

INCIDENCIA DE LA PROYECTADA REFORMA DEL PROCESO PENAL EN LA PRUEBA PERICIAL

(Texto de la intervención en la mesa redonda a celebrar en el marco del XVIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario en Madrid el día 20 de octubre de 2011).

**Antonio del Moral García.
Fiscal del Tribunal Supremo**

SUMARIO

Se realiza un repaso somero de las innovaciones que aportan los anteproyectos legislativos aprobados recientemente encaminados a una reforma global del proceso penal en materia de prueba pericial, con la advertencia de que son textos que hoy por hoy carecen de vocación para convertirse en un plazo próximo en derecho positivo.

Palabras clave: prueba pericial, peritos, proceso penal, reforma procesal, anteproyecto de ley de Enjuiciamiento Criminal.

1. Planteamiento y advertencias preliminares

El tema elegido para esta mesa redonda reviste un interés ambivalente. De un lado, se enmarca en un debate actualísimo: la ansiada reforma del proceso penal. Focaliza la atención en un punto de especial interés en el mundo del derecho sanitario: la prueba pericial. Esa temática ha adquirido una renovada actualidad con la aprobación en el Consejo de Ministros de sendos Anteproyectos de ley –Ley Orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal- que pretendían encarar esa tarea que se considera pendiente desde 1978 y que era uno de los compromisos electorales del Partido en el Gobierno en el momento en que se escriben estas líneas (como lo fue de muchos otros de los Gobiernos que le han precedido en los últimos treinta años). Pero después de esta aseveración hay que apresurarse a aclarar el contrapunto: la misma afirmación –vigencia y actualidad del tema- podría haberse hecho hace veinticinco, quince o cinco años. Y es que de la reforma global del proceso penal español se lleva hablando mucho tiempo como de algo inminente. Pero los avatares políticos marcan una agenda de prioridades que camina por senderos sinuosos e inescrutables a veces para los ajenos a ese mundo. Se han impuesto sobre la necesidad de implantar un modelo procesal penal construido desde los principios de la Constitución de 1978. Hemos soportado muchas modificaciones parciales, a veces de forma convulsiva. Pero los diversos intentos de una reforma global no han cuajado. Han sido muchos los anuncios y promesas; inferiores en número los borradores; pero nunca se ha llegado ni siquiera a llevar un texto al Parlamento. En lo que alcanzo a conocer solo llegó a existir un Anteproyecto en la lejana época de los gobiernos de la UCD. El matiz diferencial, ahora en el mes de octubre de 2011- es que contamos con otro texto cerrado y coherente que se ha hecho público. Aunque el destino de ese enorme y concienzudo trabajo –no faltan tampoco muchos aspectos muy discutibles- no parece que pueda atraer vaticinios más optimistas que los que acompañaron al ya muy lejano texto de comienzos de los ochenta. La coyuntura política permite hacer predicciones que revisten un carácter mucho más seguro que el de una pura profecía o simple especulación: ese texto no acabará en el Boletín Oficial del Estado en los próximos meses y es más que probable que transcurran varios años hasta que podamos dar el adiós definitivo a la siempre justamente alabada, aunque ya vetusta -más que centenaria-. Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1885. De cualquier forma la publicación de ese texto, aunque su porvenir sea tan poco halagüeño, supone un nuevo marco para el debate que sigue vivo y que se puede hacer ya sobre una propuesta articulada concreta y no sobre ideas generales no perfiladas. Representa un avance y sin duda servirá de acicate para estimular el estudio, la reflexión colectiva, desde la Academia y desde la praxis, y los comentarios y alternativas en un *humus* significativamente diferente, pues está abonado con un texto articulado completo y por tanto en mejores condiciones para una discusión más centrada. No es lo mismo especular en el aire, sobre nubes, que

criticar o comentar un modelo bien definido y desarrollado –poniendo negro sobre blanco– en cerca de quinientas páginas, con sus puntos y comas, hasta en sus detalles más secundarios. Es un paso adelante, aunque la meta se otea todavía lejana en el horizonte.

Los buenos propósitos que han acompañado a todos los legisladores pero que siempre han sido estériles, llegaron a plasmar en un mandato legal incumplido que se recogía en la disposición final cuarta de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado de 1995. Se compelió normativamente al Gobierno a remitir un proyecto de ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el plazo de un año. En las exposiciones de motivos de las numerosas leyes modificadoras del proceso penal que se han sucedido se han convertido también en tópicas fórmulas de estilo que aluden a la necesidad de una reforma coyuntural en tanto se aborda la esperada reforma global del proceso penal. Reforma que seguimos esperando.

Al pensar en esa tantas veces prometida reforma global del proceso penal o tener que pergeñar algunos comentarios o reflexiones sobre ella no puedo evitar que me venga a la cabeza inmediatamente una deliciosa comedia estrenada a comienzos de los años noventa, “Atrapado en el tiempo”. El inefable Bill Murray encarna a Phil, hombre del tiempo de una cadena de televisión, gruñón y antipático, que es enviado como años anteriores a un pequeño pueblo de Pennsylvania a cubrir la información del festival de El día de la marmota. En el viaje de regreso, Phil y su equipo se ven sorprendidos por una tormenta que les obliga a regresar a la ciudad. A la mañana siguiente, al levantarse, Phil escucha en el radiodespertador el mismo programa que la mañana anterior: no ha pasado el tiempo y vuelve a situarse en El día de la marmota. Se van repitiendo las mismas situaciones. Así, una vez y otra, y otra...

Pues bien, algo de complejo de Phil me asalta cuando oigo hablar, como hace treinta años, de la “inminente” reforma del proceso penal. Ya he vivido muchos días de la marmota. Uno de ellos hace dieciséis años de la mano de la Ley del Jurado. La modorra del legislador – que a veces no tiene nada que envidiar en esa característica a una marmota- o los condicionantes políticos han aniquilado ese deseo de “jubilar” a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el único sobreviviente del plesticeno de la época codificadora. Los varios conatos de reforma total no han cristalizado.

Seguimos aguardando esa reforma que es tan inminente como hace treinta años; y como lo era en 1995 cuando aparecía publicada en el BOE esa disposición final de la Ley del Jurado. Los más viejos lo hacemos ya sin poder disipar cierto escepticismo justificado: venimos oyendo anunciar esa reforma desde que comenzamos a trabajar en el proceso penal. Hemos visto repetido ese anuncio un número de veces no muy inferior al de ocasiones en que Phil de forma cansina y con una sonrisa cada vez más artificial relata a

los telespectadores las actividades de esa “encantadora” fiesta de la marmota. El Anteproyecto que se brinda ahora a la discusión pública tiene también todas las “papeletas” para convertirse en otro día de la marmota. Pero, como en el film, la historia acaba rompiéndose en un momento dado, en el más inesperado, dando paso a un nuevo día luminoso. También hay que esperar ese final en el horizonte de nuestra desprestigiada justicia penal.

