

# Un cambio de paradigma probatorio: prueba pericial y prueba científica en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020

José Luis Ramírez Ortiz

*Magistrado y miembro de la Comisión redactora del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*

Diario La Ley, Nº 9896, Sección Tribuna, 21 de Julio de 2021, **Wolters Kluwer**

## • ÍNDICE

- I. Un nuevo paradigma de valoración probatoria
  - 1. El punto de partida
  - 2. La modernización del razonamiento probatorio sobre la prueba pericial
    - A) El razonamiento probatorio tradicional: entre lo subjetivo y lo deductivo
    - B) El razonamiento probatorio moderno: intersubjetivo e inductivo
    - C) La opción de la Alecrim: de la credibilidad del medio de prueba a la fiabilidad de la información probatoria, del subjetivismo deductivo a la intersubjetividad inductiva
    - D) La valoración de la prueba pericial en el Alecrim
- II. Reglas generales sobre la prueba pericial
  - 1. Objeto de la pericia
  - 2. Sujetos de la pericia
  - 3. Procedimiento
  - 4. El contenido del informe
  - 5. El control epistémico del juez: algunos ítems a valorar
- III. Reglas especiales
  - 1. La prueba pericial científica
  - 2. Los instrumentos de valoración del riesgo de violencia o reincidencia
  - 3. Las pruebas periciales sobre la credibilidad de los testimonios
- IV. Conclusiones
- V. Bibliografía

### Resumen

*En el presente trabajo se analiza el régimen jurídico de la prueba pericial en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. La propuesta regulativa es novedosa, supone una mejora sustancial del Anteproyecto de 2011 y de la Propuesta de 2013, y se inscribe en la línea de modernización de la cultura probatoria, haciéndose eco de los aportes*

*de la doctrina científica, de la jurisprudencia más reciente y del derecho comparado, y se inscribe en la línea que inspira la reforma, potenciando la imparcialidad del juez, la calidad del debate contradictorio y, con ello, la calidad de la decisión judicial. Se presta especial atención a la prueba pericial científica y a dos tipos de pruebas específicas: los instrumentos de valoración del riesgo de violencia o reincidencia y las pruebas periciales de credibilidad de los testimonios de menores de edad.*

## **I. Un nuevo paradigma de valoración probatoria**

### **1. El punto de partida**

El tránsito de la cultura procesal inquisitiva a la constitucional había de implicar una profunda transformación del modo en el que los jueces se relacionaban con los materiales probatorios y, entre ellos, el pericial. El juez inquisidor, que acumulaba todos los poderes y la iniciativa probatoria, decidía en soledad si había que nombrar un perito, qué perito nombraba y si aceptaba o no su valoración, sin que tuviera que motivar ninguna de sus decisiones<sup>(1)</sup>. El juez constitucional no podía acumular todos los poderes, acusatorios y defensivos, de investigación, de control y de enjuiciamiento, y había de motivar todas sus decisiones. Sin embargo, siglos de cultura inquisitiva no se borran fácilmente, como han puesto de manifiesto González Cuellar<sup>(2)</sup> y López Ortega-Rodríguez Fernández<sup>(3)</sup>. Ello explica que puedan persistir en la práctica judicial «ecos inquisitivos», aun cuando normativamente se hayan separado las funciones de juez instructor y de enjuiciamiento, introducido la contradicción defensiva en la fase investigativa, y constitucionalizado el deber institucional de motivar las decisiones judiciales en cuanto implican actos de poder.

La vigente regulación de la prueba pericial (artículos 456 a 485) apenas ha sufrido cambios sustanciales desde la aprobación de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LA LEY 1/1882\)](#) en 1882 (en adelante, Lecrim), ley que, bajo la eufemística fórmula de proceso acusatorio formal o mixto, mantenía un modelo de investigación inquisitivo que acababa permeando todo el proceso. Ciertamente, la aprobación de la [Constitución de 1978 \(LA LEY 2500/1978\)](#) (en adelante, CE) dio lugar a diversas reformas de la [Lecrim \(LA LEY 1/1882\)](#) con el objetivo declarado de introducir el derecho de defensa en esta fase y potenciar la contradicción, lo que también repercutía sobre el régimen de la prueba pericial. Pero, en lo esencial se mantuvo la regulación lo que, entre otras razones, posibilitó el mantenimiento de ciertas inercias del pasado. Entre ellas, la frecuente indefinición o ambigüedad del objeto de la pericia, la falta de división clara de los espacios

del juez y del perito, con lo que el primero podía modelarlos a su voluntad dada su afirmada condición de «peritus peritorum», la dificultad de identificar las fuentes informativas de las que se había nutrido el experto, por lo que podía servirse de informaciones intraprocesales sesgadas o interpretar los resultados de sus análisis prejuiciosamente, o el arrastre del amasijo de papeles en que consistía el sumario y su acceso indiferenciado al juicio oral, lo que provocaba la falta de identificación clara de la utilidad o relevancia de las pericias hasta ese momento unidas al expediente y su polivalencia funcional, pudiendo ser utilizadas por el juez a cualquier efecto y en cualquier sentido o dirección.

Poca relación guarda, desde otro punto de vista, la sociedad rural del siglo XIX que vio nacer la [Lecrim \(LA LEY 1/1882\)](#) con la sociedad digital de la cuarta revolución tecnológica del siglo XXI en la que se inscribe el [Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 \(LA LEY 22837/2020\)](#) (en adelante, Alecrim 2020). La regulación de la [Lecrim \(LA LEY 1/1882\)](#), en la que dos peritos nombrados por el instructor realizan en unidad de acto las operaciones periciales correspondientes en presencia de las partes, nombrándose un tercer perito si hubiera «discordia» entre los otros dos, de modo que el juez al final viene a resolver numéricamente, asumiendo como correcto lo que decide la mayoría, no se adecua a la realidad y complejidad de la mayor parte de las pruebas periciales que se llevan a cabo en el proceso penal, generalmente vinculadas con las denominadas ciencias forenses. Como tampoco se adecua al pensamiento moderno la presunción, de innegable raíz inquisitiva y extendida asunción forense, de que cabe alcanzar verdades absolutamente ciertas. Si algo nos enseñan la filosofía y la ciencia es que a lo máximo a lo que podemos aspirar es a dialogar con la incertidumbre. Establecer ese diálogo, optimizando los intereses en juego, muchas veces de signo opuesto, debe constituir la misión del legislador procesal.

Es incuestionable que los cambios normativos no son suficientes para modificar hábitos culturales, pero también lo es el hecho de que, en cualquier caso, constituyen motores de transformación. Y, en esta línea y para superar la situación descrita, se inserta una nueva propuesta reguladora de la prueba pericial. La regulación se contiene en el Libro III (dedicado a las diligencias de investigación), Título VI («Los medios de investigación relativos al examen de testigos y peritos»), Capítulo II («El examen pericial»). Este capítulo se estructura en tres secciones. La primera, regula la prueba pericial en general, la segunda, la prueba pericial científica y la tercera, introduce reglas que disciplinan concretas pericias que se han convertido en habituales o que resultan especialmente relevantes en la práctica forense actual y para los que resulta aconsejable, en todo caso,

una orientación legislativa concreta: los instrumentos de valoración de riesgo de violencia o reincidencia y las pruebas periciales sobre credibilidad de los testimonios de menores de edad.

Guardan conexión con las finalidades de la propuesta tanto la regulación contenida en el Capítulo III, dedicada a los médicos forenses, como la que contiene el Capítulo VI del Título I, relativa a la investigación mediante marcadores de ADN <sup>(4)</sup>, habiéndose optado en este último caso por una regulación separada dados los derechos fundamentales involucrados. Quedarán, no obstante, fuera del objeto de análisis de este artículo, que se centrará en el Capítulo II del Título VI del Libro III del Alecrim, aunque haremos alguna referencia particular a ellos.

## **2. La modernización del razonamiento probatorio sobre la prueba pericial**

El régimen jurídico de todo medio de prueba no puede perder nunca de vista su finalidad última: la valoración que del mismo realizará el juzgador, el qué y el cómo de esa valoración. Por esa razón es importante que nos detengamos en las formas de razonamiento fáctico de los tribunales, que deberían corresponderse con las de su entorno cultural. Ello nos permitirá identificar el propósito último que persigue la nueva propuesta regulativa.

### **A) El razonamiento probatorio tradicional: entre lo subjetivo y lo deductivo**

La lectura acrítica, y lastrada por la cultura inquisitiva, del [artículo 741 de la Lecrim \(LA LEY 1/1882\)](#) (El juez ha de dictar sentencia «...apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados...»), se ha traducido en la hegemonía de un paradigma de razonamiento probatorio que oscila entre lo subjetivo y lo deductivo.

Como es sabido, a grandes rasgos pueden distinguirse dos modelos probatorios ideales <sup>(5)</sup>: uno, de corte subjetivo, y el otro, objetivo. Para el modelo subjetivo, la finalidad de la prueba es convencer al juzgador de la realidad de los hechos objeto de enjuiciamiento. El convencimiento personal del juez se convierte en el aspecto central de la actividad probatoria y del proceso. Por ello, ni la calidad ni la fiabilidad de las pruebas, ni la de las informaciones probatorias son relevantes, ni los controles jurídicos son efectivos, pues el criterio de determinación de la suficiencia de las pruebas es estrictamente individual. En definitiva, si el juzgador resulta íntimamente persuadido por la prueba practicada, pasa a declarar probado el hecho en disputa

Por otra parte, en la tradición jurídica continental la argumentación judicial es típicamente deductiva<sup>(6)</sup>. El esquema usual de razonamiento va de lo general a lo particular, no implica la adquisición de conocimientos nuevos, pues la conclusión no añade nada a lo que ya estuviera contenido en las premisas, y el nexo entre las premisas y la conclusión es de necesidad. Este modo de razonar, subsuntivo, ha dado lugar a una cierta mecanización del fenómeno de la valoración de la prueba. Por un lado, al automatizarse, volviéndose abstracta y general e independiente del contexto y aproximándose a la prueba legal (v.gr: un testigo en el que concurren las circunstancias abstractas A, B y C<sup>(7)</sup>, proporciona información verdadera; o, un acusado no proporciona información verdadera, ya que tiene derecho a mentir; o, un perito oficial es imparcial, por lo que la información que suministra es verdadera). Pero, además, porque, al expresarse en términos de necesidad eclipsa u oculta la, siempre presente, posibilidad de error judicial y minimiza la relevancia de la duda.

Los efectos de la combinación de estos dos tipos de razonamiento probatorio (subjetivista y deductivo) se evidencian en la forma clásica de evaluar la prueba pericial. Como pone de relieve Igartua Salaverría<sup>(8)</sup>, del conjunto de ítems susceptibles de análisis en la valoración de esta prueba, han prevalecido los atinentes a los rasgos personales del perito, en especial cuando concurrían varios informes de signo distinto. En estos casos, quienes juzgan han recurrido a dos estrategias. Bien, a la asimilación del informe pericial a una declaración testifical valorada subjetivamente (v.gr. «el perito X ha merecido más credibilidad a este Tribunal», añadiendo alguna fórmula de estilo «por su mayor claridad expositiva»), bien recurriendo a falsos criterios objetivos propios del razonamiento deductivo (v.gr. «prevalece el perito oficial frente al de parte por su mayor imparcialidad», argumentación insuficiente pues la imparcialidad del perito no implica necesariamente la calidad de la pericia).

### **B) *El razonamiento probatorio moderno: intersubjetivo e inductivo***

El racionalismo ilustrado propició un nuevo modo de aproximarse al conocimiento del mundo, lo que debiera haber tenido reflejo en el ámbito del conocimiento judicial de los hechos en el proceso. En el modelo probatorio objetivo o intersubjetivo, la prueba tiene como meta la acreditación de la verdad de un enunciado fáctico. El enunciado es verdadero, en el sentido de que está probado, de existir elementos de juicio suficientes en su favor. El convencimiento subjetivo del juez pasa a segundo plano, pues lo esencial es el establecimiento de la verdad entendida como correspondencia entre el enunciado y la realidad. Para este modelo, la calidad de las pruebas y la fiabilidad de las informaciones probatorias adquieren una gran trascendencia. Del mismo modo, los controles jurídicos se

refuerzan, pues el juicio sobre la suficiencia del conjunto de pruebas se independiza de la opinión personal de quien juzga. Las razones han de ser intersubjetivamente comunicables y compartibles.

En consonancia con lo anterior, la argumentación probatoria se ancla en un paradigma inductivo, que va de lo particular a lo general<sup>(9)</sup>, por lo que el nexo entre las premisas y la conclusión no es de necesidad sino de probabilidad. La verdad de las premisas no implica necesariamente la verdad de la conclusión, por lo que ésta siempre se expresa en términos de probabilidad, no de certeza lógica. Ello aproxima el razonamiento probatorio judicial al de las ciencias empíricas, despierta la conciencia de la falibilidad de la valoración y deja siempre abierta la puerta a la duda sobre la ocurrencia de la hipótesis acusatoria, duda inherente a toda inducción probabilística, aun cuando sólo haya de generar consecuencias jurídico penales cuando sea razonable.

***C) La opción de la Alecrim: de la credibilidad del medio de prueba a la fiabilidad de la información probatoria, del subjetivismo deductivo a la intersubjetividad inductiva***

El modelo subjetivo y deductivo no es sostenible hoy día. Desde el punto de vista cultural constituye una afirmación evidente, que no merece mayor explicación. Normativamente, no debió mantenerse tras la codificación, pero ya sabemos que los cambios culturales son más lentos que los normativos. En cualquier caso, tras la aprobación de la [CE \(LA LEY 2500/1978\)](#), la aplicación combinada de los artículos 9.3 (interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos), 24.2 (presunción de inocencia) y 120.3 (motivación de las resoluciones judiciales), evidencia que se ha instaurado una nueva epistemología de la racionalidad, en la que el foco de atención deja de ser el estado mental del juzgador (inaccesible) y se desplaza a la identificación de los criterios normativos de justificación. Criterios que no pueden ser meras intuiciones o impresiones provenientes del cuadro probatorio (v.gr. «el juez se cree al testigo o al perito»), pero tampoco supuestas racionalizaciones de creencias lógicamente erróneas o empíricamente falsas (v.gr: la gestualidad del testigo o la asertividad del perito siempre nos indican la verdad del testimonio o de la pericia).

