



Dirección:
Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:
Juan Javier Pérez Pérez



PUBLICACIONES AJFV
SERIE:
BOLETINES JURÍDICOS

www.ajfv.es

Síguenos en:



BOLETÍN DIGITAL PENAL

NÚMERO 28. MES NOVIEMBRE 2018

00

La prueba pericial en el proceso civil y
penal.

Luis Seguí Sentagne
Abogado

LA PRUEBA PERICIAL EN EL PROCESO CIVIL Y PENAL.**Luis Seguí Sentagne**

Abogado

RESUMEN: *El enfoque de la intervención se dirige a resaltar la relevancia de la participación de los peritos –tanto judiciales como extrajudiciales- junto a otros operadores jurídicos, en los procedimientos civiles y penales en los que está en juego, por un lado, el grado de discapacidad intelectual de los sujetos concernidos al tiempo de ejercer sus derechos civiles y políticos, y de otro, la determinación del riesgo al que están expuestas las personas amenazadas en el ámbito de la llamada violencia de género, a efectos de adoptar las medidas de prevención adecuadas para evitar un pasaje al acto criminal, siendo conscientes de que en ocasiones las víctimas potenciales se ponen a sí mismas en peligro al estar en juego factores subjetivos extremadamente difíciles de diagnosticar.*

VOCES: Capacidad civil. Incapacitación. Incapaz. Discapacidad intelectual. Guardador de hecho. Curador. Intervención judicial. Dictámenes periciales. Violencia de género. Abuso. Delito de acción pública. Denuncia. Incomparecencia. Quebrantamiento de orden judicial. La posición de la víctima. El factor subjetivo.

ARTÍCULO

UN PROYECTO DE LEY PARA ELIMINAR LA INCAPACITACIÓN JUDICIAL.

Los medios de prensa han adelantado las líneas generales de un proyecto de ley cuyo propósito declarado es el de pasar de un sistema en el que las decisiones relativas a la capacidad civil –y por lo tanto al ejercicio de los derechos ciudadanos, lo que incluye a los políticos-, asignadas fundamentalmente a los jueces, se traslade a los propios sujetos concernidos.

A expensas de conocer la redacción definitiva del texto, la intención declarada de respetar la voluntad de las personas que padecen algún grado de discapacidad intelectual al tiempo de gobernar su persona y sus bienes resulta encomiable, así como la sustitución de conceptos como incapaz e incapacitación por la connotación negativa que supone para la

persona ponerle una etiqueta -labelling approach- que conlleva una cierta estigmatización en el ámbito social.

Se trataría, en suma, de actualizar la legislación española poniendo al día las normas civiles, tanto de fondo como de procedimiento, con la Convención de Nueva York de 2016 ratificada por España al año siguiente, cuyo espíritu es que cada persona se represente a sí misma en el ejercicio de sus derechos, en lugar de -hasta donde sea posible y sin desproteger al sujeto- atribuir a terceros esa representación.

La actual incapacitación, que sólo puede ser declarada por un magistrado, sería sustituida por una valoración del grado de discapacidad y una estimación de las necesidades de cada persona, a fin de determinar si la misma requiere tan solo la ayuda de lo que se daría en llamar un “guardador de hecho”, o bien exigiría la presencia de un curador e incluso de un defensor judicial.

La incorporación en la normativa de la figura del guardador de hecho de aquella persona que padezca alguna discapacidad, una función que en la práctica cotidiana suele desempeñar algún familiar próximo -aunque las circunstancias personales y familiares del interesado podrían determinar la elección de un tercero ajeno a la familia-, supondría la incoación de un expediente de jurisdicción voluntaria tendente a proporcionar la suficiente cobertura jurídica a la función de ese guardador, que tendría, entre otras facultades, la de representar a su protegido de forma puntual en el desempeño de determinadas actividades.

En aquellos casos en los que el sujeto presente una discapacidad más severa y se requiera la actuación de un curador, la función de este, en principio concebida como principalmente asistencial, podría adquirir una importancia mayor si se viera en la situación de tener que sustituir la voluntad del discapacitado cuando este no estuviese en condiciones de expresarla por sí mismo.

En el caso hipotético de que se planteara esta situación en la que el discapacitado no pudiera expresar su voluntad, tanto si se refiere a

una disposición patrimonial como al ejercicio de derechos ciudadanos, el proyecto que comentamos plantea que el curador debe decidir teniendo en cuenta “la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo, tratando de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en una situación semejante”.