Sea como sea, esa tarea pendiente ha recibido nuevos impulsos con esos textos y se vuelve a hablar de esa nueva Ley de Enjuiciamiento Penal como algo que va a llegar antes que después. Seguramente es una de las pocas de las grandes leyes preconstitucionales – junto al Código Civil- que subsiste. La aprobación de ese Anteproyecto es una invitación a reanudar el debate, a disfrutar de otra fiesta de la marmota. En este marco -un congreso de derecho sanitario- lo haremos sobre un aspecto muy puntual de especial interés desde esa perspectiva: las novedades en materia de prueba pericial.

2. Líneas generales del Anteproyecto. Examen específico de la cuestión del valor de las diligencias practicadas en la fase de investigación

Es lógico antes de descender a la regulación específica de la prueba pericial describir en una breve panorámica las líneas maestras del modelo que ha inspirado a los redactores del Anteproyecto. Bebe en fuentes muy diversas. No es una copia mimética, ni siquiera aproximada, de ninguno de los ordenamientos de nuestro entorno o de los nuevos Códigos Procesales Penales que en los últimos años se están aprobando en Hispanoamérica. Toma elementos de unos y de otros y contiene también algunas cosas originales. Principio acusatorio –aunque estas palabras están ya tan desgastadas que no se sabe muy bien qué significan- y atribución de la fase de investigación al Ministerio Fiscal son las coordenadas básicas. Hay soluciones inspiradas en los sistemas adversariales más puros, pero en general se entronca con la tradición continental.

Desde esas premisas el nuevo modelo tiene entre sus objetivos principales recuperar el protagonismo del juicio oral, lo que pretende conseguir negando por vía de principio (con sus lógicas excepciones) cualquier valor probatorio a las actuaciones realizadas en la fase de investigación por el Ministerio Fiscal. Eso se extiende también a la prueba pericial, aunque con modulaciones. Académicamente el sistema es perfecto, pero posiblemente no resista el contraste con la práctica que se encarga de poner de manifiesto la imposibilidad de despreciar de forma absoluta las diligencias desarrolladas en las investigaciones previas. Éstas muchas veces gozan de mayor fiabilidad que las pruebas desplegadas más tarde en el juicio oral donde la espontaneidad inicial se ve mermada no solo por el paso del tiempo, sino también y singularmente por estrategias varias y la capacidad de presión o de influencia.

Si las diligencias que practica el Fiscal en su investigación carecen de efectiva contradicción, y el derecho de defensa está debilitado no apareciendo con toda su fuerza hasta la judicialización no podrá conferirse a esas actuaciones ningún valor probatorio. Precisamente ese tipo de discurso es blandido por muchos para destacar una secuela benéfica del traspaso de la instrucción al Ministerio Fiscal: redimensionar la importancia del juicio oral como único escenario apto e idóneo para generar pruebas que puedan fundar la sentencia.

Si, por el contrario, se estima que no es operativo desprestigiar esas diligencias iniciales y que confiar todo al acto del juicio oral es algo que la práctica no consiente pues supondría renunciar muchas veces a diligencias iniciales que son más espontáneas y más aptas para esclarecer los hechos, y las decisiones quedarían al albur de las rectificaciones que luego se hacen en el acto del juicio oral (testigos que se retractan; confesiones iniciales que se explican en el juicio como fruto de inexistentes presiones) sería necesario crear en la fase de investigación una atmósfera en la que derecho de defensa rija de forma amplia, en que la contradicción esté garantizada y en que, de esa manera, se salve la utilizabilidad de ese material para completar o matizar el resultado del plenario donde esas diligencias podrían introducirse de forma que la contradicción quedase plenamente a salvo.

El prelegislador apuesta decididamente por la primera opción: para evitar que el revestimiento de garantías otorgue a esas diligencias de investigación el marchamo de "prueba", prescinde de la contradicción.

En mi opinión la secuencia con la que ha de plantearse el problema no consiste en determinar, como primer paso, qué grado de contradicción introducimos en la fase de investigación a cargo del Fiscal y con arreglo a esa decisión negar todo valor probatorio a las diligencias de esa fase o admitirlo solo en ciertas condiciones y con ciertos límites; o, darles el mismo valor que hoy pudieran tener las diligencias que se practican dirigidas por un Juez de Instrucción en la fase sumarial. El orden del planteamiento ha de ser el inverso: ¿se puede prescindir totalmente de esas diligencias de investigación para alcanzar una justicia más justa?; ¿debe ser absolutamente indiferente que el acusado haya confesado o no ante el Fiscal y habrá que estar solo a lo que diga en el acto del juicio oral? ¿únicamente valdrán las declaraciones del testigo practicadas en el acto del juicio oral, aunque sean contradictorias con las vertidas ante el Fiscal o si existen contradicciones entre unas y otras podría el Juzgador llegar a entender que las veraces son las iniciales? Si, como estimo, no puede prescindirse de forma radical y rotunda de un relativo valor y utilizabilidad de esas diligencias (a diferencia de lo que se puede postular desde ámbitos académicos, pero en posición que no resiste su contraste con la práctica: muchos delitos de terrorismo hubiesen desembocado en absolución si se atendiese estrictamente a esos

cánones académicos), la consecuencia es que hay que pensar en una fase de investigación a cargo del Fiscal en que se introduzcan ciertas garantías y en que se dé amplitud al derecho de defensa, única forma de rescatar esas diligencias, aunque siempre con subordinación al acto del juicio oral (de una u otra forma han de ser introducidas en el plenario y contrastadas con la prueba desplegada en ese acto que es la auténtica fase probatoria).

El tema tiene una enorme trascendencia. Cualquier repertorio jurisprudencial permite comprobar que no es infrecuente que algunas condenas vengan fundadas en las declaraciones realizadas ante el Instructor, aunque luego desdichas en el plenario. No es momento de entrar en las múltiples explicaciones que tiene esta realidad. Ni tampoco de adentrarse por los complicados vericuetos de la temática relativa a la valorabilidad de las diligencias introducidas en el acto del juicio oral a través de su lectura para resaltar la contradicción con las que en ese momento se prestan. Baste ahora recordar como el art. 46.5 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado adoptó una solución radical: se pretendía que las declaraciones en fase de instrucción sirviesen exclusivamente para graduar la credibilidad del testigo, acusado o perito, pero nunca para fundar directamente el veredicto ("Las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, **no tendrán valor probatorio** de los hechos en ellas afirmados"). La unión de un testimonio al acta introducía un elemento de confusión que luego ha servido para reconducir (y en cierta medida traicionar) en la práctica y en la jurisprudencia ese deseo legislativo que, en mi opinión, suponía un dislate. Sin ninguna vacilación ante lo que objetivamente supone de violentar la voluntad clara de la Ley, la jurisprudencia, aunque últimamente han comenzado las vacilaciones, vació de contenido la declaración del art. 46.5 de La LOTJ proclamando que en el ámbito de tal proceso rigen idénticos criterios en relación con la valoración de la prueba sumarial que en el resto de los tipos procesales (por todas, sentencia 1825/2001, de 16 de octubre).

