



**CUADERNOS DEL PROCESO
PENAL ECONÓMICO**

**Peritos dependientes de
organismos públicos y su
imparcialidad en el
proceso penal**

Fecha de edición: 1 de febrero de 2020

Esta monografía de la Colección
CUADERNOS DEL PROCESO PENAL ECONÓMICO
es una obra editada por
Francis Lefebvre
bajo la coordinación de
Alberto Díaz López
(*Abogado. Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal.
Universidad Autónoma de Madrid*)

ELISEU FRÍGOLS I BRINES
Abogado. Doctor en Derecho

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00.
Fax: 91 210 80 01
www.efl.es
Precio: 33,28 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-17985-77-6
Depósito legal: M-6245-2020
Impreso en España por Printing'94
C/ Orense, 4 (2ª planta) – 28020 Madrid

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.

Plan general

	<u>nº marginal</u>
Introducción. La importancia de los informes periciales para los delitos económicos y el carácter recurrente de los informes de peritos dependientes de organismos públicos.....	100
Capítulo 1. A qué nos referimos cuando hablamos de imparcialidad.....	200
Capítulo 2. La imparcialidad de los peritos como parte del derecho fundamental a un proceso justo según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	600
Capítulo 3. El problema de la imparcialidad de los peritos dependientes de las Administraciones Públicas en el marco del procedimiento penal español.....	800
Capítulo 4. Conclusiones	1200
	<u>Página</u>
Bibliografía	133
Tabla Alfabética	135

Introducción. La importancia de los informes periciales para los delitos económicos y el carácter recurrente de los informes de peritos dependientes de organismos públicos

Una de las notas definitorias de los procedimientos penales en materia de delitos económicos –sean éstos entendidos en sentido amplio o en sentido estricto– es su mayor **complejidad** fáctica y técnica en comparación con otros tipos de delitos. **100**

Casi todos los **hechos** considerados en estos procedimientos se refieren a operaciones económicas que exigen el estudio de múltiples movimientos bancarios, en muchos de ellos se debe examinar la corrección de la práctica contable seguida en sociedades mercantiles, se discute la autenticidad de determinados documentos –físicos o electrónicos–, o incluso se debe examinar si un determinado patrón de ingresos y gastos muestra una operativa de ocultación del origen real del capital o si, por el contrario, supone una operativa completamente legal.

Los ejemplos que podemos traer a colación son múltiples, pero su elemento común denominador es que, en muchos casos, resulta necesario recurrir a la práctica de la **prueba pericial**, por cuanto los conocimientos que se exigen para la determinación de esos hechos controvertidos van más allá del saber jurídico que se presupone a los órganos judiciales –y también al resto de operadores jurídicos que participan en estos procedimientos.

En cualquier caso, se discrepa de la extendida afirmación de que existen **órganos judiciales especializados** en delitos económicos, presuponiendo su genérica mayor preparación en esta materia. Por el contrario, sí que se podría hablar de concretos integrantes de dichos órganos jurisdiccionales que demuestran un mayor conocimiento efectivo de estas cuestiones–. **102**

Pero, además, en muchas ocasiones la prueba pericial practicada en ese concreto procedimiento penal no es un elemento de prueba más, sino que su resultado puede ser determinante para deslindar el carácter delictivo o no de la conducta objeto de enjuiciamiento, de forma que constituye una cuestión de extraordinaria importancia en el debate procesal, tanto para la defensa como para la acusación.

Esta necesidad de **conocimientos especializados** es obviamente de carácter procesal por cuanto el Derecho penal es una disciplina que, por su naturaleza, se desarrolla eminentemente en torno al proceso penal, aunque existan algunas facetas de nuestra especialidad que se puedan desarrollar fuera del proceso penal, como la emisión de dictámenes jurídicos

sobre el carácter delictivo de determinados hechos o conductas, o —desde su introducción en nuestro ordenamiento jurídico— la disciplina del cumplimiento normativa en materia penal, cuyo fin es de carácter preventivo: ambas cuestiones, sin embargo, tienen la mirada puesta en la posibilidad futura de un procedimiento.

105 Esa necesidad puede surgir en un **momento preprocesal**, sea desde la perspectiva de:

a) La **acusación**, como requisito necesario para plantear una acción penal, a modo de elemento vertebrador de una querrela o de una denuncia, y con la finalidad de poner de manifiesto, con anterioridad a la práctica de cualquier diligencia, la relevancia penal de la conducta objeto de dicha acción.

b) De la definición de una **estrategia de defensa**, ante una previsible actuación penal, como sucede en los procedimientos sancionadores o disciplinarios en los que se plantea la elevación del tanto de culpa al Ministerio Fiscal. Es lo que sucede, por ejemplo, en los procedimientos tributarios seguidos por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), en los **procedimientos sancionadores** de carácter urbanístico, medioambiental —en una concepción amplia de los delitos económicos— o bancario, o incluso cuando de las relaciones con la parte contraria se prevé el inicio de acciones penales.