Por este motivo, el Alecrim 2020 opta por reemplazar la vieja fórmula del [artículo 741 de la Lecrim. \(LA LEY 1/1882\)](#) Ciertamente es que la literalidad del precepto amparaba, en principio, tanto una versión objetiva de la libre valoración, intersubjetivamente controlable, como una versión subjetiva. Sin embargo, por diversas razones, esta última acabó predominando. Con todo, cabe observar un giro creciente en la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo a partir de la década de los 90 hacia una mayor objetivación. Así, la STS

217/2018 (ROJ 1743/2018, ponente Sr. del Moral García) señala que «...la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera "creencia" en la palabra del testigo», a modo de un acto de fe ciego». Igualmente relevante, al describir la metodología valorativa, es la STS 167/2014, de 27 de febrero (LA LEY 11140/2014) (ROJ: STS 604/2014, ponente Sr. Varela Castro). Y la proclamación de principios más reciente la encontramos en la STS 293/2020, de 20 de junio (ROJ: STS 1720/2020, ponente Sr. Marchena Gómez), en la que se afirma que la jurisprudencia de la Sala sólo puede avalar un modelo racional de conocimiento y valoración probatoria en el que no tienen cabida las proclamaciones puramente intuitivas y, como tales, basadas en percepciones íntimas no enlazadas con el resultado objetivo de la actividad probatoria desplegada por las partes. «Lo contrario supondría alejar el proceso penal y las técnicas de valoración probatoria, de su verdadero fundamento racional.».

La antigua fórmula, en línea con estos pronunciamientos jurisprudenciales y con la doctrina, es sustituida por la contemplada en el artículo 693, bajo el epígrafe «Valoración racional de la prueba»<sup>(10)</sup>. Dicho artículo dispone en su primer apartado: «El tribunal valorará libremente la prueba practicada de acuerdo con las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. A tal efecto, todos los medios de prueba y las informaciones que de ellos resulten serán considerados individualmente y apreciados en conjunto para decidir si se ha alcanzado una convicción fundada sobre la culpabilidad de la persona acusada.».

Dicho precepto marca la «hoja de ruta». Con la rúbrica («Valoración racional de la prueba») se pretende destacar, en primer lugar, que en el Estado constitucional el principio de libre valoración no significa que sea admisible cualquier tipo de valoración. Ésta ha de ser racional. La alusión a las «reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia», así lo indica. Ahora bien, debe aclararse que estas reglas, si son entendidas al modo tradicional (la «sana crítica»), son inservibles. Es imprescindible otra aproximación. El tribunal ha de evaluar, de acuerdo con criterios objetivos o intersubjetivamente compartibles, tanto las pruebas que se practiquen como el grado de apoyo que prestan a los hechos afirmados por las partes. Para alcanzar tal meta, en un primer momento ha de valorar todos los medios de prueba practicados, tanto los de cargo, como los de descargo, e identificar las informaciones provenientes de cada medio de prueba que considere provisionalmente relevantes y fiables y las razones para ello (es lo que se conoce como valoración individual). Acto seguido, habrá de valorar conjuntamente dichas informaciones probatorias y establecer qué relaciones existen entre ellas y con los hechos objeto de juicio, y determinar cuáles estima definitivamente relevantes y fiables (valoración conjunta). Y, finalmente, decidirá si tales informaciones permiten obtener una certeza objetiva acerca de

los hechos enjuiciados aplicando el estándar probatorio que fija el artículo 8 («*La condena penal solo podrá fundarse en pruebas suficientes que permitan a un tribunal imparcial alcanzar, más allá de toda duda razonable, una convicción fundada sobre la culpabilidad del acusado*»).

Además, habrá de trasladar a la motivación de la sentencia las razones de la decisión en los términos que expresan los artículos 692.3 («*En todo caso, la sentencia contendrá los siguientes apartados: 3º La motivación de la declaración de hechos probados, en la que se valorarán las pruebas practicadas y se expondrán los razonamientos que, a partir de dicha valoración, justifican las conclusiones obtenidas sobre la realidad de los hechos afirmados por las partes*»), y 694 («*La motivación de la sentencia incluirá en sus correspondientes apartados los argumentos fácticos y jurídicos, estableciendo entre ellos las relaciones necesarias para que se reconozcan como fundamento del fallo*»), debiendo ser la motivación «*completa, coherente, precisa, clara y ajustada en todo caso a las concretas cuestiones suscitadas*», tal y como marca el artículo 738.4, también aplicable aquí.

Se observa, en consecuencia, un tránsito desde la «credibilidad» del medio de prueba a la «fiabilidad» de la información que proporciona dicho medio de prueba, que desemboca en otro tránsito: el que lleva del modelo probatorio de valoración y motivación subjetivo y deductivo al modelo intersubjetivo e inductivo.

#### **D) La valoración de la prueba pericial en el Alecrim**

El cambio de paradigma no se normativiza sólo en el terreno de la valoración probatoria en general, sino que se especifica en el de la prueba pericial, lo que repercutirá en todo el régimen jurídico de esta clase de prueba. Adquiere centralidad, en este sentido, el artículo 487 Alecrim 2020, bajo la rúbrica «Valor de la diligencia». Con arreglo al mismo: «*Los informes periciales solo tendrán valor probatorio cuando estén basados en técnicas y procedimientos fiables y suficientemente contrastados*». La pretensión es evidente: el razonamiento probatorio de los tribunales necesariamente ha de desplazarse de los parámetros propios de las pruebas declarativas a los específicos y propios del ámbito de conocimiento experto, las técnicas y los procedimientos seguidos.

##### **a) El objetivo regulativo**

La valoración de la prueba pericial implica necesariamente dos cosas para el juez<sup>(11)</sup>: que sea capaz de identificar las premisas empleadas por el perito para fundamentarla y de entender las inferencias realizadas a partir de dichas premisas. Si el juez del caso es incapaz de detectar tales premisas o inferencias, no podrá realizar una valoración racional de la pericia. A lo sumo, aceptará el resultado de la prueba o lo rechazará, enmascarando

su incapacidad mediante el recurso a criterios estándar deductivos o subjetivos propios de la prueba testifical (v.gr. seguridad, claridad expositiva, perito oficial vs perito de parte), o a palabras rituales cuya mera enunciación parece bastar para satisfacer las exigencias de la lógica, la ciencia y la experiencia <sup>(12)</sup>.

Los ordenamientos jurídicos de tradición romano-germánica apenas han prestado atención al modo en que normativamente podían facilitarse las capacidades del juez para identificar las premisas y comprender las inferencias realizadas por el perito <sup>(13)</sup>. Por su parte, los ordenamientos de *common law*, centrados en procesos en los que la valoración probatoria corresponde a los miembros del jurado a través de veredictos inmotivados, ponen el foco de atención en la limitación del banco de datos del que éstos pueden disponer, rechazando antes del juicio aquellos medios de prueba cuyo potencial probatorio se vea contrarrestado por un déficit de fiabilidad detectable *a priori* <sup>(14)</sup>. No había, por tanto, un marco de referencia concreto directamente utilizable para la reforma de la prueba pericial en el Alecrim.

Sin embargo, sin perder de vista la finalidad pretendida y las características de nuestra tradición jurídica a la luz de la [CE \(LA LEY 2500/1978\)](#), en la propuesta legislativa se ha podido abordar la reforma tomando muy en consideración los aportes de la doctrina científica <sup>(15)</sup>, sanamente ecléctica, la jurisprudencia más reciente, y la experiencia anglosajona <sup>(16)</sup>. En particular, y por lo que respecta a estos últimos aportes, se han convertido algunos de los criterios de admisión de pruebas periciales en descripciones de contenido y normas de valoración de tales pruebas. De este modo, se potencia la capacidad del juzgador para identificar las premisas utilizadas por el perito y las inferencias que realiza sobre la base de aquéllas, pues el experto ha de explicitarlas en su dictamen y las partes pueden denunciar su ausencia denunciando la infracción legal y, con ello, reforzar la capacidad del juez para emitir un juicio crítico sobre la pericia, gracias a las virtualidades epistémicas del debate contradictorio, mejor definido en el Alecrim que en la [Lecrim \(LA LEY 1/1882\)](#), debate que pivotará sobre la fiabilidad de los procedimientos y técnicas utilizados por el perito por establecerlo la propia ley.

El artículo Alecrim 487 lo explicita en su párrafo segundo al señalar: «*La observancia de la regulación contenida en esta ley sobre la realización del informe pericial será valorada por el tribunal a los efectos de determinar su fiabilidad*».

#### **b) La posición del juez ante la prueba pericial**

No es infrecuente encontrar en nuestra cultura judicial planteamientos que objetan la capacidad del juzgador para controlar y evaluar la fiabilidad de la pericia. Según el

razonamiento al uso, si la prueba pericial tiene por objeto proporcionar al juez los conocimientos expertos de los que carece, éste no se encontraría en condiciones de valorar la corrección de tales conocimientos.

Tal planteamiento, llevado a sus últimas consecuencias, desemboca en la usurpación del rol del juez por el perito, usurpación que la propia doctrina jurisprudencial de la Sala II rechaza. La aproximación al problema no puede provenir del campo del conocimiento del que es experto el perito, sino desde el ámbito de la epistemología. Para valorar si una pericia es o no fiable, por basarse «*en técnicas y procedimientos fiables y suficientemente contrastados*» (artículo 487 Alecrim) o por haberse aplicado dichas técnicas o procedimientos de forma fiable a los hechos sobre los que versa la pericia (artículo 638 Alecrim) no es necesario dominar la rama del conocimiento de que se trate. El juez no formula un juicio científico, artístico, técnico o práctico. Tal juicio lo formula el perito. El juez valora si el perito basa sus conclusiones en criterios respetuosos con los estándares de racionalidad epistémica y si los aplica de manera coherente con los datos existentes en el proceso<sup>(17)</sup>. Y dicho control puede venir facilitado por una normativa que identifique los criterios a tomar en consideración o ítems a evaluar, que permita clarificar los verdaderos puntos de desacuerdo de las informaciones periciales (artículo 637 Alecrim), que faculte al juez para resolver determinadas dudas acudiendo a instituciones acreditadas de carácter científico o académico (artículo 638 Alecrim), y que someta todo el *iter* de la prueba al tamiz del contradictorio.

Ello no obsta a que desde el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia se impulsen iniciativas, en línea con las de los países más avanzados de nuestro entorno cultural, que persigan la formación de los operadores jurídicos así como la elaboración de manuales de contenidos mínimos, realizados por especialistas de reputado prestigio en cada ámbito, sobre las distintas áreas del conocimiento relacionadas con las ciencias forenses o aquéllas de mayor utilización en la práctica judicial. Un magnífico ejemplo lo constituye el «Reference Manual on Scientific Evidence», elaborado por el «Federal Judicial Center» en EEUU en 1994, que ha alcanzado su tercera edición, destinado a los jueces para servirles de ayuda para comprender el método y el razonamiento científico en cada área, y que compila conocimientos básicos sobre epistemología de la ciencia, identificación forense, ADN, estadística, toxicología, epidemiología y neurociencia. En esta línea, es prometedora la reciente publicación por el Ministerio de Justicia de la «Guía para el uso forense del ADN».

## **II. Reglas generales sobre la prueba pericial**

## 1. Objeto de la pericia

### A) Los conocimientos expertos

El artículo 473 Alecrim regula los supuestos en los que podrá acordarse la realización de un informe pericial: cuando para conocer o apreciar algún hecho relevante para la causa sean necesarios conocimientos expertos. Como puede advertirse, la redacción del [artículo 456 Lecrim 1882 \(LA LEY 1/1882\)](#) se ha actualizado. Por una parte, a los conocimientos «científicos o artísticos» se añaden los «técnicos o prácticos». El Alecrim se hace así eco tanto de la redacción contenida en el Anteproyecto de Ley para un nuevo proceso penal, que pasó a integrar la Propuesta de texto articulado de [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LA LEY 1/1882\)](#) de 2013 (en lo sucesivo, Plecrim). Pero las novedades más relevantes, sin duda, son la introducción de dos reglas que permiten delimitar los espacios del perito y los del juzgador, por un lado, así como la potenciación de la configuración contradictoria del objeto de la pericia, por otro.

### B) Los espacios del juez y del perito

Respecto de la primera cuestión, y conforme a la primera regla (artículo 473.2. párrafo segundo Alecrim): «*el perito proporcionará la información necesaria para fundamentar las conclusiones sobre los hechos objeto de examen*». A través de la regla se evidencia la necesidad de que el perito no sólo proporcione la conclusión de su dictamen, sino que incorpore todos los elementos, empíricos y argumentativos, que permiten alcanzarla. Solo de este modo se hará posible el juicio crítico sobre la corrección de la conclusión.

Además, esa primera regla se completa con una segunda: «*En todo caso, se abstendrá de incluir en su dictamen juicios de responsabilidad sobre los hechos o personas encausadas*». El papel de perito es auxiliar. No sustituye al juez. No puede pronunciarse sobre la responsabilidad penal. Un perito puede aportar un dato de prueba o una inferencia con la que se pretende enlazar la prueba con la hipótesis a probar. Así, puede suministrar un hecho (v.gr. el ADN de la persona investigada) o una inferencia (v.gr. la ley científica o máxima de la experiencia que explica la relación entre dos fenómenos, como la ingesta de alcohol y los efectos sobre el comportamiento humano)<sup>(18)</sup>. Lo que le está vedado expresamente es emitir conclusiones sobre la verdad o falsedad de las hipótesis en liza, acusatoria o defensiva, o el mayor o menor grado de probabilidad de una u otra.

Un ejemplo de mala *praxis*, que la regulación proyectada pretende corregir, lo encontramos en las pericias psiquiátricas sobre imputabilidad. Es relativamente frecuente la existencia de pericias que directamente se pronuncian sobre la imputabilidad del sujeto, afirmando su presencia o su exclusión más o menos plena. Del mismo modo, y en

correspondencia con dicho fenómeno, es relativamente frecuente la existencia de resoluciones judiciales que hacen depender la apreciación de causas de inimputabilidad de la existencia o inexistencia de tales informes. La propuesta de regulación traduce normativamente la división del trabajo o el reparto de funciones entre el perito psiquiatra y el juez. Así, compete al perito identificar la anomalía o alteración psíquica que padecía el sujeto en el período en el que cometió el hecho, la posible influencia de su situación psíquica en la motivación de su conducta y su situación actual y pronóstico de futuro, por si han de imponerse medidas de seguridad (la determinación del presupuesto biológico es clínica). Pero será función exclusiva del juez determinar si fruto de la anomalía o alteración diagnosticados el sujeto vio afectadas sus facultades intelectivas y volitivas y en qué grado, con la finalidad de apreciar la correspondiente eximente completa, incompleta o atenuante (la determinación de la consecuencia psicológica es judicial o normativa). No debe olvidarse, en este sentido, que, en el derecho penal del hecho, lo sancionable es la acción típica, antijurídica, culpable y punible. La culpabilidad es así, esencialmente y de forma preeminente, una cualidad de la acción por más que se refiera al sujeto, por lo que su verificación es estrictamente jurisdiccional<sup>(19)</sup>.

En coherencia con este régimen, en el ámbito más específico de la prueba pericial de ADN el Alecrim también contiene una regla prohibitiva en el artículo 399: «*En ningún caso incluirá afirmaciones sobre la culpabilidad o inocencia de la persona investigada o sobre cualquier otro aspecto distinto a la metodología y resultado del análisis practicado*».