Personalmente y pensando sobre todo en los casos a los que me enfrento en mi ejercicio profesional pienso que es un dislate implantar la idea que goza de mucho atractivo teórico de que todo lo efectuado antes del juicio oral carece de cualquier valor probatorio salvo los casos de prueba anticipada o preconstituida. Los sistemas continentales que partieron de esas premisas (Italia) tuvieron que acabar rectificando, aunque posteriormente han vuelto a retomar la senda inicial.

No puede ser indiferente el sentido de las declaraciones prestadas ante el Fiscal o de las manifestaciones del acusado. Para que eso sea así es necesario que las diligencias del fiscal tengan carácter contradictorio, que exista presencia e intervención de la defensa; y que se las dote de cierta solidez, sancionando como falso testimonio la falsedad de la declaración ante el Fiscal. Unas declaraciones en las que mentir no tiene sanción alguna

no tienen ningún valor frente a otras prestadas en juicio con esa advertencia y que son menos espontáneas y que por tanto materialmente muchas veces tienen menos credibilidad. Pero, he de insistir en que el prelegislador actúa animado por otras ideas que están en las antípodas de las que considero más adecuadas.

De cualquier forma en lo que respecta a la prueba pericial el tema sin duda tiene menos repercusiones prácticas. El debate expuesto en sus líneas esenciales es más trascendente para la prueba testifical que para la pericial revestida, en general, de mayor fungibilidad y objetividad y menos “manipulable”.

3. Periciales en la fase de investigación

Con esa filosofía de fondo se entiende perfectamente que el prelegislador conciba las diligencias que se practican ante el Fiscal de manera muy informal: se pretende despojarlas de toda “oficialidad” o “garantías” aparentes para evitar la tentación de que luego sean valoradas como prueba. No se garantiza la contradicción. No se exige al testigo juramento o promesa, de forma que su posible inveracidad no dará lugar a responsabilidad penal.

En materia de prueba pericial, sin embargo, y esto está preñado de lógica, las cosas cambian. Y es que la prueba pericial casi siempre, por definición, tiene un cierto carácter de prueba anticipada. Las operaciones de examen necesarias para emitir el dictamen han de hacerse antes. De ahí que, sin perjuicio de su reproducción o ratificación en el juicio, se haga necesaria desde el principio, desde que el Fiscal encarga el examen pericial, la necesidad de que el perito manifieste “bajo juramento o promesa de decir verdad que actuará con la mayor objetividad posible, así como que conoce las sanciones que podrían imponérsele si infringe los deberes inherentes a su cargo” (art. 389.3 del Anteproyecto –a partir de ahora, ALECRIM-).

Por vía de principio el art. 135.2 ALECRIM proclama que “todas las pruebas deberán practicarse de forma oral con sujeción al principio de contradicción y con inexcusable intermediación del juez o tribunal que deba decidir sobre las cuestiones a que se refieren” para, a continuación, subrayar la necesidad de practicarlas en vista pública y con respeto al principio de unidad del acto. Se reitera así un principio que también está enunciado en el art. 12 del Anteproyecto de Ley Orgánica de Desarrollo de los Derechos Fundamentales vinculados al proceso penal: “Carecerán de valor probatorio las diligencias practicadas en la fase de investigación”.

El ALECRIM regula, de una parte, algunas diligencias de tipo pericial específicas: la investigación mediante marcadores de ADN (arts. 262 a 267), las pruebas de alcoholemia y

de consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (arts. 268 a 272), la autopsia y eventual exhumación (arts. 368 a 371 y 372, respectivamente). Junto a esas menciones obligadas por las singularidades de esas diligencias, se adosa una regulación general del “Examen pericial” en los arts. 386 a 394. Queda también justificado y no es necesario argumentarlo por ser obvio para cuantos están familiarizados con el proceso penal, que se dedique un capítulo completo a los médicos forenses (arts. 395 a 399 ALECRIM).

Se insiste en cada apartado en ese valor muy limitado (por no decir nulo) de esas diligencias como prueba, si no están complementadas por su reproducción en el acto del juicio oral. Luego se matizará esto en relación a la prueba pericial. En esa línea el art. 267 ALECRIM precisa que los “análisis comparativos de los perfiles de ADN tendrá el carácter de investigación pericial y deberá ser sometido a contradicción en el juicio oral”; y en sede de pruebas de alcoholemia o detección de consumo de otras sustancias, el art. 272 contiene una previsión similar: “El resultado de estas pruebas tendrá el carácter de investigación pericial respecto al grado de impregnación alcohólica del sujeto y de detección de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas y deberá ser sometido a contradicción en el juicio oral”.

Los matices –imprescindibles a mi juicio- comienzan ya al referirse al informe de autopsia al que sí se confiere *ex lege* valor como prueba, lo que no excluye la posibilidad – posibilidad que no necesidad- de que sus autores comparezcan en el acto del juicio oral a requerimiento de alguna de las partes. Dispone al respecto el art. 370 ALECRIM: “El informe de autopsia emitido en la fase de investigación tendrá carácter pericial y deberá ser objeto de contradicción en el acto del juicio oral cuando el fiscal o alguna de las partes así lo soliciten”. Para ese caso, se dispone la necesidad de que comparezcan los facultativos que llevaron a cabo la autopsia concebida como “método de investigación pericial a partir del examen del cadáver” consistente en “una exploración de la anatomía del mismo destinada a informar sobre la causa del fallecimiento y las circunstancias en que se produjo”. Esa peculiaridad de la autopsia explica que el art. 371 –aquí sí- se preocupe de asegurar la contradicción: “Si en el momento de realizar la autopsia se hubiese dirigido el procedimiento contra una persona determinada se le dará oportunidad de designar un médico que concurra a la realización de esta diligencia”.

El régimen general de la prueba pericial se recoge en los arts. 386 a 394 ALECRIM que constituyen un trasunto más o menos fiel, modernizando conceptos y terminología, de la regulación tradicional. Esos preceptos, ubicados sistemáticamente en la fase de investigación por parte del Fiscal, serán el referente de los demás lugares donde se vuelve a abordar la prueba pericial.

