (LA LEY 10197/1991).

(22) STS, Sala 1.ª, de 3 de julio de 1989, FJ 3.º.

(23) STS, Sala 4.ª, de 3 de noviembre de 1997, FJ 10.ª (Rec. 3993/1996).

(24) STS, Sala 2.ª, de 2 de diciembre de 2000, FJ 2.º (LA LEY 1363/2001).

(25) STS, Sala 2.ª, de 4 de noviembre de 2009, FJ 2.º (LA LEY 226669/2009).

(26) SANCHÍS CRESPO, C. y CHAVELI DONAT, E. A., *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 64.*

(27) *La cursiva es nuestra para resaltar la distinción legal entre los documentos, por una parte, y los otros escritos y objetos, por otra parte.*

(28) STS, Sala 1.ª, de 10 de noviembre de 2003, FJ 2.º (LA LEY 10965/2004), la cual cita, a su vez, las SSTs de 5 de julio de 1974, de 24 de octubre de 1976, de 26 de abril de 1985, de 10 de julio de 1991 (LA LEY 8058/1991) y de 5 de julio de 1995 (LA LEY 14602/1995).

(29) STS, Sala 1.ª, de 10 de diciembre de 1996, FJ 4.º (LA LEY 479/1997), la cual, a su vez, cita las SSTs de 3 de abril de 1954, de 2 de julio y de 9 de diciembre de 1960.

(30) MONTÓN REDONDO, A., «Medios de reproducción de la imagen y del sonido», en *La prueba, MONTERO AROCA, J. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VII/2000, CGPJ, Madrid, 2000, pág. 177, afirma que los medios de reproducción «se introducen y regulan como medios independientes, incluso alejados de los demás en su tratamiento específico: núm. 1 del art. 299, los primeros; número 2 de mismo artículo, los segundos,*

encabezándose con el adverbio «también», como diciéndonos: junto a estos medios de prueba, que son los de siempre, los buenos, los auténticos, hay otros, como con cierto aire de subsidiariedad».

(31) MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil, ob. cit., págs. 292 y 293.*

(32) Art. 326.3.º LEC (apartado añadido por la L 59/2003, de 19 de diciembre): «Cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo pida o se impugne su autenticidad, se procederá con arreglo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica».

(33) MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil, ob. cit., pág. 293.*

(34) GUZMÁN FLUJA, V., *Comentario al art. 264 LEC, en «El Proceso Civil», vol. III, Escribano Mora, F. (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 2.083.*

(35) MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil, ob. cit., pág. 293.*

(36) CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *Omissiones y recelos del legislador ante los medios de prueba tecnológicos, rev. LA LEY, t. 5, 2004, pág. 1.703.*

(37) NIEVA FENOLL, J., *La prueba en documento multimedia, en «Jurisdicción y proceso», ed. Marcial Pons, 2009, pág. 305.*

(38) LORCA NAVARRETE, A. M.ª, *Crítica al concepto legal de documento, como «extremadamente clásico y tradicional» (Tratado de Derecho Procesal Civil, Madrid, 2000, pág. 672).*

(39) *Vide per omnia SERRA DOMÍNGUEZ, M., La prueba documental, en «Estudios de Derecho Probatorio», Ed. Communitas, Lima, 2009, pág. 212.*

(40) SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Comentario art. 1215 CC», en *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», 2.ª ed., tomo XVI, vol. 2, Albaladejo, M. (dir), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, pág. 106.*

(41) MONTÓN REDONDO, A., *Medios de reproducción de la imagen y del sonido, ob. cit., pág. 178.*

(42) ORMÁZABAL SÁNCHEZ, G., «¿Avanzan en paralelo la tecnología y la legislación en materia de firma electrónica? Reflexiones en torno a la eficacia probatoria de la firma electrónica en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre», en *Revista Jurídica de Catalunya, núm. 3, 2006, pág. 162.*

(43) ORMÁZABAL SÁNCHEZ, G., «¿Avanzan en paralelo...?», ob. cit.,

(44) *En este sentido también, NIEVA FENOLL, J., La prueba en documento multimedia..., ob. cit., pág. 452; y CRUZ RIVERO, D., Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica, Ed. Marcial Pons, 2006, pág. 82.*

(45) Art. 25.2 Reglamento IVA: «La repercusión del impuesto deberá

efectuarse mediante factura o documento análogo, que podrá emitirse por vía telemática, en las condiciones y con los requisitos que se determinen reglamentariamente».

(46) Art. 230 LOPJ: «Los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos, y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, y demás leyes que resulten de aplicación».

(47) Art. 26 CP. «Se considera documento, a los efectos del proceso, todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica».

(48) *No menor relevancia hay que otorgar a la función de la jurisprudencia, una vez promulgado ya el art. 26 del Código Penal. Es ilustrativa al respecto la STS, Sala 2.ª, de 22 de enero de 1998, que en la parte que interesa afirma: «hoy en día, empero, la pretendida fiabilidad del papel ha desaparecido y todos los documentos son igualmente vulnerables, por lo que ese pretendido requisito [en referencia al soporte papel] no puede ser conditio sine qua non, para dejar de admitir lo que es uso común en el tráfico jurídico».*

(49) Art. 45.5 LRJAP: «Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías o requisitos exigidos por éstas u otras leyes».

(50) SANCHÍS CRESPO, C. y CHAVELI DONET, E. A., *La prueba por medios audiovisuales..., ob. cit., págs. 67 y ss.*

(51) MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil, ob. cit., pág. 503.*

(52) *La abstracción con respecto al tipo de soporte y la necesidad de prescindir en esta materia de la distinción entre el documento y el soporte, ha llevado a NIEVA FENOLL a afirmar, en gráfica expresión, que «el papel es tan soporte de la tinta como un CD es soporte de los datos que después lee el láser» (en La prueba en documento multimedia, ob. cit., pág. 313.*

(53) SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Prueba documental», en *Estudios de Derecho Probatorio, ob. cit., pág. 214.*

(54) MORENO NAVARRETE, M. A., *La prueba documental. Estudio histórico-jurídico y dogmático, Ed. Marcial Pons, 2001, pág. 22.*



Práctica Forense

La evidencia en la prueba contable y económica

LA LEY 12797/2011

La evidencia en la prueba contable y económica

José C. BALAGUÉ DOMÉNECH

Economista. Auditor de cuenta. Perito judicial

El autor estudia la evidencia probatoria que necesariamente deben obtener los peritos judiciales en la práctica de pruebas periciales económicas y contables, valiéndose para ello de la metodología utilizada por los auditores de cuentas para la obtención de evidencia necesaria y suficiente, relativa y absoluta, calificable esta última como evidencia legal.

I. INTRODUCCIÓN

No existe regulación legal para la práctica de la prueba pericial contable y económica. La metodología en la probatoria económica y contable es escasa (1). En la inexistencia de normativa metodológica en la obtención de evidencia, concretamente en la probatoria judicial económica y contable, el perito ha de utilizar la metodología de la auditoría de cuentas. En estas líneas se expone la metodología precisa para la obtención de la necesaria evidencia. Por ello, todo cuanto en ella se refiere al auditor de cuentas procede hacerse extensivo a economistas y titulados mercantiles no auditores en funciones de perito judicial, únicos autorizados para la práctica de la referida prueba.

II. EVIDENCIA PROBATORIA. EVIDENCIA NECESARIA Y SUFICIENTE

Audidores, economistas y titulados mercantiles y empresariales no auditores, en funciones de perito judicial, deben utilizar una metodología que les

permita obtener *evidencia suficiente* respecto del asunto objeto de la pericia. La *suficiencia* de la *evidencia* se obtiene partiendo de una primera fase o etapa en la que sólo se dispone de *evidencia necesaria* que habrá de ser completada en una segunda fase o etapa en la que se obtiene *evidencia suficiente*; entonces y sólo entonces se tendrá la certeza de la inexistencia de sesgo en el resultado del trabajo desarrollado.

A los solos efectos didácticos y sin que ello tenga relación alguna con la obtención de la evidencia, el recurso a las matemáticas permite apreciar la diferencia entre *necesario* y *suficiente*. Los economistas y los titulados mercantiles sabrán enseguida a qué se está aquí refiriendo. Recuérdense las condiciones para que una función $y = f(x)$ se halle en un máximo o en un mínimo. La primera condición para ambos casos es que la primera derivada de la función sea nula $y' = f'(x) = 0$ —condición *necesaria*— la segunda condición —condición *suficiente*— es que, dada la primera, la segunda derivada sea negativa $-f''(x) < 0$ —, en caso de un máximo, o positiva $-f''(x) > 0$ —, en caso de un mínimo.

La STC 54/1989, de 23 de febrero, observa que entre las garantías del art. 24 de la Constitución, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, «... se incluye sin duda la de que las decisiones judiciales que resuelven el fondo del asunto contengan los hechos en que se basa la decisión y que esos hechos hayan sido objeto de *prueba suficiente*...» supone un reconocimiento sobre lo expuesto respecto a la necesidad de disponer de *evidencia suficiente*.

III. NORMAS ESPAÑOLAS DE AUDITORÍA RELATIVAS A LA EVIDENCIA

Siendo las normas de auditoría las únicas que tratan de la *evidencia*, son a tales normas las que deben ajustarse los peritos judiciales en la práctica probatoria contable y económica.

Una norma de auditoría [Norma técnica de auditoría (Nta.) 3.ª, 2.5.1.] dispone que el auditor debe obtener *evidencia suficiente* previa al acto de emitir su opinión, evidencia que habrá de alcanzar con la aplicación y evaluación de pruebas selectivas.

En las actuaciones periciales el perito, tanto si actúa en calidad de auditor o lo hace en calidad de economista o titular mercantil, según sea el nombramiento, el juicio en cuanto a la obtención de *evidencia* no ha de ser distinto. Esto se halla dentro de la lógica de la ética profesional, ya que no sería ético que un auditor de cuentas que fuera además economista o titulado mercantil, ajustara su actuación a las normas de auditoría cuando el nombramiento hubiera sido en calidad de auditor y no se ajustara a ellas si lo fuera por otra de las dos referidas titulaciones poseídas.

Según la aludida norma, la *naturaleza de la evidencia* viene dada por todos aquellos hechos susceptibles de ser probados por el auditor en relación a los estados financieros y los libros y registros contables que los soportan. En tal sentido la *evidencia* que el auditor precisa sobre datos y cifras han de haber sido y estar debidamente soportados en tiempo, forma y contenido por los hechos económicos (Nta. 3.ª, 2.5.2., 2.5.3.).

El auditor adquiere *evidencia necesaria* a través de pruebas de auditoría y tests a su juicio necesarios, según las circunstancias de cada caso (Nta. 3.ª, 2.5.4.). Para obtenerla, el auditor deberá guiarse por los criterios de importancia relativa y riesgo probable.

Pero el auditor, generalmente, no pretende obtener una *evidencia absoluta*; le basta con una *evidencia sólo relativa*. El grado de *evidencia* precisa determinar en cada caso, a su juicio, las pruebas y procedimientos a aplicar para la obtención de la que considera *evidencia suficiente* (Nta. 3.ª, 2.5.5.).

El riesgo probable se refiere a la posibilidad de error que puede representar la carencia o deficiencia de ciertas partes de la evidencia, dada la naturaleza de la partida que se pretende comprobar.

Se entiende por *suficiencia de evidencia* la que al auditor le es preciso obtener a través de pruebas selectivas y tests para llegar a conclusiones razonables sobre los documentos que le son sometidos a examen (Nta. 3.ª, 2.5.6.).

La *suficiencia de evidencia* tiene el alcance de obtener una base de juicio razonable sobre las cifras y datos contenidos en los estados financieros, en particular, y en las documentaciones examinadas, en general, que permitan expresar una opinión respecto a ellos.

En la probatoria contable y económica con fines judiciales, no suele ser *suficiente* una *evidencia relativa* de los hechos a probar. Las especiales circunstancias de la pericia requieren obtener *evidencia absoluta* de los hechos. Es necesario comprobar de modo fehaciente las afirmaciones o negaciones de los hechos que se le imputan al querrelado o denunciado o que aduce el demandante contra el demandado o éste respecto a aquél en la contestación a la demanda.

El dictamen basado en una *evidencia relativa*, en tanto que incompleta, podría dejar sin castigo al autor del delito.

Un ejemplo ilustrará las anteriores afirmaciones.

Una prueba pericial contable realizada sobre doscientos cheques bancarios de cuya

FE DE ERRATAS DEL NÚMERO 4 (de 8 de febrero de 2011)

En el artículo de la página 16, Práctica Forense, escrito por el Arquitecto, Víctor Fanlo Punter, existieron dos errores, que son los siguientes:

- Página 18, apartado D) punto 2, donde se publica: Un dictamen es un informe *más que* una opinión, objetiva, justificada, motivada y explicada, debería de haber dicho: *Un Dictamen es un informe más una opinión, objetiva, justificada, motivada y explicada.*
- Y los 13 últimos párrafos del artículo fueron añadidos sin consentimiento del autor en el artículo, no habiendo sido redactados por él. El artículo del Sr. Fanlo concluye en el párrafo que dice «Las reflexiones que hemos expuesto son fruto de la experiencia y el estudio sobre esta parte de la formación del arquitecto perito, habiendo introducido parcialmente escritos y comentarios de nuestro querido compañero, Sr. D. Agustín Borrel i Calonge».

apropiación se le imputa a un contable, de los cuales el perito ha obtenido *evidencia relativa* al comprobar la falsedad de la imputación de cien de los referidos cheques, *evidencia relativa* basada en el empleo de métodos estadísticos normalmente utilizados por los auditores, es, evidentemente, incorrecta si se tiene en cuenta que los otros cien cheques pudieran ser el objeto material del delito. El dictamen pericial sobre el montante de la apropiación de los cheques obliga a la obtención de *evidencia absoluta*.

Según lo expuesto, la metodología de la probatoria contable y económica basada en la que regula la práctica de la auditoría exige la obtención de un grado de *evidencia absoluta*. Según esto, el dictamen o informe a emitir en el que el perito deja expuesto el resultado de la pericia debe ser *en términos de exactitud, no de razonabilidad*. Ello obliga a la revisión y verificación de la totalidad de los documentos y elementos de prueba aportados a los autos así como cuantos otros se deduzcan de la contabilidad de las partes, de haberla, o de otras documentaciones no aportadas a los autos y de las que dispongan aquéllas y tengan relación directa con el objeto del pleito, de la querrela o denuncia.

En litigios en los que la determinación de la tasa de interés resulte esencial, cuando sea éste el interés de las partes, el perito debe obtener *suficiencia* en la *evidencia* respecto de la tasa hallada. La *evidencia necesaria* se obtiene a través de la determinación de la tasa de interés, calculada en la forma dispuesta por la matemática financiera, mientras que la *evidencia suficiente* se deduce haciendo un «bucle» y verificando que con la tasa hallada se obtiene el importe total pagado, suma del capital más los intereses y la cuota periódica que sirvieron de base para calcular dicha tasa.

Sin embargo, la actuación del perito en una prueba pericial más amplia o menos concreta sí permitirá utilizar métodos y procedimientos convencionales de auditoría, cuales las pruebas selectivas y los tests (de razonabilidad, de verificación, de transacciones). En tales casos, la obtención de *evidencia* habrá de ponderarla el perito en razón a la opinión que haya de emitir en el dictamen. Así, en una opinión general sobre la contabilidad y su grado de fiabilidad, será suficiente la obtención de *evidencia relativa*; la suficiente para conocer y cerciorarse de que la contabilidad presenta todos los visos de veracidad requeridos o, contrariamente, es de nula fiabilidad.

Finalmente el perito habrá de tener muy en cuenta que la inexistencia total o parcial de pruebas (documentos, registros, libros, etc.) no significa en absoluto la inexistencia de *evidencia*, siempre que

dicha *evidencia* pueda obtenerse por otros medios. Esto puede establecerse en el siguiente postulado:

La *evidencia* de ausencia (de pruebas) no supone ausencia de *evidencia*.

IV. NORMAS INTERNACIONALES SOBRE FORMACIÓN DE LA EVIDENCIA (2)

Las normas internacionales de auditoría coincidentes con las españolas disponen que los medios por los que el auditor llega a obtener una *evidencia suficiente y competente* son mediante inspección, observación, investigaciones y confirmaciones de movimientos y saldos, lo que le permite formular una opinión objetiva respecto de los estados financieros sometidos a examen. La medida de la validez de la *evidencia* se basa precisamente en el juicio del auditor a este respecto.

