diariolaley
www.diariolaley.es
10 Diciembre
2019
9533
Wolters Kluwer

Redacción

Directora de Publicaciones: Marta Tovar Torres (marta.tovar@wolterskluwer.com)

Gerente de Publicaciones: Fernando Cameo Bel (fernando.cameo@wolterskluwer.com)

Jefe de Publicaciones edición diaria: Isabel Desviat Manzanares (isabel.desviat@wolterskluwer.com)

Jefe de Publicaciones Ciberderecho y Legal Management: Carlos Fernández Hernández (carlos.fernandez@wolterskluwer.com)

Coordinador: César Abella Fernández (cesar.abella@wolterskluwer.com)

Coordinadora LA LEY Unión Europea: María del Prado Gómez Opazo (maria.prado.gomez@wolterskluwer.com)

Análisis de la Documentación: Wolters Kluwer España, S.A.

e-mail Redacción: ES-diariolaley@wolterskluwer.com

e-mail Publicidad: publicidad@wolterskluwer.es

Diseño y Preimpresión: Wolters Kluwer España, S.A.

ISSN Electrónico: 1989-6913

© Wolters Kluwer España, S.A.

Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial:

El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de Wolters Kluwer España, S.A., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único

organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

http://www.wolterskluwer.es

Créditos

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Prof. Dr. Xavier Abel Lluch

Prof. Dr. Frederic Munné Catarina

Prof. Dr. Lluis Muñoz Sabaté

Prof. Dr. Manuel Richard González

DIRECTOR

Frederic Munné Catarina, Abogado y doctor en Derecho.

SUBDIRECTOR

Manuel Richard González, Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA.

COLABORADORES EN ESTE NÚMERO

- Xavier Abel LLuch
- Juan Antonio Andino López
- Mireia Hernández Esteban
- Manuel Richard González
- Joan Valentines Pont

Sumario

TRIBUNA

- *«Algunas dudas a raíz de la STC, Pleno, de 8 de mayo de 2019, sobre la constitucionalidad del art. 18.2.4º de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria»,* por **XAVIER ABEL LLUCH**, Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia n.o 14 de Barcelona (familia), Doctor en Derecho.

PRACTICA FORENSE

- *«Propuesta de una valoración médico-legal de la capacidad visual en España»*, por **JOAN VALENTINES PONT**, Oftalmólogo. Especialista en Medicina del Trabajo. Miembro de la Asociación Catalana de Peritos Judiciales.

- *«Sobre la autoría de mensajes y textos digitales anónimos»,* por **MIREIA HERNÁNDEZ ESTEBAN**, experta en Lingüística forense. Miembro de la Asociación Catalana de Peritos Judiciales

DOSSIER DE LOS TRIBUNALES SOBRE PROBATICA

- *«Breve estudio comparativo del derecho constitucional a la prueba»*, por **JUAN ANTONIO ANDINO LÓPEZ**, Profesor Asociado Universitat Internacional de Catalunya.

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO PROBATORIO

- *«Diligencias preliminares para preparar el proceso o como medio para obtener judicialmente datos protegidos? (Comentario a propósito de las reclamaciones de presuntos fraudes de la propiedad intelectual mediante redes P2P)»*, por **MANUEL RICHARD GONZÁLEZ**, Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA y miembro de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio.

LA SENTENCIA DEL DÍA

- El TS fija doctrina y establece en un plazo de 6 meses la caducidad de los procedimientos sancionadores en materia de extranjería

JURISPRUDENCIA

- La beneficiaria de una subvención ha de inscribir la escritura de aumento del capital para acreditar que cumple con el requisito de capitalización
- La colocación de una cámara de vigilancia orientada hacia la finca del vecino vulnera su derecho a la intimidad, aunque la cámara no funcione
- El TSJ fija doctrina sobre el descanso compensatorio del personal del SACyL por trabajar los días 24 y 31 de diciembre
- Conductor despedido por manejar un camión cargado con una elevada tasa de alcohol

smarteca Diario LA LEY, nº 9533, de 10 de diciembre de 2019, Nº 9533, 10 de dic. de 2019, Editorial Wolters Kluwer

TRIBUNA

Algunas dudas a raíz de la STC, Pleno, de 9 de mayo de 2019, sobre la constitucionalidad del artículo 18.2,4ª de la Ley de Jurisdicción Voluntaria

Xavier Abel Lluch

Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia n.º 14 de Barcelona (familia)

Doctor en Derecho

Resumen

En el presente artículo se comenta la STC de 9 de mayo de 2019, que declaró la constitucionalidad del artículo 18.2.4ª de la ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, en el particular del deber de dar traslado del acta recogiendo la exploración de menores a los letrados para formular alegaciones.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 18.2.4ª de la Ley 15/2015, de 2 de julio, dispone literalmente:

> *«4.ª Cuando el expediente afecte a los intereses de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente, se practicarán también en el mismo acto o, si no fuere posible, en los diez días siguientes, las diligencias relativas a dichos intereses que se acuerden de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.*

El Juez o el Secretario judicial podrán acordar que la audiencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, pudiendo asistir el Ministerio Fiscal. En todo caso se garantizará que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

Del resultado de la exploración se extenderá acta detallada y, siempre que sea posible, será grabada en soporte audiovisual. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días».

Dicho artículo introdujo algunas novedades, con respecto a la regulación de la audiencia del menor en el artículo 770 regla 4ª LEC y el articulo 9 LOPJM. Las más relevantes, en lo que aquí interesa, es la imperatividad de la grabación de la audiencia del menor en soporte audiovisual —con el matiz «siempre que sea posible»— y el traslado del acta de la audiencia del menor a los letrados para alegaciones. Ni el articulo 770 regla 4ª LEC ni el articulo 9 LOPJM habían contemplado tales exigencias.

II. UN VISTAZO A LA PRÁCTICA DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES

El precitado artículo 18.2,4ª LJV introdujo, por así decirlo, mayor debate en la práctica forense de un derecho del menor —el de ser oído, reconocido a nivel orgánico y supranacional—, que ya de por sí suscitaba (y sigue suscitando) actuaciones muy variadas.

Y no me refiero solo a las buenas prácticas en la audiencia del menor (protocolo de acogida, lugar, tiempo, dirección de la conversación, protocolo de despedida), sinó a aspectos muy relevantes, respecto de los cuales no es fácil encontrar un consenso entre los propios jueces y magistrados que, a diario y en los múltiples, juzgados y tribunales asumen la siempre delicada tarea de oír a un niño/niña/adolescente (1) .

Sin ánimo exhaustivo, y a los efectos ilustrativos, citaremos los principales puntos en los que se observa una práctica variada:

a) La determinación de los sujetos que deben estar presentes en la audiencia: resulta indiscutible que deben estar el juez —como director de la audiencia— y el Ministerio Fiscal —como garante de los derechos del menor—, pero sin embargo a partir de aquí existe falta de consenso en cuanto a la presencia del LAJ, pues en algunos juzgados y tribunales se opta por su presencia —especialmente a efectos que extienda el acta de la audiencia— y en otros no se cuenta con su presencia —en otras razones, pero no exclusivamente, porque hay quienes sostienen que la grabación de la audiencia hace las veces de acta y hay quienes sostienen que cuantas menos personas presentes mejor para el buen desarrollo de la audiencia—.

b) La documentación de la audiencia: en algunos juzgados y tribunales, siguiendo las más recientes tendencias legislativas —art. 18.2.4ª LJV o art. 778 quinquines, apartado 8º LEC— se opta por la grabación, en consonancia con las más recientes reformas legislativas y en consonancia con la idea que la grabación reproduce y recoge más fielmente el lenguaje verbal y no verbal del niño/niña/adolescente que la simple acta que puede extender el Letrado de la Administración de Justicia o, en su caso, el juez. En otros juzgados y tribunales, bajo la premisa

que la grabación puede atentar contra la intimidad del menor (art. 18.1 CE) o por la simple razón que no se dispone de soporte audiovisual en el juzgado o en la sala en que se practica la audiencia, se prescinde de la grabación. Y no faltan, por supuesto, las soluciones mixtas, esto es, de aquellos juzgados y tribunales que optan por la grabación de la audiencia y la redacción de un acta, aun cuando también algunos hayan criticado que ello supone una sobre-documentación de la audiencia.

c) La determinación de la persona que debe extender el acta de la audiencia. Algunos juzgados y tribunales entienden que el Letrado de la Administración de Justicia, como fedatario público (art. 145.2 LEC), debe extender tal acta. En otros juzgados, sea porque no se considera imprescindible la presencia del Letrado de la Administración de Justicia, sea porque se considera que el destinatario de la audiencia es el juez que debe resolver la controversia, se opta porque el acta que se extienda al efecto sea levantada por el propio juez, pues nadie mejor que el juez que dirige la conversación con el niño/niña/adolescente y el juez que va a dictar la resolución definitiva, quien puede plasmar y redactar las manifestaciones más relevantes del menor. A ello se añade un argumento adicional, y es el de quienes opinan que la redacción del acta por el juez, permite que éste pueda soslayar aquellas manifestaciones del menor que afecten directamente a su intimidad (art. 18.1 CE) y que de constar reflejadas en el acta podría reportarse un perjuicio directo o un conflicto con sus progenitores.

d) La determinación del contenido del acta de la audiencia. Advertimos que el artículo 18.2,4ª LJV alude a una «acta detallada», adjetivo calificativo que, en el entender común de los juristas, puede cabalmente entenderse referida a las manifestaciones más relevantes. Sin embargo, tal exigencia de «acta detallada» entra en contraste con las previsiones de la misma STC de 9 de mayo de 2019, que en su fundamento jurídico 8º, alude a una acta que «deberá detallar aquellas manifestaciones del menor imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente». El «acta detallada» de la previsión legislativa del artículo 18.2, 4ª LJV parece que queda circunscrita, en interpretación del TC, al acta que recoge lo imprescindible y relevante para la resolución del caso.

En el día a día, no existe un consenso sobre el modo de practicar la audiencia del niño

En suma, pues, este repaso a la práctica forense de los juzgados y tribunales sobre la audiencia del niño/niña/adolescente nos permite concluir que, en el día a día, no existe un consenso sobre el modo de practicar la audiencia, y la ausencia del tal consenso no puede afirmarse que afecte a aspectos secundarios o menores, y trasluce, en no pocas ocasiones, un debate profundo sobre la colisión entre el derecho a la intimidad del menor y el derecho a la defensa del letrado.

III. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Visto el anterior panorama de práctica forense, y a partir de un expediente de jurisdicción voluntaria —sobre discrepancia en el ejercicio de la potestad parental (art. 86 LJV)— en que practicada la audiencia de una adolescente tenía que observar el trámite del tantas veces citado artículo 18.2,4ª LJV —esto es, el traslado del acta a los letrados para alegaciones— y por considerar que podía existir un conflicto con las manifestaciones de la adolescente, me decidí a plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo de constante referencia (2) .

Dicha cuestión de constitucionalidad, planteada mediante auto de fecha 6 de julio de 2018, se articuló, resumidamente, sobre cuatro motivos:

En primer lugar, y lo que resulta más evidente, una colisión entre el derecho a la intimidad del menor (art. 18.1 CE) y el derecho de defensa del letrado (art. 24 CE), dado que en la audiencia del menor —por su propia espontaneidad, por la materia objeto de la audiencia, o por cualesquiera otras razones— pueden vertirse expresiones, deseos o hechos que afectan a la intimidad del menor.

En segundo lugar, la colisión entre el derecho a la intimidad del menor (art. 18.1 CE) y el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24 CE), pues es habitual —y así lo entienden los letrados, que la audiencia del niño/niña/adolescente se efectúe sin su presencia—, pero resulta mucho más discutible que los letrados no tengan acceso al acta de la audiencia, máxime en aquellos supuestos en que la decisión judicial y su motivación fáctica se fundamenta, en mayor o menor parte, en el resultado de la audiencia que, por otra parte, y según exigencia del artículo 9 LOPJM debe valorarse en la resolución definitiva.

A ello debe añadirse, desde el punto de vista del derecho defensa del letrado, que no parece de recibo que, salvo resolución motivada, las actuaciones del proceso civil permanezcan ocultas a los letrados y como afirma la STC de 9 de mayo de 2019 «la entrega a las partes del acta que documenta el resultado de la audiencia al menor, para que puedan formular alegaciones, constituye en efecto un instrumento perfectamente idóneo para procurar la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión» (fto. Jco.6º).

En tercer lugar, la irrupción del art. 18.2.4ª LJV supuso una novedad —o, si se prefiere, una ruptura— con la tradición legislativa representada a nivel ordinario por el artículo 770 regla 4ª LEC (3) y artículo 9 LOPJM (4) . Ni uno ni otro contienen una referencia a la conveniencia de la grabación de la audiencia del menor ni tampoco a la entrega del acta de la audiencia a los letrados. Y aún más, ni siquiera el artículo 778 quinquies, 8º LEC —introducido por la disposición final de la misma ley de 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria— contiene una referencia a la entrega del acta a los letrados. No es difícil imaginar que en la mente del juez que debe dar traslado del acta de la audiencia aparezca la pregunta del porqué tal novedad se introduce en una ley de jurisdicción voluntaria, y no en una ley orgánica, cuando resulta evidente, como ya se ha razonado, que existe una colisión de derechos fundamentales.

Y por otra parte, no puede obviarse que el artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, que regula el «derecho del menor a ser oído y escuchado» —y que precisamente había sido modificado por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia— no contiene ninguna referencia al acta que debe extenderse de tal audiencia ni al traslado a los letrados para alegaciones.

El cuarto y último motivo del auto que plantea la cuestión de inconstitucionalidad se basó en la inexistencia de una cláusula de flexibilización que permitiera al juez omitir en el acta aquellas manifestaciones que afecten a la intimidad del menor (en contraste, por ejemplo, con la previsión contenida en el artículo 588 ter i Lecrim, sobre el acceso de las partes a las grabaciones en las medidas de investigación tecnológicas (5)). Podría haberse optado por introducir una cláusula en virtud de la cual el juez, en su función tuitiva del menor, pudiera no dar traslado de aquellas manifestaciones del menor recogidas en el acta que afecten a su intimidad.