Es procedente el informe pericial “cuando para conocer algún hecho o circunstancia relevante para el procedimiento o adquirir certeza sobre ellos fuesen necesarios o convenientes conocimientos artísticos, teóricos o prácticos” (art. 386 ALECRIM). Los peritos pueden ser titulados -cuando se trata de materias cuyo conocimiento pueda acreditarse con un título oficial-; o no (art. 387). En materia de derecho sanitario lo habitual será la exigencia de titulación. Es difícil imaginar un supuesto distinto.

El Fiscal es el encargado de designar a los peritos (art. 388.1). Cesa la arcaica exigencia de dualidad de peritos en el procedimiento ordinario, que ya había sido muy relativizada por el Tribunal Supremo para los casos de informes oficiales¹. Ahora se dispone sencillamente la posibilidad de designar a más de un perito (dos o más) cuando la complejidad del asunto u otras circunstancias lo aconsejen (art. 388.1.2º ALECRIM). El investigado² no puede designar peritos, salvo que asuma su coste (art. 393.1)³. También puede proponer los

¹ En el procedimiento abreviado se había cancelado legalmente la exigencia de dos peritos que, para el procedimiento ordinario, establece el art. 459, párrafo. La jurisprudencia ha matizado esa norma enormemente. La STS 510/2009, de 12-5, recuerda que “sobre el número de peritos que han de emitir los informes judiciales, en las SSTS 537/2008, 12 de septiembre y 106/2009, 4 de febrero, nos hacíamos eco de la jurisprudencia de esta Sala que, pese al tenor literal del art. 459 de la LECrim. –‘se hará por dos peritos’-, ha precisado que la duplicidad de informantes no es esencial. Este fue el criterio proclamado en el Acuerdo de esta misma Sala fechado el día 21 de mayo de 1999, cuyo alcance fue precisado en el Pleno de 23 de febrero de 2001. Conviene tener presente, en fin, que si la validez de una prueba pericial, su adecuación a las exigencias de un proceso justo, se explicara a partir de un entendimiento puramente cuantitativo, que atendiera exclusivamente al número de peritos que hubiera participado en la elaboración del informe, nos veríamos obligados a aceptar que el procedimiento abreviado se aparta de los requerimientos constitucionales, en la medida en que acepta el dictamen pericial suscrito por un único perito (cfr. art. 778.1 LECrim.). En definitiva, la validez de la prueba, su virtualidad para desplazar la presunción de inocencia, mira más que a la concurrencia numérica de los expertos, al respeto a los principios de contradicción y defensa, verdaderas fuentes de legitimación del proceso penal...”. Por su parte, la STS 103/2008, de 19-2, añade: “la doctrina de esta Sala al respecto es concluyente: si para justificar conductas susceptibles de ser castigadas con pena de prisión de hasta 9 años basta la intervención de un especialista, esta limitación numérica no infringe derecho constitucional alguno, pues las garantías fundamentales se extienden a todos y no cabría aceptar que por tratarse de procedimientos diferentes según la pena atribuida a los hechos objeto de enjuiciamiento a unos acusados se les garantiza la observancia del derecho y a otros no, pues por su propia naturaleza los derechos fundamentales y libertades básicas son universales (STS núm. 376/2004, de 17 de marzo). En el mismo sentido podemos citar las SSTS. 161/2004, de 9 de febrero, 1070/2004, de 24 de septiembre; 1081/2004, de 30 de septiembre; 389/05, de 29 de marzo; 1369/05, de 8 de noviembre; 935/06, de 2 de octubre; 264/07, de 30 de marzo, entre otras muchas...”.

² Que ese es el nombre que se ha venido a dar a la parte pasiva en esta fase con el vano intento de no incurrir en estigmatización.

³ ¿Tiene derecho al acusado al que se le ha concedido el beneficio de la justicia gratuita a una segunda prueba pericial a cargo del Estado? El tema no está claro. En la jurisprudencia americana ha dado lugar a diversos pronunciamientos de interés. Allí el interrogante presenta unos perfiles diferentes por la vigencia de un sistema adversarial que tiene como presupuesto teórico, desmentido por la realidad, la igualdad de las partes. La prueba de peritos no es una opción siempre al alcance del acusado que la mayoría de las ocasiones carecerá de recursos económicos para sumir el coste de ese tipo de prueba. Se quiebra así *de facto* la igualdad. Desde los años 1960 se comenzó a exigir que los estados asumieran con fondos públicos la financiación de los informes periciales de la parte acusada sin capacidad económica. En 1985, en el caso *Ake v. Oklahoma* el Tribunal Supremo reconoció el derecho a acceder a la prueba pericial como derecho del acusado incluido dentro de las garantías de la 14ª Enmienda. En aquel caso, el Tribunal Supremo declaró que se había conculcado la garantía del *due process of law*, al privarse al acusado de la oportunidad de presentar prueba psiquiátrica en un caso de homicidio sancionado con la pena capital. Esta doctrina, sin embargo, como explica BACHAMAIER no se ha traducido en un automático reconocimiento del derecho a que la prueba pericial sea financiada por el estado, cuando el acusado carezca de medios. En la práctica, la doctrina de *Ake v. Oklahoma* ha sido interpretada restrictivamente. El derecho solo queda a salvo sin matices en casos graves y únicamente para la prueba psiquiátrica. En el resto de supuestos, al igual que como se va a ver enseguida sucede en nuestro país, solo queda garantizada la prueba pericial si el acusado justifica que el informe es esencial y que su ausencia daría lugar a un proceso no justo.

En nuestro ordenamiento, la Ley 1/1996, de 10 enero 1996 regula la Asistencia Jurídica Gratuita incluye en el contenido del derecho la “Asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas. Excepcionalmente y cuando por inexistencia de técnicos en la materia de que se trate, no fuere posible la asistencia pericial de peritos dependientes de los órganos jurisdiccionales o de las Administraciones públicas, ésta se llevará a cabo, si el Juez o el Tribunal lo estima pertinente, en resolución motivada, a cargo de peritos designados de acuerdo a lo que se establece en las leyes procesales, entre los técnicos privados que correspondan.” ¿Basta eso para afirmar el derecho a una segunda prueba pericial reclamada por el acusado? De una parte ha de tenerse en

puntos que según su estimación debieran comprenderse en el examen pericial o aportar otros instrumentos o efectos no contemplados en el requerimiento del fiscal y que sean útiles para el examen. El fiscal conserva la facultad de decidir sobre esas propuestas, sin perjuicio de las facultades del investigado en caso de denegación de reiterar la petición en la fase intermedia ante el Juez.

El informe se ha de realizar por escrito. Comprenderá: a) la descripción del objeto de la pericia, el estado y modo en que se halla y las manipulaciones que se hubieren efectuado a lo largo del reconocimiento; b) la relación detallada de todas las operaciones practicadas por los peritos y de su resultado; c) las conclusiones que se formulen, que habrán de expresarse de forma clara y comprensible; d) Las observaciones formuladas por las partes o sus peritos en el acto del reconocimiento (art. 394 ALECRIM).