Esta facultad atribuida al curador -si llegara a plasmarse en el texto definitivo del proyecto- introduce un elemento subjetivo que podría generar no pocos conflictos de intereses, especialmente de carácter patrimonial, que haría inevitable la intervención judicial.

En cuanto al ejercicio del sufragio activo, la modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG) aprobada recientemente por el Congreso de los Diputados permitirá votar aproximadamente a 100.000 discapacitados intelectuales que hasta ahora se veían impedidos de hacerlo.

Es pertinente preguntarse, sin embargo, si el curador estaría facultado también para sustituir la voluntad no manifestada del sujeto en aplicación del derecho de sufragio, y si el curador tendría en cuenta - y hasta qué punto- “la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo” en tan delicada función. Sin olvidar tampoco que el ciudadano que ejerza su derecho al sufragio activo, aun siendo discapacitado, podría ser llamado a integrar una mesa electoral con las responsabilidades inherentes a dicha función.

Una vez más, deberemos estar a la redacción definitiva de ambas leyes para aclarar estos interrogantes, y comprobar las propuestas que los legisladores implementen para hacer efectiva su aplicación.

Otros aspectos que contempla el proyecto en casos de discapacidad, presente o previsible en un futuro, aluden a la posibilidad de que una persona designe en una manifestación ante notario a la persona a la que desee que se nombre como curador –o a quién o quiénes quiera excluir expresamente de esa función-, estableciendo las condiciones de ejercicio de la misma tanto en cuanto se refiere al cuidado personal como a la administración del patrimonio.

También prevé la supresión de la prórroga de la patria potestad cuando la persona en cuestión alcance la mayoría de edad, así como la rehabilitación de la patria potestad.

Al margen de las modificaciones que se introduzcan en este proyecto y del texto que en definitiva se apruebe, cuya trascendencia en la legislación de fondo y procedimental será muy importante, a ningún operador jurídico escapa el papel determinante que los dictámenes periciales tendrán en la práctica judicial al tiempo de establecer el grado de discapacidad de las personas a quienes está dirigida esta ley, y las diferentes medidas posibles de adoptar para su más adecuada protección, en la línea de garantizar el ejercicio de sus derechos por sí mismos sin necesidad de ser representados por terceros.

LA IMPORTANCIA DE LA INTERVENCIÓN DE LOS PERITOS Y OTROS OPERADORES JURÍDICOS AL TIEMPO DE PREVENIR LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Y SUS CONSECUENCIAS.

En declaraciones recogidas por los medios el 26 de septiembre pasado, Pilar Martín Nájera, coordinadora de la Fiscalía de Violencia sobre la Mujer, expresó la necesidad de que en cada juzgado trabajasen un psicólogo y un forense “haciendo la guardia con el juez”, completando el trabajo de la policía.

La fiscal hizo esas declaraciones en medio de una semana dramática, en la que fueron asesinadas por sus parejas o ex parejas masculinas dos mujeres -en los días que siguieron se sumaron otras víctimas- y dos niños, en lo que aparece como un goteo interminable de tragedias familiares en las que las mujeres son las víctimas en un porcentaje abrumador, y los hijos sobrevivientes lo sean también durante el resto de sus vidas, testimonio doliente de la locura homicida que les condenó a la orfandad.

Qué ha fallado, qué falla, son las preguntas que surgen cada vez que se produce uno de estos episodios de violencia criminal, que ponen

a la sociedad ante el espejo de su propio fracaso al comprobar que los recursos jurídicos e institucionales implementados a partir de la Ley 1/2004 -en cuyo artículo 2 se expresa que las medidas de protección integral que contiene se dirigen a sancionar, prevenir y erradicar la violencia de género- son insuficientes, o no plenamente eficaces al tiempo de cumplir con el fin declarado de proteger a las mujeres amenazadas.

Conscientes de esta insuficiencia y de la necesidad de actualizar y complementar la Ley 1/2004, los legisladores aprobaron por unanimidad en 2017 el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, en el que se incluyen -entre otras- medidas tendentes a mejorar los mecanismos de prevención de la violencia, como la llamada “criba sanitaria”, que obliga al personal médico a denunciar los casos sospechosos de agresiones machistas, aunque la víctima no lo denuncie.