### **C) La conformación contradictoria del objeto de la pericia**

Una de las principales preocupaciones normativas para potenciar los rendimientos probatorios de las pruebas periciales debe ser, sin duda, la correcta configuración de su objeto. El sistema de la [Lecrim \(LA LEY 1/1882\)](#) no acabó de cuajar, pese a que una adecuada interpretación de la normativa podría haber resuelto algunos problemas. Pero es sabido que las nuevas leyes suelen ser aplicadas con los prejuicios interpretativos propios de la cultura jurídica vigente<sup>(20)</sup>. Cuatro décadas después de la entrada en vigor de la [CE \(LA LEY 2500/1978\)](#) se hacía precisa una modificación normativa expresa para dar solución a un problema concreto que provocaba graves distorsiones a fin de erradicar definitivamente eventuales subsistencias aplicativas inquisitivas.

La [Lecrim \(LA LEY 1/1882\)](#), al regular la proposición de pruebas, no impone a las partes la carga de explicitar su relevancia. Ni el artículo 656 ni el 781 contienen indicación alguna al respecto. La omisión normativa podría haberse corregido jurisprudencialmente exigiéndoles que expusieran las razones justificativas de la concreta propuesta probatoria

y su conexión con el objeto del proceso pues, de otro modo, difícilmente podía el tribunal realizar un juicio imparcial de admisión de prueba. Sin embargo, ello no ha llegado a ocurrir, lo que demuestra dos cosas: que el tribunal tomaba contacto con la totalidad del expediente investigativo y profundizaba en él antes de tomar la decisión, lo que le contaminaba, y que el resto de sujetos institucionales que intervienen en el proceso partían de tal presupuesto y lo daban por sentado. Y, siendo así, si la instrucción y el juicio oral constituían un continuo, escaso sentido tenía diferenciar la diligencia de investigación de la prueba plenaria. Y, por lo que nos atañe, la pericia realizada en fase de instrucción se incorporaba por aluvión, junto con el resto de documentación heterogénea que constituía el sumario, a la prueba plenaria.

El Alecrim cambia tal régimen. Por una parte, los artículos 629 y ss, regulan los particulares del expediente investigativo que se pueden testimoniar para integrar el expediente del juicio oral, entre los que no pueden comprenderse las exposiciones orales de peritos realizadas en el procedimiento de investigación o aportadas a este, salvo en los supuestos en los que se haya asegurado anticipadamente la fuente de prueba. Se produce así una cesura entre el momento investigativo y el del juicio oral mediante el sencillo procedimiento de diferenciar entre el expediente de la investigación y el del juicio, en línea con el camino abierto por la [Ley Orgánica del Tribunal del Jurado \(LA LEY 1942/1995\)](#). Será el letrado de la Administración de Justicia, bajo el control último del juez de la Audiencia Preliminar, el encargado de remitir el testimonio de los particulares legalmente permitidos que le hayan sido solicitado por las partes, con el que se iniciará el expediente del juicio oral. Por otro lado, los artículos 606 (proposición de prueba de la acusación) y 612 (proposición de prueba de la defensa) exigen que toda propuesta de prueba incluya la justificación de su pertinencia y utilidad.

Con ello quedan claramente diferenciados el marco de la investigación y el del enjuiciamiento, lo que repercute en el del objeto de la prueba pericial: durante la investigación pudo realizarse una pericia cuando se exploraban diversas hipótesis. Concluida la investigación y seleccionada la hipótesis a verificar en juicio, cabe que la pericia previamente practicada ya no sea, en todo o en parte, relevante, lo que deberá llevar a su exclusión del cuadro de prueba. Será la parte interesada en su utilización quien tenga la carga de justificar por qué no ha de ser excluida y el tribunal podrá acordar, a los efectos de proveerse de elementos de convicción para tomar la decisión sobre la admisión, que se celebre una vista, conforme al artículo 635.

Por último, tal y como veremos más adelante, en la fase investigativa se establecen suficientes cautelas para encontrar puntos de equilibrio entre la eficacia de la investigación

y la contradicción defensiva, contradicción que está plenamente garantizada en juicio oral, previéndose mecanismos para que un empleo estratégico de la contradicción no dé lugar a una distorsión de las informaciones que proporcionan las pericias cuando hay varias de distinto signo.

## 2. Sujetos de la pericia

Con arreglo al artículo 474, tienen la consideración de peritos: «a) *Aquellos que posean el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen.* b) *Los que por tratarse de materias no comprendidas en títulos oficiales puedan acreditar de otro modo conocimientos o prácticas acerca del objeto de la pericia*». Se ha optado por suprimir la preferencia de los «peritos titulares» frente a los «no titulares» ([artículo 458 Lecrim 1882 \(LA LEY 1/1882\)](#)), lo que permitirá erradicar un vicio en el razonamiento probatorio: resolver las contradicciones entre las periciales priorizando las realizadas por los primeros frente a los segundos, pues la especialización y experticia de los peritos no se mide únicamente a través de las titulaciones que tengan. Como señala la doctrina<sup>(21)</sup>, y la práctica enseña, tan relevante o más que tales titulaciones es la experiencia acumulada en el ámbito de referencia, lo que podrá verificarse mediante la acreditación del número actividades desempeñadas, el tiempo de desempeño o el número de participaciones en casos como los que son materia de la prueba, etc. A tal efecto, el artículo 482 establece la necesidad de que en el dictamen se haga constar la titulación y experiencia profesional del perito.

Pero también han de hacerse constar la titulación y experiencia de todas las personas que hayan participado en la realización de la pericia. Y es que, en los supuestos de dictámenes complejos, en los que intervienen varios profesionales, será igualmente necesario que en el informe se especifique la concreta intervención de cada uno, así como si las operaciones que llevó a cabo las realizó bajo la supervisión de otra persona. En suma, en los casos de trabajo colectivo, ha de identificarse la concreta intervención de cada experto, para facilitar la identificación del origen o fuente de cada información probatoria y posibilitar un debate satisfactorio sobre la corrección de tal información.

Desde el punto de vista de los sujetos, la prueba pericial científica presenta particularidades, a las que nos referiremos más adelante. Hay, sin embargo, otras dos novedades específicas que conviene consignar aquí. Por un lado, en el ámbito de las pruebas periciales forenses se incluye una regla especial: con arreglo al artículo 488.3 «*Los dictámenes periciales sobre capacidad procesal e imputabilidad serán realizados por médicos forenses especialistas en psiquiatría*». Además, el artículo 486.2 señala que «*Las*

*exploraciones y los dictámenes sobre el testimonio de un menor se realizarán siempre por expertos en psicología del testimonio con experiencia acreditada en la realización de esta pericia».*

Foucault advirtió tempranamente<sup>(22)</sup> de que determinados medios de prueba, como los informes de expertos, especialmente de aquellos dependientes del Estado<sup>(23)</sup>, en la medida en que su estatus de tales les confería a los que los realizaban un aura de objetividad y científicidad, venían a gozar de un especial privilegio probatorio en la práctica. Sin ser pruebas legales se convertían en una suerte de enunciados judiciales con valor de verdad por razón de la persona que los emitía. La propuesta regulativa general, al identificar con claridad los ítems relevantes a valorar en esta clase de pruebas pretende eliminar este vestigio inquisitivo. Pero, además, ha de desterrar otra situación llamativa que se mantiene hoy día: que profesionales que ejercen sus funciones de asistencia técnica a órganos judiciales y fiscalías, emitan dictámenes psiquiátricos sin ser especialistas en esta rama médica. Igualmente llamativo es el hecho de que en el razonamiento probatorio de los tribunales suela otorgarse mayor fiabilidad a los informes de médicos forenses no especialistas en psiquiatría frente a otros expertos psiquiatras con el argumento de su mayor imparcialidad, como si el hecho de ser funcionario público o actuar bajo la dependencia orgánica de los institutos de medicina legal sirviera para suplir la falta de conocimientos especializados. Tal modo de argumentar denota una especial deferencia hacia quien la Administración vinculada con la persecución penal afirma que dispone de capacidad para emitir tales dictámenes, aun siendo dudoso que tal capacidad esté presente.

En la misma línea, el auxilio de expertos para la toma de determinadas declaraciones, así como para la realización de informes psicológicos sobre los testimonios debe provenir de personas especialistas y experimentadas en psicología del testimonio, no bastando la condición de psicólogo clínico o incluso de psicólogo jurídico, pues estos últimos pueden dedicarse a otras áreas de la psicología como la penitenciaria o la criminal.

### **3. Procedimiento**

#### **A) En la investigación**

Conforme al artículo 475 Alecrim 2020, el fiscal designará los peritos que estime oportuno para que emitan el dictamen correspondiente sobre los extremos que sean sometidos a su consideración. La designación se hará entre el personal técnico adscrito a la Fiscalía, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las administraciones públicas. En cualquier caso, es exigible, conforme a lo ya señalado con

anterioridad, que los peritos dispongan de la titulación y experiencia necesarios y convenientes para la práctica de la pericia.

El artículo 476 regula el llamamiento, aceptación y juramento de estos peritos, y los artículos 477 y 478 los mecanismos de abstención y recusación. Destaca la causa de abstención y recusación contemplada en el número 2.9ª del artículo 477 («*Haber intervenido en el procedimiento previo, en vía administrativa, por los mismos hechos, sin perjuicio de que al prestar testimonio pueda incorporar los conocimientos técnicos, artísticos o prácticos que tenga sobre los mismos*»), que aborda una polémica doctrinal y jurisprudencial conocida, siguiendo líneas mayoritarias: los técnicos de la Agencia Estatal Tributaria o de otros organismos que hayan intervenido en el procedimiento administrativo previo participan en el proceso penal como testigos, no pueden hacerlo como peritos. Ahora bien, sin perjuicio de ello, pueden aportar los conocimientos expertos propios de su ámbito. Por tanto, en su caso, la misma fuente probatoria podrá aportar informaciones testificales y también periciales, debiendo distinguirse entre unas y otras.

Por lo que respecta al objeto del dictamen, en el arranque de la investigación corresponde al fiscal su determinación. Del mismo modo, habrá de identificar los instrumentos, efectos y muestras que han de entregarse al perito, y señalar el plazo en el cual éste habrá de aportar su informe por escrito. Si hubiera cuerpo del delito, la policía conservará los objetos intervenidos y lo comunicará al fiscal, quien puede ordenar su remisión directa a las personas u organismos colaboradores que hayan de realizar la pericia. Los peritos intentarán evitar alteraciones en el objeto de la pericia que no sean estrictamente necesarias para la emisión del informe. No obstante, si hubiera que destruir o alterar los objetos de reconocimiento, se conservará, siempre que sea posible, una muestra que permita realizar un nuevo examen.

La defensa, conforme al art. 480, puede proponer que el perito designado por el fiscal puede extender el dictamen a otros puntos o aportar otros instrumentos o efectos para su análisis conjunto. Igualmente, puede proponer un perito propio para que concurra al acto del reconocimiento pericial si la naturaleza y objeto de la pericia lo permiten. Además, conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 563 puede aportar las pericias que estime convenientes o proponer la práctica de pericias al fiscal. Si éste deniega su práctica, lo que sólo podrá hacer cuando sea irrelevante, la defensa podrá reproducir su petición ante el Juez de la Audiencia Preliminar. De esta forma, se alcanza un punto de equilibrio óptimo entre la contradicción defensiva y la celeridad y eficacia en la investigación.

### **B) *Proposición de prueba: identificación de la relevancia***

Tal y como vimos en 3.3, del examen conjunto de los artículos 606, 612, 629, 630, 634 y 635, se desprende:

- **a)** La prohibición de que accedan al expediente del juicio oral, por simple, arrastre, los informes periciales realizados durante la fase investigativa, así como, en cualquier caso, las exposiciones orales de los peritos, salvo en los casos en los que se haya activado el incidente de aseguramiento de la fuente de prueba (artículos 591 y ss)
- **b)** La necesidad de que en los escritos de conclusiones no sólo se propongan los medios de prueba, sino que, además, se identifiquen y expliciten su necesidad y relevancia en relación con el objeto del proceso.
- **c)** La posibilidad de que ello de lugar a la celebración de una vista. En dicha vista a la que serán convocados el Ministerio Fiscal, los abogados de las partes y las personas acusadas, las partes informarán en defensa de sus respectivas pretensiones probatorias y el tribunal podrá solicitar las aclaraciones que considere necesarias acerca de la pertinencia o utilidad de la prueba y sobre la ordenación de su práctica en el juicio. Se trata de un cauce de gran valor, especialmente en los supuestos de prueba compleja, que puede servir para depurar prueba innecesaria y reordenar el resto de forma dialógica, pues la oralidad permite una relación más fluida entre las partes y el tribunal que puede contribuir a delimitar mejor el objeto real de los peritajes. Merece especial mención otra novedad a la que me referiré a continuación.

### ***C) Gestionando la discordia en la fase de admisión de prueba: el hot tubbing***

Los desacuerdos entre los peritos son frecuentes en el ámbito del proceso penal. Como pone de relieve Carmen Vázquez<sup>(24)</sup>, las divergencias pueden ser reales, por ejemplo, por haberse empleado diferentes métodos igualmente aplicables para lograr un mismo objetivo, o por realizar inferencias distintas a partir de los mismos datos. Pero también suelen darse desacuerdos aparentes, porque alguno de los expertos ha utilizado información diferente a la utilizada por el otro perito o por otras razones. En consecuencia, uno de los primeros objetivos a lograr es el de identificar si se está frente a un desacuerdo verdadero o ante un desacuerdo aparente. A tal efecto, en el derecho comparado se opta por distintas soluciones. Una de ellas es nombrar un perito tercero en discordia, como contempla la regulación vigente en el [artículo 484 Lecrim. \(LA LEY 1/1882\)](#) Sin embargo, como pone de relieve la autora, ese sistema ha dado lugar a que los jueces tiendan a resolver el dilema asumiendo como correcto lo que afirma la mayoría con un argumento meramente cuantitativo o numérico.

En la propuesta regulativa se ha optado por recurrir a otro modelo, de raíz anglosajona, de resultados más satisfactorios: el llamado «hot-tub», que consiste en solicitar de los peritos que procedan a delimitar y aclarar los desacuerdos entre ellos. Así, bajo la rúbrica «*Especialidades en los casos de pruebas periciales divergentes y convergentes*», el

artículo 638 regula en fase de admisión de prueba el supuesto en que varios informes periciales llegase a distintas conclusiones sobre una misma cuestión. En tal caso, el juez podrá requerir a los peritos en discordia para que, con antelación suficiente a la práctica de sus declaraciones, presenten un informe conjunto en el que identifiquen: a) Los extremos en los que estuviesen de acuerdo; b) Los puntos de divergencia, justificando sus razones; c) El modo, de haberlo, en que podrían resolverse las divergencias; y, d) Cualesquiera otras cuestiones que puedan facilitar el conocimiento del juez sobre los hechos o circunstancias objeto de las pericias. Dicho informe deberá firmarse por todos los peritos, y, si alguno de ellos modifica sustancialmente su dictamen original, el informe incluirá un anexo en el que el perito explicará las razones del cambio de opinión. En estos casos, en el acto de la vista los peritos serían examinados conjuntamente.

