JUICIO PENAL: ¿QUÉ ESPERA UN JUEZ DE UN PERITO?

Ponencia 27 de noviembre 2015

II Jornada sobre peritaje y prueba pericial – UOC

María Calvo López.

Magistrada de La Audiencia Provincial de Barcelona y consultora de la UOC

INTRODUCCIÓN

El planteamiento ya exige una primera precisión: el juez del que hablamos es el juez penal. Cabría sobre este punto una segunda precisión que distinguiese en juez penal de Instrucción y Juez (o Tribunal) Penal de enjuiciamiento. Sus diferentes posturas ante la actividad de indagación y depuración de los hechos investigados predeterminan que lo que les cabe esperar a cada uno de la pericial sea distinto.

Por otra parte y desde el punto de vista de la pericia, la definición de ante qué clase de informe nos encontramos (es decir, qué clase de pericial es la examinada) sería también un *prius* necesario para concretar, a partir de la respuesta, qué cabe esperar y por tanto qué debe esperar el juez del perito. Veamos algunos ejemplos que evidencian la diferencia notable entre la funcionalidad o potencialidad probatoria de las periciales esencialmente vinculado a que sigan o no el método científico y a que versen sobre materias cuantificables y medibles, unido a los avances tecnológicos actuales o que estemos ante estudios vinculados a las llamadas ciencias humanas: ALCOHOLEMIA, ANÁLISIS DE DROGA –ESPECIAL MENCIÓN AL DROGOTEST-, PRUEBA PERICIAL EN DELITOS DE INCENDIO Y MEDIOAMBIENTALES, PERICIAL DE ADN Y LOFOSCÓPICA –INTERVENCIÓN DE LA DEFENSA: MISMIDAD ENTRE LA IDENTIDAD ANEXADA A UN ARCHIVO LOFOSCÓPICO Y LAS HUELLAS HALLADAS EN EL LUGAR DEL HECHO QUE NO TIENEN PORQUÉ CORRESPONDERSE A LA IDENTIDAD EXPRESADA-, PERICIAL INFORMÁTICA –PORNOGRAFÍA INFANTIL- PERICIAL DE BANDAS/INFORMES PERICIALES DE INTELIGENCIA, PERICIAL FISCAL Y CONTABLE EN DELITOS FISCALES Y

CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES, PERICIAL MÉDICA FORENSE –AUTOPSIAS/LESIONES/PSIQUIÁTRICA/CONSUMOS TÓXICOS-, PERICIAL DE TASACIÓN DE DAÑOS, BALÍSTICA, PERICIAL CALIGRÁFICA, PERICIAL DE CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO EN MENORES DE EDAD –STS 648/2010 descarta carácter pericial vinculante de la pericia de credibilidad del testimonio sobre mayores de edad-)

En todo caso y tratando de generalizar lo más posible, la aproximación puede partir de una primera delimitación negativa: qué no se debe esperar. Y en este punto la idea principal y más clara tiene lugar en el plenario y ante el Juez de enjuiciamiento. Sería la de que **el Juez no puede abdicar de su posición valorativa ante el conjunto de la prueba que ante él se practica en favor del criterio pericial** (STS 20 de diciembre de 2011 -1367/2011 que cita otras anteriores de la Sala -488/2009 de 23 de junio- caso de prueba pericial de credibilidad del testimonio de menores)

La **dificultad muchas veces pivota, por una parte, en las propias dificultades de comprensión que la prueba pericial plantea al Juez y, por otra, en la tremenda potencialidad probatoria de ciertas periciales**. Así, **el Juez** que ni es ni tiene porqué ser un experto en la materia de la pericia **puede realizar una asunción acrítica del informe por problemas de comprensión del mismo** (con el correspondiente riesgo de trasposición errónea de sus conclusiones). Ello puede llevar a resultados obviamente indeseables para el justiciable. **Y por otra parte la realidad científica actual hace difícilmente discutibles determinadas conclusiones, si es que la pericia se ha realizado correctamente**: la fiabilidad de los resultados de ADN o dactiloscópicos así como de las pruebas de laboratorio en el análisis de sustancias estupefacientes, porcentajes y composición de sustancias tóxicas o explosivos, etc permite un margen muy estrecho de maniobra en su valoración al Juzgador; aunque no pueda en ningún caso erigirse en prueba única la pericial para la determinación del hecho típico y su autoría. Podemos poner como ejemplo la prueba de detección del consumo de alcohol mediante el test en aire espirado en relación al tipo penal contemplado en el artículo 379.2.2º inciso CP. En este caso el margen de discusión de la defensa sobre la concurrencia de los elementos del tipo, partiendo de una prueba positiva por encima de 0,60 mg/l de alcohol (descontado el margen de error del etilómetro) queda ciertamente reducido; pero por sí mismo este dato no sirve para fundamentar la condena pues la misma

requiere la probanza sobre la autoría, el hecho mismo de la conducción y también sobre la ingesta previa a ésta.

Partiendo de esta aproximación negativa seguiremos delimitando la funcionalidad de la pericial en el proceso penal partiendo de los conceptos legal, jurisprudencial y doctrinal de perito.