IV. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La referida STC de 9 de mayo de 2019 resolvió desestimar la cuestión de inconstitucionalidad que en su día planteé sobre el art. 18.2,4ª LJV. Sin perjuicio, como es obvio de recomendar una lectura íntegra de la STC, la parte más relevante de su argumentación puede encontrarse en el siguiente párrafo que se transcribe *in extenso:*

> *«El momento crucial para garantizar los derechos de audiencia e intimidad del menor, conciliándolos con los derechos que asisten a las partes en el proceso no se desencadena con el traslado del acta, sino que se sitúa en un momento anterior, en el desarrollo del acto del que dicho documento da fe. Es en la celebración de la exploración judicial del menor, a puerta cerrada, cuando el juez o letrado de la Administración de Justicia debe cuidar de preservar su intimidad (art. 9.1, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 1/1996), velando en todo momento por que las manifestaciones del menor se circunscriban a las necesarias para la averiguación de los hechos y circunstancias controvertidos, de modo que la exploración únicamente versen sobre aquellas cuestiones que guarden estricta relación con el objeto del expediente. Por otro lado, la función tuitiva del fiscal refuerza esta garantía, dada su especial vinculación con los intereses de los menores (STC 185/2012, FFJJ 3, 4 y 5), de la que son buena muestra las Instrucciones 2/2006, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, y 1/2007, sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de los menores.*
>
> *Si se observan estrictamente estas reglas y cautelas, como es obligado al interés superior del menor, se reduce al mínimo la incidencia en su intimidad: en cuanto reflejo de una exploración judicial en la que se hayan adoptado las medidas oportunas para preservar la intimidad del menor, el contenido del acta deberá detallar aquellas manifestaciones del menor imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente. Así acotado el desarrollo de la exploración judicial y el consiguiente contenido del acta, en razón de esa misma relevancia, y por imperativo del principio de contradicción, el acta ha de ser puesta en conocimiento de las partes para que puedan efectuar sus alegaciones»* (6) .

Del transcrito párrafo puede deducirse las siguientes afirmaciones:

a) La audiencia del menor provoca una colisión entre los derechos de intimidad del menor (art. 18.1 CE) y el derecho de defensa de los letrados (art. 24 CE) y debe procurarse en el momento de práctica de la audiencia, no tanto en el momento de su documentación. Y para la práctica y velar por su adecuada práctica se apuntan unas exigencias concretas, como el hecho que se celebre a puerta cerrada, que la exploración verse exclusivamente sobre los hechos controvertidos y que esté presente el Ministerio Fiscal.

La exigencia de puerta cerrada —o en expresión del artículo 770 regla 4ª LEC «sin interferencia de otras personas»— es habitual en la práctica forense, en la que los letrados se abstienen de asistir al acto de la audiencia.

La exigencia de que la exploración verse sobre los hechos controvertidos dependerá, por una parte, de la extensión de la controversia y, por otra parte, de la mayor o menor destreza o habilidad del juez en la conducción de la propia audiencia.

La exigencia de la intervención del Ministerio Fiscal es un desiderátum loable que, lamentablemente y por la escasez de recursos humanos, no siempre resulta atendible,

particularmente en juzgados fuera de las capitales de provincia.

b) El contenido del acta de la audiencia debe recoger las manifestaciones del menor imprescindibles y relevantes para la decisión del expediente. El Tribunal Constitucional, consciente que durante la audiencia pueden aparecer manifestaciones del menor que afecten a su intimidad, articula la doble garantía de su celebración a puerta cerrada —sin presencia de partes ni profesionales— y del contenido «indispensable» del acta —lo que resulte relevante para la decisión del expediente—.

c) El acta que recoge la audiencia del menor, por exigencias del principio de contradicción, debe ser puesta en conocimiento de las partes para alegaciones. Entiende el Tribunal Constitucional que con una audiencia correctamente celebrada —sin presencia de partes ni profesionales— y un acta de contenido «indispensable» aparece «acotado el desarrollo de la exploración» y «se reduce al mínimo la incidencia en su intimidad [del menor]». El Tribunal Constitucional salva las exigencias del derecho de defensa del letrado.

V. ALGUNAS DUDAS INTERPRETATIVAS

De una atenta lectura de la STC de 9 de mayo de 2019 se suscitan algunas dudas interpretativas, que, también resumidamente, exponemos.

a) La prevalencia del interés del menor sobre cualquier otro. Pese a que la STC de 9 de mayo de 2019 en su fundamento jurídico 4º invoca el artículo 2.4 LOPJM (*«En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir»*) de la ponderación constitucional entre el derecho a la intimidad del menor y el derecho a la defensa del letrado, se opta por dar preferencia al derecho de defensa, bajo el argumento que con las cautelas expuestas en la sentencia la afectación al derecho de la intimidad del menor es mínima.

b) El alcance de la doctrina del TC a los procedimientos contenciosos y consensuales sustanciados conforme a la LEC. No puede obviarse que la cuestión de inconstitucionalidad, como no puede ser de otra manera, se planteó sobre un artículo concreto (el tantas veces citado art. 18.2,4ª LJV), que no tiene una previsión equivalente (en materia de traslado del acta de la audiencia a las partes) ni en la LEC, ni en la LOPJM, pese a que también estas últimas contienen previsiones sobre el desarrollo de la audiencia del menor y son anteriores a la LJV. Aun cuando es fácil colegir que los razonamientos del TC van más allá de la extensión a uno u otro procedimiento, al resultar de la ponderación de derechos fundamentales.

c) El encaje entre la exigencia legal del «acta detallada» (art. 18.2,4ª LJV) y el razonamiento constitucional que el «acta deberá detallar aquellas manifestaciones del menor imprescindibles por significativas y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente» (fto. Jco.8º STC 9 de mayo de 2019). Aparentemente existe una contradicción entre la exigencia legal (de «acta detallada») y el razonamiento constitucional (de «manifestaciones del menor estrictamente relevantes»), pues precisamente el adjetivo «detallada» del art. 18.2,4º LJV parece apuntar a lo más fiel posible de las manifestaciones del menor

d) La compatibilidad entre el acta que recoge la audiencia del menor y la grabación de la audiencia del menor. De conformidad con el artículo 146 LEC, la grabación constituye acta a

todos los efectos.

e) La persona encargada de recoger las «manifestaciones imprescindibles y relevantes» (fto. jco. 8º STC 9 de mayo de 2019). La función de extender el acta de la audiencia corresponde al LAJ (art. 145.1.2º LEC), si bien la consideración de lo que resulta «imprescindible y relevante» y afecta al derecho de defensa de los letrados constituye una apreciación judicial.

f) El alcance de la información que debe ofrecerse al menor al inicio de la audiencia. Si se practica correctamente el protocolo de acogida al menor —como recomiendan los Códigos de Buenas Prácticas de la audiencia— y se informa al menor sobre el desarrollo de la audiencia —como exigen el artículo 6 del Convenio Europeo sobre los derechos de los menores, de 25 de enero de 1996, y el artículo 9.1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor—, y si se informa al niño/niña/adolescente que de sus manifestaciones relevantes de dará traslado a sus progenitores, ello puede coartar su espontaneidad.

g) El alcance de la protección del derecho a la intimidad. De la sentencia del TC parece desprenderse que con la garantía de la celebración de una audiencia a «puerta cerrada» (sin partes ni profesionales) y de la extensión de un acta de «contenido indispensable y relevante» se preserva el derecho a la intimidad del menor, y la experiencia de práctica forense enseña que, tras el traslado del acta de la audiencia de menores, en algunas ocasiones se han producido reproches de los progenitores hacía los menores o conflictos entre ambos. Es discutible, cuando menos, que la protección a la intimidad se circunscriba al acto de la audiencia y el traslado del acta a los letrados y no se proyecte sobre el devenir posterior de la relación paterno-filial.

VI. CONCLUSIONES

En esta fase inicial de recepción de la doctrina del Tribunal Constitucional, y a los efectos de práctica forense, podemos formular las conclusiones siguientes:

Primera.— Aun cuando la cuestión de inconstitucionalidad n.º 3442-2018 versa sobre el artículo 18.2.4ª LJV, tanto la cuestión —como en su día fue formulada—, cuanto la propia STC de 9 de mayo de 2019 —con razonamientos sobre ponderación de derechos fundamentales— trasciende al ámbito de los procesos de jurisdicción voluntaria y sus consideraciones pueden aplicarse a cualquier audiencia de menores, también en procesos distintos de la jurisdicción voluntaria.

Segunda.— La especial protección del derecho a la intimidad del niño/niña/adolescente exige, por una parte, y además de la intervención tuitiva del Ministerio Fiscal durante el desarrollo de la exploración, y de la práctica con ausencia de las partes, procuradores y abogados, y por otra parte, acotar el desarrollo de la exploración a las manifestaciones más relevantes para la decisión de la controversia.

Tercera.— En aquellos supuestos, que deben ponderarse caso por caso, en que las manifestaciones del niño/niña/adolescente puedan afectar a su intimidad (ej. rechazo explícito o descalificaciones graves hacia uno de los progenitores) deberá procurarse una redacción del acta que, sin faltar a la realidad de las manifestaciones del menor, comprometa lo menos posible la intimidad del niño/niña/adolescente y evite un posterior y eventual conflicto con sus progenitores y/o restantes familiares.

Cuarta.— A efectos prácticos, y para iniciar la recepción de la doctrina de la STC de 9 de mayo de 2019, la solución más acorde con sus exigencias podría ser la de grabar/no grabar la audiencia —

en función de la posibilidad de disponer soportes audiovisuales— y extender un acta por el Letrado de la Administración de Justicia, en la que tras dejar constancia de los datos objetivos del desarrollo de la audiencia (Juzgado, día, hora, lugar, intervinientes, nombre y apellidos del niño/niña/adolescente, información previa) el Juez recoge las manifestaciones del niño/niña/adolescente «imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente» (fto.jco.8º STC de 9 de mayo de 2019), cuidando de preservar su intimidad (art. 9.1 LOPJM). De dicha acta se da traslado a los letrados para alegaciones, preservando el derecho de defensa.

---

(1) Sobre este particular ver mi estudio *La prueba en los procesos de familia,* ed. La Ley, 2019, particularmente pp.200 y 201 donde recojo un decálogo de buenas prácticas en la audiencia del menor. Ver también CASO SEÑAL, M. et alt. *Guía práctica de exploración de menores,* ed. Sepin, junio, 2011; ARANGÜENA FANEGO, C., «Procesos matrimoniales», en *Tratado de Derecho de Familia,* vol.II, pp.723 a 726; y PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., «Patria potestad», en *Tratado de Derecho de Familia,* ed. Sepin, 2005, pp.206.

Ver Texto

(2) Cuestión de inconstitucionalidad n.º 3442-2018, en relación con el artículo 18.2.4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, por posible vulneración del artículo 18.1 de la CE (BOE núm. 178, de 24 de julio de 2018).

Ver Texto

(3) Art. 770.4ª Lec. «En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencia de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas».

Ver Texto

(4) Art. 9 LOPJM: Derecho a ser oído y escuchado.

«1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión

del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración».

Ver Texto

(5) Art. 588 ter i Lecrim. Acceso de las partes a las grabaciones. «Alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención, se entregará a las partes copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas. Si en la grabación hubiera datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas, solo se entregará la grabación y transcripción de aquellas partes que no se refieran a ellos. La no inclusión de la totalidad de la grabación en la transcripción entregada se hará constar de modo expreso».

Ver Texto

(6) Fto. jco. 8º STC de 9 de mayo de 2019.

Ver Texto

smarteca Diario LA LEY, nº 9533, de 10 de diciembre de 2019, Nº 9533, 10 de dic. de 2019, Editorial Wolters Kluwer

PRÁCTICA FORENSE

Propuesta de una valoración médico-legal de la capacidad visual en España

Joan Valentines Pont

Oftalmólogo. Especialista en Medicina del Trabajo

Miembro de la Asociación Catalana de Peritos Judiciales

Resumen

La visión humana se mide mediante múltiples pruebas oftalmológicas, como la agudeza visual, el campo visual y la visión binocular. El médico forense debe interpretar estos datos desde un punto de vista legal y dictaminar si una persona tiene una visión adecuada a unas específicas circunstancias. A falta de un baremo normativo general el autor propone una tabla que relaciona visión y actividad de las personas.

I. INTRODUCCION

Hace muchos años, más de treinta, que soy oftalmólogo y visito pacientes con afecciones oculares. Así pues, estoy acostumbrado a realizar un diagnóstico y un tratamiento médico o quirúrgico de estos enfermos. En 2001, casi por casualidad, al pedírmelo una compañera de trabajo, empecé a realizar peritajes médicos como oftalmólogo.

He conocido como la perspectiva forense de la patología ocular es diferente. El estudio pericial de los casos que se me presentan me hace apreciar aspectos y matices que me habían pasado desapercibidos como médico clínico. El enfoque forense de las enfermedades hace mejorar mi formación como oftalmólogo. Un aspecto que ha llamado mi atención, por sus especiales

características e importancia, es la actual evaluación legal de la capacidad visual en nuestro país.

La capacidad visual humana se extiende desde un claro límite inferior, que es la ceguera absoluta o ausencia total de visión; hasta un límite superior, más difícil de definir, que podríamos llamar visión óptima. Existen una serie de normas legales que establecen requisitos visuales para poder ejercer determinadas profesiones o realizar algunas actividades que precisan una elevada capacidad visual. El análisis de dichas normas, servirá para aproximarnos al límite superior de la función visual desde un punto de vista legal. Asimismo revisaré cómo se define legalmente la ausencia de función, la ceguera.

El objetivo de este artículo es estudiar, desde un punto de vista médico-legal, el sentido de la visión en las personas. Una vez definidos los límites, se propone una definición de la capacidad visual normal, entendida como la visión necesaria para trabajar y realizar las actividades de la vida diaria.

II. MATERIAL Y MÉTODOS

Análisis de las normas contenidas en disposiciones legales de la vida civil de España que se refieren a la capacidad visual, junto al conocimiento de la especialidad de oftalmología y la experiencia como perito oftalmólogo.

Las fuentes legales analizadas son:

- Orden de 21 de marzo de 2000 por la que se adoptan los requisitos conjuntos de aviación para las licencias de la tripulación de vuelo (JAR-FCL) relativos a la organización médico-aeronáutica, los certificados médicos de clase 1 y de clase 2 y los requisitos médicos exigibles al personal de vuelo de aviones y helicópteros civiles. BOE n.º 87, martes 11 de abril de 2000.
- Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores. BOE n.º 138, lunes 8 de junio de 2009.
- Orden SPI/1015/2011, de 15 de abril de 2011 por la que se publican los nuevos Estatutos de la Organización Nacional de Ciegos Españoles. BOE n.º 97, sábado 23 de abril de 2011.