De este modo, se reducirá la tentación a proponer pericias con el solo objeto de desorientar y confundir al juzgador, se optimizará el aprovechamiento del caudal de conocimientos que pueden brindar los expertos, y se facilitará notablemente la valoración probatoria que ha de realizar quien enjuicia, pues, v.gr, si los expertos parten de modelos teóricos diferentes o han seguido métodos diversos o aplicados distintas técnicas, tales divergencias aflorarán y podrán ser racionalmente evaluadas.

Además, se introduce una regla adicional para agilizar el enjuiciamiento: así, si los informes periciales propuestos llegasen a idénticas conclusiones sobre una misma cuestión, el juez podrá, a petición de las partes, prescindir en juicio de la práctica de la prueba pericial.

#### **D) *En el juicio oral***

La regulación de la prueba pericial en el juicio oral se contiene en los artículos 676 y ss Alecrim. Los aspectos más relevantes de la propuesta son los siguientes:

- **a)** Interrogatorio de las partes. Las partes podrán formular al perito preguntas y aclaraciones sobre el método, las conclusiones y cualesquiera otros aspectos relevantes del dictamen efectuado. También podrán solicitar una explicación más comprensible o detallada del dictamen emitido en alguno de sus puntos, con referencia concreta a la cuestión que no consideren suficientemente esclarecida.
- **b)** Consulta del expediente y notas. Los peritos podrán ser autorizados para consultar el testimonio del expediente del juicio oral en que se documente el informe previamente emitido. También podrán consultar documentos, notas escritas o publicaciones o servirse de instrumentos técnicos que sean útiles para la mejor exposición de su pericia. Estos elementos auxiliares podrán ser recabados del tribunal, si no están a disposición del perito.
- **c)** Examen conjunto. Los peritos podrán ser examinados conjuntamente cuando hayan de declarar sobre unos mismos hechos, contestando las preguntas que las partes les

formulen, que podrán referirse a su propio dictamen o al emitido por cualquiera de los declarantes. Parece claro, en esta línea, que la declaración por separado de los peritos, al modo de la prueba testifical, no permite obtener el mismo grado de información que la conjunta. En cierto modo, dificulta, más que facilita, la gestión de los desacuerdos entre los peritos.

- **d) Preguntas del Tribunal.** Concluido el interrogatorio de las partes, el presidente, por sí o a petición de cualquiera de los miembros del tribunal, podrá formular preguntas adicionales a los peritos y requerir de ellos explicaciones ulteriores sobre el objeto del dictamen aportado.
- **e) Ampliación de la pericia.** En sintonía con un entendimiento de la prueba pericial como prueba auxiliar que proporciona al juzgador conocimientos expertos de los que carece, debe reconocerse a éste cierta iniciativa probatoria que, con prudencia y equilibrio <sup>(25)</sup>, sin usurpar papeles acusatorios que no le corresponden, le permita comprender el significado de lo que los peritos transmiten o pretenden transmitir. Con claridad lo afirma Javier Hernández: *«El juez no puede mostrarse pasivo cuando, por ejemplo, no alcanza a entender las conclusiones o las bases metodológicas de las mismas»*, sino que *«en estos casos la intervención aclaratoria del juez deviene obligada»* <sup>(26)</sup>.

A tal efecto, se contempla la posibilidad de que el tribunal, cuando lo considere indispensable a la vista de las exposiciones realizadas, de oficio o a instancia de parte, acuerde la ampliación de los informes periciales realizados respecto de aquellos puntos que no hayan quedado suficientemente esclarecidos. En tal caso, los peritos que hayan de realizar la ampliación de los informes serán nuevamente citados en la fecha y hora señaladas para la exposición del informe ampliatorio, que deberá ser entregado por escrito al tribunal y a las partes con antelación suficiente.

#### **4. El contenido del informe**

El contenido del [artículo 478 de la Lecrim de 1882 \(LA LEY 1/1882\)](#) se ha modernizado. El precepto cuya reforma se postula responde a una concepción de la pericia superada por los avances científicos y filosóficos. No cabe duda de que no resulta fácil agrupar bajo una misma regulación pericias correspondientes a campos de conocimiento, técnicas y metodologías muy diversos. No es lo mismo un informe pericial contable, que un informe psiquiátrico o un dictamen de ADN. Sin embargo, se he realizado un esfuerzo en la enunciación normativa por abstraer los elementos comunes, con la finalidad añadida de que el desarrollo del conocimiento humano no dejara pronto obsoleta la regulación. En síntesis, el informe pericial, que ha de confeccionarse por escrito, además de identificar a los sujetos tal y como hemos visto con anterioridad, debe incluir los siguientes elementos (artículo 482 Alecrim):

- **a)** *«Su concreto objeto»*. Esto es, como ya se ha dicho, si se proyecta sobre un hecho o sobre una inferencia. Dicho objeto, tal y como también hemos visto, no podrá ser la verdad o falsedad de la hipótesis acusatoria.
- **b)** *«La identificación detallada de todos los datos e informaciones tomados en consideración para elaborar el dictamen»*, lo que permitirá evaluar la exhaustividad del informe. En suma, deben incluirse los datos suministrados al perito, los aportados por el propio perito y los tomados finalmente en consideración en el dictamen. Con ello, se trata de determinar las fuentes de información de las que verdaderamente se ha nutrido el experto, lo que permite conocer qué selección ha realizado, cuáles han sido las inclusiones y exclusiones, y posibilita la prevención de sesgos en la confección del informe y hallazgo de conclusiones.
- **c)** *«La descripción de los procedimientos y técnicas utilizados en la realización de la pericia, así como la de los fundamentos en que se basan»*. El informe debe exponer detalladamente los procedimientos y las técnicas mediante los cuales el experto ha llegado a sus conclusiones. De este modo, se podrá verificar si se ajustan a los conocimientos contrastados entre los técnicos pertenecientes al ámbito de referencia. Igualmente, en los casos en los que el perito tiene a su alcance varias técnicas, al proporcionar tal información podrán someterse a contradicción las razones por las que ha utilizado una de esas técnicas frente a otras.
- **d)** *«Las publicaciones especializadas que avalen los procedimientos y técnicas empleados y los fundamentos en que se basan»*. La evaluación realizada por pares, necesaria, para la publicación de trabajos escritos en editoriales y revistas académicas de prestigio constituye un elemento que puede contribuir a identificar el grado de consenso que el procedimiento o técnica suscitan y, por tanto, puede contribuir a calibrar su potencialidad probatoria. Este parámetro, extraído de las «Reglas Daubert»<sup>(27)</sup> no se erige, por tanto, en criterio de demarcación de la cientificidad del conocimiento, sino de su grado de aceptación por la comunidad de referencia.
- **e)** *«Las conclusiones que se formulen, que habrán de expresarse de forma clara y comprensible»*. Como hemos visto, al perito no le corresponde emitir una opinión sobre las hipótesis acusatoria y defensiva, sino sólo interpretar los datos resultantes de los análisis y operaciones que ha llevado a cabo de un modo riguroso, procurando que el juez entienda exactamente su significado y pueda valorarlos junto con el resto de pruebas disponibles.

Tales reglas se complementan con otras dos:

- **f)** *«El perito relacionará detalladamente los antecedentes que ha tomado en consideración para la realización del dictamen y, de ser necesario, los incluirá en un anexo documental»*. Con ello, se facilita el control de la integridad y fiabilidad del dictamen
- **g)** Conforme al artículo 479.4 *«el perito tendrá acceso al expediente de investigación sólo cuando el conocimiento de este fuera necesario para la elaboración del dictamen»*. Ahora bien, en tal caso, en el dictamen habrá de dejarse expresa constancia de los particulares examinados. Ello merece una explicación.

Como es sabido, quien se involucra intensamente en la investigación no está en condiciones de tomar decisiones ecuanímes respecto de la misma. Se habla de «sesgo del investigador» para aludir al marco en el que realiza su trabajo, y señalar que, comoquiera que quien investiga tiene necesariamente que partir de una hipótesis de trabajo, no es extraño que acabe incorporando a la investigación todo aquello que confirma la hipótesis y desechando o minusvalorando, siquiera inconscientemente, lo que la descarta. En aquellos casos, además, en los que el investigador forma parte de los cuerpos policiales, es inevitable que pesen sobre el mismo consideraciones securitarias y de prevención del delito, con lo que implica de sobrevaloración de hipotéticos riesgos. Mediante esta regla se trata de potenciar la imparcialidad objetiva de los peritos, lo que, de hecho, ya viene ocurriendo en los laboratorios de Policía Científica.

Uno de los grandes aciertos del diseño organizativo de las policías modernas es, precisamente, la creación de departamentos o áreas en los laboratorios de criminalística separados de las unidades de investigación. Esa separación garantiza la imparcialidad, la neutralidad del técnico que obtiene y ofrece la información y que su competencia científica (o competencia técnica para obtener y ofrecer información científica) no se vea afectada por la competencia operativa (competencia relacionada con el desempeño eficaz del trabajo policial). Ahora bien, en la medida en que habrá ocasiones en las que sea indispensable, necesario o conveniente el examen del expediente investigativo, habrá de dejarse constancia de los particulares a los que el experto accede, lo que permitirá identificar el grado en que se ha nutrido de informaciones provenientes de fuentes investigativas y calibrar eventuales sesgos y desviaciones.

Como vemos, la incorporación de estos indicadores de contenido y su necesaria toma en consideración para evaluar la fiabilidad de la pericia persigue potenciar el cambio de cultura en el razonamiento probatorio que ya se advierte en la doctrina jurisprudencial más avanzada.

## **5. El control epistémico del juez: algunos ítems a valorar**

De lo dicho hasta ahora se patentiza el ineludible desplazamiento del foco de atención en la valoración de las pruebas periciales, en correspondencia con el tipo de juicio reservado al juzgador quien, tal y como se señaló con anterioridad, no formula un juicio científico, artístico, técnico o práctico. Por el contrario, le compete evaluar si el perito basa sus conclusiones en criterios respetuosos con los estándares de racionalidad epistémica y si los aplica de manera coherente con los datos existentes en el proceso. Por tanto, su

análisis podrá proyectarse, entre otros, en aspectos de contenido tales como los siguientes:

- **a)** La integridad, cantidad y calidad de los datos en los que se base y la validez de su método de obtención.
- **b)** En el caso de que el dictamen lleve a cabo una inferencia partir de los datos, si explica adecuadamente la corrección de la inferencia.
- **c)** En el caso de que el dictamen se base en los resultados de un concreto método o técnica, si toma en consideración cuestiones tales como el grado de precisión o margen de incertidumbre que pudieran afectar a la fiabilidad de los resultados.
- **d)** Si los resultados del método o técnica empleados han sido revisados por otros expertos, con experiencia relevante, en medios que garanticen su rigor.
- **e)** Si el dictamen se basa en elementos de juicio que quedan fuera del campo de especialización del experto.
- **f)** Si existe diversidad de opiniones entre los expertos sobre la cuestión y, en caso positivo, las razones concretas por las que el perito se decantó por una de ellas; o,
- **g)** Si los métodos empleados por el perito siguieron la práctica establecida en el ámbito del conocimiento o técnica de que se trate.

Tales indicadores orientarán al juzgador a la hora de decidir si el dictamen carece o no de fiabilidad. La respuesta podrá ser negativa cuando se base:

- **a)** En una hipótesis que no haya sido sometida a contraste suficiente, experimental o de otra clase o cuando la hipótesis no haya superado dicho contraste;
- **b)** En premisas no justificadas;
- **c)** En datos defectuosos o erróneos;
- **d)** En un examen, técnica, método o proceso que no haya sido adecuadamente aplicado o cuyo uso no era apropiado para el caso en cuestión;
- **e)** O en una inferencia o conclusión que no se sustente en las premisas.

### **III. Reglas especiales**

#### **1. La prueba pericial científica**

##### ***A) El problema de la demarcación desde el punto de vista normativo***

El problema filosófico de la demarcación entre la ciencia y el conocimiento no científico es inabordable en una regulación normativa. Cualquier intento estaría destinado al fracaso. Efectivamente, no existen criterios semánticos o epistémicos sustantivos unívocos que permitan delimitar de una vez por todas el espacio de la ciencia del espacio de la no-

ciencia, pero tampoco indicadores procedimentales generales, pues no hay un solo método científico<sup>(28)</sup>, ya que el método está en buena parte condicionado por el concreto objeto de conocimiento. La regulación no puede buscar una pureza conceptual imposible de alcanzar ni descender al detalle propio de una normativa infrarreglamentaria que, además, habría de actualizarse continuamente. Intentar definir normativamente la ciencia sería tanto como intentar traducir en otra fórmula lingüística el sintagma «*más allá de toda duda razonable*». Dershowitz atribuye a Talleyrand una frase que cobra todo el sentido aquí: «...if we on explaining, we shall cease to understand one another» (si seguimos adelante con las explicaciones dejaremos de entendernos)<sup>(29)</sup>.

Lo que, sin embargo, puede hacer el legislador es partir de una noción de ciencia instrumentalmente útil para el proceso y, por tanto, concebirla en sentido material o empírico, como conocimiento racional, sistemático, probabilístico, reproducible, refutable y verificable. Como sistema de ideas provisionalmente establecido bajo tales parámetros y como actividad destinada a la producción de nuevas ideas mediante la investigación.

El conocimiento científico, desde esta perspectiva, se singularizaría por ser racional, en tanto que basado en conceptos y juicios y no en percepciones o sensaciones, organizados en teorías o conjuntos sistemáticos de proposiciones, así como por ser objetivo o independiente del punto de vista del sujeto que emite el enunciado. La pretensión de racionalidad y objetividad del conocimiento determinarían la observancia de métodos específicos de planteamiento de problemas y puesta a prueba de hipótesis, en función de su objeto (v.gr. la investigación química y la psiquiátrica no comparten idénticos métodos), pero también de un método común fundado en la epistemología. De este modo puede establecerse una diferencia cualitativa con otros tipos de conocimiento, como el artístico, más condicionados por la experiencia, habilidad o imaginación para realizar inferencias no analíticas. Al mismo tiempo, no se produce un reduccionismo excluyente de conocimientos merecedores del calificativo de científicos, aunque no se encuentren directamente vinculados con las denominadas ciencias de la naturaleza. Pueden variar los objetos o el grado de desarrollo o confirmación, pero los objetivos, métodos y alcance presentan muchos rasgos comunes. En suma, aun cuando en sentido estricto no puede hablarse de ciencia como ámbito de conocimiento caracterizado por la existencia de un método o estructura común, lo relevante, a efectos procesales, es advertir que todas las ciencias presentan un cierto «aire de familia»<sup>(30)</sup> derivado de circunstancias tales como el recurso a las matemáticas en mayor o menor grado, la utilización de procedimientos estandarizados de prueba y refutación, la utilización de técnicas y el uso de prácticas experimentales, o su credibilidad cuasiuniversal.