1. Naturaleza de la evidencia

La *evidencia* respecto a la veracidad de la contabilidad y de los estados financieros está soportada por la información contable en ellos reflejada y por las documentaciones que la corroboran, todo ello es el material disponible para el auditor cuyo examen habrá de permitirle adquirir *evidencia necesaria y suficiente*.

Los libros y registros de contables, los manuales de procedimientos de contabilidad; las documentaciones contables: recibos, facturas, efectos, justificante de cobros y pagos, notas de cargo y de abono, notas de contabilizaciones, hojas de conciliaciones, constituyen el material en que el auditor basa la *evidencia*. Los asientos y apuntes de la contabilidad por sí mismos no pueden considerarse suficientes; análogamente, sin la corrección y exactitud registrada en cuentas, bajo principios de contabilidad generalmente aceptados no puede justificarse la objetividad de una opinión sobre los estados financieros. El proceso comprobatorio incluye cualquier otra información que el auditor pueda obtener por medio de su investigación, observación, inspección y examen físico y cualesquiera otros medios de información descubiertos o disponibles que le permitan llegar a conclusiones a través de un razonamiento lógico.

Para la obtención de la *evidencia* el auditor, con la cooperación del personal auxiliar de su confianza, debe comprobar la información contable que considere fundamental, sometiéndola a un proceso de revisión y análisis, comprobando las fases y etapas seguidas en el proceso contable, advirtiendo hasta qué punto ha sido observado el procedimiento, revisando cálculos y conciliando cifras y

Disfrute de MÁS tiempo libre



DictaLaw®



El primer y único sistema integrado de reconocimiento de voz para juristas

¿Utiliza más de 3 horas al día el teclado para hacer escritos, redactar demandas, contestar *e-mails*...?

¿Le gustaría tener un sistema que le permitiera eliminar el 66% del tiempo que diariamente está utilizando el teclado?

¿Apostaría a multiplicar por cuatro su productividad?

Si ha respondido SÍ a todas las preguntas, entre hoy mismo en www.dictalaw.es y sorpréndase tanto como quien ya lo está utilizando en su despacho

DictaLaw®.

Dígalo por escrito.

Usted habla y el ordenador lo transcribe todo



LA LEY

grupo Wolters Kluwer





valores mediante verificaciones cruzadas relacionados con las aplicaciones de la información obtenida. En un sistema contable correctamente estructurado y escrupulosamente desarrollado se da una integridad interna comprobable por un sistema de interrelaciones que el auditor habrá de verificar a través de la metodología de auditoría, todo lo cual le persuade de la veracidad de los hechos registrados que le conducen directamente a la obtención de la *evidencia* buscada, persuadido y convencido de que los estados financieros sometidos presentan fielmente la situación económica, financiera y patrimonial de la entidad auditada así como los resultados de las operaciones, todo ello de conformidad con principios de contabilidad de general aceptación.

Los activos de la firma (inmovilizados: inmuebles, fincas, maquinaria, etc.; existencias; producciones en proceso; etc.) son puestos a la disposición del auditor para su inspección.

El auditor está asimismo facultado para observar las actividades del personal de la firma, viendo cómo se desarrollan. En base a condiciones de modo, tiempo y lugar, conforme las observa, como por ejemplo, las condiciones de control interno, puede llegar, razonablemente, a conclusiones con respecto a la corrección de las declaraciones incluidas en los estados financieros.

2. Competencia de la evidencia

La *evidencia* para ser *competente* debe ser tanto válida como apropiada. La validez de la *evidencia* depende en grado tal de las circunstancias en las que se obtiene que las generalizaciones acerca de la confiabilidad de los diversos tipos de *evidencia*

están supeditados a excepciones importantes. Reconocida la posibilidad de la existencia de excepciones de importancia, las siguientes presunciones, no excluyentes, configuran la validez de la *evidencia*:

1. Cuando la *evidencia* se obtiene o puede obtenerse de fuentes independientes fuera de la entidad auditada proporciona una confianza mayor a los fines de la auditoría que se está realizando que cuando se obtiene únicamente dentro de la firma.

2. Cuando la contabilidad y los estados financieros se preparan en condiciones satisfactorias de control interno, hay más seguridad en cuanto a su confiabilidad que cuando se preparan en condiciones no satisfactorias de control interno.

3. El conocimiento directo que el auditor obtiene a través del examen físico, la observación, el cálculo y la inspección son más persuasivos que la información que obtiene de modo indirecto.

El auditor debe ser escrupuloso en la búsqueda de la *evidencia* y objetivo en su evaluación. Al seleccionar los procedimientos para obtener la *evidencia competente* debe reconocer la posibilidad de que los estados financieros puedan no estar presentados razonablemente de conformidad con principios de contabilidad generalmente aceptados. En el proceso de formar su opinión el auditor debe tener en consideración la *evidencia* pertinente, aun cuando parezca apoyar o contradecir las declaraciones contenidas en los estados financieros.

3. Suficiencia de la evidencia

La importancia, considerada aquí en su

autor de la monografía, *La prueba pericial contable en las jurisdicciones civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, 2.^a Parte. Metodología.

acepción cuantitativa, y el tipo de *evidencia* que se requiere para apoyar una opinión, son aspectos que el auditor debe determinar según su juicio profesional, después de un escrupuloso análisis de las circunstancias del caso de que se trate. Para formar su juicio que le permita tomar una decisión al respecto el auditor debe tener en cuenta:

1. Naturaleza de la información (asiento, apunte, documentación) que examina.

2. Naturaleza e importancia cualitativa y cuantitativa de las posibles irregularidades y errores.

3. Grado de riesgo que entraña, dependiente de lo adecuado del control interno y de la susceptibilidad a la conversión, manipulación o mala presentación de la información en cuestión.

4. Clase y competencia de la *evidencia* disponible.

La *evidencia será suficiente* cuando ya sea por los resultados de una sola prueba o por la concurrencia de varias pruebas diferentes, se ha obtenido en la cantidad indispensable para que el auditor llegue a la convicción de que los hechos que está tratando de probar dentro de un universo y los criterios cuya corrección está juzgando, han quedado satisfactoriamente comprobados.

El objetivo del auditor es obtener *evidencia suficiente y competente* que le proporcione una base razonable para formarse una opinión de acuerdo con las circunstancias. En la mayoría de los casos, el auditor considerará que es necesario basarse en una *evidencia* persuasiva más convincente.

La *evidencia es competente* cuando se refiere a hechos, circunstancias o criterios que realmente tienen relevancia cualitativa dentro de lo examinado y las pruebas realizadas son válidas y apropiadas.

La unión de estos dos elementos: *evidencia suficiente* (característica cuantitativa) y *evidencia competente* (característica cualitativa) proporciona al auditor la convicción necesaria para tener una base objetiva en su examen.

Cuando el auditor queda con una duda sustancial con respecto a una aseveración importante debe abstenerse de formular una opinión hasta que haya obtenido *evidencia suficiente y competente* que le permita eliminar la duda o bien

está obligado a expresar en su informe una opinión con salvedades o una abstención de opinión. De igual modo, cuando el perito no hubiera podido obtener ambas clases de *evidencia*, quedándole dudas respecto a cuestiones importantes de la pericia, en tanto que limitaciones al alcance de la prueba, debe hacerlo constar en el dictamen o informe que emita.

Resumiendo, mediante los procedimientos de auditoría el auditor debe obtener *evidencia suficiente y competente* en el grado requerido para obtener una base objetiva para la emisión de su opinión.

V. NORMAS INTERNACIONALES DE AUDITORÍA DE LA IFAC (INTERNATIONAL FEDERATION OF ACCOUNTANTS)

Las Normas internacionales de auditoría (Nias) de la IFAC son de aplicación a la auditoría de los estados financieros, siendo también de aplicación en cuanto sea conveniente a otros trabajos de verificación y revisión contable que no constituyan propiamente auditoría de cuentas, dentro de los que se incluyen las actuaciones periciales ausentes de normas específicas. Hasta tanto no han sido adaptadas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) y publicadas en el BOICAC estas normas no son de aplicación en España (3).

La Nia 500 de la IFAC se refiere a la *evidencia* en auditoría. Se compone de una Introducción a la norma y dos apartados: *Evidencia* de auditoría *suficiente* y adecuada y Procedimientos de obtención de la *evidencia*. En esencia la Nia 500 no difiere en cuanto a la *naturaleza, competencia y suficiencia de la evidencia* de lo expuesto en 3.

Posteriormente a la emisión de la Nia 500, la IFAC emitió la Nia 501 por la que se disponen criterios adicionales a los contenidos en la Nia 500, referidos a determinadas partidas de los estados financieros e informaciones de ellos derivadas; concretamente: la *evidencia necesaria* en los inventarios de existencias, la relativa a las cuentas a cobrar, la conveniente a litigios y reclamaciones judiciales en curso, a la valoración de inversiones a largo plazo y su reflejo en los estados financieros y a la información de la cifra de negocios desagregada (información por segmentos la denominada). ■

NOTAS

(1) Respecto a la metodología de la pericial económica y contable ver el libro del

(2) Norma de EE.UU. SAS-1. Las normas SAS han sido traducidas íntegramente por el Instituto Mexicano de Contadores Públicos en su compendio de normas.

(3) Se remite al lector interesado a la publicación del IAC/JCE «Normas internacionales de auditoría de la IFAC».



Práctica Forense

La declaración de menores

LA LEY 12799/2011

La declaración de menores y el programa de apoyo a la exploración judicial en Cataluña

José María HERNÁNDEZ LEDESMA

Psicólogo. Coordinador del Equipo de Asesoramiento Técnico Penal de Barcelona

La prueba testifical, pericial y exploración de un menor de corta o cortísima edad debe valorarse en función de: a) La edad y capacidad del menor; b) La situación personal y psicológica del mismo que cambia con el paso del tiempo y su desarrollo psicológico; c) El tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos, tanto hasta la primera declaración en instrucción, como hasta la declaración en el juicio oral; d) Las circunstancias familiares y sociales del menor que se modifican con el paso de los años; e) El modo en que se hace el interrogatorio.

La forma idónea de practicar la prueba pasa por evitar todo contacto directo entre menor e imputado, por parte de dos profesionales del equipo psicosocial y mediante la grabación de la declaración contradictoria en una fecha lo más temprana posible que evite victimizar al menor. La declaración debe desarrollarse ante el juez, fiscal, abogados, secretario judicial e incluso imputado si se cree necesario, pero sin que en ningún momento la víctima-testigo los vea, mediando el uso de espejos unidireccionales o el uso de videoconferencia.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado mes de enero de 2011 se celebró en Madrid el seminario sobre valoración de la prueba: prueba testifical, pericial y exploración de menores, organizado por el servicio de formación continua del Consejo General del Poder Judicial (1).

La cuarta sesión del seminario se dedicó a testigos menores de edad e incapaces, cuando sus manifestaciones se revelen como el único elemento de incriminación, o cuando se trate de menores de corta o cortísima edad y resulte preconstituida la prueba en los términos del art. 433.3 LECrim., revisando la legislación que asegura la protección del menor en el proceso penal (2).

A partir de aquí se abordaron una serie de cuestiones entre las que se debatió sobre la preconstitución de la prueba; resultando de interés las reflexiones realizadas acerca del valor probatorio de las declaraciones de menores de edad y el lugar y forma para la realización de la prueba.

En relación a lo primero, queda claro que no existe ningún impedimento para que un menor declare como testigo en el proceso penal, pero sí que hay que entender que existen múltiples factores que afectan al valor probatorio de esa declaración siendo los principales: a) La edad y capacidad del menor; b) La situación personal y psicológica del mismo que cambia con el paso del tiempo y su desarrollo psico-

lógico; c) El tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos, tanto hasta la primera declaración en instrucción, como hasta la declaración en el juicio oral; d) Las circunstancias familiares y sociales del menor que se modifican con el paso de los años; e) El modo en que se hace el interrogatorio.

Estos factores, que hemos destacado anteriormente, dan a la lectura del art. 448 (3), desde una perspectiva psicosocial que no jurídica, elementos de reflexión acerca de la capacidad «intelectual» para la declaración de menores de corta edad, y también algunos casos de adolescentes en los que el hecho pasó hace algunos años y el valor probatorio de su declaración en el juicio oral. Éste podría verse afectado por el tiempo transcurrido desde los hechos, las interferencias en el desarrollo de su personalidad por motivos externos (*tratamientos psicológicos, culpabilización de las repercusiones del hecho en el entorno cercano en caso de abusos intrafamiliares, significación sexual de hechos que carecían de la misma en el momento de producirse, dudas y miedos acerca del desarrollo psicosexual del menor adolescente testigo*) y el modo en que se realice el interrogatorio (*dificultades de comprensión durante el interrogatorio formal en el juicio oral: preguntas capciosas de las partes, aclaraciones que el menor no puede comprender o que pueden confundir, tiempo dedicado a la declaración del menor*).

Por este motivo creemos acertado recomendar en estos casos, siempre que se estime oportuno por el juez o magistrado, la prueba anticipada de la declaración del menor intentando mantener las garantías procesales, con la colaboración de profesionales, especializados en este tipo de declaraciones, al inicio de la instrucción, donde todos los factores anteriormente expuestos inciden en menor medida en la declaración que se aporta al proceso.

También se reflexionó en el seminario en torno al lugar donde debería practicarse, «entendiéndose por tal aquél que asegure: 1) que se evita todo contacto directo, señaladamente visual, entre el menor y el imputado; 2) que la prueba puede seguirse adecuadamente por todas las partes intervinientes (Juez Instructor, Ministerio Fiscal, Letrado de la Defensa, imputado...), y 3) que la prueba se lleva a cabo de manera contradictoria, de suerte que las partes presentes puedan intervenir de manera activa en su desarrollo, formulando preguntas o sugiriendo, al menos, las cuestiones sobre las que quieren que el menor declare. El problema es que *no se cuenta* en los Juzgados de Instrucción con medios

materiales adecuados para alcanzar estas finalidades».

II. EL PROGRAMA DE APOYO A LA EXPLORACIÓN JUDICIAL

Cuando se comete un crimen, lo primero que hacen los agentes de la Policía es acordonar la zona para preservar las huellas y otras pruebas para que éstas no puedan ser alteradas por elementos contaminantes (transferencias, pisadas, otras huellas o indicios de otras personas...).

Con la prueba de los abusos sexuales a menores, es decir la huella en la memoria que los hechos han dejado, y que normalmente suele ser la única que existe, se tendría que actuar de la misma manera: preservándola al máximo de cualquier elemento contaminante.

Desde la psicología del testimonio sabemos que los dos peores elementos contaminantes para el recuerdo de unos hechos son: *el paso del tiempo* que diluye, distorsiona y hace menos accesible el recuerdo y *el número de interrogatorios* realizados sobre los hechos ya que suelen introducir elementos sugestivos en sus preguntas que suelen lego almacenarse como falsas memorias mezcladas con las memorias genuinas. A estos factores cabe añadir el hecho de que cuanto menos edad tiene el testimonio, más actúan. Así niños de corta edad no podrán reproducir la *única prueba* de una forma genuina pasado cierto tiempo.

Para evitar los elementos altamente contaminantes de, en ocasiones, la única prueba en los abusos sexuales a menores, y fijar un relato lo más cercano al momento de los hechos, desde el año 1999 se viene implantando, en Catalunya, el Programa de Apoyo a la Exploración Judicial a menores. Este programa, aparte de los dos objetivos que se mencionan más abajo, persigue proporcionar a los Juzgados de Instrucción una fecha lo más temprana posible para la exploración a los menores y con una intervención por parte de técnicos especializados del Equipo de asesoramiento técnico penal con el objetivo de obtener, del menor testigo, un relato libre sin la introducción de preguntas sugestivas.

Esta metodología permite realizar, a posteriori, tantos informes periciales como se requiera a partir de la grabación del relato de los hechos y obtener una prueba preconstituida, con el máximo respeto a las garantías procesales, para el juicio oral y así poder analizar el relato-huella en el recuerdo menos contaminado y más genuino sin volver a victimizar al menor.

Este programa que se estructura de acuerdo a dos objetivos básicos:

a) Colaborar en la exploración judicial de víctimas-testigos especialmente vulnerables en función de sus condiciones personales y de los efectos del delito.

La intervención de profesionales con experiencia en la entrevista con menores, colaborando en la toma de la declaración judicial de la víctima-testigo, ayuda a facilitar la comunicación de la víctima, a la vez que se la apoya emocionalmente, posibilitando la disminución de los efectos traumáticos descritos

b) Facilitar la atención a la víctima-testigo, evitando la victimización secundaria, mejorando las condiciones de su exploración y evitando dobles intervenciones.