III. RESULTADOS

El adjetivo normal tiene diversas acepciones según el diccionario de la Real Academia Española. Se define como normal una cosa que se halla en su estado natural, es decir usual o corriente; pero una cosa normal es también aquella que; por su naturaleza, forma o magnitud se ajusta a ciertas reglas fijadas de antemano.

Una persona tiene una visión normal cuando cumple la norma de

Estrictamente hablando, una persona tiene una visión normal cuando cumple la norma de todas las exploraciones oftalmológicas en su límite superior o cerca de éste. En realidad esta persona goza de una capacidad visual excelente u óptima.

Capacidad visual óptima. Exploración oftalmológica perfecta.

- Agudeza visual de lejos de 10/10 en ambos ojos sin corrección (ojo emétrope) o con corrección óptica. (Existen personas que consiguen ver más de

todas las exploraciones oftalmológicas en su límite superior

10/10). *Test* de los colores Ishihara 20/20 en cada ojo. Sin alteraciones por deslumbramiento. Buena sensibilidad al contraste.

- El campo visual monocular normal en el perímetro de Goldman, con los estímulos y la iluminación estandarizados, es aquel que alcanza en dirección temporal 90 grados, en dirección nasal y superior 60 grados, y hacia abajo 70 grados. Sin escotomas ni aumento de la mancha ciega. No hay hemeralopía (déficit de visión nocturna)
- La movilidad extrínseca conjugada alcanza todas las posiciones diagnósticas. No diplopía ni estrabismos, ni nistagmo. Cover *test* para cerca y para lejos sin alteración. No existen forias ni defectos de visión de profundidad (esteropsis correcta en *test* de Titmus).Convergencia amplia y reflejos pupilares presentes.

1. Visión normal. Capacidad visual suficiente

Si visión normal es alcanzar visión perfecta o llegar muy cerca de ella, es manifiesto que no todo el mundo tiene una visión normal; pues la mayoría de personas realizan sus actividades con una capacidad visual que no llega al máximo.

Los requisitos visuales exigidos legalmente para determinadas profesiones y los necesarios para afiliarse a la ONCE definen aquello que podemos considerar:

1. ceguera legal, en España, requisitos para afiliarse a la ONCE.
2. visión buena, conductores de vehículos automóviles privados (grupo 1º)
3. visión excelente, conductores profesionales de vehículos automóviles (grupo 2º)
4. visión óptima, pilotos profesionales aviación civil (Clase 1 norma JAR)

El parámetro principal de todas estas normas es la agudeza visual de lejos, pues la agudeza visual cercana es, prácticamente siempre, mejor que la de lejos. Se mide la mejor agudeza visual posible con corrección óptica, caso de ser con lentillas, estas deben ser bien toleradas.

El segundo parámetro que define la capacidad visual es el campo visual. Un campo visual monocular normal alcanza en dirección temporal aproximadamente 90 grados, en dirección nasal y superior 60 grados y hacia abajo 70 grados. Este límite externo del campo visual depende de los bordes de la órbita, la posición del globo ocular dentro de esta cavidad, así como de la configuración de las cejas nariz, mejillas y párpados. La disminución de la isóptera periférica, o disminución concéntrica del campo visual, aparece con la edad y estas personas entrarían dentro del grupo de la normalidad. La misma montura de las gafas reduce nuestro campo visual y no somos conscientes de ello. Las pérdidas sectoriales del campo visual, especialmente las hemianopsias, pueden ser muy invalidantes. Los escotomas de la zona central del campo visual (típicos del glaucoma) si no son muy extensos, pasan desapercibidos.

El tercer parámetro de capacidad visual es el correcto funcionamiento de la movilidad ocular. La diplopía es muy invalidante; pero las pequeñas disfunciones (forias), que se traducen en estereopsis deficiente, tienen poca importancia. Debemos saber que una visión monocular es suficiente para realizar correctamente actividades habituales.

2. Baja visión

Aunque sin valor legal, la OMS en su Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10 actualización y revisión de 2010) define el «Moderate visual impairment», literalmente «deficiencia o discapacidad visual moderada o leve» como una agudeza visual peor de 3/10 e igual o mejor a 1/10. «Severe visual impairment»; déficit visual severo es agudeza visual peor de 1/10 e igual o mejor a 1/20. Ceguera para la OMS es agudeza visual menor de 1/20 (tabla 1)

Tabla 1 De deficiencia visual en la clasificación internacional de enfermedades 2010(O.M.S)

Category	Presenting distance visual acuity	
	Worse than:	Equal to or better than:
0 Mild or no visual impairment		6/18 3/10 (0.3) 20/70
1 Moderate visual impairment	6/18 3/10 (0.3) 20/70	6/60 1/10 (0.1) 20/200
2 Severe visual impairment	6/60 1/10 (0.1) 20/200	3/60 1/20 (0.05) 20/400
3 Blindness	3/60 1/20 (0.05) 20/400	1/60* 1/50 (0.02) 5/300 (20/1200)
4 Blindness	1/60* 1/50 (0.02) 5/300 (20/1200)	light perception
5 Blindness	No light perception	
9	Undeterminedorunspecified	
	* or counts fingers (CF) at 1 metre.	

A partir de la clasificación de la OMS, se ha definido (1) la «baja visión» agrupando el déficit visual moderado con el severo, es decir la agudeza visual peor de 3/10 e igual o mejor a 1/20. En la práctica, el término baja visión se emplea para definir un grupo de pacientes con visión deficiente que serían subsidiarios de las llamadas ayudas visuales (que engloba también a las personas legalmente ciegas) Las ayudas visuales son generalmente instrumentos ópticos o electrónicos que aprovechan el resto visual existente al máximo de manera que permiten a estos pacientes realizar alguna actividad visual (leer, ver televisión,) y mejorar su vida diaria (2) .

Existen «centros de baja visión» de carácter público o privado y atendidos por equipos de optometristas, donde se realizan pruebas con las ayudas visuales que después se pueden adquirir (3) .

3. Buena capacidad visual

La conducción de vehículos automóviles del grupo 1º, que comprende turismos, motocicletas, ciclomotores y equivalentes, es una actividad compleja que precisa una buena capacidad visual.

En visión binocular (ambos ojos a la vez) se exige conseguir una agudeza visual de lejos de 5/10.

Esto supone, que se puede conducir con una agudeza visual mínima de 4/10 en el ojo mejor y 2/10 en el ojo peor. El campo binocular ha de ser normal en su amplitud periférica. En el examen binocular, el campo visual central no ha de presentar escotomas absolutos en puntos correspondientes de ambos ojos ni escotomas relativos significativos en la sensibilidad retiniana. El campo visual binocular supone la suma y superposición de ambos campos monoculares, por ello difícil que existan escotomas absolutos en puntos correspondientes. Las lesiones de vía óptica (hemianopsias y cuadrantanopsias impiden la conducción).

Se permite conducir con visión monocular, que se define como agudeza visual de 1/10 o menor en el ojo peor y una agudeza visual de 6/10 en el mejor ojo.

Se considera visión monocular cuando una persona tiene un solo ojo funcionalmente capaz

Clínicamente, se considera visión monocular cuando una persona tiene un solo ojo funcionalmente capaz. Aparte de la ausencia de agudeza visual en dicho ojo, esto afecta también al campo visual binocular. Con un solo ojo el campo de visión binocular es más reducido; mientras el campo binocular normal abarca 180º grados de visión horizontal, el campo monocular queda limitado a 90º de visión temporal (lateral) y 60º de visión nasal (central). Sin embargo, la persona con visión monocular desarrolla mecanismos para compensar la falta de binocularidad, tanto del campo visual como de la visión del relieve (estereopsis) especialmente si se trata de una visión monocular congénita. Aunque después de la pérdida inmediata de la visión en un ojo una persona puede sentirse torpe por la pérdida de campo visual y experimentar dificultades en el discernimiento de la profundidad, con el tiempo, la persona puede llegar a ser casi tan hábil como antes de perder el ojo. Actualmente, para conducir en visión monocular, se precisa que esta tenga más de 3 meses de antigüedad.

4. Visión media

Podríamos definir las personas con capacidad visual media como aquéllas que tienen:

- Agudeza visual entre 3/10 y 5/10 en visión binocular o bien agudeza visual entre 3/10 y 6/10 en visión monocular.
- Campo visual monocular sin una disminución concéntrica patológica. Es decir alcanzan la isóptera temporal 70 grados, en dirección nasal y superior 45 grados, y hacia abajo 50 grados.

Estas personas pueden realizar muchas actividades pero no se les permite conducir un vehículo automóvil.

5. Visión suficiente

El sistema español de valoración de la incapacidad de un trabajador por causa de enfermedad o accidente no es objetivo (atención exclusiva a la lesión) sino profesional (atención a la repercusión de la lesión en la capacidad de trabajo).

Los legisladores españoles han establecido de hecho, como base para declarar una incapacidad temporal o permanente, la pérdida o disminución de la capacidad de trabajo, sin que indique el método a utilizar para ello. Aunque la Ley General de Seguridad Social RDL 1/1994, en el apartado final del artículo 137 ordenaba:

«La lista de enfermedades, la valoración de las mismas, a efectos de la reducción de la

capacidad de trabajo, y la determinación de los distintos grados de incapacidad, así como el régimen de incompatibilidades de los mismos, serán objeto de desarrollo reglamentario por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social.»

El reglamento que desarrolla esta Ley de 1994 es la Orden de 15 de abril de 1969; a pesar del tiempo transcurrido y sus sucesivas modificaciones, este reglamento no contiene una lista de enfermedades ni tampoco un baremo de valoración de las mismas. Por ello, el sistema empleado en la calificación de la incapacidad laboral en España es un método empírico, que se basa en la experiencia del médico evaluador, sin aplicación de unas reglas o criterios determinados.

Clásicamente se han utilizado como patrón de referencia las tablas que, en forma de guía para la valoración del «menoscabo permanente» publica periódicamente la Asociación Médica Americana (AMA).

En los últimos años bajo los auspicios del INSS, a modo orientativo y sin valor legal, se han publicado dos guías:

- Guía de valoración profesional del INSS (4) , en 2009, que estudia los requerimientos para cada profesión. Se ha tomado como referencia para identificar la profesión y realizar la descripción de competencias y tareas, la Clasificación Nacional de Ocupaciones (CNO-94) aprobada mediante Real Decreto 917/1994, de 6 de mayo. Cada requerimiento tiene un nivel de intensidad o exigencia diferente en función de las características del trabajo a realizar en una escala de 4 grados, de menor a mayor nivel de intensidad o exigencia. Con respecto a la visión establece el grado de exigencia de agudeza visual y de campo visual que se precisan para realizar un trabajo determinado.
- Guía de valoración de incapacidad laboral para médicos de atención primaria (5) . Esta guía de 2011, realizada por médicos evaluadores del Instituto Nacional de la Seguridad Social junto con especialistas en las distintas áreas, en su capítulo patología del sistema ocular nos presenta unos baremos de valoración de agudeza visual y campo visual que relaciona con la capacidad de trabajo del paciente.

Tabla 2

Valoración de la agudeza visual con corrección

AV =1-0,8: no limitaciones.

AV = 0,7-0,5: puede realizar la mayoría de las tareas.

AV = 0,4-0,3: permite desempeñar trabajos de bajos-moderados requerimientos visuales.

AV < 0,3: se considera baja visión, precisa ayudas visuales para realizar actividades normales, por lo tanto solo puede hacer tareas de muy bajos requerimientos visuales.

AV ≤ 0,1: Incapacidad permanente para cualquier tipo de actividad laboral

Tabla 3

Valoración del campo visual monocular

Normal AO: paciente que puede realizar cualquier tipo de actividad laboral.

CV ≥ 30º centrales/visión monocular: puede realizar la mayoría de los trabajos, incluyendo los trabajos en altura.

CV = 20-30º centrales: limitación para realizar trabajos en alturas.

CV < 20º centrales: precisan ayudas visuales (miras telescópicas) para realizar actividades visuales habituales. Solo podrá realizar determinadas tareas sedentarias.

CV < 10º centrales o hemianopsia homónima completa: limitado para todo tipo

de actividad.

IV. DISCUSIÓN

1. Análisis de la evaluación legal de la capacidad visual

Esperando que, el Gobierno, según manda el artículo 137 de la Ley General de Sanidad, publique la lista de enfermedades y su valoración a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo propongo una tabla de valoración de capacidad visual (tabla 2) como herramienta de práctica pera los médicos forenses.

Tabla 4. Propuesta de valoracion de capacidad visual

	AGUDEZA VISUAL	CAMPO VISUAL	MOVILIDAD OCULAR
Ceguera	*No percepción de luz hasta 1/10 binocular* *Con corrección*	*Menor o igual a 10º, independientemente de la agudeza visual.*	
Capacidad visual baja	entre 1/10 y 3/10 binocular corregida.		
Capacidad visual media	Entre 3/10 y 5/10 binocular. Entre 3/10 y 6/10 en visión monocular. Con corrección.	Campo visual monocular sin una disminución concéntrica patológica.	
Buena capacidad visual	*5/10 binocular* *6/10 visión monocular (AV igual o inferior a 1/10 ojo malo)* *Con corrección*	*En visión binocular, el campo binocular ha de ser normal.* *En el examen monocular, no se admite la presencia de escotomas absolutos ni relativos significativos en la sensibilidad retiniana.*	*La diplopía sólo se permite siempre que no se manifieste en los 20º centrales del campo visual* *Se admite la oclusión de un ojo por diplopía, pues queda en visión monocular.*
Capacidad visual excelente	*8/10 y 5/10* *Con corrección, la potencia de gafas menor de + 8 dioptrías.*	*Campo visual binocular normal.* *Campo monocular sin reducciones significativas. No escotomas absolutos ni escotomas relativos significativos*	*No diplopías.*

Tabla 4. Propuesta de valoracion de capacidad visual

	AGUDEZA VISUAL	CAMPO VISUAL	MOVILIDAD OCULAR
Capacidad visual óptima	*10/10visión binocular con corrección.* *Admite ametropías de + - 3,00 dioptrias (D), astigmatismo y anisometropia< 2,00 D*	*Campo visual normal* *monocular temporal de 90º, nasal y superior de 60º e inferior de 70º en ambos ojos, sin escotomas*	*No se admiten anomalías en la convergencia ni forias significativas. No diplopia.*

Esta tabla, como la guía anteriormente citada, se basa en la agudeza visual y el campo visual. Pienso que establece una guía objetiva de valoración de la capacidad visual. Esta capacidad visual queda dividida en 4 grados: visión buena, media, excelente y óptima. Estos grados podrían ser aplicados, como niveles de intensidad o exigencia visual en función de las características del trabajo a realizar, en una guía de valoración profesional como la del INSS 2009. Puede servir como orientación para valorar la incapacidad laboral transitoria y permanente debida a déficit visual, siempre teniendo en cuenta el puesto de trabajo.