Es evidente, entonces, que la mayor objetividad y racionalidad del conocimiento científico suponen su mayor fiabilidad *a priori*. Sin embargo, aquí radica también una fuente evidente de peligro: el riesgo de sobrevaloración de un informe pericial pretendidamente fundado en dicho tipo de conocimiento. Por ello, es imprescindible introducir reglas jurídicas que tiendan a garantizar dos cosas: a) la científicidad del conocimiento que se introduce en el proceso, lo que permitirá excluir conocimientos espurios que pretenden revestirse de científicos y que no dejan de ser paracientíficos o pseudocientíficos; y, b) que dicho conocimiento se ha aplicado adecuadamente al caso, para lo que habrán de identificarse cuáles las técnicas y metodologías empleadas y si se corresponden con las que son propias del ámbito de conocimiento de que se trate.

En cuanto a la cuestión relativa al grado de confirmación del conocimiento, es evidente que no son equivalentes los niveles que alcanzan los distintos tipos de conocimientos científicos, lo que también habrá de ser tomado en cuenta al atribuirles valor acreditativo. Por tanto, aun cuando un dictamen pericial basado en un estudio epidemiológico<sup>(31)</sup> se hubiera confeccionado siguiendo las «*técnicas y procedimientos fiables y suficientemente contrastados*» (artículo 487 Alecrim) propios de este ámbito del saber y se hubiera ajustado a las demás exigencias contenidas en el artículo 483 sus conclusiones, por contentarse con frecuencias estadísticas poco elevadas, podrían servir para elaborar programas de prevención de una determinada enfermedad, pero carecerían, por sí solas, de aptitud para imputar objetivamente un resultado (v.gr. la transmisión de la enfermedad COVID19 a una pluralidad de manifestantes), a una acción u omisión precedente (v.gr. permitir una manifestación multitudinaria en un espacio público) a efectos de imputar los correspondientes delitos de lesiones y homicidios. En cualquier caso, el riesgo de sobrevaloración del resultado se evita mediante la regla contenida en el apartado tercero del artículo 483 Alecrim («*El informe no reflejará conclusiones distintas de las que se deriven directamente de los resultados obtenidos mediante la aplicación del método científico en que se base la pericia*»).

### **B) El régimen de la prueba científica**

La regulación de la prueba pericial científica se integra por tres artículos: 483 a 485. El primer precepto regula los contenidos adicionales que ha de incorporar un informe pericial que aporta conocimientos científicos para acreditar o apreciar hechos relevantes para la causa. Así, además de los contenidos comunes, habrá de incorporar los siguientes:

- a) «*La acreditación del perito, la homologación del laboratorio conforme a la normativa de calidad correspondiente, así como los controles periódicos a los que se someten el laboratorio y la metodología empleada*». El hecho de que el perito haya sido acreditado por

la normativa de calidad correspondiente implica que un tercero independiente ha certificado el cumplimiento de un alto grado de preparación por parte del profesional en cuestión, lo que supone no sólo el reconocimiento formal de la cualificación y habilidades, sino la evaluación de la aptitud para aplicarlos en su desempeño profesional<sup>(32)</sup>. Del mismo modo, la exigencia de homologación del laboratorio científico constituye un mecanismo de control de la calidad científica y técnica de las pruebas y ensayos que en él se realicen. En este sentido, pueden citarse las normas de la Organización Internacional de Normalización o Estandarización (ISO), dedicada a la creación de normas o estándares para asegurar la calidad, seguridad y eficiencia de productos y servicio, UNE-EN ISO 21043-2019, aplicable a ciencias forenses, ISO 1724 de 2012, de acreditación del profesional conforme a la normativa de calidad e ISO 1725 de 2017, relativa a los requisitos generales de competencia de los laboratorios de ensayo y calibración.

En cuanto a los controles periódicos del laboratorio y metodología empleados, la certificación de su presencia suministrará información adicional que permitirá evaluar el mayor o menor grado de fiabilidad.

- **b)** *«La identificación clara y precisa del ámbito de conocimiento sobre el que se asientan las teorías, técnicas y metodología empleadas, así como su grado de aceptación por parte de la comunidad científica de referencia».* Eso es, el campo de conocimiento sobre el que se proyecta la pericia, su fundamento científico y el consenso que concita en la comunidad científica de referencia, lo que puede determinarse, v.gr, a través de las publicaciones en determinadas revistas.
- **c)** *«La descripción, en lenguaje comprensible, del método aplicado para la práctica de la pericia, así como de las evaluaciones e instrumentos existentes para la comprobación de su correcta realización».*
- **d)** *«En su caso, la ratio de error o grado de falibilidad de la técnica o método aplicados, así como de los instrumentos y aparatos empleados para su ejecución».*

Estos dos apartados se refieren al conjunto de prescripciones que se emplean para diseñar las observaciones y experimentos e interpretar sus resultados (método) y las herramientas o instrumentos que se emplean para realizar tales observaciones y experimentos (técnica). En ambos casos se incorporará información relativa a la existencia de evaluaciones o instrumentos para comprobar la corrección de su uso, y, de ser posible, la *ratio* de error o grado de falibilidad. En suma, la fiabilidad de los resultados de la prueba científica dependerá<sup>(33)</sup> de la validez científica y metodológica en que se apoye (esto es, el método científico empleado) y de la calidad técnico científica (v.gr. correcta realización en laboratorio y superación de los correspondientes controles de calidad), a lo que ha de unirse la calidad técnico-procedimental (v.gr. respeto de la cadena custodia, regulada en los artículos 444 y ss)

- **e)** *«Las conclusiones que se formulen, que deberán expresarse siempre que sea posible, en términos de probabilidad».* Esta letra del apartado 1 del artículo guarda relación con el

apartado 3. Según éste: *«El informe no reflejará conclusiones distintas de las que se deriven directamente de los resultados obtenidos mediante la aplicación del método científico en que se base la pericia. Cuando se trate de la atribución de muestras o vestigios a una determinada persona, las conclusiones se limitarán a establecer si existe o no correspondencia y no se expresarán en términos de culpabilidad o inocencia».*

Mediante la inclusión de estas reglas se pretende materializar otro cambio de paradigma. Se intenta operar lo que Marina Gascón<sup>(34)</sup> denomina tránsito del paradigma de la individualización al de la razón de verosimilitud. Según esta autora, la concepción clásica de la pericia se asienta en la premisa de la identidad, esto es, que es posible identificar un vestigio desconocido X con una fuente conocida Y con exclusión de todas las demás. Ello se refleja en la creencia de que podemos llegar a identificar plenamente a un sujeto o a un objeto a partir de vestigios. Tal paradigma se basa en la intuición, errónea, de que la infrecuencia equivale a unicidad. Sin embargo, los científicos hoy día afirman que los resultados de las pruebas no se pueden interpretar en términos de identificación de un vestigio con la fuente, sino en términos de razón de verosimilitud.

La autora citada ejemplifica el cambio de paradigma con el ejemplo de una prueba pericial de cotejo de voces de unas llamadas amenazantes. Un informe pericial nunca podría afirmar que ha sido capaz de identificar a una persona o un objeto a partir de los análisis llevados a cabo en el laboratorio sobre la base de las coincidencias encontradas entre la voz dubitada y la indubitada (v.gr. dadas las coincidencias encontradas, la voz dubitada tiene origen en la misma fuente que la indubitada). Pero el informe tampoco podría afirmar que puede atribuir el vestigio analizado a una persona o cosa con determinado grado de probabilidad (v.gr. debido a las coincidencias observadas, la voz dubitada tiene su origen en la misma fuente que la indubitada con un 80 % de probabilidad). El perito no puede decirnos qué probabilidad hay de que sean ciertas las hipótesis examinadas a la luz de los datos analíticos resultantes del análisis en el laboratorio. Lo que puede afirmar es qué probabilidad tienen los datos analíticos a la luz de las hipótesis investigadas (v.gr. es X veces más probable que se observen las coincidencias encontradas en el cotejo si el autor es el acusado que si no lo es). En suma, el perito expresará la fuerza del resultado de la prueba poniéndola en conexión con las hipótesis enfrentadas (Hipótesis A: la voz pertenece al sospechoso / Hipótesis B: la voz no pertenece al sospechoso), e interpretará el resultado de la prueba en el laboratorio (v.gr. hay coincidencias entre la voz dubitada y la indubitada), expresando si los datos apoyan y con qué fuerza una hipótesis frente a otra, enunciando sus resultados mediante una razón de verosimilitud (es X veces más probable que se observen los datos encontrados en el análisis si la voz pertenece al acusado que si no pertenece a él). La decisión sobre la hipótesis litigiosa (el acusado es autor del delito)

competen en exclusiva al juez, y ha de tomarla a la luz tanto de la información que suministra el experto como de la derivada del resto de pruebas disponibles.

### **C) Los dictámenes de los laboratorios homologados**

El artículo 484, por otra parte, regula una particularidad del régimen probatorio del dictamen pericial de los laboratorios homologados. Según el precepto, dichos dictámenes no precisarán de ratificación en juicio cuando no haya sido impugnado y así lo establezca el juez o tribunal al admitir la prueba. Por tanto, aun cuando su objeto no se proyecte, como ocurre hoy, sobre informes toxicológicos de drogas, la comparecencia de los peritos al acto de la vista no será necesaria salvo cuando el contenido del dictamen se haya impugnado de forma concreta y, en todo caso, cuando el juez lo considere conveniente para formar su convicción. Se trata, en suma, de evitar comparecencias rutinarias de los peritos que se limitan a ratificar sus informes sin que se planteen divergencias materiales de contenido preciso. En estos casos, la falta de presencia del perito se entiende compensada por la homologación del laboratorio conforme a la normativa de calidad correspondiente, así como por los controles periódicos a los que se someten el laboratorio y la metodología empleada.

### **D) Los informes consultivos**

Por último, el artículo 638 regula el denominado «*informe consultivo*». El precepto habilita al tribunal para que recabe informes de instituciones acreditadas de carácter científico o académico sobre la validez de la ciencia y metodología que sirve de apoyo a una pericia, y la correcta aplicación de las técnicas y procedimientos utilizados, cuando haya dudas relevantes sobre la fiabilidad de dicha pericia y tales informes resulten necesarios para tomar una decisión fundada sobre su admisibilidad. De este modo se sortean adecuadamente los problemas que pueden plantear los conocimientos noveles o no consolidados, que cada vez van adquiriendo mayor protagonismo.

Esta regla se conecta con la contenida en el artículo 636, en trámite de admisión de prueba («*Cuando la prueba propuesta sea pericial y se fundamente en conocimientos de carácter científico se tendrá en cuenta, a los efectos de su admisión, la regulación contenida en esta ley sobre la realización del informe pericial*»). En síntesis, se ha evitado establecer una regla cerrada de admisión de prueba basada en la falta de fiabilidad científica, a diferencia de lo que sucede en los ordenamientos de *common law*. No obstante, se han establecido diversos parámetros de fiabilidad de la prueba científica con la finalidad de que sirvan de criterios de evaluación de su virtualidad probatoria. Sólo en los casos en los casos de desajuste con la mayor parte de esos parámetros o, en su caso,

cuando se disponga de un informe consultivo negativo, los criterios de valoración jugarán como criterios de admisibilidad.

## **2. Los instrumentos de valoración del riesgo de violencia o reincidencia**

### **A) Origen y extensión de uso**

En la década de los años 20 del pasado siglo comenzaron a introducirse en los Estados Unidos de América instrumentos actuariales de predicción del riesgo de reincidencia en el ámbito penitenciario, vinculados, inicialmente, a la evaluación y gestión de la parole (libertad anticipada del penado)<sup>(35)</sup>. Se trataba, en su origen, de estudiar la reincidencia criminal con la finalidad de encontrar patrones conductuales mediante el análisis de indicadores de riesgo sobre la base de estudios estadísticos que pudieran ayudar a las autoridades administrativas y judiciales a tomar la decisión correspondiente. Desde entonces, su empleo se ha generalizado en el ámbito penitenciario para todo tipo de decisiones.

En España, ha sido también en el campo penitenciario en el que se ha producido un mayor desarrollo teórico y práctico de la actividad de evaluación del riesgo, esto es, de realización de predicciones o pronósticos sobre la conducta futura del penado. Se ha superado así el obsoleto concepto de peligrosidad penal, una noción estática que no tiene en cuenta la posibilidad de cambio, la evolución y la respuesta a los instrumentos del tratamiento, y se han incorporado los resultados de tales pronósticos a los informes y acuerdos que integran el funcionamiento cotidiano de los centros penitenciarios. De este modo, los órganos del tratamiento disponen de instrumentos técnicos, específicos para tipos delictivos concretos, en los que, introduciendo determinados datos extraídos de la observación y las entrevistas del interno, se obtiene un porcentaje numérico del riesgo de que un penado quebrante el cumplimiento de la pena tras el disfrute de un permiso de salida, o de que vuelva a cometer un delito violento o contra la libertad sexual. Con todo, y pese al avance que tales instrumentos han supuesto, por su mayor objetividad frente al simple juicio clínico, eminentemente subjetivo, muchos especialistas han alertado de la necesidad de valorar con cautela sus resultados<sup>(36)</sup>. Dicha cautela adquiere especial significado hoy día, pues el uso de los instrumentos de valoración del riesgo se está generalizando, extendiéndose a ámbitos distintos de los inicialmente contemplados. Así, en los Estados Unidos ya se emplean para tomar decisiones que afectan a la determinación de la clase de pena y su duración, y en nuestro país se están empleando para predecir el riesgo de violencia en ámbitos como la violencia de género, con la finalidad de adoptar medidas cautelares o de

protección<sup>(37)</sup>. No cabe, pues, descartar que en el futuro se plantee ampliar su uso a otros ámbitos, lo que hace imprescindible su abordaje legislativo.