Con todo, más allá de la mayor o menor eficacia en el funcionamiento de los mecanismos preventivos de la violencia machista, la cuestión de fondo se sitúa en el ámbito de la subjetividad de los protagonistas: de la propia víctima, de los policías que recogen la denuncia, de la mayor o menor credibilidad que el juez y el fiscal conceden al relato de los hechos, de los informes y dictámenes periciales -si es que existen y se leen a tiempo-, en fin, de un cúmulo de circunstancias pretendidamente objetivas y que son, las más de las veces, materia de interpretación.

Supuesta la denuncia, el primer escalón que la denunciante ha de superar es la valoración del riesgo que efectúa la policía que la recoge - alto, medio o bajo-, y que puede condicionar aun indirectamente la decisión que adopte el juez, una vez oída la opinión del fiscal. Como quiera que no todos los Juzgados de Violencia pueden contar con el auxilio técnico de psicólogos y médicos forenses “de guardia”, que evalúen tanto la personalidad de la denunciante como del denunciado, el margen de error puede ser considerable al tiempo de adoptar o no medidas cautelares tendentes a prevenir una repetición de los hechos o, peor aún, un pasaje al acto criminal.

Esto puede significar que una errónea valoración del riesgo deje a la víctima desprotegida, aun cuando ha mediado la denuncia, como se ha podido comprobar en numerosos casos, con resultados trágicos irreparables.

Al mismo tiempo, es imposible ignorar que muchas víctimas reales o potenciales no denuncian las amenazas, el maltrato físico o psicológico -y ambos van unidos en la mayoría de los casos-, incluso cuando las agresiones se han consumado. Son muchos y variados los factores que se citan usualmente para intentar explicar por qué no se denuncia, empezando por el miedo de la víctima a la reacción del denunciado, la dependencia económica con respecto al maltratador, los hijos como pretexto -especialmente si son pequeños-, en ocasiones la presión familiar, sin descartar la desconfianza que puede inspirar la intervención de las autoridades, especialmente cuando se conocen algunos sonados fracasos de las instancias jurisdiccionales al tiempo de garantizar la protección eficaz de algunas denunciadas.

Sin embargo, con ser plausibles los motivos enunciados para renunciar al auxilio policial y judicial, todos y cada uno de los agentes concernidos en los casos de violencia de género tienen que saber, en primer lugar, que la violencia -en sus diversos grados- está y estará siempre presente en la sociedad, porque es parte de la condición humana; y en segundo lugar, tienen que ser conscientes de que en determinados casos la relación amorosa entre un hombre y una mujer se sostiene gracias a una tensión agresiva que no excluye un cierto grado de violencia, a veces recíproca.

Salvo relaciones como la citada, que podría calificarse de patológica, se podría afirmar con total seguridad que prácticamente todas las mujeres responderían negativamente a la pregunta de si disfrutaban -o disfrutarían- siendo maltratadas. Y sin embargo, muchas mujeres a las que sería injusto calificar de masoquistas se exponen a situaciones de riesgo que podrían costarles su vida: no denuncian a su agresor, o retiran la denuncia ya puesta, no comparecen para ratificar en estrados esas

denuncias, quebrantan ellas mismas las órdenes de alejamiento y reanudan una convivencia que se ha revelado como tóxica, e incluso visitan en la prisión a sus maltratadores, cargadas de culpa por haberles denunciado.

Ignorar la advertencia que encierra el axioma *vulnerant omnes, ultima neceat* -todas hieren, la última mata- puede responder a un desafío consciente, en el que la víctima potencial se pone ella misma en posición de ser maltratada, o puede deberse a la llamada denegación, consistente en no querer saber del riesgo al que expone.

¿Significa esto que se debe renunciar al combate contra la violencia y los abusos que tienen a las mujeres -y a sus hijos, directa o indirectamente- como víctimas del machismo? ¿O que hay que resignarse aceptando como inevitable la contabilización de más víctimas, con el único consuelo de reducir su número?

La respuesta a estos interrogantes no puede ser sino negativa.

Ni renuncia ni resignación, aunque suene voluntarista, y siendo conscientes de que la completa erradicación de la violencia machista no está aún en el horizonte de lo posible.

Las numerosas medidas que contiene el Pacto de Estado aprobado por unanimidad en 2017 van en el sentido de dotar de mayor eficacia la lucha contra la violencia y los abusos que padecen las mujeres: tan solo falta desarrollarlo y aplicarlo.