Me atrevo a afirmar que una persona posee capacidad visual suficiente para realizar una actividad habitual e incluso para trabajar en algunos empleos, cuando tenga al menos:

- Agudeza visual monocular con corrección óptica de 3/10
- Campo visual monocular sin una disminución concéntrica patológica, es decir conservando más de 30º centrales de visión.

Por encima de este nivel; considero que la persona que cumple los requisitos visuales para conducir un turismo tiene una buena capacidad visual y puede realizar cualquier tipo de trabajo, excepto aquellos trabajos que precisen una capacidad visual excelente (conductores profesionales) u óptima (pilotos profesionales de aviación civil).

La agudeza visual de lejos (con ambos ojos y corrección óptica) es elemento prínceps en la evaluación de la visión

Intentando simplificar el tema, farragoso por naturaleza, salvo escasos casos de déficit severo de campo visual y diplopía, la agudeza visual de lejos (con ambos ojos y corrección óptica) es elemento prínceps en la evaluación de la visión. Una agudeza visual binocular corregida de 0,3 (3/10) es el número a partir del cual una persona tiene una capacidad visual suficiente para valerse por sí misma y trabajar. Una AV binocular de 0,5 (5/10) da una buena capacidad visual que permite conducir automóviles. A partir de 0,8 (8/10) la visión es excelente, siendo óptima si alcanza AV 1,0 (10/10) o más. El siguiente cuadro resume el tema.

Tabla 5

Escala de visión según la agudeza visual binocular de lejos corregida

(1) ONCE.(página en internet). Informe del CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE REHABILITACIÓN DE LA BAJA VISION. [Online][Citada 21 febrero 2013.] Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/averroes/caidv/interedvisual/ftp/informe_congreso_roma_rvbvyhv.pdf.

Ver Texto

(2) ONCE. (página en internet). Ayudas óptica, no ópticas o electrónicas para personas con resto visual. [Online][Citada 21 febrero 2013.] Disponible en: http://www.once.es/new/servicios-especializados-en-discapacidad-visual/rehabilitacion/documentos/ayudas-opticas-no-opticas-y-electronicas-para.

Ver Texto

(3) Centre Optic Macula Visió. (página en internet). Ayudas visuales. [Online][Citado 21 febrero 2013.] Disponible en: http://www.baixavisio.com/index.html.

Ver Texto

(4) Grupo de trabajo. *GUÍA DE VALORACIÓN PROFESIONAL.* Madrid : Instituto Nacional de la Seguridad Social, 2009. N.I.P.O. 791-09-061-8.

Ver Texto

(5) Escuela Nacional de Medicina del Trabajo. *GUÍA DE VALORACIÓN DE INCAPACIDAD LABORAL PARA MEDICOS DE ATENCION PRIMARIA.* Madrid : Escuela Nacional de Medicina del Trabajo, 2010. N.I.P.O 477-09-012-0.

Ver Texto

Diario LA LEY, nº 9533, de 10 de diciembre de 2019, Nº 9533, 10 de dic. de 2019, Editorial Wolters Kluwer

Sobre la autoría de mensajes y textos digitales anónimos (1)

Mireia Hernández Esteban

Experta en Lingüística forense

Miembro de la Asociación Catalana de Peritos Judiciales

Resumen

¿Quién ha escrito un anónimo? ¿Quién hay detrás de unas acusaciones en un foro de internet? ¿Quién está acosando o insultando? Estas preguntas pueden encontrar sus respuestas gracias a un análisis de lingüística forense enfocado en analizar las marcas lingüísticas de un texto que puede ser cotejado con otros escritos o comentarios que han aparecido en entornos digitales similares y de autor conocido. Y esto es así porque cada uno habla, escribe, tose o camina de una manera peculiar y distinguible.

La impunidad está asociada muchas veces al anonimato. Si no se sabe quién cometió un acto, nos preguntamos, ¿a quién denunciar?

La técnica de la pericial caligráfica nos permite resolver cuestiones de autoría cuando la misiva es manuscrita; de ahí que esta práctica forense sea la que habitualmente se dirime en Sala.

Pero ¿qué hacer cuando la misiva anónima se ha recibido en un entorno digital bajo un seudónimo o desde una web desde la que se permiten enviar mensajes de este tipo?

Los informáticos forenses juegan un papel fundamental, pero en ocasiones, aunque se pueda localizar el lugar físico desde donde se ha enviado un correo, eso no garantiza señalar el autor material del mensaje, y mucho menos el **autor intelectual**.

El **autor material,** aquel sujeto que pulsa el teclado, puede no ser el autor intelectual del

mensaje; habitualmente, sin embargo, la espontaneidad en la expresión asociada a la velocidad escritural, permiten concluir que autor material e intelectual coinciden.

Pero la cuestión no es si «matar» o no al mensajero o portavoz de malas noticias, sino conocer el sujeto autor de las amenazas, calumnias, difamaciones, acusaciones, chantajes, sobornos…

Al margen de otras prácticas como el visionado de cámaras si el mensaje se ha enviado desde un lugar público, el rastreo del IP y cuantas practicas detectivescas puedan realizarse, el abogado que lleve el caso puede recomendar una práctica de lingüística forense.

I. ¿EN QUÉ SE BASA LA LINGÜÍSTICA FORENSE?

El ser humano construye su comunicación oral y escrita mediante el lenguaje que lo capacita y la lengua que le permite expresarse.

La lengua es un código y tiene unas reglas para garantizar la comprensión del mensaje. Esas reglas deben ser conocidas por los hablantes (emisor y receptor) para que la comunicación se produzca adecuadamente y sea eficaz.

Las reglas lingüísticas se refieren al modo cómo se debe emplear la lengua y están basadas en la inmutabilidad y universalidad del significado de las palabras.

La lengua es un código y tiene unas reglas para garantizar la comprensión del mensaje

Pero la lengua se adecua al hablante y cada cual se expresa de forma particular, como cada cual camina, escribe o respira de una determinada manera. Pasa lo mismo con una receta de un postre: los ingredientes son los mismos, pero «esa "pizca" de, ese "chorro" de…» cada cual lo interpreta de una manera y de ahí que, teniendo los mismos ingredientes y siguiendo idénticos pasos, a cada uno le sale un postre ligeramente distinto.

Y es precisamente esas sutilezas o micro variaciones de la lengua, lo que constituyen la base del estilo personalísimo de cada uno a la hora de hablar o de escribir. Son esos matices o particularismos —análogos a las crestas papilares en Lofoscopia— que contienen una fuerza y calidad valorativa y suficiente para distinguir una escritura de otra y, por tanto, para orientar la autoría de un documento dubitado.

II. ¿EN QUÉ CONSISTE LA PRÁCTICA DE LINGÜÍSTICA FORENSE?

I. Habitualmente el receptor de una misiva ya sea por el entorno o por su contenido, puede intuir algunos sospechosos entre los que hay hombres y mujeres y en ocasiones los sospechosos pueden ser muchos, por ejemplo, trabajadores de una empresa, miembros de una asociación o de un colectivo etc.

Para simplificar el procedimiento, puede empezarse el análisis discriminando —qué mal suena esta palabra— el sexo. Sin entrar en consideraciones de género, **conviene saber si el autor intelectual es hombre o mujer.**

Sobre este tema se ha escrito mucho y considero que no hay que ser tan taxativo; de ahí que propongo una alternativa que funciona al 80/20 —como la prueba de Pareto—: la escritura que se

escribe desde el sentimiento mayoritariamente es femenina, la que se escribe desde el córtex, masculina, en aquella proporción, por lo cual siempre queda un margen más o menos flexible.

¿Cómo podemos distinguir si se escribe desde el córtex o desde el καρδιά?

En la escritura que se escribe desde **el córtex** se observan:

- **Marcas de poder** para mantener el prestigio público: verbos en primera persona, argumentos de autoridad y referencia externa, imperativos, aclaraciones no solicitadas previamente y en general rotundidad, crítica, juicio, ironía y sarcasmo. Habitualmente se adopta una actitud mesiánica ya que es el emisor quien conoce al culpable, tiene la solución y está en posesión de la verdad. Visto lo visto el individuo tiende a cerrar la posibilidad al diálogo.

En la escritura que se escribe desde **el sentimiento** se observan, entre otros elementos:

- **Marcas solidaridad y sensibilidad:** estrategias de apoyo y de cooperación —disculparse, lamentarse, interesarse, compartir, plantear dudas, sugerir, invitar, pedir con sutileza o por favor — y tomar como afrenta personal un asunto general.
- **Marcas de debilidad** para mantener el estatus correcto: opinar mostrando inseguridad y carencia de asertividad, falsos comienzos, dejar opinar al otro, corregir errores y aclarar lo que es y no es, fórmulas indirectas y preguntas retóricas, justificar la opinión o el comportamiento, utilizar la segunda persona para involucrar al lector y hacer aclaraciones entre paréntesis etc.

II. Ya vamos acotando el camino.

Pero imagínense que los sospechosos siguen siendo un número considerable de personas, por ejemplo, si se sospecha que el emisor es un varón de la empresa y hay 32 trabajadores de distintos cargos y formación, ¿cómo reducir el porcentaje de sospechosos.

Convendrá realizar un breve perfil sociolingüístico del autor del anónimo

Según cómo, convendrá realizar **un breve perfil sociolingüístico del autor del anónimo** y orientar la criba de sospechosos atendiendo a: edad aproximada, formación, instrucción, nivel madurativo, equilibrio emocional, cualidades intelectuales, ideologías, prejuicios, referencias y estímulos externos, características y transferencias lingüísticas, calidad discursiva, nivel de intimidad etc. etc.

III. Tras esta criba, el perito solicita una muestra escritural de los sospechosos. Dicha muestra debe adecuarse a una **idoneidad documental** que garantiza la fiabilidad de las conclusiones, a saber:

- Que los documentos hayan sido **escritos en la misma lengua**.
- Que los documentos sean **coetáneos** para consensuar el nivel de educación, la calidad y las variables lingüísticas desde todos los puntos de vista.
- Que los documentos sean **suficientes**, es decir que exista una proporcionalidad entre la cantidad de palabras de la muestra dubitadas e indubitadas.
- Que los documentos sean **homogéneos,** es decir, que pertenezcan a la misma **tipología** y entorno textual.

IV. Vamos avanzando. Ahora le toca el turno a la aplicación del método lingüístico basado en el

análisis pormenorizado del continente y del contenido, es decir, del qué y cómo se ha expresado el autor, qué envoltorio ha utilizado y qué elementos ha empleado. Y luego, una vez analizado al detalle cada uno de los recursos lingüísticos, formas verbales, adverbiales y nominales del documento dubitado, entonces le llega el turno al análisis de los documentos indubitados.

V. Como cuestión previa suelo hacer un **estudio estadístico** del uso de formas nominales (sustantivas y adjetivales), verbales —especialmente el uso de perífrasis— y adverbios. Estos porcentajes son una pieza clave para describir la estilística de cada escritor. Por ejemplo, sabemos que un periodista hace mayor hincapié en la acción y el porcentaje de formas verbales suele ser mayor que un escritor que se recrea en la descripción de un paisaje y que emplea un porcentaje mayor de adjetivos. Y es que cada uno escribe de una manera distinta y personal.

Los porcentajes no identifican a un autor, pero orientan en la atribución de autoría.

VI. **Análisis formal.**

Tras identificar qué tipo de texto es el documento dubitado, hay que describir el entorno donde ha aparecido el texto cuestionado y analizar cuestiones formales de carácter general: la ocupación del espacio, la extensión, la tipografía, los márgenes, sangrados o espacios interlineales, el énfasis de algunas palabras, el uso de mayúsculas, las faltas tipográficas u ortográficas, la incorporación de emoticonos o cualquier otra marca gráfica.

VII. **Análisis discursivo textual.**

Este apartado se refiere a la descripción gramatical, semántica y sintáctica del texto dubitado. Esto supone analizar sintagmas nominales y verbales, así como el uso de frases hechas, expresiones comunes o personalismos etc.

Pueden ser rasgos característicos de un anónimo: los errores de acentuación, el abuso de formas verbales como perífrasis o imperativos, las incorrecciones en el régimen verbal, las faltas de concordancia entre sujeto y verbo o entre sustantivo y adjetivo, las incorrecciones en el uso de preposiciones, el empleo de ciertas locuciones adverbiales o diminutivos etc., etc.

VIII. **Análisis metalingüístico**.

Este apartado orienta el estudio a la intencionalidad de cada expresión, al sentido y significado concreto de la palabra en su contexto. Este tipo de estudio que analiza el papel y el significado de cada palabra en su contexto se puede abordar desde varios puntos de vista: desde el tipo de verbos que empleamos (asertivos, directivos, expresivos, declarativos y compromisivos) a las estrategias de comunicación (técnicas persuasivas, focalización, intensificación, atenuación, cortesía, negación, recursos estilísticos etc.,).

Gracias a este tipo de análisis se puede matizar el contexto y el nivel de agresividad de un texto, calibrando por ejemplo si en un nivel afectivo se puede intuir intimidación (sutileza, proposición, pretensión, broma, insinuación, ironía) o un nivel de lenguaje ofensivo (imposición, amenaza, extorsión, coacción, engaño, insulto, manipulación, vejación, calumnia)

En la actualidad existen programas de análisis de textos que identifican las coincidencias y las discrepancias. Loable tecnología.

Sin embargo, hay quienes utilizando solo la técnica obvian la interpretación de los datos.

En una ocasión analicé un informe de lingüística forense: el perito sostenía coincidencia en el uso de la palabra «Dios» en un porcentaje del 100%. Pero se olvidaba de la intencionalidad: no es lo mismo decir: «vaya por Dios», «mi padre Dios» que «me cago en Dios».

Y no, no es lo mismo, por mucho que el programa informático señale coincidencia textual y/o semántica.

IX. Como en cualquier informe, los peritos estamos obligados a desarrollar un apartado de **valoraciones** para poner sobre el tapete, porcentajes, aproximaciones, incompatibilidades, coincidencias y discrepancias que hagan más comprensibles y objetivas las conclusiones.

X. Por último, las **conclusiones,** que como en cualquier dictamen pericial, deben ser claras, veraces, concretas y eficaces.