Recordar determinados sucesos pueden suponer para la víctima-testigo entrar en una situación de gran tensión, alteración emocional y bloqueo, además de lo que representa a nivel psicológico, que puede impedir de forma grave la manifestación de lo que le sucedió, y esto puede motivar la repetición de las exploraciones y de las declaraciones judiciales, agravando con ello las consecuencias del proceso.

La intervención de profesionales con experiencia en la entrevista con menores, colaborando en la toma de la declaración judicial de la víctima-testigo, ayuda a facilitar la comunicación de la víctima, a la vez que se la apoya emocionalmente, posibilitando la disminución de los efectos traumáticos antes descritos.

Para la práctica de este programa se habilitaron, en algunos partidos judiciales, instalaciones adecuadas con la infraestructura técnica necesaria para la práctica de este programa, siendo la Ciudad de la Justicia de Barcelona y Hospitalet la que reúne las mejores condiciones.

La exploración de la víctima-testigo se realiza ante el juez, fiscal, abogados, secretario judicial e incluso imputado si se cree necesario, pero sin que en ningún momento la víctima-testigo los vea. También, a criterio del juez, pueden estar presentes otras personas: padres o tutores del menor o persona incapaz, otros profesionales que in-

tervendrán posteriormente, cuerpos policiales, etc.

La entrevista de exploración judicial será realizada por dos profesionales. Uno de ellos llevará la iniciativa, pero es importante que sea asistido por el otro profesional, el cual interviene en el caso de que la víctima-testigo, por cualquier circunstancia, conecte emocionalmente mejor con este segundo, o que, delante de un bloqueo del explorado, el profesional que permanece en segundo plano pueda aportar una nueva línea de intervención. También éste podrá salir de la sala para recoger las preguntas que formulen las partes y que el juez crea conveniente formular al testigo.

Consideramos que son *imprescindibles dos psicólogos para llevar a cabo el posterior análisis de la credibilidad del testimonio*. Dado que es una técnica de análisis básicamente cualitativa es importante la concordancia de dos observadores ante la puntuación de un mismo indicador.

Para realizar la exploración hemos de hablar de dos circunstancias que determinarán el resultado de la misma: el lugar de la exploración y la forma de realizarla.

III. LUGAR DE LA EXPLORACIÓN

El lugar donde se realiza la exploración judicial es aquel que decida el juez.

1. Realización de la exploración en una sala con espejo unidireccional

El lugar más adecuado para realizar la exploración es en una sala con espejo unidireccional para que la víctima-testigo no se sienta observada. Por este motivo, se propondrá, siempre que se considere técnicamente adecuado, que la exploración se realice en una sala con estas características.

Lo adecuado, es que la exploración se haga con la presencia única de dos profesionales en la sala (que son observados por el juez y los demás profesionales a través del espejo unidireccional).

Antes de finalizar la exploración, el juez, a petición de las partes o a instancia propia, comunica a los profesionales aquellos aspectos que no se hayan tratado todavía en la entrevista

de exploración. La exploración será grabada en vídeo por la policía judicial. En la Ciudad de la Justicia de Barcelona se grava con el sistema ARCONTE.

2. Realización de la exploración sin espejo unidireccional, pero con medios audiovisuales

En este caso, ya sea en el juzgado o en una sala especial, se realiza la exploración de la víctima-testigo en una sala, se registra en vídeo y en otra sala se sigue en directo la exploración mediante un circuito de televisión. Se considera conveniente que, en la sala donde permanece la víctima-testigo, estén presentes el menor número de profesionales posibles. Antes de finalizar la exploración, las partes comunicarán aquellos aspectos que aún no se hayan preguntado a la víctima-testigo, y los psicólogos o trabajadores sociales la realizarán adecuadamente a aquélla.

3. En el mismo juzgado

En este caso, se solicita al juez una disposición física de las personas presentes en la exploración que minimice al máximo la ansiedad de la víctima-testigo con el objetivo de favorecer la comunicación.

La primera de estas opciones *tendrá que ser la preferente* puesto que protege mejor a la víctima-testigo, facilita la exploración, permite la obtención de una declaración filmada que puede ser apreciada directamente en el juicio oral, si así se acuerda, evitando nuevas declaraciones de la víctima-testigo.

IV. FORMAS DE REALIZACIÓN

El apoyo a la exploración judicial se podrá realizar principalmente de cuatro maneras, a decisión del juez o magistrado que haya propuesto la práctica de la exploración judicial:

1. *Que la exploración sea realizada por los psicólogos*. Los psicólogos la realizarán aplicando técnicas de entrevista científicamente contrastadas que faciliten el recuerdo objetivo del testigo. Así mismo, los psicólogos realizarán las preguntas de forma que se pueda aplicar el análisis de credibilidad de la declaración aportada por el testigo y poder contestar, en su caso, a la petición del juez de informe pericial sobre ese asunto.

2. *Que la exploración sea realizada por los trabajadores sociales*. Esta es la

forma de exploración judicial realizada mayoritariamente en los juzgados de Violencia sobre la Mujer de Barcelona. Los trabajadores sociales realizarán la exploración con los mismos criterios y técnicas que los psicólogos. Así mismo, los trabajadores sociales realizarán, al testigo, las preguntas que el juez o el fiscal consideren adecuadas para la instrucción de la causa.

3. *El Juez o Magistrado solicita que el profesional del equipo realice las preguntas*, que él mismo o las partes le entregarán por escrito.

4. Se contempla que el juez quiera realizar las preguntas *sin la intervención directa de los psicólogos o trabajadores sociales*. En este caso, el trabajo de los técnicos quedará limitado a proporcionar apoyo y contención emocional. Sólo colaboraría en algún momento de la exploración a demanda del juez. En este caso, estas funciones pueden ser realizadas por un único técnico.

Si por las características personales del testigo menor de edad o por la naturaleza del suceso se considerase insuficiente el tiempo empleado en la exploración, y por tanto, no finalizada, se sugerirá al juez el aplazamiento de la exploración para efectuar posteriormente una segunda sesión y así completar el testimonio del testigo en condiciones más favorables.

En todos los casos es importante que sea el explorado el que marque el tiempo de exploración y siempre se tiene que contemplar la posibilidad de hacer una pausa, si se precisa.

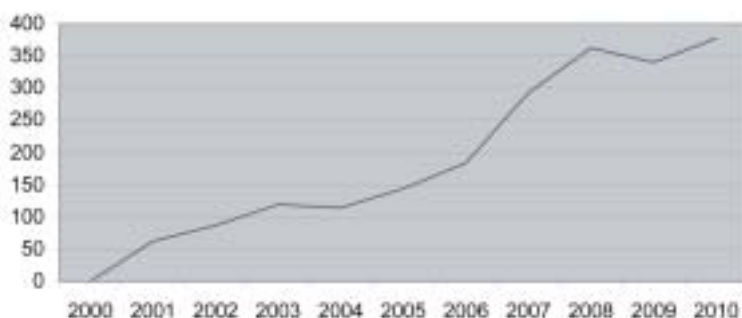
V. EL USO DE LA VIDEOCONFERENCIA EN EL PROGRAMA DE APOYO A LA EXPLORACIÓN JUDICIAL

La implantación general de aparatos de videoconferencia en todos los partidos judiciales de Catalunya ha propiciado que el Programa de Apoyo a la Exploración Judicial se lleve a cabo a través de este sistema cuando lo solicitan los juzgados de los partidos judiciales más alejados de las instalaciones con espejo unidireccional. En estos casos el menor y su representante legal son los únicos que se trasladan a las dependencias del equipo psicosocial y a través de la videoconferencia se realiza la exploración. En esta situación el menor no ve ni escucha lo que sucede en la sede judicial y las preguntas se trasladan a los profesionales, psicólogos y trabajadores sociales, por vía telefónica. Este sistema permite ahorrar des-

plazamientos de la comisión judicial y no necesita la instalación de salas con espejo unidireccional en todos los partidos judiciales.

Desde el año 2000 se han realizado con este sistema, en Cataluña, un total de 2.261 exploraciones judiciales, con la progresión que se puede ver en el cuadro.

Evolución del programa de apoyo a la exploración judicial



NOTAS

(1) Seminario sobre valoración de la prueba: prueba testifical, pericial y exploración de menores. Código: SE11005 Fechas: 26, 27 y 28 de enero de 2010. Coordinador: D. Jesús Barrientos Pacho. Presidente Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. Relatora: D.ª Carmen Delgado Echevarría. Magistrada del Juzgado de Instrucción nº 3 de Fuenlabrada. Ponente: D.ª Margarita Diges Junco. Catedrática de Psicología de la Memoria de la Universidad Autónoma de Madrid.

(2) LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores —nueva redacción de los arts. 433, 448 párrafo segundo, 707, párrafo segundo, y 731 bis LECrim.—, recomendaciones del Consejo de Europa aprobadas el 28 de junio de 1985, con el objeto de evitar en la medida de lo posible la victimización secundaria, Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y Circular 3/2009 de la Fiscalía General del Estado.

(3) Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el art. 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario judicial hará saber al reo que nombre Abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su Abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes.

Por el Secretario judicial se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes.

La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.

Práctica Forense

Importante sentencia sobre las listas de peritos en Francia

LA LEY 12800/2011

Importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las listas de peritos en Francia

Rafael ORELLANA DE CASTRO

Presidente de la Asociación catalana de peritos judiciales

Una reciente decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que la normativa francesa que somete a los peritos traductores a ciertos requisitos para inscribirse en la lista de designa judicial se opone al Tratado de la Unión Europea.

La sentencia del Tribunal Europeo, de fecha 17 de marzo de 2011 viene a resolver varias cuestiones prejudiciales planteadas por la Corte de casación francesa, a raíz de los recursos interpuestos por el Sr. Peñarroja Fa, «perito traductor jurado desde hace más de 20 años» (como lo describe la sentencia) residente en Barcelona, que solicitó su primera inscripción en la lista de peritos judiciales intérpretes de lengua española de la Corte de apelación de París. Su petición fue rechazada por resolución de la junta de jueces en fecha 12 de noviembre de 2008. Paralelamente, el Sr. Peñarroja solicitó su inscripción en la lista nacional de peritos judiciales elaborada por la sala de gobierno de la Corte de Casación fran-

cesa, que fue igualmente rechazada por resolución de dicho órgano en fecha 8 de diciembre de 2008.

Interpuesto el correspondiente recurso contra ambas resoluciones por parte del Sr. Peñarroja, la Corte de Casación decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de la Unión Europea varias cuestiones prejudiciales, para determinar si la legislación francesa relativa a este ámbito entra o no en contradicción con el Tratado de la Unión Europea, específicamente cuando aquélla establece, como requisito de admisión, la necesidad de llevar más de tres años en las listas de expertos elaboradas por las diferentes Cortes de apelación francesas.

laleydigitalprocesalcivil.es

exactamente lo que busca en materia procesal civil

Ahora nuestra obra más vendida en papel, «Proceso Civil Práctico», también se encuentra disponible en formato online.

Con todas las innovadoras funcionalidades de laleydigital.es



LA LEY
grupo Wolters Kluwer

Un paso por delante

Más información en nuestro Servicio de Atención al Cliente: 902 250 500 tel • clientes@laley.es

laleydigital.es
exactamente lo que necesita.



De la misma manera, la Corte de casación plantea al Tribunal de Justicia europeo si el hecho de que la normativa francesa no tenga en cuenta el reconocimiento de la condición de perito obtenido por los órganos jurisdiccionales de sus Estados de origen podría también oponerse al contenido de dicho Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El Tribunal Europeo desgrana todas y cada una de las cuestiones prejudiciales planteadas, y considera, en primer lugar, que una misión de «perito judicial traductor encomendada caso por caso a un profesional por un tribunal en un litigio sometido al mismo, constituye una prestación de servicios en el sentido del artículo 50 CE, actualmente sustituido por el artículo 57 TFUE».

En cuanto al tema de las listas cerradas de peritos, el Tribunal acepta que «tienen por objetivo permitir que los tribunales se aseguren de que los profesionales que les asisten disponen de las competencias y aptitudes necesarias para que el servicio público de justicia sea eficaz y de buena calidad» y que «una restricción de esta índole a la libre prestación de servicios puede estar justificada por razones imperiosas de interés general, desde el momento en que se aplique a cualquier per-

sona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida, siempre que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo y en la medida en que el interés general de que se trate no quede protegido por las normas a las que está sometido el prestador de servicios en el Estado miembro donde está establecido». La sentencia acaba diciendo sobre este asunto que «aunque la protección de los justiciables y la buena administración de la justicia pueden justificar el establecimiento de una lista de peritos a la que se recurrirá en la práctica la mayoría de las veces (...), es necesario, además, que la elaboración de la lista se base en criterios objetivos y no discriminatorios».

La sentencia del Tribunal de Justicia Europeo establece además que las resoluciones francesas por las que se deniegan las inscripciones de peritos judiciales traductores en las listas de peritos se oponen al Tratado de la Unión por cuanto «no están sometidas a un control judicial efectivo en lo que se refiere a la toma en consideración de la experiencia y de la cualificación adquiridas y reconocidas en otros Estados miembros», y que por tanto «toda decisión debe poder ser objeto de un recurso judicial que permi-

ta verificar su legalidad con arreglo al Derecho de la Unión». Ello hace que «el interesado pueda conocer los motivos de la decisión adoptada con respecto a él, lo que le permitirá defenderse en las mejores condiciones posibles y decidir, con pleno conocimiento de causa, si en su caso es útil recurrir a los Tribunales».

Para acabar, el Tribunal considera que un requisito con arreglo al cual «nadie puede figurar en la lista nacional de peritos judiciales en calidad de traductor si no acredita haber estado inscrito durante tres años consecutivos en una lista de peritos judiciales elaborada por una Corte de apelación se opone al actual art. 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Para justificar esta afirmación, la sentencia reconoce que si bien este requisito podría «constituir por tanto una restricción admisible a la libre prestación de servicios», más adelante cuestiona si «va más allá de lo necesario para garantizar la realización de esos objetivos». La sentencia reconoce que «sería desproporcionado aplicar dicha regla a un perito judicial traductor de otro Estado miembro que ya ha realizado misiones ante los tribunales de este último Estado o de otros Estados miembros, y en particular, ante sus tribunales superiores». Pero viene a concluir que «la autoridad

ante la que se ha presentado una solicitud de inscripción en una lista nacional de peritos judiciales tome en consideración las cualificaciones adquiridas por el solicitante en otros Estados miembros, a fin de determinar si pueden equivaler, y de ser así, en qué medida, a las competencias que normalmente se espera encontrar en una persona que ha estado inscrita tres años consecutivos en una lista elaborada por una Corte de apelación».

Habrà que estar atento a las repercusiones que esta sentencia tiene en el país vecino en cuanto a la elaboración de sus listas de peritos que trabajan para los Juzgados. Si bien es cierto que esta decisión se refiere a los peritos intérpretes jurados, también lo es que los mecanismos de inscripción a las listas francesas son similares para peritos expertos del resto de áreas de conocimiento, y por tanto los requisitos tasados y exigidos para ingresar en las listas de peritos podrían también vulnerar la normativa europea básica. Por de pronto, en Francia existe un cierto revuelo sobre esta cuestión porque modifica sustancialmente los criterios de admisión a las listas, y se trata de una cuestión que está en la mesa de los responsables de la Administración de Justicia gala, que han de tomar una decisión al respecto. ■

 LA LEY
grupo Wolters Kluwer

La e-volución de diariolaley.es

NUEVO

Las firmas de la mejor doctrina
y la cuidada selección de juris-
prudencia de siempre.

Y ahora...