¿QUÉ ES Y QUÉ NO ES PERICIAL?: VERTIENTE LEGAL, DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL. AUXILIAR DEL JUEZ EN CONOCIMIENTOS TÉCNICOS, MEDIO DE INVESTIGACIÓN, MEDIO DE PRUEBA. NATURALEZA: PRUEBA PERSONAL/DOCUMENTAL

La primera aproximación que podemos hacer a los conceptos de prueba pericial y de perito pasa por el examen de los artículos que la LECrim dedica a esta materia y que se reparten, en sede del sumario, entre la fase de investigación y la fase de enjuiciamiento, con una regulación mucho más amplia en la primera de las citadas.

En los artículos 456 al 485 LECrim tenemos la regulación de la prueba pericial en la fase de investigación del procedimiento ordinaria, conocido como Sumario. Y en los artículos 723 a 725 una muy escueta regulación relativa a la prueba pericial en el juicio oral. En materia de procedimiento abreviado la especialidad más destacable es la posibilidad (convertida en regla general) de práctica de la pericial por un solo perito (frente a la exigencia, descafeinada por las prácticamente nulas consecuencias establecidas por la jurisprudencia de la situación contraria, en el procedimiento ordinario de que sean dos), cosa que también se aplica a las Diligencias Urgentes-Juicio rápido y la naturaleza documental, que no personal, de los dictámenes de pesaje y análisis de droga elaborados por laboratorios oficiales.

El artículo 456 dispone que “el Juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos”. Esto nos permite una primera aproximación al concepto de prueba pericial y a su naturaleza.

La jurisprudencia ha venido considerando al perito como auxiliar técnico del juez (“no parece discutible que el perito es un auxiliar experto que suministra al juez

conocimientos especializados de carácter científico o técnico, de los que él no dispone, y que son necesarios para formar criterio sobre el "thema probandum". Así, en el proceso, es pericia la que se emite a partir de conocimientos que no son jurídicos y que tampoco corresponden al bagaje cultural del ciudadano medio no especialista" SAN 12 de diciembre de 2005 y ATS 23 de noviembre de 2001 que habla de la naturaleza asesora y personal de la prueba pericial, sujeta a la libre valoración del Juez; en el mismo sentido), seguramente tratando de poner el acento en el hecho de que la pericia no puede sustituir la labor valorativa del juez/tribunal y con poco acierto en ocasiones sobre su definición. Así sentencias de nuestro TS que repiten y arrastran construcciones de los años 90 y 2000 nos dicen que (STS, Penal sección 1 del 05 de mayo de 2010 con larga cita de otras previas) que las periciales son pruebas personales documentadas consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del Tribunal en el momento de valorar la prueba.

Y digo con poca fortuna porque prosigue: "No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la prueba pericial ha sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el Tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediación (SSTS. 5.6.2000, 5.11.2003)".

La doctrina (Manuel Richart González en Estudios sobre PRUEBA PENAL VOLUMEN II) ha criticado la mención repetida de nuestro TS a que la prueba pericial no aporta hechos al proceso, afirmando que indudablemente lo hace y que es genuino medio de investigación/medio de prueba. Si bien podríamos darle la razón con facilidad (una prueba lofoscópica aporta al proceso un hecho y es el del contacto entre las manos de un imputado y una determinada superficie) lo cierto es que no parece en modo alguno que el TS esté negando este hecho incontrovertible sino que pretende poner el acento en la funcionalidad de la prueba pericial, limitada y no absoluta en relación a la determinación de los hechos típicos y la culpabilidad.

Podríamos pues resumir diciendo que la prueba pericial es todo lo indicado: medio de prueba y medio de investigación (según estemos en el plenario o en fase de investigación) y que el perito aporta auxilio técnico al Juez con conocimientos que a él le son ajenos, pudiendo servir para aportar al proceso criterios de interpretación de hechos o bien hechos, es decir una realidad fáctica concreta, si bien ésta no es directamente aprehensible para el hombre ordinario, porque no es perceptible por los sentidos sin auxilio de técnicas científicas y porque con frecuencia se presenta en un lenguaje distingo del propio del ciudadano medio, un lenguaje tecnificado, propio de una determinada disciplina.

En todo caso un perito, a diferencia del testigo, tiene un contacto posterior con el hecho investigado, un contacto mediatizado por su nombramiento y filtrado por su saber científico o técnico.

Su naturaleza es la de una prueba personal documentada. Sobre este punto no hay acuerdo en la jurisprudencia que ha oscilado entre considerar a la pericia documento o prueba personal con los graves efectos que en materia de casación se derivan (error de hecho como fundamento de la casación: artículo 849.2º LECrim: “2.º Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”). Pensemos la trascendencia que ello tiene en materia de admisibilidad del recurso contra las decisiones adoptadas en única instancia (por el momento y hasta que no se introduzca el recurso de apelación contra las decisiones de las audiencias en el enjuiciamiento de delitos con pena de más de 5 años de prisión y de más de 9 años de prisión respectivamente, por los trámites tanto del procedimiento abreviado como del sumario ordinario) por las Audiencias Provinciales, que enjuician los supuestos delictivos de mayor gravedad. Podríamos decir en el mejor de los casos que la jurisprudencia mayoritaria actual reconoce el valor personal de la prueba pericial aunque introduce, en consideración a sus características de certeza y fiabilidad, la posibilidad de impugnación casacional excepcional en determinados casos: “aunque, por excepción, aproxime el valor de la pericia al documento en los siguientes supuestos: 1º. Cuando tratándose de un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo el sentenciador de otro acreditamiento sobre los mismos extremos fácticos, lo ha tomado como única base de

los hechos, pero incorporándolo a los mismos tan sólo de modo incompleto, mutilado o fragmentario, y 2º. Cuando, en el mismo supuesto de dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otra prueba sobre el punto fáctico a esclarecer o dilucidar, se ha llegado en el relato histórico a conclusiones divergentes de las del informe (o informes periciales) o incluso totalmente opuestas o contrarias a las de los peritos, discrepando una conclusión razonable sobre determinados extremos de hecho, máxime si viene referido a datos objetivos o de dicho signo, tratándose de cuestiones que precisen de conocimientos científicos o técnicos especiales (STS 24 de marzo de 1.998)"

Pero si el panorama jurisprudencial sobre la naturaleza de la pericia es azaroso, el legislador no nos lo ha puesto tampoco más fácil. En el ámbito del procedimiento abreviado y como corolario de sendos acuerdos de Sala no jurisdiccional del TS de los años 1999, mes de mayo, y 2001, mes de febrero, la reforma del año 2002 introdujo la naturaleza documental para los informes de pesaje y análisis de drogas en sede de este procedimiento (artículo 788 LECrim: "En el ámbito de este procedimiento, tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas"). La explicación de esta evolución, que la jurisprudencia posterior ya precisó no podía extenderse a otros supuestos diversos de los contemplados tiene una explicación muy sencilla: la multiplicidad de asuntos y la escasez de personal en los laboratorios oficiales podría hacer muy dificultosa sino imposible la presencia en el plenario de los peritos. Por esta razón práctica se alteró por parte de la jurisprudencia del TS, no la naturaleza de la prueba pericial sino su régimen de práctica.

Efectivamente, los principios procesales básicos exigen que la prueba personal se lleve a cabo en el plenario con publicidad, oralidad, inmediación y contradicción. **Ello supone que en la prueba pericial en que hay dos fases claramente diferenciadas (JAVIER CAJAL ALONSO en la obra colectiva, LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL): el acto pericial y el informe pericial.**

Como presupuesto tendríamos separadamente de la pericial la recogida de vestigios para su práctica (caso de anàlisis de ADN, pruebas de detección de rastros de

pólvora etc..) **las recogidas de vestigios predeterminan el resultado de la pericial y no son pericial (STS 383/2010)**

Ya en fase de pericial sensu estricto, el acto pericial supone que el perito o peritos llevan a cabo la observación, el reconocimiento y la descripción del objeto material de la pericia, es decir, del lugar, persona o cosa de que se trate en el estado en el que se halle al decir del artículo 478 LECrim; para realizar seguidamente las operaciones, estudios o análisis que sean necesarios según las técnicas propias de su conocimiento especializado y a reseñar el resultado de tales operaciones, deliberando –caso de que sean más de uno- y formulando las oportunas conclusiones. El segundo supone la emisión del informe pericial que presupone el haber superado previamente el primer momento. En el informe que puede ser oral o escrito, se integra la parte valorativa de la pericia y en el mismo han de detallarse la descripción del objeto material en el estado en que se halle, las operaciones llevadas a cabo y las conclusiones alcanzadas, dando respuesta a lo pretendido por el Juez o las partes. Pues bien, salvo los supuestos de imposibilidad del artículo 730 LECrim, la primera parte se suele llevar a cabo en la fase de investigación, antes del juicio oral, pero la atribución de valor probatorio a la pericia depende de su práctica en el plenario como todas las restantes pruebas personales. Como ello suponía un problema práctico por la escasez de informantes y la ingente cantidad de pericias en muchas ocasiones (sobre todo en el tema de análisis de drogas ya que el personal de los laboratorios oficiales era finito), la jurisprudencia pretendió aligerar los requisitos de práctica efectiva en el plenario de las periciales, atribuyéndoles el régimen más liviano de la prueba documental (artículo 726 LECrim: “El Tribunal examinará por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad”) La consolidación de tal práctica se produjo en el ámbito del procedimiento abreviado (el de mayor frecuencia en este tipo de ilícitos) y sólo para las pericias indicadas. Pero el TS ya había (y mantiene) generalizado prácticas no del todo respetuosas con el esquema probatorio de la pericial, (STS 10 de junio de 1999, 18 de julio de 1998 o de 12 de enero de 2000 entre muchísimas más y como ejemplo) dando en general a todas las pericias emitidas por laboratorios/organismos públicos y oficiales un marchamo de imparcialidad que no se tilda de injustificado pero que ha venido en la práctica a transmutar principios básicos del procedimiento y garantías como las de

inmediación y contradicción, que en nada tienen que ver con dicha imparcialidad. Efectivamente, la ausencia de impugnación en tiempo y forma de los informes, documentados previamente en las actuaciones, implica la posible valoración de la pericial documentada sin necesidad de presencia de los peritos en el plenario, utilizando como argumentos tanto la imparcialidad y garantías técnicas que ofrecen tales informes como la doctrina del abuso del Derecho para sancionar la inactividad previa de la parte. La afirmación es sostenida ininterrumpidamente desde los años 90 por la jurisprudencia ordinaria y avalada rechazando amparos por la constitucional. Ninguno de tales órganos entiende que se haya producido un cuestionamiento con ello de las reglas generales de producción y práctica de la prueba en el plenario sino que se sostiene que no es necesaria prueba de lo que no es controvertido y el resultado de la pericial no lo es al no mediar impugnación. En todo caso parece que esta conclusión en el procedimiento penal no sería muy compatible con entender que la carga de la prueba sobre todos los hechos que configuran la eventual condena corresponde a la parte acusadora y que controvertido por ello es todo lo que no puede ser afirmado probatoriamente en la sentencia con arreglo a las reglas sobre la producción de la prueba que en el caso de la personal exigen en todo caso la práctica e introducción en el plenario salvo los supuestos de imposibilidad del artículo 730 LECrim.

Recapitulando pues: se trata de una prueba personal aunque por motivos prácticos su producción, avalada por el legislador, le asemeje a la documental en modo, aligerando con ellos las exigencias propias de la práctica en el plenario con inmediación y contradicción.

Resultados: anécdota bueno cabanillas sobre diferencias entre hachís y marihuana.

Para terminar podríamos delimitar negativamente la pericia poniendo algunos ejemplos de qué no es pericial según nuestro TS. **Como ejemplo, la STS, Penal sección 1 del 20 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 8847/2011 - ECLI:ES:TS:2011:8847) Sentencia: 1367/2011 | Recurso: 11088/2011 | Ponente: FRANCISCO MONTERDE FERRER ya nos advierte lo siguiente: "**También hemos dicho (Cfr STS 23-6-2009, nº 488/2009) que no se puede solicitar la intervención de peritos, por ejemplo, para **informar sobre el perfil psicológico del examinado o sobre la personalidad de las menores, ni tampoco para que los peritos**

manifiesten si, a su juicio, los hechos se produjeron, y tampoco para que se pronuncien sobre el grado de verosimilitud de unas manifestaciones u otras.

La credibilidad del testimonio de la víctima nunca puede dejarse única y exclusivamente a la valoración del perito. Conforme a nuestras leyes procesales, ni es ése el papel del perito ni tampoco puede el juez abdicar de la fundamental labor que le está encomendada por el artículo 741 LECr . Por otra parte, no resultaría conciliable con el principio de la libre apreciación de la prueba y la valoración por el órgano judicial de la declaración de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica , cuestiones ambas recogidas en nuestro ordenamiento jurídico, el sometimiento de los testigos a esa especie de prueba pericial psicológica o psiquiátrica enfocada a valorar la credibilidad de su declaración. Como consecuencia de ello, la relevancia de los datos sobre este particular ha de verse más bien en un sentido negativo, de descartar cualesquiera datos o circunstancias de la personalidad de la víctima que pongan en alerta sobre la fiabilidad del testimonio. Las manifestaciones de los médicos forenses en el sentido de apreciar veracidad en el relato de la víctima carecen de entidad suficiente para incidir en la valoración que se desprende de lo hasta aquí reseñado .Sin perjuicio de destacar la valiosa aportación de estos profesionales, también sobre esta cuestión ha de afirmarse un valor siempre subordinado al resultado de la valoración del resto de elementos de prueba. Los datos que se obtienen de su participación son siempre de carácter complementario, claramente secundario en relación con la declaración de la víctima e incluso con otros datos de corroboración periférica".

No es pericial la que tilda a la posible víctima como "mujer maltratada" (SAP MÁLAGA Sección 8ª 345/15 de 18 de junio: En cuanto a la prueba pericial emitida por la Unidad de Valoración Integral de la Violencia de Género del Instituto de Medicina Legal que tenía por objeto determinar si en la denunciante se constataba una sintomatologia compatible con una situación de malos tratos habituales sufrida por la misma, y a la que la Juzgadora "a quo" atribuye un carácter fundamental en orden a la calificación jurídica de los hechos denunciados que impide, en su opinión, la apreciación de la prescripción en el intervalo temporal comprendido desde que se solicitó su práctica con fecha 17/8/2012 hasta que el mismo fue emitido o recepcionado en el Juzgado el 27/6/2013, se ha de exponer que la apreciación referente a si la denunciante fue

victima de una situación de malos tratos habituales es un aspecto esencial de la valoración de la prueba que corresponde en exclusiva al Juzgador de instancia al depender de la percepción directa por los Jueces "a quibus" de las manifestaciones de la denunciante deponente como resultado de la inmediación y oralidad en que se practica dicha prueba personal, siendo estos los únicos que deberán pronunciarse sobre la credibilidad del testimonio prestado por la denunciante, pues no constituye el objeto de dicha pericia el determinar la realidad (si han sucedido o no) de los hechos denunciados y menos aun determinar si dichos hechos (una vez acreditados) pueden integrar un delito de malos tratos habituales”).

No es pericial admisible la pericial jurídica (STS, Penal sección 1 del 08 de julio de 2004 (ROJ: **STS 4916/2004** - ECLI:ES:TS:2004:4916) aunque la incorporación de dictámenes al procedimiento relativo a cuestiones complejas con conclusiones normativas mezcladas con otro tipo de análisis, financieros o contables, no puede tildar a la prueba de nula (STS SECCIÓN 1 277/del 03 de junio de 2015): “ VIGÉSIMO OCTAVO .- También bajo el formato del art. 852 LECrim el motivo siguiente pelea para que se declare inutilizable (art. 11.1 LOPJ) tanto el informe del Interventor de la Administración General del Estado como su posterior actuación, y por evidente conexión de antijuridicidad (¡!) el resto de pruebas.

Gonzalo Fausto , funcionario del Cuerpo Superior de Interventores y Auditores del Estado (IGAE), fue designado perito durante la Instrucción y formuló un análisis de legalidad respecto de los expedientes NUM012 , NUM009 , NUM015 , NUM020 y NUM014 en relación a la adjudicación de subvenciones convocadas para la cooperación internacional a la Fundación CYES y la justificación del gasto realizado por parte de la misma.

Para impugnar esa prueba el recurrente recuerda que el Tribunal Supremo ha manifestado con rotundidad que el perito nunca debe entrar en la valoración jurídica de los hechos.

No es así, o, al menos, no lo es de esa forma tan inmatizada: vid. SSTS 1688/2000, de 6 de noviembre , ó 13/2006, de 20 de enero .

Que un informe pericial se deslice hacia consideraciones de tipo jurídico no lo invalida si el Tribunal hace su propia valoración autónoma. Hablar de nulidad y, más aún, de conexión de antijuricidad en cuanto al resto de las pruebas es otra exageración autorizada por el derecho de defensa, pero inasumible desde todo punto de vista.

Pueden compartirse en buena medida las consideraciones doctrinales que se vierten sobre lo que es y lo que no es un informe pericial. Pero de ahí a tachar de nulo todo un procedimiento porque el Instructor (no el Tribunal) ha recabado una opinión que contenía también juicios normativos, media un trecho muy largo; tan largo que no se puede recorrer sin encontrar obstáculos, lógicos y jurídicos, insalvables.

Evoca el recurrente la STS de 23 de abril de 2009 que parece cegar cualquier vía que pueda permitir el acceso a los autos de dictámenes jurídicos:

"Procede estudiar conjuntamente los motivos segundo y tercero de este recurso, porque ambos se refieren al mismo tema que se ha desenfocado en la práctica, que no en teoría, en demasiadas ocasiones. El tema es la aportación al proceso de un dictamen de un jurista que en tantas ocasiones es de alto prestigio. Nadie ha puesto nunca en duda que la doctrina científica no es fuente del derecho y no cabe dudar que la prueba recae sobre hechos, no sobre el derecho discutido; un dictamen ni es prueba pericial ni documental. En consecuencia, no es admisible la aportación a los autos de un dictamen jurídico, en ninguna de las instancias. Así lo ha expresado anteriormente esta Sala en la sentencia de 8 de octubre de 2008 en estos términos: La primera, que no es aceptable la aportación a los autos en ninguna instancia de un dictamen de un profesional jurista, porque ni es prueba pericial ni puede entenderse que es documental, sino que es una opinión vertida por escrito, favorable a los intereses de la parte que lo presenta; si el dictamen no lo fuera a su favor, evidentemente no lo presentaría y si ha contratado varios, aportaría a los autos el que más conviene. La segunda, la doctrina científica no es fuente del Derecho, sino que es un simple medio de conocerlo o profundizar en su estudio; la doctrina trabaja sobre fuentes, pero no lo es en sí misma".

La Sentencia de 29 de septiembre de 2009 insistirá en la improcedencia de prueba pericial sobre cuestiones de índole jurídica, lo que sería atentar contra el principio iura novit curia . Al Juzgador se le suponen los conocimientos jurídicos o legales

necesarios que han de ser aplicados a los hechos instruidos o enjuiciados -da mihi factum dabo tibi ius-, sin que sea admisible que un tercero, informe sobre la legalidad ordinaria de los hechos que viene investigando, so pena de provocar un perverso intercambio de posiciones entre perito e Instructor.

Admitamos esas premisas a pesar de otros precedentes que antes fueron citados: no son correctas unas periciales de tipo jurídico (aunque en materias complejas como es la tributación no son insólitas en absoluto aun cuando combinen factores jurídicos con otros financieros o contables). Pero, aún admitido, eso no hace nulo ni la totalidad del informe, ni mucho menos todo el procedimiento. Si fuese así bastaría a cualquier defensa lograr que se emitiese una pericial jurídica durante la instrucción para conseguir una sentencia absolutoria (¡!)".

Por último y por su actualidad, las denominadas periciales de inteligencia o informes de inteligencia, muy utilizados en materia terrorista y de bandas. En esta materia podemos citar la STS **STS, Penal sección 1 del 02 de junio de 2015 (ROJ: STS 2555/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2555) Sentencia: 338/2015 | Recurso: 2057/2014 | Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE:**"CUARTO: En este fundamento se tratará acerca del motivo primero del recurso que lleva por titulo "2.- La prueba pericial de inteligencia".

Señala la Audiencia que una de las pruebas fundamentales acreditativa de la relación existente entre ETA y HB se encuentra en el informe pericial de inteligencia, obrante al tomo 53 y los anexos que lo cumplimentan, en el recurso se combate su valor probatorio y se cuestiona la imparcialidad de los funcionarios que los han elaborado, considerando que de facto han actuado como instructores.

1º En relación a la validez de los informes policiales de inteligencia, en SSTS. 786/2013 de 29.5 , 783/2007 de 1.10 , 480/2009 de

22.5, 290/2010 de 31.3, 1097/2011 de 25.10, hemos declarado "que tal prueba pericial de «inteligencia policial» cuya utilización en los supuestos de delincuencia organizada es cada vez más frecuente, está reconocida en nuestro sistema penal pues, en definitiva, no es más que una variante de la pericial a que se refieren tanto los arts. 456 LECriminal, como el 335 LECivil , cuya finalidad no es otra que la de

suministrar al Juzgado una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos cuya finalidad es fijar una realidad no constatable directamente por el Juez y que, obviamente, no es vinculante para él, sino que como el resto de probanzas, quedan sometidas a la valoración crítica, debidamente fundada en los términos del art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . En tal sentido podemos también citar la sentencia de esta Sala 2084/2001 de 13 de diciembre . La prueba pericial es una variante de las pruebas personales integrada por los testimonios de conocimiento emitidos con tal carácter por especialistas del ramo correspondiente de más o menos alta calificación científica, a valorar por el Tribunal de instancia conforme a los arts. 741 y 632 de la LECr . y 117.3 de la Constitución (STS 970/1998, de 17 de julio). Dicho de otro modo: la prueba pericial es una prueba personal, pues el medio de prueba se integra por la opinión o dictamen de una persona y al mismo tiempo, una prueba indirecta en tanto proporciona conocimientos técnicos para valorar los hechos controvertidos, pero no un conocimiento directo sobre cómo ocurrieron los hechos (Sentencia 1385/ 1997).

Como ha sostenido acertadamente el Ministerio Fiscal en esta instancia, en los funcionarios policiales que elaboran los llamados "informes de inteligencia", como en los expertos en legislación fiscal o de aduana, puede concurrir esa doble condición de testigos, sean directos o de referencia, y peritos. Se trata además de pruebas cuya utilización en los supuestos de delincuencia organizada es cada vez más frecuente, y su validez, como ya lo hemos declarado con anterioridad.

En suma, este tipo de prueba, se caracteriza por las siguientes notas:

1º) Se trata de una prueba singular que se utiliza en algunos procesos complejos, en donde son necesarios especiales conocimientos, que no responden a los parámetros habituales de las pruebas periciales más convencionales;

2º) En consecuencia, no responden a un patrón diseñado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no obstante lo cual, nada impide su utilización en el proceso penal cuando se precisan esos conocimientos, como así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia reiterada de esta Sala;

3º) En todo caso, la valoración de tales informes es libre, de modo que el Tribunal de instancia puede analizarlos racional y libremente: los informes policiales de inteligencia, aun ratificados por sus autores no resultan en ningún caso vinculantes para el Tribunal y por su naturaleza no podrán ser considerados como documentos a efectos casacionales;

4º) No se trata tampoco de pura prueba documental: no puedan ser invocados como documentos los citados informes periciales, salvo que procedan de organismos oficiales y no hubieran sido impugnados por las partes, y en las circunstancias excepcionales que señala la jurisprudencia de esa Sala para los casos en que se trata de la única prueba sobre un extremo fáctico y haya sido totalmente obviada por el Tribunal sin explicación alguna incorporada al relato de un modo, parcial, mutilado o fragmentario, o bien, cuando siendo varios los informes periciales, resulten totalmente coincidentes y el Tribunal los haya desatendido sin aportar justificación alguna de su proceder;

5º) El Tribunal, en suma, puede apartarse en su valoración de tales informes, y en esta misma sentencia recurrida, se ven supuestos en que así se ha procedido por los jueces "a quibus";

6º) Aunque cuando se trate de una prueba que participa de la naturaleza de pericial y testifical, es, desde luego, más próxima a la pericial, pues los autores del mismo, aportan conocimientos propios y especializados, para la valoración de determinados documentos o estrategias;

7º) Finalmente, podría el Tribunal llegar a esas conclusiones, con la lectura y análisis de tales documentos.

En el caso concreto de la STS. 783/2007 se alegaba vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a un proceso con todas las garantías, art. 24.1 y 2 CE , al otorgar carácter pericial a los informes de policía periciales de inteligencia, cuyos autores comparecen en el acto del juicio oral como peritos y no como testigos, y esta Sala desestimó tal alegación argumentando que "al haber comparecido los funcionarios que son autores de los informes y tratarse de un equipo de investigación que se encuentra organizado como una Brigada Especial de Policía, se le puede

aplicar la doctrina legal de los laboratorios oficiales (pues en suma es lo mismo) y de ahí que no exista tacha alguna en cuanto a la participación de los mismos, a los efectos de la comparecencia de ambos funcionarios.

No obstante lo anterior no podemos desconocer esta misma Sala en otras sentencias, 119/2007 , 556/2006 y 1029/2005 se inclina por no calificar estos informes de inteligencia como prueba pericial , precisando que: "es claro que apreciaciones como la relativa a la adscripción o no de alguien a una determinada organización criminal, o la intervención de un sujeto en una acción delictiva a tenor de ciertos datos, pertenecen al género de las propias del común saber empírico. Salvo, claro está, en aquellos aspectos puntuales cuya fijación pudiera eventualmente reclamar una precisa mediación técnica, como sucede, por ejemplo, cuando se trata de examinar improntas dactilares. Pero ese plus de conocimiento global no determina, por ello solo, un saber cualitativamente distinto, ni especializado en sentido propio. Y, así, seguirá perteneciendo al género de los saberes comunes, susceptibles de entrar en el área del enjuiciamiento por el cauce de una prueba testifical, apta para ser valorada por el juez o tribunal, directamente y por sí mismo".

Ahora bien aun cuando esta sentencia 119/2007 niega la condición de prueba pericial a estos informes, sí precisa que: "participan de la naturaleza de la prueba de indicios, en la medida que aportan datos de conocimiento para el Tribunal sobre determinadas personas y actividades. Y esos datos si son coherentes con el resultado de otros medios de prueba pueden determinar, en conjunción con ellos, la prueba de un hecho, siempre que éste fluya del contenido de todos esos elementos valorados por el órgano sentenciador".

Esencial será constatar si las conclusiones obtenidas por los funcionarios del servicio de información de la Guardia Civil o Brigada policial, pueden ser asumidos por la Sala, a la vista de la documental obrante en la causa y el resto de las pruebas practicadas en el plenario, esto es, si se parte de su consideración como testifical donde debe ponerse atención es en el examen de los documentos manejados por los funcionarios policiales y así, a partir de ellos y de los hechos proporcionados de este modo, y como este Tribunal de casación podría controlar la racionalidad de las inferencias realizadas por el Tribunal de instancia.

En definitiva podemos concluir que se trata de un medio probatorioque no está previsto en la Ley, siendo los autores de dichos informespersonas expertas en esta clase de información que auxilian al Tribunal,aportando elementos interpretativos sobre datos objetivos que están en lacausa, siendo lo importante si las conclusiones que extraen son racionales ypueden ser asumidas por el Tribunal, racionalmente expuestas y de formacontradictoria ante la Sala.

En este sentido la STS. 697/2012 de 2.10 , "en un caso en que se cuestionaba la intervención de los técnicos policiales en calidad de peritos y no como testigos, recuerda que la denominada gratuitamente, con mayor o menor corrección, "prueba de inteligencia" es una modalidad probatoria no reglada o mencionada de forma explícita en los textos legales, pero ello no le quita un ápice de virtualidad probatoria, en cuanto constituye un conjunto amalgamado de elementos probatorios nominados y catalogados jurídicamente.

En efecto, especialistas en lucha antiterrorista de la policía judicial manejan y se apoyan en documentos públicos y privados, que aportan en su informe y puede valorarlos el tribunal; pueden igualmente integrarse con otras pericias efectuadas en procesos de las mismas características; puede también participar de la prueba de testigos, si los expertos han tenido conocimiento de ciencia propia de algún aspecto sobre el que se pronuncian. En nuestro caso, haber intervenido en la ocupación del material explosivo, o haberlo puesto a su personal disposición a efectos de evaluar sus características, origen, potencialidad, etc.; igualmente a todo el material recopilado y de acuerdo con sus conocimientos técnicos y experiencia, efectúan unos razonamientos o deducciones, que igualmente puede controlar el tribunal ante el cual depusieron con contradicción y que poseerían todas las características de la prueba de indicios.

Así pues, aunque tal modalidad probatoria no tenga una delimitación o plasmación legal, es un conjunto de elementos probatorios (documentos, testimonios, pericias, declaraciones o inferencias, etc.), de las que los jueces "a quibus" pueden apercibirse porque todos ellos se aportan a la consideración de la autoridad judicial en su dictamen de expertos, pudiendo el tribunal enjuiciador valorarlos con libertad de criterio. La prueba en sí, es válida y debe, por tanto, producir los efectos que el juzgador libremente (art. 741 L.E.Cr .) le atribuya”.

TRASCENDENCIA/VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA PERICIAL:

Hasta aquí el análisis de lo que no puede pretender un juez de un perito y lo que no es pericial, el concepto de prueba pericial y su naturaleza. Ahora veamos ya en positivo qué puede y debe pretender el juez de la prueba pericial y por tanto del perito en el procedimiento penal.

Podríamos emplear la máxima **A DIOS LO QUE ES DE DIOS Y AL CÉSAR LO QUE ES DEL CÉSAR.** El perito no sustituye al Juez pero sí le aporta conocimientos de los que el juzgador carece y que son necesarios para la depuración de los hechos y/o la eventual responsabilidad penal del acusado en autos. Por ello el Juez ha de efectuar un control sobre la potencialidad, corrección y calidad de la pericia que ante él se desarrolla pero este trabajo valorativo (conjunto con el del resto de las pruebas practicadas) tropieza con un escollo fundamental que es precisamente la razón de ser de la necesidad de la pericia: el juez no es técnico. Carece pues de los conocimientos necesarios para criticar la pericia que ante él se desarrolla. ¿Cómo puede salvar los riesgos de asunción acrítica, mala intelección o valoración como técnicamente correcta de una pericial de poca calidad? ¿qué control podrá y está llamado a realizar sobre la prueba pericial?

En este punto seguiré la exposición del profesor Nieva Fenoll (LA VALORACIÓN DEL A PRUEBA, ed. Marcial Pons). La afirmación/negación del hecho sobre el que la pericial versa dependerá de que el Juez compruebe y explicite en sentencia determinados parámetros de calidad del informe que le servirán para justificar tanto la adhesión como el rechazo a sus conclusiones. El control judicial deberá versar sobre la profesionalidad y cualificación técnica del perito, coherencia interna y racionalidad del dictamen, (inteligibilidad, claridad, precisión y congruencia, lo que implicará necesariamente un esfuerzo por ser entendido por parte del perito, tanto como un esfuerzo por entender, por parte del juez); la identificación y uso de parámetros científicos de calidad y uso de resultados estadísticos en el dictamen (un buen resultado de investigación es aquél que demuestra experimentalmente sus hipótesis).

Profesionalidad: el perito deberá tener los conocimientos necesarios para poder dictaminar sobre la materia de que se trate. Y para ello el título es insuficiente, deberá acreditar solvencia en la práctica de su profesión. La exposición de su curriculum y trayectoria profesional, especializaciones, publicaciones o estudios (no

necesariamente universitarios) que le vinculen especialmente al objeto o materia sobre la que versa el informe. La excesiva experiencia forense en detrimento de la práctica diaria de la profesión o el rango académico o incluso empresarial (no en sentido positivo sino negativo por lo que comporta de asunción de tareas de gestión y administración antes que técnicas) podrán y deberán ser objeto de valoración. La introducción de estas circunstancias exigen un interrogatorio previo por la Sala/Juez si es que no están en alguna medida plasmadas en el propio informe.

Coherencia interna y razonabilidad del informe es igual a que el informe resulte inteligible (lo que muchas veces puede chocar con el hecho de que para quien lo emite haya aspectos obvios que no lo serían para un lego y que no se ve compelido o explicitar por no creerlo necesario, siéndolo) y que no incurra en contradicciones evidentes desde el punto de vista de parámetros lógicos (que con comprensibles a cualquier jurista por las exigencias de valoración probatoria), que resulte claro, conciso y congruente.

En este punto y para soslayar el riesgo de que las deficiencias en el informe supongan déficits probatorios, nos encontramos con las estrechas posibilidades de práctica de prueba de oficio que en el procedimiento penal nos ofrece el artículo 729.2 LECrim (Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación): posibilidades de completar la prueba de oficio por el juez sentenciador si el informe es inconducente a sus finalidades de esclarecimiento. Pero en este punto el riesgo es la pérdida de imparcialidad judicial como garantía básica del procedimiento. Os planteo un caso concreto: en un delito de agresión sexual con ADN positivo en el plenario y mediante el interrogatorio de los peritos se verifica que el análisis se verificó entre la muestra obtenida de la vagina de la víctima y la base de datos de ADN policial que arrojó como resultado positivo una identidad concreta anudada a dicha muestra. La defensa sostenía que a su cliente, un ciudadano africano con un nombre muy común en su lengua, sin pasaporte ni NIE no se le había tomado nunca una muestra ni se había consentido por su parte la incorporación de la misma a registro o base de datos de ningún tipo. La Sala se planteó la posibilidad de que hubiera concurrido un error en la identificación de la muestra y que tomada a otro sujeto, éste hubiera proporcionado falsamente la identidad del acusado o que dicha identidad (nombre y apellido común) coincidiera

entre varios sujetos (la individualización seguramente se habría hecho en ese supuesto por las huellas tomadas al detenido pero la ficha lofoscópica del muestreado tampoco había sido incorporada a los autos) El déficit probatorio llevó a la absolución. ¿Podría el Tribunal en este caso haber acordado de oficio la práctica de prueba sobre este punto objeto de calificación (la autoría del acusado), acordando pericial diversa de resultado incierto (bien pedir una muestra genética al acusado para contraste con la registrada a su nombre en la base, bien la reclamación de los datos lofoscópicos del muestreado y la pericial para comprobar que las huellas de aquél fueran las mismas que las del acusado, detenido en su día y obrantes en autos)?

Por último y sobre el seguimiento de parámetros científicos de calidad y uso de resultados estadísticos, tendríamos que verificar en el informe los siguientes puntos: a) que las técnicas y teorías científicas utilizadas para obtener datos y conclusiones han sido aplicadas previamente, son relevantes y están generalmente aceptadas por la comunidad científica internacional (mención en publicaciones de calidad, técnica utilizada de uso regular y descripción pormenorizada del análisis que llevó a cabo con uso del instrumental adecuado –exposición de las herramientas que usó y cómo las usó-); b) que las técnicas utilizadas se han aplicado según los estándares y normas de calidad vigentes; c) que el dictamen tenga información sobre el posible gado o nivel de error y también sobre el nivel o gradación de variabilidad o incertidumbre de los datos obtenidos por la citada técnica o teoría científica; d) que el dictamen se base en suficientes hechos y datos para configurar una muestra válida.

Esta exposición de parámetros puede no concurrir en todos los casos en su totalidad. Puede no ser aprehensible en algún tipo de pericias sin que ello las invalide alguno/s de los referidos. Pero en todo caso es una referencia tanto para el Juez que recibe como para el perito que proporciona la pericial y también una garantía de calidad que de plasmarse en la sentencia permitirá un control más exhaustivo de los motivos del fallo en relación al hecho o hechos probados afectados por la citada pericial.

Barcelona, 27 de noviembre de 2015.