La lingüística forense es una práctica forense todavía en pañales si la comparamos con las medidas grafométricas empleadas en las cárceles del siglo XIX, de ahí que, ante la novedad o el desconocimiento, los espectadores analizan la cuestión con ciertos reparos y plantean sus dudas sobre la credibilidad y la garantía de acierto.

Démosle tiempo y mientras tanto podemos consolarnos con aquel consejo de Maquiavelo:

«Debe tenerse en cuenta que no hay cosa más difícil de intentar, ni menos segura de conseguir, ni más peligrosa de manejar, que llegar a jefe o príncipe e imponer nuevas leyes. Porque serán enemigos suyos cuantos aman las viejas instituciones, y tibios amigos y defensores quienes amen las nuevas». El Príncipe, *dixit.* Cap. VI.

---

(1) *Lingüística Forense Básica*, Guías prácticas. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016

Ver Texto

smarteca Diario LA LEY, nº 9533, de 10 de diciembre de 2019, Nº 9533, 10 de dic. de 2019, Editorial Wolters Kluwer

DOSSIER DE LOS TRIBUNALES SOBRE PROBÁTICA

Breve estudio comparativo del Derecho Constitucional a la Prueba

Juan Antonio Andino López

Profesor Asociado Universitat Internacional de Catalunya

Resumen

El derecho a la prueba se halla regulado en el artículo 24 de la Constitución española, pero no podemos afirmar que exista un derecho fundamental a la prueba en otros sistemas legales. El presente estudio analiza brevemente la presente cuestión en otras jurisdicciones.

I. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PRUEBA

La mayoría de los sistemas legales europeos tienen una constitución en el vértice superior de su pirámide normativa (1) . Todas las leyes, reglamentos, decretos y demás normativa, así como su interpretación, deben llevarse a cabo conforme a su propia constitución.

Asimismo, las constituciones contienen preceptos que regulan los principios aplicables a los procedimientos judiciales. En relación a la prueba, podemos preguntarnos si el derecho a la prueba es un derecho constitucional sólo en España, o bien si podemos encontrar el mismo en otros sistemas legales o incluso si se puede entender implícito en el derecho más amplio a un juicio justo o al debido proceso.

La consecuencia del vínculo constitucional con el derecho a la prueba es importante porque una vulneración de dicho derecho podría significar que el ciudadano podría tener acceso a una

impugnación de la sentencia ante el Tribunal Constitucional de su país.

II. EL DERECHO A LA PRUEBA EN LOS PRINCIPALES SISTEMAS LEGALES EUROPEOS

Hemos indicado que los sistemas jurídicos tienen una constitución en el vértice de su pirámide normativa, pero a los efectos del presente estudio, debemos preguntarnos si el derecho a la prueba forma parte expresamente de su tutela judicial efectiva o de su derecho a un proceso justo y con todas las garantías. Así, podemos categorizar las respuestas señalando el único país que tiene expresamente reconocido en su texto constitucional el derecho a la prueba que todo litigante posee en el marco de un procedimiento judicial, para posteriormente analizar aquellos países que no tienen expresamente contemplado dicho derecho, pero que sí puede ser considerado dentro del derecho más amplio a un proceso justo o a una tutela judicial efectiva, para finalmente hacer referencia a los países donde no conste incluso reconocido un derecho a una tutela judicial efectiva ni a un juicio justo expresamente en su constitución, pero que dicho derecho se halle profundamente arraigado en su tradición jurídica y, en consecuencia, de obligado cumplimiento.

1. El derecho a la prueba se halla expresamente reconocido como un derecho fundamental en la Constitución

Este es el único supuesto representado por la constitución española, en cuyo elenco de derechos contemplados en su artículo 24 podemos también encontrar el derecho constitucional a la prueba.

Aunque se halla incluido en el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución, el Tribunal Constitucional español declara que no es un derecho absoluto, sino que efectivamente se contempla el mismo en la constitución pero su contenido, límites y extensión debe establecerse legislativamente, y por lo tanto el derecho a la prueba constitucional se somete, por ejemplo, a los límites fijados en la Ley de Enjuiciamiento Civil español, siendo dichos límites legalmente confirmados por dicho Tribunal Constitucional los siguientes (2) :

- Pertinencia de la prueba (art. 383.1 LEC), ya que la prueba tiene que estar vinculada con el objeto del proceso, como lo declararon previamente las partes en la demanda y también en la contestación a la demanda. La revisión de la pertinencia corresponde al juez de primera instancia, pero podría revisarse por un órgano jurisdiccional superior en el supuesto en el que cualquiera de las partes impugne la sentencia (3) .
- La prueba tiene que ser útil (art. 383.2 LEC), es decir, debe probar un hecho declarado por una de las partes y negado por la otra, por lo que no cabe proponer prueba, por ejemplo, sobre hechos no controvertidos.
- La prueba ilícita no debe admitirse en el marco del procedimiento judicial civil, en virtud de lo estipulado en el art. 11.1 LOPJ y 287 LEC.

En relación a la presente cuestión, la STC 97/2019, de 16 de julio establece que, para excluir una prueba ilícita de un proceso, debe tomarse en consideración que constitucionalmente «son necesarios dos pasos para determinar la posible violación del art. 24 CE como consecuencia de la recepción probatoria de elementos de convicción ilícitamente obtenidos: A) se ha de determinar, en primer lugar, si esa ilicitud originaria ha consistido en la vulneración de un derecho fundamental sustantivo o de libertad; B) se ha de dilucidar, en caso de que el derecho fundamental haya resultado, en efecto, comprometido, si entre dicha vulneración originaria y la

integridad de las garantías del proceso justo que nuestra Constitución garantiza (art. 24.2 CE) existe un nexo o ligamen que evidencie una necesidad específica de tutela, sustanciada en la exclusión radical del acervo probatorio de los materiales ilícitamente obtenidos» (f.j. 4º).

- Límites formales y temporales, que se refieren a cuándo y cómo proponer pruebas ante el juez, como, por ejemplo, la prueba documental debe acompañarse a los escritos iniciales de alegaciones de las partes, como se exige en los artículos 264 y siguientes LEC.

Es cierto que el derecho a la prueba, como tal, se encuentra recogido en el art. 24 de la Constitución española, pero también se cita la prueba en el art. 6.3.d del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece que «toda persona acusada de un delito penal tendrá los siguientes derechos mínimos: (...) d. Examinar o haber examinado testigos en su contra y obtener la asistencia y el examen de testigos en su nombre en las mismas condiciones que los testigos en su contra» (4) .

A la luz de la jurisprudencia del TEDH, considera «testigo» a todo tercero ajeno a los hechos que no ostente la condición de perito

Dotar de contenido al art. 6.3.d anteriormente citado excede del ámbito del presente estudio. No obstante, a efectos interpretativos de dicho precepto, a la luz de la jurisprudencia del TEDH, considera «testigo» a todo tercero ajeno a los hechos que no ostente la condición de perito. En consecuencia, se trata de un concepto amplio que puede no coincidir con el del derecho interno de la jurisdicción que dicte sentencia (por lo que puede tener un significado autónomo independiente de la calificación utilizada en el derecho interno), e incluso abarcar a los testigos de referencia (5) . Concretamente, el derecho reconocido en el art. 6.3.d CEDH reconoce al acusado la facultad de interrogar a los testigos que declaren tanto a su favor como en su contra. Dicho precepto no concede al acusado, sin embargo, un derecho absoluto a llamar testigos, ni permite imponer un testigo concreto al tribunal, sino que, respetando el contenido del citado artículo, debe ser desarrollado por la legislación nacional (por ejemplo, debe regular la admisibilidad de las pruebas que las partes propongan en el marco del procedimiento). En definitiva, lo que establece el art. 6.3.d es que las normas procesales internas regulen un sistema que ofrezca una posibilidad real al acusado de llamar a declarar testigos al proceso y de impugnar las pruebas que consten en su contra (6) .

2. El derecho a la prueba no está establecido en la Constitución, sino que está incluido en el derecho a un juicio justo, que sí que se halla incluido en la Constitución

Este es el ejemplo de Alemania, donde el derecho a la prueba no se establece expresamente en su constitución, sino que se halla implícito en un derecho más amplio, que es el derecho a un juicio justo o en un derecho de audiencia a las partes, incluido en la misma (7) .

Además, debemos destacar que el derecho a un juicio justo también está previsto en la Unión Europea, como uno de los aspectos más destacados de sus principios (8) .

Sin duda, la noción de juicio justo también se vincula en España al art. 24 de la Constitución Española (por ejemplo, *vid.*. STC 97/2019, de 16 de julio, f.j. 2º), aunque en el presente punto citamos la constitución alemana, ya que la española, como hemos visto anteriormente, sí cita expresamente el derecho a la prueba en dicho precepto constitucional.

En consecuencia, en Alemania debe respetarse también el derecho a la prueba, que elevará su

consideración a un rango constitucional, al pertenecer el referido derecho encajado en otro más amplio, cual es el derecho a un juicio justo, contenido en su constitución.

3. El derecho a la prueba y el derecho a un juicio justo no están establecidos en la Constitución, sino que están arraigados en su sistema legal

Como sucede en el Reino Unido y en Italia, el derecho a la prueba y el derecho a un juicio justo no están expresamente especificados en sus normas fundamentales de su sistema legal, y en el caso del Reino Unido, tampoco incluido en su ley procesal local, pero sí enraizados en su sistema legal (9) . Con respecto al derecho de acceso a la prueba, el sistema legal del Reino Unido proporciona medidas obligatorias que permiten a los litigantes presentar pruebas relevantes ante el tribunal. Este tipo de medidas son muy importantes en un sistema de justicia contradictorio, ya que corresponde a los litigantes identificar pruebas relevantes y presentarlas ante el tribunal. Sin embargo, el sistema legal proporciona una regulación para asegurar la prueba en los procedimientos judiciales (por ejemplo, un testigo no puede negarse a responder frente al juez), y el sistema también ofrece la posibilidad de pedir al otro litigante que revele una prueba ante el tribunal (por ejemplo, revelación de prueba documental) solo para garantizar la igualdad de armas procesales, ya que todas las pruebas relevantes son admisibles y deben ser accesibles para todas las partes, y el tribunal ayudaría a las partes a obtener todas las pruebas relevantes para aclarar los hechos controvertidos ante el tribunal (10) . Además, en el Reino Unido, el derecho a la prueba incluye (i) obligaciones para el testigo (ii) la obligación de testificar con veracidad; y (iii) excepciones al derecho a la prueba.

Con respecto a las obligaciones propias de todo testigo, a solicitud de la parte, el tribunal emitirá una citación de testigos requiriendo que el testigo asista al tribunal para presentar su testimonio o para presentar documentos ante el tribunal (11) .

El falso testimonio bajo juramento conduce al perjurio, que es un delito penal grave

Los testigos tienen el deber de decir la verdad. Por lo tanto, el falso testimonio bajo juramento conduce al perjurio, que es un delito penal grave (12) , y podría cometerse tanto ante un tribunal de justicia, como también en el caso de que la declaración se realice para preparar un procedimiento judicial (por ejemplo, declaración jurada previa o declaración escrita previa de un testigo (13)) o en el caso de que una persona haga una declaración falsa bajo juramento (CPR 32.14), y la ley otorga inmunidad de acción con respecto a cualquier cosa que un testigo diga en los procedimientos judiciales, pero esta inmunidad se aplica solo si las declaraciones (orales o escritas por el testigo) presentan un vínculo inmediato con los procedimientos legales (14) .

Además, y con respecto al Reino Unido, hay excepciones al derecho de acceso a la prueba, como por ejemplo el secreto profesional, el privilegio contra la autoinculpación y la inmunidad de interés público (principalmente para proteger las fuentes de información de la prensa (15)).

Finalmente, también podríamos encontrar que en Francia el derecho a un juicio justo (proceso equitativo) no está establecido en su constitución, sino que también está arraigado en su sistema legal también a través del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (16) .

Por ello, el derecho a la prueba, en mayor o menor medida, se halla bajo la protección de las normas fundamentales de cada jurisdicción, respetando en Europa el Convenio Europeo de Derechos Humanos, siendo el caso español el único en el que consta expresamente el derecho a la prueba regulado en su art. 24.

(1) En los modernos sistemas judiciales podemos encontrar una constitución en el vértice de su pirámide normativa. Así, por ejemplo, en el presente estudio, tomaremos en consideración los siguientes textos constitucionales: La constitución alemana, de 23 de mayo de 1949 (con su última modificación de 29 de julio de 2009); la constitución francesa, de 4 de octubre de 1958 (con su última modificación de 23 de julio de 2008); la constitución italiana de 27 de diciembre de 1947 (su última modificación fue llevada a cabo en octubre de 2007); y la constitución norteamericana de 17 de septiembre de 1787, que consta de diecisiete enmiendas, la última de ellas llevada a cabo en el año 1992.

En cuanto al Reino Unido, no dispone de un texto constitucional propiamente dicho, pero sí de una serie de leyes y normas fundamentales, tales como la Carta Magna de 1215 y de 1297, la Petition of Rights de 1267, la *Habeas corpus* Act de 1679, la Bill of Rights de 1688, las Leyes de su Parlamento de 1911 y de 1949, el *Status* de Westminster de 1931, las Leyes de la House of Lords de 1999, y la Ley de Reforma Fundamental de 2005.

En relación a los textos constitucionales europeos, podemos encontrar su texto en el enlace http://www.congreso.es/consti/otras/europea/flash.html, visitado el 30 de septiembre de 2019.

Ver Texto

(2) *Vid.. Picó i Junoy*, J, «*Las garantías constitucionales del proceso*», 2ª edición, J.M. Bosch, editor, Barcelona, 2012, pp. 177-184. *Además vid.. Abel Lluch*, X., «*Derecho probatorio*», J.M. Bosch, editor, Barcelona, 2012, pp. 34-44, y 265-308.

Ver Texto

(3) *Vid.. Picó i Junoy*, J, «*Las garantías constitucionales del proceso*», *op. cit., en* 180-181.

Ver Texto

(4) Convenio Europeo de Derechos Humanos, hecho en Roma, el 4 de noviembre de 1950.

Ver Texto

(5) *Vid.. Ovejero Puente*, A.M., «*El derecho al juicio justo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*», Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 240. Por su repercusión, en cuanto a la doctrina del TEDH sobre los testigos de referencia y prueba testifical practicada sin contradicción como base para fundamentar una condena, siempre y cuando se hubieran practicado bajo medidas que permitieran una correcta evaluación de la fiabilidad de la declaración, *vid.*. STEDH *Al-Khajawa y Tahery c. Reino Unido* (Gran Sala 15-12-2011).