Prevé el ALECRIM la creación de cuerpos de peritos adscritos a la Fiscalía. Habrá de acudirse preferentemente a funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las administraciones públicas. Solo en defecto de los anteriores se recabará un peritaje privado (art. 388).

Las causas de abstención y recusación y el procedimiento para ello no arrojan novedades dignas de ser reseñadas salvo la actualización y armonización con otros cuerpos normativos procesales y orgánicos (arts. 390 y 391 ALECRIM).

El objetivo del reconocimiento será precisado por el Fiscal encargado de la investigación, quien deberá señalar el plazo concedido para el informe. Los tiempos adquieren una relevancia singular en la nueva regulación en la medida en que se fija una duración máxima –aunque prolongable- para la investigación del Fiscal, transcurrida la cual el procedimiento queda abocado al sobreseimiento.

Las previsiones sobre el traslado de los objetos necesarios para el reconocimiento, la necesidad de conservar en su caso muestras o el posible acceso del perito al objeto de investigación (art. 392) han de completarse con la detallada regulación de la cadena de custodia (arts. 357 y ss) y la destrucción anticipada de efectos, dejando muestras en su caso (art. 361).

La pericial del médico forense es contemplada de manera singular en los arts. 395 y siguientes. Les corresponde a ellos con carácter preferente la emisión de informes y

cuenta con la STS 1299/2005, de 7 noviembre que en quien goce de ese beneficio no está obligado a designar los nombres de los peritos tal y como reclama el art. 656 LECrim. Ahora bien no puede sostenerse sin más la vigencia de un derecho incondicionado a la admisión y práctica de una segunda prueba pericial sin tener en cuenta los criterios generales de admisibilidad de pruebas: que sean pertinentes, útiles y, sobre todo en este caso, necesarias. Si no se justifica la necesidad de esa segunda pericial oficial ha de ser repelida (STS 317/2008, de 27 mayo). Pero si aparece como de eventual incidencia en el fallo deberá admitirse (STS 1247/2004, de 29 de octubre).

dictámenes médico-legales; la realización de las investigaciones en el campo de la Patología forense y de las prácticas tanatológicas; el control periódico de los lesionados y la valoración de los daños corporales; la información toxicológica; y, fuera ya del ámbito estrictamente pericial, la asistencia o vigilancia facultativa a los detenidos (art. 395). No obstante el Fiscal puede requerir que otros facultativos cooperen con el forense, bien por reclamarlo así el propio médico forense, bien por decisión propia y autónoma (art. 396). Cuando se trata de la asistencia al lesionado, el investigado puede designar un facultativo que dictamine también sobre la sanidad, asistencia al paciente y valoración de los daños corporales. Las discrepancias del forense o las partes con el tratamiento dispensado al paciente por los facultativos que le atiendan han de ponerse en conocimiento del fiscal encargado de la investigación (art. 399).

El acceso a historias clínicas requiere en todo caso autorización judicial previa (art. 416).

4. La pericial en el acto del juicio oral

El sistema del ALECRIM quiere bascular sobre el acto del juicio oral. Para ello diseña un mecanismo procesal similar al de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado que a su vez se inspiraba en el Código Procesal Italiano: el material acopiado durante la fase de investigación no tiene acceso al juicio oral. Las excepciones vienen constituidas por las diligencias de prueba preconstituida, las actas de las diligencias no reproducibles que hayan de ser ratificadas en el juicio oral y lo que es estrictamente prueba documental (art. 540 ALECRIM). Las declaraciones y diligencias policiales tiene prohibido el acceso al juicio oral si no es a través de la aportación que puedan hacer las partes en la vista con la única finalidad de destacar las contradicciones en que incurra el testigo o perito que depone o informa en el acto del juicio oral, en contraste con sus manifestaciones en la fase de investigación (arts. 542 y 592: lecturas de contraste).

Esa previsión sufre modulaciones importantes totalmente fundadas en el caso de los informes periciales. Aunque en principio los peritos han de comparecer en el acto del juicio para someterse a las preguntas y aclaraciones de las partes (art. 586) que pueden versar sobre el método, las conclusiones o cualquier otro aspecto relevante, se matiza (art. 588) en sintonía con lo que la jurisprudencia venía entendiendo y con lo que de forma confusa y errada quiere afirmar el art. 788.2º LECrim tras la reforma de 2002⁴, que “el dictamen

4 La tendencia a la “documentalización” del informe pericial tiene raíces prácticas y no es exclusiva de nuestro ordenamiento, sino de un mundo tecnificado. Ni siquiera en los sistemas adversariales como el americano en que no existe investigación judicial, el enjuiciamiento se realiza por Jurado puro y la mayoría de los asuntos penales se resuelven por fórmulas negociadas se mantiene esa exigencia de contradicción y reproducción de la prueba pericial en toda su pureza. La sentencia de 29 de septiembre de 2009 puede servir de guía para reflejar el estado de la cuestión en la actualidad. En el caso del Procedimiento Abreviado, se opera una identificación entre los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas y la prueba documental (art. 788.2 LECrim). La mera impugnación formal no impide su valoración, previa su introducción como prueba documental, sin necesidad de ratificación (Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de mayo de

pericial de los laboratorios oficiales emitido durante la investigación no precisa de ratificación en juicio salvo que se haya impugnado de forma concreta su contenido y se haya propuesto la declaración de los peritos autores del informe, con la debida justificación de las razones que la hacen necesaria” (vid. también arts. 526.4 y 548.2.b) ALECRIM). En caso de admisión podrá usarse la videoconferencia para la ratificación.

La previsión se ciñe a los informes de laboratorios oficiales exclusivamente.

De esa regulación se deriva:

- a) Que cualquier otra prueba pericial ha de practicarse en el juicio mediante la comparecencia del perito o peritos⁵.
- b) Que en todo caso el dictamen escrito que haya podido realizar tal perito durante la fase de instrucción debe considerarse una de esas actas de diligencias no reproducibles o informes que pueden ser unidos al expediente para el juicio oral. Pero no bastará con eso como se preocupa de remarcar el art. 591.4.3º (lecturas admitidas): “la lectura o designación de las diligencias no reproducibles no exime de las declaraciones testimoniales o periciales que sean necesarias para acreditar su contenido”. Otra cosa es que durante esa ratificación los peritos puedan ser autorizados para consultar el testimonio del expediente del juicio oral en que esté documentado el informe emitido durante la fase de investigación (art. 586.3 ALECRIM)⁶.