MÁS participativo

Comente, opine... con todo el potencial de la nueva web 2.0

MÁS información

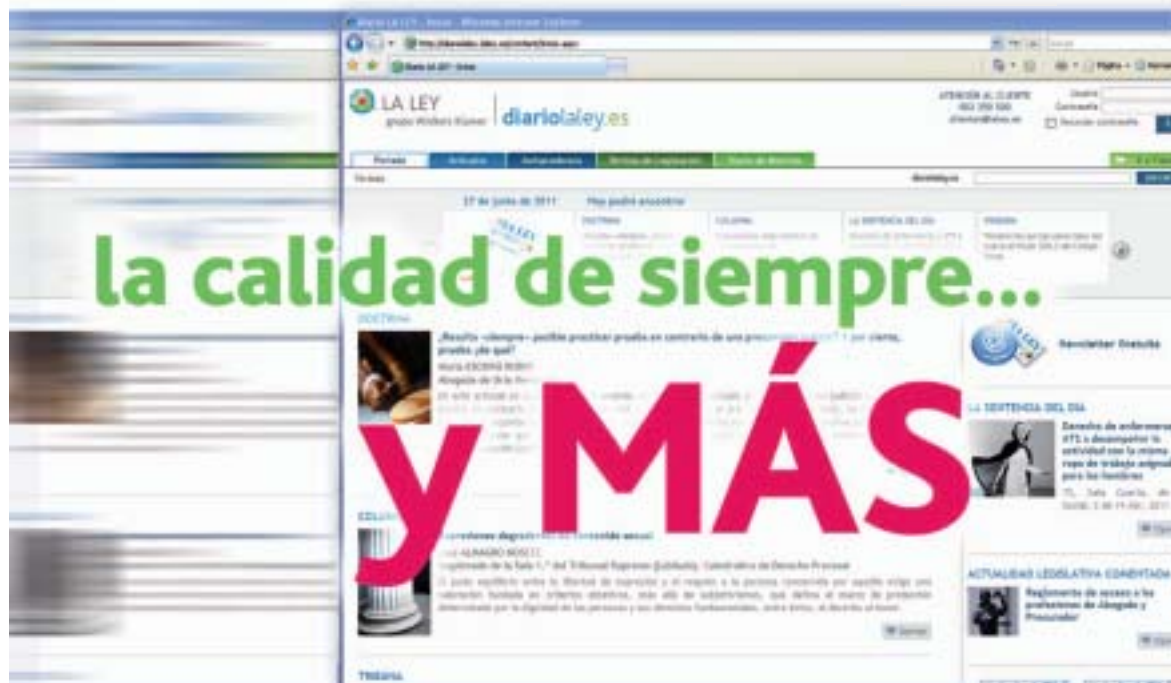
Análisis legislativos, las sentencias que son noticia, comentarios de urgencia...

MÁS dinámico

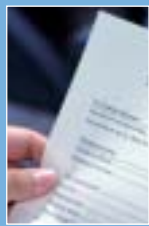
La última hora de la actualidad jurídica y mayor actualización de contenidos

MÁS a su medida

Con un área personal, «Mi Diario», para gestionar sus documentos



Recíbalo gratuitamente en su correo electrónico
www.diariolaley.es



Dossier

Dossier
de los Tribunales
sobre probática

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

LA LEY 2127/2011

Dossier de los Tribunales sobre probática

Carlos DE MIRANDA VÁZQUEZ

Doctor en Derecho. Juez sustituto. Miembro del Equipo Académico del Instituto de Probática y Derecho Probatorio (ESADE—URL)

En este número se va a abordar la prueba del hecho psíquico, desde dos perspectivas muy distintas. Por una parte, se va a estudiar la prueba del «animus» en el ámbito penal y concretamente en los delitos de abusos sexuales, cometidos en la práctica fisioterápica y quiropráctica. Por otro lado, y pasando a otro ámbito jurídico por completo distinto, se va a analizar la prueba de los vicios del consentimiento en la contratación de productos financieros de riesgo, focalizando la cuestión en la figura de la permuta financiera o swap.

I. LA PRUEBA DEL ABUSO SEXUAL: UN CASO DE «MASAJES DESHONESTOS»

El bien jurídico protegido por la figura del art. 181 CP es la libertad sexual. Este tipo penal contiene un elemento objetivo, cual es la existencia de un contacto corporal, un elemento subjetivo, consistente en la concurrencia de ánimo libidinoso, y pivota, en esencia, sobre la falta de consentimiento o sobre un consentimiento viciado ante el estímulo de carácter sexual que parte del sujeto activo [SAP Barcelona, Secc. 7.ª, 1125/2005, de 13 de diciembre, FJ 2.º (LA LEY 239956/2005)].

Este supuesto típico plantea, por lo general, grandes dificultades probatorias. Y ello porque: a) el contacto corporal, bien no deja vestigios materiales tras de sí, o bien éstos tienden a desaparecer con suma facilidad (SAP Madrid, Secc. 17.ª, 701/2009, de 30 de junio, FJ 2.º (LA LEY 128961/2009)); b) el *animus lubricus* y la ausencia de consentimiento constituyen hechos psíquicos que, de ordinario, no son susceptibles de prueba directa, y c) se trata de conductas ilícitas que se producen en ámbitos íntimos, en los que, por lo general, sólo se encuentran presentes el abusador y su víctima [SAP

Soria 32/2010, de 19 de mayo, FJ 2.º (LA LEY 103247/2010)].

La figura del abuso sexual se puede dar en situaciones muy diversas. En este trabajo nos fijamos en un escenario concreto: los abusos cometidos con ocasión de actividades de fisioterapia y quiromasaje. En este ámbito específico se produce una serie de hechos encadenados a los que debe prestarse especial atención: a) un contacto corporal; b) un juicio de interpretación de dicho contacto por parte del sujeto pasivo, y c) un juicio de aceptación/rechazo con respecto a ese contacto, cuando el mismo se haya interpretado como un acto con connotación sexual. De los tres hechos y de la evidencia, directa e indirecta, que de los mismos se desprende, podemos obtener valiosos elementos de prueba que no podemos ignorar.

A) *Contacto corporal.* Por tratarse del elemento objetivo del tipo penal del abuso sexual, su prueba reviste mucha importancia. Además de su confesión por parte del sujeto activo, el contacto corporal puede dejar tras de sí rastros verificables, que permitan su prueba, localizándose vestigios, tanto biológicos [fluidos preseminales, fluidos seminales, partículas

de piel, etc.; SAP Pontevedra, Secc. 2.ª, 54/2008, de 14 de marzo, FJ 2.º (LA LEY 61045/2008)], como químicos (por ejemplo, restos del aceite con el que el sujeto activo se haya untado las manos; SAP Madrid, Secc. 23.ª, 167/2008, de 9 de diciembre, FJ 2.º (LA LEY 302888/2008)] y anatómicos (eritemas, equimomas, etc.). En tales supuestos, dada la elevada volatilidad de los componentes químicos y de las señales dérmicas aludidos, existe una probabilidad muy alta de que los rastros desaparezcan de forma rápida (porque, por ejemplo, el sujeto pasivo se duche o mantenga a posteriori relaciones sexuales consentidas). También es posible que el contacto corporal no deje vestigio alguno. En tales supuestos, la existencia del propio contacto se podrá inferir de la reacción del sujeto pasivo, de lo que nos ocuparemos más adelante.

B) *Juicio de interpretación.* Tal juicio lo efectúa el sujeto pasivo inmediatamente después del contacto corporal. Éste se cuestiona internamente si dicho contacto presenta una connotación sexual o si, por el contrario, está exento de un propósito lúbrico. Para realizar este juicio, el sujeto pasivo tomará en consideración todos los datos factuales —indicios— que rodeen al contacto corporal. Dichos indicios permitirán, en juicio, poner de manifiesto el elemento subjetivo del tipo que nos ocupa, esto es, el *animus lubricus*. Estos indicios son de dos tipos:

i) *Antefácticos* (ocurridos antes del contacto): el comportamiento anómalo del sujeto activo en sesiones anteriores (si las hubo); facilidades de hora en una agenda sobrecargada para otros pacientes; no aparecer la cita con el sujeto pasivo en la agenda o en la relación de visitas del sujeto activo, o ser citado el sujeto pasivo directamente por el sujeto activo, sin servirse de asistentes, enfermeras o administrativos, y fuera de los protocolos o cauces habituales establecidos a tal fin —STS 605/2009, FJ 2.º—; haber cerrado el sujeto activo la puerta de la habitación con llave —SAP Soria 32/2010, FJ 2.º— o hacer tal cosa únicamente cuando el sujeto pasivo acude solo —STS, Sala 2.ª, 604/2009, de 28 de mayo, FJ 2.º (LA LEY 99209/2009)—; escasez de vestimenta del sujeto activo —SAP Alicante, Secc. 2.ª, 145/2009, de 15 de junio, FJ 6.º (LA LEY 105266/2009)—; insinuaciones, verbales y gestuales; pedir el sujeto activo al pasivo que cierre los ojos para realizar la técnica, cuando tal cosa resulte de todo punto innecesaria —SAP Granada, Secc. 1.ª, 161/2009, de 23 de marzo (LA LEY 242384/2009); interesar del sujeto pasivo que se desnude o que se quite determinada prenda íntima, cuando la técnica a realizar no requiere en absoluto tal cosa —SAP Granada 161/2009, FJ 1.º—.

ii) *Infácticos* (concomitantes con el contacto): incompatibilidad de la zona de

contacto con el área anatómica donde se localiza el problema a tratar —SAP Soria 32/2010, FJ 2.º—; afectación directa de un órgano sexual (por ejemplo, penetración digital —SAP Madrid de 30 de septiembre de 2009—; cosa distinta sería un roce accidental de los labios vaginales externos al efectuarse un masaje en la zona inguinal —SAP Soria 32/2010, FJ 1.º—); duración prolongada del contacto corporal (un contacto momentáneo no parece indicativo de ánimo libidinoso; así, SAP Soria 32/2010, FJ 2.º); signos de excitación del sujeto activo (erección, jadeos —SAP Madrid 701/2009, FJ 3.º—, y eyaculación —SAP Pontevedra 54/2008, FJ 2.º); tocamiento de otras zonas del cuerpo en modo alguno compatibles con las técnicas fisioterápicas y quiroprácticas —STS 604/2009, FJ 2.º—.

C) Tras la interpretación del contacto corporal, el sujeto pasivo concluirá en la existencia o inexistencia de *animus lubricus* en el sujeto pasivo. La conclusión de dicho razonamiento —hecho psíquico— se manifestará exteriormente a través de una serie de indicios reaccionales, cuya prueba contribuye a formar la convicción judicial sobre la existencia del contacto corporal —elemento objetivo— y del *animus lubricus* —elemento subjetivo—:

i) *Indicios reaccionales propios de un juicio de inexistencia de ánimo libidinoso:* el sujeto pasivo guarda silencio —SAP Toledo, Secc. 1.ª, 44/2006, de 31 de octubre (LA LEY 175594/2006)— y permanece quieto —SAP Barcelona, 1125/2005, FJ 2.º—; la práctica fisioterápica o quiropráctica continua por un lapso prolongado de tiempo —SAP Soria 32/2010, FJ 2.º—; se paga la sesión a su término, lo que resulta especialmente significativo cuando el sujeto activo cobra «la voluntad» —SAP Soria n.º 32/2010, FJ 2.º—; se pide hora al salir para ulteriores sesiones; transcurso de un período de tiempo amplio antes de que se proceda a interponer denuncia —SAP Zaragoza, Secc. 3.ª, 376/2008, de 6 de junio (LA LEY 206853/2008)—.

ii) *Indicios reaccionales propios de un juicio de existencia de ánimo libidinoso con aceptación del propósito lúbrico del sujeto activo.* El sujeto pasivo manifiesta a través del lenguaje no verbal su conformidad —con una sonrisa o con gestos de los que se desprenda su beneplácito— o, incluso, verbalizando su asentimiento: «(...) Será a partir de esa acción osada o atrevida del acusado, cuando se revela la ausencia de exteriorización de su oposición por parte de la denunciante. Quien permanece quieta, sin reprochar la impúdica acción del acusado al haberle tocado su sexo (...). Y sigue sin oponerse cuando el acusado le besará la planta de uno de los pies. (...) Y le volverá a tantear el sexo, para preguntarle si quería que prosiguiera,

para contestarle la denunciante que "siguiera con el masaje"» (SAP Barcelona 1125/2005, FJ 2.º).

iii) Indicios reaccionales propios de un juicio de existencia de ánimo libidinoso con rechazo en un sujeto pasivo con personalidad fuerte: gritar, pidiendo ayuda —SAP Toledo 44/2006, FJ 1.º—; exigencia expresa e inequívoca del sujeto pasivo de que cese de inmediato la práctica fisioterápica o quiropráctica —SAP Soria 32/2010, FF.JJ. 2.º y 5.º—; vestirse y marcharse el sujeto pasivo de manera inmediata —SAP Madrid 701/2009, FJ 3.º—; secuelas psicológicas posteriores —SAP Madrid 167/2008, FJ 2.º—; no se conciertan nuevas citas, ni se regresa a la consulta; se interpone la denuncia de inmediato.

iv) *Indicios reaccionales propios de un juicio de existencia de ánimo libidinoso con rechazo en un sujeto pasivo con personalidad débil*: aunque permanece quieta, da muestras de visible turbación —«agarrarse fuertemente a la camilla»; SAP Madrid 701/2009, FJ 3.º—; salir de la consulta sin volver a pedir hora, deprisa y con el rostro demudado; manifestar los hechos rápidamente a familiares o amigos —SAP Toledo, n.º 44/2006, FJ 1.º—.

Por último, se debe hacer mención a la difícil cuestión de la credibilidad del relato de la víctima. La mayoría de los indicios reseñados encuentran su soporte probatorio en el testimonio del sujeto pasivo, de ahí que se preste es-

pecial atención a los posibles sesgos de incredibilidad del denunciante:

a) En los supuestos de inexistencia de contacto, amén de que el sujeto activo rechazará rotundamente la ocurrencia de dicho hecho, no existirán indicios antefácticos e infácticos —con lo que el juicio de interpretación carecerá de base objetiva alguna—, ni tampoco indicios reaccionales —ni de rechazo, ni de aceptación—, junto con la eventual concurrencia de motivos espurios —animadversión, relaciones pasadas truncadas, etc.

b) Los errores en el juicio de interpretación (falsos positivos) vendrán normalmente acompañados del reconocimiento del contacto corporal por el sujeto activo y, en cualquier caso, carecerán de indicios antefácticos e infácticos. Además, el contacto —carente de propósito lúbrico— será momentáneo y nunca explícitamente sexual —ausencia de tocamiento directo del órgano sexual o de penetración. No se puede descartar, por otra parte, que el sujeto activo propicie un error de interpretación (falso negativo), al proporcionarle al sujeto pasivo una justificación pretendidamente técnica para un contacto corporal con connotaciones abiertamente sexuales.

c) Los errores relativos al consentimiento resultan difícilmente creíbles, precisando al efecto de pericias psicológicas que demuestren disfunciones volitivas tales que, donde se quiso rechazar el propósito libidinoso del sujeto activo, se acabó mostrando conformidad verbal o gestual.

II. LA PRUEBA DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN DE PRODUCTOS FINANCIEROS DE RIESGO: EL DILEMA DE LOS «SWAPS»

Existe actualmente una acentuada litigiosidad en relación con los productos financieros de riesgo. La vigente situación de crisis económica unida al giro de liquidaciones notablemente onerosas para los clientes de las entidades de crédito ha desembocado en que se haya venido reparando en esos contratos que se suscribieron en su día al mismo tiempo que se firmaban hipotecas, préstamos, *leasings*, etc., y con los que supuestamente se pretendía «cubrir» al cliente frente a las fluctuaciones de los índices de referencia de dichas operaciones principales (por ejemplo, euríbor, tasa de inflación, etc.).

Aquí se quiere atender concretamente al caso de las permutas financieras (*swap*). Hace unos cuantos años —cuando los tipos de interés alcanzaban niveles elevados— las entidades de crédito

proponían a sus clientes la suscripción de *swaps*, permitiendo en ocasiones —cuando no fomentando—, que aquellos creyeran que, con un coste moderado, podían mitigar las consecuencias perversas de eventuales futuras alzas de los tipos de referencia de los contratos de financiación. En muchos casos, los clientes llegaban a convencerse de que habían contratado una cobertura de riesgo, como si de un seguro se tratase. De tal forma, se «aseguraban» una especie de límite o techo para el tipo de interés de su operación, sin efectos adicionales. Sin embargo, lo que habían suscrito, en realidad, era un producto especulativo, tremendamente volátil, que, en el caso de desplomes de los tipos de referencia —como recientemente ha venido sucediendo—, comportaba que el cliente tuviera que pagar al banco importantes cantidades de dinero.



Como se ha dicho, ante liquidaciones notablemente onerosas para los clientes, que han supuesto cargos muy elevados, aquellos han venido demandando a las entidades de crédito, invocando vicios del consentimiento al contratar, ya sea aduciendo cierto engaño omisivo de las entidades financieras (dolo reticente), ya sea esgrimiendo error excusable en cuanto a la verdadera esencia del producto.