Ver Texto

(6) *Vid.. Ovejero Puente*, A.M., *op. cit.*, pp. 241-242.

Ver Texto

(7) Como así se establece en la constitución alemana, arts. 101 y 103 de dicha constitución, aprobada el 23 de mayo de 1949.

Ver Texto

(8) *Vid.*. art. 81.2.e TFUE, que anima a los Estados de la Unión Europea a buscar y proporcionar el modelo de un juicio justo en sus jurisdicciones. Sobre un análisis histórico de la evolución del concepto de juicio justo, *vid.*. Bernales Rojas, G., «Acceso a la Justicia y debido proceso», ed. Juruá, Curitiba-Paraná-Brasil, 2019, pp. 71-107.

Ver Texto

(9) Como lo entiende unánimemente la doctrina inglesa, el derecho a un juicio justo parte de la Ley de Derechos Humanos (1998) que incorporó a las leyes nacionales inglesas los arts. 2-12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la Ley de Derechos Humanos s.3 (1), ambas primarias, y la legislación secundaria debe interpretarse, leerse y aplicarse de manera compatible con los derechos de la Convención, en la medida de lo posible. Sobre el contenido del derecho a un juicio justo en el Reino Unido, *vid.*. *Zuckerman*, «*Zuckerman on Civil Procedure*», 3ª edición, Sweet & Maxwell and Thomson Reuters, London, 2013, pp. 72-167. Dicho derecho a un procedimiento justo incluye: (i) el derecho de acceso a la justicia; (ii) el derecho a un tribunal independiente e imparcial; (iii) el principio de publicidad y el derecho a una audiencia pública; (iv) igualdad ante la ley; (v) el derecho de representación en litigios; (vi) el derecho a ser escuchado; (vii) el derecho a una decisión motivada; y (viii) el derecho de acceso a la prueba. *Vid.*. también *Dennis*, I.H., «*The Law of Evidence*», sexta edición, Sweet and Maxwell, Londres, 2017, pp. 41-42; y *Hannibal*, M. & *Mountford*, L., «*The Law of Criminal and Civil Evidence. Principles and practice*», Pearson Education Limited, Essex, 2002, pp. 18-28.

En relación a Italia, *vid.*. arts. 24 y 25 de su Constitución del 27 de diciembre de 1947.

Ver Texto

(10) *Vid.*. *Zuckerman*, «*Zuckerman on Civil Procedure*», *op. cit.,* pp. 161-163. En relación al deber de revelación de la prueba (*disclosure*), pp. 718-809.

Ver Texto

(11) El incumplimiento de tales obligaciones puede llevar a la imposición de una multa. Las excusas varias, como estar bajo obligaciones contractuales o declarar que la información es privada o confidencial no son aplicables; por lo tanto, el deber de declarar anula todas las excusas (excepto el secreto profesional). *Vid.*. *Zuckerman*, «*Zuckerman on Civil Procedure*», *op. cit.*, pp. 163-164.

Ver Texto

(12) UK Perjury Act 1911, s. 1(1); *pero además vid.*. UK Oaths Act de 1888.

Ver Texto

(13) UK Perjury Act 1911, s.1(3).

Ver Texto

(14) *Vid.*. *Zuckerman*, «*Zuckerman on Civil Procedure*», *op. cit.*, pp. 164-165, y la jurisprudencia resaltada en las notas 542-546 de dicha obra.

Ver Texto

(15) *Vid.*. *Zuckerman*, «*Zuckerman on Civil Procedure*», *op. cit.*, pp. 166-167; en relación al secreto profesional citado por dicho autor, *vid.*. pp. 810-873; y finalmente en relación a las comunicaciones remitidas «sin perjuicio», *vid.*. pp. 874-896.

Ver Texto

(16) *Vid.*. *Croze*, H. y *Laporte*, C., «*Guide Practique de Procédure Civile*», ed. LexisNexis, Paris, 2017, p. 14; *además vid.*. *Guinchard*, V.S. *et alii*, «*Droit processuel*», 8ª edition, Dalloz, París. Sin embargo, *vid.*. *Cadiet*, L., *Code de procédure civil*, 2018, LexisNexis, Paris, p. 8, quien vincula el derecho a un juicio justo con el art. 2 del Código Procesal Civil francés, pero no así con la Constitución francesa, citando la sentencia de la Cass. 2º civ., de 12 de julio de 2001, n. 00-17.239: *Bull. civ. II*, n. 140.

Ver Texto

smarteca Diario LA LEY, nº 9533, de 10 de diciembre de 2019, Nº 9533, 10 de dic. de 2019, Editorial Wolters Kluwer

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO PROBATORIO

¿Diligencias preliminares para preparar el proceso o como medio para obtener judicialmente datos protegidos?

(Comentario a propósito de las reclamaciones de presuntos fraudes de la propiedad intelectual mediante redes P2P)

Manuel Richard González

Doctor en Derecho

Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA

Miembro de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio

Resumen

¿Los hechos conocidos mediante diligencias preliminares pueden servir para reclamar extrajudicialmente a presuntos infractores? Eso es lo que está sucediendo respecto a usuarios de redes P2P a los que se reclaman cantidades por descargas ilícitas. El asunto plantea numerosos problemas respecto a la protección de datos personales, su obtención y el uso que se puede hacer de ellos a los que se atiende en este trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

Durante este año he tenido la oportunidad, como el resto de la comunidad de juristas de este país, de conocer casos relativamente impactantes respecto a hechos que tienen relación con el uso de la tecnología en teléfonos móviles o conexiones a internet que merecen nuestra atención. Me estoy

refiriendo, por ejemplo, a casos como el protagonizado por la Liga Nacional de Futbol Profesional a la que en junio de 2019 la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) impuso una sanción de 250.000 euros por la actividad ilícita de su «app» oficial que se servía del micrófono y el dispositivo de geolocalización de los teléfonos móviles de los usuarios de la citada aplicación para detectar emisiones piratas en los bares. Se trataba de un uso, previsto en las condiciones y términos legales que los usuarios suscribían al descargar la aplicación. No obstante, fueron muchos los usuarios que reclamaron al considerar que la información a ese respecto no era lo suficientemente transparente. Y tenían razón, puesto que tal uso del dispositivo móvil del usuario de la App sólo puede calificarse de abusivo. Siendo así de nada serviría que la información fuera clara y diáfana, puesto que a mi juicio tal clase de cesión de uso es ilícita, puesto que nadie puede autorizar a otro que se sirva de su teléfono para espiar ruidos de ambiente o conversaciones en las que si bien el que autoriza es parte (y por tanto podría autorizar la escucha) también lo es un tercero que nada sabe de la escucha e intervención de la comunicación por un tercero y que también debería dar su consentimiento.

Otro ejemplo, que es al que se refiere este trabajo, es el acaecido también este año, que involucra usuarios de redes P2P y titulares de derechos de propiedad intelectual. El caso que se analiza surge en los medios de comunicación ante la recepción masiva por parte de usuarios de redes P2P de cartas en cierto tono de exigencia reclamando cantidades en concepto de descarga de contenidos de propiedad intelectual protegidos, so pena de ser demandados en vía judicial. El problema es que los datos de identificación de los usuarios requeridos habían sido obtenidos mediante la petición de diligencias preliminares al amparo del art. 256.1.11 LEC que, efectivamente, permite solicitar la identidad de usuarios de Internet, pero en los términos que el precepto establece. Desde mi punto de vista tales requisitos no se cumplieron. Además, el modo de operar de los reclamantes levanta dudas sobre como calificar la conducta del que solicita diligencias preliminares para a continuación utilizar esos datos para reclamar extrajudicialmente con advertencia de acudir en caso de no cumplir con la exigencia de pago a la vía judicial, que por otra parte ya se ha iniciado con la petición de diligencias preliminares. El asunto en su conjunto plantea numerosas dudas que vamos a analizar a continuación.

II. REGULACIÓN LEGAL, CLASES Y FINALIDAD DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES

Las diligencias preliminares tienen por finalidad la preparación del proceso a cuyo fin el que pretenda demandar puede solicitar al Juez que se acuerden algunas de las medidas previstas en la LEC, al objeto de obtener información sobre distintos aspectos sobre el carácter o personalidad de la persona a la que se pretenda demandar o respecto del objeto litigioso. Naturalmente que el Juez debe comprobar la idoneidad y necesidad de la petición a efecto de obtener información que pueda resultar necesaria para la interposición de la demanda, sin que pueda admitirse con cualquier otra finalidad. Admitida la diligencia el requerido está obligado a cumplir con el mandato, con la consecuencia que la negativa a colaborar puede tener efectos inmediatos para el cumplimiento de la diligencia, así como en el proceso posterior. Ahora bien, también genera obligaciones para el requirente en tanto que, como se ha dicho, la finalidad de la diligencia no es otra que preparar el proceso. De modo que, transcurrido un mes desde la terminación de las diligencias preliminares el Juez dictará auto de archivo de las actuaciones con pérdida de la caución prestada por el solicitante (art. 256.3 LEC). Pero, nada impide que el solicitante pueda interponer posteriormente demanda, puesto que la decisión de archivo es meramente procesal. De modo que no existe sanción procesal

alguna, más allá de pérdida de la caución, para el solicitante de las diligencias preliminares para el caso de no interponer, finalmente, la demanda. Ahora bien, ello no es óbice para que debamos entender que las diligencias preliminares no pueden utilizarse para otros fines distintos a los expresados y, concretamente, no pueden servir para obtener una tutela cautelar u obtener o practicar pruebas anticipada (1) . Tampoco para utilizar datos personales con la finalidad de iniciar un procedimiento de reclamación extrajudicial advirtiendo de la iniciación de la vía judicial en caso de no atener al requerimiento, cuando esa vía judicial ya se ha iniciado. Esa conducta es como mínimo engañosa para los requeridos y plantea sospechas de abuso procesal.

Las diligencias preliminares que cabe solicitar se contienen en el art. 256 LEC.

Las diligencias preliminares que cabe solicitar se contienen en el art. 256 LEC. Esta enumeración debe considerarse enunciativa aunque no ilimitada, por lo que no puede excluirse *a priori* la posibilidad de adoptar cualquier otra diligencia que cumpla con la finalidad prevista en la Ley de preparación del proceso. A mi juicio debe realizarse una interpretación flexible de los supuestos que la citada norma regula, debiendo analizar si la diligencia es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue y si concurre justa causa e interés legítimo.

Son diligencias preliminares la petición de una serie de actividades tendentes todas ellas a obtener información necesaria para que el solicitante pueda interponer su demanda, partiendo de la base de la imposibilidad de obtenerla por sí mismo. Entre las medidas previstas en la Ley se hallan las siguientes: 1º) La declaración de hechos o circunstancias sobre la capacidad, representación y legitimación dirigida a la persona a quien se dirigiría la demanda (art. 256.1.1º LEC). 2º) La exhibición de la cosa mueble a que haya de referir el juicio (art. 256.1.2º). 3º) La exhibición del acto de última voluntad (art. 256.1.3º). 4º) La exhibición de documentos y cuentas de sociedades o comunidades (art. 256.1.4º). 5º) La exhibición del contrato de seguro de responsabilidad civil (art.256.1.5º). 6º) La solicitud de medidas de averiguación de los integrantes del grupo de afectados en procesos para la defensa de intereses colectivos de consumidores y usuarios (art. 256.1.6º). 7º) Otras diligencias previstas en leyes especiales (art.256.1.7º).

Entre las diligencias preliminares que prevé la Ley nuestro interés se centra en las que se recogen en los apartados 7º y 10 del art. 256.1 LEC y, más específicamente, la diligencia preliminar regulada en el apartado 11 del art. 256.1 LEC que prevé que el juicio pueda prepararse: «*Mediante la solicitud, formulada por el titular de un derecho de propiedad intelectual que pretenda ejercitar una acción por infracción del mismo, de que un prestador de servicios de la sociedad de la información aporte los datos necesarios para llevar a cabo la identificación de un usuario de sus servicios, con el que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de prestación de un servicio, sobre el que concurran indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad intelectual, y mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales, teniendo en cuenta el volumen apreciable de obras y prestaciones protegidas no autorizadas puestas a disposición o difundidas*».

La diligencia contenida en el apartado 11 del art. 256.1 LEC, al igual que las contenidas en los apartados 7 y 10, se incorporó a la LEC con motivo de la Ley 21/2014 de modificación de la Ley de Propiedad intelectual con la finalidad de poder obtener la identificación de un usuario sobre el que hubiese «*indicios razonables*» de poner a disposición o difundir contenidos protegidos con la

finalidad de ejercitar alguna de las acciones previstas en los arts. 138 y ss LPI.

Las exigencias contenidas en el apartado 11 del art. 256.1 LEC son especialmente rigurosas atendiendo a la especial afectación del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Es por ello que la Ley exige los siguientes requisitos: — que el solicitante sea «*el titular de un derecho de propiedad intelectual*» — que no se trate de meros consumidores finales de buena fe; — que actúen sin ánimo de lucro; y — que se trate de una infracción de entidad atendiendo al volumen de obras protegidas afectadas. Se trata de unos requisitos que deberá cumplir el solicitante de la diligencia preliminar aportando a este fin: «*indicios razonables*» de la actividad ilícita en el marco de lo previsto en la Ley. En otro caso el Juez deberá denegar la práctica de la diligencia preliminar. El Tribunal resolverá sobre la solicitud y procedencia de la diligencia preliminar solicitada con base en la adecuación a la finalidad y la concurrencia y cumplimiento de los requisitos contenidos en la Ley. El auto acordando las diligencias preliminares no es susceptible de recurso, siendo posible la apelación en el supuesto de denegación (art. 258 LEC). En el mismo auto que estima la petición el Juez dictará auto requiriendo a la operadora de comunicaciones a entregar los datos de identificación de los usuarios titulares de los servicios de comunicación mediante los que se realizó el acto presuntamente ilícito. En cuanto al alcance temporal de la petición el propio art. 256.1.11 LEC se refiere a usuarios que lo hubiesen sido de la operadora de comunicaciones dentro de los 12 meses anteriores a la solicitud, teniendo en cuenta que ese es el plazo de tiempo durante el que las operadoras deben conservar los datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones conforme con el art. 5 de la Ley 25/2007 de conservación de datos.