107 Esto determina que, además de **informe periciales** de carácter estrictamente **procesal**, es decir, originados en el propio procedimiento penal por designación del Juez instructor —tal y como prevé la LECr (art.456 s.), y como veremos con detalle más adelante, por más que la Ley también regula, en materia médica y criminalística, la intervención de otros peritos destinados exclusivamente al auxilio judicial, como los médicos forenses o los miembros de los Institutos de Toxicología y Ciencias Forenses (LECr art.344 s. y 356 s.)—, sea muy frecuente enfrentarse a informes periciales de carácter **preprocesal**.

Pero, además de estos verdaderos informes periciales —en el sentido de que, aunque realizados con carácter preprocesal, han sido destinados y concebidos para su utilización en el procedimiento penal, y por peritos que (así debiera ser, al menos) no han tenido intervención directa en los hechos—, resulta igualmente frecuente encontrarse con otros informes, normalmente realizados por funcionarios dependientes de organismos públicos, emitidos en el marco de los **procedimientos administrativos, sancionadores o disciplinarios**, y a partir de los cuales, precisamente, se plantea en muchas ocasiones el carácter delictivo de la actuación penal, siendo dichos organismos e, incluso, en algunas ocasiones, el propio firmante de los referidos informes, quienes presentan denuncia ante el Ministerio Fiscal.

110 Esta situación es todavía más grave cuando los funcionarios que acaban siendo propuestos y nombrados como peritos en los citados procedimientos son aquellos que actúan en un determinado procedimiento rea-

lizando tareas de investigación dirigidas a la imputación de los investigados, y realizando atestados en los que se manifiestan dichas imputaciones. De esa forma, el **inspector de la AEAT** que ha concluido la posible comisión de un delito contra la Hacienda Pública, el **interventor** que ha afirmado en el marco del procedimiento administrativo que ha existido fraccionamiento de contratos, el **arquitecto municipal** que sostiene que la construcción podría haber dado lugar a un delito urbanístico o el **inspector del Banco de España** que ha mantenido que determinadas operaciones pueden ser constitutivas de blanqueo de capitales, los agentes de las **Fuerzas y Cuerpos de Seguridad** que han elaborado los atestados afirmando la existencia de actuaciones ilícitas de los investigados –por citar algunos de los supuestos más frecuentes– suelen acabar siendo nombrados peritos en el procedimiento penal, con el fin de que ilustren al Tribunal en relación con los hechos sobre los que ya se ha pronunciado previamente en el marco del procedimiento administrativo, sancionador o disciplinario o, lo que es peor, en el caso de los funcionarios policiales, habiéndose pronunciado en el propio procedimiento penal con funciones de carácter puramente inquisitivo.

Por más que la previa experiencia procesal del **letrado defensor** haga que **112** no le sorprenda el carácter habitual de la admisión de estos informes como informes periciales, y de estos funcionarios dependientes de organismos públicos como peritos, ello no evita la convicción de que se trata de una práctica que no parece conforme a Derecho.

Ello sin tener en cuenta la reacción del ciudadano **investigado** en el marco del procedimiento penal, que observa con comprensible desazón que, quien informó en un determinado sentido en un previo procedimiento administrativo sancionador, o los que, incluso, han sido los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad que han sostenido su responsabilidad en múltiples atestados, actúen como peritos en un determinado procedimiento.

La duda que surge de forma inmediata en nuestra mente es si estos funcionarios pueden ser considerados **peritos imparciales**, y actuar en el marco de un procedimiento penal, rodeado, *a priori*, de toda una serie de garantías procesales dirigidas a la protección de los acusados como consecuencia de la aplicación de los principios del Derecho penal liberal. En este sentido se han pronunciado, muy tempranamente, algunos autores (Boix Reig, 2001, pp. 113 y 114), tanto por escrito como en el foro. **115**

La presente obra tiene como fin, precisamente, el examen de esta cuestión desde una perspectiva práctica, reflejando la realidad jurisprudencial actual de nuestros tribunales, pero poniendo de manifiesto, al mismo tiempo, la incompatibilidad de esa práctica jurisprudencial con el respeto al **derecho fundamental** a un proceso con todas las garantías, tal y como se deriva de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), e incluso de nuestra propia legislación procesal, de forma

115 que permita abrir un debate que trascienda la mera consideración teórica
(sigue) de la cuestión para introducirla directamente en las salas de vistas.