## **B) La base estadística**

En primer lugar, ha de destacarse que la base de estos instrumentos es estadística, aun cuando haya elementos de corrección posterior. Se parte de la premisa de que la probabilidad de que acontezca un hecho futuro dependerá de la combinación de factores que determinaron su aparición en el pasado. Para identificar tales factores se somete a observación una muestra de población, cuyo comportamiento se escruta. Una vez identificadas las variables de riesgo, se les asigna un valor numérico, y se combinan con un algoritmo estadístico que permite atribuir una puntuación al sujeto. Dicha puntuación se compara con la escala de valoración que el instrumento contiene, y de ahí se obtiene una probabilidad de reincidencia o violencia que se adjudica al sujeto. Por tanto, la validez de la conclusión dependerá del modo en que se haya realizado el estudio estadístico correspondiente y de la corrección del razonamiento estadístico inferencial. Ello implica que hay que tomar conciencia de varias circunstancias que debieran ser hoy día del dominio común de los juristas dedicados a la justicia penal<sup>(38)</sup>:

- **a)** En primer lugar, todo juicio que extrapole para el individuo una probabilidad de riesgo detectada en un grupo es igualmente, y en todo caso, probabilístico, por lo que debe ponerse en conexión con los estándares exigibles en cada caso para la toma de cada tipo de decisión en el proceso.
- **b)** La superación del paradigma de la peligrosidad por el de la valoración del riesgo no debe hacernos olvidar que el objeto de la predicción no siempre se establece con precisión. Así, en ocasiones no está claro para el juez si el instrumento trata de predecir la comisión de un concreto tipo de delitos, o de todo tipo de delitos, o qué abarca el omnicomprendido término «violencia». Por otro lado, aunque frente a la dicotómica peligrosidad (o concurre o no concurre) el riesgo es modulable en grados, no resulta claro identificar qué significado jurídico cabe atribuir al riesgo bajo.
- **c)** Del mismo modo, ha de tomarse en consideración el factor tiempo: las predicciones se realizan para un período determinado, no serían legítimas ni técnicamente correctas si se hicieran sobre la base de la premisa de que el evento esperado pudiera acontecer en cualquier momento a lo largo de la vida del sujeto. Por lo tanto, los aciertos y errores del pronóstico han de vincularse con el tiempo de validez de la predicción.
- **d)** El riesgo puede expresarse a través de diversos indicadores, cada uno de los cuales mide una dimensión distinta. Cuáles sean los indicadores relevantes dependerá del contexto y del tipo de decisión que quiera adoptarse. En todo caso, ha de tenerse muy presente que no todos significan lo mismo, por lo que hay siempre un peligro cierto de que la información que proporcionan sea mal interpretada por el juez.

- **e)** Los instrumentos de valoración de riesgo deben contener la información técnica que permita evaluar su fiabilidad, pero también la que permita evaluar la utilidad de la información que suministran. Entre esa información se encuentran los indicadores de riesgo, cada uno de los cuales, como hemos dicho, mide dimensiones distintas. Simplificando mucho una materia compleja, cabe señalar lo siguiente:
  - **e1.—** La sensibilidad mide el grado de probabilidad de que una persona que haya cometido un hecho delictivo o violento de positivo en el instrumento de valoración que pretende detectar ese hecho delictivo o violento ya cometido.
  - **e2.—** La especificidad mide el grado de probabilidad de que una persona que no haya cometido un hecho delictivo o violento de negativo en el instrumento de valoración que pretende detectar ese hecho delictivo o violento ya cometido.
  - **e3.—** El valor predictivo positivo mide el grado de probabilidad de que una persona que de positivo en el instrumento de valoración vuelva a cometer un hecho delictivo o violento.
  - **e4.—** El valor predictivo negativo mide el grado de probabilidad de que una persona que de negativo en el instrumento de valoración no cometa un hecho delictivo o violento en el futuro.
  - **e5.—** A través de la información que proporciona la razón de verosimilitud positiva se mide la probabilidad de que un individuo violento seleccionado al azar reciba una clasificación de riesgo superior que un individuo no violento seleccionado igualmente al azar.

De lo anterior se desprende que la sensibilidad (tasa de verdaderos positivos) y la especificidad (tasa de verdaderos negativos) son medidas de validez del instrumento de valoración. Si la sensibilidad resultara inferior al 0.5 significaría que si aplicáramos el *test* para a una persona para determinar si tiene riesgo de reincidir en el delito, sabiendo positivamente que esa persona ya ha reincidido, habría un 50 % de probabilidad de que el resultado fuera correcto y un 50 % de que fuera erróneo. En consecuencia, la sensibilidad nos dice cuán exacto es el instrumento para detectar la reincidencia o la violencia en personas en las que ya sabemos *a priori* positivamente que se ha materializado el mismo riesgo a prevenir. Sin embargo, está en discusión si la sensibilidad (y su aspecto negativo, la especificidad) nos proporciona información valiosa sobre la capacidad del *test* para detectar la probabilidad de violencia o reincidencia futuras de un sujeto concreto del que ignoramos si en él concurre el riesgo de que se trate.

A tal efecto, un índice más relevante es el valor predictivo positivo. Los parámetros de sensibilidad y especificidad no solventan el verdadero problema al que nos enfrentamos al aplicar estos instrumentos: los falsos positivos (esto es las personas incorrectamente clasificadas como peligrosas o reincidentes). El valor predictivo positivo nos proporciona más datos de cara a la decisión judicial.

Por otro lado, en estadística la prevalencia (en nuestro caso, la presencia de reincidencia o violencia en la población general medida en %) es un elemento relevante en los factores

predictivos. A menor prevalencia, menor valor predictivo positivo. A mayor prevalencia mayor valor predictivo positivo. A tal efecto, ha de señalarse que la delincente violenta es poco frecuente en la realidad criminológica española.

Para solventar el problema se utilizan otros dos marcadores, la razón de verosimilitud positiva y negativa. Miden cuan probable es un resultado concreto según la presencia o la ausencia de la violencia.

El Area bajo la curva ROC sirve a tal efecto, porque las clasificaciones de violencia o riesgo no son dicotómicas (si/no), sino politómicas (riesgo bajo, moderado, alto, muy alto, etc). Ello permite establecer valores de corte, con los que se obtiene la curva llamada ROC. El área bajo la curva ROC es un buen indicador de la capacidad del *test*. Es un índice que indica la probabilidad de que un individuo violento o reincidente seleccionado al azar reciba una clasificación de riesgo superior que un individuo no violento o no reincidente seleccionado igualmente al azar. Es por tanto una medida de riesgo relativo o un índice de discriminación: indica que un sujeto que haya recibido una puntuación más alta en el instrumento tiene mayor probabilidad de reincidir que otro sujeto que con ese mismo instrumento haya obtenido una puntuación menor. Pero no dice cómo de alta es la probabilidad de cada uno.

Muy ilustrativo a estos efectos es el análisis de Martínez Garay al relacionar el resultado del estudio sobre tasa de reincidencia penitenciaria de 2014 en Cataluña, coordinado por Capdevila Capdevila, con la valoración del riesgo que se había hecho a través del Riscanvi<sup>(39)</sup> sobre un total de 410 internos. Según señala, en el estudio los autores concluyeron que el instrumento de valoración se había comportado de modo excelente en la predicción del riesgo de reincidencia con unos resultados del 77,15 % y 57.26 %, respectivamente para sujetos que efectivamente reincidirán y para sujetos que efectivamente no reincidirán. Resaltaron de este modo la sensibilidad y especificidad del instrumento. Sin embargo, no reflejaron su pobre valor predictivo positivo (17.94 %), que dio lugar a que de los 301 sujetos pronosticados como probables reincidentes (riesgo alto 130 + riesgo moderado o medio 171) solamente 54 reincidieron. Esto es, el 17,94%. Ello demuestra la relevancia de tomar en consideración unos indicadores estadísticos u otros.

- **f)** El riesgo puede ser absoluto o relativo. El riesgo absoluto es el riesgo de reincidencia del grupo en un tiempo determinado, del que cabe inferir el riesgo de que el sujeto al que se refiere la predicción delinca. El relativo es el que presenta un grupo respecto de otro, del que cabe inferir el mayor riesgo de que el sujeto al que se refiere la predicción delinca frente a sujetos que estén en otros grupos. Lo deseable sería poder medir el riesgo absoluto. Pero los indicadores estadísticos suelen medir el riesgo relativo, lo que debe ser igualmente estimado en la evaluación de la prueba.

- **g)** Por otra parte, existe un componente ideológico irreductible en la toma de decisión: si el acento se pone en los falsos positivos (sujetos erróneamente identificados como violentos o reincidentes) o en los falsos negativos (sujetos erróneamente no clasificados como violentos o reincidentes), ya que es evidente que si se coloca en estos últimos, siempre se producirá un efecto de sobreinclusión, provocando privaciones de derechos ilegítimas por innecesarias.
- **h)** En la fiabilidad del instrumento influirán otros factores tales como la forma en que se haya diseñado la muestra de población (v.gr. su tamaño o representatividad) y la selección de las variables relevantes, con la finalidad de evitar solapamientos o de que se atribuya valor predictivo a una variable indebidamente seleccionada como consecuencia de sesgos. Se advierte así que en ocasiones se recurre el empleo de factores de riesgo o variables que no presentan una relación estadísticamente significativa con la conducta a predecir, y por tanto influyen de modo negativo en la valoración futura del riesgo impidiendo identificar los factores dinámicos que sí sería posible cambiar y mejorar. Por otra parte, el empleo de algoritmos en los instrumentos predictivos refuerza los sesgos preexistentes, pues dichos algoritmos no dejan de ser el reflejo de los datos de los que se alimenta, de modo que si los datos incorporan sesgos (v.gr. atribuye valor predictivo a criterios tales como la raza o clase social), el algoritmo los multiplica.
- **i)** Por último, también es relevante la existencia o inexistencia de estudios de validación, pues la capacidad predictiva del instrumento dependerá de cómo se comporte cuando se aplica a sucesivas muestras de sujetos, de modo que si aplicado a nuevos grupos parecidos al inicial siguiendo el mismo protocolo las predicciones son corroboradas de nuevo el instrumento tendrá buena capacidad predictiva, no teniéndola si no se produce tal coincidencia. Tales estudios, además, habrían de desarrollarse siguiendo estrictamente los protocolos del primer estudio, o los estándares que los autores del mismo hayan establecido en el manual de uso que acompaña a cada *test*.

### **C) La propuesta regulativa**

La propuesta regulativa no pretende cuestionar todos los instrumentos de valoración existentes ni su utilidad. Es evidente que estos instrumentos no son sólo actuariales, también se incorporan juicios clínicos individuales. Con todo, es innegable que hay una potente base estadística. Y, por ello, la principal pretensión es que se identifiquen en las pericias los elementos a los que el juez y las partes habrán de prestar especial atención al evaluar la fiabilidad de la prueba, lo que permitirá una sustancial mejora de la cultura pericial y estimulará el perfeccionamiento de este tipo de pericias.

Es esencial que los operadores jurídicos sean conscientes del alcance de estas pruebas y de cómo funcionan, con la finalidad de que estén en condiciones de evitar su sobrevaloración epistémica y semántica<sup>(40)</sup>, sobrevaloración que suele llevarlos a concederles un valor superior al que realmente tienen. En primer lugar, por considerarlas prácticamente infalibles por partir de un entendimiento erróneo de las mismas conforme al paradigma de la individualización (deductivo) y no el de la probabilidad (inductivo). Esto es,

se olvida que las pruebas científicas se basan fundamentalmente en leyes estadísticas y que sus resultados han de ser interpretados a la luz de otros datos, por lo que no dejan de ser probabilísticas. Por eso, la validez de sus conclusiones, que nunca puede ser total, dependerá de la del método usado y de su grado de fiabilidad. Pero, además, suelen considerar que los resultados de la prueba dicen cosas distintas de las que realmente dicen, pues los operadores jurídicos no están acostumbrados a entender la estadística y pueden confundir los distintos índices estadísticos.

La regulación se encuentra en el artículo 486, bajo la rúbrica Instrumentos de valoración del riesgo de violencia o reincidencia. La redacción, dado su nivel de abstracción, es igualmente útil para evaluar la fiabilidad de otro tipo de pruebas de base estadística: «1. *Los instrumentos de valoración del riesgo de violencia o reincidencia deberán incluir todos los parámetros estadísticos que permitan evaluar tanto su fiabilidad como su capacidad predictiva.* 2. *Dichos instrumentos especificarán el tamaño de la población con la que se han construido, las variables utilizadas como factores de riesgo, los criterios de medición empleados para ponderar dichos factores asignando puntuaciones, y el tiempo de validez de la predicción. También habrán de identificar los estudios de validación realizados*».

#### **D) Las limitaciones constitucionales de los instrumentos de valoración del riesgo**

Conviene hacer una última observación: como destaca Camarena Grau<sup>(41)</sup>, en la evaluación de la calidad epistémica de ese tipo de pronósticos ha de pesar el momento del proceso en que se emplean y los fines para los que se usan. En el proceso penal el estándar de certidumbre probatoria requerido en cada caso debe vincularse con las consecuencias jurídicas pretendidas: no es exigible el mismo esfuerzo acreditativo para la imputación que para la condena. Pero los niveles de exigencia no se preestablecen conforme a un criterio puramente cronológico, sino que atienden a otros parámetros y, muy especialmente, a la naturaleza de la afección a los intereses de la persona afectada por la resolución, y a su intensidad. Pues bien, en este punto, no debe olvidarse que si se utilizara información de esta naturaleza para fundar la condena se violaría la presunción de inocencia como regla de juicio, pues difícilmente cabría afirmar que el pronóstico se encuentra más allá de cualquier duda razonable, «*algo, que ciertamente no parece posible, pues deberíamos efectuar una previsión para que fuera compatible con ese estándar, con el mismo nivel de pronóstico que las llamadas leyes de la naturaleza, es decir, el hecho futuro derivara de una regularidad que se estimara inexorable*»<sup>(42)</sup>. Distinto sería su empleo para la adopción de medidas cautelares, en la medida en que el estándar de certidumbre que rige a tal efecto es menos exigente, o para la decisión sobre la suspensión de la pena, la adopción de medidas alternativas o en el ámbito penitenciario.

En cualquier caso, es imprescindible despertar la conciencia de la falibilidad intrínseca de este tipo de predicciones pues, en última instancia, no puede predecirse la conducta futura. Por ello, siempre deben ser sometidas a juicio crítico evitando que se produzca el efecto de transferencia de poder, de modo que al final la decisión la acaben tomando los expertos y no el juez. De ahí la conveniencia de la propuesta regulativa.

### **3. Las pruebas periciales sobre la credibilidad de los testimonios**

#### **A) Los fundamentos de la pericia<sup>(43)</sup>**

En la investigación y enjuiciamiento de delitos sexuales cometidos sobre menores de edad, es muy frecuente la práctica de pruebas periciales para testar la credibilidad del testimonio de aquéllos. Mediante tales pericias se trata de determinar si la declaración es producto de un hecho experimentado por el menor o productos de la fantasía o la sugestión. Para ello, se parte de un presupuesto metodológico: las declaraciones de sucesos reales (autoexperimentados) difieren de las declaraciones de sucesos falsos (imaginados, sugeridos...) en una serie de características. A tal efecto, para diferenciarlas se utilizan distintos criterios de observación. En síntesis, este tipo de pericias utiliza dos técnicas combinadas<sup>(44)</sup>. La técnica CBCA (análisis del contenido de las declaraciones basado en criterios), que evalúa la credibilidad de las manifestaciones emitidas por menores víctimas de abusos mediante el examen de 19 criterios enmarcados en 5 categorías, sirviendo cada criterio de contenido como indicador de la veracidad de la declaración. Además, se utiliza la técnica SVA (evaluación de la validez de la declaración), concebido como procedimiento de diagnóstico global que incluye los resultados de la técnica CBCA, la información biográfica del sujeto, las puntuaciones a diferentes tests que ha de cumplimentar, la existencia de pruebas que corroboren el testimonio en el expediente judicial y otros indicadores de conducta.