III. SOBRE LA PETICIÓN DE DILIGENCIAS PRELIMINARES EN LOS PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS ANTE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL PARA OBTENER LA IDENTIFICACIÓN DE LOS USUARIOS, PRESUNTOS INFRACTORES DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, EN LAS REDES P2P

La diligencia contenida en el apartado 11 del art. 256.1 LEC ha sido utilizada de forma masiva este mismo año con una finalidad, en principio, bien distinta a la prevista en la Ley. Efectivamente, durante el presente año hemos tenido noticia de numerosas reclamaciones extrajudiciales de empresas titulares de derechos de propiedad intelectual dirigidas a usuarios de redes P2P que habrían obtenido los datos personales de los usuarios mediante el recurso a las diligencias preliminares citadas. Este es el caso del procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao en el que se resuelve una reclamación de juicio verbal planteada por la empresa SHE …/… frente a una persona en reclamación de 150 € más intereses legales por la infracción del derecho de propiedad intelectual de la película «Lady …/…» que la demandante afirmaba eran de su propiedad exclusiva. La sentencia, como se expone a continuación, fue absolutoria. Pero lo que merece especial atención es el proceder de la demandante que había conseguido los datos de identificación del usuario de una red P2P mediante una diligencia preliminar al amparo del art. 256.1.11 LEC. Datos que sirvieron para interponer la demanda y, al mismo tiempo, para requerir extrajudicialmente de pago al usuario usando a ese fin los datos obtenidos en la diligencia preliminar gracias al requerimiento judicial.

El caso resuelto en la sentencia citada no es único, sino que en la Comunidad autónoma vasca numerosos usuarios de redes P2P han recibido reclamaciones por infracción de derechos de

propiedad intelectual utilizando a ese fin los datos de identificación obtenidos mediante el recurso a la diligencia preliminar regulada en el art. 256.1.11 LEC. En el caso del País Vasco la empresa requerida judicialmente al efecto de identificar a los usuarios ha sido EUSKATEL, pero tengo constancia de otras reclamaciones extrajudiciales recibidas por usuarios del resto de España con otros proveedores, como por ejemplo MOVISTAR. En este punto cabe señalar que el problema no se halla en la operadora de comunicaciones, sino en el control riguroso de la petición de diligencias preliminares que el Juez no debe admitir cuando, como en el caso que se expone aquí, no se cumplen los requisitos que prevé el art. 256.1.11 LEC a ese fin. Sobre este particular podemos adelantar que, por lo general, los usuarios respecto de los que se pide identificación son consumidores finales de buena fe que actúan sin ánimo de lucro y que no comparten ningún volumen apreciable de obras protegidas. Además, la petición de diligencia preliminar no se fundamenta aportándose únicamente los datos de una IP obtenida mediante un *software* (no se explica de que clase y cómo) que ha determinado que puso a disposición de otros usuarios obras protegidas. De modo que no se cumple la exigencia de aportar indicios razonables de la existencia de una actividad ilícita por falta de una mínima fundamentación a ese respecto. Lo que sucede, probablemente, es que la empresas titulares de derechos de propiedad intelectual solicitan diligencias preliminares al efecto de obtener identificación de usuarios a los que requerir extrajudicialmente con el tono y los argumentos que todos conocemos con la finalidad de obtener pagos por presuntas infracciones de obras protegidas, eludiendo de ese modo un proceso en el que difícilmente pueden ganar. Sirviéndose de un incidente procesal como son las diligencias preliminares para un fin que no es el previsto en la Ley.

1. Análisis de la sentencia de 25 de junio de 2019 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao en el procedimiento de reclamación por infracción de derechos de propiedad intelectual

En la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao el Juez desestima demanda planteada por el titular de un derecho de propiedad intelectual de la película «Lady …/…» en la que solicitaba 150 € de indemnización más intereses legales. La cantidad exigida la fijaba la actora teniendo en cuenta la remuneración que hubiere percibido la propietaria si el demandado hubiere solicitado autorización para el acto de comunicación pública de poner a disposición de terceros la película referida. Más concretamente el acto ilícito, y fundamento de la petición, consistiría en: «*poner a disposición o difundir de forma directa o indirecta el fichero con nombre Lady …/… (HDRip) (EliteTorrent.net).avi, correspondiente a la película del mismo nombre, mediante un programa Cliente P2P y con fecha mes/día/año-hora) 1/28/2018 3:57:41 PM, desde la IP n.º.../… de la que es titular vulnerando la ley de propiedad intelectual*». En su contestación el demandado negó que la obra estuviere protegida por derechos de autor, que la actora ostentase titularidad alguna sobre la citada película, que el demandado hubiere cometido infracción alguna y que la actora hubiese acreditado la existencia de daño alguno.

En su sentencia el Juzgado se centró en la cantidad solicitada por la actora citando a ese fin jurisprudencia del TS respecto al modo en el que se puede determinar la cantidad que procedería en concepto de daños y perjuicios, o regalía hipotética, que correspondería a la actora. Concretamente se citan las SSTS de 19 de febrero de 2016 (n.º sentencia 98/2016; n.º recurso 2716/2013); y 3 de mayo de 2017 (n.º de sentencia 263/2017, n.º recurso 2579/2014), así como otras de la Audiencia Provincial de Madrid (30 septiembre 2013) y de Barcelona (3 de noviembre de 2006). Precisamente, en esa última sentencia se rechaza el pago de unos daños hipotéticos porque el demandante no pidió una cantidad determinada ni tampoco realizó actividad probatoria

para cuantificar su importe. Ese último argumento es el que acoge el juzgado para desestimar la demanda entendiendo que: «*El criterio de la regalía hipotética libera de la necesidad de acreditar el real daño sufrido pero no de alegar y acreditar los elementos que conducen a su cuantificación y que han de poder ser valorados por el Juez para concluir sobre su razonabilidad*». Es por ello por lo que se desestima la demanda con imposición de costas al demandante.

No es de nuestro interés específico en este trabajo la argumentación del Juzgado para desestimar la demanda, que se fundamenta en la falta de la prueba del concreto perjuicio ocasionado. Sin embargo sí lo es la cuestión previa y esencial, cuál es la determinación previa de la responsabilidad del demandado en el citado acto ilícito. A esa cuestión no se refiere la sentencia en la que se dice que: «*planteado el debate y siendo los requisitos del art. 1902 del CC (acción u omisión antijurídica, daño y relación de causalidad) los que deben concurrir para que prospere la acción ejercitada, procede analizar tales requisitos, anticipando la juzgadora que la demanda será desestimada …/… porque no aporta el demandante elemento probatorio alguno de la indemnización que pretende. En consecuencia, no concurriendo el tercero de los requisitos necesarios para estimar la acción ejercitada, se desestimará la demanda sin necesidad de entrar en el examen de los dos primeros*».

La absoluta ausencia de argumentación sobre la existencia de un acto ilícito del que sería responsable el demandado resulta bastante llamativa, en tanto que, a mi entender, el Juzgador no puede ni debe saltarse ningún paso en la argumentación jurídica de su decisión. De modo que antes de determinar si la cantidad solicitada por el actor es adecuada y se puede conceder tutela se debe fijar la previa existencia del hecho dañoso y la responsabilidad del demandado. De otro modo, se dan por supuestos ambos hechos sin ninguna clase de prueba. Paradójicamente el mismo defecto que la sentencia atribuye a la demanda del actor (falta de concreción de los elementos que conducen a la cantidad solicitada) se contiene en la sentencia que resuelve el litigio en tanto que no se concreta la argumentación que conduce a desestimar la demanda en una sentencia que, por otra parte, no es susceptible de recurso de apelación en atención a la cuantía del litigio. A esa cuestión me refiero al final de este trabajo.

La realidad es que ambas cuestiones, existencia del acto ilícito y responsabilidad del presunto infractor, planteaban, probablemente, serias dudas respecto de su atribución al demandado. Razón por la el Juzgado no entendió acreditados tales hechos. Sin perjuicio de ello lo cierto es que el Juzgado había dictado un auto acordando diligencia preliminar, por la que ordenaba a la operadora de comunicaciones EUKASTEL a aportar los datos de titularidad de la IP (número de identificación del acceso a Internet) que la actora había identificado como el punto de conexión a la red desde el que se habría producido el acto ilícito. La cuestión no es baladí puesto que se trata de una orden judicial que afecta al derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones y la intimidad de los ciudadanos. Es por ello que parece que hubiere sido conveniente que el Juzgado analizase en su sentencia si la medida preliminar adoptada estaba fundada, a la luz de la prueba practicada. Cuestiones que, como he dicho, la sentencia da por supuestas, ya que absuelve por falta de concreción de la cantidad solicitada, no por falta de acreditación del acto ilícito y la responsabilidad del demandado que cabe entender que da por acreditadas sin valorar prueba alguna. Tampoco conocemos la argumentación jurídica que fundamentó la adopción de la diligencia preliminar que como veremos a continuación precisa de una especial y cuidadosa atención a los requisitos legales y a su fundamentación al afectar derechos fundamentales.

2. Sobre la adopción de diligencias preliminares en el juicio verbal seguido ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao (sentencia de 25 de junio de 2019) en el procedimiento de reclamación por infracción de derechos de propiedad intelectual

Ciertamente, la cuestión esencial en el procedimiento analizado no era la determinación de la cantidad solicitada por el actor, sino la prueba sobre la determinación de la existencia de un acto dañoso y su autoría. Y, más concretamente, de qué modo esas cuestiones deben ser acreditadas «*in limine*» en la petición de diligencias preliminares. A este respecto, nada se dice en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao. Aunque, parece claro, por informaciones periodísticas, confirmadas por un comunicado de la empresa EUSKATEL, que la actora solicitó que se adoptara diligencia preliminar a efecto de requerir a la citada operadora de comunicaciones para que proporcionase los datos personales y de contacto de los titulares de direcciones de IP dinámicas desde las que presuntamente se había realizado el acto ilícito (2) . Orden Judicial que naturalmente EUSKATEL cumplió a pesar de entender que tal orden no estaba debidamente justificada. No dispongo de la petición de diligencias preliminares ni del auto que las autorizó que se supone que debe contener suficiente motivación. En cualquier caso parece claro lo siguiente:

1º La petición de diligencias preliminares sólo pudo fundarse en el art. 256.1.11 LEC en tanto que los otros dos apartados que se refieren a propiedad intelectual no son aplicables a usuarios finales.

2º La norma contenida en el art. 256.1.11 LEC, al igual que la prevista en el art. 256.1.7 LEC, prevé la petición de datos de identificación por el titular del propietario de un derecho de propiedad intelectual de usuarios en los que concurran las siguientes condiciones: — que no se trate de meros consumidores finales de buena fe; — que actúen sin ánimo de lucro; y — que se trate de una infracción de entidad atendiendo al volumen de obras protegidas afectadas. Con base en el precepto el peticionario de la diligencia preliminar debe ofrecer suficiente justificación de todas la exigencias legales. Además deberá justificarse suficientemente el procedimiento técnico utilizado para obtener la dirección IP desde la que presuntamente se realizó la infracción con aportación de los archivos ofrecidos y a los que pudo acceder de forma efectiva el solicitante (entiéndase el *software* empleado a ese fin). Especialmente importante es que el solicitante acredite como se ha individualizado la dirección IP de la que se pide el titular y que se ha seguido el tratamiento legal de protección de datos personales (la IP lo es). Finalmente, el solicitante de la diligencia preliminar, con carácter general y teniendo en cuenta los requisitos expuestos, debe aportar indicios razonables que permitan considerar la petición teniendo en cuenta la afectación de derechos fundamentales que supone.

3º En este punto la pregunta es ¿Cumplió la demandante con los requisitos expuestos? La respuesta es que probablemente no, según resulta del estudio de los hechos que fueron objeto de enjuiciamiento en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao.

En primer lugar se plantea el modo en el que el solicitante de la diligencia preliminar haya obtenido las direcciones IP de aquellos respecto a los que solicita su identificación. No disponemos del Auto que concede la diligencia preliminar, pero conforme con informaciones procedentes de la defensa de los demandados la petición se fundamentó en un simple listado de Excel en el que constaban direcciones IP que la solicitante de las medidas habría obtenido mediante: «*un barrido por la red con un software de rastreo a la caza de direcciones de IP «infractoras»*». De modo que en el caso de la obra protegida presuntamente compartida la titular procedió a rastrear, recopilar y almacenar todas las direcciones de IP detectadas por el *software* de rastreo entre los días 15 de julio de 2017 y 16 de abril de 2018» (3) . El rastreo al que se refiere la solicitante probablemente consistió en el acceso a las redes P2P en búsqueda de determinados títulos y el usuario que los compartía para a continuación proceder a la descarga, en su caso, del título protegido (aunque en

realidad no me consta que hubieran aportado ese hecho de la obtención real de la obra protegida). Sobre este particular, señala MAEZTU que las peticiones de diligencias preliminares en este concreto caso se fundamentaron en un: « *documento de Excel donde la productora en cuestión ha guardado todas las IPs que, supuestamente, han compartido contenidos de su propiedad de forma ilegal. Y ya está. «No hay ni siquiera capturas o vídeos donde se vea cómo realizan el supuesto 'hash' para conseguir la IP en cuestión y las horas en las que se estaba usando dicha dirección para compartir estos contenidos*» (4) .

La peticionaria de la diligencia preliminar debe justificar y explicar suficientemente los programas utilizados para individualizar la IP

Desde mi punto de vista la peticionaria de la diligencia preliminar debe justificar y explicar suficientemente los programas utilizados para individualizar la IP respecto a la que se pide identificación. No es objeto de este trabajo atender a cuestiones excesivamente técnicas, pero téngase presente que en el momento presente no resulta fácil llevar a cabo esa individualización teniendo en cuenta las diferentes formas de conectarse a Internet mediante una red pública, red privada o red local, conexiones IP dinámicas, conexiones mediante protocolos VPN, etc. Por otra parte, y eso es otra cuestión, la titularidad de una IP tampoco permite atribuir a esa persona la responsabilidad por los actos que se puedan haber realizado desde ese punto de acceso a Internet. En definitiva, siguiendo las propias manifestaciones de la operadora de comunicaciones parece claro que la solicitante de diligencias preliminares no expuso el procedimiento de individualización de las IP respecto a las que solicitaba identificación. Simplemente por ello habría que haber rechazado la petición (5) .

En segundo lugar, el solicitante debe justificar, conforme con el art. 256.1.11 LEC, que la persona de la que se solicita la identificación no es un mero consumidor final de buena fe que actúa sin ánimo de lucro. Y por si existiese alguna duda respecto a que quiere decir el legislador se añade que debe existir un volumen apreciable de obras protegidos que se ponen a disposición de usuarios. Extremos que no consta se hubieren acreditado ante el Juzgado de lo mercantil n.º 2 de Bilbao (6) .