Para la prueba de semejante clase de vicio —hecho psíquico—, se ha venido recurriendo a las presunciones judiciales, consolidándose paulatinamente un síndrome indiciario muy florido, del que aquí se van a dar algunas pinceladas:

i) *Indicios antefácticos* (previos a la suscripción de la permuta financiera):

— Nula preparación técnica del cliente en materia financiera tan especializada como la propia del *swap* [SJPI núm. 10 de Oviedo 211/2010, de 7 de octubre, FJ 5.º (LA LEY 236933/2010)]. La condición de empresario no supone, *per se*, conocimientos de esta naturaleza [SJPI núm. 1 de Girona de 27 de agosto de 2010, FJ 4.º (LA LEY 171401/2010)].

— Existencia de lazos de amistad entre los empleados de la entidad financiera y el cliente o, cuanto menos, concurrencia de una relación comercial extensa en el tiempo entre entidad de crédito y cliente [SJPI núm. 24 de Barcelona 215/2010, de 9 de noviembre, FJ 2.º (LA LEY 196822/2010)]. En tales supuestos se genera una confianza tal, que el cliente acepta acríticamente cualquier propuesta que la entidad financiera le presente como favorable o beneficiosa.

— Es la entidad de crédito la que toma la iniciativa en la comercialización del producto, hasta el punto de acudir al lugar donde se encuentre el cliente —despacho, establecimiento o centro fabril— para ofrecerle el producto [SAP

Álava, Secc. 1.ª, n.º 20/2011, de 18 de enero, FJ 4.º (LA LEY 2142/2011)].

— Conocimientos rudimentarios o erróneos —incluso carencia de los mismos— en la persona del comercial de la entidad de crédito —incluso, en directores de sucursales— en relación con el producto ofrecido [SAP Jaén, Secc. 3.ª, 80/2009, de 27 de marzo, FJ 2.º (LA LEY 79447/2009)].

— Falta de entrega, en fase precontractual, de folletos informativos o de documentos explicativos [SAP Valencia, Secc. 9.ª, 276/2010, de 6 de octubre, FJ 3.º (LA LEY 247992/2010)]. En algunos casos, si bien se facilita tal material, el mismo resulta en exceso esquemático, impreciso y escasamente ilustrativo (SJPI núm. 1 de Girona de 27 de agosto de 2010, FJ 4.º).

— Ausencia de previsiones documentadas de la entidad financiera acerca de la evolución del índice referenciado para la permuta financiera (SJPI núm. 1 de Girona de 27 de agosto de 2010, FJ 4.º).

— Omisión de información acerca de las posibilidades de cancelación anticipada y, en especial, sobre las consecuencias económicas para el cliente —en especial, su penalización y el método de determinación de la misma— (SJPI núm. 10 de Oviedo 211/2010, FJ 6.º).

— Carencia de requerimientos de información dirigidos al cliente sobre su perfil y sobre sus necesidades financieras presentes, echándose en falta el denominado «test de conveniencia» del producto que se propone (SJPI núm. 24 de Barcelona 215/2010, FJ 2.º).

ii) *Indicios infácticos* (concomitantes a la suscripción de la permuta financiera):

— Falta de lectura del documento contractual, por parte del personal de la entidad de crédito, en voz alta, y de forma personal y detenida por el cliente.

— Redacción del documento contractual empleando un lenguaje técnico de difícil comprensión para el cliente (SJNI núm. 10 de Oviedo 211/2010, FJ 6.º).

— Complejidad del contrato, conformado en algunos casos por varios documentos, con gran cantidad de páginas y un número elevado de anexos. Existencia de múltiples remisiones internas dentro del propio documento y hacia los numerosos anexos acompañados [SJM núm. 2 Vizcaya 76/2010, de 15 de marzo, FJ 4.º (LA LEY 120562/2010)].

— Empleo de abundantes fórmulas de matemática financiera, de muy difícil comprensión para el cliente [SJM núm. 2 Vizcaya 191/2010, de 30 de junio, FJ 5.º (LA LEY 120563/2010)].

— Falta de consignación de la fecha del contrato, resultando hueros de acreditación la afirmada presentación y suscripción del test de conveniencia en datas previas a la suscripción del producto financiero [SAP Valencia, Secc. 9.ª, 276/2010, FJ 3.º].

— Existencia de errores y de discordancias en cuanto al nombre de la persona acreditada o del representante legal, si se trata de una persona jurídica, y la identidad de quien estampa su rúbrica en el documento contractual (SAP Valencia, Secc. 9.ª, 276/2010, FJ 3.º).

— Firma del contrato fuera de la sucursal bancaria. En ocasiones, se lleva el documento contractual al concreto lugar donde se pueda encontrar la persona que se pretende que lo rubrique [SJNI núm. 6 de Vigo 74/2010, de 26 de marzo, FJ 5.º (LA LEY 34142/2010)].

— Cumplimentación de los cuestionarios y tests de forma previa por la entidad financiera por medios informáticos (SAP Valencia, Secc. 9.ª, 276/2010, FJ 3.º).

— Ausencia de firma en aquellas páginas o partes del documento contractual en las que se contienen ejemplos o simulaciones del eventual comportamiento futuro del producto (SAP Valencia, Secc. 9.ª, 276/2010, FJ 3.º).

— Rellenado y cambio de datos en el texto contractual de forma manual por el personal de la entidad de crédito (SAP Valencia, Secc. 9.ª, 276/2010, FJ 3.º).

— Duración del contrato excesivamente reducida, incompatible con la extensión prevista para las diferentes operaciones de pasivo vigentes con el cliente (SJNI núm. 24 de Barcelona, 215/2010, FJ 2.º).

iii) *Indicios postfácticos* (subsiguientes a la suscripción de la permuta financiera):

— Negativa rotunda de la entidad de crédito a cancelar el producto contratado cuando el cliente cae en la cuenta de lo que ha firmado a los pocos días de haber estampado su firma y antes de cualquier liquidación negativa, siendo además que la primera liquidación iba resultar favorable al cliente (SAP Valencia, Secc. 9.ª, 276/2010, FJ 3.º).

— Alteración arbitraria del nominal —nominal sobre el que se aplica el interés— con respecto al contrato a la hora de incluir al cliente en registros de riesgos —CIRBE, ASNEF, RAI, etc.— (SAP Valencia, Secc. 9.ª, 276/2010, FJ 3.º).

Como quiera que la desarticulación de la inferencia que resulta de tales indicios constituye una empresa poco menos que imposible, siendo muy difícil probar que no concurrió vicio alguno del consentimiento y atendida la marcada tendencia al acogimiento favorable de este tipo de pretensiones anulatorias, las entidades de crédito han visto una solución en la praxis médica. Así, han venido interesando del cliente la prestación del «consentimiento informado», debiendo rubricar documentos que contienen la exposición detallada del producto y la advertencia expresa de los riesgos que comporta la operación que se suscribe.

Para que dicho consentimiento informado resulte efectivo —desde un punto de vista probático—, debe reunir, esencialmente, los siguientes contenidos:

a) Juicio de conveniencia que emite la entidad de crédito ante la información disponible del cliente, que no se limitará a una mera conclusión, favorable o desfavorable, sino que, además, deberá contener una relación completa de todas las operaciones de activo vigentes en ese momento.

b) Simulaciones de distintos escenarios posibles, sobre la evolución del producto, con ejemplos sencillos, asequibles para cualquier ciudadano con un nivel cultural medio, en los que se representen, tanto situaciones positivas —ganancias—, como negativas —pérdidas—, permitiendo visualizar la dimensión cuantitativa de estas últimas.

c) Simulaciones de supuestos eventuales de cancelación anticipada, en distintos momentos de la relación, con expresa determinación del alcance económico efectivo para el cliente.

d) Prognosis, expuesta en términos comprensibles para una persona leiga en materia financiera, de la evolución del índice de referencia empleado en la operación. ■



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

Jurisprudencia
sobre Derecho
probatorio

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

LA LEY 2128/2011

Jurisprudencia sobre Derecho probatorio

En el primer comentario se analizan las dimensiones subjetiva y objetiva del derecho fundamental a la prueba y cómo la Jurisprudencia del TC, fundamentalmente a través de la resolución de recursos de amparo, ha contribuido a dotar de rango constitucional algunos aspectos del Derecho procesal, con lo que se ha hecho evidente la «fuerza expansiva de los Derechos fundamentales».

El segundo comentario trata sobre las facultades del juez para tomar la iniciativa en el ámbito probatorio del proceso civil y en especial para acordar de oficio la práctica de nuevas pruebas como diligencias finales del art. 435.2 LEC. El Tribunal Supremo se inclina por una aplicación restrictiva de la posibilidad de acordar pruebas de oficio por el juez, impidiendo que puedan practicarse pruebas distintas de las que fueron propuestas por las partes. Y añade además, apoyándose en la Exposición de Motivos de la Ley, que al juez no le compete investigar la veracidad de los hechos alegados.

I. LAS DIMENSIONES SUBJETIVA Y OBJETIVA DEL DERECHO A LA PRUEBA. COMENTARIO A LA STC 136/2007, DE 4 DE JUNIO

M.^a Dolores OLLER SALA
Profesora de Derecho Público,
Facultad de Derecho de ESADE (URL)

Los derechos humanos son un elemento clave tanto desde la perspectiva del individuo como desde la de la organización política ya que constituyen la base de la legitimidad de un Estado democrático. La lucha por la su consolidación y extensión y, por consiguiente, su conversión en *derechos fundamentales* garantizados ha marcado la historia de los últimos siglos y ha sido un proceso paralelo al realizado en pro de la efectividad jurídica de la Constitución. Asimismo, un rasgo importante, derivado de la inclusión de los derechos en los textos constitucionales, ha sido su progresiva consideración no solo como derechos subjetivos, sino también como

normas objetivas que se proyectan sobre las distintas ramas del Derecho, con lo que se resalta su faceta de principios o decisiones axiológicas que fecundan todo el Ordenamiento Jurídico. Ello es conocido como *efecto irradiación o fuerza expansiva de los derechos fundamentales* (1). Tal dimensión objetiva tiene su origen en el carácter normativo de todos los preceptos constitucionales, también de los que constitucionalizan derechos (2).

Pues bien, el art. 24.2 de la Constitución de 1978 recoge por primera vez en la historia de España el *derecho a la prueba* («Todos tienen derecho... a utilizar

los medios de prueba pertinentes para su defensa») y hace que nuestro texto fundamental sea también el primero de nuestro entorno europeo en consagrar tal derecho. Con ello muestra su sensibilidad en valorar la importancia del derecho a la prueba en el conjunto de derechos de naturaleza procesal. Tal derecho viene, pues, configurado como un derecho fundamental al igual que otros derechos o garantías procesales del art. 24.1 CE, erigiéndose de esta suerte, con todos ellos, como punto de referencia del Ordenamiento Jurídico. Su importancia, además, es clara si tenemos en cuenta que la actividad probatoria tiene por finalidad «fijar los hechos a los que el juez en su sentencia determinará el derecho». Merced a tal actividad «pasan a ser hechos ciertos los que eran meramente afirmados en el momento inicial del proceso, permitiendo que el juzgador llegue a la convicción de cuál es la verdad procesal en un litigio determinado» (3). Como todo derecho fundamental presenta un doble ámbito de proyección, de la que se hace eco la Jurisprudencia constitucional: «es un parámetro para fijar la legitimidad constitucional de las leyes a la vez que un derecho (y una norma) directamente ejercitable (aplicable) por el particular» (STC 51/ 1985, de 10 de abril).

La sentencia de amparo objeto de nuestro comentario, entre otras muchas, nos ilustra de forma meridiana acerca de las dos dimensiones, subjetiva y objetiva del derecho a la prueba: no es sólo un derecho subjetivo, es decir, una pretensión jurídica de su titular que le garantiza un *estatus jurídico* de libertad en un ámbito de la existencia. Además, su constitucionalización como derecho fundamental hace que lo podamos considerar como una norma objetiva que se proyecta sobre las distintas ramas del Derecho, operando como parámetro para fijar la legitimidad de las leyes y otras normas, con lo que se resalta su faceta de elemento fundamental del sistema jurídico-político general. Esta doble dimensión, subjetiva y objetiva, fue reconocida tempranamente por nuestro Tribunal Constitucional (STC 25/1981, de 14 de julio). A destacar también que el contenido normativo de los derechos fundamentales exige su realización. Por tanto, contienen un *deber de protección* que se traduce en la obligación positiva que tienen los poderes públicos de dar efectividad a su contenido (optimización), obligación que se hace exigible tanto al Legislativo como a la Administración y a los Jueces, de acuerdo al ámbito de sus competencias y a sus posibilidades reales de actuación. Este deber genera, simultáneamente, un *derecho a la protección*, es decir, la potestad subjetiva que tiene el titular del derecho fundamental frente al Estado para que éste le proteja de intervenciones de terceros,

bien sea particulares o la propia autoridad pública. Todo ello es conocido como *efecto irradiación o fuerza expansiva de los derechos fundamentales*.

La protección de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales por parte del Juez constitucional no tiene lugar solo en los procesos de inconstitucionalidad (control abstracto de constitucionalidad), sino también en los de amparo, los cuales, por definición, están destinados a salvaguardar el contenido jurídico subjetivo de los derechos particulares (4). Es por ello por lo que nos ha parecido interesante analizar una Sentencia de amparo sobre el derecho a la prueba fijándonos en esas dos dimensiones que operan simultáneamente. Así, va a ser objeto del presente comentario, la STC, Sala Primera, 136/2007, de 4 de junio, emitida con relación al recurso de amparo núm. 6716/2004, promovido por doña AVEA, contra la SAP Barcelona, Secc. 19, 63/2004, de 10 de febrero —rectificada por auto de 22 de marzo de 2004—, de ratificación en apelación de la SJPI núm. 3 de Barcelona de 10 de junio de 2003, desestimatoria a su vez de demanda de indemnización de daños y perjuicios.

ANTECEDENTES

1) El fallo de la SJPI núm. 3 de Barcelona de 10 de junio de 2003 desestimó la demanda de indemnización de daños y perjuicios que había interpuesto doña AVEA contra Supermercados C., S.A. y A. Compañía de Seguros, S.A., por el accidente ocurrido en una escalera mecánica del supermercado S. Y la razón aducida fue la prescripción de la acción formulada por la demandada por haber transcurrido más de un año desde el momento en el que «se pudo saber el alcance del daño padecido» (el *dies a quo* para el cómputo del plazo), hasta el día de la primera reclamación a la aseguradora. Previamente, mediante auto de 21 de octubre de 2002 el Juzgado había acordado que se practicaran como diligencias finales [arts. 435 y ss. L 1/2000 de 7 de enero (en adelante LEC)] determinadas pruebas que habían sido admitidas pero no practicadas, que finalmente no se evacuaron por imposibilidad de comparecencia de ambos.

2) Ante esta sentencia, lesiva de sus intereses, la demandante interpuso el consiguiente *recurso de apelación*. Pero el fallo de la SAP Barcelona, Secc. 19.^a, 63/2004, de 10 de febrero, desestimó dicho recurso, pues a la vista de las conclusiones del perito acordó ratificar la resolución combatida, de prescripción de la acción entablada. Posteriormente, mediante auto de 22 de marzo de 2004, la Sala rectificó la Sentencia en el sentido de sustituir la mención del día 26 de

julio de 1990 como *dies a quo* por la de 29 de septiembre de 2000. En el recurso de apelación se había solicitado, al amparo del art. 460.2, regla segunda, LEC, la práctica de determinadas pruebas en alzada: las periciales de dos peritos (uno de ellos el que emitió el informe en el que se basó el fallo), para aclaraciones y la testifical de una trabajadora del supermercado. Mediante auto de 3 de noviembre de 2003 se inadmitió la práctica de las pruebas, por no considerarlas necesarias. Esta decisión fue confirmada en reposición mediante auto de 15 de diciembre de 2003.

3) Contra la sentencia de apelación de la demandante interpuso un *recurso de casación* conjuntamente con un *recurso extraordinario por infracción procesal*, que fueron rechazados mediante AAP Barcelona, Secc. 19.ª, de 21 de mayo de 2004, ratificado en reposición por otro de 5 de julio del mismo año, auto que fue finalmente confirmado por otro de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 13 de octubre de 2004, en respuesta a un *recurso de queja* de la demandante.

4) Una vez agotada la vía ordinaria, la demandante, haciendo valer su derecho, interpuso un *recurso de amparo* ante el Tribunal Constitucional alegando que la falta de actividad probatoria le había ocasionado una efectiva indefensión material y solicitando de dicho Tribunal que se declarara que se habían vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), y que, en consecuencia, se anularan la SAP Barcelona 63/2004, de 10 de febrero, y los autos del mismo órgano judicial de denegación de prueba de 3 de noviembre y de 15 de diciembre de 2003, para que se retrotrajeran las actuaciones al momento de la decisión del recibimiento a prueba en fase de apelación.