#### **B) Algunas cautelas**

Son varias las razones que aconsejan tomar con cautela los resultados de este tipo de pericias:

- **1)** El presupuesto metodológico está sujeto a discusión (la existencia de diferencias intrínsecas entre las declaraciones reales y las falsas-imaginadas-sugeridas)<sup>(45)</sup> Así, se afirma que los análisis estadísticos realizados no son lo suficientemente exactos como para ser admitidos como prueba científica, que el porcentaje de error de estas técnicas es superior al tolerable o que se trata de instrumentos no ampliamente aceptados por la comunidad científica, por lo que no satisfarían dos de los criterios exigidos por las reglas Daubert, estándares establecidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados

Unidos para valorar la admisibilidad jurídica de las pruebas científicas en el proceso penal<sup>(46)</sup>.

- **2)** Los datos de observación (CBCA) son ambivalentes. Se afirma que cuantos más indicadores estén presentes, más creíble será el testimonio. Ahora bien, puede darse el caso de que la aparición de algunos criterios no vaya a favor sino en contra de la credibilidad, y de que la ausencia de otros vaya a favor y no en contra de la misma.

Por otra parte, esta técnica tiene una indudable base estadística, por lo que son de aplicación algunas de las observaciones que hemos realizado respecto de los instrumentos de valoración del riesgo. Así, se parte de la hipótesis de que los relatos creíbles contienen una alta presencia de indicadores de veracidad. Se enuncia el listado de indicadores, se selecciona una muestra de población representativa y se hacen pruebas para verificar la hipótesis, esto es, para determinar en cuántas de las personas entrevistadas aparecen efectivamente esos indicadores de veracidad. Por tanto, hasta cierto punto, algunos de los problemas que plantea esta prueba son los propios de la prueba estadística (v.gr. diseño de la muestra, corrección de las inferencias estadísticas, existencia de estudios de validación, etc).

- **3)** El riesgo de error en la interpretación de los datos de evaluación (SVA) está siempre presente. En especial, debido al «sesgo confirmatorio», o sesgo del experimentador que al poner a prueba una sola hipótesis (la existencia de abusos) valora más positivamente los criterios que la confirman frente a los que la descartan. Sería conveniente, por ello, la incorporación del método de falsación, exigiendo al perito que someta también a examen la hipótesis de que las declaraciones proceden de un hecho imaginado y no vivido, y requerirle para que exponga qué indicadores deberían estar presentes en tal caso para confirmar esa hipótesis alternativa. Igualmente, la incorporación del método de comparación, sometiendo también a examen una hipótesis que se conoce positivamente (v.g. la víctima se peleó con un amigo cierto día) e interrogar al menor sobre la misma para detectar qué indicadores aparecen en tal caso.

Por otra parte, el perito redactor del informe suele examinar el expediente judicial, para contrastar datos, en un momento histórico determinado, por lo que es posible que con posterioridad se hayan incorporado diligencias de otro signo que podrían haber incidido en las conclusiones alcanzadas en el informe.

- **4)** Asimismo, la supuesta científicidad de la prueba genera un uso creciente que trasciende de los límites para los que fue diseñada. La prueba se encuentra testada respecto de delitos sexuales cometidos sobre menores con un rango de edad que comprende entre los 6 y 12 años. Sin embargo, viene empleándose también para analizar la credibilidad de los relatos de víctimas de otros tipos de delitos e incluso de víctimas mayores de edad. Pero, además, es utilizada también por supuestos expertos que carecen de la cualificación y conocimientos específicos que la materia exige, como vimos en el epígrafe 4.

### ***C) La doctrina jurisprudencial de la Sala II***

De la doctrina jurisprudencial más reciente (por todas, STS 202/2020 (Roj: STS 1322/2020, ponente Sr Martínez Arrieta), se desprende lo siguiente:

- **a)** No corresponde a los expertos pronunciarse sobre la «veracidad» de las declaraciones prestadas, dado que ello es competencia del Tribunal en su exclusiva función de juzgar y valorar las pruebas practicadas.
- **b)** Lo que puede ser objeto de pericia es *«la relevancia que, en la valoración de la credibilidad del testigo, —sea víctima o sea un tercero— pueden tener sus condiciones psico-físicas, desde su edad, madurez y desarrollo, hasta sus posibles anomalías mentales, pasando por ciertos caracteres psicológicos de su personalidad, tales como la posible tendencia a la fabulación, o a contar historias falsas por afán de notoriedad etc».*
- **c)** Aun así se reconoce que *«no es infrecuente la realización de estas pericias psicológicas en relación con testigos de corta edad, y aunque tampoco pueden nunca vincular al Juez o Tribunal ni sustituirlo en su exclusiva función valorativa, sí pueden aportarle criterios de conocimiento psicológico especializado y, por tanto, científico, sobre menores de edad y las pautas de su posible comportamiento fabulador, que le auxilien en su labor jurisdiccional».*
- **d)** En cualquier caso se afirma que *«No cualquier psicólogo está capacitado para realizar este tipo de prueba».*

#### **D) La propuesta regulativa**

Si, como dice el voto particular de la STC 136/1999, de 20 de julio (LA LEY 9614/1999) *«Lo esencial del proceso penal propio de un Estado democrático es que el conflicto lo resuelva un Juez imparcial a través de un diálogo igualitario, racional e informado entre las partes enfrentadas»* es evidente que el objeto de este medio de prueba no puede ser la determinación de la verdad o falsedad de la hipótesis acusatoria (el hecho afirmado por la acusación), pues, de ser así, el perito usurparía el espacio del juez, lo que prohíbe la regla general del artículo 473.2 párrafo segundo Alecrim.

El objeto de la prueba es la *«credibilidad del testimonio de los menores de edad»*, esto es la confiabilidad de las informaciones probatorias que los menores proporcionan. No cabe duda de que la decisión final es estrictamente jurisdiccional, pues tal juicio de credibilidad depende, en última instancia, del contenido de todas las pruebas disponibles, cuya valoración compete en exclusiva a quien institucionalmente tiene asignada la tarea de decidir si la hipótesis de la acusación ha quedado o no verificada más allá de toda duda razonable. Con todo, la persona experta puede aportar conocimientos específicos que pueden auxiliar al juzgador, siguiendo para ello los procedimientos adecuados, obteniendo los resultados correspondientes de los tests y pruebas realizados e interpretándolos para ofrecer sus conclusiones. Y tales conclusiones han de formularse expresando *«la probabilidad de que la declaración de un menor se corresponda con un suceso vivido»*,

para lo que habrá de explicitar «*las razones por las que descarta la posibilidad de incompetencia, mentira o sugestión*» (artículo 486 Alecrim).

Un primer grupo de conocimientos puede servir para evaluar la propia capacidad del sujeto para testificar. En esta línea, es de sumo interés el Protocolo de valoración de capacidades para testificar (CAPALIST)<sup>(47)</sup>. En determinados supuestos (menores de determinados rangos de edad, personas con discapacidad intelectual, personas con trastornos mentales o de edad avanzada), puede resultar conveniente determinar el grado en que el sujeto dispone de capacidades cognitivas primarias (memoria, percepción, atención y comunicación) y secundarias (conceptos de tiempo, número, espacio, acción-consecuencias, capacidad para realizar descripciones, para la interacción social, para identificar estados subjetivos, de representación, para discriminar recuerdos reales e imaginados y capacidad moral). Esta información puede ser de utilidad no sólo para afrontar el modo de realizar los interrogatorios, sino también para valorarlos, evitando que los tribunales, al evaluar el testimonio asignen intuitivamente valores de verdad o falsedad equivocadamente (v.gr. los silencios en las declaraciones de personas con determinadas discapacidades no siempre se deben a la fabulación, pueden obedecer al hecho de que precisen de más tiempo en la elaboración del discurso o a la inseguridad). Evidentemente, la evaluación ha de reflejarse en un dictamen explicativo.

Constatadas las competencias específicas del sujeto para prestar declaración, cabe entonces realizar la prueba pericial de credibilidad del testimonio. Ahora bien, ello no podrá tener lugar de cualquier forma. La propuesta regulativa ha sintetizado las principales enseñanzas de la psicología del testimonio con la finalidad de garantizar la fiabilidad de este tipo de pruebas y facilitar su juicio crítico. Así, el artículo 486 Alecrim señala lo siguiente:

*1. Las pruebas periciales sobre la credibilidad de los testimonios de menores de edad deberán ajustarse a los siguientes criterios de fiabilidad y validez:*

*a) La exploración del menor se realizará lo más tempranamente posible, se grabará íntegramente y se transcribirá literalmente para su análisis.* Se trata, en primer lugar, de evitar los efectos que sobre la huella de memoria provoca el transcurso del tiempo. Por otra parte, mediante la grabación se procura evitar interferencias sobre dicha huella y, en su caso facilitar su detección, así como de garantizar la calidad de la información y el derecho de defensa.

*b) El análisis del contenido de la declaración se realizará utilizando procedimientos y criterios respaldados por la comunidad científica de referencia y publicados en revistas*

*especializadas, de los que se dejará constancia en el informe pericial. De este modo, cabe descartar pericias sobre grupos de población para los que las técnicas no se hayan testado.*

*c) El análisis de la declaración del menor se realizará teniendo en cuenta las competencias específicas de la persona examinada, así como el origen y el desarrollo de su declaración. A tal fin, se determinarán el momento y las circunstancias en que se hicieron las primeras manifestaciones y se identificarán todas las declaraciones realizadas con posterioridad. Hay una remisión expresa a la evaluación de la capacidad para prestar declaración, y al denominado «contexto de revelación» del suceso por parte del menor, de gran potencialidad discriminatoria para analizar la fiabilidad del relato. Del mismo modo, mediante el análisis de las declaraciones posteriores se trata de identificar si se han podido generar falsos recuerdos.*

*d) Para determinar la probabilidad de que la declaración de un menor se corresponda con un suceso vivido, el perito expresará en su dictamen las razones por las que descarta la posibilidad de incompetencia, mentira o sugestión. Este apartado es fundamental para comprender el papel que puede jugar el experto en este tipo de pruebas. Es consecuente con el presupuesto metodológico de base (lo máximo que puede afirmar el experto es que la narración se corresponde con un suceso que el menor siente como vivido) y con la conveniencia técnica de que se sometan a falsación otras hipótesis alternativas (la incompetencia, la mentira y la sugestión)*

La regulación se cierra con la regla de exigencia de capacitación técnica del sujeto que realiza las exploraciones y las pericias: *«Las exploraciones y los dictámenes sobre el testimonio de un menor se realizarán siempre por expertos en psicología del testimonio con experiencia acreditada en la realización de esta pericia».*

Para cerrar este punto, es conveniente indicar que la recepción de algunos de los aportes más valiosos de la psicología del testimonio se ha producido igualmente en la regulación del régimen de la prueba testifical de personas menores de edad y personas con discapacidad (artículos 469, 470 y 672 Alecrim), del incidente para el aseguramiento de las fuentes de prueba (artículo 600 Alecrim), y de la diligencia de identificación visual mediante reconocimiento en ruedas (artículos 306 y ss Alecrim). Debe destacarse, respecto de esta última, la posibilidad de practicar pruebas periciales basadas en la psicología del testimonio sobre la fiabilidad de una determinada diligencia de identificación visual en atención a las circunstancias concurrentes.

Por último, debe señalarse algo evidente: el acuerdo de la prueba pericial de fiabilidad del testimonio en ningún caso debe automatizarse por el solo hecho de que la afirmada víctima de un hecho delictivo sea menor de edad. Habrá que individualizar la decisión tomando en cuenta todas las circunstancias concurrentes (gravedad del hecho delictivo investigado, necesidad de la prueba entendida como pronóstico razonable de que las particulares condiciones del testigo pueden resultar decisivas para valorar su credibilidad, y justificación objetiva y razonable de su proporcionalidad). No debe olvidarse que el sometimiento de una persona a pericias psicológicas y el acceso a datos sobre su vida personal puede constituir un atentado a su derecho a la vida privada y familiar reconocido en el [artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos \(LA LEY 16/1950\)](#), y resultar contrario a la [Directiva 2012/29/UE \(LA LEY 19002/2012\)](#) por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, con arreglo a la cual los reconocimientos médicos han de reducirse al mínimo, debiendo limitarse a los casos en los que sean imprescindibles para los fines del proceso<sup>(48)</sup>. Ello impone una especial prudencia a la hora de acordarlas. En este sentido, cabe aplicar analógicamente aquí el contenido regulativo del artículo 320 Alecrim, de modo que, además, habrá de recabarse el consentimiento de la persona afectada cuando, por sus condiciones personales y su madurez, pueda comprender el significado y la finalidad de la diligencia y, en todo caso, el de su representante legal.

#### **IV. Conclusiones**

Como hemos visto, la propuesta de regulación es novedosa, supone una mejora sustancial del Anteproyecto de 2011 y de la Propuesta de 2013 y se inscribe en la línea de modernización de la cultura probatoria, haciéndose eco de los aportes de la doctrina científica, de la jurisprudencia más reciente y del derecho comparado. Pero, además, se inscribe en la línea que persigue la reforma penal. La potestad jurisdiccional sólo merece tal nombre cuando quien la ejerce es un tercero que resuelve el conflicto imparcialmente. Un tercero que, en el proceso penal, ha de decidir imparcialmente si ha quedado acreditada o no la hipótesis acusatoria más allá de toda duda razonable y explicitar, mediante razones intersubjetivamente compartibles y controlables, los motivos de su decisión. Si no comprende las premisas empleadas por los peritos o las inferencias que realizan, y suple esa ignorancia atribuyendo a las pericias valor probatorio sobre la base de falsos criterios, no sólo renuncia al ejercicio de la función que el Estado constitucional ha depositado en él, sino que acaba delegando en otro tal función. Y, como nos han demostrado siglos de cultura inquisitiva, ya sabemos quién acaba siendo ese «otro»

beneficiario de tal delegación. En un proceso penal concebido como sistema de garantías no ha de tener cabida tal asunción.

## V. Bibliografía

ALCOCEBA GIL, J (2018) *El análisis genético forense en el proceso penal español*. Tirant lo Blanch. Valencia

ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO (2009) «En materia de prueba pericial. Notas», en *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Hammurabi. Buenos Aires.

ANDRÉS-PUEYO, ANTONIO y ECHEUBURUA, ENRIQUE (2009) «Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación». *Psicothema*. 2010. Vol 22, n.º 3.