3. Sobre la reclamación extrajudicial de la solicitante de diligencias preliminares con base en los datos de identificación obtenidos mediante el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao

En este punto la cuestión se pone interesante, ya que al parecer la titular del derecho protegido, vamos a dar por bueno que es titular del citado derecho, una vez en posesión de los datos obtenidos mediante la diligencia preliminar se dirige al titular de la dirección IP y le ofrece solucionar el asunto mediante el pago de una cantidad. No tengo una certeza absoluta, pero parece ser que se reclaman los 150 € reclamados en la demanda más una cantidad bastante superior en concepto de gastos de gestión (7) . En ese punto pareciere que los demandantes habrían utilizado los datos obtenidos mediante la diligencia preliminar para un fin distinto que la preparación del proceso. Es por ello que desde la operadora de comunicaciones, obligada a la entrega de los datos, se dice que se puede haber infringido la Ley de protección de datos, por lo que presenta denuncia ante la AEPD (8) .

Efectivamente, la conducta de la demandante pareciere dirigida a la obtención de los datos de identificación de los usuarios de redes P2P para utilizarlos principalmente en sus reclamaciones *extra*-judiciales y secundariamente para interponer unas demandas que difícilmente pueden prosperar en tanto que por lo visto no se cumplen los requisitos de fondo para poder condenar por

una infracción de los derechos de propiedad intelectual. De ese modo, parece claro que se infringe la finalidad de las diligencias preliminares que no es otro que obtener datos para preparar un proceso. Un proceso que se va iniciar, porque se conoce quien va a ser el demandado, a salvo de algún elemento de hecho concreto necesario para fundamentar la demanda. En el caso concreto de la diligencia del art. 256.1.11 LEC la titularidad del punto de acceso a Internet que por ser una dato protegido no puede obtenerse sin una orden judicial.

IV. CONCLUSIONES

Las conclusiones que pueden extraerse a partir del supuesto analizado pueden resultar útiles. Podemos reducirlas a las siguientes:

1ª En este trabajo no pretendo hacer referencia a la legitimación que pueda tener el titular de una obra protegida para instar una indemnización por su uso. Sino, únicamente hacer referencia a los límites legales respecto a la solicitud de diligencias preliminares. Pues bien en ese contexto resulta claro que, respecto a los usuarios de contenidos que pueden hallarse a su disposición en Internet,, únicamente puede solicitarse la identificación de los presuntos infractores respecto a las redes P2P en las que se pone a disposición una obra protegida. Siempre claro está con cumplimiento de los requisitos contemplados en el art. 256.1.11 LEC. Siendo así, no cabe por ejemplo solicitar la identificación de la titularidad de una IP respecto de aquellos usuarios que meramente reproducen un contenido audiovisual que se halla en Internet (9) .

2ª Lo que puede solicitar la peticionaria de diligencias preliminares es simplemente la identidad del titular de la conexión IP. Nada más. Es decir, no puede pedirse ninguna clase de información referente a las páginas Web visitadas. Sencillamente, porque esta información no es objeto de conservación conforme al art. 3 de la Ley 25/2007 de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas. Efectivamente, no está previsto que la operadora de comunicaciones almacene el histórico de páginas webs visitadas por sus clientes ni tan siquiera el nombre del dominio donde se alojan esas páginas Web.

3ª El ejemplo expuesto de petición de diligencias preliminares respecto a usuarios de redes P2P y la consiguiente utilización de los datos para formular reclamaciones masivas de compensación (lite pendente) se ha limitado hasta ahora a la Comunidad Autónoma Vasca. Sin embargo, parece ser que este proceder tiene voluntad de ser extendido al resto de España. La razón para que aún no se tengan noticias en otros lugares, parece que se debe al hecho de que en otros Juzgados de lo Mercantil la carga de trabajo no ha permitido dar trámite todavía a las peticiones de las entidades titulares de derechos de propiedad intelectual. De modo que habrá que estar alerta a la extensión de este proceder que a mi juicio no es adecuado en tanto que se sirve de las normas procesales con una finalidad distinta para lo que fueron concebidas.

4ª La utilización de los datos de usuarios de comunicaciones por parte de las empresas titulares de derechos de propiedad intelectual obtenidos con el fin de instar una diligencia preliminar de identificación del usuario puede vulnerar la normativa de protección de datos. Concretamente los arts. 4 y 5 del Rº dela Unión Europea 679/2016 de protección de datos y arts. 4 y ss LO 3/2018 de protección de datos. Esto es así, por cuanto la determinación exacta de la dirección IP del usuario de una red P2P supone, necesariamente, el tratamiento de un dato que es protegible conforme con la Ley (10) . De modo que, como mínimo, el solicitante deberá cumplir con todos los requisitos en orden al tratamiento de datos personales, lo cual no queda acreditado que se cumpla en las peticiones de diligencias preliminares (11) . Es por ello que

EUSKALTEL está denunciando ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) a todas aquellas titulares de derechos de propiedad intelectual que utilizan los datos de sus clientes, a medida que los usuarios ponen en conocimiento del operador la recepción de las comunicaciones reclamando una compensación. En las denuncias se solicita a la AEPD que: *«analice los hechos denunciados para que compruebe si se incurre en las infracciones administrativas denunciadas, también se ha solicitado a la AEPD que adopte medidas provisionales, consistentes en que ordene a la productora que deje de enviar más cartas a los usuarios»*. Además, la operadora de comunicaciones aconseja a los usuarios que si reciben un correo electrónico o una carta de una productora cinematográfica en la que se les reclama una cantidad de dinero en concepto de derechos de propiedad intelectual, consideren que se puede estar vulnerando sus derechos, por lo que les recomienda que se limiten a poner los hechos en conocimiento de la AEPD a través del procedimiento de reclamación previsto a ese fin (12) .

5ª Finalmente, en el caso aquí expuesto se plantea una importante cuestión. Es la referida a la limitación del recurso de apelación en aquellos supuestos de juicios por la cuantía que no superen la cantidad de 3000 Euros (art. 455.1 LEC). Todas las cuestiones que aquí se han tratado no van a tener una jurisprudencia unificadora en tanto que tratándose de cantidades menores a 3000 euros no pueden ser objeto de apelación. Así, en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao se da cuenta que la resolución no es susceptible de recurso alguno. De ese modo se impide que la Audiencia Provincial y, en su caso, el Tribunal Supremo puedan pronunciarse respecto a unas cuestiones que, más allá de la cuantía, suponen un auténtico problema social que precisa ser resuelto. Esta es una cuestión a la que yo mismo atendía en un lejano 1998 en un libro que trataba sobre el recurso de apelación decía lo que transcribo a continuación en tanto que lo considero plenamente vigente: «*la razón o fundamento que asiste al recurrente en apelación existe igualmente para todas las causas, independientemente del mayor o menor valor de su objeto* (13) *. Téngase en cuenta, por último, que la limitación del acceso a la apelación de los asuntos de escasa cuantía, pero numerosos y de evidente importancia para los litigantes, produce una atomización innecesaria de las decisiones judiciales. En este sentido, otorgar el mismo tratamiento a muchos casos en masa es razón importantísima para que se mantenga la facultad de que el justiciable pueda acudir a otro órgano judicial para que vuelva a conocer de su asunto y así superar riesgos de falibilidad irremediables* (14) *. Piénsese que en asuntos como son los juicios verbales del automóvil o la mayoría de procesos arrendaticios, en estos momentos excluidos del recurso de casación, la única jurisprudencia que puede servir de referencia es la del TC, ya que en el supuesto de vulnerarse algún derecho fundamental no cabe al litigante otro recurso que el de amparo. No cabiendo siquiera recurso de apelación el litigante insatisfecho tenderá a buscar una nueva revisión del asunto a través de los posibles vicios o quebrantos que puedan haber acaecido en la sustanciación del juicio, que sólo encontraba la vía desproporcionada del recurso de amparo*».

---

(1) Véase el Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº. 1 de Barcelona (Auto 34/2015) de 30 Ene. 2015, Rec. 1120/2014 que señala que: «*Finalmente, conviene tener presente que la finalidad de las diligencias preliminares es la de aclarar cuestiones cuya determinación es condición indispensable para poder entablar el procedimiento judicial, pero tales actuaciones no deben ser confundidas con las propias y típicas diligencias de prueba, que constituyen el objeto del procedimiento y que deben ser practicadas en el curso del mismo, sin que pueda admitirse que por la vía de las diligencias preliminares se esté efectuando la práctica de pruebas anticipadas*».

Ver Texto

(2) Véase: https://www.euskaltel.com/euskaltel-responde

Ver Texto

(3) http://bit.ly/2Qbl2O5

Ver Texto

(4) http://bit.ly/2O1UUCB

Ver Texto

(5) A ese respecto la operadora de comunicaciones EUSKATEL afirma en la información suministrada públicamente que: «*Desde Euskaltel desconocemos la forma en que las productoras han conseguido el listado de IPs. Puede haber ocurrido que hayan tenido algún error en la obtención de ese listado de IPs y estén solicitando a los juzgados identificar a clientes que realmente no se han descargado el contenido*.» (https://www.euskaltel.com/euskaltel-responde),

Ver Texto

(6) Sobre este particular LLOPIS señala que: «*cuando los enlaces son proporcionados por usuarios —haciendo uso para ello de páginas web en formato 2.0—, es habitual que estos carezcan de ánimo de lucro —el cual pertenecerá, en todo caso, al titular del sitio de Internet desde el que se ofrecen los hipervínculos—. Esta falta de ánimo de lucro determina que no pueda aplicarse la presunción iuris tantum de que quien facilitó el enlace sabía, o podía saber, la ilicitud del contenido enlazado, por lo que corresponde al titular del derecho infringido demostrar la concurrencia del conocimiento necesario para considerar que el usuario realizó un acto de comunicación pública no autorizado*». Véase LLOPIS NADAL P., Direcciones IP y presunto anonimato. Tras la identidad del usuario infractor de derechos de propiedad intelectual en Internet. Indret n.º 4/2018, pág. 19.

Ver Texto

(7) http://bit.ly/2O1UUCB

Ver Texto

(8) A este respecto EUSKATEL señala que: «*Desde Euskaltel entendemos que los demandantes han utilizado estos datos personales con fines diferentes a los permitidos según la ley de Protección de datos, y hemos presentado varias denuncias ante la AEPD (Agencia Española de Protección de Datos). Tan pronto tengamos conocimiento del avance de las denuncias lo comunicaremos*» (https://www.euskaltel.com/euskaltel-responde)

Ver Texto

(9) «*La diligencia preliminar del art. 256.1.11.º de la LEC se establece con el propósito de identificar al usuario sobre el que concurren indicios razonables de que pone a disposición o difunde, de forma directa o indirecta, materiales protegidos por la propiedad intelectual; en consecuencia, su solicitud únicamente será posible cuando el usuario realiza una de estas dos actuaciones, quedando excluidos los actos de reproducción ilícitos*».Véase LLOPIS NADAL P., Direcciones IP …ob. cit., pág. 18.

Ver Texto

(10) Conforme con el art. 4 Rº 679/2016 son «datos personales»: «toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona». Por su parte el Tribunal Supremo también considera la IP un dato personal: «no cabe

duda que, a partir de la dirección IP puede identificarse directa o indirectamente la identidad del interesado, ya que los proveedores de acceso a internet tienen constancia de los nombres, teléfono y otros datos identificativos de los usuarios a los que han asignado las particulares direcciones IP» STS de 3 de octubre de 2014, n.º 3896/2014. En el mismo sentido, la STJUE que afirma que las direcciones IP constituyen datos de carácter personal (STJUE de 19 de octubre de 2016 (Caso Breyer) (C-582/14), apartado 49.

Ver Texto

(11) En este sentido LLOPIS señala que_: «*A efectos de averiguar la identidad del usuario es necesario que, previamente, el solicitante de la diligencia disponga de su dirección IP, lo que supone llevar a cabo un tratamiento de datos personales; en consecuencia, puede existir cierto interés en que este tratamiento, si bien legalmente permitido, se realice de forma individual respecto de cada derecho por su propio titular. No obstante, mantener esta afirmación exige demostrar dos extremos: que las direcciones IP son datos de carácter personal y que el propio art. 256.1.11.º de la LEC es habilitación legal suficiente para su tratamiento. Acerca de si las direcciones IP debían ser consideradas datos de carácter personal al ser tratadas por terceros distintos a los prestadores de servicios de acceso, la doctrina ha mantenido opiniones contrapuestas, siendo la postura mayoritaria la de atribuirles la condición de datos personales*». Véase LLOPIS NADAL P., Direcciones IP …ob. cit., pág. 9.

Ver Texto

(12) https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/vistas/formNuevaReclamacion/reclamacion.jsf

Ver Texto

(13) En los términos expresados, se pronuncia MATTIROLO que señala acertadamente: «... Añádase que el valor pecuniario del proceso tiene una importancia muy diversa con respecto a cada litigante, importancia que depende de las distintas condiciones económicas en que los litigantes se encuentran... ¿ con que derecho se podrá privar a la clase menos acomodada de una garantía que sin embargo se considera como necesaria para la recta administración de la justicia?.. La importancia del proceso puede depender de variadas circunstancias que escapan a la apreciación de un extraño. (MATTIROLO, Tratado de Derecho Judicial, Madrid 1936, págs 426 y ss). De hecho, como explica MATTIROLO, la señalada limitación a la facultad de apelar en función de la cuantía del pleito no existía en el derecho romano siendo introducida por las leyes francesas, pues se quiso evitar que el valor del objeto controvertido fuera enteramente absorvido, y mucho más sobrepasado por la cuantía de las costas del juicio.

Ver Texto

(14) CORTES DOMINGUEZ, señala que la apelación debe potenciar al máximo su función posibilitando el doble grado de la jurisdicción. Se trata de establecer un sistema que haga posible con la máxima generosidad que los justiciables pueda ver satisfecho su derecho constitucional y que los problemas jurisdiccionales que tengan sean resueltos o decididos definitivamente tras un doble conocimiento judicial (A.A.V.V., Jornadas sobre la reforma del proceso civil, Ministerio de Justicia, Madrid 1990, pág. 214). Por su parte, SAAVEDRA GALLO señala que precisamente en los juicios verbales la realidad práctica pone de relieve muchas grietas relegadas, finalmente, en las sentencias. Cerrar la 'puerta' de la segunda instancia supone un grave quebranto en la posibilidad de repararlas (A.A.V.V., Comentarios sobre la reforma procesal civil, Oviedo 1992, pág. 92).

Ver Texto