LA SENTENCIA DE AMPARO

En base a lo alegado por la demandante, el Alto Tribunal se pronunció dándole la razón, concediéndole la protección y la tutela jurídica que demandaba. En consecuencia, anuló la Sentencia recurrida y la del Auto que denegaba pruebas y retrotrajo las actuaciones al momento anterior a la inadmisión de las pruebas propuestas en el recurso de apelación. Y ello porque estimó que la denegación de la práctica de las pruebas solicitadas en segunda instancia por la demandante ante la Audiencia Provincial de Barcelona, constituía una vulneración flagrante del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, previstos en el art. 24.2 CE. Por otra parte, la inadmisión de las pruebas propuestas por la demandante produjo, a juicio del TC, la violación o debilita-

miento de los principios de inmediación y contradicción, todo lo cual causó una patente indefensión en la recurrente, al propiciar que la contraparte alegara la prescripción de la acción para ejercitar la actora el derecho a ser indemnizada. A causa de la omisión de pruebas, el órgano jurisdiccional no pudo constatar el momento en que se produjo la baja y el momento en que tuvo lugar el empeoramiento de la actora, hechos que una vez probados habrían evitado la decisión de invocar la prescripción. En suma, el fallo de la sentencia consideró que de manera clara y manifiesta hubo una vulneración de un derecho fundamental de la persona, cual es el de no sufrir en ningún caso indefensión y el de utilizar los medios de prueba pertinentes, temas estos básicos en un Estado de derecho.

Hasta aquí hemos podido contemplar la efectividad del derecho a la prueba desde su vertiente subjetiva, es decir, la que hace referencia a la voluntad-pretensión del titular que quiere ejercer los ámbitos de poder que el derecho le confiere. Pero simultáneamente, el derecho a la prueba, como derecho fundamental, es también un elemento del *ordenamiento objetivo*, una norma que forma parte de un «sistema axiológico» que aspira a tener validez como decisión jurídico-constitucional fundamental, para todos los sectores del Derecho (5). En este sentido, los derechos fundamentales y, en este caso el derecho a la prueba, constituyen principios objetivos, decisiones jurídico-valorativas que imponen mandatos de actuación y deberes de protección a todos los destinatarios de la Constitución, en especial a los poderes públicos. Por ello vamos ahora a analizar los rasgos del contenido esencial del derecho a la prueba que aparecen en esta sentencia y que abundan en la dimensión objetiva de tal derecho.

EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

En esta sentencia el TC, siguiendo una muy reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial (STC 208/2001, de 22 de octubre; STC 42/2007, de 26 de febrero, entre otras), pone de manifiesto, sobre el contenido del derecho a la utilización de los medios de prueba las siguientes características:

a) La importancia que en nuestro Ordenamiento Jurídico tiene para el justiciable utilizar en cualquier tipo de proceso los medios de prueba pertinentes siempre que sean propuestos en la forma y el momento legalmente establecidos, es decir, con los requisitos procesales dispuestos al efecto y siempre que los mismos sean relevantes para la decisión final del litigio.

Al ser un derecho de configuración legal, corresponde al legislador establecer las normas reguladoras de su ejercicio en cada orden jurisdiccional. «Por lo tanto, para entenderlo vulnerado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecido, sin que este derecho faculte para exigir la admisión de todas las pruebas propuestas, sino sólo de aquéllas que sean pertinentes para la resolución del recurso» (STC 42/2007, de 26 de febrero, FJ 2.º). El derecho a utilizar las pruebas pertinentes forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva según la doctrina que considera que la prueba es pertinente cuando está relacionada con el tema objeto del proceso, se dirige a formar la convicción del juez o tribunal y cuando el medio de prueba es idóneo (STC 133/2003, de 30 de junio; STC 79/2002; STC 70/2002, de 3 de abril; STC 19/2001, de 29 de enero; STC 173/2000, de 26 de junio; STC 96/2000, de 19 de abril; STC 37/2000, de 14 de febrero; STC 33/2000, de 14 de febrero; STC 1/1996, de 15 de enero).

b) Habida cuenta que es un principio consagrado en Derecho que las partes que intervienen en una contienda jurídica tienen el derecho a un proceso con todas las garantías, ello implica que el rechazo de un medio de prueba propuesto por cualquiera de ellas ha de ser suficientemente motivado y previa la valoración de su idoneidad. Corresponde a los órganos judiciales la decisión sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas propuestas, que podrán rechazar de forma razonablemente motivada cuando estimen que las mismas no son relevantes para la resolución final del asunto litigioso. «En consecuencia, debe ser imputable al órgano judicial la falta de práctica de la prueba admitida o la inadmisión de pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o con una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria e irrazonable» (STC 42/2007, de 26 de febrero, FJ 2.º). Deberá ser censurado por el TC los jueces y tribunales en cuyas sentencias «se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable» (STC 165/2001 de 16 de julio).

c) A pesar de reunir todos los requisitos de los derechos fundamentales y tener el derecho a la prueba un contenido y unos límites plenamente identificables y propios, la doctrina del TC, haciendo hincapié en el carácter procedimental del derecho a la prueba, le niega autonomía o sustantividad propia en amparo, puesto que exige al recurrente que acredite no solo su vulneración, sino además que justifique la infracción del art. 24.1 CE, es decir, debe probar que se le ha ocasionado indefensión material (6). Y ello porque «el derecho al empleo de las pruebas pertinentes está comprendido en el derecho a la tutela judicial efectiva» (SSTC de 5 de abril de 1984 y de 1 de abril de 1986). Así, «es necesario que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente por ser aquélla decisiva en términos de defensa, lo que exige que el recurrente haya alegado su indefensión material en la demanda de amparo. Esta exigencia se proyecta en un doble plano: por un lado, el recurrente debe razonar en esta vía la relación entre los hechos que se quisieron probar y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas. Y, por otro lado, debe argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podía haber sido favorable a sus pretensiones de haberse aceptado y practicado la prueba propuesta (SSTC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2.º; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2.º; 133/2003, de 30 de junio, FJ 3.º; 129/2005, de 23 de mayo, FJ 3.º; 244/2005, de 10 de octubre, FJ 5.º; 308/2005, de 12 de diciembre, FJ 4.º)» (FJ 4.º) (STC 42/2007, de 26 de febrero).

Como se ha podido comprobar esta es una muestra de cómo la Jurisprudencia del TC, fundamentalmente a través de la resolución de recursos de amparo, ha contribuido a dotar de rango constitucional algunos aspectos del Derecho procesal, con lo que se ha hecho evidente la «fuerza expansiva de los Derechos fundamentales». El reconocimiento constitucional del *derecho a la utilización de los medios de prueba* (art. 24.2 CE) ha marcado, así, un antes y un después en relación con la prueba procesal, al elevarse ésta a categoría de derecho fundamental, con todo lo que ello implica.

II. EL LÍMITE A LA POSIBILIDAD DE ACORDAR DILIGENCIAS FINALES DE OFICIO. A VUELTAS CON LOS LÍMITES A LA INICIATIVA PROBATORIA DEL TRIBUNAL. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JULIO DE 2010

Antonio MENACHO DE SOLÁ-MORALES
Abogado

Una cuestión que ha sido objeto de discusiones es el de las facultades del juez

para tomar la iniciativa en el ámbito probatorio del proceso civil. Y dentro de



ésta, el alcance de la facultad del tribunal de acordar de oficio la práctica de nuevas pruebas como diligencias finales del art. 435.2 LEC.

Este precepto establece que, de forma excepcional, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados por las partes, cuando los actos de prueba realizados no han resultado conducentes (se entiende, a la demostración del hecho) por causas ya desaparecidas e independientes a la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

En él han visto parte de la Doctrina y de la jurisprudencia un resquicio, aunque pequeño, para la iniciativa probatoria de oficio por parte del tribunal.

Si se atiende a la literalidad del citado apartado 2 del art. 435 LEC, estas diligencias finales no permiten mucho margen al juzgador, habida cuenta que no contemplan la posibilidad general de completar una situación de falta de prueba, sino un supuesto muy concreto. A saber, que habiendo sido propuestas las pruebas para acreditar un cierto hecho, el resultado de las mismas no ha sido satisfactorio («conducente» dice la ley) a causa de circunstancias ya

desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes. Y que existan motivos fundados para creer que nuevas diligencias permitirán adquirir certeza sobre los hechos. Es decir, parece que no basta con que la prueba practicada no haya tenido un resultado satisfactorio y que esto no sea imputable a las partes, sino que es necesario además que razonablemente se prevea que la práctica de nuevas diligencias dará lugar a la prueba de los hechos de que se trata.

Atendiendo a lo cual, la AP de Barcelona, en sentencia de 31 de marzo de 2006 (núm. 201/2006) declaró que «La ley sólo permite estas diligencias cuando los actos de prueba no hubieran resultado conducentes por razones de impedimento temporal...».

No obstante, otros tribunales han hecho una aplicación mucho menos rigurosa del precepto, permitiendo el uso de las diligencias finales de forma similar a las antiguas diligencias para mejor proveer, permitiendo al tribunal mayor iniciativa probatoria.

Habiendo razonado parte de la doctrina la conveniencia de esta aplicación amplia en la conveniencia de evitar en lo posible el tener que acudir a la aplicación de la regla de juicio de la carga de la prueba, considerada poco deseable.

En este contexto se dicta la STS de 19 de julio de 2010 (rec. 1368/2006), que resuelve un recurso extraordinario por infracción procesal en relación con una reclamación de vicios de construcción en el que, tras el juicio, donde se practicó prueba pericial, el juez acordó *in voce* en el acto de la vista, solicitar que una entidad oficial emitiera informe sobre los desperfectos existentes en la fachada del edificio. Alegando la recurrente que con ello se vulneraba lo establecido por el art. 435 LEC y se le causaba indefensión.

Declara el Tribunal Supremo:

«A) Las diligencias finales restringen de forma sustancial las facultades del juez en coherencia con los principios fundamentales que rigen el proceso civil en el sentido de que mantienen un adecuado equilibrio en lo relativo a la carga de la prueba, impiden suplir la inactividad o negligencia de una parte y propician la igualdad de todas ellas en el proceso, impidiendo que puedan practicarse nuevas pruebas o distintas de las que fueron objeto de proposición en el proceso y restringiendo la actuación del órgano jurisdiccional para que pueda acordarlas de oficio (artículo 435 LEC), desde la idea de que no hay un interés público, sino privado en disputa y de que es a la parte a quien compete la reclamación, así como su activa colaboración para que la prueba se admita y se practique dentro de los actos ordinarios del proceso. Como dice la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000 "no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho". Lo contrario supondría eliminar la carga probatoria, que en la actualidad establece el artículo 217, a cuyas reglas se somete el juez para resolver el asunto, incluidas las derivadas de una falta de prueba (STS 4 de abril de 2008).»

Parece claro que el Alto Tribunal se inclina por una aplicación restrictiva de la posibilidad de acordar pruebas de oficio por el juez, impidiendo que puedan practicarse pruebas distintas de las

que fueron propuestas por las partes. Y añade además, apoyándose en la Exposición de Motivos de la Ley, que al juez no le compete investigar la veracidad de los hechos alegados.

No obstante, de forma aparentemente contradictoria, a continuación del anterior razonamiento desestima el recurso en cuanto a este motivo, con base en lo siguiente:

«Pues bien, en el caso, la decisión adoptada en la 1.ª instancia de acordar que una entidad oficial expida y remita al juzgado informe sobre los desperfectos de las fachadas de los inmuebles, no ha sido sorpresiva ni mucho menos inmotivada, antes al contrario —dice la sentencia—, "la decisión se dicta con fecha 1 de marzo de 2005 y tal decisión fue motivada *in voce*, no siendo recurrida por la parte demandada, hoy apelante. Más tarde mediante providencia de 17 de marzo de 2005, y una vez recibida la documentación del organismo oficial, se dio traslado a las partes con tres meses de antelación a la fecha de la celebración de la Vista. En consecuencia, la parte demandada tuvo conocimiento de la decisión adoptada por el juez de instancia, y lo que es más importante, que ha tenido tiempo suficiente para no ser sorprendida, pudiendo haber puesto en marcha los recursos impugnatorios que tuviera por conveniente, de forma que esa decisión judicial no ha dado lugar a un estado de indefensión". Añádase que difícilmente ha podido producir indefensión una prueba de estas características que no hace sino complementar la pericial practicada, que ha sido tenida en cuenta para resolver el conflicto.»

Pero esta aparente contradicción tal vez no sea tal si se atiende al hecho de que en realidad el Tribunal Supremo está desestimando el recurso no tanto porque la diligencia se hubiera adoptado correctamente, pues su anterior razonamiento indica lo contrario, sino porque la demandada no recurrió contra dicha decisión del juez pudiendo haberlo hecho y por tanto no se le ha producido indefensión.

En todo caso, la cuestión no parece resuelta de forma tajante. ■

NOTAS

(1) Para la constatación de las dos dimensiones, ver, entre otros, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, «La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, año 13, núm. 39, septiembre-diciembre 1999, pág. 207. Y para su dimensión objetiva, MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, y DE OTTO

PARDO, Ignacio, *Derechos Fundamentales y Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

(2) Para el estudio de esta evolución del constitucionalismo, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E, «La Constitución como norma» en *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático dirigido por Alberto PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA*, Ed. Civitas, Madrid 1985, págs. 95 y ss.

(3) PICÓ i JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*,

J. M. Bosch Editor, Barcelona 1996, págs. 14 y 15.

(4) Para la participación directa del TC en la configuración de los derechos fundamentales, ver DE OTTO y PARDO, Ignacio de, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Madrid, Ed. Ariel Derecho 1987, pág. 151.

(5) APARICIO PÉREZ, Miguel A., «Naturaleza, estructura y elementos de los derechos constitucionales», cap. 27

del *Manual de Derecho Constitucional*, Miguel A. APARICIO PÉREZ, Mercé Barceló i Serramallera, (coords.), Atelier, Barcelona 2009, págs. 603 y ss.

(6) Ello resulta ciertamente criticable. En este sentido, PICÓ i JUNOY, Joan, «El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Cap. I de la obra *Problemas actuales de la prueba civil*, (Xavier Abel Lluch, Joan Picó i Junoy, coords.), J. M. Bosch, Barcelona 2005, pág. 68.



Preguntas con respuesta

La prueba a consulta

LA LEY 12801/2011

Preguntas con respuesta: la prueba a consulta

Xavier FELIP ARROYO

Abogado, profesor de la Facultad de Derecho ESADE-URL
y director de la Escuela de Práctica Jurídica del Ilustre Colegio
de Abogados de Sabadell

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.

La primera cuestión plantea la necesidad de presentar el dictamen pericial de parte del demandado antes de la vista del juicio verbal, tras la entrada en vigor de la L 13/2009. En opinión del autor, la solución aportada en la STC 60/2007 de admitir, sin cortapisas, que los demandados en el juicio verbal aportaran sus dictámenes periciales en el acto de la vista sin previo anuncio y sin previo traslado a la parte actora no debería entenderse modificada por la entrada en vigor de la L 13/2009.

La segunda pregunta, sobre el reconocimiento judicial y las nuevas tecnologías, y en concreto sobre la aportación al proceso de una página web o un e-mail, concluye que la misma puede hacerse solicitando el reconocimiento judicial para que el juez pueda percibir directamente el contenido de aquella página web o e-mail. En dicho reconocimiento judicial, como prueba directa, lo esencial es que el juez perciba directamente el entorno informático, ya sea tecleando personalmente o ya sea visionando la pantalla auxiliado por un perito informático, auxilio que tan sólo cabe si lo solicitan las partes o si existe una prueba pericial aportada al proceso.

I. EN LOS JUICIOS VERBALES, ¿EL DEMANDADO DEBE PRESENTAR EL DICTAMEN PERICIAL DE PARTE CON ANTERIORIDAD A LA VISTA?

La L 13/2009, de 3 de noviembre, ha introducido nuevos incisos en los arts. 337.1, 338.2.1 y 339.2 L 1/2000, de 7 de enero (en adelante LEC) que justifican la pregunta que se plantea en la presente colaboración. Rezan así (los nuevos incisos se destacan en negrita):

Art. 337.1:

«Si no les fuese posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con 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 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».

Art. 338.2.1:

«Los dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda o por lo alegado y pretendido en la audiencia previa al juicio se aportarán

por las partes, para su traslado a las contrarias, con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio o de la vista, en los juicios verbales con trámite de contestación escrita, manifestando las partes al Tribunal si consideran necesario que concurran a dichos juicio o vista los peritos autores de los dictámenes, con expresión de lo que se señala en el apartado 2 del artículo 337».