2005). “Pericias preconstituidas”, según las bautizó el TC, que remite al art. 726 LECrim. para su valoración (ATC de 26 de septiembre de 2005, entre otros), leyenda bajo la que podrían cobijarse los partes de asistencia, informes médico forenses, tasaciones practicadas por perito judicial, “actas policiales”, entendiéndose por tales aquellas actuaciones policiales objetivas e irrepetibles (STC 303/1993: recogida del cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, los croquis o fotografías levantados sobre el terreno o la misma comprobación de la alcoholemia). Estas pericias no precisan de ratificación, si no son impugnadas materialmente, no bastando la mera impugnación formal. Periciales documentadas con privilegio jurisprudencial consolidado serían a tenor del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª de 21 de mayo de 1999 los informes de los peritos integrados en organismos públicos: no precisan de ratificación, salvo que la parte a quien perjudique impugne el dictamen o interese su presencia para someterlos a contradicción en el plenario y lo hiciera en momento procesal oportuno. Por fin, el resto de pericias, documentadas o no, estarían sometidas a la necesidad de ratificación en el juicio oral.

5 En el sistema americano la exigencia básica y tradicional de que las pruebas se practican en el juicio y las diligencias de investigación son inutilizables (recuérdese que estamos en un proceso con jurado) se extiende a la prueba pericial. Pero también ha sufrido una evolución. Básica es la sentencia *Ohio v. Roberts*, de 1980. En esta decisión del Tribunal Supremo EEUU considera admisible como prueba la declaración emitida fuera del juicio —en concreto en una audiencia preliminar— sin necesidad de la comparecencia del testigo, siempre y cuando quede acreditado que dicho medio de prueba reviste suficiente fiabilidad. La doctrina sentada en *Roberts* es igualmente aplicable a la declaración del perito (*expert witness*). El informe pericial puede ser valorado sin la presencia del experto siempre que su fiabilidad sea elevada. Para valorar la fiabilidad del informe y, por tanto, la posibilidad de prescindir de la presencia del perito, el tribunal habrá de considerar, la concreta utilidad de la confrontación con el perito en el caso concreto. Si puede preverse que ni el interrogatorio cruzado ni la declaración del perito van a alterar el contenido y alcance del informe, se puede prescindir de la contradicción efectiva. Incluso cuando la probabilidad de incidir en las conclusiones ya efectuadas sea meramente remota. Posteriormente, en la sentencia *White v. Illinois*, el Tribunal Supremo irá aún más allá: aquellos informes periciales documentados por escrito que son claramente admisibles en ciertas condiciones satisfacen de manera automática las exigencias del sometimiento al interrogatorio cruzado. En consecuencia, los informes periciales escritos serán admisibles como prueba si son *business records* o *public records* (informes profesionales u oficiales), incluso sin la presencia en el juicio del experto que lo haya elaborado.

⁶ El régimen del Código Procesal Penal Alemán se acerca también bastante al proyectado. Rige el principio de intermediación o *Unmittelbarkeitsprinzip*, que establece que el juez debe tomar contacto directo con los medios de prueba relativos al objeto del proceso. La norma general es que las declaraciones de los testigos, de los peritos y del inculpado deben realizarse en el juicio oral, sin que pueda prescindirse de su presencia. Lo determinante a efectos de la valoración de la prueba es la declaración que efectúe el perito en el juicio oral y no el contenido del informe pericial

La consulta puede extenderse a documentos, notas escritas o publicaciones. Y se habilita ya el uso de instrumentos técnicos que puedan ser útiles para la mejor exposición de su pericia lo que ya se había autorizado en la praxis judicial (presentaciones a través de medios informáticos) (art. 586.3).

A diferencia de la legislación vigente que impone el informe conjunto⁷, el ALECRIM se muestra más flexible y establece la deposición conjunta de los peritos como algo facultativo. Los peritos han de contestar a las “preguntas que las partes les formulen, que podrán referirse a su propio dictamen o al emitido por cualquiera de los declarantes” (art. 586.4 ALECRIM). Como en el caso de la prueba testifical, el Presidente puede formular preguntas al finalizar el interrogatorio de las partes por iniciativa propia o a requerimiento de alguno de los otros miembros del Tribunal (art. 586).

Interesante es la nueva previsión del art. 587 que permite interrumpir las sesiones del juicio para ampliar la pericia cuando resulte indispensable para esclarecer algunos puntos. El informe ampliatorio, a realizar también por escrito, habrá de ser entregado a la partes antes de la nueva deposición en el acto del juicio oral.

Como el resto de las pruebas, la pericial para ser admisible ha de ser útil y pertinente (art. 548.3). Es un acierto que los arts. 518.4 y 526.3 ALECRIM exija que la proposición de prueba

escrito emitido con anterioridad. Pero no faltan excepciones a esta regla general. Por ejemplo, si en el momento en que es interrogado en el juicio oral el perito afirma no recordar exactamente la pericia por la que se le pregunta —por ejemplo, porque de manera rutinaria realiza numerosos análisis o informes del mismo tipo—, en ese caso puede tomarse en cuenta el informe escrito a efectos probatorios. Pero es preciso entonces que el perito comparezca, que afirme no acordarse y que asuma bajo su responsabilidad el contenido del informe pericial escrito. Recuerda este supuesto la excepción denominada *recorded recollection* del proceso americano que se fundamenta en la mayor fiabilidad del contenido del informe que en lo que declare verbalmente el perito en el acto del juicio. La ley contempla expresamente una serie de supuestos en los que se admite sustituir la presencia del perito y su declaración sobre la pericia por la lectura del informe en el juicio oral. Sucede así cuando son informes elaborados por organismos públicos o médicos forenses; cuando versan sobre el instrumento de medir la velocidad de vehículos; cuando se trate de análisis de sangre para determinar el grupo sanguíneo o el grado de alcohol en sangre; cuando consista en el informe médico relativo a la extracción de sangre (modo en que se efectuó, lugar, día o circunstancias que se produjeron durante la extracción). Como señala BACHMAIER es doble el fundamento de estas excepciones al principio de inmediación y la conversión de la prueba pericial en *Urkundenbeweis* o prueba documental. Por un lado, la objetividad de estos informes, la cualificación profesional de los profesionales que los realizan y, en definitiva, la fiabilidad de los mismos. Por otro lado, este precepto se basa también en una realidad constatada en la práctica: los numerosos casos en que la experiencia de los tribunales ha puesto de relieve que la declaración oral no va a proporcionar datos diferentes de los ya contenidos en el informe ni va a introducir ninguna aclaración o complementación de los mismos. En todo caso, aun no siendo imprescindible la presencia del perito en estos casos para poder valorar el informe pericial, sí es preceptiva la lectura del informe en el juicio oral, con el fin de posibilitar el debate contradictorio acerca de sus resultados.