CAMARENA GRAU, S. (2009) «¿Puede, y cómo, probarse la peligrosidad del acusado?» en 99 cuestiones básicas sobre la prueba penal. *Manuales de Formación Continuada*. 51. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

CASTRO LIÑARES, DAVID (2019) *Los instrumentos de valoración y gestión de riesgos en el modelo de penalidad español*. Reus. Madrid.

COLOMA CORREA, R, AGÜERO SAN JUAN, C. (2014) «Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba». *Revista chilena de derecho*, n.º 2.

DAMASKA, MIRJAN (2015) *El derecho probatorio a la deriva*. Marcial Pons. Barcelona

DE PAULA RAMOS, VICTOR (2019) *La prueba testifical*. Marcial Pons. Barcelona

DEKLEIN, ALAN (1997) *Reasonable doubts. The criminal justice system and de OJ Simpson Case*. Simon and Schuster. New York.

FERRER BELTRÁN, JORDI (2007) *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons. Barcelona.

FOUCAULT, MICHEL (2018) *Los anormales*. Curso del Collège de France (1974-1975). Akal Universitaria. Madrid.

GASCÓN ABELLÁN, MARINA (1999) *Los hechos en el derecho*. Marcial Pons. Barcelona

GASCÓN ABELLÁN, MARINA (2012) *Cuestiones probatorias*. Universidad Externado de Colombia.

GONZÁLEZ CUÉLLAR, NICOLÁS (2014): *Ecos de inquisición*. Castilllo de Luna. Ediciones Jurídicas. Madrid.

HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER (2005) «Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?» Jueces para la Democracia. Información y Debate n.º 54/2005.

HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER: « ¿Cuándo resulta admisible una prueba sobre la capacidad mental de la presunta víctima?» 99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal. Colección: Manuales de Formación Continuada N.º volumen: 51. Centro de Documentación Judicial.

IGARTUA SALAVERRIA, JUAN (2009) «¿A qué ítems debe atender el juez en la valoración de las conclusiones periciales, en particular en la llamada "prueba científica"?» 99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal. Colección: Manuales de Formación Continuada N.º volumen: 51. Centro de Documentación Judicial.

IGARTUA SALAVERRÍA, JUAN (2018) «Prueba científica y proceso penal», en Cuestiones sobre prueba y argumentación judicial. Ediciones Olejnik. Santiago de Chile.

IGARTUA SALAVERRÍA, JUAN (en imprenta): *Indicios, duda razonable, prueba científica*. Tirant lo Blanc. Valencia.

LÓPEZ ORTEGA JUAN JOSÉ, y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, IGNACIO (2013): El proceso penal como sistema de garantías (I): la imparcialidad del juez en el [Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LA LEY 22837/2020\)](#) y en la propuesta de Código Procesal Penal. Diario La Ley, N.º 8086, Sección Doctrina, 20 May. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY.

MANZANERO, ANTONIO L (2010) *Memoria de testigos*. Pirámide, Madrid.

MARTÍNEZ GARAY, LUCÍA (2014) «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad». Indret.

MARTÍNEZ GARAY, LUCÍA (2018) «Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso State v. Loomis». Revista de derecho penal y criminología

MARTÍNEZ GARAY, LUCÍA (2018) «El uso de valoraciones del riesgo de violencia en derecho penal: algunas cautelas necesarias». Indret.

MUÑOZ, JACOBO y VELARDE, JULIÁN (2000): *Compendio de epistemología*. Trotta. Madrid.

RAMÍREZ ORTIZ, JOSÉ LUIS (2020) «Lógica científica y valoración probatoria. Especial referencia a las pruebas biológicas». Colección: Cuadernos Digitales de Formación N.º volumen: 3. Centro de Documentación Judicial

RAMÍREZ ORTIZ, JOSÉ LUIS (2018) «La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual». La Ley 3788/2018.

SÁNCHEZ RUBIO, ANA (2019) *La prueba científica en la justicia penal*. Tirant lo Blanch. Valencia.

SÁNCHEZ YLLERA, IGNACIO (1996) «De las causas que eximen de la responsabilidad penal», en Comentarios al Código Penal de 1995 (LA LEY 3996/1995), obra colectiva dirigida por VIVES ANTÓN, TS Valencia: Tirant lo Blanch.

SILVA, EVA; MANZANERO, ANTONIO, y CONTRERAS, MARÍA JOSÉ (2018) *CAPALIST. Valoración de capacidades para testificar*. Dykinson. Madrid.

VÁZQUEZ, CARMEN (2015) *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons. Barcelona.

VÁZQUEZ, CARMEN (2016) «La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert». Jueces para la Democracia, 86.

VÁZQUEZ, CARMEN (2020) «El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial». Discusiones, 24, 1.

VÁZQUEZ SOTELO, JOSÉ LUIS (1984) *Presunción de inocencia del inculpado e íntima convicción del Tribunal*. Barcelona: Bosch.

(1)

---

IGARTUA SALAVERRÍA, JUAN (2018) «Prueba científica y proceso penal», en *Cuestiones sobre prueba y argumentación judicial*. Ediciones Olejnik. Santiago de Chile.

(2)

---

GONZÁLEZ CUÉLLAR, NICOLÁS (2014) *Ecos de inquisición*. Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas. Madrid.

(3)

---

LÓPEZ ORTEGA JUAN JOSÉ, y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, IGNACIO (2013) «El proceso penal como sistema de garantías (I): la imparcialidad del juez en el [Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LA LEY 22837/2020\)](#) y en la

propuesta de Código Procesal Penal». Diario La Ley, N.º 8086, Sección Doctrina, 20 May. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY.

(4)

Sobre la investigación mediante marcadores de ADN, véase la exhaustiva monografía de ALCOCEBA GIL, J (2018) *El análisis genético forense en el proceso penal español*. Tirant lo Blanch. Valencia

(5)

DE PAULA RAMOS, VICTOR (2019) *La prueba testifical*. Marcial Pons. Barcelona

(6)

RAMÍREZ ORTIZ, JOSÉ LUIS (2020) «Lógica científica y valoración probatoria. Especial referencia a las pruebas biológicas». Colección: Cuadernos Digitales de Formación N.º volumen: 3. Centro de Documentación Judicial

(7)

Léase, en el que concurre credibilidad subjetiva, verosimilitud en el testimonio y persistencia en la incriminación.

(8)

IGARTUA SALAVERRIA, JUAN (2009) «¿A qué ítems debe atender el juez en la valoración de las conclusiones periciales, en particular en la llamada "prueba científica"?» *99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*. Colección: Manuales de Formación Continuada N.º volumen: 51 Año. Centro de Documentación Judicial.

(9)

El alcance de esta afirmación merece alguna matización: el razonamiento probatorio es inductivo en lo referente a la valoración de las pruebas para verificar la hipótesis. Pero en la formulación de la hipótesis (operación típica de la fase investigativa) interviene el razonamiento abductivo. Y en el control sobre la aptitud explicativa de la hipótesis elegida manda el razonamiento deductivo. Por otra parte, nos encontramos ante un razonamiento inductivo «*sui generis*» (porque no va de lo particular a lo general, sino de lo particular a lo particular). Véase IGARTUA SALAVERRÍA, JUAN (en imprenta): *Indicios, duda razonable, prueba*

*científica*. Tirant lo Blanc. Valencia. Pero sirva, para entender las líneas generales del razonamiento lo que indico más arriba.

(10)

La calificación del modelo como racional se encuentra en las obras de referencia de GASCÓN ABELLÁN, MARINA (1999) *Los hechos en el derecho*. Marcial Pons. Barcelona, y FERRER BELTRÁN, JORDI (2007) *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons. Barcelona, que contienen una descripción profunda y precisa.

(11)

VÁZQUEZ, CARMEN (2020) «El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial». *Discusiones*, 24, 1.

(12)

COLOMA CORREA, R, AGÜERO SAN JUAN, C. (2014) «Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba». *Revista chilena de derecho*, n.º 2.

(13)

Desarrolla esta cuestión VÁZQUEZ, CARMEN (2016): «La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert». *Jueces para la Democracia*, 86.

(14)

DAMASKA, MIRJAN (2015) *El derecho probatorio a la deriva*. Marcial Pons. Barcelona.

(15)

Me remito a los autores que cito en el presente trabajo.

(16)

Entre otras leyes, Criminal Procedure Rules and Practice Directions y Civil Procedure Rules, en las versiones actualizadas de 2020, vigentes en el Reino Unido; Federal rules of evidence, vigentes en los Estados Unidos de América; Evidence act, de 1995, vigente en Australia, y las instrucciones tipo a los jurados en dichos sistemas, que normativizan prácticas relevantes.

(17)

IGARTUA SALAVERRIA, JUAN (2018).

(18)

IGARTUA SALAVERRIA, JUAN (2018).

(19)

SÁNCHEZ YLLERA, IGNACIO (1996).

(20)

Debo esta idea a una conversación con JUAN JOSÉ LÓPEZ ORTEGA, que me remitió a la monografía de VÁZQUEZ SOTELO, JOSÉ LUIS (1984) *Presunción de inocencia del inculgado e íntima convicción del Tribunal*. Barcelona: Bosch.

(21)

IGARTUA SALAVERRIA, JUAN (2018).

(22)

FOUCAULT, MICHEL (2018) *Los anormales. Curso del Collège de France (1974-1975)*. Akal Universitaria. Madrid.

(23)

También las declaraciones de los funcionarios policiales.

(24)

VÁZQUEZ, CARMEN (2020) «El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial». *Discusiones*, 24, 1.

(25)

Como recomienda ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO (2009) «En materia de prueba pericial. Notas», en *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Hammurabi. Buenos Aires.

(26)

HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER (2005) «Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?» *Jueces para la Democracia. Información y Debate* n.º 54/2005.

(27)

Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. 509 US 579 (1993), fue un caso resuelto por sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que determinó el estándar para admitir el testimonio de expertos en los tribunales de justicia con arreglo a diversos parámetros.

(28)

VÁZQUEZ, CARMEN (2015) *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons. Barcelona.

(29)

DERSHOWITZ, ALAN (1997) *Reasonable doubts. The criminal justice system and de OJ Simpson Case*. Simon and Schuster. New York.

(30)

MUÑOZ, JACOBO y VELARDE, JULIÁN (2000): *Compendio de epistemología*. Trotta. Madrid.

(31)

Me baso en un ejemplo de IGARTUA SALAVERRIA, JUAN (2018), que reajusto.

(32)

SÁNCHEZ RUBIO, ANA (2019) *La prueba científica en la justicia penal*. Tirant lo Blanch. Valencia.

(33)

GASCÓN ABELLÁN, MARINA (2012) *Cuestiones probatorias*. Universidad Externado de Colombia.

(34)

GASCÓN ABELLÁN, MARINA (2012).

(35)

CASTRO LIÑARES, DAVID (2019) *Los instrumentos de valoración y gestión de riesgos en el modelo de penalidad español*. Reus. Madrid.

(36)

Entre las mayores expertas en la doctrina española, MARTÍNEZ GARAY, LUCÍA, a quien seguimos en la exposición basándonos en sus trabajos: (2014) «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad». Indret; (2018): «Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso State v. Loomis». Revista de derecho penal y criminología y (2018) «El uso de valoraciones del riesgo de violencia en derecho penal: algunas cautelas necesarias». Indret.

---

(37)

---

ANDRÉS-PUEYO, ANTONIO y ECHEUBURUA, ENRIQUE (2009) «Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación». *Psicothema*. 2010. Vol 22, n.º 3.

---

(38)

---

Resumo a MARTÍNEZ GARAY en las diversas publicaciones antes citadas.

---

(39)

---

En España se utilizan dos instrumentos diferentes para valorar riesgos de quebrantamiento, así como de reincidencia en los permisos penitenciarios. La Tabla de Variable de Riesgos (TVR) con la Concurrencia de Circunstancias Peculiares (CCP) en los centros penitenciarios dependientes de la Administración General del Estado y gestionados por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, y el protocolo multi-escala RisCanvi en las prisiones dependientes de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

---

(40)

---

6 GASCÓN, MARINA (2012). Tomo la terminología de la autora, que se refiere a esta doble sobrevaloración en relación con la prueba pericial en general, y a quien sigo al desarrollar la idea.

---

(41)

---

CAMARENA GRAU, S (2009) «¿Puede, y cómo, probarse la peligrosidad del acusado?» en 99 cuestiones básicas sobre la prueba penal. *Manuales de Formación Continuada*. 51. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

---

(42)

---

CAMARENA GRAU, S (2009) «Así pues, la presunción de inocencia, vinculada a la propia dignidad del hombre, le permite protegerse contra toda suerte de acusaciones no probadas, con mayor motivo si lo que se le atribuye es la comisión de un hecho que todavía no ha sucedido, y es al mismo tiempo un límite al ejercicio del poder punitivo por parte del Estado, de modo que no sería legítimo el ejercicio de ese poder allá donde no se respetara ese primerísimo derecho fundamental. No hay que olvidar que no se trata de una cuestión estadística (que en una población con determinadas características se de porcentualmente un determinado hecho futuro), sino que tiene que ver con un ser humano concreto e individualizado, el acusado, el cual no puede ver agravada su pena por un porcentaje en el que, quizás, finalmente, él no esté incluido. Y es que, el juicio penal, no versa sobre hechos futuros. Por ello, entiendo que imponer una concreta extensión de pena por un hecho futuro es incompatible con la propia idea de lo que entendemos como proceso penal, y contrario a la presunción de inocencia que enraíza su esencia en la propia dignidad humana».

---

(43)

Para un análisis más profundo de la cuestión, véase MANZANERO, ANTONIO L (2010) *Memoria de testigos*. Pirámide, Madrid. Me he referido a esta cuestión en RAMÍREZ ORTIZ, JOSÉ LUIS (2018) «La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual». La Ley 3788/2018.

---

(44)

Hay matices y metodologías distintas. El que describo es el procedimiento más común.

---

(45)

Vid. los estudios y datos concretos expuestos por MANZANERO (2010).

---

(46)

Los cuatro criterios son: a) falsabilidad de la teoría científica sobre la que se basa la prueba; b) la determinación del porcentaje de error, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la técnica empleada; c) la existencia de un control ejercido por expertos a través de la peer review o revisión por pares en las revistas científicas con impacto; d) la existencia de un consenso general en la comunidad científica de referencia (Eckert y Wright, 1997; Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 1993).

---

---

(47)

SILVA, EVA; MANZANERO, ANTONIO, y CONTRERAS, MARÍA JOSÉ  
(2018) *CAPALIST. Valoración de capacidades para testificar*. Dykinson. Madrid.

---

(48)

HERNÁNDEZ GARCÍA, JAVIER: «¿Cuándo resulta admisible una prueba sobre la capacidad mental de la presunta víctima?» 99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal. Colección: Manuales de Formación Continuada N.º volumen: 51 Año. Centro de Documentación Judicial.

---