Art. 339.2:

«El demandante o el demandado, aunque no se hallen en el caso del apartado anterior, también podrán solicitar en sus respectivos escritos iniciales o el demandado con la antelación prevista en el párrafo segundo del apartado anterior de este artículo, que se proceda a la designación judicial de perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial (...)».

Hasta la reforma de referencia, la práctica diaria en las vistas de los juicios verbales era dispar:

— En algunos juzgados se admitía que la parte demandada aportara sus dictámenes periciales en el mismo acto de la vista sin considerar que ello produjera indefensión a la parte actora, puesto que el momento procesal oportuno para que el demandado pueda aportar documentos y dictámenes y proponer la prueba era justamente el acto de la vista y la inadmisión supondría vulnerar el derecho fundamental de la parte demandada a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa.

— Por el contrario, en otros juzgados se rechazaba por considerar que por coherencia con el art. 337 LEC debía exigirse a la parte demandada su aportación con anterioridad a la vista para satisfacer el derecho de defensa de la actora y darle la oportunidad de poder posicionarse respecto de tales dictámenes y rebatirlos con contra pruebas; así, la aportación en el acto de la vista se consideraba extemporánea.

Tal situación se resolvió con la STC 60/2007, de 26 de marzo (BOE núm. 100 suplemento, de 26 de abril de 2007). Según dicha Sentencia, se deduce con claridad del art. 265.4 LEC —que no ha sido objeto de reforma— que el momento hábil para que el demandado en un juicio verbal aporte los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes relativos al fondo del asunto es el acto de la vista puesto que en el juicio verbal la contestación a la demanda se realiza oralmente en el mismo acto de la vista y no con anterioridad. También añade el Tribunal Constitucional que el art. 337.1 LEC es una norma excepcional a la regla general ya expuesta, puesto que sólo se refiere a los casos en que las partes no pueden aportar sus dictámenes en la fase de alegaciones, es decir, con la demanda o con la contestación.

Así, desde la referida sentencia hasta la entrada en vigor de la L 13/2009, los juzgados y tribunales pasaron a admitir, sin cortapisas, que los demandados en un juicio verbal aportaran sus dictámenes periciales en el acto de la vista sin previo anuncio y sin previo traslado a la parte actora.

No obstante, la introducción de los incisos que son objeto de esta colaboración ha sembrado nuevamente la duda, habiendo jueces que han recuperado la antigua idea de que es extemporánea la aportación de dictámenes periciales en el acto de la vista del juicio verbal por parte del demandado.

Como puede comprenderse fácilmente, la cuestión no es baladí y resulta de vital importancia para el derecho de las partes y para que sus letrados puedan organizar su estrategia del modo más eficaz para los intereses a los que consagran su actividad.

En mi opinión, la reforma que ha supuesto la L 13/2009 en nada debe modificar el estado de cosas asentado por la ya referida sentencia del Tribunal Constitucional, por las razones siguientes:

— El art. 265.1.4.º LEC establece de manera meridiana que las partes deben aportar los dictámenes periciales con la demanda o con la contestación, según el caso. Dicho artículo está ubicado en el Título I del Libro III de la LEC, referido a las disposiciones comunes a los procesos declarativos. En su consecuencia, dada la indiscutida naturaleza declarativa del juicio verbal (ex art. 248.1 LEC), la norma general de aportación de dictámenes periciales por el demandado con la contestación a la demanda también es de aplicación a los juicios verbales. Y puesto que conforme al art. 443.2 LEC en este tipo de procedimientos la contestación a la demanda se formula oralmente en la vista, la aportación de dictámenes por el demandado debe realizarse en dicho acto. En línea con esta idea, el art. 265.4 LEC establece de manera contundente que «en los juicios verbales, el demandado aportará los (...) dictámenes e informes a que se refiere el apartado 1 en el acto

de la vista». Toda vez que tanto el art. 265.1.4.º LEC como el art. 265.4 LEC mantienen su redacción, debe estarse a la interpretación que de los mismos efectuó la ya expuesta STC 60/2007.

— La introducción del inciso «cinco días» en el art. 337.1 LEC en nada cambia lo dicho. En primer lugar, tal inciso debe entenderse en el ámbito de la excepcionalidad a que se refiere la repetida Sentencia del Tribunal Constitucional. Y, en segundo lugar, simplemente desvanece la duda sobre cuál es el plazo máximo para que las partes aporten sus dictámenes en los casos eventuales en que no los hayan podido aportar con la demanda o con la contestación, y ese plazo máximo es del de cinco días antes del inicio de la vista en el caso del juicio verbal, para evitar así la práctica limítrofe con la mala fe procesal consistente en aprovechar esa laguna legal para aportar el demandado su dictamen pericial momentos antes del inicio de la vista.

— Del mismo modo, la introducción del inciso «con trámite de contestación escrita» en el art. 338.2.I LEC tampoco supone ningún cambio al respecto. Dicho artículo también regula una excepción a la regla general, cual es la aportación de dictámenes periciales cuya necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a causa de alegaciones del demandado en la contestación a la demanda (en lo que aquí interesa respecto del juicio verbal). En consecuencia, esta posibilidad sólo está prevista para que el actor aporte dictámenes periciales en un momento posterior a su demanda, pero no se refiere, ni ahora ni antes de la reforma, a la aportación de dictámenes por parte del demandado en un juicio verbal. Así, pues, el nuevo inciso «con trámite de contestación escrita» simplemente se refiere a que, en los juicios verbales, la aportación de un dictamen pericial por la parte actora después de presentada su demanda sólo puede justificarse por la utilidad o necesidad que se suscite en la contestación de un juicio verbal «con trámite de contestación escrita» y no en un juicio verbal estándar, es decir, sin contestación escrita, puesto que en este último caso debería suspenderse la vista del juicio verbal para dar la posibilidad de aportar el nuevo dictamen, suspensión que no está prevista en la LEC, mientras que en los verbales con contestación escrita la necesidad de aportar el dictamen el actor ya la detecta al recibir la contestación escrita y, sin necesidad de suspensión de la

vista, y antes de los cinco días de su inicio, puede la parte demandante aportar su dictamen pericial al amparo del art. 338.2 LEC.

En este punto es importante no confundir la aportación de dictámenes periciales en este supuesto excepcional con las «respuestas escritas» reguladas *ex novo* en el art. 440.1.III *in fine* LEC, puesto que las «respuestas escritas» no tienen la condición de dictámenes periciales y por eso deben solicitarse en el plazo de los tres días siguientes a la recepción de la citación para el juicio verbal.

— Finalmente, la introducción del inciso «o el demandado con la antelación prevista en el párrafo segundo del apartado anterior de este artículo» en el art. 339.2 LEC tampoco cambia nada, puesto que dicho artículo se circunscribe a los casos de solicitud de parte para que el juzgado designe perito, pero no a la aportación de dictamen pericial de parte.

En opinión de quien suscribe, sigue siendo claro que la parte demandada en un juicio verbal debe aportar su dictamen pericial de parte en el acto de la vista, con la contestación oral a la demanda. No obstante, a nadie se le escapa que en el fondo de estas renacidas dudas subyace la idea de algunos jueces y magistrados de que el juicio verbal es de dudosa constitucionalidad por cuanto que cercena las posibilidades de defensa del actor en tanto que éste desconoce el contenido de la oposición que realizará el demandado en el acto de la vista y, por tanto, merma su derecho fundamental de defensa, viéndose abocado a una cierta «defensa improvisada» frente a excepciones procesales, en cuanto a pronunciarse sobre los documentos y dictámenes aportados de contrario, también respecto a la fijación de hechos controvertidos, y en cuanto a la proposición de medios de prueba para rebatir los argumentos expuestos «sorpresivamente» por el letrado demandado.

En conclusión, a la vista de la reforma introducida por la L 13/2009, y bajo la doctrina del Tribunal Constitucional en su S 60/2007, pueden configurarse las siguientes situaciones en los juicios verbales en materia de aportación de dictámenes periciales (1):

INICIATIVA	DICTAMEN	SITUACIÓN	APORTACIÓN	ARTÍCULOS LEC
Actor particular en juicio verbal, tanto con contestación escrita como oral	De parte	Lo aporta	Con la demanda	265.1.4.º y 336.1
		No puede aportarlo	Justificación y anuncio en la demanda + aportación cuando disponga de él y en todo caso 5 días antes de la vista	336.3 y 337.1
Actor particular en juicio verbal con contestación escrita	De parte	Su necesidad o utilidad se pone de manifiesto con la contestación	5 días antes de la vista	338
Actor particular en juicio verbal con contestación oral			Su aportación no está prevista porque no está prevista la suspensión de la vista por este motivo	
Actor particular	Designación judicial		Solicitar designación en la demanda	339.2
Actor de oficio			265.1.4.º segundo inciso y 339.1.I	
Actor de oficio en juicio verbal, tanto con contestación escrita como oral	Designación judicial	Su necesidad o utilidad se pone de manifiesto con la contestación	Solicitar designación antes de la vista con tiempo suficiente para que se pueda realizar la designación, emitir el dictamen y trasladarlo al demandado 5 días antes de la vista	338
			Su aportación no está prevista porque no está prevista la suspensión de la vista por este motivo	338

INICIATIVA	DICTAMEN	SITUACIÓN	APORTACIÓN	ARTÍCULOS LEC
Demandado particular en juicio verbal con contestación oral	De parte	Lo aporta	Con la contestación oral en el acto de la vista	265.1.4.º y 265.4
Demandado particular en juicio verbal con contestación oral	De parte	No puede aportarlo	En previsión, anunciarlo antes de la vista y solicitar su aplazamiento con petición de ayuda al Juzgado para su elaboración (por ejemplo, requerimiento al actor para dejar pasar al perito a su finca)	No previsto expresamente en la LEC
Demandado particular en juicio verbal con contestación oral	Designación judicial		Solicitar designación con 10 días de antelación a la vista	339.2

Demandado de oficio en juicio verbal con contestación oral	Designación judicial	No debe aportarlo	Solicitar designación con 10 días de antelación a la vista	265.1.4.º segundo inciso, 339.1.I y 339.1.II
Demandado particular en juicio verbal con contestación escrita	De parte	Lo aporta	Con la contestación escrita	265.1.4.º y 336.1
Demandado particular en juicio verbal con contestación escrita	De parte	No puede aportarlo	Justificación y anuncio en la contestación escrita + aportación cuando disponga de él y en todo caso 5 días antes de la vista	336.4 y 337.1
Demandado particular en juicio verbal con contestación escrita	Designación judicial		Solicitar designación en la contestación escrita	339.2
Demandado de oficio en juicio verbal con contestación escrita	Designación judicial	No debe aportarlo	Solicitar designación en la contestación escrita	265.1.4.º segundo inciso y 339.1.I
Tribunal o Juzgado de oficio	Designación judicial		En los procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales	339.5

II. RECONOCIMIENTO JUDICIAL Y NUEVAS TECNOLOGÍAS ¿PUEDEN LAS PARTES PROPONER EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL PARA QUE EL JUEZ PERCIBA EL CONTENIDO DE UNA PÁGINA WEB O DE UN E-MAIL? ¿PODRÍA EL JUEZ AUXILIARSE POR UN PERITO INFORMÁTICO PARA LA PRÁCTICA DE ESTA DILIGENCIA?

Joan PICÓ I JUNOY

Catedrático de Derecho Procesal URV

La presente cuestión plantea una doble problemática derivada de la aportación al proceso de una página web o un e-mail, que merecen una solución diferente.

El primer interrogante que debemos resolver es el de la admisibilidad del reconocimiento judicial solicitado para que el juez pueda percibir directamente el contenido de una página web o un e-mail. La necesidad de este reconocimiento puede venir dado por dos circunstancias: la impugnación de la autenticidad de un documento (esto es, la impresión en papel de la página web o del citado e-mail), o la visualización de un dato alegado en el proceso y cuya prueba requiere el acceso a Internet o a la cuenta de correo de la persona donde se encuentra el e-mail.

La respuesta a este interrogante debe ser positiva (2) si bien con algún matiz:

a) En el caso de la impugnación de la inexactitud o autenticidad del documento (3), el art. 326.2 LEC prevé que quien lo haya presentado pueda solicitar cualquier medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto, esto es, en nuestro caso, el reconocimiento para que el juez pueda cotejar la copia escrita con el original presente en formato electrónico. Al respecto, debemos efectuar

dos matizaciones: si la impresión de la página web o del e-mail ha sido intervenida por un notario, al encontrarnos ante un documento público, en caso de impugnación de su autenticidad deberá procederse a su cotejo o comprobación con el original que conste en el protocolo notarial; y si se alega la manipulación o alteración del documento original que custodia el notario, lo pertinente será solicitar la prueba pericial informática (4).

b) Y respecto a la visualización de un dato alegado en el proceso y que consta en una página web, la petición de que el juez acceda a la misma mediante el reconocimiento judicial resulta plenamente pertinente y útil. Sin embargo, debemos efectuar también aquí alguna matización: en primer lugar, deberá evitarse que con el reconocimiento puedan introducirse hechos no alegados por las partes pues, de lo contrario, se infringiría la prohibición de *mutatio libelli* del art. 412.1 LEC (5); en segundo lugar, debemos asegurarnos de que la página web visionada no ha sido sustituida, pues existe la posibilidad técnica de hacerlo, creando así una realidad ficticia; y en tercer lugar, si bien la conexión a Internet es sumamente fácil en la sala de vistas, lo difícil es asegurar que lo que contiene la página web que se está visionando no ha sido alterado (6).

La proposición y práctica del reconocimiento judicial —como bien indica ABEL LLUCH (7)— seguirá las pautas generales de este medio de prueba, esto es, se propondrá en la audiencia previa (del juicio ordinario) o la vista (del juicio verbal) y la parte proponente deberá precisar: a) los extremos principales objeto del reconocimiento (p. ej., el contenido de una página web; el número de e-mails enviados o recibidos y sus contenidos; la identificación de los remitentes o destinatarios de los e-mails; etc.) (art. 353.1 LEC); b) si desea concurrir a la prueba del reconocimiento con alguna persona técnica o práctica en la materia, esto es, en nuestro caso, por



AUTOR:

Vicente Magro Servet

Páginas: 656 • Encuadernación: Rústica
ISBN: 978-84-8126-845-4

Manual práctico sobre DERECHO DE LA CIRCULACIÓN Y DEL SEGURO en la siniestralidad vial

Profundo estudio casuístico de una de las materias que con mayor frecuencia se trata en los órganos judiciales y que ha sido objeto en los últimos años de una amplísima amalgama de reformas legislativas.

El libro consta de 242 preguntas donde se recoge toda la casuística afectante al mundo del derecho de la circulación y del seguro, ofreciendo la jurisprudencia actualizada a los problemas que se plantean y su referencia de apoyo legislativo actualizado para concentrar el método de búsqueda y obtener una respuesta inmediata al problema que le ha surgido al profesional.



LA LEY
grupo Wolters Kluwer

ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR
TEL.: 902 250 500 / INTERNET: <http://tienda.laley.es>

NUEVO



una ingeniero informático (art. 353.1 LEC); c) si el reconocimiento judicial se llevará cabo en la sede del tribunal, aportando o no los medios técnicos para su práctica, o, por el contrario, el juez deberá desplazarse al lugar donde se encuentra el ordenador (8). Como es obvio, a la vista de la proposición del reconocimiento, la parte contraria podrá proponer la ampliación de su objeto a otros extremos distintos e indicar, igualmente, si proponen una persona técnica o práctica (art. 353.2 LEC). Será en la misma audiencia previa o en la vista del juicio verbal, donde el juez admitirá (o, en su caso, denegará) el reconocimiento propuesto, precisando los extremos del mismo, si se admite la presencia del técnico o práctico propuesto y el lugar en que debe practicarse. La práctica del reconocimiento judicial precisa una referencia al lugar, tiempo, forma y la eventual concurrencia con otros medios de prueba. El lugar del reconocimiento puede ser la sede del tribunal y así sucederá cuando el reconocimiento se practica en el ordenador del juzgado (p. ej., solicitando que se acceda a una determinada página web) o en un ordenador portátil que haya podido facilitar la parte proponente. Pero también puede practicarse el reconocimiento fuera de la sede del juzgado y así sucederá cuando el juez tenga que desplazarse a un lugar para examinar un ordenador fijo (p. ej., solicitando se indique el número de e-mail remitidos a cierto destinatario). La práctica del reconocimiento se efectúa en presencia del juez, asistido por el secretario, y con la intervención de letrados, procuradores, técnicos o prácticos. Siendo una prueba directa, lo esencial es que el

juez perciba directamente el entorno informático, sea tecleando personalmente el ordenador, sea visionando la pantalla y el entorno digital a partir de las instrucciones de un técnico o práctico. Y ello nos conduce a la segunda parte de la pregunta que seguidamente pasamos a resolver.