⁷ Art. 724 LECrim: *Los peritos que no hayan sido recusados serán examinados juntos cuando deban declarar sobre unos mismos hechos y contestarán a las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan*. La sentencia del TS de 17 de febrero de 1994 dejaba caer un comentario que es premonitorio de la fórmula elegida por el ALECRIM: "...en nuestros días una parte importante de las pericias, a veces las más importantes, se llevan a cabo por equipos de especialistas, aunque, en ocasiones, el dictamen final lo firma uno. Por ello, acaso, el problema del número de peritos podría quedar a la discrecionalidad del juzgador, oyendo a las partes y motivando su decisión, para garantizar en cada situación concreta la eficacia del dictamen y la proscripción de toda indefensión para los enjuiciados y, en general, para todas las partes intervinientes en el proceso".

vaya acompañada de una justificación sobre su pertinencia y utilidad. En la actualidad a veces los tribunales tienen que decidir sobre la admisibilidad “a ciegas”.

Ningún inconveniente existe para acoger la figura del testigo-perito, aunque sea por la puerta del art. 4 LEC (supletoriedad del art. 370). El ALECRIM no ha creído necesaria una mención especial que pienso que no sobraría.

No hay modificaciones en la valoración de la prueba pericial en la instancia. Sí en fase de recurso.

5. Prueba pericial y recursos contra sentencias absolutorias

En materia de recursos el ALECRIM aborda ya el problema de conjugar el derecho a la doble instancia con las exigencias del principio de inmediación y lo hace de raíz, implantando la única solución en mi opinión mediante la que cabe armonizar ambas exigencias: las sentencias absolutorias por razones de valoración de prueba no son recurribles si el recurso pretende imponer una nueva valoración de la prueba personal. El art. 12.4 del Anteproyecto de Ley Orgánica de Desarrollo de los Derechos Fundamentales vinculados al proceso penal sienta un principio que abocará a esa solución “Las pruebas personales solo podrán ser valoradas por el tribunal ante el que se hayan practicado en condiciones de publicidad y contradicción”. Un desarrollo concreto de ese principio será la imposibilidad de cualquier parte acusadora de interponer un recurso de apelación contra la sentencia por error en la apreciación de la prueba. Solo pueden recurrir por infracción de ley sustantiva o procesal (arts. 625 y 626 ALECRIM), y están inhabilitados para reclamar la modificación de los hechos que la sentencia dictada en la primera instancia, para lo que sí está facultado el condenado (art. 630). Esto vale para la apelación. El proyectado recurso de casación es todavía más estricto: solo cabe por contradicción con otras sentencias. Desaparece el actual motivo de casación por *error facti* basado en documentos a través del cual, como es sabido, se podía hacer valer la prueba pericial, tanto por las partes condenadas como por los acusarodres (art. 849.2º LECrim).

Adelantado así el diseño del ALECRIM, detengámonos en el estado de la cuestión en la actualidad, en plena ebullición y con una doctrina cambiante, no definitivamente asentada, desde que el TC comenzó a cuestionar la posibilidad de un Tribunal de dictar una sentencia condenatoria al revocar la absolutoria de instancia, basándose en unas pruebas personales que no había presenciado.

La doctrina constitucional sobre las posibilidades de revisión de sentencias absolutorias por vía de recurso, se inició con la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y se reiteró en numerosas Sentencias posteriores (entre muchas otras, SSTC 21/2009, de 26 de enero, o 24/2009, de 26 de enero). El eje de la argumentación es que el respeto a los principios de publicidad,

inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria donde el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción la totalidad del acervo probatorio. Por tanto, cuando en la apelación se planteen cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de las pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, se entiende que resulta necesaria la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. Los principios de publicidad, inmediación y contradicción exigen que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia. El órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

Sí será posible la revocación cuando estamos ante una nueva valoración basada solo en prueba documental; o cuando partiendo de los mismos hechos se realiza una nueva deducción relativa inferencias (STC 60/ 2008, de 26 de mayo).

Estas pautas elaboradas jurisprudencialmente han revolucionado el recurso de apelación. En materia de casación van abriéndose paso, aunque el TC no ha extraído todavía ninguna consecuencia en relación a esa modalidad impugnativa.

La doctrina del TC tiene su origen en una jurisprudencia mucho más antigua del TEDH. La primera resolución que abordó esta materia fue el caso Ekbatani contra Suecia (STEDH de 26 de mayo de 1988). Luego vendrían tres SS TEDH con la misma fecha: 29 de octubre de 1991 (caso Helmers contra Suecia, caso Jan-Ake Anderson contra Suecia y caso Fejde contra Suecia). Dicha doctrina fue posteriormente consolidada en pronunciamientos más recientes (STEDH de 8 de febrero de 2000 (caso Cooke contra Austria y caso Stefanelli contra San Marino); STEDH 27 de junio de 2000 (caso Constantinescu contra Rumanía) y STEDH 25 de julio de 2000 (caso Tierce y otros contra San Marino). Se sostiene que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niega haber cometido la infracción considerada punible.

La doctrina va mucho más allá de lo que llega nuestro Tribunal Constitucional pues parece imponer la audiencia del acusado antes de resolver la apelación aunque la decisión del recurso se base en prueba documental o en una revisión de inferencias.

Uno de los más recientes pronunciamientos del TEDH en esta materia ha llegado a la condena de España. Es la sentencia de 21 de de septiembre de 2010, Caso Marcos Barrios c. España. Es igualmente significativa por referirse también a España y digna de ser resaltada aquí por abordar un tema de prueba pericial en el ámbito sanitario, la STEDH de 16 de noviembre de 2010 (asunto García Hernández c. España (nº de demanda 15256/07)). La sentencia absolutoria de la instancia había sido revocada en apelación por la Audiencia Provincial de Murcia en un supuesto de mala praxis médica, basándose en pruebas periciales. El Tribunal Constitucional rechazó el recurso de amparo presentado por la demandante. Distinto fue el criterio del Tribunal Europeo. No podía revocarse la sentencia sin celebrar vista pública y oír directamente a la acusada.

¿Afecta esta doctrina a la prueba pericial? Es decir, ¿puede revocarse una sentencia absolutoria para transmutarla en otra condenatoria basada en una valoración de la prueba pericial? Los interrogantes sirven tanto para el recurso de apelación como para el de casación, pues como es conocido en materia de casación se admite como documento en que basar un recurso por *error facti* los informes periciales documentados que sean unánimes⁸. Aunque en el estado actual de la doctrina jurisprudencial nacional se salva ese supuesto y se admite que el Tribunal que conoce del recurso pueda volver a valorar la prueba pericial de cargo para llegar a un pronunciamiento de culpabilidad, lo cierto es que la coherencia de la argumentación ha de llevar por lógica también a rechazar esa posibilidad como hace el ALECRIM.