Capítulo 1. A qué nos referimos cuando hablamos de imparcialidad

1.	Intuiciones básicas sobre el concepto de imparcialidad.....	210	200
2.	Análisis jurídico del concepto de imparcialidad en nuestro ordenamiento jurídico.....	280	
a.	La ausencia de un concepto de imparcialidad en la Constitución Española.....	290	
b.	El concepto de imparcialidad derivado de la doctrina sobre el Juez imparcial dentro del derecho fundamental a un juicio justo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	310	
c.	El concepto de imparcialidad derivado de la doctrina sobre el Juez imparcial dentro del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del Tribunal Constitucional.....	390	
d.	El concepto de imparcialidad a partir de la legislación procesal.....	460	
3.	Conclusiones sobre el concepto de imparcialidad.....	570	

I. Intuiciones básicas sobre el concepto de imparcialidad

El objeto de nuestro trabajo es valorar si los peritos dependientes de los organismos públicos pueden ser considerados peritos imparciales. Para ello parece necesario, como primera tarea, determinar qué entendemos por imparcialidad de los peritos. **210**

Imparcialidad, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (**RAE**), se define como la «[f]alta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud». Esto no es una definición jurídica, ni está pensada para ser aplicada jurídicamente, sino que, por el contrario, se trata del significado que en español se considera anudado al término imparcialidad. Esto, sin embargo, no le resta ni un ápice de corrección, por cuanto no debemos olvidar que cualquier interpretación jurídica debe partir, en primer lugar, del significado de los términos que contienen las formulaciones normativas (Frígols i Brines, 2004, pp. 372-373). De hecho, más adelante tendremos la oportunidad de valorar su corrección.

A partir de este concepto de imparcialidad, parece que la **parcialidad** de los peritos podría provenir de las siguientes **circunstancias**:

- parcialidad en relación con el origen de la designación;
- parcialidad como voluntad de perjudicar o favorecer a una persona determinada; y
- parcialidad como favorecimiento inconsciente de una determinada parte.

Parcialidad en relación con el origen de la designación Esta **215** forma de parcialidad distingue entre que los peritos hayan sido elegidos por el **juez** como tercero imparcial o que hayan sido las **partes** las que

hayan realizado la designación pericial (Vázquez Rojas, 2015, p. 72), presuponiendo, de esa forma, que el hecho de que hayan sido designadas por una parte afectará y condicionará el contenido de su pericia.

En realidad, de lo que se trata es de la distinción entre peritos designados judicialmente por medios que aseguran, al menos en principio, su ausencia de **relación con las partes** (p.e., el sorteo de peritos a partir de una lista, que es el sistema seguido en el procedimiento civil) y los peritos designados directamente por las partes, por cuanto si el Juez elige a peritos que tengan una relación clara y directa con una de las partes invalidaría ese planteamiento dicotómico.

217 Me parece, en cualquier caso, la forma menos significativa de parcialidad, por cuanto, pese que a la elección del perito por una parte determina que su opinión se alineará, en alguna medida, con los intereses de dicha parte –porque de otra forma, en buena lógica, no lo propondría–, ello no afecta a la **calidad** de los **argumentos** ofrecidos por el referido perito, ni implica una voluntad de favorecer a la parte que lo nombra.

Sobre todo en un contexto en el que, como sabemos, no existe ningún requisito de calidad para acceder a las listas de peritos sobre las que se efectúa el **sorteo** –en el marco de un procedimiento de carácter civil, incluyendo aquí los procedimientos contencioso-administrativos y los mercantiles (LEC art.341)–, de forma que con ello no se garantiza en modo alguno la bondad de los informes que se presentan a partir de ese sistema.

220 En este sentido, la **designación de peritos** por parte de los Juzgados conforme a la lista establecida en la LEC (art.341) se regula conforme a lo recogido en:

a) La Instrucción 5/2001, de 19-12-2001 (BOE 29-12-01), del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre remisión anual a los órganos jurisdiccionales de listas de profesionales para su designación judicial como peritos.

b) El Protocolo de actuación del Servicio Común Procesal para la asignación de peritos judiciales conforme a la LEC y administradores del concurso conforme a la L 22/2003 (LCon), elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, ambos modificados por Acuerdo de 28-10-2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (BOE 18-11-10).

Como se puede comprobar mediante la lectura de estas regulaciones, no existen más **requisitos** para formar parte de esos listados –salvo que el **Colegio** en cuestión, por ejemplo, exija determinados requisitos internos para acceder a dichos listados (p.e., cursos para la realización de informes periciales), lo que en ocasiones permite un mínimo de rigor, aunque sólo sea formal, a dichos informes– que ser miembro del Colegio en el caso de las titulaciones de colegiación obligatoria, y de formar parte de las asociaciones, colegios no obligatorios o corporaciones profesionales que remiten esos listados.