El segundo interrogante es el de la posibilidad de que el juez pueda auxiliarse por un perito informático para la práctica del reconocimiento judicial. Al respecto, debemos distinguir las siguientes tres situaciones:

a) Si la participación de la persona técnica o práctica en la materia ha sido solicitada por alguna de las partes, la cuestión se resuelve fácilmente por la aplicación de los arts. 354.3 y 356.1 LEC que permiten la intervención del juez en la declaración de tales personas (bien en calidad de prácticos o de peritos, respectivamente).

b) Si las partes no han solicitado la participación de la persona técnica o práctica en la materia pero existe una prueba pericial aportada al proceso, el juez puede ordenar la intervención del perito en el acto de reconocimiento judicial aunque no lo hayan pedido las partes si lo estima conveniente. Indirectamente así se prevé en el art. 356 LEC: su párrafo primero establece que «cuando el tribunal lo considere conveniente, podrá disponer, mediante providencia, que se practiquen en un solo acto el reconocimiento judicial y el pericial, sobre el mismo lugar, objeto o persona»; y su párrafo segundo dispone que «las partes podrán solicitar también la práctica conjunta de ambos reconocimientos», ergo es fácil deducir que en el párrafo primero se recoge una iniciativa oficiosa del juez (9).

c) Y finalmente, la situación más problemática y compleja parece ser la posibilidad de que la intervención de la persona técnica o práctica en la materia, esto es, de un experto en informática, pueda ser declarada de oficio (así, pensemos, por ejemplo, que el juez llame al informático que presta sus servicios en el juzgado para que supervise la corrección del reconocimiento judicial). La literalidad de la ley —art. 353.2 LEC— y la evolución parlamentaria inducen a pensar en la respuesta negativa (10), esto es, la imposibilidad de que el juez pueda, de oficio, ordenar la intervención de una persona técnica o práctica en la materia no solicitada por las partes. Sin embargo, al margen de la opinión crítica que pueda tenerse respecto de la exacerbación del principio de aportación de parte en materia probatoria y la injustificada negativa a cualquier tipo de iniciativa probatoria *ex officio iudicis* (11), existe una posibilidad para permitir cierta «iniciativa» del juez en este punto: nos estamos refiriendo a la sugerencia probatoria del juez del art. 429 LEC, en virtud de la cual el juez, en la audiencia previa —o en la propia vista del juicio verbal—, puede sugerir a ambos litigantes la conveniencia de que asista al reconocimiento judicial un práctico o experto en la materia —sin necesidad de indicar la persona concreta— para que, de acoger dicha sugerencia por alguno de ellos, pueda participar dicho experto (12). ■

NOTAS

(1) No se aborda la situación de petición de perito por designación judicial en caso de alegaciones complementarias y aclaratorias y de pretensiones complementarias, porque se exige conformidad por ambas partes en el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen del perito que el tribunal nombre (art. 339.3.II LEC), conformidad que se escapa del objeto de esta colaboración.

(2) Y así lo entienden también ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Internet y prueba civil*, en «Revista Jurídica de Catalunya», 2001, núm. 4, pág. 1.082; ABEL LLUCH, X., *Prueba electrónica*, en «La prueba electrónica», coords. X. ABEL y J. PICÓ, edit. J. M.ª Bosch editor, Barcelona, 2011, pág. 75; y RAMOS ROMEU, F., y CAÑABATE PÉREZ, J., *Los datos digitales en el proceso civil: prevención, producción y autenticación*, en «Revista Jurídica de Catalunya», 2011, núm. 1, pág. 74.

(3) La denuncia de la inexactitud del documento comportará su cotejo con lo documentado en el archivo digital, mientras que la impugnación de su autenticidad hace referencia a la misma existencia del archivo digital, a la autoría del mismo o a la manipulación de su contenido, lo que normalmente exigirá una prueba pericial.

(4) RAMOS ROMEU y CAÑABATE PÉREZ destacan la existencia en el mercado de softwares que a partir de los archivos almacenados en el sistema (por ejemplo, un CD o un USB) genera un resumen o hash, es decir, calcula un valor numérico único e irreplicable a partir de los contenidos exactos del archivo por medio de un algoritmo estándar, valor que ocupa no más de un párrafo, el cual es también protocolizado notarialmente. Así, en el caso de discutirse la autenticidad de los datos digitales que se aportaron al notario, puede demostrarse que no han sido manipulados con posterioridad si tras aplicar el citado software el valor resultante coincide con el que en su día se protocolizó notarialmente —la alteración de un bit de la cadena de bits de la copia notarial supone el cambio del valor hash y ello tiene lugar con la simple introducción de un espacio en el texto— (Los datos digitales en el proceso civil: prevención, producción y autenticación, en «Revista Jurídica de Catalunya», 2011, núm. 1, págs. 67 y 68).

(5) Los hechos que conforman el objeto del proceso no pueden cambiarse ni por voluntad de las partes ni por una actuación oficiosa del juez (al respecto, me remito a mi trabajo *La modificación de la demanda en el proceso civil. Reflexiones sobre la*

prohibición de «mutatio libelli», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006).

(6) Esta dificultad es la que, en la práctica, provoca que suela preconstituirse documentalmente el contenido de una página web o un e-mail, o se solicite la anticipación o aseguramiento de la prueba.

(7) ABEL LLUCH, X., ob. cit., pág. 76.

(8) No hay inconveniente en pedir que el juez se desplace al lugar donde se encuentren el objeto del reconocimiento judicial, si bien es cierto que lo más inteligente para evitar el riesgo de denegación de esta prueba al entender el juez que con ello se perderá excesivo tiempo es indicar, en la audiencia previa, que la parte proponente facilitará, en caso de necesidad, el acceso a la información contenida en un soporte telemático (así, el día del juicio, para evitar cualquier contratiempo, puede acudir ad cautelam con un ordenador portátil con acceso a Internet desde donde permitir el reconocimiento judicial).

(9) Además, la posibilidad de convocar de oficio al perito, tanto el de parte como el de designación judicial, al acto del juicio se refleja en distintos preceptos de la LEC: así, vid. sus arts. 338.2.II, 346 o 429.8.

A igual conclusión llega FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, Ed. LA LEY, Madrid, 2000, pág. 255; LÓPEZ YAGÜES, V., ob. cit., pág. 220; y ABEL LLUCH, X., ob. cit., pág. 77.

(10) La enmienda núm. 366 presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Socialista pretendía que el juez pudiera de oficio ordenar la recepción de información de estos expertos prácticos y convocar a las partes a dicho acto. Sin embargo, dicha enmienda se rechazó, fundamentalmente, al considerar que la iniciativa probatoria en el proceso civil pertenece a las partes.

(11) Sobre este particular, me remito al documentado estudio de ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005; y a mis trabajos *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Ed. J. M.ª Bosch, Barcelona, 1996, págs. 207 a 281, y *El juez y la prueba*, Ed. J. M.ª Bosch, Barcelona, 2007, págs. 99 a 128.

(12) Al margen de los estudios indicados en la nota anterior, sobre el art. 429 LEC puede consultarse monográficamente la obra *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, coords. X. ABEL y J. PICÓ, Ed. J. M.ª Bosch editor, Barcelona, 2003.



rincón

DELECTURA

LA LEY 93/2011



La prueba judicial

Autor: VV.AA.

Ed. LA LEY

Año: Madrid, 2011, 1.800 págs.

Esta obra que el lector tiene en sus manos recoge las aportaciones más relevantes del Congreso Unijes 2010, convocado por las Facultades de Derecho de las Universidades de Deusto, Pontificia de Comillas de Madrid y Esade (URL). Dicho Congreso tuvo por objetivo una reflexión jurídica sobre la prueba judicial, de carácter transversal, que abordó temas dogmáticos sobre la prueba, los avances del Derecho Probatorio en cada una de las jurisdicciones (civil, penal, laboral y contencioso-administrativa) y temas específicos de Probática, a modo de cómo probar determinados hechos en el proceso.

La singularidad de esta obra radica en tres factores. En primer lugar, su enfoque transversal, abordando temas que afectan a las distintas jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa. En segundo lugar, su enfoque multidisciplinar.

Por regla general, la reflexión sobre los grandes temas de la prueba ha partido de juristas —profesores universitarios, abogados, jueces—, pero aquí se enriquece con aportaciones y aproximaciones de otros profesionales intervinientes en el proceso judicial y en la prueba de los hechos desde enfoques distintos y, a menudo en una fase preprocesal, como pueden ser peritos, ingenieros o detectives. Y, en tercer lugar, un enfoque orientado hacia la práctica forense en los Juzgados y Tribunales. La reflexión académica adquiere su máxima plenitud cuando es capaz de incidir en la práctica forense, resolviendo las lagunas que se producen en la misma o anticipando nuevas perspectivas o soluciones. Las ponencias responden a la inquietud de resolver dudas al jurista y, en general, al lector interesado en los grandes temas de la prueba para facilitar su ejercicio profesional.

El lector podrá encontrar temas clásicos sobre la reflexión jurídica de la prueba (prueba y verdad, o prueba e ideología), pero también temas de máxima actualidad (la prueba y las nuevas tecnologías, la prueba de perfiles de ADN, la prueba de la mala práctica médica, la prueba del error profesional, la prueba del Derecho extranjero, o la prueba de los malos tratos familiares, por citar algunos ejemplos) y otros temas poco frecuentes en monografías o manuales al uso (la prueba del lucro cesante, la prueba de paternidad en los reconocimientos de complacencia, la carga de la prueba en reclamaciones civiles de discriminación por razón de sexo, la prueba de la responsabilidad empresarial por riesgos ambientales, la prueba del defecto cuando el producto defectuoso desaparece, la prueba de la desviación de poder en el proceso contencioso-administrativo, o la incidencia de la prueba estadística y del «principio de transversalidad» en la objetivación de la responsabilidad empresarial en materia de igualdad y no discriminación, por citar también algunos ejemplos).



rincón

DELECTURA

LA LEY 94/2011



La prueba electrónica

Directores: Xavier ABEL LLUCH y Joan PICÓ I JUNOY

Editorial: M. Bosch Editor

Año: Barcelona 2011, 484 páginas

La presente obra sobre la prueba electrónica es el quinto de los títulos de la Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho ESADE, serie «Estudios Prácticos sobre los medios de prueba», que tiene por objeto analizar cuestiones controvertidas sobre los distintos medios probatorios en el proceso civil a partir de la práctica de los Juzgados y Tribunales.

Desde el Instituto de Probática y Derecho Probatorio de la Facultad de Derecho de ESADE (URL) se ha impulsado un estudio fundamentalmente práctico sobre los medios de prueba en el proceso civil, dirigido a todos los operadores jurídicos, con la finalidad de fomentar y actualizar la reflexión sobre los retos probatorios que plantea la L 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

Se efectúa un estudio inicial de la prueba electrónica, en el que se intenta perfilar su régimen jurídico, a partir de su exigua regulación en la LEC, siendo éste uno de los mayores retos del Derecho probatorio. A continuación se analizan hasta diecisiete cuestiones controvertidas en la práctica de los Juzgados y Tribunales. Cada una de las respuestas consta de un comentario jurídico y, cuando ha sido posible, un índice sistemático de jurisprudencia sobre la cuestión planteada, así como un extracto de las sentencias más relevantes, transcurridos ya diez años de vigencia desde la entrada en vigor de la L 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

Las cuestiones analizadas, y para facilitar la consulta del lector, se han dividido en cinco capítulos: 1.º Obtención y aportación de prueba electrónica; 2.º Copias y conservación de la prueba electrónica; 3.º Proposición, admisión y práctica de la prueba electrónica; 4.º Valoración de la prueba electrónica; 5.º Otras cuestiones. ■

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Diego Pérez Martínez

Santander
21 y 22 de julio de 2011

Patrocinio

Organizado en colaboración con
la Asociación de Abogados del Estado

Banesto



INFORMACIÓN GENERAL

Santander

Campus de Las Llamas
Avda. de los Castros, 42
39005 Santander
Tel.: 942 29 87 00 / 942 29 87 10
Fax: 942 29 87 27
informacion@sa.uimp.es

Madrid

C/ Isaac Peral, 23
28040 Madrid
Tel.: 91 592 06 31 / 91 592 06 33
Fax: 91 592 06 40 / 91 543 08 97
alumnos@uimp.es

Horario:
de 9,00 a 14,00 h.
de 16,00 a 18,00 h.
(excepto viernes)

A partir del 13 de junio de 2011

Palacio de la Magdalena
39005 Santander
Tel.: 942 29 88 00 / 942 29 88 10
Fax: 942 29 88 20

Horario:
de 9,00 h. a 14,00 h.
de 15,30 a 18,00 h.
(excepto viernes)

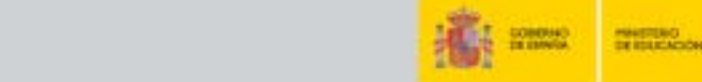
Matricúlese vía online en:
www.uimp.es

Precio de la matrícula: 129 € (sin transporte)
Manutención en la Magdalena: 30 € persona y noche.
Manutención en Colegios Mayores:
Entre 21 y 28 € persona y noche.

Transportista oficial

IBERIA

Código: 613e Tarifa: A



La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es una institución jurídica que tiene por finalidad reparar los daños causados a los ciudadanos por el desarrollo de actividades administrativas.

Dentro de la responsabilidad patrimonial administrativa, cobra especial significación la responsabilidad del Estado, la principal Administración territorial a la que, en ocasiones, se quiere constituir como garante universal de cualesquiera daños sufridos por los ciudadanos.

Este curso tiene por objeto analizar, en profundidad y desde una perspectiva práctica, los principales aspectos de la responsabilidad patrimonial del Estado, la problemática procesal de las reclamaciones, así como los criterios jurisprudenciales más recientes en la materia.

21 y 22 de julio de 2011

Dirección

Diego Pérez Martínez

Abogado del Estado en el Ministerio de Fomento

Jueves 21

9:30 h. Inauguración

10:00 h. Responsabilidad patrimonial: Estado actual de la cuestión. Últimos criterios jurisprudenciales. En particular, el caso FORUM-AFINSA

Jesús Chamorro González

Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias

Rafael Fonseca González

Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias

11:30 h. Responsabilidad del Estado en el ámbito de los contratos administrativos.

Mauricio Corral Escribano

Abogado del Estado
Director Adjunto de los Servicios Jurídicos del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF)

Diego Pérez Martínez

15:30 h. Responsabilidad patrimonial y responsabilidad penal: La progresiva criminalización de la materia. Procesos judiciales emblemáticos: presa de Tous, aceite de colza, Prestige...

Edmundo Bal Francés

Abogado del Estado jefe del Departamento de Penal de la Abogacía General del Estado

Enrique López López

Magistrado de la Audiencia Nacional sección 2ª Penal

Viernes 22

9:30 h. Responsabilidad patrimonial del Estado y seguros

José Luis Martínez-Almeida Navasqués

Abogado del Estado en situación de servicios especiales
Director General de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid

David Mellado Ramirez

Abogado del Estado en la Dirección General de Seguros
Ministerio de Economía y Hacienda

11:30 h. Responsabilidad del Estado legislador; responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia y responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea

Dimitri Berberoff Ayuda

Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Carlos Lesmes Serrano

Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

PUBLICIDAD

Nerea Bascones Díez

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

SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE

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

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

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

JEFE DE PUBLICACIONES: Mercedes Rey García

COORDINADORA: María José Hierro Romero

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

ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN: Centro de Análisis Documental LA LEY

DISEÑO GRÁFICO: Fran Vizueté González

EQUIPO DE DESARROLLO: Juan José García Lozano, Nieves García Cruz, Fernando González Serrano, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Emérita Cerro Durán, Álvaro González Gómez, Olga López Yepes, Javier Docasar, José Medina García, Ramón Zapata Juliá

PRODUCCIÓN GRÁFICA: Eva Arroyo Fraiz, M.ª Antonia Castedo Cotrina, Gloria Lozano Serradilla, Diana Moya Rodríguez, Silvia Mulet París, Laura Usera Macías

Impreso por Wolters Kluwer España, S.A.