La sentencia del Tribunal Constitucional 214/2009, de 30 de noviembre rechaza la revocación de la sentencia absolutoria en apelación por estimar que la nueva valoración no se edificaba exclusivamente sobre prueba documental (informes médicos), sino que inevitablemente se extendía a las pruebas personales: “ *Por otra parte, resulta que en el presente caso el Juez de lo Penal, como se aprecia en los antecedentes, formó su convicción sobre el extremo de la no intencionalidad del autor luego de proceder a una ponderación de pruebas de marcado carácter*

⁸ Una consolidada doctrina jurisprudencial viene proclamando que los dictámenes periciales no constituyen documentos a los efectos casacionales del art. 849.2 LECrim., pues se trata de simples pruebas personales documentadas. Pero a continuación precisa que hay que atribuirles rango documental para introducir un motivo por aquélla vía en los supuestos siguientes: 1º) cuando, existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario; y 2º) cuando, contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (Sentencias del TS 182/2000, de 8 de febrero; 1572/2000, de 17 de octubre; 1729/2003, de 24 de diciembre; 299/2004, de 4 de marzo; 417/2004, de 29 de marzo; 1046/2004, de 5 de octubre; 398/2007, de 26 de abril o 821/2007, de 10 de octubre).

personal, como lo son el testimonio de la propia víctima y del acusado. Por lo que el Tribunal de apelación, al cambiar su conclusión en la forma expuesta sin la práctica de la correspondiente prueba en la vista pública de apelación, que le hubiera permitido tomar conocimiento directo de dichos testimonios con la debida intermediación, originó la vulneración aducida en la demanda referente a las garantías del proceso justo.... En el presente caso, se tienen en cuenta por el órgano judicial otros elementos de prueba, como los informes médicos que obran en la causa, cuya ponderación sí puede válidamente realizarse en segunda instancia sin necesidad de reproducción en el debate procesal dada su naturaleza de prueba documental (por todas, STC 40/2004, de 22 de marzo, FJ 5). Ahora bien, la referencia a los datos derivados de dichos informes está absolutamente imbricada en la motivación de la Sentencia con la valoración de la credibilidad de los testimonios del acusado y de la víctima, por lo que estos elementos probatorios carecen de eficacia probatoria autónoma desvinculados de dichos testimonios. Por lo demás, los informes médicos sobre las lesiones sufridas que sirven en principio para probar el hecho objetivo de éstas, no acreditan la autoría de las mismas por parte del acusado”.

Y la sentencia 2/2010, de 11 de enero, también del Tribunal Constitucional insiste en consideraciones semejantes: *“cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32; 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 36, 37 y 39; 29 de octubre de 1991, caso Jan-Åke Andersson c. Suecia, § 28; 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia, § 32). En este sentido el Tribunal ha declarado también en su Sentencia de 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu c. Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59- que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Doctrina que reitera en la Sentencia de 25 de julio de 2000 -caso Tierce y otros c. San Marino, §§ 94, 95 y 96-, en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las*

cuestiones sometidas al Juez de apelación. Más recientemente, en las SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso *Popovici c. Moldavia* (§ 71); 16 de diciembre de 2008, caso *Bazo González c. España* (§ 31); y 10 de marzo de 2009, caso *Igual Coll c. España* (§ 37), se reitera que la condena en apelación de quien fue inicialmente absuelto en una primera instancia en la que se practicaron pruebas personales, sin que hubiera sido oído personalmente por el Tribunal de apelación ante el que se debatieron cuestiones de hecho afectantes a la declaración de inocencia o culpabilidad del recurrente, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo tal como es garantizado por el art. 6.1 del Convenio". Añadiendo en FJ 4: "En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH 29 de octubre de 1991, caso *Jan-Ake Andersson c. Suecia*, aprecia que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con inmediatez en la apelación en los supuestos en que 'no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos', por lo que no hay violación del art. 6.1 del Convenio (en el mismo sentido, SSTEDH de 29 de octubre de 1991, caso *Fejde c. Suecia*; de 5 de diciembre de 2002, caso *Hoppe c. Alemania*; y de 16 de diciembre de 2008, caso *Bazo González c. España*, § 36)"... En este sentido, el repaso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos anteriormente reseñada pone de manifiesto que, de concurrir los presupuestos a que la misma se refiere, resulta preciso que el Tribunal de apelación lleve a cabo un examen 'directo y personal' del acusado y de los testimonios presentados por él en persona, en el seno de una 'nueva audiencia' en presencia de los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso *Ekbatani c. Suecia*, § 32; de 29 de octubre de 1991, caso *Helmers c. Suecia*, §§ 36, 37 y 39; de 29 de octubre de 1991, caso *Jan-Åke Andersson c. Suecia*, § 28; de 29 de octubre de 1991, caso *Fejde c. Suecia*, § 32; de 9 de julio de 2002, caso *P.K. c. Finlandia*; de 9 de marzo de 2004, caso *Pitkänen c. Finlandia*, § 58; de 6 de julio de 2004, caso *Dondarini c. San Marino*, § 27; de 5 de octubre de 2006, caso *Viola c. Italia*, § 50; y de 18 de octubre de 2006, caso *Hermi c. Italia*, § 64). Se alude así a una actividad procesal que ha de insertarse en la segunda instancia y que se identifica con una vista o audiencia, pública y contradictoria, en la que se realice el examen 'directo y personal' -esto es, con inmediatez- de las personas cuya declaración va a ser objeto de nueva valoración. Este examen 'personal y directo' implica la concurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara, pues la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones.... En el presente supuesto la Audiencia Provincial de La Coruña directamente consideró que con el visionado de la grabación audiovisual del juicio oral ante el Juez de lo Penal resultaba suficiente para revalorar las pruebas de carácter personal practicadas en aquel juicio, determinantes de la culpabilidad, declarando además en la Sentencia núm. 250/2006 recurrida, que el Juez de lo Penal de Santiago de Compostela había incurrido en error de calificación, fijando por ello un nuevo relato de hechos probados que desembocaba en la condena de quien había sido inicialmente absuelto. Al actuar así, y sin esgrimir una causa que impidiera la nueva comparecencia de los acusados y testigos (pruebas personales), olvidó -por

más que se le había solicitado por la contraparte de apelación- que privaba al recurrente del derecho constitucional a la inmediación, y que se inhabilitaba para revalorar la credibilidad de dichas pruebas personales en segunda instancia sin nueva vista”.

BIBLIOGRAFÍA

BACHMAIER WINTER, L. *Dos modelos de prueba pericial penal en el derecho comparado: Estados Unidos de América y Alemania* en “Jueces para la Democracia (información y debate)”

ESCOBAR JIMÉNEZ, R., *Interrogatorio de peritos* en la obra colectiva “El Juicio oral en el proceso penal (Especial referencia al procedimiento abreviado)”, 2ª edición, Comares, Granada, 2010, págs. 319 a 337.

HERNÁNDEZ GARCÍA y otros, *Noventa y nueve cuestiones sobre la prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial