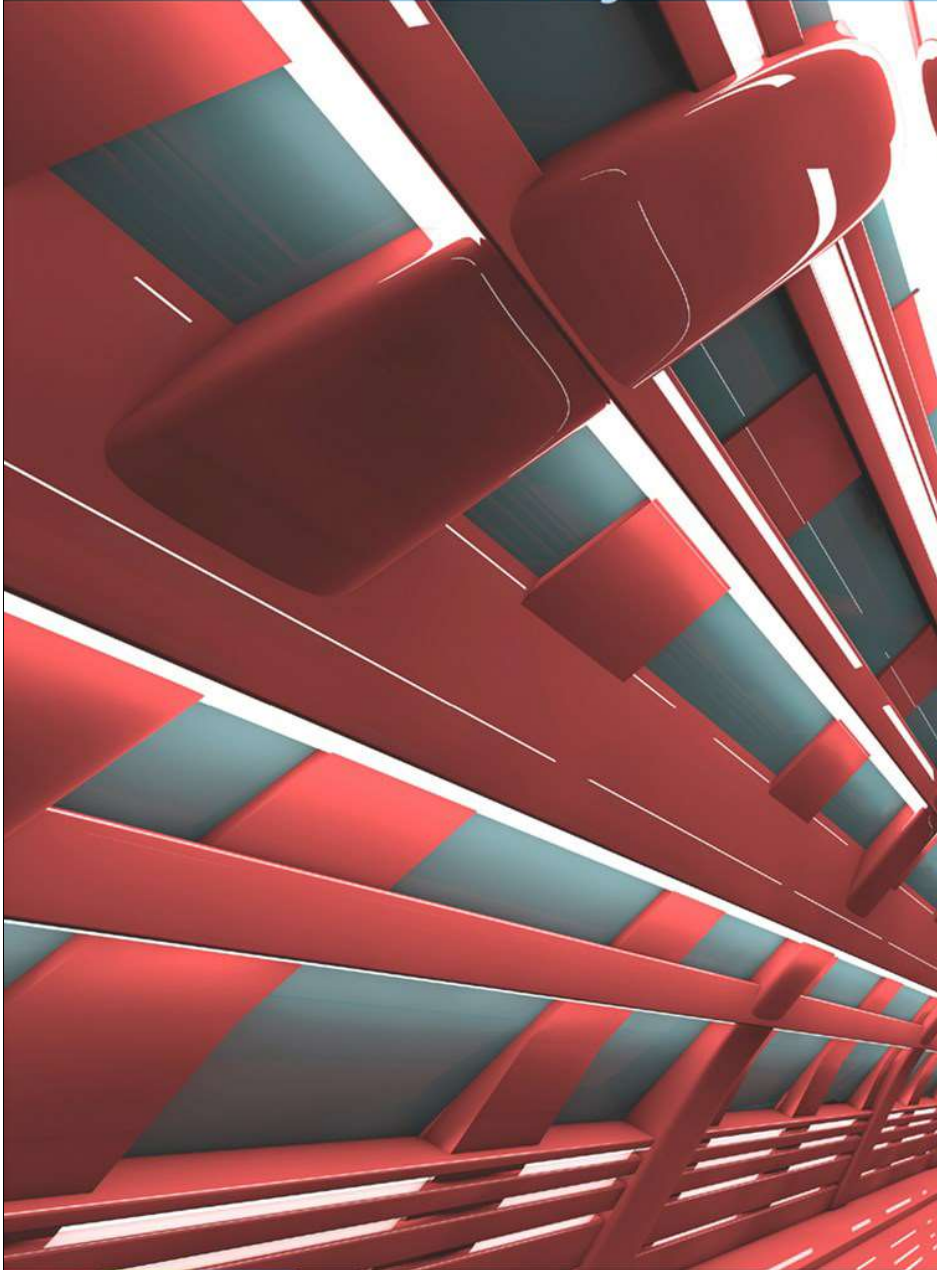


diariolaley

www.diariolaley.es



04 Abril
2018

9170



Wolters Kluwer

Sumario

EN PRIMERA PERSONA

- «*La realización de la Justicia exige acercarnos a la verdad de los Hechos*», entrevista a **José Luis Seoane Spielberg**, Magistrado Presidente de la Audiencia Provincial de A Coruña.

PRÁCTICA FORENSE

- «*Pericial contable en entornos ERP*», por **LUIS OJEDA ARNAL** y **JOSÉ CARLOS OJEDA ARNAL**, Economistas y Auditores de Cuentas. Miembros de la Associació Catalana de Pèrits Judicials i Forenses.
- «*Práctica forense y prueba pericial psicológica en materia de delitos sexuales*», por **BERNART-NOËL TIFFON NONIS**, Psicólogo Perito Forense. Profesor de la Universidad Abat Oliba CEU. Miembro de la Associació Catalana de Perits Judicials i Forenses.

DOSSIER DE LOS TRIBUNALES SOBRE PROBATICA

- «*Una conducta impune: el falso testimonio en el procedimiento arbitral*», por **JUAN ANTONIO ANDINO LÓPEZ**, Abogado (Adesse, Abogados, S.L.P.) Doctor en Derecho. Profesor Asociado de la Universitat Internacional de Catalunya.

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO PROBATORIO

«*Sobre el derecho de información del detenido regulado en el art. 520.2.d LECrim conforme con la interpretación de la STC de 5 de marzo de 2018. Recurso de amparo nº 3766/2016*», por **MANUEL RICHARD GONZÁLEZ**, Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA. Miembro Junta Directiva e Investigador del Instituto de Probática y Derecho Probatorio.

EN PRIMERA PERSONA



La realización de la Justicia exige acercarnos a la verdad de los hechos

Don José Luis Seoane Spiegelberg, Magistrado Presidente de la Audiencia Provincial de A Coruña, opina sobre el actual modelo de acceso a la Carrera Judicial y del modelo de Escuela Judicial y sus posibles mejoras, de la importancia de la prueba de los hechos objeto del proceso, de la necesidad de ampliar la iniciativa probatoria del juez civil, de la importancia del informe psicosocial para determinar el "parenting" de menores de edad y de la conveniencia de regular las pruebas electrónicas, entre otras cuestiones de la actualidad judicial.

1.- ¿Qué le animó o impulsó a escoger la Carrera Judicial?

La verdad es que la decisión más difícil para mí fue la de optar entre los estudios de Medicina o Derecho, alternativa de la que dudé hasta la última hora. Una vez resuelto tal dilema y concluida la carrera, nunca me planteé otra opción profesional que no fuera dedicarme a la Judicatura. Ingresé, por oposición libre, en la Carrera Judicial, a los 23 años de edad, hace más de 36 años y no me arrepiento de mi elección. El gran reto de nuestro cometido consiste en tutelar los derechos e intereses de las personas que reclaman justicia. A diferencia de otros operadores jurídicos, como son los notarios y registradores, que realizan una importante función preventiva, los jueces somos verdaderos patólogos del derecho, que intervenimos cuando la vida social no discurre por el ámbito pacífico de la armonía o del consenso, precisamente la palabra pacto proviene del latín "pax" (paz). A veces, para restaurar el ordenamiento jurídico conculcado debemos practicar verdaderas intervenciones quirúrgicas, mediante las declaraciones judiciales de nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución.

2.- ¿Cuál o cuáles son las experiencias que vivió como "Juez de pueblo" en su primer destino en la Carrera Judicial y cómo influyeron estas experiencias en su posterior ejercicio de la función jurisdiccional?

Al tomar posesión de mi primer destino en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Martos (Jaén), me enfrenté por primera vez con la realidad de la vida. Los asuntos sometidos a mi consideración no eran ya los casos prácticos que, al margen de cualquier connotación humana, resolvíamos en la Facultad de Derecho, en nuestro aprendizaje sobre la interpretación y aplicación de las normas, sino asuntos que concernían, y de qué forma, a personas de carne y hueso, y a las que además podía poner cara. Aprendí como la realidad de la vida es mucho más rica que el más previsior de los legisladores, que la ley, una vez que sale de la fragua del legislador, tiene márgenes de ductilidad para, sin prescindir de ella, adaptarse a las peculiaridades de cada caso, que no hay nada que más subleve al hombre que el sentimiento de sufrir o experimentar una injusticia, el maltrato, la discriminación, la mala fe, la deslealtad a la palabra dada, la violación de los derechos fundamentales, que ostentamos por la única condición de ser personas. Aprendí, en definitiva, a contrastar la formación teórica de la Facultad y la que exige la oposición, con la conflictividad real que se vive en los Juzgados, así como la importancia que adquiere la experiencia en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales. Nunca podemos perder la perspectiva de la inmensa responsabilidad que las personas depositan en nuestras manos en la decisión de cuestiones tan trascendentes como son, no sólo a las que afectan a su patrimonio o relaciones personales, sino a bien tan preciado como la libertad.

3.- ¿Cómo cree Vd. que debería ser el sistema de acceso a la Carrera Judicial? ¿Cambiaría Vd. algo?

Soy partidario del sistema de oposición. Es necesario demostrar el conocimiento del Derecho para poderlo aplicar; pero creó igualmente conveniente completar la oposición con una prueba práctica, que demuestre la madurez de los conocimientos adquiridos, así como la capacidad de reflexión y razonamiento del aspirante a ingreso en la Judicatura, sin perjuicio de que posteriormente se complemente su formación en la Escuela Judicial y con las prácticas tuteladas. Pensar que nuestra promoción sólo estuvo 23 días en la Escuela Judicial, por necesidades de servicio, realmente asusta, menos mal que tal situación ya se ha corregido.

4.- Como Magistrado del orden civil, ¿cuáles son los desafíos probatorios más importantes en los ámbitos mercantil, civil y de familia a los que Vd. se enfrenta diariamente?

El desafío más importante es intentar reconstruir, en la medida de lo posible, los hechos objeto del proceso, de la forma más próxima a la verdad; es decir tal y como acontecieron en la realidad. Una sentencia puede hallarse impecablemente bien fundada, a través de una correcta interpretación de las normas jurídicas o con una acertada cita de la jurisprudencia; pero si se aparta de la realidad de los hechos será una sentencia injusta. El proceso no es un simple mecanismo de resolución de los conflictos humanos, evitando que se enquisten sin solución, sino un instrumento de realización de la justicia, lo que exige acercarnos a la verdad de los hechos, y cuando ello no sea posible al menos a una probabilidad cualificada, que satisfaga el estándar probatorio del proceso de que se trate; pero sin perder nunca de vista tan irrenunciable aspiración de acercarse a la realidad de lo acontecido. Como escribió JEROME FRANK: "Ninguna decisión justa puede basarse en hechos erróneos".



5.- Como Presidente de una Audiencia Provincial, ¿cuál es su experiencia sobre la deliberación en los órganos colegiados?

Mi experiencia es positiva, en tanto en cuanto permite confrontar distintas y fundadas opiniones sobre un mismo asunto, con mayores posibilidades de descubrir matices y circunstancias a ponderar en la resolución final del recurso, que, a una sola persona, se le pueden escapar. Cada miembro del tribunal aporta sus propias experiencias, sus puntos de vista, y sus conocimientos jurídicos, enriqueciendo el debate. Las posibilidades de acierto son, en consecuencia, mayores. En cualquier caso, a los efectos de que los otros miembros del tribunal adquieran un cabal conocimiento del litigio, el papel del magistrado ponente deviene en este sentido esencial.

6.- Como magistrado de un órgano de apelación, ¿introduciría Vd. algún cambio en materia probatoria en primera instancia o en apelación?

Me parece un acierto la consagración de la oralidad en los procesos civiles, mediante la celebración de juicios y vistas, en los que se concentran la práctica de la prueba, así como su grabación, que permite a los órganos de apelación llevar a efecto la plena revisión del material fáctico de la instancia. No obstante, creo que sería preciso ampliar la iniciativa probatoria del juez civil, indebidamente limitada a las facultades de integración probatoria de la audiencia previa del juicio ordinario y de la vista del procedimiento verbal, máxime cuando la experiencia las ha demostrado inoperantes, como era predecible, en tanto en cuanto un juicio fundado de la insuficiencia probatoria de un hecho, realmente se alcanza al tiempo de dictar sentencia, momento procesal en que, por el carácter restringido de las diligencias finales, se le veda al Juez acordar una prueba relevante para la decisión del juicio. Dicha limitación es especialmente gravosa en el caso de las pruebas periciales. En la reunión de presidentes de Audiencia Provincial, celebrada en Toledo, en el 2012, se instó a que, en una futura reforma procesal, se introdujese la posibilidad de que los jueces acordasen al menos periciales de oficio, cuando precisasen conocimientos especializados, científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos relevantes objeto del proceso.

7.- Como autor de una monografía en materia de prueba "La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Disposiciones Generales y Presunciones" (Aranzadi, 2009, 2ª ed), Vd. ha apuntado unos "criterios valorativos de los informes periciales contradictorios" tales como "la cualificación del perito y su especialización sobre el tema a informar, el método observado, las condiciones de la observación o reconocimiento del perito, la

vinculación del perito con las partes, el criterio de la mayoría coincidente (pp.407-414), ¿son estos criterios unas concreciones de las llamadas reglas de la sana crítica del art. 348 LEC? ¿se trata de un numerus clausus o son unos criterios abiertos, que permiten la introducción de nuevos?

Unas de las dificultades del ejercicio diario de la jurisdicción radica precisamente en la valoración de las periciales contradictorias, que vienen favorecidas por un sistema procesal en que los litigantes aportan dictámenes por peritos por ellos mismos designados. La valoración de tales informes se ha de hacer a través de las reglas de la sana crítica como establece la ley, que no son otra cosa que la consagración de los criterios propios de la lógica y la razón, conjugados con las máximas de experiencia. Los criterios señalados en la pregunta son, conjuntamente con otros, como el examen del dictamen, su coherencia y lógica interna, su adecuación a los límites del encargo, su ponderación con la regla "res ipsa loquitur", algunos de los que podemos tener en cuenta para inclinarnos, de forma necesariamente motivada, por alguno de los dictámenes en conflicto; pero en todo caso se trata de meras pautas valorativas, que conforman un simple numerus apertus y no, por supuesto, una relación cerrada o exhaustiva. A la sana crítica no se le pueden cerrar puertas.

8.- ¿Qué opinión le merecen los llamados "dictámenes de especialistas" en los procesos de familia y en qué supuestos le parecen más relevantes?

Desde luego en la determinación del interés superior del menor, que no es una simple labor de interpretación jurídica, sino de apreciación circunstancial, en donde los dictámenes de especialistas devienen fundamentales, y, entre ellos, los informes psicosociales ocupan un papel destacado. Las decisiones de custodia comportan predicciones de la conducta futura de los padres e hijos, que requieren la ponderación de plurales factores, que son próximos a los conocimientos de la psicología. Como la experiencia y los conocimientos científicos nos demuestran, la fractura de las relaciones entre los progenitores generan, en no pocas ocasiones, situaciones de estrés para los menores, con el nacimiento de sentimientos de culpa, abandono, inseguridad, depresión, conductas regresivas y repetitivas, comportamientos disruptivos, así como problemas escolares, cuya captación, apreciación y relevancia requieren contar con los específicos conocimientos de especialistas; por otra parte es necesario constatar las habilidades correspondientes en los padres para asumir, de forma conjunta o exclusiva, la condición de progenitor custodio.

En definitiva, el informe psicosocial deviene, de suma importancia para determinar el "parenting", entendido como capacidad o competencia de los progenitores para la crianza y cuidado de los hijos, así como para efectuar un juicio de previsión o constatación de problemas de coparenting, abiertos, encubiertos o encapsulados, derivados de las relaciones entre los padres, con respecto al cuidado y educación de los hijos comunes menores de edad.

Ahora bien, es necesario expulsar del proceso la denominada por los norteamericanos "junk science", es decir la ciencia basura, y, por lo tanto, exigir que los dictámenes los elaboren cualificados peritos; pues, como señala TARUFFO, "se necesitan decisiones racionales y verdaderas, esto significa que cuando las decisiones estén basadas en la ciencia, debe tratarse de ciencia válida y buena".

9.- ¿Qué opinión le merecen las llamadas pruebas electrónicas, esto es, las páginas webs, los whatsApps, las redes sociales? ¿necesitamos una nueva regulación o ya tenemos suficiente?

No podemos renunciar a los avances tecnológicos, que incorporan nuevas oportunidades de constatación de los hechos procesales, máxime dada la relación abierta al respecto que proclama el art. 299 de la LEC; ahora bien, la obtención y práctica de tales pruebas ha de estar revestida de las correspondientes garantías legales y constitucionales, con pleno respeto a los derechos fundamentales, como hace unos días tuvo oportunidad de reconocer el TEDH en el caso Bărbulescu. Sería conveniente una regulación concreta sobre la materia, adaptada a las peculiaridades de dichas pruebas.

10.- ¿Qué opinión le merece la nueva regulación de los artículos 283 bis a) a 283 bis k) LEC sobre "el acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia", introducida por el art. 4 del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo?

Dicha reforma es manifestación de la trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de las disposiciones de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, para facilitar la prueba en los procedimientos por daños resultantes de la violación de las normas sobre competencia. Los litigios por infracciones del Derecho de la competencia se caracterizan por una asimetría y opacidad de la información, por lo que conviene garantizar el acceso a las fuentes de prueba para la consecución, por las partes, de la tutela de sus derechos. La ley establece garantías para tal acceso, como son el respeto de la contradicción, la necesidad de justificar la solicitud de exhibición, la preservación de la confidencialidad y la observancia del principio de proporcionalidad, del que se deriva que la exhibición de pruebas solo puede ordenarse una vez que el demandante haya demostrado la verosimilitud, sobre la base de los datos que obren razonablemente en su poder, de los daños que le haya causado el demandado. En definitiva, es manifestación de la derogación de ese viejo principio, hoy en día superado, de que no es exigible aportar una prueba que sea susceptible de perjudicar a la parte que la tenga en su poder, disponiendo de ella.

11.- Si un graduado en Derecho se acercara a su oficina y le comentara que desearía iniciar las oposiciones para el ingreso en la Carrera Judicial ¿qué le recomendaría?

En primer término, que sea consciente de que requiere un periodo de tiempo prolongado de preparación con dedicación constante y ordenada, que no es una carrera de cien metros sino una maratón, y que, desde luego, no dramatice su decisión, pues, en cualquier caso, supere o no el proceso de selección, el estudio del programa de acceso a la Carrera Judicial, le va a generar un acopio de conocimientos, que constituirá una magnífica inversión, de la que sin duda obtendrá un indiscutible provecho de futuro.

PRÁCTICA FORENSE



Pericial contable en entornos ERP

Luis Ojeda Arnal

José Carlos Ojeda Arnal

Economistas y Auditores de Cuentas

Miembros de la Associació Catalana de Pèrits Judicials i Forenses.

Resumen

Cada vez con mayor frecuencia el perito contable y económico se encuentra ante programas de gestión integrada (ERP) a la hora de enfrentarse a la tarea de elaborar su pericial contable.

En estos últimos años, algunas empresas han entendido que debían mecanizar parte de su función administrativa y productiva, encontrando en los programas integrados un buen aliado. A través de los mismos, se automatizan procesos con el fin de agilizar tareas, reduciendo costes en la cadena productiva y en departamentos como el administrativo, cuya reducción de personal frecuentemente viene acompañada de una externalización de funciones de análisis y control de normativa a aplicar y revisión periódica del cumplimiento de la misma. Así, donde antes se precisaban varias personas para gestión de documentos, expedir facturas, proceso contable de documentos generando asientos contables de registro de operaciones, archivo de documentación soporte del negocio jurídico al que trae razón el registro contable, etc., ahora se intenta gestionar el mismo departamento con menos personal, el apoyo en un sistema ERP (1) y un asesor externo que revise y controle al, ahora menguado, departamento administrativo.

Posiblemente el sistema integrado funcionaría mejor si el/la administrativo/a existente en la

empresa fuera un contable, especie ésta en franco peligro de extinción que quizás conseguirá salvarse si finalmente se asientan medidas como el reciente Registro de Expertos Contables que potencian ahora los Colegios Profesionales. O si los ERP contemplasen ciertos requisitos contables (en el área administrativa y contable) que frecuentemente olvidan los encargados de implantar dichos programas. Y ello es así, porque el celo que se sigue en la implantación de dichos programas en el área de almacenaje y producción (por poner un ejemplo), no siempre se observa en el área administrativa contable, al olvidar lo que es básico: que aunque dichas tareas se sigan de manera automatizada, deben igualmente ceñirse al criterio de registro y control que contemplan el Código de Comercio, el Plan General de Contabilidad y el resto de normativa concordante. No cumplir esta regla básica genera disonancias entre el negocio jurídico realizado por la empresa y su reflejo contable, lo cual deberá tener en cuenta el perito a la hora de considerar los datos que serán la base de su trabajo a realizar.

El usuario de sistemas ERP interpreta equivocadamente que la contabilidad debe ser sólo una suerte de gestión de cartera de clientes y proveedor es

Habitualmente el usuario de sistemas ERP interpreta de forma reduccionista y equivocada, que la contabilidad debe ser sólo una suerte de gestión de cartera de clientes y proveedores, supeditada a una función de ventas y de producción. Quien interpreta erróneamente la contabilidad bajo esta visión olvida que ésta debe reflejar la totalidad de las operaciones mercantiles realizadas y debe mostrar la realidad económica, patrimonial y financiera de la empresa en cada momento, de manera que sea interpretable por terceros bajo criterios contables generalmente aceptados.

Todo negocio jurídico requiere de su correcto registro contable, a fin que se reflejen los derechos y las obligaciones que del mismo emanan frente a terceros. La contabilidad no es un simple requisito legal al cual haya que dar cumplimiento sólo en sus aspectos externos y formales para cubrir la normativa fiscal. La legislación le otorga un valor mucho mayor, pues el artículo 31 del Código de Comercio le asigna un valor probatorio.

Por contabilidad se entiende al conjunto de libros oficiales legalizados en el Registro Mercantil (libro diario, libro de inventarios, libro de actas, etc..) así como los libros auxiliares concordantes a los anteriores (libro mayor, libro

registro de facturas emitidas y recibidas, libro registro de bienes de inversión, etc...) y los soportes documentales de dichas anotaciones contables. Respecto de los soportes documentales de dichas anotaciones, se podría decir que, en muchos de estos sistemas automatizados son el gran olvidado, cuando justamente son la base en que se debe fundamentar el registro contable practicado. A dicho soporte habrá que acudir en caso de duda en la interpretación del asiento registrado. Por ello reviste importancia que el asiento contable contenga una referencia cruzada que nos permita localizar el soporte documental a que trae razón la anotación practicada.

Obviamente, las cuentas anuales formuladas se deben basar y deben recoger cabalmente los importes de la contabilidad y deberán cumplir al menos, con el contenido mínimo que establece la Ley.

Con respecto a la actividad empresarial y su reflejo contable, conviene tener presente que la contabilidad es el conjunto de principios y normas tasadas por Ley que, con su cumplimiento, facilita el completo control de las operaciones de la empresa y dificulta de forma significativa, por ejemplo, la posibilidad de que se comentan fraudes. Su correcta llevanza asegura el control y seguimiento de las operaciones basadas en documentos numerados de forma correlativa con los

asientos a que dan soporte, balances de sumas y saldos, que permitan establecer situaciones patrimoniales y situaciones de resultados a fechas determinadas, concordantes con los saldos de las diversas cuentas a la misma fecha. Y eso es así independientemente de que los medios utilizados para la llevanza de la contabilidad sean medios materiales básicos o medios más avanzados con lectura automática de documentos y archivo digitalizado del comprobante que le da soporte.

Llegados a este punto, enumeramos, sin ánimo de ser exhaustivos, algunos aspectos básicos que debería cumplir toda contabilidad, también bajo ERP, aspectos que hemos detectado se incumplen con mayor frecuencia de lo que sería deseable, y cuya observancia proporcionarían confortabilidad al tercero receptor de los datos, incluido el perito contable que realiza su pericial en base a éstos:

- Imposibilidad de procesar asientos descuadrados, cuya permisividad atenta a la norma más elemental de la contabilidad.
- Imposibilidad de constituir asientos contables formados por apuntes de fechas diferentes. La permisividad en este punto es sencillamente una aberración. Asiento contable, por definición, es un conjunto de apuntes que mantienen entre sí nexos de unión en concepto, fecha y soporte documental.
- La fecha de emisión de un listado no puede ser cambiante, debe ser la fecha del sistema.
- Nivel de cumplimiento de los arts. 25 y ss del Código de Comercio. Entendemos que en una contabilidad informatizada, la ausencia de tachaduras y enmiendas cabe interpretarla en términos de no reenumeración de asientos, evitar borrados e intercalación de asientos.

Luego se deberá perseguir que, a partir de ese registro contable se pueda llegar al comprobante, justificante o documento soporte a que trae razón dicho registro contable, lo cual no siempre sucede pues quien lleva este tipo de programas acostumbra a confiar más en su destreza con la base de datos y el Excel al que exporta su selección de datos, y no tanto al orden de archivo y correlación documental que es intrínseco a todo buen contable. La trazabilidad que se exige en otros ámbitos de la vida debe contemplarse también en la contabilidad, de manera que en todo momento se pueda analizar el negocio jurídico y su correcta expresión contable por vía del registro en contabilidad.

- El asiento de apertura, por lógica, debe figurar en las sumas acumuladas del diario de operaciones, del balance y de los libros de mayor de las cuentas.
- Imposibilidad de cambios de fechas en los asientos. El asiento tiene una fecha y sólo una. Si está mal procesado, habría que anularlo, no borrarlo, y procesarlo correctamente. Ello también daría una vara de medir de los errores en la parametrización del sistema.
- En los mayores de cuentas debe figurar el número de asiento y referencia cruzada de su soporte documental, pues la relación: diario, mayor y balance no es casual, es causal.
- Imposibilidad de que la fecha contable sea posterior a la fecha del sistema, ni de que la fecha del asiento practicado sea posterior a la fecha contable.

Tal y como ha quedado expuesto, la contabilidad de una empresa es un asunto sumamente serio y con claras implicaciones legales, en el ámbito mercantil e incluso penal (2) , como para que pueda ser enfocada baja óptica de cuasi-procesador de textos.

En contabilidad no son de recibo las "ventajas" del procesador de textos pues ello atenta a los

principios más elementales de control que, justamente, es la función de la contabilidad. En definitiva, las aplicaciones "abiertas" y "versátiles" deberán ser vistas con sumo recelo pues facilitan la comisión de errores y/o irregularidades.

No hay que perder de vista nunca el objeto de la contabilidad, por mucho que el programa bajo el que se lleve la misma proporcione otros diversos recursos que, a la postre, resultan muy vistosos, pero poco prácticos para el fin último buscado.

En este entorno y con estos medios de obtención y conservación de los datos contables que han de ser la base de no pocas periciales contables y económicas, deberá lidiar el perito contable, cada vez con mayor frecuencia, dado el alto grado de informatización existente. Por ello, conviene tener presente que independientemente del sistema de gestión que mantenga la empresa, toda contabilidad deberá observar los principios y normas contables que hacen que, justamente, se pueda calificar de contabilidad todo ese conjunto de datos procesados de forma automatizada.

(1) *Siglas en inglés de "Enterprise Resource Planning", cuya traducción más aceptada es la de "Sistemas de Planificación de Recursos Empresariales" (<http://www.microsoft.com/es-es/dynamics>)*

Se trata de programas informáticos cuyo objetivo es que se pueda utilizar, en un mismo entorno, toda la información generada por una empresa, pretendiendo mejorar así su eficiencia y eficacia

Ver Texto

(2) *Conviene recordar, por ejemplo, las implicaciones que, en virtud del art. 259.1.6º CP, se pueden derivar del incumplimiento del deber legal de llevar contabilidad, o de una doble contabilidad*

Ver Texto



Práctica forense y prueba pericial psicológica en materia de delitos sexuales (1)

Bernat-Noël TIFFON NONIS

Psicólogo Perito Forense. Profesor de la Universidad Abat Oliba CEU. Miembro de la Associació Catalana de Perits Judicials i Forenses

Resumen

La figura del Perito Judicial experto en Ciencias de la Salud Mental (Psicólogo y/o Psiquiatra) y su intervención práctica en el proceso judicial español es, posiblemente, una de las áreas profesionales de mayor nivel de dificultad existente. Es por ello que en el presente caso que nos concierne en relación a los delitos sexuales, las dificultades periciales son exponencialmente elevadas dado que la conducta sexual del ser humano concierne a la más estricta intimidad.

I. Perito experto en CCSSMM que interviene sobre el victimario

Cabe destacar que como *perfil de personalidad de agresor sexual*, en sí mismo, no existe. La multiplicidad de perfiles de personalidad y la multicausalidad en la expresión del comportamiento y de las conductas del sujeto es infinita:

- a. En el ámbito forense, el sujeto se visita para que le exploren y se emita un dictamen que ayudará a SS.^a a tomar una decisión judicial.
- b. De lo anterior se desprende que existe un interés que es el beneficio secundario de la evitación de la pena.
- c. Los perfiles de los presuntos agresores presentan una impulsividad patológica destacada y no pueden controlar su libido y/o motivación sexual. Ante cualquier estímulo de naturaleza

sexual que active su libido, el sujeto precipitará primariamente su comportamiento en la satisfacción inmediata y hedonista del placer. En este sentido, la aplicación de la agresividad será a la par, en función del nivel de resistencia de la víctima. Cuanta más resistencia, más agresividad ejercerá el agresor para reducirla y poder dominarla y someterla.

d. El Perito se encuentra ante una gran dificultad ante esta tipología comportamental-delictual: la ausencia de información veraz u objetiva por la que partir desde la base pericial y solo disponiendo de lo que manifiesta el informado, dado que se trata de un área que pertenece a la más estricta intimidad del sujeto.

e. Por otro lado, existe una polémica en relación a la consideración de si el concepto de «Adicción al Sexo» o «Trastorno Hipersexual (THS)» podría considerarse como una adicción conductual. Los actuales manuales diagnósticos siempre han sido reticentes en reconocer dichas entidades como nomenclatura clínicas en sentido de diagnóstico psicopatológico. De hecho, su clasificación hoy en día aún es ambigua y genera controversia. También se argumenta la posibilidad de psiquiatrizar conductas de infidelidad en un contexto de «normalidad» o de trastorno de personalidad, o de utilizarlo como atenuante en peritajes judiciales, sin ser clara su ubicación en patologías diversas (Ferrer, 2016 (2) ; Kafka 2014 (3) ; Chiclana, 2015 (4)).

II. Perito experto en CCSSMM que interviene sobre la víctima: el *acto de fe*

La exploración de la víctima de delitos sexuales que no presentan indicios biológicos o médicos de la agresión sitúa al perito en una posición de desventaja profesional ya que se ha de basar única y exclusivamente en lo manifestado por la misma. En este sentido, el Perito ha de realizar un *acto de fe*. Y, este *acto de fe*, tiene su singularidad:

a. El *acto de fe* del Perito es una creencia o una atribución en base de lo que le manifiesta la misma víctima y ha de establecer la concatenación de su angustia vital presuntamente originada con la agresión sexual. El *acto de fe* del experto sanitario que interviene terapéuticamente se da como asentada, dado que se presupone que el enfermo/paciente quiere su completa sanación.

b. El Perito ha de tener suficiente habilidad profesional como para poder apreciar si la sintomatología que refiere, manifiesta y verbaliza la víctima presenta indicios de activación psicofisiológica. Es decir, si existe sintomatología neurovegetativa que nos arroje un *halo de luz* en la pericia y con la que poder sustentar nuestras hipótesis periciales en base a la activación del Sistema Nervioso Simpático/Parasimpático y muestre signos y síntomas de ansiedad.

III. Áreas de preocupación criminológico-forense en materia de delitos sexuales

Desde el punto de vista de los Operadores Jurídicos que se encuentran ante sí una causa en esta materia criminológico-delictógena, se encuentran con una serie de inquietudes y que acostumbran a plantear ante los Peritos:

a. Perfil de personalidad del presunto y **si existe trastorno mental** que le impida conocer el alcance de sus actos.

b. Riesgo de conducta reincidente y reiterativa (o **riesgo de peligrosidad**) a efectos de conocer si perpetrará delito continuado sobre la misma o diferentes víctimas.

c. Efectividad de los tratamientos especializados para agresores sexuales. Éste último aspecto, es de competencia funcional a los profesionales de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario donde se halle ingresado.

1. Perfil de personalidad del presunto agresor y si existe trastorno mental que le impida conocer el alcance de sus actos

Mucho se ha hablado sobre la tipología o el perfil psicológico (o «profiling») del agresor sexual. No obstante, de la literatura y doctrina bibliográfica existente no parece haber un acuerdo en considerar la existencia de un único perfil psicológico que defina la personalidad del presunto agresor. Sí se puede considerar —como punto denominador común al conjunto de perfiles criminales de agresores sexuales estudiados—, la existencia de una impulsividad patológica que aboca al mismo en la perpetración y materialización del acto criminal y delictógeno. La obsesiva conducta de excitación y búsqueda de estimulantes sexuales activa su aparato cognitivo, provocando un contenido de pensamiento único y exclusivo en la consumación y satisfacción del placer sexual, a costa del sufrimiento de la víctima. Lo anteriormente descrito no se puede llevar a cabo sin unos rasgos de personalidad psicopáticos y/o pertenecientes al psicoticismo (5) (en terminología de Eysenck) y que suelen a caracterizar a los sujetos que no reconocen el sufrimiento de las víctimas, carecen de empatía y habilidades sociales emotivas.

En este sentido, y a modo de ejemplo, los problemas en el control de la actividad sexual *online*, una elevada compulsividad sexual y una elevada conducta hipersexual; utilizando la conducta sexual como forma de afrontamiento ante situaciones estresantes o estados de ánimo egodistónicos, percibiendo escaso control sobre dicha conducta y mostrando dificultades en la toma de conciencia de las consecuencias negativas que de ella pueden derivarse (Ferrer, 2016) (6) .

Debe tomarse en consideración el área de la impulsividad del agresor y si tiene capacidad de autocontrol emocional sobre sus propios impulsos

En este campo de intervención profesional, el experto en CCSSMM que practica la exploración y la evaluación del sujeto ha de tener en consideración el área de la impulsividad y si tiene capacidad de autocontrol emocional sobre sus propios impulsos. A fin de distinguir entre conductas sexuales desviadas, adicción sexual e impulsividad sexual, es fundamental realizar la evaluación clínica de tres conceptos clásicos (Hernández y Arango, 2008) (7) :

- 1) La planificación previa de actividades, que consume muchas horas.
- 2) La determinación de los riesgos en los cuales se involucra la persona y si el individuo cobra conciencia de ellos o no, si los asume como un juego psicológico muy dañino.
- 3) El placer que se obtiene de manera preferente o exclusiva y la participación consensual o no de otras personas, lo que tarde o temprano conduce a problemas jurídico-legales.

2. Riesgo de conducta reincidente y reiterativa a efectos de conocer si perpetrará delito continuado sobre la misma o diferentes víctimas

En muchas ocasiones, a los Peritos se nos preguntan sobre si el presunto agresor tiene potencial de riesgo delictivo y conducta criminal reiterada. En este caso, los profesionales de las CCSSMM realizamos —en sentido genérico— una aproximación con porcentaje de error y, si bien cabe decirlo también en sentido positivo, con porcentaje de acierto. Para ello, disponemos de la

información que se puede obtener del *íter criminis* y de los antecedentes conductuales delictógenos del agresor:

2.1. Conforme existe una conducta curricular de ilícitos relacionados con abusos/agresiones sexuales, más probabilidad de volver a cometer el comportamiento antijurídico.

2.2. A su vez, cuánto más joven el agresor, las probabilidades aumenta dado que, y conforme se aumenta en edad, es previsible una disminución de la potencia libidinosa y menos probabilidad de riesgo de conducta delictual reiterativa.

2.3. Un elemento a tener en consideración para apreciar la existencia de conducta delictual continuada es si ésta se materializa sobre el núcleo familiar o no. De esto modo, se puede desprender la idea de que la víctima es más accesible en el ámbito familiar y, por tanto, más probabilidad de repetirse dicho abuso/ agresión sexual.

2.4. Los sujetos con rasgos de personalidad psicopática a desarrollar este tipo de comportamiento, serán más proclives a buscar sus víctimas de manera más primaria o rapazmente, intentando embaucar a sus víctimas o, incluso, hacer uso de sustancias o drogas que puedan facilitar la manipulación y el dominio sobre sus presas (fenómeno denominado como «sumisión química»). Este tipo de perfil, no suele materializarse en el ámbito familiar.

2.5. Perfiles de sujetos que tienen fácil acceso a sus víctimas, tales como monitores de deportes, instructores, profesores de primaria y/o secundaria, masajistas o análogos. Este tipo de perfil, suelen hacer uso de condición y de su estatus socio-profesional (prevalimiento) sobre unas víctimas que no reúnen la suficiente capacidad de madurez intelectual como para poder ejercer una plena capacidad de autonomía y responder íntegramente ante un eventual ataque contra su indemnidad sexual.

2.6. Los victimarios que presentan algún tipo de trastorno mental grave (sean trastornos esquizofrénicos, trastornos delirantes, trastorno bipolares, etc.) con antecedentes conductuales de abuso/agresión sexual o de haber sufrido episodios de abuso sexual en su infancia, pueden ser proclives si estos se hallan descompensados en brote agudo de la sintomatología clínica. Es de señalar en este apartado, que no todo sujeto afecto de trastorno mental grave supone condición *sine quanon* de materialización de conducta delictivo-criminológica en este ámbito.

2.7. Los rasgos de personalidad anancástico-obsesivos en dicho contenido sexual de pensamiento y que tienen un dañino potencial a derivarse a un Trastorno Obsesivo-Compulsivo en un sujeto que presenta, asimismo una impulsividad sexual exacerbada (hipersexualidad).

2.8. Victimarios que presentan un grado de disminución psíquica de grado Limite, grado Leve o grado Moderado y con conductas previas. Señalar en este apartado, que se ha de tener en consideración a efectos preventivos. Asimismo, cabe destacar que los sujetos con disminución psíquica de grado Grave o grado Profunda no presentan capacidad de autonomía suficiente como para perpetrar de manera autónoma una conducta delictiva, siendo en estos casos, sujetos pasivos del delito y, por tanto, víctimas.

2.9. Desde el punto de vista de la neuroanatomía, existen evidencias que vinculan a los lóbulos temporales con manifestaciones clínicas relacionadas con la conducta sexual impulsiva desde la perspectiva de la conducta hipersexual, se documenta en el síndrome de Kluver-Bucy. De igual manera, existen reportes en los que se establece un vínculo entre las conductas pedófilas con alteraciones en el lóbulo temporal, en el cerebro medio o en las áreas adyacentes al hipotálamo, estructuras en las que una lesión puede desencadenar estados de hipersexualidad

que desenmascaren orientaciones sexuales de tipo parafílico (Hernández y Arango, 2008) (8) .

En cambio, y a modo de ejemplo, existen otros estudios que parecen mostrar que el origen de la pedofilia se puede encontrar, en parte, en alteraciones cerebrales debidas a problemas durante el neurodesarrollo, aunque estas alteraciones no libran a estas personas de ser responsables de sus actos (Becerra, 2009) (9) .

2.10. Según la casuística particular existente dado que en materia de abuso y/o agresión sexual, existen múltiples situaciones criminológicas que se hace difícil poder concretar de manera particular.

3. Eficacia de los tratamientos especializados para agresores sexuales

Para poder aplicar un tratamiento, se requiere previamente de un diagnóstico. Dicho esto, el tratamiento especializado para agresores sexuales va orientado a 3 objetivos concretos:

1. Aumentar las conductas sociales
2. Reducir o eliminar conductas problemáticas
3. Enseñar nuevos comportamientos

Para que el sujeto esté dispuesto, se requiere que tome consciencia del alcance de sus actos, que desee resarcirse de las consecuencias del daño provocado sobre la víctima, que aplique motivación al tratamiento y desee recuperarse y poder convivir en sociedad con normalidad y autonomía.

No obstante, lo primero que se ha de considerar son las posibilidades diagnósticas existentes (Ferrer *et al*, 2016 (10) ; Chiclana *et al*, 2014 (11) ; Frías y Vázquez; 2012 (12) ; Farré *et al*, 2015 (13)):

- Trastorno Hipersexual, con co-morbilidad con otro trastorno mental.
- Hipersexualidad Primaria, sin comorbilidad.

IV. Conclusiones

1. La figura del Perito Judicial experto en CCSSMM (sea Psicólogo y/o sea Psiquiatra) y su intervención práctica en el proceso judicial español es, posiblemente, una de las áreas profesionales de mayor nivel de dificultad existente. En ello se fundamenta en la dificultad existente por la propia fenomenología sintomatológica con que se caracteriza este tipo de entidad clínica y que se ubica en la estricta intimidad del sujeto. No se manifiesta de manera objetiva o evidente como el resto de patologías mentales recogidas en los manuales diagnósticos internacionales (tales como, por ejemplo, un trastorno depresivo, un trastorno esquizofrénico, un trastorno de ideas delirantes o trastorno bipolar u otros).

La peritación de un

2. Si bien es sabido que mientras que para el profesional facultativo médico, la peritación es meridianamente más evidente, dado que una *herida es una herida*, una *fractura ósea es una fractura ósea* y un *hematoma es un hematoma*, y por

trastorno mental puede ser mucho más heterogéneo como concepto

tanto, se remite a las evidencias anatómico-patológicas; en CCSSMM, la peritación de un trastorno mental puede ser mucho más heterogéneo como concepto (Tiffon, 2017) (14) . Y si partimos sobre la base de que los delitos de carácter sexual presentan una estricta naturaleza total y plenamente íntima en cuanto a la materialización de dicho ilícito, las dificultades aumentan. Máxime cuando el Perito experto en CCSSMM tan solo dispone de lo que verbaliza y pone de manifiesto ora presunta víctima, ora presunto agresor.

3. De ser que existiese algún vestigio orgánico-biológico o médico en la presunta víctima que pudiera evidenciar el alcance de la agresión sexual (sea la existencia de líquido seminal que pudiera determinar el ADN del presunto victimario, resto orgánicos de pelos u otros análogos), al Perito experto en CCSSMM dispone de *un bálsamo* —en su práctica profesional— dado que partiría de la base de un sustento claro u objetivo desde el cual partir en su pericia. La inexistencia de vestigios o indicios objetivos que puedan esclarecer lo que los implicados (víctima y victimario) versan en sus respectivas declaraciones policiales y/o judiciales en relación a la causa, coloca al Perito en una situación profesional desfavorable dado que la emisión de sus conclusiones periciales que emita quedarán sujetos a meras hipótesis de trabajo en relación a los presuntos hechos que son objeto de debate jurídico en la Sala de Justicia.

4. En el peritaje de este tipo de casos, los diagnósticos clínicos psicopatológicos pueden ubicarse como Trastorno Hipersexual (con co-morbilidad con otro trastorno mental) o Hipersexualidad Primaria, sin co-morbilidad. Y, para aumentar el grado de dificultad diagnóstica con que se encuentran los profesionales expertos en Salud Mental, es que el peritaje de presuntos victimarios de abuso/agresión sexual, se ha observado la existencia de sujetos parafílicos y sujetos sin alteración psíquica («normales») —desde el punto de vista psicosexual—. Éste último tipo de sujeto explicaría el hecho de que cualquier individuo puede estar en condiciones potenciales de ser un abusador sexual. Asimismo, se ha de señalar que, de modo inverso, un individuo con tendencias o inclinaciones parafílicas no necesariamente tiene que ser por ello —y de manera necesaria—, un abusador/agresor sexual. De modo que, en tanto que no cometa un delito sexual, no será un agresor. Aunque las tendencias puedan predisponer, éstas no las determinan de manera fáctica; y ello, es un hecho importante al momento de emitir un dictamen o al testificar en un Juicio Oral (Romi, 2005) (15) .

V. Bibliografía

- American Psychiatric Association (2013). *Diagnostic and Statistics Manual of Mental Disorders – DSM-5. Five Edition.* Washington, DC: American Psychiatric Association.
- ÁVILA ESCRIBANO, J.J. y VILLA DÍEZ, R. (2007). «Presentación de diferentes trastornos psicopatológicos en la dependencia de alcohol y cocaína». En *Trastornos Adictivos* vol. 9 (4), pp. 279-283.
- BECERRA, J.A. (2009). «Etiología de la pedofilia desde el neurodesarrollo: marcadores y alteraciones cerebrales». En *Revista de Psiquiatría y Salud Mental* (Barcelona) 2009; 2(4):190-196.
- CHICLANA, C. (2014). *Hipersexualidad primaria*. Comunicación presentada en: 15 Congreso Virtual de Psiquiatría. com. Interpsiquis 2014.
- CHICLANA, C., CONTRERAS, M., CARRILES, S., RAMA, D. (2015). «Adicción al sexo:

¿patología independiente o síntoma comórbido?», *Revista Iberoamericana de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de Enlace*, 115: 19-26.

— FARRÉ, J. M., FERRER, V., MESTRE G., LASHERAS, M.G. (2015). *Los Trastornos del deseo: de la inhibición a la adicción*. Ponencia en el I Encuentro Ibérico de la Sexualidad y Salud Mental. Salamanca 2015.

— FERRER, V.; FARRÉ, J.M. y FARRÉ, B. (2016). «Psicopatología y Personalidad en la Adicción al sexo. Estudio piloto». En *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de Enlace. Revista Iberoamericana de Psicosomática*, n.º 117, 2016. Madrid, pp. 47-60.

— FRÍAS IBÁÑEZ, A. VÁZQUEZ COSTA, M. (2012). «Primary hypersexuality: Nosological status, pathogenesis, and treatment». *Revista Psiquiátrica de Salud Mental* 3: 205-207.

— HERNÁNDEZ SERRANO, R. y ARANGO DE MONTIS, I. (2008). «Síndromes clínicos relacionados con comportamiento sexual compulsivo». En *Sexualidad Humana*. Editorial El Manual Moderno. México.

— KAFKA, M. P. (2014). «What Happened to Hypersexual Disorder?» *Archives of Sexual Behaviour* 43(7): 1259-61.

— Organización Mundial de la Salud (2003). CIE-10. *Descripciones clínicas y pautas para el diagnóstico*. Madrid: Mediator.

— ROMI, J.C. (2005). «Dificultades que se presentan en el peritaje médico legal sobre abuso sexual». *VERTEX, Revista Argentina de Psiquiatría*. 2005, Vol. XVI: 213-221.

— TIFFON, B-N. (2017). «La prueba pericial en materia de Psicología». En *Peritaje y Prueba Pericial*. Bosch Editor. Barcelona. pp. 393-405.

- (1) Artículo de Investigación galardonado con el **Premio exaequo** de la **IX Edición de los Premios de Investigación convocado por la Asociación Catalana de Peritos Judiciales y Forenses de la Administración de Justicia** y librado por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona en fecha de 13.02.2018.

Fuente:

http://www.perits.org/uploads/repositorio_imagenes/revista/43/practica_forense_y_prueba_pericial_psicologica_en_materia_de_delitos_sexuales.pdf

Ver Texto

- (2) FERRER, V.; FARRÉ, J.M. y FARRÉ, B. (2016). «Psicopatología y Personalidad en la Adicción al sexo. Estudio piloto». En *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de Enlace. Revista Iberoamericana de Psicosomática*, n.º 117, 2016. Madrid, pp. 47-60.

Ver Texto

- (3) KAFKA, M. P. (2014). What Happened to Hypersexual Disorder? *Archives of Sexual Behaviour* 43(7): 1259-61.

Ver Texto

- (4) CHICLANA, C., CONTRERAS, M., CARRILES, S., RAMA, D. (2015). «Adicción al sexo: ¿patología independiente o síntoma comórbido?», *Revista Iberoamericana de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de Enlace*, 115: 19-26.

Ver Texto

- (5) Se observó que un estudio realizado sobre la psicopatología y la personalidad relacionada con la adicción al sexo, existieron participantes que presentaban puntuaciones elevadas en compulsividad sexual, conducta hipersexual y adicción al cibersexo, se encontraron diferencias estadísticamente significativas en la subescala psicopatológica del Psicoticismo (en FERRER, V.; FARRÉ, J.M. y FARRÉ, B. (2016). «Psicopatología y Personalidad en la Adicción al sexo. Estudio piloto». En *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de Enlace. Revista Iberoamericana de Psicología, n.º 117, 2016. Madrid, pp. 47-60).*

Ver Texto

- (6) FERRER, V.; FARRÉ, J.M. y FARRÉ, B. (2016). «Psicopatología y personalidad en la adicción al sexo. Estudio piloto». En *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de Enlace. Revista Iberoamericana de Psicología, n.º 117, 2016. Madrid, pp. 47-60.*

Ver Texto

- (7) HERNÁNDEZ SERRANO, R. y ARANGO DE MONTIS, I. (2008). «Síndromes clínicos relacionados con comportamiento sexual compulsivo». En *Sexualidad Humana. Editorial El Manual Moderno. México.*

Ver Texto

- (8) HERNÁNDEZ SERRANO, R. y ARANGO DE MONTIS, I. (2008). «Síndromes clínicos relacionados con comportamiento sexual compulsivo». En *Sexualidad Humana. Editorial El Manual Moderno. México.*

Ver Texto

- (9) BECERRA, J.A. (2009). «Etiología de la pedofilia desde el neurodesarrollo: marcadores y alteraciones cerebrales». En *Revista de Psiquiatría y Salud Mental (Barcelona) 2009; 2(4):190-196.*

Ver Texto

- (10) FERRER, V.; FARRÉ, J.M. y FARRÉ, B. (2016). «Psicopatología y Personalidad en la Adicción al sexo. Estudio piloto». En *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de Enlace. Revista Iberoamericana de Psicología, n.º 117, 2016. Madrid, pp. 47-60.*

Ver Texto

- (11) CHICLANA, C. (2014). *Hipersexualidad primaria*. Comunicación presentada en: 15 Congreso Virtual de Psiquiatría. com. Interpsiquis 2014.

Ver Texto

- (12) FRÍAS IBÁÑEZ, A. VÁZQUEZ COSTA, M. (2012). «Primary hypersexuality: Nosological status, pathogenesis, and treatment». *Revista Psiquiátrica de Salud Mental 3: 205-207.*

Ver Texto

- (13) FARRÉ, J. M., FERRER, V., MESTRE G., LASHERAS, M.G. (2015). *Los Trastornos del deseo: de la inhibición a la adicción*. Ponencia en el I Encuentro Ibérico de la Sexualidad y Salud Mental. Salamanca 2015.

Ver Texto

- (14) TIFFON, B-N. (2017). «La prueba pericial en materia de Psicología». En *Peritaje y Prueba Pericial*. Bosch Editor. Barcelona. pp. 393-405.

[Ver Texto](#)

- (15) ROMI, J.C. (2005). «Dificultades que se presentan en el peritaje médico legal sobre abuso sexual». *VERTEX, Revista Argentina de Psiquiatría*. 2005, Vol. XVI: 213-221.

[Ver Texto](#)

DOSSIER DE LOS TRIBUNALES SOBRE PROBÁTICA



Una conducta impune: el falso testimonio en el procedimiento arbitral (1)

Juan Antonio Andino López

Abogado (Adesse, Abogados, S.L.P.) Doctor en Derecho. Profesor Asociado de la Universitat Internacional de Catalunya

Resumen

El presente artículo pone de relieve una antinomia existente en el ordenamiento jurídico, puesto que una misma conducta, el mentir cuando alguien declara como testigo, tiene su castigo si el testigo ha mentado ante un juez, pero queda impune cuando el testigo miente ante un árbitro, ya que el artículo 458.1 del Código Penal castiga el delito de falso testimonio prestado en causa judicial (que no arbitral). Por ello el autor propone soluciones al respecto.

I. Introducción

En el año 2006 tuve la oportunidad de publicar un artículo con parecido título que el presente (2) , y mi ánimo al redactar el mismo consistía en poner de relieve una antinomia jurídica contenida en el art. 458 del Código Penal, que castiga el falso testimonio prestado en causa judicial, pero asombrosamente nada indica para el que se pueda prestar en una causa arbitral. Pasados más de diez años desde dicho artículo sin que se haya modificado aún el Código Penal en este punto (sin

perjuicio del contenido del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de noviembre de 2001, que comentaré posteriormente en el presente estudio), entiendo necesario el profundizar en los argumentos que allí expuse, con el ánimo y la intención de que se modifique el art. 458 del Código Penal, y así lograr que el falso testimonio sea punible, tanto en causa judicial como arbitral.

El art. 458 del Código Penal establece en su punto primero que «El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses».

La cuestión se reduce a determinar si la «causa judicial» del art. 458 del Código Penal se puede asimilar, a efectos penales, al procedimiento arbitral, teniendo en cuenta que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo ni de las Audiencias Provinciales que analice la supuesta antinomia (3) .

Como expuse entonces, los hechos que sirvieron de base para la redacción del artículo doctrinal se correspondían a un caso real en el que tuve la oportunidad de intervenir como letrado: un testigo mintió en el marco de un procedimiento arbitral, y su declaración resultó determinante para que el árbitro fallara en contra de las pretensiones del cliente. Por ello, se decidió interponer querrela criminal contra el presunto autor del delito de falso testimonio, querrela que fue inadmitida a trámite por parte del Juzgado de Instrucción n.º 13 de Barcelona, recurrida en reforma y posteriormente en apelación, que conoció la Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó el Auto de fecha 26 de noviembre de 2001.

Al centrarse el art. 458.1 del Código Penal en el falso testimonio prestado en causa judicial, argumentaba tanto el Juzgado de Instrucción como la Audiencia Provincial, que el falso testimonio prestado en causa arbitral carecía de punibilidad a efectos penales, aunque resaltaron la antinomia jurídica planteada, y destaco que la Audiencia Provincial de Barcelona utilizó la facultad regulada en el art. 4.2 del Código Penal (4) , elevando la cuestión al Gobierno de la nación para que lleve a cabo la modificación del art. 458 del citado Texto Legal, en el sentido de incluir como conducta típica el falso testimonio prestado en el marco de un procedimiento arbitral (5) .

Por ello, el presente artículo tiene por objeto poner de relieve la argumentación jurídica utilizada a lo largo del procedimiento penal para (a) defender que cuando el art. 458 del Código Penal utiliza la expresión «causa judicial» también se refiere al procedimiento arbitral, (b) recoger la argumentación jurídica contenida en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de noviembre de 2001, y (c) proporcionar posibles soluciones que se podría aplicar a la antinomia jurídica hasta que se modifique el Código Penal.

II. Argumentos que ponen de relieve la antinomia contenida en el artículo 458 del Código Penal

El art. 458.1 del Código Penal tipifica el delito de falso testimonio prestado «en causa judicial», pero no así en un procedimiento arbitral, indicando parte de la doctrina que, a efectos prácticos, el deber de veracidad del testimonio prestado en un procedimiento arbitral consiste en una mera obligación moral (6) .

Habida cuenta que el laudo arbitral basó su decisión en la declaración del testigo que entendíamos que había cometido perjurio, la querrela, interpuesta contra el presunto autor de delito de falso

testimonio, así como los recursos posteriores (reforma y apelación), defendían la aplicabilidad del art. 458 del Código Penal al falso testimonio prestado en un procedimiento arbitral con base a los siguientes argumentos:

1.- En primer lugar, se analizó la naturaleza jurídica del arbitraje, para defender que el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional» (7) .

2.- En segundo lugar, se defendió la tesis de que, en el supuesto en el que se indicara que no existe delito de falso testimonio en el procedimiento arbitral (habida cuenta la redacción del art. 458 del Código Penal), entonces se estaría cercenando el derecho de la parte de acceso a los recursos, ya que el art. 510.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla como motivo de revisión de sentencia o laudo arbitral firme si el mismo hubiera recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieran sido condenados por falso testimonio.

3.- Reducción de la cuestión al absurdo: punibilidad del falso testimonio prestado en procedimiento judicial e impunidad del falso testimonio prestado en el procedimiento arbitral.

Desarrollando dichos argumentos, tenemos:

1. Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje

Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje se ha pronunciado la doctrina y jurisprudencia en base a diversas teorías: contractualistas, intermedias y jurisdiccionalistas (8) .

Así, si bien la jurisprudencia se decantó en un principio por la tesis contractualista, no menos cierto es que posteriormente el Tribunal Constitucional parece acoger la tesis jurisdiccionalista indicando que el arbitraje es «un equivalente judicial» (vid., por ejemplo, STC 288/1993, FJ 3.º).

Por ello, si se equipara el arbitraje con la jurisdicción, ¿dónde radican las diferencias entre arbitraje y jurisdicción?

Para contestar dicha pregunta, y con carácter general, basta con citar el Auto del Tribunal Constitucional 259/1993, del que se desprende que las únicas diferencias entre arbitraje y jurisdicción son las siguientes:

(i) El árbitro no podría plantear una cuestión de inconstitucionalidad, reconocida en el art. 163 de la Constitución, al no hallarse legitimado para ello.

(ii) Asimismo, el árbitro tampoco estaría legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

(iii) Finalmente, el acceso a la jurisdicción con posterioridad a la emisión del laudo arbitral tan sólo es posible a través del recurso de anulación del laudo (regulado en los arts. 40 y siguientes de la Ley de Arbitraje), y ello precisamente porque el laudo arbitral, una vez firme, tiene los mismos efectos que la cosa juzgada (art. 43 de la Ley de Arbitraje) (9) .

Por ello, en el escrito de querrela se defendía que, siendo el arbitraje un «equivalente jurisdiccional», entonces tenía cabida en el texto del art. 458.1 del Código Penal y, en consecuencia, era perseguible penalmente el delito de falso testimonio prestado en un procedimiento arbitral.

2. Sobre la revisión de la sentencia civil

La revisión de sentencias firmes se halla regulada en los arts. 509 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El objeto de la revisión civil consiste en la existencia de un proceso (sentencia firme) anterior que se intenta dejar sin efecto por uno de los motivos señalados en la ley (los motivos regulados en el art. 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) (10) . De la existencia de uno de dichos motivos regulados en la ley deriva la posibilidad de impugnación de la sentencia o, en su caso, del laudo arbitral.

Para proceder a dicha impugnación se abre un nuevo proceso en el que únicamente se decide sobre la existencia del vicio alegado; por ello, el juicio de revisión es exclusivamente negativo, subsanando el proceso anterior (11) .

Así, en el caso concreto indicamos en primer lugar que la Ley de Arbitraje considera que el laudo arbitral es idéntico a una sentencia judicial, en base a las siguientes consideraciones:

(i) Porque el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada inherente a las sentencias judiciales (art. 43 de la Ley de Arbitraje) (12) .

(ii) Porque el laudo arbitral, al igual que una sentencia judicial, es susceptible de ser ejecutado, según se establece en los arts. 44 y 45 de la Ley de Arbitraje, remitiéndose a la Ley de Enjuiciamiento Civil el art. 44 del referido Texto Legal.

Pues bien, si entendemos que el art. 458 del Código Penal no es aplicable al falso testimonio prestado en el marco de un procedimiento arbitral entonces dicha conclusión impide la aplicabilidad del art. 510.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (y, en consecuencia, impide el acceso a la jurisdicción para aplicar el mismo) en base a los siguientes argumentos:

(i) Según indica el art. 43 de la Ley de Arbitraje, el laudo firme produce efectos de cosa juzgada, y contra el mismo sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil (asimismo, también se puede solicitar el recurso de anulación del laudo, pero con base a las causas tasadas en el art. 41 de la Ley de Arbitraje).

(ii) Los motivos de revisión de sentencias firmes se hallan expresamente regulados en el art. 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

«Artículo 510.- Motivos.

Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme:(...)

3.º Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.»

(iii) Si no es posible obtener sentencia penal por falso testimonio prestado en el marco de un procedimiento arbitral, entonces nunca se podría interesar la revisión de un laudo firme por haberse basado el mismo en prueba testifical declarada falsa por una sentencia penal.

Para que proceda la revisión de sentencia firme es necesario que una sentencia penal haya declarado la falsedad de la declaración testifical prestada durante el arbitraje, y condenado el testigo o testigos por falso testimonio (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2004, Fundamento de Derecho Primero; 14 de diciembre de 2000, Fundamento de Derecho

Segundo; 2 de octubre de 1998,, Fundamento de Derecho Segundo; y de 26 de mayo de 1997, Fundamento de Derecho Primero, entre otras muchas).

(iv) Por ello, y si ha existido falso testimonio prestado en el marco de un procedimiento arbitral, entonces no se tiene acceso a la revisión de la sentencia firme, porque no es posible obtener una sentencia penal que declare la comisión del delito de falso testimonio.

Con ello, se defendía que se cercenaba el derecho de la parte de acceso a la jurisdicción (en cuanto derecho de acceso a la revisión de una sentencia firme), vulnerando así el art. 24 de la Constitución. Como reiteradamente ha destacado el Tribunal Constitucional, el art. 24 CE puede verse vulnerado por la existencia de normas que impongan requisitos impeditivos del acceso a la jurisdicción (13) , y se podría sostener que la redacción actual del art. 458.1 CP impide la aplicación del art. 510.1.3 LEC o, cuanto menos, le deja vacío de contenido en este punto, ya que el supuesto de hecho normativo (la existencia de condena por falso testimonio) no puede llegarse a producir respecto al testigo que declara en el marco de un procedimiento arbitral.

3. Reducción de la cuestión al absurdo: impunidad del delito de falso testimonio prestado en el marco de un procedimiento arbitral, y punibilidad del mismo en el marco de un procedimiento judicial

Si llevamos a cabo una interpretación literal del art. 458 del Código Penal, se establece en el mismo la falta de responsabilidad penal o de punibilidad de falso testimonio prestado en el marco de un procedimiento arbitral; es decir, una misma conducta, es punible si sucede en presencia judicial, pero impune si sucede en presencia arbitral, cuando los efectos jurídicos de una sentencia y de un laudo son idénticos.

Se defendió en el escrito de querrela que ello nos conduciría al absurdo de considerar punible el falso testimonio prestado en el marco de un procedimiento judicial civil, mientras que no lo sería el falso testimonio prestado en el marco de un procedimiento arbitral, a pesar de que, como se ha indicado anteriormente, el laudo arbitral tiene idénticos efectos que la sentencia judicial.

En este sentido, el desvalor de la acción del sujeto activo del delito es exactamente el mismo, en la medida que el laudo arbitral tiene efectos civiles directos, y su firmeza produce efectos idénticos a la cosa juzgada (art. 43 de la Ley de Arbitraje).

Dicho absurdo no resulta acorde con el espíritu del art. 458 del Código Penal, en base a las siguientes consideraciones:

(i) Ampliación del ámbito del delito: La comparación entre la regulación que el delito de falso testimonio ofrece el Código Penal de 1995 con la que obraba en los arts. 326 a 329 del antiguo Código Penal (14) pone de manifiesto, de un lado, la modernización evidente de la figura, en la que aparecen realidades judiciales nuevas (por ejemplo, los Tribunales internacionales), así como intervinientes en el proceso antes ausentes (por ejemplo, los traductores) y, de otra parte, una ampliación del ámbito del delito, que en el pasado parecía concebido casi exclusivamente para los procedimientos criminales (según pone de manifiesto Quintero Olivares (15)).

(ii) Existencia y observancia de garantías procesales en la práctica de la prueba testifical en el marco del procedimiento arbitral: en este punto, cabe indicar que en el caso concreto defendíamos que se observaron todas y cada una de las garantías procesales en la práctica de la prueba testifical del querrelado, indicando que el árbitro exhortó al mismo a decir verdad.

Los anteriores argumentos fueron utilizados tanto en la querrela como en los recursos posteriores (reforma y apelación), aunque desestimados primero por el Juzgado de Instrucción y posteriormente por parte de la Audiencia Provincial de Barcelona.

III. Sobre el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 26 de noviembre de 2001

El Auto de la Ilma. Audiencia Provincial de 26 de noviembre de 2001 inadmitió el recurso de apelación, con base a la prohibición de aplicación analógica de la ley penal, esto es, no se puede hacer extensiva la expresión «causa judicial» contenida en el art. 458 del Código Penal al procedimiento arbitral.

Por otra parte, dio la razón jurídica al recurrente al haber puesto de relieve una antinomia jurídica contenida en el precepto del Código Penal anteriormente citado, y dispuso elevar la cuestión al Gobierno para que adopte las medidas legislativas oportunas y promulgue la norma adecuada para que se sancione penalmente el falso testimonio prestado en un procedimiento arbitral.

Reflexionemos a propósito de ambos argumentos:

1. Sobre la analogía en el ámbito penal

Para tratar brevemente el tema de la analogía penal, se debe partir del art. 25.1 de la Constitución española, que establece que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en ese momento».

Dicho precepto regula el principio de legalidad penal, que ha cristalizado en el art. 1.1 del Código Penal («no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración»), y en el art. 2.1 del citado Texto Legal («no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración»).

Analizando el principio de legalidad penal, el Tribunal Constitucional (16) ha indicado que del principio de legalidad penal se derivan tres exigencias mínimas:

- La existencia de una Ley (*Lex scripta*).
- Que la Ley sea anterior al hecho sancionado (*Lex previa*).
- Y que la Ley describa un supuesto de hecho determinado (*Lex certa*).

De este último punto (principio de tipicidad de la ley penal) se deriva «la prohibición de la extensión analógica del Derecho penal al resolver sobre los límites de la interpretación de los preceptos legales del Código penal, lo que significa rechazar de plano la analogía como fuente creadora de delitos y penas, impidiendo así que el Juez invada ámbitos que sólo al legislador le corresponde» (17) .

En este sentido, cabe citar el art. 4.1 del Código Penal, que establece que «las leyes penales no se aplicarán a los casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

Desde la perspectiva constitucional cabe hablar de aplicación analógica o extensiva in malam partem

La prohibición de extensión analógica de la ley penal ha sido asimismo analizada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 142/1999, de 22 de julio, en cuyo Fundamento de Derecho Cuarto se indica expresamente que «en lo que se refiere a la garantía material del principio de legalidad que deben respetar los órganos judiciales, hemos establecido un canon de constitucionalidad. Desde la perspectiva constitucional cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora de aquel principio de legalidad, cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada

en las resoluciones recurridas» (18) .

Por ello, y a juicio de la Audiencia Provincial de Barcelona, le asiste razón jurídica al recurrente para considerar que debería estar penado el falso testimonio prestado en el marco de un procedimiento arbitral, pero a pesar de ello, y en virtud de la prohibición de aplicación analógica de la ley penal, no se puede hacer una lectura extensiva del art. 458 del Código Penal, que pune el delito de falso testimonio prestado en causa judicial.

2. Sobre la facultad de elevar al Gobierno de la nación una propuesta de Ley

El Auto de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de noviembre de 2001, en aplicación de lo dispuesto en el art. 4.2 del Código Penal, resuelve elevar la cuestión al Gobierno para que promulgue una Ley por la que sea punible el delito de falso testimonio prestado en un procedimiento arbitral.

El art. 4.2 del Código Penal establece que «en el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de la jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de represión penal».

Aplicando dicho precepto, la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona utilizó dicha facultad, elevando la cuestión al Gobierno de la nación para que lleve a cabo la modificación del art. 458 del citado Texto Legal, en el sentido de incluir como conducta típica el falso testimonio prestado en el marco de un procedimiento arbitral (19) .

Como hemos indicado en la introducción del presente estudio, a pesar de elevarse la cuestión al gobierno, el art. 458.1 CP sigue sancionando el delito de falso testimonio prestado únicamente en causa judicial, que no arbitral.

IV. Posibles soluciones

Hemos indicado que con base y fundamento a la prohibición de la *analogía legis* en el ámbito penal, no es punible el delito de falso testimonio prestado en el marco de un procedimiento arbitral, y ello porque el art. 458 del Código Penal se refiere al falso testimonio prestado en causa judicial.

Por ello, hasta que no se incluya como delito de falso testimonio el prestado en un procedimiento arbitral, tenemos que abrir vías imaginativas que permitan el castigo a una conducta que

estimamos injusta: el mentir en su declaración como testigo en un procedimiento arbitral.

Recordemos en este punto que el supuesto de hecho consiste en que una persona preste falso testimonio en un procedimiento arbitral, y que justamente el árbitro base y fundamente su decisión en dicha declaración. Cumplido dicho supuesto de hecho, sugerimos lo siguiente:

1.- Para evitar que se produzca el supuesto de hecho anterior, y cuando se pueda prever que la declaración de un testigo no se va a ajustar a la verdad de los hechos, se aconseja solicitar la asistencia judicial para la práctica de pruebas, contemplada en el art. 33 de la Ley de Arbitraje. De concederse, entonces la declaración testifical se daría en presencia judicial, aunque cabría la duda penal de si se ha prestado en una verdadera causa judicial. No obstante, entendemos que generaría una duda razonable al juez instructor a la hora de decidir si admite a trámite la querrela criminal.

2.- Intentar judicializar la declaración del testigo prestada en el procedimiento arbitral, mediante la interposición del correspondiente recurso de anulación del laudo arbitral (art. 41 LA) (20) . La presente opción se plantea con suma cautela, merecedora de un desarrollo más profundo, conscientes de la complejidad que presenta, siendo la misma la siguiente: la mentira de un testigo en un procedimiento arbitral deja indefensa a la parte que sufre dicha declaración, ya que no dispondrá de un recurso de apelación posterior, ni podrá perseguir penalmente al testigo (al no ser punible su declaración en un procedimiento arbitral). Los requisitos de la indefensión para que se vulnere el art. 24 CE son (21) : (i) la indefensión debe ser material, esto es, deberá resultar claro que el perjudicado por la declaración falsa del testigo no pueda hacer alegaciones posteriores ni tiene mecanismo de defensa alguno contra la misma, ya que el único recurso que se puede interponer contra un laudo es justamente el de revisión, a diferencia de lo que sucede con una sentencia civil, que puede ser objeto de recurso de apelación (22) ; (ii) debe acreditarse que es una privación real, efectiva y actual de los medios de alegación y de prueba de la parte, esto es, que la parte se halla privada de ataque alguno contra la declaración falsa del testimonio prestada en un procedimiento arbitral (23) ; (iii) la indefensión debe ser absoluta, esto es, debe suponer una reducción a la nada de las posibilidades de defensa de quien sufre la indefensión (24) ; (iv) la indefensión ha de ser definitiva (25) ; y (v) debe ser imputada al órgano arbitral, esto es, no debe haber sido consentida en modo alguno por parte del recurrente (26) .

Para ello, se interpondría un recurso de anulación del laudo arbitral, alegando la causa estipulada en el art. 41.1.f LA, esto es, que el laudo es contrario al orden público (27) , al vulnerar el art. 24 CE, provocando indefensión a la parte que sufre el falso testimonio cuando el laudo basa su decisión justamente en dicha declaración, ya que no dispone de ningún otro mecanismo jurídico que pueda subsanar dicha situación.

Habida cuenta que el recurso de anulación del laudo se sustancia conforme los cauces del juicio verbal, se sugiere que junto a la demanda se solicite la declaración otra vez del testigo que mintió en sede arbitral (art. 42.1.a LA). En esa ocasión, de admitirse el recurso y la prueba, nótese que el testigo ya estará declarando en sede judicial y, en consecuencia, si reitera la mentira, podrá ser perseguido penalmente, en aplicación del art. 458.1 CP.

3.- Interponer una querrela contra el testigo, para el supuesto en el que el recurso de anulación del laudo sea inadmitido, o bien que sea inadmitida la prueba de su declaración en sede judicial. Seguramente la querrela será inadmitida a trámite, ya que el delito de falso testimonio no es punible en la actualidad. No obstante, la interposición de querrela persigue dos

finalidades: (i) la primera, poner de relieve una antinomia jurídica y solicitar al tribunal que eleve dicha cuestión al gobierno, en aplicación del art. 4.2 del Código Penal con la argumentación puesta de relieve en su día en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 26 de noviembre de 2001; y (ii) el agotar la vía penal entendemos que refuerza una reclamación posterior en vía civil contra el testigo (como analizaremos a continuación), puesto que el cliente no tiene otra opción que iniciar una demanda contra el mismo, en reclamación de daños y perjuicios.

4.- Sentado lo anterior, en el supuesto en el que en laudo arbitral se base en la declaración mendaz llevada a cabo por parte del testigo el procedimiento arbitral, intentado un recurso de anulación del laudo e intentado un procedimiento penal posterior, entonces entendemos que el perjudicado podrá interponer demanda por responsabilidad extracontractual contra el testigo que mintió, en aplicación del art. 1902 del Código Civil (28) , teniendo en cuenta el breve plazo de prescripción de la acción (1 año), que establece el art. 1968 del Código Civil (plazo que se puede interrumpir mediante requerimientos fehacientes remitidos al futuro demandado).

En definitiva, la intención del presente artículo es doble: en primer lugar, pretender que se incluya *de lege ferenda* en el art. 458.1 del Código Penal la posibilidad de imputar un delito de falso testimonio al prestado en una causa arbitral; y en segundo lugar, y hasta que no se modifique el Código Penal, ofrecer a los abogados la posibilidad de buscar vías de solución para intentar asesorar a sus clientes frente a la declaración falsa de un testigo prestada en un procedimiento arbitral.

(1) Quiero agradecer al Dr. Frederic Munné Catarina sus comentarios y aportaciones que, sin duda, mejoran la versión inicial de este trabajo.

[Ver Texto](#)

(2) ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio, «Sobre el delito de falso testimonio en el marco de un procedimiento arbitral», en *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 7, año 2006, pp. 107 a 127.

[Ver Texto](#)

(3) Sí existe alguna resolución jurisprudencial que se limita a indicar que el falso testimonio prestado en el marco de un procedimiento arbitral no es punible, como lo es el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de abril de 2012 (Rec. 164/2012), f.j. 2.º, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de noviembre de 2001, publicado en ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio, «Sobre el delito de falso testimonio en el marco de un procedimiento arbitral», *op. cit.*, pp. 122 a 127.

Cuestión diferente es si el testigo miente en su declaración, pero en el marco de un recurso de anulación del laudo, ya que la misma se presta en sede judicial, como indica la STS (Sala de lo Penal), de 6 de marzo de 2006, f.j. 5.º.

[Ver Texto](#)

(4) Dicho precepto establece que «En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal».

[Ver Texto](#)

(5) De hecho, la argumentación de la Audiencia Provincial de Barcelona fue la siguiente:

«QUINTO.- Los motivos en que funda el Tribunal su convicción y que razonadamente Expone al Gobierno de la Nación son las siguientes:

1.º) Nada empece desde una perspectiva político-criminal, sino al contrario, la punición expresa del falso testimonio y la falsa pericia vertida en procedimiento de arbitraje tanto mas cuanto que el legislador ha incriminado específicamente el faltar a la verdad ante una Comisión Parlamentaria (art. 502.3 del Código Penal) siendo así que sus posibles consecuencias son objetivamente de menor entidad lesiva que las derivadas de un laudo que funde la solución al conflicto sobre la base de una falsa deposición testifical o de una falsa pericia.

2.º) De igual modo, su expresa incriminación en el Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia no supondría distorsión alguna sino que, al contrario, le dotaría de mayor enjundia y lo convertiría en paradigma legislativo en la protección jurídico penal de la solución pacífica de conflictos mediante el Derecho en el ámbito de los países pertenecientes a nuestra área de cultura jurídica.

En efecto, el Título XX del vigente Código dedicado a los "Delitos contra la Administración de Justicia" (en el que tradicionalmente y bajo el texto punitivo anterior se protegían los fines mediatos e inmediatos del proceso judicial y en el que la realización arbitraria del propio derecho, tal y como se hallaba articulada, representaba una figura anómala) castiga con una pena, bajo idéntica rúbrica, además de las clásicas conductas que pueden poner en peligro los fines o la efectividad del proceso judicial, la realización de derechos propios al margen de los cauces jurídicos establecidos, estos es, el recurso a las vías de hecho (artículo 455); con ello está elevando a la categoría de bien jurídico penalmente protegido, **todos** los mecanismos jurídicos establecidos de resolución de conflictos, entre los que, entiende la Sala, merece especial consideración, por su naturaleza y efectos, el Arbitraje.

3.º) finalmente se lograría con la expresa incriminación, (además de dotar de coherencia y contenido el artículo 37 de la Ley 36/88 de Arbitraje en relación con lo dispuesto en el apartado 3.º del artículo 510 de la vigente ley procesal civil superándose la antinomia jurídica denunciada) no desvirtuar la única —junto a la nulidad del laudo— opción de control jurisdiccional (aunque sea por la vía del extraordinario *iudicium rescindens* que supone la revisión) regulada en la citada Ley 36/88 la cual, como se ha señalado por la doctrina, adolece, junto a un simple esbozo de procedimiento no justificable materialmente a pesar de las razones formales expuestas en la Exposición de Motivos de la Ley, de mínimos controles de naturaleza jurisdiccional a diferencia de lo que acontece en otros países de larga tradición arbitral como Inglaterra y EEUU en los que o bien cabe apelación contra la decisión arbitral ante órganos jurisdiccionales o la propia autoridad judicial debe ratificar el laudo».

[Ver Texto](#)

- (6) JIMÉNEZ-BLANCO, Gonzalo, y MENÉNDEZ, María José, «La audiencia de prueba», en *La prueba en el procedimiento arbitral*, obra coordinada por FÉLIX DE LUIS, J. y por NUNO ALBURQUERQUE, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 132 y 133, en la que dichos autores reconocen que el delito de falso testimonio prestado en el marco de un procedimiento arbitral no es punible, tal y como se halla redactado el art. 458.1 CP y, en consecuencia, el deber de veracidad de los testigos «es, en la práctica, un compromiso moral cuya aplicación o incumplimiento descansará principalmente sobre la conducta ética de los individuos involucrados».

[Ver Texto](#)

- (7) En el procedimiento judicial se analizó la Ley 36/1988, de Arbitraje. Para la redacción del presente estudio, se analiza la Ley 60/2003, de Arbitraje, que deroga la anterior 36/1988. No obstante, las conclusiones alcanzadas son idénticas tanto si se examina la Ley 36/1988, o bien la Ley 60/2003.

[Ver Texto](#)

- (8) Sin ánimo de exhaustividad, y sin ser éste el objeto de debate del presente artículo, podemos esbozar las tesis referenciadas, y citando al estudio realizado de la presente cuestión por SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969, pp. 571 a 583. También publicó su estudio sobre la naturaleza jurídica del arbitraje en «Jurisdicción, acción y proceso», editorial Atelier, Barcelona, 2008, pp. 165 a 180:

a.- Tesis contractualista.

La jurisprudencia española se decantó antiguamente por considerar que el arbitraje tenía naturaleza contractual (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1888 y de 11 de abril de 1932), habida cuenta que se tiende a equiparar el arbitraje con un contrato privado, en virtud del cual las partes se someten voluntariamente a un tercero (árbitro) para que, en su caso, dirima la controversia surgida

entre las mismas.

b.- Tesis intermedias.

Según estas teorías, el arbitraje tendría dos momentos (contractual en el momento de suscripción del convenio arbitral entre las partes, y jurisdiccional propiamente dicha, en el momento de solución de la cuestión litigiosa), por lo que su naturaleza jurídica sería intermedia.

c.- Tesis jurisdiccionalista.

Dicha tesis equipara el procedimiento arbitral al procedimiento jurisdiccional.

La doctrina del Tribunal Constitucional equipara el arbitraje a la jurisdicción civil. Si bien la Sentencia 43/1988 califica el arbitraje de «jurisdicción» (Fundamento Jurídico 4.º), Sentencias posteriores indican que el arbitraje es «un *equivalente jurisdiccional*, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada» (Sentencia del Tribunal Constitucional 288/1993, Fundamento Jurídico 3.º, y ver asimismo las SSTC 176/1996, Fundamento Jurídico 4.º, 174/1995, Fundamento Jurídico 7.º, 62/1991, Fundamento Jurídico 5.º, y 15/1989, Fundamento Jurídico 9.º.b, y AATC 326/1993, Fundamento Jurídico 1.º, y 701/1988, Fundamento Jurídico 1.º).

Por ello, y según indica RAMOS MÉNDEZ, Francisco, «Derecho Procesal Civil», Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, 1992, p. 1.270) «en general, se pone de relieve la similitud entre la función de los árbitros y la del juez, se comparan los efectos del laudo arbitral y de la sentencia jurisdiccional, se llega, en suma, a demostrar la existencia de juicio y cosa juzgada en el arbitraje».

Asimismo, dicha es la teoría defendida por SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Estudios de Derecho Procesal», *op. cit.*, pp. 571 a 583, quien entiende que el laudo arbitral es el resultado de una actividad jurisdiccional, y justificando dicha afirmación en base a las diez consideraciones vertidas en el Estudio citado (*op. cit.* pp. 580 a 583), y que se hicieron valer en el caso que nos ocupa.

Ver Texto

- (9) Ello se deduce expresamente de doctrina reiterada por el propio Tribunal Constitucional, por ejemplo, en la Sentencia 176/1996:

«4. No obstante, sentado lo anterior ha de precisarse que el núcleo de la queja del recurrente se basa en que, aun mediando un previo sometimiento del litigio al arbitraje, el órgano jurisdiccional no ha examinado, en el cauce del recurso contra el Laudo Arbitral, el fondo del asunto debatido ante el árbitro, pese a las causas de nulidad del mismo que fueron alegadas en dicho procedimiento. Lo que entraña, a su juicio, una limitación de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

*Tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera **que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción (pero no su "equivalente jurisdiccional" arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995) legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del Laudo Arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras).**»*

Ver Texto

- (10) Sobre el concepto de la revisión civil, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de noviembre de

1996 indica que «siendo la revisión un remedio procesal encaminado a atacar el principio de la cosa juzgada a la vez que controlar en beneficio de la justicia si la resolución cuya revisión se pretende fue dictada como consecuencia de defectos o vicios que de haberse conocido hubieren provocado una resolución distinta, no ya sólo en la interpretación de los presupuestos en que la misma se apoya han de ser contemplados con criterio a la vez que estricto, restrictivo, sino que, además, los mismos han de haberse producido fuera del proceso en que se hubiere dictado la sentencia que se trata de impugnar quedando por tanto fuera los alegados o producidos en el mismo (Sentencias de 13 abril 1981; 8 mayo y 5 noviembre 1986; 9 diciembre 1987, entre otras muchas)».

[Ver Texto](#)

- (11) RAMOS MÉNDEZ, Francisco, «Derecho Procesal Civil», *op. cit.*, pp. 759 a 767.

[Ver Texto](#)

- (12) La Sentencia del Tribunal Constitucional 288/1993 (Fundamento Jurídico Tercero), establece que «La inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal, de los laudos arbitrales regulados en la Ley 36/1998. En este sentido su art. 37 establece con absoluta claridad que "el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada. Contra el mismo sólo cabrá el recurso de revisión, conforme a lo establecido en la legislación procesal para las Sentencias judiciales firmes". Ello es conforme con la naturaleza del arbitraje, que es [STC 62/1991] "un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada"».

[Ver Texto](#)

- (13) Sobre este particular, *vid.* PICÓ I JUNOY, Joan, «Las garantías constitucionales del proceso», 2.^a edición, J.M. Bosch, Editor, Barcelona, 1997, p. 62, y cita en la nota 79 la siguiente jurisprudencia del Tribunal Constitucional: SSTC 113/2006, de 5 de abril (f.j. 6.º); 111/2006, de 5 de abril (f.j. 5.º); 273/2005, de 27 de octubre (f.j. 5.º); 174/1995, de 23 de noviembre (f.j. 3.º); 140/1995, de 28 de septiembre (f.j. 6.º); 221/1994, de 18 de julio (f.j. 3.º); 255/1993, de 20 de julio (f.j. 2.º); 132/1992, de 28 de septiembre (f.j. 2.º); 19/1986, de 7 de febrero (f.j. 6.º); 69/1985, de 30 de mayo (f.j. 2.º); 90/1983, de 7 de noviembre (f.j. 2.º); 74/1983, de 30 de julio (f.j. 3.º).

[Ver Texto](#)

- (14) Dichos artículos establecían lo siguiente:

«Artículo 326. *El que, en causa criminal, diere falso testimonio en contra del reo, será castigado con las penas de prisión menor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas, si hubiere recaído sentencia condenatoria por delito a consecuencia de la declaración falsa.*

Si este falso testimonio se diere en juicio de faltas, las penas serán de arresto mayor y multa de 100.000 a 200.000 pesetas.

Cuando el presunto reo no fuere condenado, se impondrán al falso testigo las penas señaladas en los párrafos anteriores en su grado mínimo.»

«Artículo 327. *El que, en causa criminal, diere falso testimonio en favor del reo, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas, si la causa fuere por delito.*

Si este falso testimonio se diere en juicio de faltas, la pena será la de multa de 100.000 a 500.000 pesetas.»

«Artículo 328. *Al que, en causa criminal por delito, diere falso testimonio que no perjudique ni favorezca al reo, se le impondrá la pena de arresto mayor.»*

«Artículo 329. *El falso testimonio en causa civil será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.»*

[Ver Texto](#)

- (15) QUINTERO OLIVARES, «Comentarios al Nuevo Código Penal», Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 1996, p. 1.962.

[Ver Texto](#)

- (16) Autos del Tribunal Constitucional 263/1995, de 27 de septiembre, f.j. 2.º, y 282/1995, de 23 de octubre, f.j.2.º.

[Ver Texto](#)

- (17) *Vid.* Auto del Tribunal Constitucional 263/1995, de 27 de septiembre, f.j. 2.º, que cita asimismo las Sentencias del Tribunal Constitucional 89/1983, 75/1984, 159/1986 y 133/1987.

Sin embargo, tal y como aclara el Auto del Tribunal Constitucional 263/1995 (f.j. 2.º), «el principio de legalidad criminal no es tan riguroso que reduzca al Juez a ser un mero ejecutor automático de la Ley, actuando de forma tan mecánica que anule su libertad, cuando, en uso de ésta, ni se crean figuras delictivas, ni se aplican penas no previstas en el ordenamiento, máxime si se toma en consideración que no puede considerarse dicho principio vulnerado cuando la definición del tipo "incorpore conceptos cuya delimitación permite un margen de apreciación" (SSTC 62/1982 y 53/1994)».

[Ver Texto](#)

- (18) Ver asimismo (SSTC 137/1997, 151/1997, 225/1997, 232/1997, 236/1997, 56/1998, 189/1998 y 43/1999).

[Ver Texto](#)

- (19) El artículo 4.2 del Código Penal también ha sido aplicado en la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona número 3, de 17 de abril de 2000 (Rec. 62/2000). En el supuesto analizado por dicha Sentencia, el Juez elevó al Gobierno el hecho de que había falta de previsión legislativa en orden a la inexistente exigencia de requisitos de capacitación teórica y práctica habilitante para conducir vehículos de motor con potencia no superior a los 50 centímetros cúbicos (f.j. 1.º).

[Ver Texto](#)

- (20) Y así consta en la STS (Sala de lo Penal), de 6 de marzo de 2006, f.j. 5.º.

[Ver Texto](#)

- (21) Por todos, PICÓ I JUNOY, Joan, «Las garantías constitucionales del proceso», *op. cit.*, pp. 111 y 112. La cita de jurisprudencia que se llevará a cabo a continuación se extrae de las notas 221 a 226 recogidas por dicho autor.

[Ver Texto](#)

- (22) SSTC 5/2004, de 16 de enero (f.j. 7.º); 118/1997, de 23 de junio (f.j.2.º); 88/1997, de 5 de mayo (f.j. 3.º); 77/1997, de 21 de abril (f.j. 3.º); 17/1997, de 10 de febrero (f.j. 2.º); 164/1996, de 28 de octubre (f.j. 2.º); 140/1996, de 16 de septiembre (f.j. 2.º); 126/1996, de 9 de julio (f.j. 2.º); 121/1996, de 8 de julio (f.j. 2.º); 37/1996, de 13 de marzo (f.j. 2.º); 178/1995, de 11 de diciembre (f.j. 3.º); 121/1995, de 18 de julio (f.j. 4.º); 18/1995, de 24 de enero (f.j. 3.º); 15/1995, de 24 de enero (f.j. 4.º); 212/1994, de 13 de julio (f.j. 4.º); 171/1994, de 7 de junio (f.j. 2.º); 155/1994, de 23 de mayo (f.fj. 2.º); 147/1987, de 30 de septiembre (ff.jj. 2.º y 3.º); 48/1986, de 23 de abril (f.j. 1.º); 48/1984, de 4 de abril (f.j. 1.º).

[Ver Texto](#)

- (23) SSTC 25/2011, de 14 de marzo (f.j. 7.º); 5/2004, de 16 de enero (f.j. 6.º); 91/2001, de 2 de abril (f.j. 4.º); 142/2000, de 29 de mayo (ff.jj. 2.º y 6.º); 77/1997, de 21 de abril (f.j. 3.º); 164/1996, de 28 de octubre (f.j. 2.º); 151/1996, de 30 de septiembre (f.j. 4.º); 137/1996, de 16 de septiembre (f.j. 2.º); 121/1996, de 8 de julio (f.j. 2.º); 37/1996, de 11 de marzo (f.j. 2.º); 121/1995, de 18 de julio (f.j. 4.º); 98/1995, de 20 de junio (f. j. 2.º); 39/1995, de 13 de febrero (f.j. 6.º); 37/1995, de 7 de febrero (f.j. 5.º); 18/1995, de

24 de enero (f.j. 3.º); 15/1995, de 24 de enero (f.j. 4.º); 314/1994, de 28 de noviembre (f.j. 1.º); 212/1994, de 13 de julio (f.j. 4.º); 68/1988, de 18 de abril (f.j. 3.º); 48/1986, de 23 de abril (f.j. 1.º); 161/1985, de 29 de noviembre (f.j. 3.º). De igual modo, cfr. AATC 1191/1987, de 26 de octubre (f.j. 4.º); 966/1987, de 29 de julio (f.j. 2.º); 660/1987, de 27 de mayo (f.j. 2.º); 555/1985, de 24 julio (f.j. 3.º).

Ver Texto

- (24) SSTC 121/1996, de 8 de julio (f.j. 2.º); 48/1986, de 23 de abril (f.j. 1.º); AATC 31/1987, de 14 de enero (f.j. 1.º); 660/1987, de 14 de enero (f.j. 2.º).

Ver Texto

- (25) SSTC 77/1997, de 21 de abril (f.j. 3.º); 187/1990, de 26 de noviembre (f.j. 5.º), 64/1985, de 17 de mayo (f.j.2.º); 21/1985, de 15 de febrero (f.j. 3.º); 60/1983, de 6 de junio (f.j. 1.º); 41/1981, de 18 de diciembre (f.j. 7.º).

Ver Texto

- (26) SSTC 128/2011, de 18 de julio (f.j. 3.º); 25/2011, de 14 de marzo (f.j. 7.º); 3/2010, de 17 de marzo (ff.jj. 1.º, 2.º, 3.º y 4.º); 6/2009, de 12 de enero (f.j. 3.º); 7/2008, de 21 de enero (f.j.4.º); 5/2004, de 16 de enero (f.j. 6.º); 118/1997, de 23 de junio (f.j. 2.º); 99/1997, de 20 de mayo (f.j. 4.º); 86/1997, de 22 de abril (f.j. 2.º); 77/1997, de 21 de abril (f.j. 3.º); 39/1997, de 27 de febrero (f.j. 3.º); 193/1996, de 26 de noviembre (f.j. 1.º); 149/1996, de 30 de septiembre (f.j. 4.º); 140/1996, de 16 de septiembre (f.j. 2.º); 137/1996, de 16 de septiembre (f.j. 2.º); 126/1996, de 9 de julio (f.j. 2.º); 121/1996, de 8 de julio (f.j. 2.º), 111/1996, de 24 de junio (f.j. 3.º); 82/1996, de 20 de mayo (f.j. 5.º); 178/1995, de 11 de diciembre (f.j. 3.º); 155/1995, de 24 de octubre (f.j. 3.º); 109/1995, de 4 de julio (f.j. 5.º); 105/1995, de 3 de julio (f.j. 4.º); 105/1995, de 3 de julio (f.j. 4.º); 80/1995, de 5 de junio (ff.jj. 1.º y 2.º); 11/1995, de 16 de enero (f.j. 4.º); 184/1994, de 20 de junio (f.j. 3.º); 364/1993, de 13 de diciembre (f.j. 2.º); 153/1993, de 3 de mayo (ff.jj. 3.º y 4.º); 68/1993, de 1 de marzo(f.j. 2.º); 68/1991, de 8 de abril (f.j. 2.º); 50/1991, de 14 de marzo (f.j. 5.º); 147/1990, de 1 de octubre (f.j. 2.º); 114/1990, de 21 de julio (f.j. 5.º); 205/1988, de 7 de noviembre (f.j. 3.º); 198/1988, de 14 de diciembre (f.j. 2.º); 151/1987, de 2 de octubre (F.j. 2.º); 93/1987, de 2 de octubre (f.j. 2.º); 93/1987, de 3 de junio (f.j. 2.º).

Ver Texto

- (27) El laudo es contrario al orden público si vulnera un derecho fundamental, opinión unánime en la doctrina científica. *Vid.*, por ejemplo, CADARSO PALAU, Juan, «Comentario al artículo 41», en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, obra coordinada por GONZÁLEZ SORIA, Julio, 2.ª edición, editorial Aranzadi, 2011, Cizur Menor (Navarra), pp. 586 y 587; XIOL RÍOS, Juan Antonio, «Artículo 41. Motivos», en la obra colectiva coordinada por GONZÁLEZ-BUENO, Carlos, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Consejo General del Notariado, 2014, p. 834; y BARONA VILAR, Silvia, «Artículo 41. Motivos», en la obra colectiva dirigida por dicha autora, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2.ª edición, Thomson Reuters - Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 1742 y 1743.

Ver Texto

- (28) Sobre los requisitos de la responsabilidad extracontractual, ver Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1998 , 5 de mayo de 1998, 17 de noviembre de 1998, 25 de septiembre de 1998, 30 de junio de 1998, 8 de octubre de 1996 y 7 de marzo de 1991). Asimismo, *vid.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, «Derecho de Daños», Editorial Civitas, Madrid, 1999. Dicho autor también dedicó el quinto volumen de sus magníficos «Fundamentos del derecho civil patrimonial» a la responsabilidad civil extracontractual, editorial Civitas, Madrid, 2011.

Ver Texto

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO PROBATORIO



Sobre el derecho de información del detenido regulado en el artículo 520.2.d de la Ley de Enjuiciamiento Criminal conforme con la interpretación de la STC de 5 de marzo de 2018, recurso de amparo n.º 3766/2016

Manuel RICHARD GONZÁLEZ

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA. Miembro Junta Directiva e Investigador del Instituto de Probática y Derecho Probatorio

Resumen

Los derechos del detenido son una de las cuestiones centrales del sistema procesal en tanto que definen el régimen y calidad de las garantías que se ofrecen a aquellos ciudadanos que resultan sometidos al régimen de privación de libertad que supone la detención. El art. 520 recoge estos derechos en la LECrim., conforme a la redacción dada por la LO 13/2015 que mejoró sensiblemente las garantías del detenido introduciendo una norma específica respecto a su derecho de información. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la STC de 5 de marzo de 2018 que es objeto de este comentario.

I. Introducción. Sobre el derecho a la información y de defensa del detenido

En fecha tan reciente como el pasado 5 de marzo de 2018 el Tribunal Constitucional dictó una sentencia de especial relevancia que se pronuncia sobre el derecho de información del detenido contenido en el art. 520.2.d. LECrim., que prevé que el detenido debe ser informado de los derechos que le asisten y en concreto del: «Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad». Se trata de una novedad relevante que se introdujo en la reforma de la LECrim., por la LO 13/2015 junto con otras cuestiones también de especial importancia que han venido a reforzar el status de derechos del detenido en nuestro sistema procesal. Las modificaciones del art. 520 LECrim., han venido a incidir especialmente en el derecho de defensa del detenido reforzándolo con varias normas especialmente necesarias a ese fin. Normas que también se contienen en el art. 118 LECrim., que establece el catálogo, en sentido amplio y general, de derechos del sometido a proceso penal. La mejora del derecho de defensa se produce básicamente con dos normas introducidas en la mencionada reforma de 2015. La primera es objeto de la Sentencia del Tribunal Constitucional que comentamos aquí y se refiere al derecho de información del sometido al proceso penal que resulta esencial especialmente en el caso del detenido. La segunda norma viene referida a la posibilidad, introducida en el apartado d) del párrafo 6.º del art. 520 LECrim., de que el abogado pueda entrevistarse reservadamente con el detenido antes del interrogatorio policial. Ambas normas se hallan relacionadas y sirven al fin de permitir que el detenido pueda disponer de la mejor defensa posible para lo cual precisa conocer cuáles son los hechos que fundamentan la actuación de la policía en orden a su detención y realizar una comunicación con su abogado, antes de la declaración policial, a efecto de preparar la mejor estrategia de defensa conociendo por la información de la policía cuáles son los hechos que fundamentan la detención.

Como resulta sabido estas modificaciones traen causa, principalmente, de dos directivas de la Unión Europea. Concretamente la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales y la Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales. Se trata de dos normas Europeas que pretenden adecuar y unificar el régimen de derechos del sometido al proceso penal en el ámbito Europeo mediante una regulación marco que la legislación española ha trasladado literalmente, en algún caso, a la regulación de la LECrim.

El derecho de información del detenido regulado en el art. 520.2.d LECrim. se enuncia de un modo poco claro

El derecho de información del detenido regulado en el art. 520.2.d LECrim., se enuncia de un modo poco claro estableciendo que el detenido tiene derecho a: « ... acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad». Esta redacción sugiere que la información que se debe proporcionar al detenido se limita a aquellas cuestiones esenciales que hayan determinado la detención. En cualquier caso y aunque la Ley evita utilizar la palabra hecho y en su lugar emplea el concepto indeterminado «elemento», lo que debe ponerse en conocimiento del detenido son aquellos hechos que fundamentan la detención y que, por tanto, son los que la legitiman. Se trata de hechos relacionados con la imputación policial que motiva la detención y que se contendrá en el atestado. Ello sin perjuicio de una modificación eventual de la imputación con base en la posterior investigación en la fase de instrucción judicial. Más clara y precisa es la redacción del art. 118.1.a LECrim., que dispone que toda persona a quien se impute un hecho punible, y cualquiera que sea la fase del procedimiento en que

se halle, será instruida de una serie de derechos entre los que se halla el: «derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto

de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa». Nótese que el precepto legal se refiere, aquí sí, a hechos asociando la finalidad de la información con el derecho de defensa. Esta idea clave se reitera en el apartado b) del citado art. 118.1 LECrim., que dispone el derecho del sometido a proceso penal, haciendo referencia expresa a la situación del detenido ante la declaración, a: « ... examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración». La información a la que se refiere el precepto deberá facilitarse: « ... en un lenguaje comprensible y que resulte accesible. A estos efectos se adaptará la información a la edad del destinatario, su grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una modificación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita». Esta referencia al modo en el que se debe entregar la información también se contiene en el art. 520.2 LECrim., que se inicia con esa referencia general.

En este punto aparecen algunas cuestiones que considero relevantes en esta materia y que son objeto de argumentación en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de marzo de 2018 objeto de comentario.

1.ª La diferencia entre la información de los derechos del detenido, que son los mencionados y algunos otros, y la información sobre los hechos relevantes que se le imputan y motivan la detención. Lo primero queda cumplido con la información transmitida de forma inmediata al detenido de cuáles son sus derechos lo que, sin perjuicio de su inicial forma oral, deberá constar por escrito conforme con el art. 520.2 in fine LECrim., que además prevé que: «... se permitirá al detenido conservar en su poder la declaración escrita de derechos durante todo el tiempo de la detención». En este punto resulta necesario que el detenido conozca y comprenda el alcance de todos y cada uno de los derechos que le son reconocidos. La inmediatez en la entrega de la información se ajustará a las circunstancias de la detención, pero no puede retrasarse más allá del mínimo indispensable debiendo la policía, en cualquier caso, informar oralmente al detenido de sus derechos sin perjuicio de su entrega posterior por escrito. En cuanto al concreto derecho a la información debe ser materializado mediante la específica puesta en conocimiento del detenido (entendiendo que asistido por su abogado) de los hechos que motivan la imputación policial que conduce a la detención. De ordinario esta información se entregará por escrito. Sin embargo, no la ley no exige ni tampoco el TC como veremos, que deba entregarse por escrito, sino que servirá a ese fin la información oral transmitida por la policía o la consulta del atestado, o parte del mismo, o el examen de las evidencias en las que se fundamente la imputación.

2.º Cuál sea el momento en el que se debe proporcionar esta información al detenido.

3.º Cuál sea el grado de información que deba proporcionarse al detenido con relación a la causa de la detención. Y de forma asociada si este derecho se atribuye al detenido o bien a su abogado o a ambos.

4.º Cual es la finalidad y el derecho fundamental que se pretende proteger ¿ Se trata del derecho a la libertad o del derecho de defensa?

5.º Y, finalmente, de qué modo puede el detenido impugnar la falta de cumplimiento de esta previsión legal.

Todas estas cuestiones, con mayor o menor desarrollo y acierto, son tratadas en la Sentencia del

Tribunal Constitucional que merece ser estudiada por pronunciarse novedosamente sobre esta materia.

II. Supuesto de hecho del que conoce el Tribunal Constitucional

La STC de 5 de marzo de 2018 se pronuncia respecto a la detención de una persona presuntamente relacionada con una agresión con resultado de lesiones que había sufrido un ciudadano en las inmediaciones del lugar de la detención. Durante la detención se le informó de los derechos que le garantiza el art. 520 LECrim., entre los cuales se halla el de ser informado de las razones y motivos de la detención. A ese efecto los agentes que instruían y formalizaban el atestado procedieron a informarle verbalmente del hecho ilícito que se le atribuía —una agresión en grupo—, de su calificación jurídica —un delito de lesiones— y del lugar, hora y momento de la detención. A estos datos únicamente se añadió que la detención se fundamentó por el hecho de haber sido interceptado por los efectivos policiales en un lugar cercano a los hechos pocos minutos después de que se hubieren producido. Comunicada la detención al Colegio de Abogados se personó en la comisaría el abogado del detenido que solicitó expresamente acceder a la parte del atestado policial que había sido ya redactada. Esta petición la formuló, antes del interrogatorio del detenido, con la finalidad de conocer los hechos que fundamentaban la imputación policial y la consiguiente detención, lo que fue negado por la policía. Ante ello el detenido formalizó una petición de habeas Corpus que fue informada negativamente por el Fiscal que consideró que el procedimiento seguido en la detención había sido correcto habiéndose cumplido las formalidades legales. Por su parte el Juez de guardia dictó Auto por el que denegó la incoación de procedimiento de habeas corpus por entender que «... el presente caso no puede encuadrarse en ninguno de los apartados del citado art. 1 (de la Ley Orgánica 6/1984)».

En esta situación procesal el detenido interpuso recurso de amparo por entender: — que se había vulnerado su derecho a conocer las razones de su detención, dificultando de ese modo su impugnación (art. 17.3 CE); — Se obstaculizó su derecho a obtener una asistencia letrada efectiva durante la detención (art. 17.3 CE); — Se produjo vulneración del derecho de defensa que quedó limitado indebidamente al no conocer al momento de su interrogatorio la imputación penal que justificó su detención (art. 24.2 CE). Todas estas infracciones traían causa, según el recurrente en amparo, en la falta de información por parte de la policía que debiera haber permitido el pleno acceso a la parte del atestado policial que había sido ya redactada al momento de la solicitud del abogado del detenido para poder conocer los hechos imputados a su defendido.

En esta materia no resulta fácil establecer reglas fijas

Del análisis del supuesto de hecho se constata que la policía informó de los detalles y circunstancias formales de la detención pero omitió otras informaciones que hubieran podido servir al detenido para conocer las razones de la detención y preparar su defensa. Concretamente, constaba en el atestado, o debían constar, determinadas informaciones que habían sido relevantes en la detención. Por ejemplo, constaba en el atestado el hecho de que los agentes de policía fueron advertidos verbalmente de que se estaba produciendo una agresión en un parque cercano al que se dirigieron y donde pudieron observar

como el recurrente en amparo, junto con otros jóvenes, huían a la carrera del parque pudiendo también observar los agentes como uno de los que corría arrojó al suelo un machete de 36 centímetros de hoja, que posteriormente resultó ser el utilizado en la agresión. Esos fueron los hechos que motivaron la persecución de la policía y la posterior detención en las cercanías del

citado parque. Como se relata en la STC de 5 de marzo de 2018: «Fueron estos datos objetivos, así como la percepción directa de los funcionarios policiales, los que permitieron establecer el vínculo de conexión probable entre los jóvenes detenidos y la agresión investigada. Sin duda fueron decisivos la edad de los implicados en la reyerta, el dato del lugar que abandonaban juntos, el hecho de hacerlo a la carrera instantes después de la disputa, y el dato de haber arrojado uno de ellos al suelo un machete de considerables dimensiones, cuya fuerza indiciaria quedó corroborada, después de la detención, cuando otra dotación policial atendió a los heridos constatando las características y mecanismo causal probable de las lesiones sufridas» (Fundamento de Derecho 9.º). Esta es una información que, como se expone a continuación, el Tribunal Constitucional considera que debió haberse comunicado al detenido en garantía de sus derechos constitucionales. Se trata de una decisión jurisprudencial que interpreta el contenido concreto del derecho de información al detenido y ahí radica su importancia. No obstante, he de señalar que en esta materia no resulta fácil establecer reglas fijas en tanto que como declara el Tribunal Constitucional el derecho de información no abarca todo el atestado. No sólo porque puede existir una resolución decretando el secreto de las comunicaciones, sino porque en general en el atestado se pueden contener otros hechos y circunstancias ajenos a la detención que no deben ser objeto de conocimiento por parte del detenido en esta fase previa del proceso penal.

III. Criterios que cabe extraer de la STC de 5 de marzo de 2018 para la práctica forense

Del examen de la sentencia podemos extraer unas cuantas conclusiones. Algunas claras y meridianas. Otras no tanto. Vamos a analizar a continuación las que considero que tienen más interés para la práctica forense.

1. ¿El derecho a la información se debe producir de oficio o a instancia de parte? ¿El detenido debe justificar su petición?

El derecho a la información de los hechos que fundamentan la imputación se contiene en el art. 520 LECrim., en el que junto con derechos fundamentales se relacionan otros que no lo son. Así, el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo o el de asistencia letrada son derechos fundamentales que siempre se deberán prestar y respetar y cuya infracción determinará la nulidad radical de las actuaciones practicadas. Sin embargo, otros derechos que se contemplan en el art. 520 LECrim., tienen un rango inferior en tanto que serán eficaces por petición del detenido. Este es el caso del derecho a ser reconocido por un médico, ser asistido por un intérprete o a comunicarse telefónicamente. Se trata de derechos que, al margen que la policía pueda activar si considera que proceden, por lo general se materializarán a petición del detenido.

Según la STC de 5 de marzo de 2018 el derecho de información sobre las actuaciones y especialmente sobre las razones de la detención se producirá a instancia de parte. Así se dice en el Fundamento de Derecho 7.º donde el TC señala que: «el detenido, asesorado por el letrado designado voluntariamente o de oficio con quien previamente puede entrevistarse reservadamente (art. 520.6.d] LECrim.), podrá decidir fundadamente su conducta procesal durante el interrogatorio, así como tomar la decisión de impugnar la legalidad de su privación de libertad cuando no comparta la causa que la motivó o la forma en que se está desarrollando. En este último caso, es al detenido a quien corresponde instar el ejercicio de su derecho, solicitando justificadamente los elementos de las actuaciones a los que quiere acceder». En su virtud, y según el TC, la petición de información de las actuaciones correspondería al detenido que, además,

debería justificar la petición para acceder a determinados hechos que constan en las actuaciones.

Sin embargo este criterio no me parece que sea aceptable, ya que considero que ninguna de las dos conductas debe ser exigida al detenido con base precisamente en el propio fundamento de la doctrina jurisprudencial que se contiene en la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de marzo de 2018. Efectivamente considerando el TC que el derecho a la información se fundamenta en el derecho a la libertad y el derecho de defensa debe entenderse, en consecuencia, que debe ser respetado y cumplimentado por la policía, careciendo de sentido que se supedite este derecho a la petición del interesado y, mucho menos, que se deba justificar la petición de modo alguno. Si fuera así la defensa del detenido quedaría en manos de la mayor o menor pericia o interés del abogado que interviniese lo que no tiene sentido. En realidad creo sinceramente que este es también el criterio del Tribunal Constitucional que se ha pronunciado sobre esta cuestión en el párrafo transcrito a modo de *obiter dicta* sin pretensión, al menos consciente, de establecer una norma de interpretación del derecho de información.

El detenido puede solicitar el acceso a aquella parte de las actuaciones es que recoja o documente las razones aducidas

El criterio a favor de una conducta activa de la policía proporcionando esta información, como mínimo la básica sobre la imputación policial, no es óbice para que corresponda al abogado del detenido pueda, como consecuencia de la información suministrada por la policía, solicitar otras información que entiendan que puedan constar en el atestado, posibilidad admitida por el Tribunal Constitucional: «La conexión entre el derecho a conocer las razones de la detención y el de acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnarla explica también, en gran medida, el contenido de esta segunda garantía. A partir de la información recibida, para contrastar su veracidad y suficiencia, el detenido puede solicitar el acceso a aquella parte de las actuaciones que recoja o documente las razones aducidas» Fundamento de Derecho 7.º). De modo que si pueda ser discutible si la información dada por la policía en un primer momento es suficiente, no lo es que si el abogado del detenido solicita una ampliación de la información la policía deba proporcionar toda aquella información relevante que fundamente la imputación y la detención.

2. ¿En momento debe producirse la comunicación de la información al detenido?

Para resolver esta cuestión debemos distinguir entre la información de derechos al detenido en la que se debe hacer referencia a todos los que se contienen en el art. 520 LECrim., y el derecho concreto y específico a conocer de los hechos que motivan la detención que se producirá en un momento posterior.

La relación genérica de derechos contenida en el art. 520 LECrim., se deberá notificar al detenido tan pronto sea posible, lo que debe entenderse desde el primer momento de la detención. La información se entregará por escrito, sin perjuicio de que en un primer momento se pueda realizar oralmente en tanto que se pueda trasladar al detenido a dependencias policiales.

La información sobre los hechos que fundamentan la imputación policial y, por tanto, la detención se produce en un momento posterior (art. 520.2.d LECrim.). Ello no significa que no se pueda producir de forma consecutiva a la información general, pero ordinariamente el derecho de información lo será sobre hechos que constan en el atestado y que fundamentan la detención. Siendo así de ordinario existirá un tiempo entre la detención con la consiguiente lectura de

derechos y la entrega de la información al detenido que debe coincidir con la que consta en el atestado policial que deberá ser redactado por la policía. Así lo entiende el Tribunal Constitucional que si bien declara en el Fundamento de Derecho 6.º de la sentencia que: «En cuanto al momento en el que la información ha de ser facilitada, la ley reitera la exigencia constitucional: ha de serlo "de forma inmediata" en los casos de privación de libertad. La exigencia de inmediatez se dirige a evitar innecesarios espacios de incertidumbre personal acerca de la situación de privación de libertad», parece en realidad que está haciendo referencia al tiempo ideal para informar, puesto que a continuación de forma más realista señala que: «En todo caso, en garantía de su derecho de defensa, deberá proporcionarse antes de su primer interrogatorio por parte de la policía». Este límite temporal último fijado en la declaración del detenido es el que en realidad prevalece, declarando el TC que: «Por tanto, la pretensión de acceso a las actuaciones se produce siempre antes de que haya finalizado la redacción del atestado, del que la declaración del sospechoso es un elemento nuclear. De esta manera, el detenido, asesorado por el letrado designado voluntariamente o de oficio con quien previamente puede entrevistarse reservadamente (art. 520.6.d] LECrim.), podrá decidir fundadamente su conducta procesal durante el interrogatorio, así como tomar la decisión de impugnar la legalidad de su privación de libertad cuando no comparta la causa que la motivó o la forma en que se está desarrollando» (Fundamento de Derecho 7.º). En consecuencia, y conforme con la doctrina del Tribunal Constitucional, la información sobre los hechos relevantes que motivan la detención policial deberá ser entregada al detenido como máximo antes del interrogatorio policial, momento en el que el abogado del detenido debe disponer de la información sobre los hechos que se imputan y motivan la detención. Así se expresa sin duda alguna el Tribunal Constitucional: «A partir de este doble fundamento, es posible determinar la forma y momento en que el derecho de acceso a los elementos esenciales de las actuaciones puede ejercerse. Dicho intervalo se sitúa después de ser informado sobre las razones fácticas y jurídicas de la detención y antes de ser interrogado policialmente por primera vez» (Fundamento de Derecho 7.º).

3. De las razones y motivos a los hechos que fundamentan la detención: ¿Qué incluye el derecho a la información previsto en el artículo 520.2.d LECrim.? ¿Qué partes del atestado deben ser puestas en conocimiento del detenido?

Uno de los aspectos esenciales de la jurisprudencia que se contiene en la sentencia del Tribunal Constitucional es el contenido de la información que la Ley prevé que se comunique al detenido. Precisamente, en el asunto enjuiciado el debate se produce no por la denegación de información, sino por la «calidad» de la misma. Efectivamente la policía informó al detenido respecto a los motivos de la detención, pero esta información fue de carácter formal sin incluir detalles esenciales que fueron los que motivaron especialmente la actuación policial y que sin duda tenían interés probatorio.

En este punto creo que se debe tener presente que los hechos esenciales de las actuaciones (elementos de las actuaciones según la literalidad del precepto legal) a los que se refiere el art. 520.2.d LECrim., son algo más que los: «los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad...» referidos al inicio del art. 520.2 LECrim. Esta expresión de razones motivadoras parece atender a las sospechas policiales como criterio fundamental de la detención, ocultando (si los hay, que a veces puede que no existan) los hechos relevantes para la imputación policial que motiva la detención. Ya me refería a esta cuestión con anterioridad advirtiéndolo de la distinta redacción del art. 118.1.a y 520.2.d LECrim., respecto a la información al detenido. En el primer artículo se habla de hechos mientras que en el segundo se mencionan: «...elementos de las

actuaciones que sean esenciales...». Creo que es importante abandonar circunloquios y palabras para referirnos en este ámbito siempre a hechos como manifestación de aquello que sucede en el mundo sensible, que mal que le pese a Platón es el mundo de la realidad y, por supuesto, del derecho. Es decir, la policía debe informar de hechos que motivan la detención como una acción limitativa de derechos que debe estar justificada. No cabe, por tanto, informar de hechos que lo que hacen es acreditar la existencia de una sospecha policial basada en la intuición. Pero, atención, no estoy negando la intuición policial que se fundamenta en el conocimiento profesional. Estoy diciendo que esa intuición policial que permite advertir detalles fácticos que tal vez otras personas no perciban, debe constarse en hechos concretos que deben explicarse en el atestado dando cuenta de aquéllos que dan fundamentan la imputación policial, más allá de la simple sospecha. Partiendo de ese proceder puede pasar que, como sucede en el caso examinado, en ocasiones no se da cuenta de todos los hechos (se dice que la detención se motiva por correr cerca del lugar de los hechos, pero nada se dice que vieron a los que corrían tirar un cuchillo). Pero en otras se advertirá que en realidad no existen elementos fácticos expresables que permitan constatar en el mundo racional una sospecha. Y si esto es así, es decir si la policía no es capaz de expresar los hechos que motivaron la detención, quiere decir que se ha producido una detención basada en simple intuición o sospechas ubicadas en el ánimo subjetivo del policía. El peligro consiste en el hecho de que probablemente el policía no se dé cuenta de esta realidad y confunda, equivocadamente, intuición basado en prejuicios o ideas preconcebidas con razonamiento basado en hechos. Visto así la policía debe entender que estas obligaciones legales en realidad sirven para el mejor trabajo de las fuerzas policiales que deben pensar que toda detención debe estar perfectamente fundamentada. Tanto que todos los hechos que motivan la detención consten en el atestado y se puedan y deban explicar al abogado que asiste detenido.

Pues bien, en la Sentencia del TC de 5 de marzo se expresa con toda claridad la necesidad de proveer al detenido de toda la información relevante que debe tener un triple contenido: «se ha de extender a los hechos atribuidos, a las razones motivadoras de la privación de libertad y a los derechos que, durante su detención, definen su estatuto personal. La información que la policía debe facilitar al detenido se extiende, por tanto, a los motivos jurídicos y fácticos de la detención; es decir, no sólo debe identificar y calificar provisionalmente la infracción penal que se sospecha ha cometido la persona detenida, sino también los datos objetivos que permiten establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado. No es suficiente, por tanto, con hacer referencia al hecho investigado, su lugar y fecha de comisión y su calificación jurídica provisional, sino que la información policial ha de poner también de manifiesto el fundamento de la conexión subjetiva y objetiva del detenido con el hecho ilícito que justifica la detención» (Fundamento de Derecho 6.º).

Debemos remarcar la importancia de los hechos objetivos que deben ser objeto de información al detenido incluyendo las fuentes de prueba que hasta ese momento existieran. El Tribunal Constitucional así lo ha declarado señalando que: «Debemos destacar también que la obligada referencia policial a las fuentes de prueba que permiten afirmar la concurrencia de los indicios que relacionan al sospechoso con el hecho investigado (documentos, informes periciales, actas que describan el resultado de un registro, de una inspección ocular o de la recogida de vestigios, y, si procede, fotografías, y grabaciones de sonido o video, u otras similares), dota de contenido al derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención, garantía adicional del derecho constitucional a la libertad y seguridad personal» (Fundamento de derecho 6.ª). De modo que la información proporcionada debe contener todos aquellas evidencias materiales que se contuvieron en el atestado policial que resulten

esenciales, conforme con la ley, para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad y, en definitiva, permitir un eficaz ejercicio del derecho de defensa, que sólo puede ser efectivo cuando el abogado del detenido puede: «contrastar objetivamente la veracidad y consistencia de la información recibida y, en caso de desacuerdo, permite cuestionarla fundamentadamente ante la autoridad judicial. Es además relevante para decidir la estrategia que el detenido considera útil a sus intereses de defensa» (Fundamento de Derecho 7.º).

También pueden ser objeto de información otros hechos como la denuncia u otros documentos que resulten relevantes en la investigación

También pueden ser objeto de información otros hechos como la denuncia u otros documentos que resulten relevantes en la investigación: «...La determinación de cuales sean dichos elementos es necesariamente casuística, pues depende de las circunstancias que han justificado la detención. En tal medida, a modo de ejemplo, pueden ser elementos esenciales que fundamenten la detención, atendiendo a las circunstancias de cada caso, la propia denuncia de los hechos, cuando incorpora imputaciones de parte que incriminan al detenido; o la documentación de testimonios incriminatorios, así como el contenido de los informes periciales científicos que establezcan un vínculo de conexión entre el hecho investigado y el detenido; asimismo lo pueden ser los documentos, fotografías y grabaciones de sonido o vídeo que objetivamente relacionen al sospechoso con la infracción penal, e igualmente las actas que recojan el resultado del registro de un inmueble u otro tipo de bienes (STC 13/2017, de 30 de enero, FJ 7), las de una inspección ocular, las que constatan la recogida de vestigios o las que describan el resultado de un reconocimiento practicado a prevención por la policía para la averiguación del delito. Lo son

también, en definitiva, todas aquellas actuaciones documentadas que guarden identidad de razón con las ya expuestas» (Fundamento de Derecho 7.º).

4. ¿Cuáles son los límites del derecho de información? ¿Qué parte del atestado no debe ser accesible al detenido?

El derecho de información del detenido halla su límite en los supuestos de secreto o limitación del acceso a las actuaciones previstos en los arts. 302 y 527 LECrim., que se pueden acordar para garantizar el resultado de la investigación o evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona. Pero además de estos supuestos legalmente establecidos la STC de 5 de marzo de 2018 establece que el derecho de información no permite un completo e ilimitado acceso al atestado, sino únicamente a aquellas actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención: «...el derecho invocado no otorga una facultad de acceso pleno al contenido de las actuaciones policiales o judiciales practicadas con anterioridad a la detención, o como consecuencia de la misma, que se plasman en el atestado pues, más limitadamente, únicamente cobra sentido y se reconoce el acceso a aquéllas que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención, esto es, fundamentales o necesarias para cuestionar si la privación cautelar penal de libertad se ha producido en uno de los casos previstos en la ley o, dicho de otra forma, si la misma se apoya en razones objetivas que permitan establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado, justificando así la privación de libertad» (Fundamento de Derecho 8.º).

Esta limitación se justifica por la circunstancia que el atestado puede recoger más información sobre la investigación del hecho delictivo que aquella que puede considerarse esencial para justificar la detención preventiva, pues y tal como señala el TC: «... puede haber en el mismo referencias a terceras personas no detenidas, a hechos distintos que nada tienen que ver con las razones concretas de la detención, pero que son conexos con los que han dado lugar a la

investigación, o a líneas de investigación iniciadas y no agotadas cuya revelación puede poner innecesariamente en entredicho el resultado de la investigación» (Fundamento de Derecho 8.º).

En cualquier caso, todos los hechos esenciales que fundamentan la imputación policial deben ser puestos en conocimiento del detenido incluyendo, en su caso, la denuncia que se hubiere interpuesto contra el detenido, así como los testimonios u otras evidencias que hubieren motivado la detención.

5. ¿De qué modo se debe dar la información? ¿Oralmente o por escrito?

En este punto resulta necesario distinguir nuevamente entre la información general de los derechos contenidos en el art. 520 LECrim., que se deberá entregar por escrito y la información específica sobre los hechos esenciales que motivan la detención contenida en el art. 520.2.d LECrim., que no precisa ser entregada por escrito.

En cuanto a la información general deberá entregarse por escrito conforme está previsto en la Ley en el art. 520.2 LECrim.: «Toda persona detenida o presa será informada por escrito ...»; o en el art. 520.2 in fine LECrim.: «En todos los casos se permitirá al detenido conservar en su poder la declaración escrita de derechos durante todo el tiempo de la detención». Así se dice también en la STC de 5 de marzo de 2018, aunque, conviene resaltar que se refiere, como digo, a la información general sobre los derechos del detenido: «En cuanto a la forma en que la información ha de ser suministrada, destaca la exigencia de que la misma sea proporcionada al detenido por escrito. Esta es una de las importantes novedades de la regulación legal: la información no puede ser únicamente verbal, ni puede ser sustituida por la más genérica y habitual "información de derechos". Ha de formalizarse en un documento que ha de ser entregado al detenido, que bien puede ser el mismo en el que se recoja la información sobre sus derechos. En todo caso, debe también dejarse constancia en el atestado de la fecha y hora en que se ha producido dicha información. Se evitan así posteriores debates sobre el momento y contenido de la información facilitada, y se favorece el control de su consistencia y suficiencia» (Fundamento de Derecho 6.º).

Sin embargo la información específica de las actuaciones a los fines de poder controlar la legalidad de la detención y ejercer debidamente el derecho de defensa podrá producirse: «... el acceso debe producirse de forma efectiva, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al detenido conocer y comprobar por sí, o a través de su letrado, las bases objetivas de su privación de libertad» (Fundamento de Derecho 7.º). En definitiva, no se establece expresamente que el acceso a la información deba producirse mediante la entrega de un documento escrito, sino que puede materializarse mediante la exhibición del atestado o de las evidencias. Naturalmente, deberá darse preferencia a la forma escrita, especialmente cuando es así como consta en el atestado. No obstante, lo que finalmente resulta esencial es que el acceso a los hechos se produzca de forma efectiva.

6. ¿Cuál es el fundamento constitucional del derecho de información del detenido?

Una cuestión importante en el supuesto resuelto en la STC de 5 de marzo de 2018 es la referida a cuál sea el fundamento constitucional del derecho de información del detenido y, de forma correlativa, el medio procesal para impugnar la infracción de este derecho (cuestión a la que me refiero en el apartado siguiente). Como se expuso al inicio de este comentario jurisprudencial el detenido acudió a un procedimiento de habeas corpus por considerar que se había infringido su derecho de información reconocido en el art. 520.2.d LECrim. Esta infracción supuso que no pudiera conocer suficientemente las razones de su detención lo que determinó la falta de

efectividad de la asistencia letrada (art. 17.3 CE) y el consiguiente menoscabo del derecho de defensa frente a la imputación policial (art. 24.2 CE). La demanda de habeas corpus se inadmitió a trámite. Ante ello el recurrente de amparo fundó su recurso tanto en la tramitación judicial indebida de la petición de habeas corpus (art. 17.4 CE), como en la infracción del derecho de información durante la detención policial (art. 17.3 y 24 CE). El Tribunal Constitucional admitió el recurso de amparo y concretó su examen en el ámbito del derecho a la libertad y seguridad así como la posibilidad de control que, en esta materia, ofrece el procedimiento de habeas corpus. Concretamente el TC analiza en su sentencia: «el alcance del derecho a conocer las razones de la detención policial, el correlativo deber de información que recae sobre los poderes públicos, y su conexión instrumental con el recientemente reconocido derecho de acceso a las actuaciones durante la detención y el propio derecho de asistencia letrada al detenido (art. 17.3 CE)» (Fundamento de Derecho 3.º). Cuestiones sobre las que no existía jurisprudencia del Tribunal Constitucional razón por la cual se apreció la especial trascendencia constitucional de la cuestión planteada en orden a su examen y resolución.

En su sentencia el TC sitúa el fundamento del derecho de información del detenido en el marco del derecho a la libertad personal reconocido en el art. 17.3 CE como un modo de garantizar la legalidad de la detención preventiva. Señala el TC a este respecto que: «En definitiva, también atendiendo a esta segunda consideración previa, el análisis que es posible en este proceso de amparo queda circunscrito a las eventuales limitaciones que puedan haberse producido durante la detención cautelar en relación con el haz de garantías que, en protección de la libertad personal y la seguridad de los ciudadanos, establecen los diversos apartados del art. 17 CE. De manera que, en adelante, analizaremos la queja que fundamenta esta pretensión de amparo a partir del contenido de los derechos fundamentales realmente concernidos, esto es, los reconocidos en el art. 17 CE, en cuanto garantizan la legalidad y el control judicial efectivo de la detención preventiva (STC 13/2017, FJ 4)» (Fundamento de Derecho 4.º).

Esta delimitación del fundamento constitucional del derecho de información del detenido en el ámbito del derecho a la libertad y en el de defensa y asistencia letrada (art. 17 CE) no es óbice para que, desde mi punto de vista, también resulte concernido el derecho de defensa (art. 24 CE) que resulta infringido cuando se restringe información tanto al detenido como en cualquier otra situación o fase ulterior del proceso penal. Sin embargo, el TC no examina la afectación del derecho de defensa reconocido en el art. 24 CE que sitúa en un ámbito distinto y posterior del proceso penal. En este sentido declara el TC que: «La efectiva incidencia que una información deficiente acerca de las razones de una detención preventiva de naturaleza penal pueda tener sobre el derecho de defensa frente a una acusación penal sólo puede valorarse con una perspectiva más amplia: la que ofrece el análisis conjunto del desarrollo del proceso penal y el resultado material que una limitación como la denunciada pueda haber tenido en el mismo; análisis que ha de extenderse, desde luego, más allá del limitado espacio temporal máximo de 72 horas durante el que puede mantenerse la detención policial preventiva y practicarse las diligencias policiales dirigidas al esclarecimiento de los hechos investigados .../... por lo que sería prematuro cualquier pronunciamiento que, desde la perspectiva planteada, pudiera formularse» (Fundamento de Derecho 4.º). En cualquier caso, resulta claro que el derecho de asistencia letrada siempre tiene como misión, además de otras, hacer efectivo el derecho de defensa del sometido a proceso penal desde el primer momento en el que se inicia su actuación.

7. El procedimiento de habeas Corpus como medio ordinario para reclamar los defectos de falta de información al detenido y vía previa para acudir al amparo constitucional

El recurso de amparo interpuesto por el detenido se dirigía a impugnar dos actuaciones lesivas. La primera la imputada a la policía que denegó la información necesaria al detenido para poder defenderse de la detención policial. La segunda imputada al auto dictado por el Juez de instrucción que denegó la tramitación del incidente de «habeas corpus» interpuesto por el detenido en el que pretendía ser amparado por el tribunal ante la actuación policial. En este apartado nos cuestionamos sobre la vía procesal utilizada como la procedente para denunciar esta clase de infracciones.

Sobre este particular el Tribunal Constitucional se pronuncia admitiendo que en el caso de limitaciones de la libertad personal durante una detención gubernativa es posible agotar la vía judicial previa bien a través del procedimiento de habeas corpus o bien instando la protección penal, civil o contencioso-administrativa de los derechos mediante el ejercicio de las correspondientes acciones dirigidas contra los responsables de la vulneración (Véase el Fundamento de Derecho 4.º STC 5 de marzo 2018). De entre las dos posibilidades parece claro que la vía más rápida y eficaz es la del procedimiento de habeas corpus, que permitirá reclamar todo lo relacionado con la detención policial: «... el control de la adecuación a la ley de la detención gubernativa permite cuestionar tanto la existencia y suficiencia de los indicios en que se ha apoyado (los motivos de la detención), como su necesidad en el caso concreto. El conjunto de motivos que sustenta la decisión de detener conforma la sospecha policial, y, en este sentido, el control sobre su razonabilidad y consistencia es uno de los elementos esenciales de la posibilidad de salvaguardia frente a detenciones arbitrarias (SSTEDH de 30 de agosto de 1990, caso Fox, Campbell and Hartley c. Reino Unido; y de 28 de octubre de 1994, caso Murray c. Reino Unido). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado reiteradamente que, en el contexto de las detenciones preventivas de naturaleza penal, los motivos que sustentan la privación de libertad constituyen un factor relevante para determinar si una detención es o no arbitraria (por todas, STEDH de la Gran Sala, de 9 de julio de 2009, dictada en el caso Mooren c. Alemania)». (Fundamento de Derecho 5.º).

El detenido podrá impugnar en el procedimiento de habeas corpus todas las cuestiones y discrepancias que tuviere sobre la suficiencia de la información

En consecuencia, el detenido podrá impugnar en el procedimiento de habeas corpus todas las cuestiones y discrepancias que tuviere sobre la suficiencia de la información o el acceso a las actuaciones facilitado por la policía. Cuestiones sobre las que deberá pronunciarse el Juez de instrucción y no haciéndolo así, como sucedió en el supuesto examinado, la parte tiene libre y expedita la vía del amparo constitucional sin que se pueda inadmitir el recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial: « ... el demandante optó legítimamente por agotar la vía judicial instando el procedimiento de habeas corpus —vía que era útil para su reparación—, y en él, como razón nuclear, alegó expresamente la denunciada irregularidad de la actuación policial, dando así al Juez de Instrucción la oportunidad de pronunciarse sobre la supuesta vulneración de derechos fundamentales que imputa a los agentes de la autoridad (STC 2/2017, de 16 de enero, FJ 3). En tal medida, no podemos considerar que el acceso a la jurisdicción constitucional de esta queja que cuestiona la actuación gubernativa se haya producido *per saltum*, es decir, "sin brindar a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada como fundamento del recurso de amparo constitucional"» (Fundamento de Derecho 2.º). Finalmente, respecto al plazo de interposición el Tribunal Constitucional considera que procede el más amplio de 30 días previsto en el art. 44.2 LOTC

para violaciones producidas por una actuación judicial, que no el plazo de 20 días previsto en el

art. 43.2 respecto otras actuaciones, como es el caso de la actividad de la policía: «Precisamente, por encontrarnos formal y materialmente en este caso ante un "recurso de amparo mixto" que imputa una lesión autónoma a la resolución judicial dictada en el procedimiento a través del que se instó la garantía de sus derechos como detenido, el plazo para su interposición es el establecido en el art. 44.2 LOTC para las quejas referidas a la actuación judicial. Cualquier otra interpretación obligaría injustificadamente a los demandantes, en casos de amparo mixto, a renunciar al plazo más extenso que otorga el art. 44.2 LOTC (treinta días) en favor del más breve previsto en el art. 43.2 LOTC (veinte días) cuando acumulen pretensiones dirigidas frente a disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, con otras dirigidas frente a las resoluciones judiciales dictadas al instar la protección de sus derechos». (Fundamento de Derecho 2.º).