En el **procedimiento penal** no se halla previsto este sistema –aunque también se puede utilizar si lo solicitan los órganos jurisdiccionales penales–, de forma que la designación de perito judicial puede variar desde el nombramiento de los funcionarios públicos que han intervenido en el procedimiento administrativo o han realizado la denuncia –siendo esto quizá lo más habitual–, la designación de los peritos con los que la Administración tiene un convenio (p.e., en materia de tasación, y cuya actuación no siempre cumple con los requisitos imprescindibles para la validez de la valoración, como el examen de los elementos que se deben valorar), o la solicitud de peritos a los distintos organismos del Estado, a Colegios profesionales o a Sociedades Científicas y Reales Academias. **222**

En muy pocas ocasiones el **Juez** decide designar peritos utilizando otros sistemas distintos del mencionado en primer término, siendo el de sorteo muy poco utilizado. **225**

En los casos en los que el Juez nombra **de oficio** a los funcionarios públicos, resulta obvio que la imparcialidad por la designación judicial no convierte a los peritos en imparciales, tanto por su previa relación con los hechos como por su vinculación con la Administración, que en muchos casos se halla personada en el procedimiento como acusación particular –el caso paradigmático es el de la AEAT–.

La designación judicial, en este sentido, no es una varita mágica o un sacramento que limpie el pecado de la apariencia de parcialidad, ya que la relación del perito con los hechos o con una de las partes es indiscutible.

Parcialidad como voluntad de perjudicar o favorecer a una persona determinada, o sesgo consciente **230**

(Bernstein, 2008, pp 454-455) El sesgo consciente sería el que se daría en los peritos que adaptarían su opinión a lo que favorece a la **parte que lo propone** –de ahí que la doctrina los denomine «*hired guns*», cuya traducción más adecuada al español sería «mercenarios»–, dejando su leal saber y entender de lado, con la finalidad de beneficiar a quien le paga.

Considero que el perito que se encuentra en estas condiciones, no sólo contraviene su tarea en el marco del procedimiento, penal o de cualquier otra rama jurídica, sino que podría estar incurriendo en **delito**.

Es cierto que lo que los tipos penales exigen para ello es faltar «a la verdad maliciosamente» –CP art.459– o «alterarla con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos que le fueren conocidos» –CP art.460–, y ello supone que únicamente cabe cometer el delito al realizar **afirmaciones falsas** sobre hechos y, en consecuencia, contrastables empíricamente, o al realizar **informes carentes de motivación** o con una motivación arbitraria (TS Sala II 7-4-15, núm. 189/2015, FD 3º), excluyendo la mera diversidad de opiniones entre peritos, así como la diversidad de conclusiones cuando se funden en distintas concepciones técnicas o teóricas, incluso el desacierto técnico o **impericia** de un informe (TS Sala II 1-3-05, núm. 265/2005), por cuanto el Tribunal Supremo, también en las referidas sentencias, considera que sólo es posible cometer el delito a tra-

vés del **dolo directo**. De esa forma, se excluirían los casos en los que el erróneo peritaje se debe a la ignorancia del perito en su ámbito de conocimiento, siempre y cuando no haya existido manipulación de las bases fácticas de su informe.

- 232** No se puede decir que esta clase de peritos, que retuercen su opinión profesional o científica para adaptarla a las exigencias de quien les contrata, constituya o no delito esa conducta, no existan en la práctica forense. Sin embargo, en mi experiencia personal creo que se trata, por un lado, de **casos minoritarios** y, por otro, de personas que, o bien carecen de prestigio profesional, académico o científico, o lo pierden como consecuencia de una actuación en esos términos.

En este sentido, entiendo que el principal interesado en que su perito sea una persona íntegra, que ponga su prestigio profesional, académico o científico por encima de cualquier retribución que se pueda percibir por una actuación procesal es, precisamente, quien le encomienda la tarea de peritaje. Se debe tener en cuenta que –como se comentará más tarde al abordar la jurisprudencia en la materia– los **órganos jurisdiccionales** ya parten, en muchas ocasiones, de prejuicios sobre la imparcialidad de los peritos designados por las partes para que, además, quien actúe como perito no acuda a un tribunal a manifestar algo que no sea su opinión profesional, técnica y científica, porque entonces su credibilidad será nula y, en consecuencia, no será de ninguna utilidad a la parte que lo propone.

- 235** A ello se suma que el foro es un medio bastante cerrado y, en términos de conocimiento de los profesionales y de los peritos que actúan en el marco de una especialidad jurídica –como sucede, por ejemplo, con el Derecho penal, y todavía más dentro del ámbito del Derecho penal económico– bastante pequeño, de forma que contratar a un perito que actúe de forma desleal con los tribunales a los que se dirige supone una **garantía de fracaso** para la parte que lo proponga.

En cualquier caso, me atrevería a decir que sufre mucho menos el prestigio de un funcionario público que declara en un procedimiento de forma notoriamente partisana, que cuando esa misma conducta la realiza un perito privado, precisamente porque se parte de la presunción de la ausencia de un sesgo consciente por parte del funcionario, que nadie niega, pero que es igualmente aplicable al perito privado.

- 240** **Parcialidad como favorecimiento inconsciente de una determinada parte, o sesgo cognitivo** (Bernstein, 2008, pp. 455-456) Se concibe esta forma de parcialidad como el sesgo inconsciente que puede existir en el perito por la **cercanía** con los hechos o con una de las partes, sea del perito privado con la parte para la que trabaja –y a quien puede tender a beneficiar, aunque sea de forma inconsciente, porque comparte la misma posición que él–, sea del funcionario público porque trabaja para una institución que, o directamente es perjudicada por los hechos, o porque sostiene de forma directa o indirecta la persecución penal.

Aunque la jurisprudencia que planteó esta cuestión parecía pensar al formularla en los peritos privados —en concreto, *Sir George Jessel, en Abinger vs. Ashton, 17 L.R.Eq. 358 (Ch. 1873)*, según Bernstein (2008, pp. 454 *passim*)—, lo cierto es que este problema ha sido a menudo objeto de reflexión respecto de los funcionarios públicos que trabajan para los **laboratorios criminalísticos** dependientes de la Administración de Justicia, y así lo reconoce la doctrina (Bernstein, 2008, pp. 455-456; Koppl, 2005, pp. 10 *passim*), e incluso estudios de reforma legislativa en varios países (*Law Reform Commission, 2008, pp. 207-211*).

El problema de los sesgos cognitivos, en este sentido, es un problema real, que ha dado lugar a que se hayan creado orientaciones para los laboratorios criminalísticos en la materia, como la creada por el organismo británico *The Forensic Science Regulator* (FSR, 2015) **242**

PRECISIONES Garrett (2011) describe el fenómeno de forma muy clara, y pone de manifiesto cómo el problema afecta no sólo a los peritos privados, sino también a los funcionarios públicos que forman parte del «**equipo de la acusación**». Indica este autor (p. 266) que incluso gente bienintencionada puede cometer errores precisamente porque se consideran miembros de un grupo. La psicología moderna ha demostrado que son muchas las maneras en las que nuestras creencias, esperanzas y deseos influyen en lo que percibimos y en cómo razonamos y nos comportamos. Es lo que se conoce, prosigue Garrett, como «prejuicio cognitivo» (cognitive bias). Este prejuicio cognitivo se manifiesta cuando la gente tiende, por ejemplo, a verse a sí misma de forma positiva. En los procesos penales, por ejemplo, los agentes de policía pueden considerar que imparten justicia únicamente si investigan al culpable. El resultado de este planteamiento puede ser el de actuar «con anteojeras» (tunnel vision), lo que se denomina sesgo de confirmación. Una vez que las personas adoptan una creencia, tienden a no desprenderse de ella y buscar pruebas que confirmen o se adapten a sus ideas preconcebidas. Cuando la policía tiene la corazonada de que un sujeto es culpable, puede llegar a descartar pruebas exculpatorias sin ser siquiera conscientes de ello. Así, indica este autor que muchos agentes durante los interrogatorios obvian que el investigado no proporcionó algunos detalles del caso, para incidir en los detalles que sí proporcionó; o que los peritos forenses resaltan las estadísticas y conclusiones de sus informes cuando confirman la culpabilidad del investigados, pero descartan las que probarían su inocencia.

Esta cuestión, pese a su relevancia práctica y su repercusión en algo tan delicado como es la prueba de cargo, y en las consecuencias que ello puede tener para la **presunción de inocencia**, creo que no ha recibido la suficiente atención en nuestro país, y desde luego no ha sido objeto de trabajos específicos sobre su ocurrencia en nuestro sistema judicial. **245**

Es más, la jurisprudencia no sólo niega la existencia de este problema, sino que insiste en el valor superior de las pruebas periciales provenientes de esos laboratorios sobre todas las demás.

Cabe citar en este sentido, y a modo de ejemplo de lo que es una reiterada jurisprudencia, la sentencia que afirma que:

«son numerosos, reiterados y concordantes los precedentes jurisprudenciales de este Tribunal de casación que declaran la validez y eficacia de los informes científicos realizados por los especialistas de los Laboratorios Oficiales del Estado, que, caracterizados por las condiciones de funcionarios públicos, sin interés en el caso concreto, con altos niveles de especialización técnica y adscritos a organismos dotados de los costosos y sofisticados medios propios en las modernas técnicas de análisis, viene concediéndoseles unas notas de **objetividad, imparcialidad e independencia** que les otorga "prima facie" eficacia probatoria sin contradicción procesal, a no ser que las partes hubiesen manifestado su disconformidad con el resultado de la pericia o la competencia o imparcialidad de los peritos, es decir, que el Informe Pericial haya sido impugnado de uno u otro modo, en cuyo caso será preciso la comparecencia de los peritos al juicio oral para ratificar, aclarar o complementar su dictamen sometiéndose así la prueba a la contradicción de las partes, para que sólo entonces, el Tribunal pueda otorgar validez y eficacia a la misma y servirse de ella para formar su convicción» (TS Sala II 16-4-01).

- 247** Se debe destacar la importancia que le confiere el Alto Tribunal a los informes de dichos laboratorios, a la especialización técnica, a los medios y técnicas que poseen los citados laboratorios, que en términos de la citada resolución otorgan tales **garantías** a la pericia que hacen, al parecer, innecesaria someterla a contradicción.

Sin embargo, la experiencia nos dice que cuando de verdad surge un problema científico complejo que afecta a un procedimiento penal, los tribunales no acuden a estos laboratorios oficiales, sino a la **Universidad**, que es el lugar dónde de forma mayoritaria se desarrolla la investigación científica en España (en el mismo sentido, De Luca/Navarro/Cameriere, 2013, pp. 10-11).

Véase, por ejemplo, lo sucedido en el caso del contagio por Hepatitis C sucedido en la Comunidad Valenciana, en la que fueron investigadores de la Universidad de Valencia los que permitieron establecer, con base en una evidencia científica bien fundada, el origen del brote del contagio (González-Candela et al., 2013).

- 250** Por ello, se debe señalar que si el argumento que se utiliza es que estos laboratorios oficiales son tan rigurosos y punteros que no requieren de contradicción en los Tribunales, lo cierto es que en modo alguno se trata de los laboratorios más avanzados ni punteros de nuestro país. Pero, en todo caso, cualquier análisis científico y prueba pericial necesitaría en todo caso ser sometido a falsación en el marco del procedimiento, y al **examen contradictorio** para comprobar la corrección del procedimiento utilizado y –lo que es más importante, y sometido a más subjetividad– la interpretación de los **resultados** de dichos análisis.

Todo ello sin pretender desmerecer la tarea realizada por los laboratorios oficiales, con una gran carga de trabajo y con profesionales que deben realizar una labor sobre la que recae una enorme responsabilidad y que, por ello, no sólo debieran seguir **estándares** de máxima **calidad**, sino

que no deberían tener inconveniente en plantear dichos métodos y resultados ante los Tribunales, con máxima transparencia, y con vistas no sólo a evitar errores de interpretación de dichas pruebas por parte de los tribunales, sino también para comprobar la propia fiabilidad de sus métodos y, en caso de detectarse algún error, evitar que suceda en el futuro. Sin embargo, no podemos confundir los deseos con la realidad, ni pensar que se favorece la justicia idealizando el sistema de investigación criminalística, en lugar de someterlo a las garantías que exige la presunción de inocencia.

En realidad, lo que busca el Tribunal Supremo, como se deduce de otras sentencias (p.e., TS Sala II 16-7-97, núm. 1091/1997), es evitar que los técnicos de los laboratorios pierdan el tiempo en asistir a las **ratificaciones periciales**: «y la razón de dotar de preconstitución a estas pruebas, reside en la operatividad del sistema procesal, o si se quiere en razones de **oportunidad o practicidad**, porque los funcionarios de dichos Institutos, Gabinetes y Laboratorios no podrían atender a su cometido si tuvieran que acudir a Juzgados y Audiencias de toda la Nación a ratificar sus informes en los juicios orales».

Esta jurisprudencia a la que me he referido ha cristalizado en una legislación –como ocurre tan frecuentemente en nuestro país, en el que la doctrina del Tribunal Supremo acaba convirtiéndose en ley, en una dejación de funciones que muestra la total ausencia de una verdadera política criminal por parte de nuestro legislador– que permite –de momento, sólo en el procedimiento abreviado–, que tengan carácter de **prueba documental** «los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas» (LECr art.788.2, párrafo segundo), y que ha intentado convertirse en la regla a seguir en cualquier informe emitido por laboratorios oficiales: véase, en este sentido, la redacción del art.587 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobado por el Consejo de Ministros de 22-7-2011.

Aunque finalmente una previsión de este tenor no ha sido objeto de introducción en la vigente redacción de la LECr –a pesar de las últimas reformas realizadas–, el Tribunal Supremo **de facto aplica esta regla** en su jurisprudencia en relación con las periciales de laboratorios u organismos oficiales, al menos desde el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 21-5-1999, ratificado por Acuerdo de 23-2-2001.

El planteamiento, por lo demás, resulta contradictorio, de forma palmaria, con su Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 25-5-2005, en el cual interpretaba la LECr art.788.2, párrafo segundo, y en la que acordaba: «La manifestación de la defensa consistente en la mera impugnación de los análisis sobre drogas elaborados por centros oficiales, no impide la valoración del resultado de aquellos como prueba de cargo, cuando hayan sido introducido en el juicio oral como prueba documental; siempre que se cumplan las condi-

ciones previstas en el art.788.2 de la LECrim., la proposición de pruebas periciales se sujetará a las reglas generales sobre pertinencia y necesidad. Las previsiones del art.788.2 de la LECrim. son aplicables exclusivamente a los casos expresamente contemplados en el mismo. La aplicación de este artículo no es extensible a otros procesos o pruebas, por lo que sus previsiones son aplicables exclusivamente a los casos expresamente contemplados en el mismo».

- 257** La cuestión que nos plantean las **periciales analíticas** de laboratorios u organismos oficiales, en relación con el sesgo cognitivo, es que si se detecta la existencia del mismo en un ámbito en principio menos sujeto a la subjetividad, como son las pericias analíticas y de carácter marcadamente más científico, y en relación con expertos que intervienen de forma muy puntual en el procedimiento, resulta razonable pensar que será todavía mayor el grado de sesgo cognitivo de los **funcionarios** que emiten sus informes en el ámbito de represión administrativa o sancionadora, dando lugar a la denuncia de los hechos, o a los funcionarios de la Policía Judicial encargados de la propia **instrucción de la causa** contra personas determinadas.

Una forma indiscutiblemente relevante de parcialidad es aquella que se da cuando quien debe actuar como perito en el marco del procedimiento ha tenido una **relación previa con los hechos** que después deberá peritar. A esta forma de parcialidad apunta la definición de imparcialidad de la RAE a la que me he referido al inicio, al manifestar que ésta sería la «falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo». Quien tiene una previa relación con un hecho se ha creado una opinión sobre el mismo, y en consecuencia posee ese designio anticipado o esa prevención que integrarían lo contrario a la imparcialidad. Y esto sucede aun cuando pretendamos ser justos e imparciales, como explican las investigaciones en materia psicológica aplicadas a la actuación pericial (FSR, 2015, pp. 10-11).

- 260** En este sentido, quien ha realizado una **previa actuación** en relación con los hechos que después se van a ventilar en el procedimiento se halla implicado de alguna forma en los mismos y, en consecuencia, no puede ser imparcial.

Cuando su relación con los hechos es, además –como normalmente sucede con los funcionarios públicos de las administraciones–, la de examinar los mismos con fines supervisores, sancionadores o disciplinarios, y en el marco de esa actuación administrativa ha emitido un informe, resulta obvio que ha plasmado una opinión sobre la cuestión que no sólo le vincula personal y profesionalmente, sino que en ocasiones da lugar a la propia persecución penal, cuando no es el propio funcionario informante quien propone pasar el tanto de culpa al Ministerio Fiscal o lo lleva a cabo por sí mismo.

En estos casos, parece obvio que quien ha emitido un **informe** sobre la cuestión tiene un interés en el asunto, aunque sólo sea la pretensión de

justificar su anterior actuación profesional, por cuanto que su criterio se ha formado ya, y afirmar algo distinto supone modificarlo de alguna manera, abriendo la posibilidad, de esa forma, de que su previa actuación no fuera correcta o ajustada a Derecho.

Ello cuando no existe un verdadero interés, aunque sólo sea de carácter exclusivamente profesional, y de convicción absolutamente sincera del funcionario, porque así lo entiende en su fuero interno –ahí entiendo que está la diferencia entre la imparcialidad objetiva y la subjetiva, que trataremos más adelante–, para que el asunto se resuelva en un determinado sentido. **262**

Téngase en cuenta que en el caso de determinados funcionarios públicos, como sucede, por ejemplo, en el caso de la AEAT, su función es la persecución del **fraude fiscal** y, en consecuencia, el interés que guía su actuación es la de detección, persecución y castigo de dicho fraude y de aquellos que lo llevan a cabo, y sus criterios de interpretación de la actuación del contribuyente están mediatizados por dicha función, por lo demás, absolutamente necesaria. Pero ello no garantiza la imparcialidad del perito, sino más bien lo contrario, garantiza sus sesgos cognitivos.

En este sentido, resulta obvio que en estas ocasiones se ha tomado partido por anticipado por una determinada posición, y existe por tanto ese designio **anticipado** que no parece lógico que vaya a modificarse mediante la argumentación y la discusión pericial: quien ya ha fijado su posición en un determinado sentido resulta difícil que la modifique, aunque sólo sea para defender su buen hacer profesional, o incluso la imagen de la institución de la que forma parte, cuando no sus intereses, porque un planteamiento pericial mantenido en el procedimiento penal podría afectar a los procedimientos administrativos de supervisión, sancionadores o disciplinarios de forma significativa. **265**

Existen diversos **sesgos cognitivos** que provienen del planteamiento de quien previamente ha emitido un informe en un procedimiento administrativo anterior, como son el sesgo de confirmación, el sesgo de anclaje, el sesgo de cometido, entre muchos otros (FSR. 2015). Estos sesgos se reproducen de forma mucho más extrema, desde la perspectiva del designio anticipado al que ya nos hemos referido, en el caso de aquellos que forman parte del equipo encargado de la persecución penal dentro del procedimiento.

No olvidemos que, en un procedimiento penal, la investigación penal siempre va dirigida contra persona o personas determinadas, siendo causa de **sobreseimiento** el hecho de que no se haya determinado quien ha realizado el hecho (LECr art.641.2º), de forma que la investigación penal se dedica a la determinación de las circunstancias del hechos, pero también, y destacadamente, a la búsqueda de indicios contra personas determinadas (LECr art.229 y 777.1). **267**

En esa tarea de investigación cumple un papel destacado y, en muchos casos, hegemónico la **Policía Judicial**, la cual puede investigar por orden

del Ministerio Fiscal o del propio Juez de Instrucción (LECr art.282 s.); investigaciones que habitualmente plasma en los **atestados** (LECr art.292 s.).

En este sentido, resulta de especial interés el art.297 LECRIM en tanto que establece que «los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de Policía judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales», mientras que «las demás declaraciones que prestaren deberán ser firmadas, y tendrán el valor de declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio».

- 270** Como se puede ver, ninguna de estas menciones habilita a considerar que los referidos atestados puedan ser considerados informes periciales: los indicios recogidos por dichos funcionarios en los atestados pueden considerarse **denuncia**, y si se trata de manifestaciones de conocimiento propio, se deberán tratar como testificales.

En los casos en los que se pretende que quienes actúen como peritos sean los miembros de la policía judicial que han sustentado en sus atestados la responsabilidad de una persona determinada, y se han dedicado a la recopilación de indicios y argumentos para fundamentar el procesamiento de una persona, la parcialidad como designio anticipado o prevención se ha formado *intra processum*, pero en todo caso con anterioridad a su papel como perito, y siempre y en todo caso con la finalidad única de la persecución penal de una persona determinada. Parece que la parcialidad de cualquier planteamiento que pueda realizar dicho funcionario público de la policía judicial queda fuera de toda discusión.

- 272** En este sentido, no se duda sobre la sinceridad en la actuación de estos funcionarios, en el sentido de que persiguen a quien creen que es el responsable —de su imparcialidad subjetiva, en el sentido que establece el TEDH, que trataremos más adelante—. El problema es si pueden actuar con imparcialidad si piensan ya que esa persona es responsable, y su tarea es precisamente que la procesen y la condenen. Y ello, en la medida en que cuando se elige una **línea de investigación** se descartan otras, lo que reduce necesariamente el enfoque y, en consecuencia, se producen múltiples sesgos cognitivos que no pueden ser admisibles en quien actúa como perito.

Así, al menos, lo han entendido también otros autores, tanto respecto de los peritos interesados por el Ministerio Público (Igartúa Salaverría, 2007, p. 5), como refiriéndose a la posibilidad de que las actuaciones de la Policía Judicial puedan ser utilizadas como prueba, incluso como prueba testifical (Nieva Fenoll, 2007 pp. 13 a 16).

- 275** Como se ha podido ver, nuestras intuiciones sobre lo que podría ser considerado parcial e imparcial presentan diversos aspectos o matices, que tienen que ver no primariamente con quién elige el perito —por más que eso también sea relevante de otro modo—, ni principalmente con la voluntad manifiesta de los peritos de beneficiar a una parte —hecho que